



SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

FÉVRIER 2019

SOMMAIRE

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES	
La prorogation de la réduction d'impôt « Madelin » Article 199 terdecies-0 A du Code général des impôts	p. 2
Annulation d'une cession d'actions pour dol Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-28.725	p. 3
ENTREPRISES EN DIFFICULTE	
Conflit entre le Règlement Bruxelles 1 et le Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité CJUE, 6 février 2019, aff. C-535/17	p. 4
Etendue du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire lors d'une action en divorce Cass. com., 16 janvier 2019, n°17-16.334	p. 5
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX	
L'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti sur le risque d'endettement excessif né de l'octroi d'un prêt Cass. com., 13 février 2019, n°17-14.785	p. 6
Application d'une clause attributive de juridiction stipulée dans les Conditions Générales de Vente à un litige de nature délictuelle Cass. civ. 1 ^{ère} , 13 février 2019, n°18-11.609	p. 6
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION	
Protection de l'image du réseau contre le repreneur du fonds d'un ancien franchisé Cass. com., 20 février 2019, n°17-20.652	p. 8
Vente hors réseau de distribution sélective : sanction d'un mandataire automobile CA Paris, 9 janvier 2019, n°16/25000	p. 9
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES	
Clause de non-concurrence et rupture conventionnelle Cass. soc., 6 février 2019, n°17-27.188	p. 13
Abandon de la notion de « préjudice nécessaire » concernant le défaut de mention de la priorité de réembauche dans la lettre de licenciement Cass. soc., 30 janvier 2019, n°17-14.392	p. 14
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME	
Bail commercial : repentir ou résiliation, il faut choisir Cass. civ. 3 ^{ème} , 24 janvier 2019, n°17-11.010	p. 14
Vente de lots issus de leur division et paiement des charges de copropriété Cass. civ. 3 ^{ème} , 7 février 2019, n°17-31.101	p. 15
PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Usage d'une dénomination à titre d'identifiant et non comme simple indicateur de référencement Cass. com., 23 janvier 2019, n°17-18.693	p. 16
De la difficulté à établir le caractère distinctif d'une marque CA Paris, 15 janvier 2019, RG n°17/16677	p. 17
PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION	
Suppression d'une astreinte pour le futur sans justification d'une cause étrangère Cass. civ. 2 ^{ème} , 21 février 2019, n°17-27.900	p. 18
Acte de désistement d'appel en vue d'un nouveau recours et effet extinctif de l'instance Cass. civ. 2 ^{ème} , 21 février 2019, n°18.13-467	p. 19
DROIT PÉNAL	
Achat de bouteilles de champagne grâce aux fonds de la société, et caractérisation d'un abus de biens sociaux et d'un recel d'abus de biens sociaux Cass. crim., 30 janvier 2019, n°17-85.304	p. 19
DROIT INTERNATIONAL	
EUROPE/CHINE - Secteurs stratégiques : l'Union Européenne contrôle les investissements étrangers Résolution législative du Parlement européen du 14 février 2019	p. 21
ACTUALITE	p. 23

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHRÉÏN
BELGIQUE - BIRMANIE
BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
COREE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ
EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - LUXEMBOURG
MAROC - NICARAGUA
OMAN - PANAMA
PARAGUAY - PÉROU
PORTUGAL - RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM

Conventions transnationales

www.simonavocats.com

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

La prorogation de la réduction d'impôt « Madelin »

Article 199 terdecies-0 A du Code général des impôts

Ce qu'il faut retenir :

Initialement prévue pour la seule année 2018, la loi de finances pour 2019 a maintenu, aux mêmes conditions, la réduction d'impôt sur le revenu à hauteur de 25% des sommes versées au titre de la souscription en numéraire au capital initial ou aux augmentations de capital des petites et moyennes sociétés.

Pour approfondir :

La loi de finances pour 2018 a supprimé l'impôt sur la fortune (ISF) et avec lui, la réduction d'ISF pour la souscription au capital de PME (réduction « ISF-PME »). Afin de maintenir le soutien au financement des PME, la loi de finances pour 2018, dans son article 74, prévoit, en contrepartie de la suppression de la réduction ISF, une augmentation du taux de la réduction d'impôt sur le revenu de 18 à 25% en cas de souscription au capital d'une PME. Le bénéfice de cette réduction d'impôt, aussi appelée réduction « Madelin » est offert au titre des souscriptions en numéraire réalisées jusqu'au 31 décembre 2018, mais l'augmentation du taux de la réduction a été, quant à elle, conditionnée à la publication d'un décret prenant acte de la décision de la Commission Européenne dans la mesure où cette réduction d'impôt a le caractère d'une aide d'Etat en faveur des PME. Cet accord de la Commission n'étant toujours pas intervenu à ce jour, la mesure fut donc prolongée par l'article 118 de la loi de finances pour 2019 pour les versements réalisés jusqu'au 31 décembre 2019. L'article 199 terdecies-0 A du Code général des impôts reprend les conditions du I de l'article 885-0 V bis tel qu'en vigueur le 31 décembre 2017, soit :

- Pour les souscriptions :
 - elles doivent constituer des souscriptions en numéraire au capital initial ou aux augmentations de capital des sociétés éligibles au dispositif ;
 - ce sont des souscriptions en numéraire.
- Quant à la société bénéficiaire de la souscription, elle doit :
 - être une PME au sens du règlement européen, c'est-à-dire que son effectif doit être inférieur à 250 personnes et son chiffre d'affaires ne pas excéder 50 millions d'euros ou son total bilan excéder 43 millions d'euros, selon l'annexe I du règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 ;
 - ne pas être une entreprise en difficulté au sens du 18 de l'article 2 du même règlement UE 651/2014 ;
 - exercer directement une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, à l'exclusion des activités procurant des revenus garantis en raison de l'existence d'un tarif réglementé de rachat de la production, des activités financières, des activités de gestion de patrimoine mobilier et des activités immobilières ;
 - remplir au moins l'une des conditions suivantes au moment de l'investissement initial : soit elle n'exerce son activité sur aucun marché ; soit elle exerce son activité sur un marché quel qu'il soit, depuis moins de sept ans après sa première vente commerciale ; soit elle a besoin d'un investissement en faveur du financement des risques qui, sur la base d'un plan d'entreprise établi en vue d'intégrer un nouveau marché géographique ou de produits, est supérieur à 50 % de son chiffre d'affaires annuel moyen des cinq années précédentes ;
 - ne pas avoir des actifs constitués de façon prépondérante de métaux précieux, d'œuvres d'art, d'objets de collection, d'antiquités, de chevaux de course ou de concours ou, sauf si l'objet même de son activité consiste en leur consommation ou en leur vente au détail, de vins ou d'alcools ;
 - avoir son siège social dans un État de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale prévoyant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale ;

■ Aix-en-Provence - Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Lyon - Marseille
Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Toulouse ■

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Birmanie - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre
Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie
Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo
République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

SS
RESEAU SIMON AVOCATS

- ne pas avoir ses titres admis sur un marché réglementé ;
 - être soumis à l'impôt sur les bénéfices dans les conditions de droit commun ;
 - employer au moins 2 salariés à la date de clôture de l'exercice qui suit la souscription (ou au moins 1 salarié pour les sociétés exerçant une activité artisanale) ;
 - ne pas avoir reçu, au titre des souscriptions, des versements et des aides au titre du financement des risques sous la forme d'investissement en fonds propres ou quasi-fonds propres, de prêts, de garanties ou d'une combinaison de ces instruments dont le montant global excéderait 15 millions d'euros.
- La durée de détention est également à considérer :
- le contribuable doit conserver les titres reçus en contrepartie jusqu'au 31 décembre de la cinquième année suivant celle de la souscription ;
 - l'achat des titres ne doit pas donner lieu à remboursement avant le 31 décembre de la septième année suivant celle de la souscription.

La réduction « Madelin » bénéficie, par transparence, aux souscriptions réalisées par l'intermédiaire d'une société holding pure. Cette dernière doit avoir pour objet exclusif de détenir des participations au capital des PME opérationnelles éligibles à la réduction d'impôt sur le revenu, répondre à l'ensemble des conditions applicables aux PME opérationnelles, à l'exception de celles tenant à la nature de l'activité exercée, au nombre maximum d'associés ou d'actionnaires et au nombre minimum de salariés. Les mandataires sociaux de la holding sont exclusivement des personnes physiques et la société doit fournir à chaque investisseur un document d'information avant la souscription de ses titres. Certaines limites quantitatives se posent néanmoins : les versements sont retenus dans la limite annuelle de 50.000 € pour les contribuables seuls et de 100.000 € pour les contribuables soumis à imposition commune. L'excédent peut être reporté sur l'impôt sur le revenu dû au titre des quatre années suivantes. De plus, la réduction d'impôt est soumise au plafonnement global des avantages fiscaux à l'impôt sur le revenu de **l'article 200-0 A du Code général des impôts**.

A rapprocher : Article 157 ; Article 199 ter B ; Article 199 undecies B ; Article 199 unicies

Annulation d'une cession d'actions pour dol

Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-28.725

Ce qu'il faut retenir :

Le manquement à une obligation précontractuelle d'information est caractéristique d'un dol par réticence si le caractère intentionnel de l'omission est avéré et qu'une erreur en découle. En l'espèce, les juges de la Haute juridiction retiennent que la réticence dolosive intentionnelle est constituée dès lors que le cédant de droits sociaux n'a pas informé le cessionnaire de circonstances dont il ne pouvait ignorer le caractère déterminant, à savoir l'existence d'une dépendance économique entre les sociétés cédées et une société tierce, dont la dirigeante n'était autre que sa compagne.

Pour approfondir :

Au vu de l'article 1116 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, le dol par réticence peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait conduit à ne pas contracter ou à contracter à des conditions différentes. Le dol, en tant que cause de nullité, doit être intentionnel et est constitué par le manquement à une obligation précontractuelle d'information ou par le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, comme l'a déjà énoncé la Cour de cassation (**Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n°07-17.568**).

En l'espèce, une société d'édition avait fait l'acquisition de deux sociétés spécialisées dans la publicité. A la suite de cette acquisition, le cessionnaire avait constaté une perte significative de chiffre d'affaires des sociétés acquises. En effet, celles-ci étaient en situation de dépendance économique d'une agence tierce, dirigée par la compagne du cédant, qui avait seule un rapport direct avec les clients et dont dépendait l'activité des sociétés cédées. La quasi-totalité de leurs chiffres d'affaires respectifs résultait des contrats de prestation de services avec la société tierce, dont le nombre avait fortement diminué depuis la cession. Le cessionnaire a ainsi assigné le cédant en justice aux fins d'obtenir l'annulation de la cession pour dol.

