



LHJ AVOCATS
RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

OCTOBRE 2019

SOMMAIRE

AIX-EN-PROVENCE
BORDEAUX - CAEN
CLERMONT-FERRAND
LE HAVRE - LYON - MARSEILLE
METZ - MONTPELLIER
NANTES - PARIS - PERPIGNAN
ROUEN - SAINT-DENIS (La
Réunion) - SAINT-ETIENNE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHREÏN
BANGLADESH - 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 - KAZAKSTHAN
LUXEMBOURG
MADAGASCAR - MALTE
MAROC - MEXIQUE
NICARAGUA - OMAN
PANAMA - PARAGUAY –
PÉROU - PORTUGAL - QATAR
RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM

Conventions transnationales

www.simonavocats.com

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS	
Résiliation du contrat de gérance-mandat : rupture brutale d'une relation commerciale établie Cass. com., 2 octobre 2019, n°18-15.676	p. 2
Adoption de la Loi Energie-Climat, une étape majeure dans la lutte contre le changement climatique Adoption du projet de loi relatif à l'énergie et au climat	p. 3
ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ	
Sort des sûretés obtenues par un créancier dans le cadre d'un accord de conciliation en cas de caducité de l'accord Cass. com., 25 septembre 2019, n°18-15.655	p. 4
Le constat de la résiliation de plein droit d'un bail en liquidation judiciaire Cass. com., 9 octobre 2019, n°18-17.563	p. 5
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX	
Promesse de porte-fort d'exécution CA Amiens, 24 septembre 2019, RG n°18/00635	p. 6
Obligation de mise en garde et caractère averti d'un emprunteur personne morale Cass. civ. 3 ^{ème} , 19 septembre 2019, n°18-15.398	p. 8
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION	
Cautionnement et prorogation du contrat de franchise CA Orléans, 10 octobre 2019, n°18/032291	p. 9
La clause de compensation Propositions et variantes	p. 10
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES	
L'appréciation des compétences professionnelles acquises pendant le mandat peut être déterminée par accord collectif Cass. soc., 9 octobre 2019, n°18-13.529	p. 11
Entretien préalable et avertissement Cass. soc., 9 octobre 2019, n°18-15.029	p. 13
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME	
Bail commercial : Clause mettant la taxe foncière à la charge du locataire Cass. civ. 3 ^{ème} , 12 septembre 2019, n°18-18.018	p. 13
Interprétation de la clause de non-concurrence applicable pendant la durée du bail commercial CA Paris, Pôle 5 - ch. 3, 11 septembre 2019, n°17/22800	p. 14
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Cas de résiliation d'une licence de marque CA Paris, 18 octobre 2019, RG n°18/19572	p. 15
Annulation de la marque semi-figurative vente-privee.com jugée frauduleuse TGI Paris, 3 octobre 2019	p. 16
PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION	
Ordonnance portant injonction de payer : absence de signification et exécution volontaire du débiteur Cass. civ. 2 ^{ème} , 17 octobre 2019, n°18-18.759	p. 17
Mesure d'instruction <i>in futurum</i> : Conséquence de la rétractation de l'autorisation donnée par ordonnance Cass. civ. 2 ^{ème} , 26 septembre 2019, n°18-13.438	p. 18
DROIT PÉNAL	
La modification de la qualification d'une infraction en garde à vue et le retard de sa notification Cass. crim., 15 octobre 2019, n°19-82.380	p. 19
DROIT INTERNATIONAL	
La loi sur la cryptographie en Chine Loi du 26 octobre 2019 - entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2020	p. 20

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Résiliation du contrat de gérance-mandat : rupture brutale d'une relation commerciale établie
Cass. com., 2 octobre 2019, n°18-15.676

Ce qu'il faut retenir :

Au jour de sa rupture, le contrat de gérance-mandat qui se définit de par sa nature comme étant un contrat de prestation de services qui peut prendre diverses formes, doit s'analyser comme une relation commerciale établie entre le mandant et le gérant-mandataire. L'absence d'un préavis de résiliation suffisant au regard de la durée du contrat permettra alors d'engager la responsabilité de l'auteur de la résiliation pour rupture brutale de la relation commerciale.

Pour approfondir :

Le **contrat de gérance-mandat** est régi par les articles L.146 et suivants du Code de commerce et notamment par l'article L.146-4 dudit code qui dispose que le contrat liant le mandant au gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties.

En l'espèce, il ressort d'un contrat de gérance-mandat que les parties ont fixé comme modalité de résiliation, le respect d'un délai de préavis d'un mois pour les trois premières années d'exécution du contrat, puis de deux mois à compter de la quatrième à la sixième année et enfin de six mois au-delà de la sixième année. En l'occurrence, le mandant souhaitant mettre fin au contrat après trois années d'exécution, informe son cocontractant tout en respectant le délai de préavis d'un mois convenu entre les parties.

Le gérant-mandataire a néanmoins engagé la responsabilité de son mandant au motif que le préavis de résiliation convenu par les parties au contrat, étant insuffisant au regard de l'article L.442-6, I, 5° (ancien) du Code de commerce et notamment, au regard de la durée de la relation commerciale, il ne pouvait par conséquent s'agir que d'une rupture brutale de la relation commerciale. L'ancien article L.442-6, I, 5° du Code de commerce (L.442-1, II, nouveau dudit code) dispose que le fait « *de rompre brutalement, même partiellement, une relation*

commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale [...] » engage la responsabilité de l'auteur de la résiliation.

Le nouvel article L.442-1 du Code de commerce réformé par l'ordonnance Egalim n°2019-359 du 24 avril 2019 et qui reprend pour l'essentiel les dispositions de l'ancien article L.442-6, I, 5° du Code de commerce a vocation à réduire les litiges portant sur la durée du préavis. En effet, outre le fait que l'ordonnance ait déplacé ce texte à l'article L.442-1 du Code de commerce, un nouvel alinéa prévoit que « *en cas de litige entre les parties sur la durée de préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois* ».

Au cas particulier, la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 17 janvier 2018, a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, à savoir s'il fallait ou non qualifier le contrat de gérance-mandat de relation commerciale établie entre les parties. Elle a décidé d'écarter l'application de l'article L.442-6 (ancien) du Code de commerce au motif, notamment, que (i) la résiliation d'un tel contrat est régie par les dispositions de l'article L.146-4 du Code de commerce qui dispose expressément de se reporter aux conditions fixées dans le contrat par les parties, et (ii) qu'un contrat de gérance-mandat ne peut être qualifié comme établissant une relation commerciale dès lors qu'il n'implique pas de « *flux d'affaires* » entre les parties.

La Cour de cassation, dans sa décision rendue le 2 octobre 2019, a cassé et annulé la décision de la cour d'appel sur le fondement des articles L.146-4 et L.442-6, I, 5° (ancien) du Code de commerce, lesquels ont un champ d'application différent. Elle indique que conformément à l'article L.146-4 du Code de commerce, le contrat de gérance-mandat peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties. En revanche, il convient de se référer à l'article L.442-6, I, 5° ancien du Code de commerce concernant l'appréciation du délai de préavis suffisant pour rompre une relation commerciale, qu'il ait été ou non prévu par les parties au contrat. La Cour de cassation se prononce alors pour une application combinée de ces deux textes.

Elle fixe alors, au travers de cet arrêt, le régime de l'action en indemnisation issue du préjudice lié à la rupture du contrat de gérance-mandat.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

SS
RESEAU SIMON AVOCATS

Le mandataire-gérant ayant tenté, parallèlement à l'invocation de l'article L.442-6, I, 5° ancien du Code de commerce, d'engager la responsabilité du mandant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (article 1240 nouveau du Code civil), la Cour de cassation fait application du principe « *specialia generalibus derogant* » après avoir énoncé que les règles du Code de commerce sont exclusives du droit commun de la responsabilité.

Et, a jugé que le préavis de résiliation d'un mois prévu par le contrat était insuffisant au regard de la durée, de trois ans, de la relation commerciale établie entre le mandant et le mandataire-gérant.

Il reste intéressant de noter que la Cour de cassation, sur le second motif de la cour d'appel, a cassé l'arrêt pour défaut de base légale. Elle indique que la cour d'appel de Paris a rejeté la qualification de relation commerciale en raison d'une absence de « flux d'affaires » entre le mandant et le gérant-mandataire sans avoir motivé sa décision par une analyse concrète des relations ayant existé entre les parties.

A noter qu'il s'agit d'un arrêt de principe inédit. Sa portée devra faire l'objet d'une attention particulière dans la mesure où, dans un souci de simplification, un rapport de l'assemblée nationale du 25 septembre 2019 propose d'ores et déjà de modifier l'article L.442-1 du Code de commerce.

