

La Lettre du Cabinet

n°6/2010

Editorial

L'actualité juridique de ce mois est marquée par d'importantes décisions et normes rendues dans les principaux domaines de notre activité.

En corporate et droit des sociétés tout d'abord, avec la publication du décret instituant l'obligation pour les sociétés cotées de disposer d'un site internet et la remise par l'AMF de son rapport sur les Comités d'audit ; la chambre commerciale, de son côté, se prononce sur l'application de l'article L.341-4 du code de la consommation au cautionnement consenti par le gérant, personne physique.

En droit des contrats commerciaux ensuite : en effet, la Haute juridiction vient de rendre plusieurs décisions de principe concernant la question de la valeur contractuelle des documents publicitaires (cf. notre libre propos), le régime de l'exception de nullité, la vente sous réserve de propriété et l'action directe dans les chaînes de ventes successives.

En droit social également : il est jugé que le refus par le salarié d'une modification de tâches, conforme à sa qualification, est constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement mais non d'une faute grave, que l'inégalité de traitement entre salariés travaillant dans des établissements distincts n'est possible que si elle repose sur des raisons objectives, et que la demande d'un salarié de bénéficier d'un horaire à temps plein n'est soumise à aucun formalisme.

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

En droit immobilier enfin, avec deux arrêts relatifs, pour l'un à l'obligation de dépollution incombant au preneur et, pour l'autre, aux conditions d'application de l'assurance dommages-ouvrage ; on retiendra également, en cette matière, la censure par le Conseil constitutionnel de l'ILAT.

Bonne lecture.

Jean-Charles Simon
Avocat associé

François-Luc Simon
Avocat associé

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

LIBRE PROPOS

La valeur contractuelle des documents publicitaires

(Cass. com., 6 mai 2010, pourvoi n°08-14.461)

La signature de l'écrit formalisant un contrat donne le sentiment naturel aux parties que cet écrit – augmenté, le cas échéant, des documents auquel il donne expressément valeur contractuelle – renferme l'intégralité de leur accord.

Cette impression ne reflète pourtant pas toujours la réalité et il est parfois difficile de déterminer les éléments qui entrent dans le champ contractuel. On peut citer, à cet égard, le cas des conditions générales de vente, à propos desquelles ont été rendus de nombreux arrêts concernant les conditions devant être remplies pour leur donner valeur contractuelle.

L'arrêt commenté est relatif à un autre type de difficulté : la question de la valeur contractuelle des documents publicitaires.

En l'espèce, un établissement d'enseignement supérieur privé avait indiqué sur ses brochures publicitaires et sur son site internet qu'il trouvait un employeur à chacun de ses élèves. Aucune proposition d'emploi n'ayant été faite à son fils, une mère d'élève avait refusé de payer le montant de la formation et formé opposition sur ce fondement à l'injonction de payer qui lui avait été délivrée par l'organisme.

Le tribunal d'instance saisi de l'affaire n'avait pas accueilli les arguments de la mère d'élève. Le tribunal s'arrêtait en effet aux termes du contrat signé et des conditions générales et particulières, qui ne mentionnaient pas l'obligation de trouver un employeur, et déniait toute valeur contractuelle aux brochures publicitaires.

Cette décision est cassée par la Cour de cassation qui indique que « *les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant* ».

La solution n'est pas nouvelle. Cependant, l'arrêt commenté énonce clairement les conditions de l'attribution d'une valeur contractuelle aux documents publicitaires (1) qui, lorsqu'elle est caractérisée, a – les faits de l'espèce l'illustrent – une portée non négligeable (2).

1/ Les conditions de l'attribution d'une valeur contractuelle aux documents publicitaires

Ainsi que la doctrine l'avait déduit de la jurisprudence antérieure (v. ainsi G. PIGNARRE et G. PAISANT, *D.* 1998 p. 248), les documents publicitaires ont valeur contractuelle lorsqu'ils sont suffisamment précis (a) et ont influencé le consentement du cocontractant (b).

a/ La précision des documents publicitaires

Les documents publicitaires n'ont valeur contractuelle que si les promesses qu'ils portent sont suffisamment précises. Cette précision s'apprécie au cas par cas.

Ainsi, la précision a été reconnue, par exemple, dans le cas d'une publicité vantant les performances d'une machine à libeller les chèques sensée rendre les chèques infalsifiables (Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n°95-11.164).

En revanche, dans une espèce concernant l'acquisition de parts d'une société civile de placements immobiliers, la valeur contractuelle des documents publicitaires a été écartée, au motif qu'ils « *ne comport[aient] aucune mention d'où résulterait de manière claire et précise l'existence de l'engagement contractuel invoqué par le moyen* ».

Il appartiendra donc au tribunal d'instance de renvoi, s'agissant de l'espèce faisant l'objet de l'arrêt du 6 mai 2010, d'examiner si la brochure distribuée par l'établissement d'enseignement comportait une promesse suffisamment précise pour se voir attribuer une valeur contractuelle. Encore faudra-t-il alors que la promesse ait également influencé le consentement de la mère d'élève.

b/ L'influence exercée sur le consentement du cocontractant

L'influence exercée sur le consentement du cocontractant a été parfois érigée comme seule - et impérative - condition de l'attribution d'une valeur contractuelle aux documents publicitaires (v. J. MESTRE, *Les documents contractuels*, RTD Civ. 1997, p. 117).

La partie qui se prétend lésée doit donc démontrer que c'est en considération de la promesse incluse dans lesdits documents qu'elle s'est engagée.