■ Aix-en-Provence - Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon
Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Birmanie - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre
Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie
Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo
République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Dans un arrêt rendu le 14 juin 2017 par la Cour d'appel de Paris, le cessionnaire a été débouté de ses demandes au motif qu'il n'avait pas apporté la preuve du caractère intentionnel de l'omission du cédant de porter à sa connaissance l'existence d'une situation de dépendance économique entre les sociétés cédées et une société tierce et les liens personnels qu'il entretenait avec la dirigeante de ladite société tierce. La Cour de cassation **cassee et annule l'arrêt d'appel** au visa notamment des articles 1116 ancien du Code civil et 16 du Code de procédure civile. En effet, les juges relèvent que le cédant ne pouvait ignorer le caractère déterminant pour le cessionnaire des informations relatives à la situation de dépendance économique des sociétés cédées avec une agence tierce et à ses relations personnelles avec la dirigeante de ladite agence. La Cour de cassation en déduit que l'omission de révéler spontanément ces circonstances était nécessairement intentionnelle. En conséquence, le dol est bien constitué et la cession des sociétés devra être annulée. Cette décision, rendue en application de dispositions aujourd'hui abrogées, conserve toute sa portée sous l'empire des dispositions actuelles du Code civil. En effet, les nouveaux articles 1137, 1138 et 1139 dudit Code issus de l'ordonnance du 10 février 2016 opèrent une codification à droit constant de la notion de dol, en consacrant par ailleurs certaines solutions dégagées par la jurisprudence.

A rapprocher : Cass. com., 28 juin 2005, n°03-16.794 ; Cass. com., 4 novembre 2014, n°13-24.665

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Conflit entre le Règlement Bruxelles 1 et le Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité
CJUE, 6 février 2019, aff. C-535/17

Ce qu'il faut retenir :

Une action en responsabilité à l'encontre d'un tiers exercée par le syndic d'une procédure d'insolvabilité principale ouverte en application du Règlement du 29 mai 2000 est soumise au Règlement du 22 décembre 2000 en ce qu'elle trouve son fondement dans les règles communes de droit civil et commercial et non dans les règles dérogatoires spécifiques de la procédure d'insolvabilité.

Pour approfondir :

Un syndic d'une procédure principale d'insolvabilité ouverte aux Pays-Bas en application du Règlement n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité avait exercé à l'encontre d'une banque située en Belgique une action en responsabilité, reprochant notamment à cette dernière une violation de son obligation de surveillance à la suite du détournement par le débiteur d'une somme de 550.000 €.

Les tribunaux néerlandais s'étaient déclarés compétent pour connaître de ladite action, motifs pris que trouvant son fondement dans la procédure principale d'insolvabilité, elle relevait du champ d'application du Règlement n°1346/2000 du 22 décembre 2000.

A la suite d'une question préjudicielle, la CJUE a considéré, conformément à sa jurisprudence constante en la matière, que le critère déterminant pour identifier le domaine dont relève une action est non pas le contexte procédural dans lequel elle s'inscrit, mais le fondement juridique de cette dernière. Il convenait ainsi de « *rechercher si le droit ou l'obligation qui sert de base à l'action trouve sa source dans les règles communes du droit civil et commercial ou dans des règles dérogatoires, spécifiques aux procédures d'insolvabilité* ».

Selon la CJUE, une telle action en responsabilité trouve son fondement dans les règles communes du droit civil et commercial, et relevait ainsi du champ d'application du Règlement n°1346/2000 du 22 décembre 2000 : « *Une action telle que celle en cause au principal, qui, d'une part, peut être introduite par le créancier lui-même, de telle sorte qu'elle ne relève pas de la compétence exclusive du syndic, et d'autre part, est indépendante de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ne saurait être considérée comme étant une conséquence directe et indissociable d'une telle procédure* ».

Reste à savoir si la solution serait identique dans l'hypothèse d'une procédure d'insolvabilité principale ouverte en France, une telle action relevant de la compétence exclusive du liquidateur judiciaire désigné.

A rapprocher : CJUE, 4 septembre 2014, aff. C-157/13

Etendue du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire lors d'une action en divorce
Cass. com., 16 janvier 2019, n°17-16.334

Ce qu'il faut retenir :

Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire ne s'appliquant pas aux actions attachées à sa personne, ce dernier a qualité pour intenter seul une action en divorce ou y défendre, ce alors même que cette action inclut la fixation de la prestation compensatoire mise à sa charge.

Pour autant, cette qualité ne fait pas échec au droit pour le liquidateur, qui entend rendre inopposable à la procédure l'abandon en pleine propriété d'un bien propre du débiteur décidé par le juge du divorce à titre de prestation compensatoire, de former tierce opposition contre cette disposition du jugement de divorce.

Pour approfondir :

En l'espèce, un débiteur a été placé en liquidation judiciaire par jugement du 10 juillet 2009. Suite au prononcé de son divorce pour faute en 2014, ce dernier a été condamné à verser une prestation compensatoire à son ex-épouse sous la forme de l'abandon en pleine propriété d'un bien immobilier lui appartenant en propre. Postérieurement, le liquidateur judiciaire a sollicité auprès du juge-commissaire l'autorisation de procéder à la vente sur adjudication de ce même bien.

La demande du liquidateur a été accueillie par une ordonnance du juge-commissaire en date du 14 septembre 2015. Ce dernier a en effet considéré que le débiteur étant dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, le jugement de divorce était, dans ses aspects patrimoniaux, inopposable à la procédure collective. Partant, l'immeuble pouvait être vendu au titre des opérations de liquidation judiciaire. La Cour d'appel de Metz (*CA Metz, 10 janvier 2017, n° 15/02908*), saisie d'un recours formé par l'ex-épouse, a infirmé l'ordonnance rendue par le juge-commissaire.

Le liquidateur s'est alors pourvu en cassation. Au soutien de ses prétentions, il estime que le débiteur était dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens au jour du jugement le condamnant à verser une prestation compensatoire à son ex-épouse sous forme de l'abandon en pleine propriété de l'immeuble concerné.

Partant, le transfert de propriété du bien devait être déclaré inopposable à la procédure. Or, en jugeant que le transfert de propriété avait été enregistré au Livre foncier et que le liquidateur pouvait former une tierce opposition au jugement de divorce, la Cour d'appel aurait ainsi violé l'article L641-9, I du Code de commerce. Par un arrêt du 16 janvier 2019 publié au bulletin, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le liquidateur. Elle considère en effet que « *le dessaisissement ne concernant que l'administration et la disposition des biens du débiteur, ce dernier a qualité pour intenter seul une action en divorce ou y défendre, action attachée à sa personne, qui inclut la fixation de la prestation compensatoire mise à sa charge sans préjudice de l'exercice par le liquidateur, qui entend rendre inopposable à la procédure collective l'abandon en pleine propriété d'un bien propre appartenant au débiteur décidé par le juge du divorce à titre de prestation compensatoire, d'une tierce opposition contre cette disposition du jugement de divorce.* ».

Si l'ouverture d'une liquidation judiciaire emporte en effet dessaisissement du débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens (*Code de commerce, art. L641-9, I, al. 1*), celui-ci étant représenté par le liquidateur, la jurisprudence juge de façon constante qu'échappent à ce dessaisissement les droits et actions propres au débiteur, c'est-à-dire attachés à sa personne (*Code de commerce, art. L641-9, I, al. 3*). Par conséquent, la Cour de cassation décide que seul le débiteur a qualité pour intenter une action en divorce ou y défendre, dans la mesure où l'action en divorce est une action attachée à la personne du débiteur.

La Haute juridiction ne néglige pas pour autant l'aspect patrimonial du jugement de divorce et l'impact que peut avoir, lors de la fixation de la prestation compensatoire, l'abandon en pleine propriété d'un bien du débiteur, sur la procédure collective. Pour cette raison, elle décide que le liquidateur, qui entend rendre inopposable à la procédure collective cet abandon en pleine propriété, a la possibilité de former tierce opposition contre la disposition du jugement de divorce l'ayant autorisé.

Cette décision concilie donc le droit pour le débiteur de connaître des actions intéressant sa situation personnelle, tout en permettant au liquidateur d'intenter un recours contre une décision pouvant avoir des conséquences sur le patrimoine du débiteur, dans la mesure où il constitue le gage des créanciers.

A rapprocher : Article L.649-1 du Code de commerce

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

L'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti sur le risque d'endettement excessif né de l'octroi d'un prêt

Cass. com., 13 février 2019, n°17-14.785

Ce qu'il faut retenir :

Le manquement d'une banque à son obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti sur le risque d'endettement excessif prive cet emprunteur d'une chance d'éviter le risque qui s'est réalisé.

Pour approfondir :

Le 6 mars 2008, la banque B. a consenti à Madame A. un prêt destiné à financer l'acquisition d'un bien immobilier destiné à la location, remboursable le 15 avril 2020 et garanti par le nantissement d'un contrat d'assurance vie souscrit par son intermédiaire. Madame A. a assigné en responsabilité la banque B. pour avoir manqué à son obligation de mise en garde sur le risque d'endettement excessif lors de l'octroi du prêt.

Par un arrêt du 15 décembre 2016, la cour d'appel de Caen a condamné la banque B. à payer à Madame A. la somme de 40.000 euros à titre de dommages-intérêts, les juges du fond ayant retenu que si Madame A. ne disposait pas des fonds nécessaires au remboursement du prêt à la date d'échéance de celui-ci, Madame A. s'exposerait à la vente de l'appartement financé sans avoir l'assurance qu'elle en tirerait un prix suffisant pour apurer sa dette. Au visa de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 et applicable au présent litige, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel. La Haute Cour retient que le manquement d'une banque à son obligation de mettre en garde un emprunteur non averti sur le risque d'endettement excessif né de l'octroi d'un prêt, prive l'emprunteur d'une chance d'éviter le risque qui s'est réalisé. Le risque supposant que l'emprunteur ne soit pas en mesure de faire face aux sommes exigibles au titre du prêt, ce risque ne saurait être réalisé alors que le terme du contrat n'est pas encore échu, de sorte que le préjudice est éventuel et ne saurait donc être indemnisé.