A rapprocher : Art. L.146-4 du Code de commerce ; Art. L.442-6, I, 5° ancien du Code de commerce ; Art. L.442-1, II, nouveau du Code de commerce ; AN, n°2268, 25 septembre 2019 ; Cass. com., 18 octobre 2017, n°16-18.864

Adoption de la Loi Energie-Climat, une étape majeure dans la lutte contre le changement climatique

Adoption du projet de loi relatif à l'énergie et au climat

Ce qu'il faut retenir :

L'adoption de la loi relative à l'énergie et au climat marque une étape déterminante dans la lutte contre le changement climatique

Pour approfondir :

Le texte définitif du projet de loi relatif à l'énergie et au climat, élaboré par la commission mixte paritaire, a été adopté par l'Assemblée nationale et le Sénat, respectivement les 11 et 26 septembre derniers.

Au centre de la mobilisation générale pour le climat et suite au rapport alarmant du groupe intergouvernemental d'experts (GIEC) sur le changement climatique sur les impacts d'un réchauffement climatique global, cette loi inscrit « *l'urgence écologique et climatique* » dans le Code de l'énergie. Elle marque une étape majeure visant à « *rehausser les ambitions* » de la France et à actualiser ses objectifs en matière de politique énergie, notamment pour tenir compte du plan climat adopté en juillet 2017, à savoir : la neutralité carbone à l'horizon 2050, une baisse de 40 % des énergies fossiles d'ici 2030 et un report à 2035 (contre 2025 précédemment) de la réduction à 50 % de la part du nucléaire dans la production énergétique.

La loi met en place un dispositif pour limiter à partir du 1^{er} janvier 2022 les émissions de gaz à effet de serre du secteur de la production d'électricité, ce qui devrait conduire à la fermeture des centrales charbon d'ici à 2022.

Elle vise également à renforcer la lutte contre la fraude aux certificats d'économies d'énergies (CEE).

Un certain nombre de mesures concernant les constructeurs de véhicules et la disparition progressive des logements énergivores appelés « *passoires thermiques* » sont instaurées.

La loi vient également renforcer le *reporting* environnemental mis en place par la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Pour rappel, son article 173 avait modifié l'article L.533-22-1 du Code monétaire et financier afin que certains investisseurs institutionnels informent leurs souscripteurs des modalités de prise en compte de critères « *relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance et sur les moyens mis en œuvre pour contribuer à la transition énergétique et écologique.* »

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

L'article 29 de la loi énergie climat étend cette obligation aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement pour leurs activités de gestion de portefeuille pour le compte de tiers et de conseil en investissement, ainsi qu'à la caisse des dépôts et consignations.

De plus, les sociétés de gestion de portefeuille devront désormais publier sur leurs sites internet leurs politiques relatives aux risques en matière de durabilité. Ces politiques devront inclure une information sur les risques associés au changement climatique et à la biodiversité et être insérées dans la déclaration de performance extra-financière des entreprises qui y sont tenues.

Un décret doit préciser les informations à fournir et leurs modalités d'actualisation. Cependant, comme en matière de *reporting* extra-financier, les sociétés peuvent choisir de ne pas publier certaines informations si elles en justifient les raisons.

Enfin, un recours a été déposé par plus de 60 sénateurs le 10 octobre 2019 devant le Conseil constitutionnel et le texte de loi pourrait donc encore être modifié avant sa promulgation.

A rapprocher : Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Sort des sûretés obtenues par un créancier dans le cadre d'un accord de conciliation en cas de caducité de l'accord

Cass. com., 25 septembre 2019, n°18-15.655

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'il est mis fin de plein droit à un accord de conciliation en raison de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du débiteur, le créancier qui a consenti à celui-ci des délais ou des remises de dettes dans le cadre de l'accord de conciliation recouvre l'intégralité de ses créances et

des sûretés qui les garantissaient ; il ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord.

Pour approfondir :

En l'espèce, une banque a consenti à une société de distribution une ouverture de crédit de 350.000 € et un prêt de 800.000 €, assortis d'une caution solidaire dirigeante limitée à un certain montant. Rencontrant des difficultés économiques et financières, la société de distribution a conclu, le 15 juin 2008, un accord de conciliation homologué par le tribunal avec ses principaux créanciers, dont la banque, qui a accepté de réduire ses créances et a obtenu un nouveau cautionnement du dirigeant, plus élevé, pour les créances négociées. Cependant, les difficultés ont perduré et le tribunal a ouvert le redressement judiciaire de la société de distribution qui a été mise ensuite en liquidation judiciaire. L'établissement de crédit a poursuivi la caution dirigeante en exécution de tous ses engagements.

En première instance, le tribunal de commerce a condamné la caution au titre des garanties accordées dans le cadre de l'accord de conciliation. La cour d'appel a, quant à elle, infirmé le jugement, en retenant que le créancier ne conservait pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord devenu caduc avec l'ouverture d'une procédure collective. Parallèlement, elle a rejeté la demande de la caution tendant à mettre en cause la responsabilité de la banque pour faute sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du Code civil.

La banque a formé un pourvoi en cassation en soutenant que l'anéantissement de l'accord n'entraînait pas l'extinction des garanties, « *seul l'abandon de créance étant caduc et non la créance en elle-même* ».

Pour rappel, **l'article L.611-12 du Code de commerce** prévoit que « *l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L.611-8. En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L.611-11* ».

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Au visa de cet article, la Cour de cassation rejette le pourvoi et retient que lorsqu'il est mis fin de plein droit à un accord de conciliation en raison de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du débiteur, le créancier qui a consenti à celui-ci des délais ou des remises de dettes dans le cadre de l'accord de conciliation recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissaient ; il ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord.

Ainsi, dès lors que les engagements de caution avaient été consentis en contrepartie des abandons de créances dans le cadre de l'accord de conciliation, l'échec de cet accord entraînait la caducité de celui-ci dans son intégralité, qu'il s'agisse des abandons de créances comme des engagements de caution. En l'espèce, pour déterminer l'étendue des engagements du dirigeant, il convenait donc de se reporter aux cautionnements initiaux, sans que la banque puisse se prévaloir des stipulations contraires prises dans le cadre de l'accord de conciliation, devenues caduques.

Concernant la demande d'indemnisation formulée par la caution envers la banque sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil, la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt rendu par la cour d'appel en rappelant que la caution dispose d'un recours propre et peut demander au créancier la réparation du préjudice personnel et distinct qu'elle impute à une faute de celui-ci commise dans ses rapports avec le débiteur principal.

A rapprocher : Article L.611-12 du Code de commerce

Le constat de la résiliation de plein droit d'un bail en liquidation judiciaire
Cass. com., 9 octobre 2019, n°18-17.563

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque le juge-commissaire est saisi d'une demande en constatation de la résiliation de plein droit du bail d'un immeuble utilisé pour l'activité de l'entreprise, et ce en raison d'un défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation

postérieure au jugement de liquidation judiciaire du preneur, le bailleur n'a pas à appliquer la procédure prévue aux termes de l'article L.145-41 du Code de commerce, prévoyant la délivrance d'un commandement de payer visant la clause résolutoire.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société B, bailleur, conclut avec la société C, preneur, un bail commercial portant sur des locaux destinés à l'exercice de l'activité commerciale de la société C.

Par la suite, la société C est placée sous procédure de liquidation judiciaire suivant un jugement rendu le 17 novembre 2016.

Par ordonnance rendue le 8 mars 2017, le juge-commissaire désigné dans le cadre de cette procédure autorise la cession du fonds de commerce de la société C.

Par requête du 21 mars 2017, la société B, bailleur, demande au juge-commissaire de constater la résiliation du bail, **et ce en raison du défaut de paiement des loyers dus postérieurement à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire** et non en raison de l'acquisition de la clause résolutoire.

Le 25 avril 2017, l'acte de cession du fonds de commerce, comprenant le droit au bail, est signé sous plusieurs conditions suspensives.

D'une part, il est précisé que la réalisation définitive de la cession est soumise à la condition que l'ordonnance rendue le 8 mars 2017, autorisant la cession du fonds de commerce de la société C, ne soit pas infirmée.

D'autre part, la réalisation définitive de la cession est également soumise au prononcé d'une décision définitive rejetant la demande formée par la société B en constatation de la résiliation du bail.

Par ordonnance rendue le 16 juin 2017, le juge-commissaire rejette la requête en constatation de la résiliation du bail.

Le bailleur décide de contester la décision rendue par le juge-commissaire.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Après une première décision d'instance ayant rejeté le recours formé par la société B à l'encontre de l'ordonnance rendue le 16 juin 2017, l'affaire est portée devant la cour d'appel de Paris.

Par arrêt rendu le 4 avril 2018, la cour d'appel de Paris confirme la décision de première instance.

En effet, les juges du fond estiment principalement que les dispositions de l'article L.622-14 du Code de commerce, relatives aux modalités de résiliation du bail en matière de procédure collective, ne dérogent pas à celles de l'article L.145-41 du même code.

Pour rappel, l'article L.145-41 du Code de commerce dispose que :

« Toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai. »

Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du Code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge ».

Ainsi, les juges du fond considèrent que le bailleur aurait dû, préalablement à toute saisine du juge-commissaire, faire délivrer un commandement de payer visant la clause résolutoire.

Le bailleur forme un pourvoi en cassation.