Ainsi, une cour d'appel a pu écarter les arguments tendant à attribuer une valeur contractuelle à certains documents publicitaires en relevant que rien n'indiquait que « *le document publicitaire invoqué ait été encore diffusé au moment [de la conclusion du contrat], ni qu'il ait déterminé [le] consentement [du demandeur]* ».

Lorsque les conditions énoncées ci-dessus sont remplies, les documents publicitaires entrent dans le champ contractuel, que le contrat ait été conclu entre un professionnel et un consommateur, comme dans la décision commentée, ou entre deux professionnels, comme dans l'une des décisions précitées (Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n°95-11.164) ; un tel mécanisme emporte des conséquences non négligeables.

2/ La portée de la valeur contractuelle attribuée aux documents publicitaires

L'attribution d'une valeur contractuelle à une promesse inscrite dans un document publicitaire ayant influencé le consentement du cocontractant emporte en principe des conséquences qui peuvent être graves pour l'auteur de la publicité (a). Se pose dès lors la question de l'efficacité de clauses excluant les publicités du champ contractuel (b).

a/ La portée naturelle de l'attribution d'une valeur contractuelle aux documents publicitaires

La promesse incluse dans les documents publicitaires étant entrée dans le champ contractuel, le manquement à cette promesse peut entraîner des dommages-intérêts et/ou la résolution du contrat.

Or, par leur nature même, les documents publicitaires ventent au maximum les mérites de leur auteur et promettent le plus souvent un résultat. Ainsi, l'entrée dans le champ contractuel des documents publicitaires emportent souvent la découverte d'une obligation de résultat ; la seule démonstration que le résultat n'est pas atteint suffit à emporter la responsabilité de l'auteur de la publicité, sauf démonstration d'un cas de force majeure (v. par ex. Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n°95-11.164 : le seul fait que deux chèques aient pu être falsifiés suffit à caractériser le manquement du vendeur à son obligation).

Encore faut-il, bien entendu, que la prestation fournie diffère de la prestation promise. Les affaires concernant l'acoustique des immeubles vendus en état futur d'achèvement en offrent une illustration : la responsabilité du vendeur d'un immeuble dont l'isolation acoustique correspond aux minimums légaux est engagée (Cass. civ. 3^{ème}, 8 juin 2004, pourvoi n°02-19.739) ou pas (Cass. civ. 3^{ème}, 25 oct. 2003, pourvoi n°04-14.476) selon qu'il ressortait ou non de la publicité que l'isolation serait supérieure à ces minimums.

b/ Efficacité des clauses excluant la valeur contractuelle des publicités

Afin d'éviter l'incertitude issue de l'éventuelle valeur contractuelle des documents publicitaires, il est préférable de préciser au sein du contrat écrit que ce dernier et, le cas échéant, les documents auxquels il renvoie expressément, constituent l'intégralité de l'accord des parties.

L'efficacité d'un tel mécanisme est confirmée par la jurisprudence (Cass. civ. 3^{ème}, 3 avr. 2002, pourvoi n°01-01.647 censurant une cour d'appel ayant attribué valeur contractuelle à une plaquette publicitaire alors que « *l'acte de vente spécifiait qu'il définissait seul, avec les documents auxquels il faisait référence, les droits et obligations des parties et que la notice descriptive (...) annulait et remplaçait tous documents antérieurs ayant le même objet et, en général, toute référence d'ordre descriptif* »).

Il reste néanmoins préférable, même lorsqu'une telle précaution est prise, de rester prudent dans l'élaboration de la publicité, compte tenu du courant doctrinal favorable à l'exclusion de l'efficacité d'une clause entrant en totale contradiction avec les promesses antérieures, sur le fondement du principe de cohérence (v. not. P.-Y. Gautier, *Le non-vouloir dans les documents contractuels*, RTD Civ. 2001 p. 904).

Flore SERGENT
Avocat au Barreau de Paris

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Rapport de l'AMF sur les Comités d'audit (Rapp. AMF. du 14 juin 2010)

Depuis l'ordonnance du 8 décembre 2008, les sociétés cotées ont pour obligation d'instituer un Comité d'audit. Celui-ci a pour mission d'assurer au sein de ces sociétés le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières. A cette fin, le Comité doit observer le processus d'établissement de l'information financière, l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques et le contrôle légal des comptes par le Commissaire aux comptes. Pour permettre aux acteurs du marché d'appréhender cette nouvelle institution, l'AMF a créé un groupe de travail composé d'une trentaine de praticiens et experts en la matière. Ce groupe de travail vient de rendre ses travaux. Ce rapport, qui se veut pragmatique, insiste tout d'abord sur les principales missions du Comité d'audit et plus particulièrement sur la notion de « suivi » visée par l'ordonnance de 2008. Le rapport précise que ce suivi de l'information comptable et financière ne doit pas remplacer le suivi qui incombe à la direction générale de la société.

A proprement parler, le Comité agit en tant que conseil de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de la société dans les missions comptables et financières qui sont confiées à ce dernier par les textes (arrêté des comptes annuels...). Le second axe du rapport du groupe de travail de l'AMF est la responsabilité des membres du Comité d'audit. Pour rappel, l'ordonnance de 2008 énonce que les missions du Comité d'audit sont exercées sous la responsabilité du Conseil d'administration (ou du Conseil de surveillance, le cas échéant) (C.com., art. L.823-19). Pour le groupe de travail, la formulation légale est ambiguë et laisse penser que les membres du Comité engagent, par leurs actes, la responsabilité collective des membres du Conseil d'administration (ou du Conseil de surveillance), sans engager leur responsabilité personnelle. Le groupe de travail a donc invité le législateur à modifier ce texte afin de lever toute ambiguïté sur l'interprétation de celui-ci. L'AMF s'est d'ailleurs rapprochée du Gouvernement en lui demandant d'amender cette disposition.