Par cet arrêt, la Cour de cassation semble abandonner la solution précédemment retenue, selon laquelle le préjudice né du manquement d'une banque à son obligation de mise en garde s'analysait en la perte d'une chance de ne pas contracter (Cass. com., 20 octobre 2009, n°08-20.274).

La Cour considère en effet aujourd'hui que le préjudice né du manquement d'une banque à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance d'éviter le risque qui s'est réalisé. Pour rappel, l'obligation de mise en garde est subordonnée à deux conditions cumulatives, à savoir :

- la qualité de l'emprunteur non averti, et
- l'existence d'un risque d'endettement.

Lorsque ces deux conditions sont réunies et que la banque ne rapporte pas la preuve de ce qu'elle a satisfait à son devoir de mise en garde, sa responsabilité pourra être engagée, la sanction consistant alors selon l'arrêt commenté à la réparation de la perte de chance d'éviter le risque qui se serait réalisé.

A rapprocher : Quelques évidences sur le devoir de mise en garde de la banque dispensatrice de crédit (CA Rennes, 9 déc. 2016, n°12-05738)

Application d'une clause attributive de juridiction stipulée dans les Conditions Générales de Vente à un litige de nature délictuelle

Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2019, n°18-11.609

Ce qu'il faut retenir :

Après avoir relevé que les parties ont été en relations d'affaires suivies pendant huit années au cours desquelles cent vingt factures ont été émises, reproduisant au verso des conditions générales de vente stipulant une clause attributive de juridiction, la Cour de Cassation considère que ladite clause attributive de juridiction pouvait s'appliquer aux différends trouvant leur cause dans le rapport de droit à l'occasion duquel elle avait été convenue, ainsi qu'aux demandes indemnitaires formées au titre de la concurrence déloyale et des pratiques illicites.

Pour approfondir :

La société F. et la société S. ont conclu verbalement un contrat-cadre de distribution. En exécution de ce contrat, la société F. a émis cent vingt factures reproduisant, au verso, ses conditions générales de vente stipulant une clause d'élection de for. La société F. a assigné la société S devant le Tribunal de commerce de Marseille pour solliciter sa condamnation à lui payer la somme de 226.232,10 euros au titre de factures impayées, outre les intérêts et pénalités. La société S. a soulevé l'incompétence du Tribunal de commerce de Marseille au motif que la clause attributive de compétence stipulée dans les conditions générales de vente lui était inopposable. Par arrêt du 5 décembre 2017, la Cour d'appel de PARIS a rejeté cette exception d'incompétence. La société S. a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt aux motifs :

- qu'une clause attributive de juridiction n'est opposable qu'à celui qui l'a acceptée ; que la clause attributive de juridiction figurant parmi les conditions générales imprimées au verso de factures, dont il n'est pas démontré qu'elle a été préalablement portée à la connaissance du destinataire lors de l'émission de ces factures ni approuvée par celui-ci au moment de l'accord sur les prestations, excluant toute acceptation tacite, ne satisfait pas aux exigences de l'article 23 § 1, du règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000 ; que la Cour ne pouvait se fonder, en l'espèce, sur la circonstance que la clause attributive de juridiction dont se prévalait la société F. avait été imprimée au verso des cent vingt factures éditées par la société F. entre 2007 et 2014, ainsi que sur la mention portée au recto de ces documents dans les termes suivants : « *le client déclare avoir pris connaissance et accepter les termes et conditions imprimés sur les deux faces du présent document* », pour dire la clause opposable à la société S. sans rechercher si cette clause avait préalablement été portée à sa connaissance et approuvée par celle-ci ;
- que selon l'article 23 § 1, du règlement n° 44/2001, une clause attributive de compétence est nécessairement limitée aux différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ; qu'en conséquence, la clause attributive de juridiction stipulée à l'occasion d'un contrat de vente et figurant au sein de conditions générales relatives au « *transport et au paiement de marchandises* » ne s'étend pas à

la rupture du contrat-cadre de distribution liant les parties, *a fortiori* lorsque celui-ci constitue un contrat de fourniture de service ; qu'en estimant que la clause attributive de compétence contenue dans les conditions générales de vente est rédigée dans des termes suffisamment larges pour inclure tous les litiges découlant du rapport contractuel pour en déduire qu'elle s'appliquait à la rupture du contrat de distribution liant les parties, sans s'interroger, comme elle y était pourtant invitée, sur la question de savoir si le contrat de distribution liant les parties ne constituait pas un autre rapport contractuel, à savoir un contrat de prestation de service soumis à des chefs de compétence spécifiques par le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 23 § 1 du règlement n° 44/2001 et du principe d'interprétation stricte des clauses attributives de juridiction ;

- que, pour les mêmes raisons, ladite clause ne s'étend pas aux litiges de nature délictuelle susceptibles de survenir entre les parties ; que la Cour ne pouvait donc pas considérer, en l'espèce, que la clause attributive de compétence contenue dans les conditions générales de vente s'appliquait à la demande en dommages-intérêts formée par la société F. au titre des actes de concurrence déloyale et des pratiques illicites prétendument commises par la société S. ; que cette clause était nécessairement limitée aux litiges résultant du seul contrat de vente à l'occasion duquel elle avait été stipulée.

La Haute Cour a cependant considéré qu'ayant relevé que les parties avaient été en relations d'affaires suivies pendant huit années au cours desquelles la société F. avait émis au nom de la société S. cent vingt factures, reproduisant au verso ses conditions générales de vente, qui stipulaient une clause d'élection de for, la Cour d'appel a pu en déduire que la clause attributive de juridiction était opposable à la société S.

La Haute Cour a également considéré qu'ayant relevé que la clause attributive de juridiction était rédigée en des termes suffisamment larges pour inclure tous les litiges résultant du rapport contractuel, la cour d'appel a pu en déduire que la clause s'appliquait aux différends trouvant leur cause dans le rapport de droit à l'occasion duquel elle avait été convenue, ainsi qu'aux demandes indemnitaires formées au titre de la concurrence déloyale et des pratiques illicites.

Cette décision fait donc une application très extensive de la clause attributive de juridiction dans la droite ligne de la jurisprudence de la première Chambre Civile de la Cour de cassation, qui a notamment fait application d'une clause attributive de compétence désignant une juridiction anglaise à une action en responsabilité délictuelle fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie au visa de l'article L.442-6-I, 5° du Code de commerce en considérant « *qu'ayant relevé que le rapport de droit en cause ne se limitait pas aux obligations contractuelles, la référence de l'article 26 au "présent contrat" ne concernant que le droit applicable, et devait s'entendre des litiges découlant de la relation contractuelle, la cour d'appel, hors toute dénaturation, en a souverainement déduit, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, que la clause attributive de compétence s'appliquait à la rupture brutale du contrat* » (Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 2017, n° 15-26105).

A rapprocher : Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 2017, n°15-26.105

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Protection de l'image du réseau contre le repreneur du fonds d'un ancien franchisé

Cass. com., 20 février 2019, n°17-20.652

Ce qu'il faut retenir :

Le franchiseur est fondé à protéger l'image de son réseau contre toute utilisation illicite de ses signes distinctifs sans avoir à justifier d'un préjudice ni de l'existence d'un risque de confusion au jour de la délivrance de l'assignation.

Pour approfondir :

Le 25 décembre 2003, la société HYPROMAT FRANCE a signé un **contrat de franchise** avec la société VEYDIS aux fins d'autoriser cette dernière à implanter et exploiter un centre de lavage rapide en self-service pour les véhicules sous l'enseigne ELEPHANT BLEU.

Ce contrat est venu à terme le 25 décembre 2006 et n'a pas été renouvelé.

Par acte du 8 mars 2007, la société VEYDIS a cédé son fonds de commerce à la société JULMAN, l'acte prévoyant que cette dernière s'engage à faire disparaître tout signe distinctif pouvant rappeler la charte graphique de la franchise ELEPHANT BLEU, au plus tard le 15 mai 2007.

Soutenant que la société VEYDIS n'avait pas respecté les dispositions du contrat de franchise qui imposent aux franchisés, dans cette hypothèse, de cesser immédiatement l'utilisation de quelque manière que ce soit de la marque France ELEPHANT BLEU de même que tout emblème, posters, affiches, documents publicitaires ainsi que modifier les couleurs spécifiques de la franchise, la société HYPROMAT FRANCE a assigné la société VEYDIS devant le juge des référés puis au fond aux fins d'obtenir la cessation sous astreinte de l'utilisation des signes distinctifs et la réparation de son préjudice.

La société VEYDIS a appelé en garantie la société JULMAN.

La société VEYDIS a ensuite été liquidée et radiée, de sorte que la société HYPROMAT FRANCE ne pouvait plus porter de demande d'indemnisation à son encontre.

Par arrêt du 10 mai 2017, la Cour d'appel de Colmar a constaté que la faute de la société JULMAN devait être retenue dès lors qu'il est établi que la station de lavage en cause a conservé une apparence rappelant fortement la charte graphique de la franchise « ELEPHANT BLEU » pendant plus de trois ans après sa cession à la société JULMAN, du 8 mars 2007 à novembre 2010. Cependant, elle a débouté la société HYPROMAT FRANCE de sa demande d'indemnisation à l'encontre de la société JULMAN en retenant que :

- sur son dommage allégué, la société HYPROMAT, n'apporte aucun moyen ni pièce susceptible d'établir que la persistance des couleurs de la station de lavage lui a causé un préjudice ;
- compte tenu du long délai entre la fin du contrat de franchise et les premières mises en demeure adressées par HYPROMAT à JULMAN, il n'y avait plus depuis longtemps, au moment de l'assignation initiale, de risque de confusion pour la clientèle.

Par arrêt du 20 février 2019, la Cour de cassation, se fondant sur l'article 1382 du C. civ., devenu l'article 1240 du C. civ. relatif à la responsabilité délictuelle, a cassé la décision précitée sur chacun des 2 points ayant justifié le débouté en retenant que :

- l'utilisation illicite par le cessionnaire du fonds des signes distinctifs de rattachement de la clientèle du réseau de franchise « Eléphant bleu », portant atteinte à l'image du réseau, était de nature à causer un préjudice au franchiseur, lequel était fondé à la protéger contre toute banalisation ou altération ;
- le droit à réparation naît au jour de la survenance du dommage, de sorte que la disparition éventuelle de celui-ci au jour où la victime saisit le juge pour en obtenir réparation ne la prive pas de son action.