Par arrêt rendu le 9 octobre 2019, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse et annule en toutes ses dispositions l'arrêt rendu le 4 avril 2018 par la cour d'appel de Paris.

La Cour suprême rappelle que lorsque le bailleur agit devant le juge-commissaire afin de demander la constatation de la résiliation de plein droit du bail, en application des dispositions de l'article L.622-14 du

Code de commerce, et ce sans revendiquer la clause résolutoire, celui-ci n'a pas l'obligation de faire délivrer un commandement de payer visant précisément cette clause.

Cette décision n'est pas surprenante.

En effet, *a contrario*, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu décider **qu'en application d'une clause résolutoire**, le bailleur est tenu de délivrer un commandement de payer visant une telle clause, et ce préalablement à toute demande en constatation de la résiliation de plein droit du bail (*Cass. com.*, 28 juin 2011, n°10-19.331).

Or, en l'espèce, le juge-commissaire a été saisi d'une demande en constatation de la résiliation de plein droit du bail d'un immeuble utilisé pour l'activité de l'entreprise, **et ce en raison d'un défaut de paiement des loyers et charges** afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire du preneur.

Ainsi, la décision de la Cour de cassation, rendue le 9 octobre dernier, apparaît cohérente au regard des décisions antérieures.

A rapprocher : Articles L.622-14 et L.145-41 du Code de commerce ; Cass. com., 28 juin 2011, n°10-19.331

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Promesse de porte-fort d'exécution

CA Amiens, 24 septembre 2019, RG n°18/00635

Ce qu'il faut retenir :

Le porte-fort d'exécution est tenu envers le bénéficiaire de la promesse de porte-fort en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur. En cas de défaillance de ce dernier, le porte-fort sera logiquement condamné à réparer le préjudice causé au créancier du fait de l'inexécution par le débiteur de ses obligations.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Pour approfondir :

L'arrêt de la cour d'appel d'Amiens est l'occasion de revenir sur la distinction entre le porte-fort d'exécution et le porte-fort de ratification.

Alors que dans le cadre du porte-fort de ratification, le porte-fort intervient comme un représentant accomplissant un acte juridique sans pouvoir mais qui se fait fort d'obtenir *a posteriori* l'habilitation qui fait défaut, sous forme de ratification (v. pour exemple : Cass. com., 25 mai 1970, n°67-11.088) ; dans le cadre du porte-fort d'exécution, une personne se porte-fort de l'exécution par une autre de l'obligation qui lui incombe et, à défaut d'exécution par le tiers, le promettant devra indemniser le créancier.

Le porte-fort d'exécution garantit au bénéficiaire que le tiers va exécuter ses obligations et devient ainsi lui-même engagé envers le bénéficiaire de la promesse de porte-fort (CA Douai, 2 décembre 1999, RG n°97/04525 : « *cette promesse de porte-fort n'a pas pour objet la ratification d'un acte imparfait, mais de garantir l'exécution par un tiers d'une obligation principale préexistante : le paiement d'une créance* »).

Ce mécanisme est issu de l'article 1120 devenu 1204 du Code civil, selon lequel on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci.

L'article 1120 du Code civil prévoit ainsi que « *Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ».

Le recours à l'engagement de porte-fort d'exécution est fréquent et consacré par la jurisprudence (Cass. com., 20 janvier 2009, n°08-11.141 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, n°06-20.806 ; Cass. com., 13 décembre 2005, n°03-19.217 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, n°01-15.926 ; Cass. com., 2 juillet 1992, n°90-17.873 ; Cass. com., 27 février 2001, n°98-14.502 ; CA Aix-en-Provence, 28 novembre 2003, RG n°99/06579).

Un dirigeant peut notamment se porter fort du paiement des sommes dues par la société (CA Lyon, 9 septembre 2004, RG n°02/06617 ; CA Rennes, 3 février 2004, RG n°02/02800).

En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de concession prévoyant au terme de son article 1^{er} un engagement

de porte-fort dont le concessionnaire personne physique était le débiteur pour la société dont il était l'associé : « *Le concessionnaire se porte fort de la société [...] qui a été constituée le 1/12/09 et dont il est associé, du respect des clauses et conditions du contrat de concession.* »

Il en résulte que l'engagement pris par le concessionnaire, parfaitement clair, était un engagement de porte-fort d'exécution.

L'engagement de porte-fort d'exécution est une obligation de résultat souscrite par le porte-fort portant sur l'exécution, par le débiteur, de ses obligations. En d'autres termes, le porte-fort est tenu envers le bénéficiaire de la promesse, en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur d'indemniser le préjudice subi par le créancier du fait de cette inexécution.

Cela est souligné par la jurisprudence : « *Attendu que le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse, des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis* » (Cass. com., 1^{er} avril 2014, n°13-10.629).

Le porte-fort n'est pas appelé à se substituer au débiteur mais doit donc réparer le préjudice causé au créancier du fait de l'inexécution, par le tiers garanti, de ses obligations. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'inexécution de la promesse de porte-fort ne peut être sanctionnée que par la condamnation de son auteur à des dommages-intérêts ; elle ne saurait être sanctionnée par exemple, par la résolution de l'acte, quand bien même la promesse aurait été conclue dans le cadre d'une transaction (Cass. civ., 1^{ère}, 7 mars 2018, n°15-21.244).

En l'espèce, la société débitrice, disparue du fait de sa liquidation judiciaire, n'a pas procédé au règlement des factures auquel elle était tenue, correspondant à des factures de marchandises dues en exécution du contrat de concession commerciale conclu avec le bénéficiaire de la promesse et pour lequel le dirigeant a pris l'engagement de porte-fort à l'égard de la société débitrice.

La cour a donc logiquement condamné son dirigeant, personne physique, s'étant constitué porte-fort à l'égard de cette société, au paiement des sommes restant dues.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

En effet, lorsque l'inexécution porte sur le paiement d'une somme d'argent, les juridictions indemnisent le préjudice subi à hauteur des sommes non payées.

A rapprocher : Cass. civ., 1^{ère}, 7 mars 2018, n°15-21.244

Obligation de mise en garde et caractère averti d'un emprunteur personne morale

Cass. civ. 3^{ème}, 19 septembre 2019, n°18-15.398

Ce qu'il faut retenir :

Seules les personnes non averties peuvent se prévaloir du non-respect du devoir de mise en garde par l'établissement dispensateur de crédit. Par ailleurs, lorsque l'emprunteur est une personne morale, seule celle-ci est créancière de l'obligation de mise en garde et son caractère averti s'apprécie en la seule personne de son représentant légal et non en celle de ses associés.

Pour approfondir :

Par un arrêt du 19 septembre 2019 largement publié, la Cour de cassation précise l'étendue de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur lorsque celui-ci est une personne morale et plus précisément une société civile immobilière en l'espèce.

Il est courant que les emprunteurs rencontrant des difficultés à rembourser l'intégralité d'un crédit souscrit auprès d'un établissement dispensateur de crédit arguent d'un manquement de celui-ci à son obligation de mise en garde sur les risques d'un endettement excessif.

Pour rappel, le devoir de mise en garde de l'établissement dispensateur de crédit est conditionné à deux cumulatives : la qualité de l'emprunteur (ou de la caution) non averti et l'existence d'un risque d'endettement. Ainsi, lorsque ces deux conditions sont remplies, l'établissement est créancier de cette obligation de mise en garde, au risque de se voir condamné à la réparation de la perte de chance pour l'emprunteur de ne pas contracter et à des dommages-intérêts.

Le présent arrêt nous intéresse en ce qu'il précise

l'appréciation de la première condition évoquée, à savoir la qualité de l'emprunteur (ou de la caution) non averti et dans le même temps l'étendue de l'obligation de mise en garde de l'établissement dispensateur de crédit.

En effet, se pose la question de l'appréciation de la qualité d'une personne morale, et de l'étendue de l'obligation de mise en garde dans une telle situation.

En l'espèce, les associés d'une SCI constituée en vue de l'acquisition d'un terrain sur lequel devait être édifié un immeuble et des bureaux ont assigné en responsabilité les crédits-bailleurs avec lesquels la SCI avait conclu un contrat de crédit-bail destiné à financer l'opération, pour manquement à leur devoir de mise en garde et de conseil lors de la conclusion du crédit-bail.

Alors que les associés soutiennent qu'en présence d'un emprunteur étant une SCI, l'étendue du devoir de mise en garde doit s'apprécier en la personne de chaque associé dans la mesure où chacun d'eux est tenu solidairement des dettes sociales de la SCI. Toutefois la Cour de cassation ne fait pas droit à leur demande.

Tout d'abord, la Cour de cassation rappelle que seules les personnes non averties peuvent bénéficier du devoir de mise en garde et que le caractère averti d'une personne morale s'apprécie, lors de la conclusion du contrat, uniquement en la personne de son représentant.