Sociétés cotées : obligation de disposer d'un site internet (Décret n°2010-684, 23 juin 2010, JO du 25/06/2010)

Le Gouvernement vient d'amorcer le travail de transposition de la Directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 qui, pour rappel, porte sur les droits des actionnaires des sociétés cotées. Il institue en effet, par un décret du 23 juin dernier, l'obligation pour les sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé de disposer d'un site

internet afin de satisfaire à leurs obligations d'information à l'égard de leurs actionnaires (art.2). Le décret énumère les informations qui devront être diffusées par les sociétés cotées sur leur site internet. Le dispositif devra être appliqué aux assemblées générales des actionnaires qui se tiendront à compter du 1^{er} octobre 2010.

Contrôle de proportionnalité du cautionnement du gérant (Cass. com., 22 juin 2010, pourvoi n°09-67.814)

L'article L.341-4 du code de la consommation dispose qu'un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. Par un arrêt rendu le 22 juin dernier, la chambre commerciale de la Cour de cassation fait application de ce texte au cautionnement consenti par le gérant d'une SARL, pour

garantir, comme c'est souvent le cas, l'exécution du prêt octroyé par une banque à sa société. Pour la Cour de cassation, le gérant de la société étant une personne physique, les dispositions de l'article L.341-4 sont bien applicables au cautionnement qu'il a consenti. La Haute juridiction ajoute, pour rejeter le pourvoi de la banque, que la sanction, en cas de cautionnement manifestement disproportionné, est l'impossibilité totale pour le créancier d'invoquer le cautionnement, cette impossibilité ne pouvant s'apprécier en fonction de la disproportion, précise la Cour.

DROIT FISCAL

Cessation du mandat social et indemnités (Conseil d'Etat, 7 avril 2010, n°318885)

En application de l'article 80 duodécies du CGI, les sommes versées à l'occasion de la rupture d'un contrat de travail ou de la cessation des fonctions d'un mandataire social constituent des rémunérations imposables. Toutefois, une partie des sommes ainsi versées est exonérée, dans la limite du plus élevé des seuils suivants :

- montant de l'indemnité prévue par la convention collective de branche, l'accord professionnel et interprofessionnel ou, à défaut, par la loi ;
- 50% du montant de l'indemnité effectivement perçue, ou deux fois la rémunération annuelle brute perçue par le

salarié au cours de l'année civile précédant la rupture du contrat. L'exonération est en outre limitée à six fois le plafond annuel de la sécurité sociale.

Les juges suprêmes ont décidé que les sommes perçues par une personne, en raison de la cessation simultanée de la fonction de mandataire et du contrat de travail, devaient être globalisées pour faire application de l'exonération. Ainsi, l'exonération ne s'applique qu'une seule fois à la totalité des indemnités perçues, elle n'est pas applicable à chaque indemnité séparément.

Régime fiscal des véhicules (Directive européenne 2007/46/CE)

Le régime fiscal des véhicules de sociétés varie selon la classification du véhicule : véhicules de tourisme ou véhicules utilitaires. Les premiers supportent un coût fiscal plus élevé (limitation de l'amortissement déductible, TVTS, taxe additionnelle à la carte grise).

De récentes décisions communautaires pourraient permettre à certains véhicules (classés N1) de bénéficier désormais du statut des véhicules utilitaires.

Ainsi, depuis le 29 avril 2009, il est possible d'homologuer un véhicule particulier en véhicule utilitaire sans la contrainte de la transformation en 2 places et avec la quasi-totalité du bénéfice d'un statut de véhicule utilitaire :

- bénéfice d'un véhicule 5 places (tout en étant un VU)
- exonération de TVS
- exonération de malus environnemental
- amortissement et charges d'exploitation déductibles des bénéfices imposables sans plafonnement.

ISF et Assurance vie (Rép. Min. Dolez, JO AN du 16 février 2010, p. 1691, n°18648)

Durant la phase d'épargne, les contrats d'assurance-vie rachetables sont soumis à l'ISF sur la base de leur valeur de rachat au 1er janvier de l'année d'imposition.

Toutefois, si le bénéficiaire du contrat a accepté sa désignation, la loi du 17 décembre 2007 a interdit au souscripteur, sans l'accord exprès du bénéficiaire, d'exercer sa faculté de rachat, ou demander à la compagnie d'assurance de lui consentir une avance, ou d'offrir le

contrat en garantie. Ces dispositions semblaient remettre en cause le caractère rachetable des contrats acceptés.

L'Administration a adopté une position contraire en précisant, dans une réponse ministérielle, que le contrat souscrit conservait sa nature et, qu'en conséquence, sa valeur de rachat devait être soumise à l'ISF dès lors que l'accord du bénéficiaire permettait au souscripteur d'exercer le rachat s'il le souhaitait.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Liquidation judiciaire d'une SCI : recevabilité de la tierce opposition d'un associé

(Cass. com., 26 mai 2010, pourvoi n°09-14.241)

Rendu au double visa de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 583 du code de procédure civile, l'arrêt du 26 mai 2010 consacre la recevabilité de la tierce opposition régularisée par l'associé d'une SCI à l'encontre d'un jugement fixant le montant de la créance d'une banque sur la SCI. La Haute Cour fonde son arrêt sur le droit effectif au juge, dont ne saurait être privé l'associé d'une SCI en liquidation qui répond indéfiniment des dettes de la société à proportion de sa part dans le capital social. Ce droit justifie que l'associé puisse contester une décision venant déterminer le passif de la SCI.