Ce faisant, la Haute juridiction assure avec vigueur la protection des signes de rattachement du réseau de franchise contre toute utilisation illicite d'un tiers pouvant conduire à leur banalisation ou altération.

A rapprocher : article 1240 du code civil

Vente hors réseau de distribution sélective : sanction d'un mandataire automobile
CA Paris, 9 janvier 2019, n°16/25000

Ce qu'il faut retenir :

La Cour d'appel de Paris sanctionne un mandataire automobile ayant fait paraître des annonces de vente de véhicules neufs de la marque Porsche dans un magazine spécialisé, celui-ci ne justifiant ni de sa qualité de mandataire, ni de la licéité de ses approvisionnements, sur le fondement de l'art. L.442-6, I, 6° du C. com. et de la concurrence déloyale.

Pour approfondir :

L'activité de mandataire automobile n'est pas illicite en soi, à condition toutefois pour le mandataire automobile de pouvoir démontrer qu'il intervient réellement en qualité de mandataire pour le compte de l'utilisateur final, dans le cadre d'un contrat de mandat respectant au demeurant les dispositions de l'arrêt du 28 octobre 1996 relatif à l'information des consommateurs sur les prix et services offerts par les mandataires automobiles.

Cependant, des distributeurs hors réseau tentent parfois d'usurper la qualité de mandataire automobile pour justifier la légalité de leurs activités de revente de véhicules neufs. En l'occurrence, la société Porsche France, importateur des véhicules de marque Porsche en France, a eu connaissance d'une annonce publiée dans le magazine Flat 6 du mois de juin 2015 par laquelle M. G. proposait à la vente trois véhicules Porsche neufs.

Or, les véhicules de marque Porsche sont commercialisés au travers d'un réseau de distribution sélective et le contrat de distribution comporte une clause faisant interdiction aux distributeurs agréés de revendre des véhicules de série neufs de la marque Porsche à des vendeurs non agréés.

La société Porsche France a donc mis M. G. en demeure de justifier de l'origine commerciale de ces véhicules neufs, mais ce dernier n'y a jamais répondu et les magazines Flat 6 des mois de juillet et septembre 2015 comportaient de nouvelles annonces concernant les mêmes véhicules. La société Porsche France a donc assigné M. G. devant le Tribunal de commerce de Paris par exploit du 10 novembre 2015, afin de connaître ses sources d'approvisionnement qu'il a refusé de communiquer et de voir sanctionner la violation de son réseau de distribution sélective.

Par jugement du 21 novembre 2016 assorti de l'exécution provisoire, le Tribunal de commerce de Paris a ordonné à M. G. de communiquer à la société Porsche France ses sources d'approvisionnement et les quantités de véhicules Porsche vendus, sous astreinte de 500 euros par jour de retard.

Le Tribunal a, par ailleurs, condamné M. G. à payer à la société Porsche France une indemnité provisionnelle de 30.000 euros, outre 10.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et les entiers dépens. M.G. a interjeté appel de ce jugement. Par un arrêt du 9 janvier 2019, la Cour d'appel de PARIS a condamné M. G. à payer à la société Porsche France les sommes de 20.000 euros à titre de dommages et intérêt pour atteinte au réseau de distribution sélective de la société Porsche France, 10.000 euros à titre de dommages et intérêts pour concurrence déloyale et 5.000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile, outre les dépens d'appel.

La Cour a donc sanctionné le mandataire automobile à la fois sur le fondement de l'article L.442-6, I, 6° du Code de commerce (1) et sur le fondement de la concurrence déloyale (2).

1) Les sanctions prononcées en application de l'article L.442-6, I, 6° du Code de commerce :

Pour rappel, aux termes de l'article L.442-6, I, 6° du Code de commerce :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...)

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ».

Pour préserver l'étanchéité de son réseau de distribution, un fournisseur a en effet la possibilité d'interdire à ses distributeurs agréés de procéder à la revente de ses produits hors réseau, c'est-à-dire à des distributeurs ne bénéficiant pas d'un agrément.

La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs rappelé qu'il en allait de l'essence même d'un système de distribution sélective (CJCE, 25 octobre 1977, Aff. C-26/76, *Métro/Commission*, EU-C-1977-167, pt 7 : *« tout système de commercialisation fondé sur une sélection des points de distribution implique nécessairement l'obligation, pour les grossistes faisant partie du réseau, de n'approvisionner que des revendeurs agréés et, partant, la possibilité pour le producteur intéressé de contrôler l'observation de cette obligation »*).

L'article 4, b, iii) du Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dispose également que l'accord peut prévoir une restriction des ventes *« par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système »*.

Un fournisseur a donc tout intérêt à préserver l'étanchéité de son réseau en interdisant à ses distributeurs agréés de procéder à des ventes hors réseau. Il doit également être en mesure de contrôler cette étanchéité, afin de préserver son image et de restreindre les atteintes portées aux distributeurs agréés par des distributeurs parallèles.

En l'espèce, les distributeurs agréés par la société Porsche France étaient tous liés par une clause d'interdiction de revente hors réseau. M. G. soutenait cependant :

- qu'il n'était pas intervenu en qualité de revendeur, mais de mandataire,
- que le contrat de distribution Porsche interdit au distributeur de donner mandat à un tiers afin qu'il trouve des acquéreurs, mais autorise le distributeur à traiter avec un mandataire lorsque celui-ci agit pour le compte de l'utilisateur final,
- que cette interdiction pour le distributeur de recourir aux services d'un mandataire pour catalyser ses ventes constitue une restriction aux ventes actives prohibée par l'article 4 du Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 et que le réseau de distribution Porsche comporte donc une restriction de concurrence illicite.

La Cour a donc analysé successivement :

- les caractéristiques du réseau de distribution (a),
 - la licéité du réseau de distribution (b),
 - la qualité de mandataire de M. G. (c),
 - et la licéité de l'approvisionnement de M. G. (d).
- a) *Concernant les caractéristiques du réseau de distribution*

Le mandataire faisait valoir que le réseau de distribution Porsche était sélectif et exclusif, alors que la société Porsche France indiquait au contraire que son réseau de distribution était purement sélectif. La Cour a rappelé que *« l'exclusivité, qui ne peut se présumer lorsqu'il n'y est pas expressément fait référence dans le contrat de distribution, suppose que le concédant accorde exclusivement au distributeur le droit de revendre ses produits de marque sur un territoire déterminé »*. En l'espèce, si le contrat définit le *« territoire commercial »* de chaque distributeur, il autorise également le distributeur *« à prospecter auprès de la clientèle Porsche en dehors de son territoire commercial et à vendre les marchandises et services contractuels à des clients hors de son territoire commercial »*. Il autorise également les autres distributeurs du réseau *« à vendre des produits et services contractuels dans la zone commerciale du distributeur »*.

La Cour en a déduit qu'« il ressort clairement de cette clause contractuelle que le réseau de distribution Porsche n'est pas exclusif, le distributeur n'étant pas limité territorialement, au titre de ses ventes actives, à son seul territoire commercial concédé ». Elle a donc examiné la licéité du réseau de distribution Porsche au regard de son caractère sélectif.

b) *Concernant la licéité du réseau de distribution sélective*

La Cour a tout d'abord rappelé que « la distribution sélective limite nécessairement la concurrence entre les différents acteurs économiques en entravant l'accès au marché des revendeurs non membres du réseau » et « qu'un système de distribution sélective n'est pas en soi anti-concurrentiel et qu'il ne le devient que s'il limite abusivement la liberté commerciale et qu'il peut être considéré comme licite au regard des prévisions du 1° de l'article 101 du TFUE, si trois conditions sont réunies cumulativement :

1. la nature du produit en question doit requérir le recours à un tel système afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage,
2. les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire,
3. les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

En conséquence, si ces conditions sont réunies, le système de distribution échappe à l'interdiction, sans même nécessiter une exemption ».

La Cour rappelle ainsi les conditions de conformité des critères qualitatifs exigés depuis l'arrêt Métro (CJCE, 25 octobre 1977, Aff. C-26/76, Métro/Commission ; Cf. également CJUE, 1ère ch., 6 décembre 2017, Aff. C-230/16, Coty Germany).

En droit français, le corollaire de l'article 101 du TFUE est l'article L.420-1 du Code de commerce et la Cour de cassation applique des critères similaires aux conditions posées par la C.J.U.E. pour s'assurer que l'organisation d'un réseau de distribution sélective est licite (Cf. notamment Cass. Com., 18 décembre 2012, N° 11.27342 ; CA PARIS, 28 février 2018, RG N° 16/02263 ; CA PARIS, 13 juillet 2018, RG N° 17/20787 ; CA PARIS, 23 janvier 2019, RG N° 17/00035).

En l'espèce, la Cour a considéré que « le réseau de distribution de véhicules de marque Porsche apparaît légitime, s'agissant de produits de luxe et relevant d'une certaine technicité, nécessitant un environnement et un accompagnement commercial exigeant et encadré. Par ailleurs, il n'est pas contesté que les critères de sélection mis en place par la société Porsche pour agréer les membres du réseau sont objectifs et proportionnés ». La Cour a enfin relevé « que la part de marché de la société Porsche France est inférieure à 30 % sur le marché des véhicules neufs en France ».

M. G. a cependant contesté la licéité du réseau de distribution Porsche au motif qu'il méconnaîtrait la règle de la prohibition des restrictions des ventes actives posée aux articles 2 et 4 du Règlement de la Commission n°330/2010 du 20 avril 2010.

Sur ce point, la Cour a relevé que « le contrat de distribution sélectif de la société Porsche France n'interdit pas au distributeur de commercialiser en dehors de son territoire commercial et ne limite pas ses ventes actives à l'utilisateur final » et que « même si l'article 2.4 du contrat de distribution de la société Porsche France prévoit en substance que le distributeur est autorisé à vendre les produits contractuels à l'utilisateur final en utilisant les services d'un mandataire de l'utilisateur final, il ne peut en être déduit, comme le font M. G. et la société P., que la société Porsche France interdit aux distributeurs de son réseau certaines modalités de ventes actives et notamment le recours aux mandataires ».