En l'espèce, la Cour considère que les juges du fond ont souverainement déduit que le représentant de la SCI était un emprunteur et une caution avertis, en retenant notamment qu'il connaît la situation et les perspectives de développement, avait choisi le terrain, décidé des travaux et de l'opération dans son ensemble, avait déjà procédé à des financements similaires et disposait de connaissances et d'une expérience avérées dans le domaine de la gestion.

Ensuite, la Cour de cassation indique que lorsque l'emprunteur est une société civile immobilière, seule celle-ci est créancière de l'obligation de mise en garde et non ses associés, même si ceux-ci sont tenus indéfiniment des dettes sociales, et que le caractère averti de cet emprunteur s'apprécie en la seule personne de son représentant légal et non en celle de ses associés.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Cette solution s'inscrit dans le même courant que la chambre commerciale de la Cour de cassation à propos d'une société en nom collectif, qui avait retenu que seule la personne morale était créancière de l'obligation de mise en garde et non ses associés (Cass. com., 11 avril 2018, n°15-27.840).

A rapprocher : Cass. com., 18 janvier 2017, n°15-12.723

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Cautionnement et prorogation du contrat de franchise

CA Orléans, 10 octobre 2019, n°18/032291

Ce qu'il faut retenir :

Le cautionnement donné par le gérant pour une période déterminée d'une société franchisée ne se trouve pas prorogé par l'effet de la prorogation du contrat de franchise.

Pour approfondir :

Le gérant de deux sociétés franchisées du réseau ALAIN AFFLELOU s'est porté **caution** solidaire des engagements des sociétés franchisées à hauteur de 134.000 euros pour l'une et de 233.000 euros pour l'autre « pour une durée courant à compter du jour de la signature du présent engagement jusqu'au 30 juin 2011 à minuit ».

Les engagements de caution précisent dans la clause « obligations solidaires » que : « le cautionnement solidaire s'applique au paiement ou au remboursement immédiat de toutes sommes que le débiteur principal peut à ce jour ou pourra devoir dans l'avenir à ALAIN AFFLELOU FRANCHISEUR SAS, à raison de tous engagements, de toutes opérations et, d'une façon générale, de toutes obligations dont l'origine est antérieure à la date d'expiration du délai ci-dessus, nées ou à naître sans aucune exception, directement ou indirectement liées au contrat de franchise conclu entre ALAIN AFFLELOU FRANCHISEUR

SAS et le débiteur principal, à ses éventuels renouvellements successifs, qu'ils soient tacites ou ayant fait l'objet d'un avenant, et/ou de ses prorogations contractuelles ou de fait ».

Le paragraphe relatif à la cessation du cautionnement énonce quant à lui que « la caution sera tenue tant que le débiteur principal n'aura pas réglé l'intégralité des sommes dont il est redevable à l'égard d'ALAIN AFFLELOU FRANCHISEUR SAS au titre du présent contrat et de ses éventuels renouvellements successifs, qu'ils soient tacites ou ayant fait l'objet d'un avenant, et/ou de ses prorogations contractuelles ou de fait ».

Le 22 juillet 2016, le tribunal de commerce de Blois a placé les sociétés franchisées en procédures de sauvegarde.

Le franchiseur a déclaré des créances aux passifs pour des montants supérieurs aux plafonds de cautionnement, lesquelles ont été admises au passif des procédures collectives des franchisées.

Le 24 février 2017, le franchiseur a assigné Monsieur le gérant-caution devant le tribunal de commerce de Blois en se prévalant des cautionnements souscrits à son profit en garantie des engagements pris par les sociétés franchisées en demandant que soit constatée l'efficacité des engagements de caution.

Par jugements en date du 15 décembre 2017, le tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire des sociétés franchisées.

De nouvelles créances étant nées durant la période d'observation, le franchiseur a déclaré ces créances au passif des sociétés franchisées.

Il a alors réclamé devant le tribunal de commerce la condamnation du gérant à lui verser les plafonds de cautionnement.

Par jugement en date du 12 octobre 2018 le tribunal l'a débouté de l'intégralité de ses demandes.

Pour confirmer le jugement de première instance et débouter le franchiseur de ses demandes à l'encontre de la caution, la cour d'appel d'Orléans adopte le raisonnement suivant :

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

- la clause sur laquelle le franchiseur fonde sa demande indique que le cautionnement solidaire s'applique au paiement ou au remboursement immédiat de toutes sommes que le débiteur principal peut à ce jour ou pourra lui devoir dans l'avenir, à raison de toutes obligations dont l'origine est antérieure à la date d'expiration du délai indiqué [jusqu'au 30 juin 2011 à minuit] ;
- le délai ci-dessus est celui pendant lequel la caution garantit les engagements des débitrices principales ;
- l'indication de ce que la caution sera tenue tant que le débiteur principal n'aura pas réglé l'intégralité des sommes dont il est redevable à l'égard du franchiseur au titre du contrat de franchise et de ses éventuels renouvellements successifs, qu'ils soient tacites ou ayant fait l'objet d'un avenant, et/ou de ses prorogations contractuelles ou de fait ne peut s'entendre que visant les dettes des franchisées nées au titre du contrat et de ses renouvellements pendant la période de couverture de la caution ;
- en l'espèce, le gérant a expressément indiqué que sa garantie cesserait au 30 juin 2011 ;
- après le 30 juin 2011, les renouvellements des contrats de franchise ont donné naissance à des obligations nouvelles que la caution n'avait pas garanties, faute de s'y être engagée dans l'acte de cautionnement ;
- la garantie donnée par le gérant concernait donc les seules dettes des franchisées envers le franchiseur qui étaient nées à cette date ;
- or en l'espèce, l'intégralité des sommes réclamées par le franchiseur concernait des créances nées après le 30 juin 2011 ;
- par conséquent, les dettes revendiquées étant nées postérieurement à la période de couverture de la caution, elles n'étaient plus garanties.

Les franchiseurs sont invités à se montrer particulièrement vigilants sur le sort de leurs

garanties en cas de poursuite du contrat initial au-delà de son terme.

A rapprocher : Cass. com., 15 mai 2019, n°17-28.875

La clause de compensation Propositions et variantes

Ce qu'il faut retenir :

La compensation est un mode d'extinction simultanée à concurrence de la plus faible de deux obligations fongibles dont sont tenues réciproquement deux personnes. Elle est régie aux articles 1347 et suivants du Code civil, et envisagée à travers ses trois sources possibles : légale (art. 1347 à 137-7), judiciaire (art. 1348 et 1348-1 C. civ.) et conventionnelle (art. 1348-2 C. civ.), sachant que les règles relatives à la compensation légale sont aussi des règles de droit commun susceptibles de s'appliquer aux autres compensations.

Pour approfondir :

1. Selon une première version, la clause de compensation peut consister à créer une compensation conventionnelle dont la « plus-value » est d'être automatique. Cette clause indique alors : « *Par application de l'article 1348-2 du Code civil, au cas où les parties seraient créancières l'une de l'autre, leurs créances se compenseront à hauteur de la plus faible des deux sommes, de plein droit sans qu'il soit nécessaire pour les parties de s'en prévaloir* ».

Quel avantage a-t-on à prévoir ainsi l'effet automatique de la compensation ? Alors que l'ancien article 1290 du Code civil prévoyait l'effet automatique de la compensation lorsque les conditions en étaient réunies (« *la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives* »), le nouvel article 1347 alinéa 2 du Code civil prévoit que la compensation « *s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies* ».

Ce texte soulève une difficulté d'interprétation : signifie-t-il que la compensation ne joue que du jour où elle est invoquée (elle jouerait « de droit ») ou signifie-t-il qu'elle continue de jouer automatiquement (« de plein droit ») mais que, comme toute exception (ex. prescription), elle doit être invoquée par celui qui s'en prévaut ? En indiquant qu'« *un débat existe (...) : certains soutiennent que la compensation doit opérer automatiquement, comme semble l'exiger l'article 1290 du code civil qui prévoit qu'elle opère de plein droit lorsque les conditions en sont réunies, tandis que la jurisprudence exige, dans une interprétation contraire au texte, qu'elle soit invoquée* », le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations semble lever le doute et conduire à retenir que désormais la compensation ne joue plus automatiquement et doit être invoquée.

Une conséquence importante pourrait concerner les paiements par compensation réalisés au cours de la période suspecte. Alors qu'on considérait traditionnellement que l'automatisme de la compensation empêchait de remettre en cause celle-ci, il serait désormais possible d'écarter la compensation en période suspecte soit sur le fondement de l'article L.632-1 (si la compensation était assimilée à un paiement anormal), soit sur le fondement de l'article L.632-2 (si la compensation était invoquée par celui qui a la connaissance de la cessation des paiements de l'autre partie).

Est-il possible de prévoir l'effet automatique de la compensation ? L'article 1348-2 du Code civil dispose : « *Les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation ; celle-ci prend effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence.* ». Il semble donc dans ce cas que la compensation joue automatiquement... Même si l'effet automatique porte atteinte aux droits des tiers et pourrait être discutée, si la stipulation n'était pas valable, la compensation jouerait de toute façon – si elle est invoquée cette fois – en vertu de la loi (art. 1347 s. C. civ.).