Cette décision se place dans la continuité d'un précédent arrêt de la Cour de cassation (Cass. com. 19 décembre 2006, pourvoi n°05-14.816), qui avait sous le même visa et selon le même raisonnement admis la tierce opposition de l'associé à l'encontre du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une SCI. L'assimilation opérée par la Cour de cassation paraît logique puisque, de la fixation du passif de la SCI va dépendre, *in fine*, le niveau de contribution de son associé. La solution demeure toutefois d'interprétation stricte : elle est fondée sur le droit effectif au juge, non sur la qualité d'associé, lequel n'est pas assimilable à un tiers.

Assignation du créancier : interruption de la prescription

(Cass. com., 26 mai 2010, pourvoi n°09-10.852)

L'arrêt rendu le 26 mai 2010 par la Cour de cassation reprend une solution classique : la demande d'un créancier en ouverture d'une procédure collective est constitutive d'une citation en justice interruptive de prescription, mais cette interruption devient non avenue si la demande est définitivement rejetée.

Ainsi, la Cour rappelle que l'assignation d'un créancier en redressement ou liquidation judiciaire de son débiteur contient, au moins implicitement, une demande de reconnaissance du droit de ce créancier, laquelle sera ensuite formalisée par sa déclaration de créance.

Cependant, l'effet interruptif de prescription n'existe que si la procédure collective est ouverte et le reste. En l'espèce, la banque avait dénoncé ses concours bancaires en 1989. Une première procédure de redressement fut ouverte en 1990, puis annulée en appel en 1991. Une seconde procédure, à la demande de la banque, est ouverte en 1994, pour être elle aussi annulée en cassation en 2000.

La troisième procédure, ouverte en 2002, ne fût pas la bonne pour la banque. La procédure ouverte en 1994 à sa demande ayant été annulée, aucun effet interruptif n'y était attaché, et sa créance se trouvait dès lors prescrite.

Changement de syndic : le mandataire n'est pas tenu de renouveler sa contestation de créance

(Cass. com., 8 juin 2010, pourvoi n°09-68.121)

L'article L.622-27 du code de commerce impose au créancier de répondre sous trente jours à la demande d'explications adressée par le mandataire judiciaire, sous peine de perdre toute possibilité de contestation ultérieure de la proposition du mandataire.

Du fait de cette conséquence grave du défaut de réponse dans les délais pour le créancier, la Cour de cassation a développé une jurisprudence relativement clémente à l'égard des créanciers.

Mais cette clémence a toutefois ses limites. En l'espèce, le mandataire judiciaire avait contesté la créance d'un syndicat de copropriété par courrier adressé à son syndic, auteur de la déclaration de créance. Informé d'un changement de syndic, le mandataire adresse au nouveau syndic une copie de sa contestation initiale. Pour la Cour de cassation, le créancier devait répondre sous les trente jours du premier envoi, et le mandataire n'était tenu ni de renouveler sa contestation auprès du nouveau syndic, ni même de lui adresser copie de son premier envoi.

CONTRATS COMMERCIAUX

Irrecevabilité de l'exception de nullité si l'action en nullité n'est pas prescrite

(Cass. com., 26 mai 2010, pourvoi n°09-14.431)

L'exception de nullité permet à un débiteur actionné en exécution de son obligation d'exciper de la nullité de l'acte pour s'y opposer, et ce malgré la prescription de l'action en nullité, l'exception de nullité étant perpétuelle.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 mai dernier énonce, dans un attendu de principe, que « *la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne s'applique que si l'action en exécution de l'obligation litigieuse est introduite après l'expiration du délai de prescription* ». En l'espèce, il s'agissait de cautions actionnées en paiement par l'établissement prêteur. Ces dernières avaient opposé par voie d'exception, en défense à la demande formée à leur encontre, la nullité du cautionnement pour dol.

Constatant que l'action en paiement exercée par le créancier a été introduite avant l'expiration du délai quinquennale de l'action en nullité, l'exception de nullité a été déclarée irrecevable par les juges.

La solution est logique au regard du but poursuivi par la règle de l'exception de nullité : faire échec à l'action de créanciers qui attendraient l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité pour agir en exécution.

Concernant le régime de l'exception de nullité, on rappellera que, selon une jurisprudence constante, l'exception en nullité ne peut jouer si l'acte a reçu un commencement d'exécution de la part de celui qui invoque la nullité par voie d'exception.

Le transfert des risques dans la vente sous réserve de propriété

(Cass. com., 26 mai 2010, pourvoi n°09-66.344)

En cas de vente sous réserve de propriété, le vendeur conserve la propriété de la chose jusqu'au complet paiement. En sa qualité de propriétaire, il supporte les risques de perte de la chose vendue, ce qui peut sembler sévère puisque la chose n'est plus en sa possession et donc sous son contrôle. Néanmoins, l'acheteur pourra être condamné à payer le prix s'il n'a pas « *apporté à la conservation de la chose vendue*

tous les soins d'un bon père de famille », preuve qui incombe au vendeur, s'agissant d'une obligation de moyens.

Tel est l'enseignement de l'arrêt commenté qui concerne une affaire où les marchandises vendues avaient été volées. On précisera que cette solution avait déjà été affirmée pour du matériel ayant péri par incendie.