La Cour a donc considéré que « le contrat ne prévoyant pas explicitement cette restriction, il n'est pas établi une restriction aux ventes actives prohibée par le Règlement et donc l'illicéité du réseau de distribution Porsche. Le réseau de distribution sélective Porsche bénéficie donc de l'exemption du 3° du Règlement UE du 20 avril 2010 précité ».

c) *Concernant la qualité de mandataire de M. G.*

Au vu des pièces communiquées, la Cour a considéré qu'il ne pouvait être fait aucun lien entre les véhicules mis en vente et le véhicule faisant l'objet de la seule et unique facture de commission produite datée du 2 juin 2015 et que M. G. ne démontrait donc pas être intervenu en qualité de mandataire de la société BR S. pour la vente des véhicules faisant l'objet des annonces parues dans les magazines Flat 6 des mois de juin, juillet et septembre 2015.

d) *Concernant la licéité de l'approvisionnement de M. G.*

La Cour a rappelé, en premier lieu, que l'application de l'article L.442-6, I, 6° du code de commerce « *qui a pour objet de préserver l'identité du réseau en le protégeant de la revente parallèle, entendue comme la commercialisation par des revendeurs non agréés de produits que l'organisateur du réseau destine exclusivement à une revente par des distributeurs agréés, exige à tout le moins un accord de distribution exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence. Ainsi, le revendeur hors réseau engage sa responsabilité délictuelle lorsqu'il se fournit chez un membre du réseau. Mais le fait d'acquérir un produit relevant du réseau auprès d'un tiers au réseau n'est pas un acte illicite. Il appartient à M. G. de démontrer qu'il a acquis les véhicules Porsche litigieux auprès d'un tiers au réseau* ».

La jurisprudence considère en effet de longue date qu'« *il appartient à l'opérateur qui a acquis des véhicules neufs pour les revendre de faire la preuve qu'il les a régulièrement acquis sur un réseau parallèle ou auprès d'un autre concessionnaire* » (Cass. Com., 26 janvier 1999, n° 97-10964 ; Cass. Com., 25 janvier 2000, n° 97-19809 ; Cass. Com., 4 décembre 2001, n° 99-10909).

Il incombe, par conséquent, au revendeur hors réseau de rapporter la preuve de la licéité de ses approvisionnements, en établissant qu'il s'est procuré les véhicules alors qu'ils étaient déjà hors réseau, et donc sans se rendre complice de la violation par un distributeur agréé de son interdiction de revendre des véhicules neufs à un vendeur non agréé.

A défaut de justifier de la licéité de ses approvisionnements, en donnant des informations sur l'identité de son ou de ses fournisseurs, le distributeur parallèle verra sa responsabilité engagée pour avoir proposé à la vente, sans être lui-même un distributeur agréé du réseau de distribution sélective, des produits dont l'origine est illicite, en portant ainsi atteinte au réseau de distribution sélective (CA PARIS, 23 janvier 2019, RG N° 17/00035). En l'espèce, la Cour a considéré que toutes les pièces produites par M. G. ne démontraient pas que les véhicules neufs proposés à la vente dans les annonces parues dans les magazines Flat 6 des mois de juin, juillet et septembre 2015 étaient ceux que la société allemande BR S. lui aurait livrés et que M. G. ne justifiait donc pas l'origine licite des véhicules Porsche neufs proposés à la vente.

La Cour a donc considéré que « *M. G. engage sa responsabilité à l'égard de la société Porsche France pour avoir proposé à la vente, sans être lui-même un distributeur agréé du réseau de distribution sélective, des véhicules dont l'origine est illicite et donc avoir porté atteinte au réseau de distribution sélective de la société Porsche France* ». La cour a évalué le préjudice de la société Porsche France à hauteur de 20.000 euros.

2) **Les sanctions prononcées sur le fondement de la concurrence déloyale**

Avant la création du délit civil sanctionnant la participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau à l'article L.442-6-I-6° précité, la jurisprudence sanctionnait traditionnellement l'achat de marchandises dans des conditions illicites ou frauduleuses sur le fondement de la concurrence déloyale en considérant qu'« *un tiers à un réseau de distribution sélective commet une faute en acquérant d'un distributeur agréé, en violation du contrat liant celui-ci au réseau, des produits commercialisés selon ce mode de distribution* » (CA PARIS, 1^{er} octobre 1997, N° RG 95-017695 ; Cass. Com., 4 juillet 2006, n° 03-16383).

La jurisprudence considère à présent que « *l'approvisionnement illicite ne peut être reproché sur le fondement de la concurrence déloyale, cet élément ne constituant pas un fait distinct des actes de participation à la violation d'un réseau de distribution sélective* » (CA PARIS, 23 janvier 2019, RG N° 17/00035). Elle considère également que « *le seul fait de commercialiser hors réseau des produits authentiques couverts par un contrat de distribution exclusive et/ou sélective n'est pas fautif dès lors que la revente concerne des produits acquis régulièrement. L'action en concurrence déloyale n'est donc possible que si à la distribution hors réseau s'ajoute une faute imputable au distributeur hors réseau* » (CA PARIS, 15 novembre 2017, RG N° 17/04923 ; CA PARIS, 23 janvier 2019, RG N° 17/00035). La jurisprudence considère notamment que la commercialisation de produits de marque dans des conditions portant atteinte à l'image de la marque peut être sanctionnée au titre de la concurrence déloyale. De même, la commercialisation de produits de marque « *sans réaliser les investissements indispensables au développement du réseau, en profitant de la notoriété de la marque, constitue des actes de parasitisme économique* » (CA PARIS, 23 janvier 2019, RG N° 17/00035).

En l'espèce, la Cour a considéré que « *les conditions de mise en vente des véhicules Porsche neufs par M. G. dans un magazine portent atteinte à l'image du réseau Porsche, s'agissant de simples annonces de vente publiées dans des conditions dévalorisantes, alors que les distributeurs agréés membres du réseau se voient imposer des conditions d'accueil et de mise en vente très strictes par la société Porsche France, étant par ailleurs relevé que M. G. n'a pas eu à engager les investissements nécessaires pour être un distributeur agréé. En outre, les annonces ne mentionnent pas le prix de vente des véhicules litigieux, ce qui démontre une certaine opacité dans la commercialisation par M. G. des véhicules litigieux et porte ainsi atteinte au réseau Porsche. Dès lors, M. G. a commis des fautes constitutives de concurrence déloyale à l'égard de la société Porsche France, qui a subi de ce fait un préjudice qu'il y a lieu de fixer à la somme de 10.000 euros* ».

A rapprocher : CA Paris, 23 janvier 2019, RG N°17/00035.

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Clause de non-concurrence et rupture conventionnelle

Cass. soc., 6 février 2019, n°17-27.188

Ce qu'il faut retenir :

La levée de la clause de non-concurrence doit être claire et non équivoque et ne peut pas résulter d'une mention générale de renonciation du salarié insérée dans une convention de rupture conventionnelle.

Pour approfondir :

Lors de la rupture du contrat de travail, il est possible pour l'employeur de pouvoir renoncer à l'application de la clause de non-concurrence sous réserve de respecter les conditions posées par la convention collective applicable ou le contrat de travail.

En l'espèce, la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique du 6 avril 1975 applicable au litige prévoit qu'« *en cas de rupture conventionnelle, les parties conviennent ensemble du sort de la clause de non-concurrence* ».

Dans cette affaire, l'employeur et le salarié avaient signé une convention de rupture conventionnelle au terme de laquelle il a été convenu le versement d'une indemnité de rupture conventionnelle d'un montant de 230.716 euros bruts largement supérieure à l'indemnité légale de licenciement qui s'élevait à 75.000 €.

Au sein de la convention de rupture conventionnelle, le salarié déclarait, en contrepartie du versement de cette indemnité de rupture, « *avoir été réglé de toutes sommes, y compris et sans limitation, toute rémunération fixe, variable ou complément de rémunération éventuel, indemnité de quelque nature que ce soit, remboursements de frais et autres sommes qui lui étaient dues par la société au titre de l'exécution du contrat de travail ou du fait de la rupture conventionnelle de celle-ci, et plus généralement de toute relation de fait ou de droit ayant existé entre les parties, ou entre [le salarié] et toute autre société du groupe auquel la société appartient* ». Sept mois après la rupture conventionnelle, le salarié a réclamé à son employeur le versement de la contrepartie financière à sa clause de non-concurrence pour un montant de 60.000 € et a saisi la juridiction prud'homale face au refus de ce dernier.

La question était donc de savoir si la clause insérée à la convention de rupture était suffisamment claire et non équivoque pour être libératoire de l'obligation de non-concurrence et de sa contrepartie financière.

L'employeur considérait que cette clause valait renonciation à la clause de non-concurrence. Il faisait également valoir que le versement d'une indemnité de rupture de plus de 230.000 € largement supérieure à l'indemnité légale implique manifestement que les parties avaient convenu ensemble de renoncer à l'application de la clause de non-concurrence.

La Cour de cassation **valide l'arrêt de la Cour d'appel** ayant condamné l'employeur au versement de la contrepartie financière. Elle rappelle que la renonciation de l'employeur à l'obligation de non-concurrence ne se présume pas et « *ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer* ». Une telle clause générale ne répondait donc pas à ces critères. Cette position stricte de la Cour de cassation n'est pas nouvelle : la Haute juridiction avait déjà considéré en 2011 que la formule « *libre de tout engagement vis-à-vis de l'entreprise à compter de ce jour* » ne caractérisait pas une volonté claire et non équivoque de l'employeur de lever la clause de non-concurrence.

Il convient donc aux employeurs d'être vigilants et de faire figurer expressément une mention telle que, par exemple, « *le salarié est libéré de toute clause de non-concurrence* ».

A rapprocher : Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-12.736, 10-13.755

Abandon de la notion de « préjudice nécessaire » concernant le défaut de mention de la priorité de réembauche dans la lettre de licenciement

Cass. soc., 30 janvier 2019, n°17-14.392

Ce qu'il faut retenir

L'absence de mention de la priorité de réembauche aux termes de la lettre de licenciement pour motif économique ne cause plus nécessairement un préjudice au salarié, qui devra le démontrer pour en être indemnisé.

Pour approfondir :

Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation fait une nouvelle application de sa jurisprudence relative à l'abandon du « *préjudice nécessaire* », au défaut de mention de la priorité de réembauche aux termes de la lettre de licenciement du salarié.