2. Selon une deuxième version, la clause de compensation maintient le principe d'une compensation « de droit », mais la réserve à l'une des

parties – par exemple la tête de réseau –, le distributeur y renonçant. Cette clause indique alors : « *Au cas où les conditions de la compensation posées aux articles 1347 et suivants du Code civil seraient remplies, seul le Franchiseur pourra s'en prévaloir, à la différence du Franchisé, qui y renonce.* »

A priori licite (Req. 11 mai 1880, DP 1880. 1. 470 : on peut renoncer aux effets de la compensation légale, soit par avance, soit après que cette compensation s'est accomplie ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1969, B. 166 : « *la compagnie d'aménagement des Landes de Gascogne n'a pas demandé aux juges du fond de faire application de la compensation entre les sommes dues par chacune des parties et découlant des condamnations prononcées par la cour d'appel ; (...) la compensation, n'étant pas d'ordre public, ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la cour de cassation* »), une telle clause pourrait néanmoins créer ou contribuer à créer un **déséquilibre significatif** (art. 1171 C. civ. et L.442-1 C. com.) en ce qu'elle déroge à une règle supplétive à sens unique en réservant une prérogative importante au seul rédacteur du contrat. Mais, ici comme ailleurs, l'appréciation quant à l'existence ou non d'un déséquilibre significatif dépendra de l'économie générale du contrat dans lequel la clause est insérée.

A rapprocher : Req. 11 mai 1880, DP 1880. 1. 470

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

L'appréciation des compétences professionnelles acquises pendant le mandat peut être déterminée par accord collectif

Cass. soc., 9 octobre 2019, n°18-13.529

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation valide un référentiel prévu par un accord collectif d'entreprise permettant d'évaluer les compétences professionnelles acquises par un représentant du personnel durant son mandat dès lors que l'accord collectif mettant en place cette évaluation comporte un certain nombre de garanties.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Pour approfondir :

Dans cet arrêt estampillé PBRI (destiné à la plus large diffusion), la Cour de cassation revient sur l'épineuse question de l'évaluation des compétences professionnelles des représentants du personnel.

Cette question est particulièrement délicate lorsque, s'agissant de représentants du personnel dont le temps de travail est quasi ou intégralement consacré à leur(s) mandat(s), la frontière entre l'existence d'une discrimination syndicale et la stricte évaluation des compétences professionnelles peut être parfois ténue.

Pour rappel, l'article L.2141-5 du Code du travail « *interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail* ».

Il n'est, ainsi, en principe, pas possible de faire mention des mandats dans le cadre de l'évaluation annuelle du salarié, représentant du personnel (notamment Cass. soc., 1^{er} février 2017, n°15-20.799).

Un accord collectif peut, en revanche, déterminer « *les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives, en veillant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes. Cet accord prend en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle.* »

Se saisissant de cette faculté offerte par l'article L.2141-5 du Code du travail, la société BPCE a conclu avec les organisations syndicales CFTD, UNSA et CFE-CGC représentant 60 % des salariés de l'entreprise, un accord collectif prévoyant notamment la tenue d'un entretien d'appréciation des compétences et d'évaluation professionnelle ayant pour objet de procéder à une évaluation des compétences acquises au titre de l'exercice de leurs mandats par les représentants du personnel à travers un référentiel des compétences transversales acquises durant le mandat.

Deux syndicats (FSPBA-CGT et CGT des personnels de Natixis et ses filiales) ont intenté une action judiciaire en vue de faire annuler cet accord collectif et de le rendre inopposable. Ils considéraient que cet accord constituait une violation de l'article L.2141-5 du Code du travail dans la mesure où cela pouvait amener l'employeur à prendre en considération l'évaluation des compétences acquises au titre du mandat du représentant du personnel dans ses décisions en matière d'avancement, de rémunération ou de formation. Ils estimaient, en outre, qu'il s'agissait d'une atteinte à la liberté syndicale en prévoyant une sorte d'ingérence de l'employeur dans le fonctionnement et l'administration des syndicats.

La Cour de cassation rejette les arguments des syndicats et considère que l'accord collectif mis en place au sein de la BPCE est valide dès lors qu'elle constate qu'un certain nombre de garanties ont été prises :

- la négociation de cet accord collectif avait compris une phase d'expérimentation, ce qui avait permis la prise en compte de plusieurs suggestions des organisations syndicales ;
- l'appréciation des compétences professionnelles acquises durant le mandat était réalisée de manière paritaire dès lors que l'organisation syndicale du salarié et un représentant de l'employeur devant avoir participé aux instances étaient présents ;
- les critères d'appréciation étaient objectifs et vérifiables ;
- les compétences faisant l'objet d'un référentiel présentaient un caractère transversal entre les métiers et le mandat.

Ces éléments ont permis à la Cour de cassation de considérer que l'appréciation des compétences mobilisées par le salarié, représentant du personnel, à l'occasion de l'exercice de ses mandats reposaient donc « *sur des éléments précis et objectifs qui font l'objet d'une méthodologie excluant toute discrimination ou atteinte à la liberté syndicale* ».

Cet arrêt apporte ainsi des enseignements riches pour toutes les entreprises souhaitant améliorer leurs dispositifs d'évaluation des salariés disposant d'un mandat.

A rapprocher : C. trav., art. L.2141-5 ; Cass. soc., 1^{er} février 2017, n°15-20.799

Entretien préalable et avertissement
Cass. soc., 9 octobre 2019, n°18-15.029

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque le salarié est convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement et que l'employeur décide de lui notifier un avertissement, celui-ci doit intervenir dans le délai d'un mois suivant le jour fixé pour l'entretien.

Pour approfondir :

Dans les faits ayant donné lieu à cet arrêt, un salarié avait été engagé le 23 novembre 2009 en qualité de concepteur dessinateur.

Suite à son licenciement le 25 juillet 2012, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir notamment l'annulation de l'avertissement prononcé à son encontre le 2 mai 2012.

Selon l'article L.1332-2 du Code du travail, « *lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. La sanction ne peut intervenir moins de deux jours ouvrables, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien* ».

Ainsi, lorsque l'employeur envisage de notifier un avertissement à un salarié, il n'est pas tenu de le convoquer et de respecter les dispositions de l'article L.1332-2 du Code du travail.

Toutefois, aux termes de son arrêt en date du 9 octobre 2019, cassant et annulant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 23 février 2017, la Cour de cassation a énoncé que :

« Attendu cependant que, dès lors qu'il a choisi de convoquer le salarié selon les modalités de l'article L.1332-2 du Code du travail, l'employeur est tenu de respecter tous les termes quelle que soit la sanction finalement infligée ; que selon ce texte, la sanction ne peut intervenir plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien ».

Dès lors, lorsque l'employeur convoque le salarié à un entretien, en application des dispositions de l'article L.1332-2 du Code du travail, il doit respecter le délai d'un mois maximal pour notifier un avertissement.

A rapprocher : Article L.1332-2 du Code du travail

**IMMOBILIER - CONSTRUCTION -
URBANISME**

Bail commercial : Clause mettant la taxe foncière à la charge du locataire

Cass. civ. 3^{ème}, 12 septembre 2019, n°18-18.018

Ce qu'il faut retenir :

Le preneur d'un local commercial est tenu de s'acquitter du paiement de la taxe foncière assise sur les locaux loués dès lors que le bail commercial met à sa charge tous les impôts auxquels sont assujettis les locaux.

Pour approfondir :

L'article L.145-40-2 du Code de commerce impose aux baux commerciaux de prévoir un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts, taxes et redevances liés à ce bail, comportant l'indication de leur répartition entre le bailleur et le locataire.

En l'espèce, le bail commercial précisait que « *le preneur s'engage à satisfaire à toutes les charges de ville (...) ou autres taxes (...), de quelque nature que soient ces charges, de manière à ce que le bailleur ne soit jamais inquiété à cet égard et notamment à acquitter toute contribution personnelle et mobilière, taxe locative et taxe professionnelle et plus généralement tous autres impôts y compris taxe d'enlèvement des ordures dont sont assujettis les lieux loués* ».

Le locataire n'ayant pas payé la taxe foncière entre 2010 et 2014, le bailleur l'a assigné en paiement des sommes dues à ce titre.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Par un arrêt du 19 janvier 2018, la cour d'appel de Saint-Denis a rejeté la demande du bailleur en estimant que le paiement de la taxe foncière par le locataire n'avait pas été expressément prévu dans le bail.

Cependant, par un arrêt du 12 septembre 2019, la Cour de cassation casse et annule cette décision en relevant « *que le bail mettait à la charge du preneur tous les impôts auxquels sont assujettis les lieux loués (...), à la seule exception des impôts susceptibles de grever les revenus de location* ». Retenant que cette clause était rédigée en termes clairs et précis, la Cour de cassation considère qu'il appartenait au preneur de s'acquitter du paiement de la taxe foncière.