Chaîne de contrats et action résolutoire

(Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, pourvoi n°09-10.086)

Le présent arrêt réaffirme avec force le principe selon lequel dans une chaîne de ventes successives, l'action résolutoire résultant d'un même défaut de conformité se transmet avec la chose livrée, de sorte que le sous-acquéreur dispose d'une action contractuelle directe contre le vendeur initial. La Cour de cassation apporte également deux précisions essentielles : **1/** « *lorsque l'action est exercée, d'une part, par le sous-acquéreur à la fois contre le vendeur intermédiaire et contre le vendeur originaire et, d'autre part, par le vendeur intermédiaire contre le vendeur*

originaire, seule peut être accueillie l'action formée par le sous-acquéreur contre le vendeur intermédiaire et contre le vendeur originaire, le vendeur intermédiaire pouvant seulement agir en ce cas contre le vendeur originaire aux fins de garantie des condamnations prononcées contre lui en faveur du sous-acquéreur » ; **2/** « *le vendeur originaire ne peut être tenu de restituer davantage qu'il n'a reçu, sauf à devoir des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé tant au sous-acquéreur qu'au vendeur intermédiaire* ».

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION

Normes du réseau et lien de subordination

(Cass. soc., 8 juin 2010, pourvoi n°08-44.965)

La problématique de la distinction entre les normes imposées au titre de l'uniformisation des établissements d'un réseau et le lien de subordination se présente parfois en jurisprudence. La décision commentée, relative à des contrats qualifiés par les parties de gérance-mandat, en est une illustration.

Les gérants-mandataires d'un réseau d'hôtels ayant obtenu la requalification de leurs contrats en contrats de travail, le mandant avait formé un pourvoi en cassation, contestant l'existence d'un lien de subordination.

Le mandant faisait valoir – notamment – que les normes imposées aux gérants mandataires étaient inhérentes au fait que les hôtels concernés appartenaient à un réseau.

Le mandataire ajoutait que, contrairement à un franchiseur, il était propriétaire des fonds exploités, ce qui justifiait d'autant plus qu'il donne des consignes.

Ce raisonnement n'a pas été suivi par la Cour de cassation, qui a approuvé les juges du fonds, ceux-ci ayant constaté, notamment, le détail systématique des consignes données et l'absence de liberté des mandataires en matière de prix, de choix des clients et de tenue de comptabilité.

La Cour rappelle en effet que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

Reclassement d'un salarié et réseau de distribution

(Cass. soc., 9 juin 2010, pourvoi n°09-10.600)

La décision commentée offre une autre illustration de l'incidence de l'existence d'un réseau sur le droit du travail.

En l'espèce, le salarié d'un GIE, devenu inapte à ses fonctions, avait été licencié. Il contestait la régularité de son licenciement, son employeur n'ayant pas tenté de le reclasser au sein des enseignes membres du GIE, violant ainsi, selon lui, l'article L.1226-10 du code du travail. La cour d'appel avait débouté le salarié de sa demande au motif qu'un tel reclassement aurait entraîné un changement d'employeur.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel, confirmant ainsi sa position relative à la portée de l'obligation de reclassement. En effet, « la recherche des possibilités de reclassement du salarié déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment (...) doit s'apprécier au sein des différents établissements de l'entreprise concernée, et, si nécessaire, à l'intérieur du groupe auquel [l'entreprise] appartient, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent à l'employeur d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ».

Méthode de calcul du préjudice subi par le franchiseur

(Cass. com., 15 juin 2010, pourvoi n°09-14.932)

Il est classiquement admis en jurisprudence que, lorsque le contrat est résilié aux torts du franchisé, le franchiseur a droit au versement de dommages-intérêts équivalents au montant des redevances qui auraient dues lui être payées après la date de la résiliation, si le contrat avait été exécuté jusqu'à son terme.

Une attention particulière doit être portée au calcul de ce préjudice : la décision commentée casse un arrêt d'appel qui, après avoir constaté que le préjudice du franchiseur s'était étendu sur 7,5 mois, a calculé le préjudice sur la base du chiffre d'affaires réalisé par le franchisé sur un an entier et non sur 7,5 mois.

PERSONNES ET PATRIMOINE

Réforme du droit de la protection des majeurs et droit transitoire

(Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, pourvoi n°09-16.094)

L'arrêt rendu le 27 mai 2010 rappelle les modalités d'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 sur la réforme du droit de la protection juridique des majeurs. Cette décision précise que, si cette loi est entrée en application le 1^{er} janvier 2009, il convient toutefois, lorsqu'il s'agit d'une procédure d'appel ou d'un recours en cassation, de s'en reporter aux

dispositions de l'article 45-III relatives au droit transitoire qui disposent que ceux-ci doivent être « *jugés selon les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance* ». Il y a donc lieu d'être particulièrement vigilant en cette matière quant au choix de la loi applicable dans le temps.

La liberté des indivisaires s'arrête là où commence celle des autres indivisaires

(Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, pourvoi n°09-65.362)

L'article 815-9 alinéa 1^{er} du code civil dispose que « *chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision* ».

Par une exacte application de ce texte, la Cour en déduit que « *tout indivisaire est en droit de faire cesser les actes accomplis par un autre indivisaire, qui ne respectent pas la destination de l'immeuble ou qui portent atteinte à leurs droits égaux et concurrents sur la chose indivise et d'agir à cet effet, ainsi que pour obtenir réparation du préjudice consécutif auxdits actes, sans attendre le partage* ».

En l'espèce un indivisaire avait construit un ouvrage qui empiétait sur la partie indivise, les autres en demandaient donc la démolition. Or, les actes d'administration et de disposition accomplis sans le consentement des indivisaires ou d'une autorisation de justice étant simplement inopposables aux indivisaires qui n'y ont pas consenti et leur efficacité dépendant du partage futur, la Cour d'Appel en avait déduit que la demande de démolition était prématurée et qu'il convenait d'attendre les suites du partage.