Pour rappel, selon une jurisprudence initiée dans les années 90 (Cass. soc., 23 octobre 1991, n°88-43.235 ; Cass. soc., 16 décembre 1997, n°94-42089) et très largement étendue par la suite, la Cour de cassation considérait que les manquements de l'employeur aux obligations prévues par le Code du travail causaient « nécessairement » un préjudice au salarié - dont il appartenait aux juges du fond d'apprécier l'importance - sans qu'il soit nécessaire de le démontrer. Cette jurisprudence a fait l'objet d'un revirement en 2016 en vertu duquel la Haute Juridiction a posé le principe selon lequel « *l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond* » (Cass. Soc., 13 avril 2016, n°14-28293), abandonnant ainsi la notion du préjudice nécessaire pour revenir au droit commun de la responsabilité civile, qui implique de prouver le préjudice allégué.

Cet arrêt concernant la remise tardive des documents de fin de contrat de travail a été suivi d'une série de confirmations concernant l'illicéité de la clause de non concurrence (Cass. soc., 25 mai 2016, n°14-20.578), le défaut du défaut de mention de la convention collective sur le bulletin de paie (Cass. soc., 17 mai 2016, n°14-21.872), le défaut d'organisation de la visite de reprise (Cass. soc., 17 mai 2016, n°14-23.138), la violation des règles de la procédure du licenciement (Cass. soc., 30 juin 2016 n°15-16.066) et enfin plus récemment la délivrance tardive de l'attestation pôle emploi et du certificat de travail (Cass. soc., 22 mars 2017 n°16-12.930).

Cette jurisprudence mettant fin au droit systématique à réparation s'applique désormais au défaut de mention de la priorité de réembauche prescrite par l'article L.1233-42 du Code du travail s'agissant, en l'espèce, d'une salariée qui avait fait l'objet d'un licenciement pour motif économique après avoir refusé son transfert conventionnel.

La Cour régulatrice a **confirmé l'arrêt de la Cour d'appel** qui avait débouté la salariée de sa demande d'indemnisation à ce titre, dès lors qu'elle ne démontrait pas l'existence d'un préjudice distinct de celui résultant de son licenciement.

A rapprocher : Cass. soc., 28 septembre 2011, n°09-43.374

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Bail commercial : repentir ou résiliation, il faut choisir
Cass. civ. 3^{ème}, 24 janvier 2019, n°17-11.010

Ce qu'il faut retenir :

L'exercice par le bailleur de son droit de repentir en vertu de l'article L.145-58 du Code de commerce vaut acceptation irrévocable du renouvellement du bail en vertu de l'article L.145-59 du même code ; dès lors le bailleur ne peut poursuivre l'instance en résiliation du bail engagée avant l'exercice de ce droit.

Pour approfondir :

Le preneur avait exercé une activité non autorisée par le bail commercial et déposé une demande de permis de construire sans l'autorisation préalable de son bailleur. Ce dernier lui a alors délivré un commandement visant la clause résolutoire stipulée dans ledit bail avant de l'assigner en constatation de la résiliation de celui-ci. En cours d'instance, le bailleur a délivré congé avec refus de renouvellement du bail commercial, et ce, sans offre d'indemnité d'éviction pour motifs graves et légitimes.

Les juges du fond ont rejeté la demande de résiliation du bailleur, lequel a formé un pourvoi.

Parallèlement, le bailleur a exercé, par acte extrajudiciaire, son droit de repentir en offrant le renouvellement du bail, se soustrayant, dès lors, au risque éventuel du paiement d'une indemnité d'éviction, mais le bailleur maintenant sa demande de résiliation du bail dans le cadre de la procédure alors pendante. Le preneur, qui ne conteste pas la validité des griefs soulevés par le bailleur, soutient que, d'une part, l'exercice du droit de repentir valable et régulier emporte le renouvellement définitif du bail et, d'autre part, que le repentir étant irrévocable, le bailleur est irrecevable dans son action tendant à l'acquisition de la clause résolutoire du bail précédent.

En constatant la résiliation du bail par l'effet de la clause résolutoire, les juges du fond ont donné droit à la demande du bailleur. En effet, ces derniers ont considéré que, si l'exercice par le bailleur de son droit de repentir est irrévocable, le consentement au renouvellement par la signification du repentir n'emporte pas renonciation de sa part à se prévaloir des manquements du preneur dont il avait connaissance avant le repentir.

Ils retiennent que le fait pour le bailleur d'avoir exercé son droit de repentir en ayant eu connaissance du manquement du preneur aux clauses et conditions du bail puis de poursuivre l'instance en résiliation par le dépôt d'un pourvoi contre l'arrêt ayant rejeté sa demande en résiliation démontre cette absence de renonciation. La Cour d'appel estime que dès lors que le bail commercial a été résilié à compter de l'expiration du délai d'un mois visé par le **commandement**, tous les actes postérieurs à sa disparition, tels que le congé et l'acte de repentir, sont sans effet ni objet étant donné que le bail ne pouvait pas être valablement renouvelé.

Aux vises des articles L.145-58 et L.145-59 du Code de commerce, **la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a censuré cette décision** pour violation desdits textes. La Cour considère que l'exercice sans réserve de ce droit implique l'acceptation irrévocable du renouvellement du bail dont la résiliation avait été antérieurement demandée et que, dès lors, un tel exercice « fait obstacle à la poursuite d'une résiliation engagée avant l'exercice de ce droit ».

Autrement dit, le bailleur ayant exercé son droit de repentir afin de se soustraire au paiement de l'indemnité d'éviction n'est pas recevable à demander la constatation de la résiliation du bail en application d'une clause résolutoire.

La Cour de cassation avait déjà retenu une solution identique dans le cas où un bailleur agissait en résiliation du bail renouvelé pour des infractions connues de lui antérieurement à l'exercice du repentir (*Cass. civ. 3^{ème}, 19 mai 2015, n°14-13.852*).

Dans le même sens, la Cour de cassation avait estimé, dans un arrêt du 9 mars 2011, que le droit de repentir ne peut pas se faire « sous réserve » d'un recours car à défaut, il n'est pas valablement exercé. (*Cass. civ. 3^{ème}, 9 mars 2011, n°10-10.409*). On poursuit la résiliation ou on se repent, telle est la question.

A rapprocher : Article L.145-58 du Code de commerce ; Article L.145-59 du Code de commerce ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 mai 2015, n°14-13.852 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 mars 2011, n°10-10.409

Vente de lots issus de leur division et paiement des charges de copropriété

Cass. civ. 3^{ème}, 7 février 2019, n°17-31.101

Ce qu'il faut retenir :

L'opposabilité au syndicat des copropriétaires de la cession d'une fraction d'un lot divisé n'est pas subordonnée à l'approbation de la nouvelle répartition des charges par l'assemblée générale. La notification au syndic du transfert de propriété de fractions d'un lot divisé le rend opposable au syndicat des copropriétaires et donne ainsi aux acquéreurs la qualité de copropriétaires, tenus au paiement des charges de la copropriété à compter de la notification.

Pour approfondir :

En application de **l'article 11 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965**, en cas d'aliénation séparée d'une ou plusieurs fractions d'un lot de copropriété, la répartition des charges entre ces fractions est, lorsqu'elle n'est pas fixée par le règlement de copropriété, soumise à l'approbation de l'assemblée générale.

En l'espèce, par acte notarié en date du 31 janvier 2007, une SCI, propriétaire d'un lot dans un groupe d'immeubles soumis au statut de la copropriété, a divisé son lot. Le 12 mars 2012, l'administrateur provisoire de la copropriété a reçu du notaire la notification de la cession des lots issus de cette division, sans qu'aucune assemblée générale n'ait approuvée la répartition des charges entre ces fractions de lots. Assignée en paiement d'un arriéré de charges de copropriété par le syndicat des copropriétaires, la SCI a appelé en garantie le notaire ayant rédigé l'acte authentique de division des lots.

La Cour d'appel a accueilli la demande en paiement d'arriéré de charges, en retenant que la SCI ne pouvait diviser son lot et vendre les nouveaux lots ainsi constitués sans respecter les dispositions combinées de l'article 11, deuxième alinéa, de la loi du 10 juillet 1965 et 74 du règlement de copropriété selon lesquelles, l'approbation de l'assemblée générale était nécessaire. La Cour d'appel a considéré que la SCI n'ayant pas fait inscrire à l'ordre du jour d'une assemblée générale la demande de nouvelle répartition des charges, la division du lot était inopposable au syndicat et la SCI restait débitrice de la totalité des charges dues par le propriétaire de ce lot avant sa division.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel au visa de **l'article 11 de la loi du 10 juillet 1965**, de **l'article 6 du décret du 17 mars 1967** et de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016. La Cour de cassation énonce que l'opposabilité au syndicat des copropriétaires de la cession d'une fraction d'un lot divisé n'est pas subordonnée à l'approbation de la nouvelle répartition des charges par l'assemblée générale. C'est la notification au syndicat du transfert de propriété de fractions d'un lot divisé qui rend opposable la cession au syndicat des copropriétaires et donne ainsi aux acquéreurs la qualité de copropriétaires, tenus au paiement des charges de la copropriété à compter de la notification.

Ainsi, tant que la notification au syndicat n'a pas été effectuée, la vente n'est pas opposable au syndicat de copropriétaires.

A l'inverse, l'acquéreur peut se prévaloir de l'absence de notification de la vente au syndicat pour refuser de payer les charges de copropriété réclamées.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 2000, n°98-14.409 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 oct. 2015, n°14-11.029

PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

Usage d'une dénomination à titre d'identifiant et non comme simple indicateur de référencement

Cass. com., 23 janvier 2019, n°17-18.693

Ce qu'il faut retenir :

L'usage d'une dénomination afin de désigner des produits ou des gammes vendus sous une marque, est un usage du signe comme indicateur de l'origine des produits et, en conséquence, susceptible de porter atteinte à une marque antérieure.

Pour approfondir :

La première condition pour établir une contrefaçon de marque consiste à établir que la personne poursuivie fait un usage du signe litigieux portant atteinte à la fonction de la marque qui est de garantir l'identité d'origine des produits. En d'autres termes, le prétendu contrefacteur doit faire un usage du signe litigieux à titre de marque.

C'est par ce biais que la société Roche Bobois, poursuivie pour des faits de contrefaçon de la marque Caravane par l'usage de la dénomination Karawan, tentait de se défendre.

En particulier, elle invoquait le fait que pour les enseignes d'ameublement il est usuel d'attribuer des dénominations aux produits ou aux gammes vendus sous leur marque afin d'en faciliter le référencement et que le consommateur ne perçoit pas ces dénominations comme un indicateur d'origine, cette fonction étant assurée par la marque des enseignes.