La jurisprudence avait déjà admis, sur le fondement de la liberté contractuelle, la faculté pour le bailleur de mettre la taxe foncière à la charge du locataire. Ainsi, il a par exemple été jugé que l'impôt reste à la charge du bailleur si la clause stipule que « *le preneur devra tous impôts, contributions ou taxes lui incombant et dont le bailleur pourrait être responsable à un titre quelconque* » (**Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2015, n°14-15/911**).

Cette liberté contractuelle a été confortée par la loi Pinel du 18 juin 2014, qui avait apporté des clarifications en matière de répartitions des charges financières entre locataire et bailleur. A ce titre, l'**article R.145-35 du Code de commerce** dispose que le locataire ne peut avoir à sa charge les impôts et taxes dont le redevable légal est le bailleur ou propriétaire. Toutefois, cet article prévoit expressément que les parties peuvent y déroger et prévoir que certaines taxes, telle que la taxe foncière, soient imputées au locataire.

A rapprocher : Article L.145-40-2 du Code de commerce ; Article R.145-35 du Code de commerce ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2015, n°14-15/911

Interprétation de la clause de non-concurrence applicable pendant la durée du bail commercial
CA Paris, Pôle 5 – ch. 3, 11 septembre 2019,
n°17/22800

Ce qu'il faut retenir :

La clause de non-concurrence insérée dans un bail commercial doit être interprétée strictement et dans l'intérêt de celui qui s'oblige.

Pour approfondir :

Par acte sous seing privé en date du 3 août 2011, la société A... a consenti un bail commercial à la société B..., aux droits de laquelle vient la société C... par suite d'une cession de fonds de commerce en date du 31 mai 2012, portant sur un local commercial sis [...] pour une durée de dix années entières et consécutives à compter de la date de livraison du local, moyennant un loyer variable calculé au taux de 7,10 % du chiffre d'affaires hors taxes et d'un montant minimum garanti annuel de 45.000 euros, hors taxes et hors charges, payable à compter de la date d'ouverture du local au public et au plus tard le 30 novembre 2011. Le local est à destination de « Vente et jouets de type éducatif pour les enfants, à l'exclusion de toute autre activité, le tout sous l'enseigne E... ». Le local a été livré le 23 août 2011. Par acte extrajudiciaire du 19 mars 2014, la société E... a donné congé des locaux pris à bail, pour le 30 septembre 2014.

Le contenu de la clause de non-concurrence déterminé à l'article 18 des conditions générales du bail intitulé « NON-CONCURRENCE », qui prévoit que : « *le preneur s'interdit, pendant toute la durée du bail, de ses prorogations ou renouvellements, de susciter ou d'exploiter directement ou indirectement, toute activité commerciale de même nature à une distance fixée aux conditions particulières, à partir de la limite extérieure quelconque du centre commercial, à l'exception toutefois du maintien en l'état des activités que le preneur exploite déjà à ce jour dans cette zone* ». Puis, l'article 18 des conditions particulières du même bail, intitulé « NON-CONCURRENCE », précise quant à lui : « *distance de 5 kilomètres, à partir de la limite extérieure du centre commercial* ».

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Par ordonnance du 4 mars 2015, le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris, saisi par la S..., se déclarait incompétent au profit du juge du fond pour connaître des demandes tendant à voir ordonner à la société E... de reprendre son activité dans le local loué et à la voir condamner à payer une somme provisionnelle au titre des loyers échus impayés depuis le 1^{er} octobre 2014. Par actes d'huissier de justice des 21 mai et 6 juillet 2015, la S... a assigné la société E... devant le tribunal de grande instance de Paris. Par jugement du 26 octobre 2017, le TGI de Paris a débouté la société E... de sa demande en nullité de la **clause de non-concurrence** figurant dans le bail du 3 août 2011 la liant à la société S... .

Devant la cour d'appel, la société E... fait (notamment) valoir :

- que la clause de non-concurrence qui s'applique « pendant toute la durée du bail » est nulle en raison de l'absence expresse de limitation dans le temps, et que le bail durant 10 ans, cette durée est manifestement disproportionnée,
- à titre très subsidiaire, que la clause interdit la concurrence dans un rayon de 5 km autour du centre commercial de St Orens, que la distance à prendre en compte est celle qui part de la limite extérieure de ce centre commercial jusqu'au magasin nouvellement créé à Labège.

La société A... répond que les articles 18 des conditions générales et particulières du bail stipulent une obligation de non-concurrence pendant la durée du bail et dans un rayon de 5 km à partir de la limite extérieure du centre commercial, que la locataire a ouvert une boutique identique à celle fermée dans le centre commerciale à 4,3 km de ce dernier, que la clause est valable en ce qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace et en ce qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la locataire de manière disproportionnée, que s'agissant de la distance entre les établissements, un procès-verbal d'huissier ne peut être remis en cause par des relevés Mappy d'un site internet, que par ailleurs, la distance à prendre en compte est une distance à vol d'oiseau, que la nouvelle boutique se trouve à moins de 2 km de l'ancienne.

L'arrêt commenté retient que, au plan des principes, les clauses de non-concurrence doivent être interprétées strictement et dans l'intérêt de celui qui

s'oblige (soit la société E... en l'espèce) et que, en l'espèce, contrairement à ce qu'allègue la société A..., aucune mention « à vol d'oiseau » ne figurant dans la clause, « la distance doit être calculée par la route, ce qui constitue le moyen habituellement utilisé pour rejoindre deux points géographiques situés dans des communes différentes ».

L'arrêt commenté, qui doit être approuvé, suscite deux observations rapides.

En premier lieu, le principe d'interprétation stricte des clauses de non-concurrence n'est pas nouveau (*De l'interprétation des clauses de non-concurrence* (Evolutions jurisprudentielles), LDR 17 septembre 2008, spéc. §. 1 ; v. aussi, J. Mestre et D. Velardochio, Lamy sociétés commerciales, 2008, n°1031).

En second lieu, la règle selon laquelle la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation est inscrite à l'article 1162 ancien du Code civil (« Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »), puis – depuis la réforme du droit des contrats –, à l'article 1190 du même code, selon lequel : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

A rapprocher : *De l'interprétation des clauses de non-concurrence* (Evolutions jurisprudentielles), LDR 17 septembre 2008

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

Cas de résiliation d'une licence de marque
CA Paris, 18 octobre 2019, RG n°18/19572

Ce qu'il faut retenir :

Le cessionnaire de marques est substitué au cédant dans ses droits et obligations au titre du contrat de licence précédemment conclu et peut opposer au licencié sa défaillance contractuelle.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Pour approfondir :

Dans cette affaire, s'opposaient le cessionnaire de marques et des contrats de licence sur celles-ci au licencié qui avait conclu avec le précédent titulaire des marques un contrat de licence l'autorisant à fabriquer et commercialiser des chaussures revêtues des marques en cause. Postérieurement à la cession, un conflit opposa le nouveau titulaire des marques au licencié conduisant le concédant à résilier le contrat et solliciter le paiement de redevances échues outre une indemnisation.

Le licencié a contesté la qualité pour agir du cessionnaire des marques estimant que les formalités d'inscription de la cession des marques au registre national (**article L.714-7 du Code de la propriété intellectuelle** : « *Toute transmission ou modification des droits attachés à une marque doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au Registre national des marques* »), n'ayant pas été accomplies, la cession lui était inopposable. En outre, il faisait également valoir le fait que la transmission du contrat de licence à son bénéficiaire nécessitait son accord de sorte que les droits invoqués tirés du contrat de licence lui étaient inopposables. La cour ne va pas suivre cette argumentation et estimer, au contraire, que le cessionnaire des marques a qualité pour agir.

Les juges considèrent que les formalités prévues à l'article L.714-7 du Code de la propriété intellectuelle sont destinées à informer les tiers et à leur rendre la cession de marque opposable mais n'est pas applicable dans les rapports entre le cessionnaire de la marque et son contractant étant ici précisé qu'à la date de l'assignation l'inscription de la cession des marques avait finalement été opérée. Les juges relèvent également que le fait qu'un contrat de licence a été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti de façon non équivoque ce qui ressortait des faits de l'espèce en particulier des nombreux échanges intervenus entre les parties.

Dans un second temps, après avoir admis la recevabilité de l'action, la cour va conclure au bien-fondé de celle-ci. Les juges vont à cet égard se pencher sur la mise en œuvre de la clause résolutoire prévoyant, assez classiquement, qu'en cas de faute grave par l'une des parties, l'autre pourra résilier le

contrat. La faute du licencié ressortait ici des difficultés prises lors de la réalisation de la collection PE 2015 dont il était démontré qu'elle était exclusivement imputable au licencié ce qui justifiait donc la mise en œuvre de la clause résolutoire. En conséquence, la cour alloue une indemnisation évaluée sur la base des minima contractuels garantis.

A rapprocher : Article L.714-7 du Code de la propriété intellectuelle

Annulation de la marque semi-figurative vente-privee.com jugée frauduleuse
TGI Paris, 3 octobre 2019

Ce qu'il faut retenir :

La marque vente-privee.com vient de connaître un nouvel assaut judiciaire aboutissant au prononcé de la nullité de la marque semi-figurative sur le terrain de la fraude.