Conformément aux prescriptions de l'article susmentionné la Cour de cassation a censuré cet arrêt, puisqu'il n'y a nullement lieu d'attendre la réalisation du partage.

Le déni, une maltraitance psychologique

(Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, pourvoi n°09-65.208)

Dans la présente espèce, les parents de trois enfants étaient dans le déni d'infractions pour lesquelles ils avaient été condamnés et qui avaient conduit au placement des enfants auprès de l'aide sociale à l'enfance et au retrait total de l'autorité parentale. Les parents, pour s'opposer au retrait de l'autorité parentale prononcé par la Cour d'appel, font alors valoir que « *l'autorité parentale ne peut être retirée aux parents que si ceux-ci constituent un danger avéré pour l'enfant ; que le juge doit se prononcer au regard de la situation au jour où il statue ; que M. et Mme R faisaient valoir dans leurs conclusions qu'ils ne constituaient plus,*

en l'état du placement dont les enfants avaient fait l'objet et de l'interdiction des visites et des communications, aucun danger ». Cependant, cette argumentation est rejetée. En effet, la Cour a constaté que le déni des infractions, « *persistant et sans évolution* », ainsi que leur comportement mettant en échec toutes actions éducatives, déstabilisant les enfants « *constituait une maltraitance psychologique continue à l'égard de leurs trois enfants* ». Dans ces conditions le juge a confirmé la décision de la Cour d'appel, le danger couru par l'enfant existant au jour où le juge a statué.

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Sanction du refus d'une modification des fonctions conforme à la qualification du salarié

(Cass. soc., 12 mai 2010, pourvoi n°09-41.007)

Dans cette affaire, deux salariées du service contentieux d'une banque, avaient été licenciées pour faute grave, après avoir refusé une modification de l'ordre de 30% de leurs fonctions, au motif que les nouvelles tâches commerciales qui leur étaient adjointes modifiaient leur fonction juridique d'origine.

La Cour, appliquant une jurisprudence constante selon laquelle une modification des fonctions du salarié constitue une simple modification de ses conditions de travail qui

relève du pouvoir de direction de l'employeur et s'impose au salarié, dès lors qu'elle est conforme à sa qualification (*Cass. soc., 8 mars 2006, n°05-41.028*), a estimé que les licenciements des salariées étaient, en l'espèce, justifiés.

Pour autant, la Haute juridiction a considéré que l'employeur ne pouvait fonder les licenciements sur une faute grave, le refus par un salarié d'un changement de ses conditions de travail étant seulement constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

L'inégalité de traitement entre salariés doit être justifiée par des raisons objectives

(Cass. soc., 5 mai 2010, pourvoi n°08-45.502)

Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation s'est prononcée sur le cas de salariés d'un établissement de France 3 situé à Montpellier, qui se plaignaient d'être soumis à un prélèvement dit « *abattement de zone* » pratiqué sur leur salaire et justifié par la différence du coût de la vie entre la région parisienne et la province.

Rappelant une jurisprudence établie (*Cass. soc., 21 janvier 2009, n°07-43.452*), la chambre sociale a affirmé qu'« *il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise,*

exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives que le Juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

La Cour a, en l'espèce, confirmé la décision d'appel ayant estimé que la différence de traitement ne reposait pas sur des raisons pertinentes au motif, d'une part, que l'allégation de la société relative au niveau du coût de la vie plus élevé à Paris qu'en province n'était fondée sur aucun élément objectif et, d'autre part, que l'existence de taux d'abattement différents selon les régions n'était pas justifiée.

Absence de formalités nécessaires à une demande de passage de travail à temps plein

(Cass. soc., 2 juin 2010, pourvoi n°09-41.395)

Selon les articles L.3123-6 et D.3123-3 du code du travail, en l'absence de stipulation relative au temps partiel dans la convention ou l'accord collectif de travail, la demande du salarié de bénéficier d'un horaire à temps partiel est adressée à l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception, six mois à l'avance, et doit comporter la durée de travail souhaitée ainsi que la date envisagée pour la mise en œuvre d'un nouvel horaire. Censurant la décision de la Cour d'appel, la Haute Juridiction a relevé que ce

formalisme ne s'appliquait pas dans la situation inverse c'est-à-dire lorsqu'un salarié à temps partiel demande à bénéficier d'un temps plein. La Cour d'appel avait en effet débouté, à tort, une salariée de sa demande de dommages et intérêts formulée à l'encontre de son employeur, auquel elle reprochait de ne pas avoir répondu à sa demande de repasser à temps plein après un temps partiel, au motif que la demande de la salariée avait été faite oralement et n'était donc pas conforme aux dispositions de l'article L.212-4-9.

IMMOBILIER

Fin de bail et obligation de dépollution incombant au preneur

(Cass. civ. 3^{ème}, 19 mai 2010, pourvoi n°09-15.255)

A la suite d'un congé avec refus de renouvellement donné pour le 1^{er} janvier 2004, assorti d'une offre d'indemnité d'éviction, une société preneuse qui exerçait une activité de garage automobile, a assigné son bailleur pour que soient fixées les indemnités d'éviction et d'occupation.

Les juges du fond ont fixé au 1^{er} juin 2006 la date de restitution des locaux alors que la Société preneuse avait quitté les lieux le 1^{er} juin 2005. Les magistrats ont en effet considéré que la Société preneuse n'avait valablement restitué les lieux qu'au jour où elle avait justifié avoir pris les mesures de dépollution du site qu'elle exploitait auparavant.