La Cour de cassation approuve l'analyse des juges du fond qui ont considéré que le signe litigieux « karawan » était utilisé par l'enseigne afin de distinguer et d'individualiser ses produits auprès du consommateur et non d'assurer un simple référencement, et que la présence de la marque « Roche Bobois » et la commercialisation des produits dans un magasin dédié à cette marque n'étaient pas de nature à retirer au signe litigieux sa fonction d'indicateur d'origine.

Les juges se sont fondés sur le fait que le signe « Karawan » figurait en grosses lettres capitales, en haut des affiches de présentation des produits, tandis que la dénomination « Roche Bobois » était présente, écrite en lettres plus petites, tout en bas de l'affiche, de sorte qu'elle se trouvait éclipsée par le signe litigieux, que celui-ci était en outre reproduit sur les présentoirs et sur les catalogues diffusés au public et que, sur le moteur de recherches Google, les mots-clés « canapés » et « Karawan » dirigent immédiatement vers la gamme des produits litigieux, de sorte que le signe « Karawan » est prééminent sur des publicités que le consommateur découvre en dehors des lieux de commercialisation dédiés à la marque « Roche Bobois ».

A rapprocher : article L.713-3 b) du code de la propriété intellectuelle

De la difficulté à établir le caractère distinctif d'une marque

CA Paris, 15 janvier 2019, RG n°17/16677

Ce qu'il faut retenir :

Une marque verbale composée de termes anglais, faisant partie du langage de base pour un francophone, descriptifs des services rendus n'est pas distinctive.

Pour approfondir :

Par cet arrêt, statuant sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris se prononce sur le caractère distinctif de la marque « rent a car ».

La Cour rappelle le texte de l'article L711-2 du code de la propriété intellectuelle selon lequel :

« Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés.

Sont dépourvus de caractère distinctif :

a) Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ;

b) Les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ;

c) Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle.

Le caractère distinctif peut, sauf dans le cas prévu au c, être acquis par l'usage. »

L'arrêt se fonde également sur un arrêt rendu le 9 mars 2006 par la CJUE (aff. C-421/04, Matratzen Concord) qui a précisé que l'article 3 § 1, sous b) et c), de la Directive sur les marques ne « s'oppose pas à l'enregistrement dans un État membre, en tant que marque nationale, d'un vocable emprunté à la langue d'un autre État membre dans laquelle il est dépourvu de caractère distinctif ou est descriptif des produits ou des services pour lesquels l'enregistrement est demandé, à moins que les milieux intéressés dans l'État membre dans lequel l'enregistrement est demandé soient aptes à identifier la signification de ce vocable ». Les juges relèvent que la marque verbale « rent a car » est composée de termes qui signifient en langue anglaise « louer une voiture » laquelle constitue la description des produits et services désignés à l'enregistrement de la marque ou les évoque directement. En outre, les juges constatent que de nombreuses marques antérieures à la marque litigieuse sont composées des termes « rent a car ». Or, le consommateur français moyen amené à recourir aux services de location de véhicule dispose de connaissances basiques en anglais et les termes « rent » et « car » font partie du vocabulaire de base en anglais connus dès les premiers mois d'apprentissage de la langue anglaise.

Les juges en concluent que la marque « rent a car » était dépourvue de caractère distinctif au jour de son dépôt. Faisant défaut au jour du dépôt, ce caractère distinctif avait-il pu être acquis par l'usage du signe ? Les juges vont encore répondre négativement aux motifs que les pièces versées aux débats concernaient en particulier la marque semi-figurative (composée de l'élément verbal Rent a car) tandis que, par ailleurs, il était établi que l'expression « rent a car » était largement utilisée sur le marché par d'autres acteurs économiques démontrant son caractère descriptif. Aussi, la société RENT A CAR ne démontre pas que, « malgré l'usage intensif qu'elle fait de sa marque semi-figurative englobant sa marque verbale, cette marque verbale est devenue apte, dans l'esprit du consommateur moyen de la catégorie des produits en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à identifier les produits et services désignés à son enregistrement comme provenant de la société RENT A CAR ».

A rapprocher : art. L.711-2 du CPI

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Suppression d'une astreinte pour le futur sans justification d'une cause étrangère

Cass. civ. 2^{ème}, 21 février 2019, n°17-27.900

Ce qu'il faut retenir :

La décision prononçant une astreinte étant dépourvue de l'autorité de la chose jugée, le juge peut décider, dans l'exercice de son pouvoir souverain, de la supprimer pour l'avenir sans avoir à relever l'existence d'une cause étrangère ; l'article L. 131-4 alinéa 3 du code des procédures civiles d'exécution n'ayant vocation à s'appliquer qu'à la liquidation d'une astreinte ayant déjà couru.

Pour approfondir :

Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision. L'article L. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que le taux de l'astreinte définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation.

L'alinéa 3 du même article prévoit que « l'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère. » C'est sur l'application de cette dernière disposition que la Cour de cassation a dû statuer dans le cas d'espèce.

Dans cette affaire, un arrêt a condamné sous astreinte une Association communale de chasse agréée (l'ACCA) à fournir divers documents à M. Z qui a saisi un juge de l'exécution aux fins de liquidation de l'astreinte et de fixation d'une astreinte définitive. Le Juge de l'exécution, puis la Cour d'appel, ont liquidé l'astreinte mise à la charge de l'ACCA ayant couru du 7 juillet 2012 au 2 septembre 2015 à la somme de 532,50 euros, condamné l'ACCA à payer cette somme à M. Z et supprimé pour l'avenir cette astreinte en précisant que celle-ci avait continué à courir entre le 3 septembre 2015 et le prononcé de sa décision sur la base du montant réduit à la somme de 0,50 euros par jour de retard.

M. Z. s'est pourvu en cassation en soutenant que le juge saisi de la liquidation d'une astreinte ne pouvait modifier les obligations mises à la charge du débiteur sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée attachée à la décision l'ayant prononcée et que la cause étrangère justifiant la suppression d'une astreinte provisoire ne peut procéder que d'un fait irrésistible et imprévisible.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi, en rappelant que la décision prononçant une astreinte étant dépourvue de l'autorité de la chose jugée, le juge peut décider, dans l'exercice de son pouvoir souverain, de la supprimer pour l'avenir sans avoir à relever l'existence d'une cause étrangère.

Ainsi, l'article L. 131-4, alinéa 3, du code des procédures civiles d'exécution n'a vocation à s'appliquer qu'à la liquidation d'une astreinte ayant déjà couru. Dès lors, c'est sans encourir les griefs du moyen que la Cour d'appel a décidé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, de supprimer l'astreinte pour l'avenir.

A rapprocher : L.131-4 du Code des procédures civiles d'exécution ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 septembre 2003, n°01-17.769

Acte de désistement d'appel en vue d'un nouveau recours et effet extinctif de l'instance

Cass. civ. 2^{ème}, 21 février 2019, n°18.13-467

Ce qu'il faut retenir :

L'acte de désistement d'appel mentionnant être accompli en vue de la formation d'un nouveau recours, s'il n'emporte pas acquiescement au jugement et renonciation à l'exercice de ce recours, n'en produit pas moins immédiatement son effet extinctif de l'instance.

Pour approfondir :

En l'espèce, une salariée a relevé appel du jugement d'un conseil de prud'hommes rendu dans une instance l'opposant à son ancien employeur. En considération de conclusions de désistement prises par la salariée, le Conseiller de la mise en état de la Cour d'appel a donné acte à celle-ci de son désistement d'appel et a constaté l'extinction de l'instance et le dessaisissement de la cour d'appel.

La salariée a déféré cette ordonnance à la Cour d'appel et s'est pourvue en cassation contre l'arrêt confirmatif de la cour d'appel en arguant, d'une part, que lorsque le désistement de l'appel est effectué en considération d'un second appel formulé différemment, il ne peut emporter renonciation à l'appel et acquiescement au jugement que si ce second appel est efficace ; qu'à défaut, il est non avenue. D'autre part, la salariée soutenait qu'en faisant produire effet au désistement du premier appel, intervenu en considération du second, motif pris de ce que ce second appel avait été effectué, tout en se déclarant incompétente pour statuer sur sa validité, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en énonçant que l'acte de désistement d'appel mentionnant être accompli en vue de la formation d'un nouveau recours, s'il n'emporte pas acquiescement au jugement et renonciation à l'exercice de ce recours, n'en produit pas moins immédiatement son effet extinctif de l'instance. En l'espèce, la Cour d'appel ayant constaté que la salariée avait indiqué s'être désistée de son instance d'appel, c'est à bon droit qu'elle a constaté l'extinction de l'instance et son dessaisissement.

A rapprocher : Cass. civ. 2^{ème}, 27 février 2014, n°13-11.199

DROIT PÉNAL

Achat de bouteilles de champagne grâce aux fonds de la société, et caractérisation d'un abus de biens sociaux et d'un recel d'abus de biens sociaux

Cass. crim., 30 janvier 2019, n°17-85.304

Ce qu'il faut retenir :

Le gérant d'une société et son épouse, associée et responsable administrative et financière de cette dernière, doivent être respectivement condamnés d'abus de biens sociaux et de recel d'abus de biens sociaux, dès lors que ces derniers ont profité de l'achat, grâce aux fonds de la société, de bouteilles de champagne pour des fins qui leurs sont personnelles, en l'absence de justification de leur caractère social.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société a procédé à l'achat de 8.000 à 9.000 bouteilles de champagne, pour une somme totale de 131.989 euros.

Le gérant de la société, ainsi que son épouse, associée et responsable administrative et financière de cette même société, ont été poursuivis et déclarés coupables des chefs respectifs d'abus de biens sociaux et de recel d'abus de biens sociaux par le tribunal correctionnel.

Les intéressés ont interjeté appel du jugement rendu en première instance.

Par un arrêt du 28 juin 2017, la cour d'appel de Reims a confirmé ledit jugement. Elle a en effet condamné le gérant, coupable d'abus de biens sociaux, à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, et sa femme, coupable de recel d'abus de biens sociaux, à quatre mois d'emprisonnement avec sursis. Le gérant et son épouse ont formé un pourvoi en cassation.

- Concernant l'abus de bien sociaux du gérant de la société

Pour retenir la culpabilité du gérant, la cour d'appel de Reims a considéré que les achats de bouteilles de champagne effectués par le gérant de la société avec des fonds sociaux, devaient être considérés comme ayant été faits à des fins personnelles, et non pas dans l'intérêt de la société.