Pour approfondir :

Nouvelle avancée dans l'affaire opposant Vente-privee.com à Showroomprive.com concernant la validité de la marque Vente-privee.com. On se souvient que ce conflit avait conduit la Cour de cassation à se prononcer le **6 décembre 2016** pour admettre la validité de la marque verbale Vente-privee.com estimant que celle-ci avait acquis par l'usage un caractère distinctif au regard des services de promotion des ventes pour le compte des tiers et de présentation de produits sur tout moyen de communication pour la vente au détail ainsi que des services de regroupement pour le compte de tiers de produits et de services, notamment sur un site web marchand.

La société Showroomprive.com a mené un nouvel assaut judiciaire ciblant cette fois la marque semi-figurative Vente-privee.com se présentant sous forme d'une dénomination en lettres minuscules noir et du dessin d'un papillon rose au bout de la ligne.

Le tribunal va, dans un premier temps, reconnaître la validité de la marque puis, dans un second temps, annuler cette marque dont il juge que le dépôt est frauduleux.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

- Sur le caractère distinctif du signe :

Selon l'article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle :

« 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 :

- Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ;*
- 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 ;*
- 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. »

Selon les juges, le signe dont l'élément verbal apparaît dominant et sera lu par le consommateur moyen comme si le terme « privée » comportait un accent (« privée »), constitue la désignation usuelle du service consistant à proposer à la vente, lors d'événements d'une durée limitée et à un public restreint, des produits de marques en nombre limité et à très bas prix, issus d'opérations de déstockage. Toutefois, toujours selon les juges, en dépit de l'absence de caractère distinctif *ab initio*, ce signe a pu acquérir un tel caractère par l'usage qui en a été fait. Le jugement retient, en particulier, la position de leader sur le secteur des ventes événementielles, l'intensité de l'usage (compensant la brève durée puisque la marque en cause a été déposée en 2013), un sondage plaçant la marque au rang de la 5^{ème} marque la plus connue de l'e-commerce, les multiples revues de presse établissant les efforts pour faire connaître la marque.

La marque, dont le caractère distinctif acquis par l'usage est reconnu, va néanmoins être invalidée sur le terrain de la fraude. Cette notion est expressément visée par le Code de la propriété intellectuelle en son article L.712-6 qui permet à la victime de la fraude d'exercer une action en revendication. Le droit

commun trouve également à s'appliquer en la matière et l'application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » peut conduire à annuler un dépôt de marque frauduleux, c'est ce fondement qui était en l'espèce visé. Selon le jugement, l'expression « vente privée » a toujours désigné des ventes événementielles, à un public d'invités, de déstockage des invendus, la société Vente-privee.com a adapté ce modèle à la vente en ligne mais « *pour autant, elle ne saurait s'approprier des termes génériques qui doivent rester disponibles pour tous les acteurs économiques de ce secteur et n'a aucune légitimité à monopoliser à son seul profit les termes "vente-privee", extrêmement proches de "vente privée", à titre de marque et à priver ses concurrents de l'usage de ces mots sauf à introduire une distorsion dans les règles de libre concurrence* ». Également, les juges caractérisent l'intention frauduleuse du fait de la connaissance du caractère générique et des intentions d'appropriation de ce terme en dépit de ce caractère sur la base de déclarations faites par son dirigeant.

On imagine que ce jugement est le premier temps d'un long parcours judiciaire et que la cour d'appel aura prochainement à se prononcer sur la position adoptée par les juges de première instance relativement à l'existence, ou non, d'un dépôt frauduleux.

A rapprocher : Articles L.711-2, L.714-3 et L.712-6 du Code de la propriété intellectuelle ; Cass. com., 6 décembre 2016, n°15-19.048

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Ordonnance portant injonction de payer : absence de signification et exécution volontaire du débiteur
Cass. civ. 2^{ème}, 17 octobre 2019, n°18-18.759

Ce qu'il faut retenir :

Une injonction de payer qui n'a pas été signifiée dans les six mois après son prononcé est caduque, même si le débiteur s'exécute spontanément.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Pour approfondir :

En application de l'article 1411 du Code de procédure civile, une copie certifiée conforme de la requête et de l'ordonnance portant injonction de payer est signifiée, à l'initiative du créancier, à chacun des débiteurs. L'ordonnance portant injonction de payer est non avenue si elle n'a pas été signifiée dans les six mois de sa date.

En l'espèce, c'est sur le fondement d'une ordonnance d'injonction de payer rendue le 2 janvier 2001, mais non signifiée à ses débiteurs, qu'une banque a fait procéder à une saisie-attribution et à une saisie de droits d'associés et de valeurs mobilières à l'encontre de ces derniers le 6 mai 2015. Les débiteurs, après s'être exécutés volontairement auprès de l'huissier ayant procédé aux mesures d'exécution, ont contesté ces mesures devant un juge de l'exécution, notamment au motif de la caducité de l'ordonnance d'injonction de payer en l'absence de signification de celle-ci.

Pour rejeter les contestations des débiteurs, la cour d'appel a retenu qu'après signification de l'ordonnance portant injonction de payer, le débiteur qui s'exécute de manière volontaire et effectue des versements auprès de l'huissier instrumentaire acquiesce de la sorte à la décision rendue. La cour d'appel a ainsi considéré que l'exécution volontaire de l'ordonnance en emporte l'acquiescement. Les débiteurs se sont pourvus en cassation.

La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel, en retenant une violation des dispositions de l'article 1411 du Code de procédure civile. La Cour de cassation considère que l'acquiescement tacite manifesté par une exécution spontanée du débiteur auprès de l'huissier ne peut pallier l'absence de signification, par le créancier, de l'ordonnance portant injonction de payer.

Cette jurisprudence s'inscrit dans la logique de la position de la Cour de cassation qui a déjà retenu que l'ordonnance sur requête ne constitue pas un jugement au sens de l'article 409 du Code de procédure civile et n'est donc pas susceptible d'acquiescement (Cass. civ. 2^{ème}, 30 nov. 2016, n°15-15.035). En pratique, l'ordonnance portant injonction de payer est rendue de manière non contradictoire et sa signification est essentielle pour en permettre une éventuelle contestation.

A rapprocher : Cass. civ. 2^{ème}, 17 octobre 2013, n°12-23.878 ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 novembre 2016, n°15-15.035

Mesure d'instruction *in futurum* : Conséquence de la rétractation de l'autorisation donnée par ordonnance

Cass. civ. 2^{ème}, 26 septembre 2019, n°18-13.438

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque des opérations de constat et de saisie, autorisés sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, sont réalisées après le délai imparti dans une ordonnance sur requête, il entre dans les pouvoirs du juge de la rétractation de constater la caducité de l'autorisation.

Pour approfondir :

Se plaignant d'actes de concurrence déloyale, une société a saisi le président d'un tribunal de commerce à fin de voir désigner un huissier de justice pour effectuer diverses mesures sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Pour rappel, cette disposition permet de solliciter la réalisation de mesures d'instruction avant tout procès. La requête a été accueillie et par ordonnance, le juge a autorisé des opérations de constat et de saisie dans un certain délai.

Cette procédure déroge au principe du contradictoire puisque le défendeur n'est pas appelé à l'audience. En vertu de l'article 497 du Code de procédure civile, il est possible de demander au juge de rétracter son ordonnance afin de rouvrir un débat contradictoire. Tel fut le cas en l'espèce. A cette occasion, le juge des requêtes a constaté que les opérations de constat et de saisie avaient été réalisées après l'expiration du délai imparti. C'est pourquoi, le juge a profité de l'instance en rétractation pour constater la caducité de l'autorisation donnée préalablement.

La cour d'appel a également constaté la caducité de l'autorisation donnée par le juge des requêtes et prononcé sa rétractation entraînant l'annulation des constats effectués. Estimant que le juge a outrepassé ses pouvoirs, un pourvoi en cassation a été formé.

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

La Cour de cassation considère au contraire que cette décision relevait de l'office du juge de la rétractation. En effet, ayant relevé que les opérations de constat et de saisie avaient été réalisées après l'expiration du délai imparti dans l'ordonnance, la Cour de cassation estime que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que, l'autorisation donnée par le juge pour exécuter ces mesures étant devenue caduque et qu'il entrerait dans les pouvoirs du juge de la rétractation de constater cette caducité.

A rapprocher : Article 497 du Code de procédure civile

DROIT PÉNAL

La modification de la qualification d'une infraction en garde à vue et le retard de sa notification
Cass. crim., 15 octobre 2019, n°19-82.380

Ce qu'il faut retenir :

Le défaut de notification à la personne gardée à vue de la modification de qualification d'une infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre, ne peut entraîner la nullité que s'il en est résulté pour elle une atteinte effective à ses intérêts, au sens de l'article 802 du Code de procédure pénale.