La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir ainsi statué aux motifs qu'en sa qualité de dernier exploitant d'une installation, il lui appartenait de prendre toutes les dispositions utiles pour la mise en sécurité du site, en application de l'article R.512-74 du code de l'environnement. La solution, conforme aux textes, ne peut être qu'approuvée, les coûts de dépollution d'une installation classée ne sauraient incomber au bailleur dès lors que le locataire doit rendre les lieux en bon état. On comprend ici tout l'enjeu de la fixation de la date de restitution des lieux loués, l'indemnité d'occupation, courant, s'impute sur l'indemnité d'éviction qui diminue d'autant.

Conditions d'application de l'assurance dommages-ouvrage

(Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 2010, pourvoi n°09-15.412)

Dans le cadre d'une affaire opposant un assureur dommages-ouvrage à son assuré, la Cour de cassation a rappelé les conditions de mise en œuvre d'une telle garantie.

Un assureur dommages-ouvrage avait payé, au maître d'ouvrage, une provision en exécution d'une ordonnance de référé, pour des désordres affectant l'ouvrage puis avait exercé son recours subrogatoire contre les constructeurs. La juridiction saisie du recours subrogatoire a rejeté la demande de l'assureur au motif que l'ouvrage assuré ne présentait aucun désordre portant atteinte à sa solidité ou de nature à le rendre impropre à sa destination.

L'assureur dommage ouvrage a donc assigné son assuré en restitution des sommes versées au titre de l'assurance dommages-ouvrage. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, fait droit aux demandes de restitution des sommes formées par l'assureur. La Cour de cassation a en effet rappelé que, sauf dispositions contractuelles particulières, l'objet de l'assurance dommages-ouvrage est de préfinancer le coût des seuls travaux nécessaires à la réparation des désordres portant atteinte à la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination. A défaut, l'assuré ne peut bénéficier de cette garantie, quand bien même les sommes versées auraient été affectées à la réparation des désordres, comme le soutenait le pourvoi.

L'ILAT encore censuré par le Conseil Constitutionnel

(Cons. const. 10 juin 2010, n°2010-607 DC)

Le Conseil constitutionnel a, une fois de plus, censuré l'indice des loyers des activités tertiaires (ILAT) pour cause de cavalier législatif. En effet, dans le cadre du recours formé à l'encontre de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, les sages ont considéré que les dispositions relatives à l'ILAT ne présentaient pas de lien avec celles relatives à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Le Conseil constitutionnel avait déjà procédé de la sorte à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2010 pour la même raison. Si l'on peut approuver le Conseil constitutionnel de sanctionner la pratique des cavaliers législatifs, il n'en demeure pas moins que les praticiens attendent la consécration d'un indice qui tiendrait compte des spécificités de leur activité tertiaire qui est exclue de l'ILC.

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Tribunal compétent en matière délictuelle et Règlement « Bruxelles I »

(Cass. com., 8 juin 2010, pourvoi n°09-13.381)

Selon les dispositions de l'article 5, 3° du règlement dit « Bruxelles I » (Règlement CE n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000), en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être attraite devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit.

En application de cet article, la chambre commerciale de la cour de cassation a, par arrêt du 8 juin 2010, rejeté un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence lequel avait confirmé l'ordonnance du Président du Tribunal de commerce qui s'était déclaré incompétent pour connaître de l'action en référé-provision formée à l'encontre d'une banque, considérant que le fait dommageable s'est déroulé à Amsterdam.

Dans cette affaire, une société B souhaitant procéder à une augmentation de capital a chargé une société E de réaliser les formalités administratives. La société E a alors confié à la Banque N, située à Amsterdam, la réception des fonds sur lesquels la Société E a prélevé ses honoraires. La Société B considérant ce paiement indû a assigné la Banque N en référé-provision devant le Président du Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence, lieu de situation du compte de la Société B sur lequel a été omis de créditer la somme prélevée.

Cependant, après avoir relevé que la faute invoquée est le prélèvement des honoraires, lequel s'est déroulé à Amsterdam, les juridictions françaises se sont déclarées incompétentes.

Recevabilité d'un pourvoi en matière internationale

(Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 2010, pourvois n°09-11.177 et n°09-14.324)

Comme le prévoient les dispositions des articles 606 et 608 du code de procédure civile, est irrecevable un pourvoi en cassation formé contre un arrêt qui a statué sur une exception de procédure sans mettre fin à l'instance.

Cependant, comme l'a précisé la Cour de cassation par arrêt du 7 mai 2010, en matière internationale la contestation élevée sur la compétence du juge français tend à retirer

au juge le pouvoir de trancher le litige au profit d'une juridiction d'un Etat étranger et ainsi à prévenir un excès de pouvoir.

En conséquence, un pourvoi formé à l'encontre d'un jugement ayant statué sur cette exception de procédure est immédiatement recevable, même s'il n'est pas mis fin à l'instance.

Délais de recours

(Réponse ministérielle n°12046, JO Sénat Q, 6 mai 2010)

Monsieur Laurent Bêteille, sénateur, a interrogé Madame le Garde des Sceaux sur la possibilité d'harmoniser les différents délais de recours existants qui varient notamment entre le droit civil, le droit pénal et le droit administratif et ce, « *dans un souci de meilleure intelligibilité de la loi et de sécurité juridique* ». Par réponse en date du 6 mai 2010, Madame le Ministre a précisé que les délais de recours ont deux fonctions différentes et complémentaires : obliger les parties à accomplir les actes de la procédure dans un délai

déterminé et leur laisser le temps de la réflexion. Ainsi, selon Madame le Garde des Sceaux, il est parfaitement justifié que les délais de recours varient selon l'urgence de l'affaire et la nature de la diligence à accomplir ; et ce d'autant plus que ces délais ne portent pas préjudice aux parties dès lors qu'elles sont informées et que ces délais « *permettent de garantir le droit d'accès au juge en prenant en compte les exigences inhérentes à la sécurité juridique et à une bonne administration de la justice* ».