D'une part, les juges du fond, opérant une appréciation *in concreto* des faits de l'espèce, ont constaté que les bouteilles de champagnes ne sauraient être considérées comme des cadeaux à la clientèle dans la mesure où les clients, contactés par les enquêteurs, n'avaient pas reçu de tels présents, tandis que la défense échouait à en rapporter la preuve contraire.

D'autre part, la cour d'appel a relevé que la consommation de bouteilles de champagne au sein de la société ou leur utilisation comme cadeaux à des salariés ne pouvait être considérée comme marginale au vu de l'objet social et des documents produits.

Alors que les demandeurs au pourvoi soutenaient que ces dépenses étaient justifiées par l'intérêt social, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Reims d'avoir retenu le contraire et déclaré le gérant de la société coupable du délit d'abus de biens sociaux. La chambre criminelle a en effet considéré « *qu'en l'absence de justification de leur caractère social, les dépenses de réception et de cadeaux d'affaire engagées en l'espèce par le gérant de la société, au moyen de fonds sociaux, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel* ».

La solution n'est pas nouvelle. La jurisprudence avait en effet estimé que constitue un abus de biens sociaux le fait pour un dirigeant de faire payer par la société des dépenses personnelles de voyage, ainsi que des séjours en hôtel et divers cadeaux, pour son propre compte et celui de sa concubine (CA Paris, 14 févr. 2007 : *JurisData* n° 2007-330952).

Cette affaire est toutefois l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux, celui-ci consistant en un usage de biens sociaux contraire à l'intérêt social et accompli à des fins personnelles du dirigeant. Partant, l'abus de biens sociaux est caractérisé dès lors que le dirigeant fait usage de biens sociaux dans son seul intérêt, à l'exclusion de toute poursuite de l'intérêt de la société qu'il dirige.

Néanmoins, conformément à une jurisprudence traditionnelle en la matière, il est admis que la poursuite d'un intérêt personnel puisse être déduite de l'absence de preuve d'un intérêt social (*Cass. crim., 11 janv. 1996, n°95-81.776 ; Cass. crim. 24 sept. 2008, n°08-80.872*). En l'espèce, si la cour d'appel s'est fondée sur les faits de l'espèce pour établir l'intérêt personnel du dirigeant, la Cour de cassation a rappelé l'existence de cette présomption et retenu que le simple fait pour le dirigeant de ne pas avoir pu justifier du caractère social des dépenses engagées, implique nécessairement qu'elles l'ont été dans son intérêt personnel.

- Concernant le recel d'abus de biens sociaux de l'épouse du gérant, par ailleurs associée et responsable administrative et financière de la société

En outre, la cour d'appel de Reims a déclaré l'épouse du gérant, associée et responsable administrative et financière de la société, coupable de recel d'abus de biens sociaux.

D'une part, les juges du fond ont considéré que l'épouse avait été bénéficiaire, au moins en partie, des achats effectués, avec les fonds sociaux, en matière de séjours, champagne et vêtements.

D'autre part, la cour d'appel de Reims a estimé qu'en raison de sa qualité d'associée de la société mais aussi et surtout de responsable administrative et financière, la prévenue ne pouvait ignorer que de tels achats, constitutifs d'un abus de biens sociaux, avaient été inscrits en comptabilité.

La Cour de cassation a approuvé la motivation retenue par la cour d'appel de Reims, considérant que l'épouse avait « *bénéficié, en connaissance de cause, du train de vie de son époux permis par les faits d'abus de biens sociaux dont ce dernier a été reconnu coupable* ». Il s'agit donc d'une application, en matière d'abus de biens sociaux, de l'infraction de recel-profit incriminée par **l'article 321-1, alinéa 2 du code pénal**, qui implique le « *le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit* ». Pour que le recel-profit d'abus de biens sociaux soit caractérisé, le prévenu doit avoir bénéficié d'un bien tout en ayant connaissance que celui-ci provenait d'un abus de biens sociaux. En l'espèce, le profit retiré par l'épouse de l'infraction commise par son époux, ainsi que son intention étaient clairement établis. Partant, le délit de recel d'abus de biens sociaux était caractérisé.

A rapprocher : Article L241-3 du code de commerce ; Article L242-6 du code de commerce ; Article 321-1 du code pénal ; Cass. crim., 11 janv. 1996, n°95-81.776 ; Cass. crim. 24 sept. 2008, n°08-80.872 ; CA Paris, 14 févr. 2007 : JurisData n° 2007-330952

DROIT INTERNATIONAL

EUROPE/CHINE - Secteurs stratégiques : l'Union Européenne contrôle les investissements étrangers

Résolution législative du Parlement européen du 14 février 2019 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union Européenne

Ce qu'il faut retenir :

Le 14 février 2019, le Parlement Européen a largement approuvé un règlement européen (« *Cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne* »), qui doit renforcer la coopération entre les pays de l'Union Européenne (« UE »), avec l'appui de la Commission européenne, lorsque des investisseurs étrangers s'intéressent à des secteurs européens sensibles.

Pour mémoire :

L'UE est la principale destination des investissements directs étrangers (« IDE ») dans le monde : les stocks d'investissements directs étrangers détenus par des investisseurs de pays tiers dans l'UE s'élevaient à 6.295 milliards d'euros à la fin de 2017.

Pendant ces vingt dernières années, la structure et la provenance des IDE ont radicalement changé, avec plus d'IDE en provenance d'économies émergentes.

Les investissements chinois ont été multipliés par six, avec pour cible récemment des secteurs de haute technologie et souvent des entreprises détenues par l'État ou ayant un lien avec les gouvernements.

Les préoccupations suscitées par la multiplication des acquisitions dans des secteurs stratégiques par des IDE, notamment chinois, ont conduit l'UE à réfléchir à un cadre pour le filtrage dans l'UE.

Actuellement au niveau national, 14 États membres disposent de mécanismes nationaux de filtrage, parfois très différents (Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal et Royaume-Uni). Plusieurs États membres (dont la France) sont en train de réformer leurs mécanismes de filtrage ou d'en adopter de nouveaux.

Petit à petit, mais à grands pas, la politique européenne de contrôle des IDE se concrétise :

1. l'approbation du projet de règlement par le Parlement Européen (500 voix pour, 49 contre et 56 abstentions) en date du 14 février 2019,
2. **l'accord politique européen** sur un dispositif de filtrage des investissements étrangers du 20 novembre 2018,
3. **la proposition** de créer le premier cadre à l'échelle de l'UE pour l'examen des IDE, par le président Juncker lors de son discours en date du 14 septembre 2017.

Pour approfondir :

I. Le projet du cadre européen pour les IDE

Ce cadre constitue le premier outil européen de filtrage des IDE pour des motifs de sécurité et d'ordre public (le « **Nouveau Cadre** »).

Le Nouveau Cadre :

- crée un mécanisme de coopération grâce auquel les États membres et la Commission Européenne seront en mesure d'échanger des informations, en temps réel, et de faire état de leurs préoccupations concernant des investissements spécifiques ;
- permet à la Commission Européenne d'émettre des avis lorsqu'un investissement constitue une menace pour la sécurité ou l'ordre public de plus d'un État membre, ou lorsqu'un investissement risque de porter atteinte à un projet ou un programme présentant un intérêt pour l'ensemble de l'UE ;
- encourage la coopération internationale en matière de filtrage des investissements, y compris le partage d'expériences, de bonnes pratiques et d'informations sur des questions d'intérêt commun ;
- fixe certaines exigences pour les États membres qui souhaitent maintenir ou adopter un mécanisme de filtrage au niveau national ;

- prend en compte la nécessité d'agir en respectant des délais courts répondant aux impératifs des entreprises ainsi que des conditions strictes de confidentialité ;
- seuls les États membres décideront s'il convient d'autoriser ou non une opération d'investissement spécifique sur leur territoire.

Le Nouveau Cadre protège les secteurs stratégiques suivants :

- énergie ;
- transport ;
- télécommunications ;
- données ;
- espace ;
- finance ;
- semi-conducteurs ;
- intelligence artificielle ;
- robotique ;
- eau ;
- santé ;
- défense ;
- média ;
- biotechnologie ;
- sécurité alimentaire.

La portée de ce texte reste cependant limitée: la Commission Européenne n'aura pas elle-même la possibilité de bloquer un IDE, le dernier mot revenant dans tous les cas aux Etats membres.

II. Le cadre, en France

Le projet de loi PACTE, voté en première lecture par le Sénat le 12 février 2019 (TA Sénat, n° 60, 2018-2019, art. 55), modifie profondément le contrôle des IDE, en mettant en place, notamment, un contrôle parlementaire.

Ce projet de loi doit maintenant être examiné en commission mixte paritaire le 13 mars 2019.

III. Quelles sont les prochaines étapes ?

En parallèle, les services de la Commission Européenne achèvent une analyse détaillée des IDE dans l'UE, et un groupe de coordination avec les États membres a été mis en place pour mieux cerner les préoccupations et solutions stratégiques communes.

Le Conseil Européen devrait approuver formellement ce règlement le 5 mars 2019. Le règlement entrera ensuite en vigueur 18 mois après sa publication au Journal officiel.

A rapprocher : Communiqué de presse du Parlement Européen

ACTUALITÉ

ÉVÉNEMENTS A VENIR :

MARS 2019

Franchise Expo Paris 2019

LE rendez-vous mondial dédié à la franchise
SIMON ASSOCIES sera présent sur le stand J22
Du 17 au 20 mars 2019 – Paris, Porte de Versailles
En savoir plus

Espionnage économique : comment s'en prémunir ?

Matinale organisé par le MEDEF LYON-RHONE et SIMON ASSOCIES
Avec les interventions de FLORENCE SCHLEGEL et du Ministère de l'Intérieur
21 mars 2019 – Lyon
En savoir plus et s'inscrire

Cybersécurité & Compliance : un enjeu stratégique pour l'entreprise et ses dirigeants

Conférence organisée par SIMON ASSOCIES en partenariat avec ZIWIT
Intervenants : STEPHANIE DE GIOVANNI, FABRICE DEGROOTE et SOPHIE NAYROLLES (Simon Associés),
SAMUEL CAMPOS et SIMON FABRE (Ziwit)
28 mars 2019 – Paris
En savoir plus et s'inscrire

■ Aix-en-Provence - Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Lyon - Marseille
Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Toulouse ■

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Birmanie - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre
Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie
Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo
République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■