Pour approfondir :

Le 5 janvier 2018 à 2 heures 45, des agents de police apercevaient une voiture suspecte et lui sommaient de s'arrêter. Le conducteur refusant d'obtempérer, les policiers procédaient à l'interpellation des trois occupants, soit de deux hommes et d'une femme. Ces derniers étaient conduits au commissariat de police. Les deux hommes étaient placés en garde à vue pour refus d'obtempérer et la femme pour complicité de ce délit.

Le même jour à 11 heures 15, le ministère public informait les enquêteurs qu'il ajoutait les qualifications d'association de malfaiteurs et infractions à la législation sur les armes à celle déjà retenue. L'officier de police judiciaire n'informait la femme de la modification de qualification que lors de

la notification de la prolongation de sa garde à vue, soit le 6 janvier 2018 à 2 heures.

Le 7 janvier 2018, une information judiciaire était ouverte à l'encontre des trois occupants de la voiture notamment des chefs de tentative d'enlèvement et séquestration, infraction à la législation sur les armes et association de malfaiteurs, pour lesquels la femme était mise en examen.

Cette dernière saisissait la chambre de l'instruction d'une requête en annulation de pièces de la procédure laquelle rejetait sa demande. Elle formait donc un pourvoi en cassation sur deux fondements.

Le premier était relatif à la notification tardive de ses droits. Ce moyen est rejeté par la Cour de cassation estimant que les circonstances de l'interpellation et les délais de route permettent de justifier ce retard et rappelle que le procureur a bien été avisé de la mesure dans un délai suffisant. Ainsi, sur ce premier point, la chambre criminelle considère que la chambre de l'instruction a justifié sa décision.

Le second moyen soulevé concerne le retard dans la notification de la modification de la qualification reprochée. Ainsi la demandeuse au pourvoi soutient que « *le fait que le procureur de la République ait donné pour consigne de requalifier les faits reprochés à un gardé à vue ne dispense pas les services de police de notifier à ce dernier cette nouvelle qualification avant de l'interroger à ce titre* ».

En effet, la notification de la modification de la qualification reprochée a été faite par le ministère public aux policiers avant la deuxième audition de la demanderesse au pourvoi, audition durant laquelle il est apparu, selon elle, qu'elle pouvait être soupçonnée de la nouvelle infraction. La nouvelle qualification ne lui a été notifiée que lors de la prolongation de la mesure de garde à vue, soit postérieurement à cette deuxième audition.

Dans son arrêt du 15 octobre 2019, la chambre criminelle rejette le pourvoi et répond en deux temps.

Dans un premier temps elle affirme que « *c'est à tort que les juges ont considéré que la notification de la qualification pouvait être reportée à l'issue de cette audition, dès lors que le procureur de la République a ordonné, (...) la modification de qualification des faits, le 5 janvier 2018 à 11 heures 15* ».

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

Toutefois, et dans un second temps, bien que la Cour reconnaisse la violation d'une formalité prescrite par la loi, elle n'admet pas, pour autant, la nullité de l'acte au motif que, pour que cette nullité soit encourue, il aurait fallu que la violation ait entraîné une atteinte effective des intérêts de la personne gardé à vue, au sens de l'article 802 du Code de procédure pénale. **Autrement dit, il est nécessaire pour le gardé à vue de démontrer l'existence d'un grief causé par la violation de cette formalité.**

En l'espèce la Cour n'admet pas l'existence d'un grief et indique : « *En l'espèce, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer au vu de l'examen du procès-verbal d'audition critiqué, qu'en répondant aux questions des enquêteurs, Mme BI n'a tenu aucun propos par lequel elle se serait incriminée sur les faits d'association de malfaiteurs* ».

La chambre criminelle rappelle ainsi, de façon pragmatique, non seulement l'exigence des règles de procédure, mais également que ces formalités imposées ne doivent pas porter atteinte à la procédure dans le cas où aucun grief ne saurait être démontré.

A rapprocher : Cass. crim., 31 octobre 2017, n°17-81.842

DROIT INTERNATIONAL

La loi sur la cryptographie en Chine

Loi du 26 octobre 2019 - entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020

Ce qu'il faut retenir :

L'Assemblée populaire nationale (parlement chinois), lors d'une réunion du Comité permanent (13^{ème} Congrès, 14^{ème} réunion), a adopté le 26 octobre 2019 une nouvelle loi sur la cryptographie, laquelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (la « Loi »). Le pays s'apprête à lancer sa propre monnaie numérique.

Pour mémoire :

De manière générale, la cryptographie est une technique d'écriture qui consiste à rédiger un message crypté, via l'utilisation de codes secrets ou de clés de décryptage. La cryptographie est principalement utilisée pour protéger un message jugé confidentiel.

La cryptographie est une des disciplines de la cryptologie s'attachant à protéger des messages en s'aidant souvent de secrets ou clés.

Avant l'adoption de la Loi, Xi Jinping, président de la République populaire de Chine et secrétaire général du Parti communiste chinois, a déclaré, le 24 octobre 2019, que le pays doit « saisir l'opportunité » offerte par la technologie de la blockchain en tant que noyau de l'innovation, en s'exprimant, dans le cadre de la 18^{ème} étude collective du Bureau politique du Comité permanent (« **Etude collective** »).

La technologie de la blockchain a un large éventail d'applications en Chine, allant du financement des entreprises au transport en commun et à la lutte contre la pauvreté.

Pour approfondir :

L'un des objectifs de la Loi est de faciliter le développement du secteur de la cryptographie et d'assurer la sécurité du cyberspace et de l'information.

L'État encourage et soutient la recherche et l'application de la science et de la technologie en cryptographie et garantit la confidentialité (**Art 9**).

La Loi garantit les droits de propriété intellectuelle, et permet l'attribution des contributions exceptionnelles (**Art 9**).

La Loi prévoit de différencier les types de cryptographie, et relève trois grands domaines : le domaine « principal », « commun » et « commercial » (**Art 6**). Si les deux premiers sont censés couvrir des informations confidentielles, et doivent être exclusivement gérés par les autorités, le dernier sert à la protection d'informations qui ne sont pas des secrets d'État, et peuvent être utilisées par les citoyens (**Art 7 & 8**).

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - 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 - Kazakhstan - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique - Nicaragua - Oman
Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

En vertu de la Loi, la nouvelle autorité dénommée « Agence centrale de cryptographie » sera en charge du contrôle des acteurs du marché de la cryptographie (**Art 16**).

La Loi vise à normaliser l'application et la gestion des mots de passe. En outre, elle contribue (i) à promouvoir le développement de l'industrie des mots de passe, (ii) à assurer la sécurité des réseaux et de l'information et (iii) à améliorer le niveau scientifique, normalisé et légalisé de la gestion des mots de passe (**Art 21**).

Le problème de la responsabilité juridique est également abordé, en cas de piratage ou d'utilisation des données pour se livrer à des activités illégales (**Art 32 – 41**).

Il s'agit donc d'établir une politique nationale autour de l'utilisation de la cryptographie, et par ce biais, celle de la cryptomonnaie.

Le président Xi a indiqué lors de la publication de la Loi : « *la Chine doit considérer la blockchain comme une percée importante pour l'innovation indépendante des technologies de base. La Chine doit clarifier l'orientation principale, accroître les investissements, nous concentrer sur un certain nombre de technologies clés et accélérer le développement de la technologie de la blockchain et l'innovation industrielle* ».

C'est précisément **sur cette base qu'est développée la monnaie numérique créée en Chine, et qui sera émise par la banque centrale**. Cette nouvelle cryptomonnaie offrirait d'ailleurs quelques points de comparaison avec Libra, la monnaie virtuelle de Facebook, puisqu'elle pourrait être utilisée sur des plateformes majeures chinoises telles que WeChat ou Alipay.

Avec ce nouveau texte, la Chine se dote d'un cadre juridique bien des années après la France, laquelle s'est intéressée à la cryptologie dès 2004 avec la loi pour la confiance dans l'économie numérique, n°2004-575 du 21 juin 2004 (abrégee sous le sigle LCEN, qui est une loi française sur le droit de l'Internet, transposant la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et certaines dispositions de la directive du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques).

Pour mémoire, en France, les moyens de cryptologie (science du secret englobant la cryptographie – l'écriture secrète – et la cryptanalyse – l'analyse de cette dernière) sont soumis à une réglementation spécifique.

L'utilisation d'un moyen de cryptologie est libre et il n'y a aucune démarche à accomplir.

En revanche, la fourniture, l'importation, le transfert intracommunautaire et l'exportation d'un moyen de cryptologie sont soumis, sauf exception, à déclaration ou à demande d'autorisation.

Ces démarches incombent au fournisseur du moyen de cryptologie et sont à accomplir auprès de l'ANSSI (l'agence (française) nationale de la sécurité des systèmes d'information).

Le régime applicable (déclaration ou demande d'autorisation) dépend des fonctionnalités techniques du moyen et de l'opération commerciale projetée (fourniture, importation...).

Les textes en la matière en France sont :

- Articles 30 à 36 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004
- Décret 2007-663 du 2 mai 2007
- Arrêté du 29 janvier 2015

A rapprocher : Le texte de loi en chinois