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Intérêt à agir en déchéance

(Cass. com., 18 mai 2010, pourvoi n°09-65.072)

Dans cette affaire, la société Philip Morris, titulaire de la marque Next pour désigner les produits du tabac, agissait en déchéance d'une marque antérieure identique, mais non utilisée, pour désigner des articles vestimentaires. La cour d'appel considéra que l'action en déchéance avait un objectif manifestement illicite et rejeta la demande. En effet, en raison de la législation relative à la publicité pour les produits du tabac et l'interdiction de la publicité indirecte pour ces produits, la société défenderesse ne pouvait faire usage de sa marque suite au dépôt, par la société demanderesse, d'une marque identique pour désigner des produits du tabac, situation que la demanderesse ne pouvait ignorer.

Reconventionnellement, le défendeur sollicitait la nullité de la marque arguant de l'impossibilité d'exercer utilement et paisiblement son droit, demande à laquelle la cour d'appel avait également fait droit. La Cour de cassation casse l'arrêt aux motifs que le demandeur en déchéance justifie d'un intérêt à agir lorsque sa demande tend à lever une entrave à l'utilisation du signe dans le cadre de son activité ; elle reprend ainsi une solution classique. L'arrêt est cassé également pour avoir prononcé la nullité de la marque alors que l'existence d'une marque qui n'aurait pas fait l'objet d'un usage sérieux pendant un délai ininterrompu de cinq ans ne peut fonder la nullité d'une marque enregistrée postérieurement.

Des marques et des roses

(CA Paris, 14 mai 2010, RG n°08/22346)

Les fleurs séduisent également les marques, ou l'inverse. En effet, les variétés de roses peuvent être protégées par un certificat d'obtention végétale qui reprend la dénomination variétale de la fleur. Mais, ainsi que l'illustre cet arrêt, il est prudent de déposer à titre de marque le nom de la fleur pour disposer d'une protection plus efficace. En l'espèce, une société productrice de rosiers agissait en contrefaçon à l'encontre d'une société commercialisant des fleurs sous un nom très similaire à ceux déposés à titre de marque pour désigner notamment des produits horticoles.

Classiquement, la cour d'appel s'attache à rechercher l'existence d'un risque de confusion entre les signes en présence en examinant leurs ressemblances visuelle, phonétique et conceptuelle. La cour constate l'existence d'un risque de confusion pour le consommateur qui sera enclin à attribuer aux rosiers commercialisés sous la dénomination litigieuse une origine commune à ceux commercialisés sous la marque contrefaite ; la cour constate en conséquence la contrefaçon par imitation des marques de la société demanderesse.

Contrefaçon et usage du signe à titre de marque

(Cass. com., 18 mai 2010, pourvoi n°09-14.117)

La société titulaire de la marque Pretty Girl pour désigner des vêtements, chaussures et chapellerie, constatant la reproduction de cette dénomination sur des vêtements pour enfants, engagea une action en contrefaçon. La cour d'appel rejeta la demande aux motifs que la mention figurait sous le dessin d'une petite fille mignonne de sorte que le signe n'était pas utilisé à titre de marque mais que l'expression était employée dans son sens commun ; en outre, la cour relève que les vêtements sont commercialisés sous la marque du défendeur.

La Cour de cassation casse l'arrêt qui s'est prononcé par des motifs impropres à établir que l'usage du signe ne portait pas atteinte aux fonctions de la marque, la marque étant au demeurant reproduite à l'identique sur des produits identiques à ceux désignés dans l'enregistrement. Cet arrêt fait écho à la jurisprudence communautaire selon laquelle, le seul fait que le public perçoive le signe comme un ornement n'empêche pas la contrefaçon lorsque les signes présentent des ressemblances telles que le public est susceptible de leur attribuer une origine commune.

ACTUALITÉ DU CABINET

SIMON Associés ouvre un bureau à Montpellier

Après l'ouverture de son bureau à **Lyon** en 2008, puis celui de **Nantes** en septembre 2009, SIMON Associés vient d'ouvrir un nouveau bureau à **Montpellier**

Pour en savoir plus, [lire le communiqué de presse](#)

Publications récentes de Simon Associés

François-Luc SIMON : « Le renouvellement du contrat »

[Franchise Magazine, 01/06/2010](#)

Chantal MILLIER-LEGRAND : « L'implantation dans un centre commercial et l'évolution des modèles types »

[Village de la justice, 10/06/2010](#)

Chantal MILLIER-LEGRAND : « L'implantation en centre commercial »

[LesEchospme.fr, 10/06/2010](#)

Denis Di LEONARDO : « Optimisation fiscale, seule préoccupation du dirigeant »

[Décideurs, juin 2010](#)

Nicolas BILLON : « L'intervention du législateur sur le reclassement des salariés à l'étranger »

[Village de la justice, 14/06/2010](#)

[Indice RH.com, 11/06/2010](#)

[Entreprise & Droit.com, 18/06/2010](#)

[Le Tout Lyon, du 19 au 25/06/2010](#)

Chantal MILLIER-LEGRAND : « Comment s'implanter en centre commercial »

[Points de Vente, 14/06/2010](#)

Chantal MILLIER-LEGRAND : « Réussir son implantation dans un centre commercial »

[BureauxLocaux.com, 14/06/2010](#)

Gaël TOUSSAINT-DAVID : « Quelles nouvelles règles de concurrence ? »

[Points de Vente, 28/06/2010](#)

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

www.simonassocies.com