



LHJ AVOCATS  
RESEAU SIMON AVOCATS

# LA LETTRE SIMON AVOCATS

OCTOBRE 2017

## SOMMAIRE

BORDEAUX  
CHAMBÉRY  
CLERMONT-FERRAND  
FORT-DE-FRANCE  
GRENOBLE  
LE HAVRE  
LYON  
MONTPELLIER  
NANTES  
PARIS  
POINTE-A-PITRE  
POITIERS  
ROUEN  
SAINT-ETIENNE  
SAINT-DENIS (La Réunion)  
STRASBOURG  
TOULOUSE

*Réseau SIMON Avocats*

ALGÉRIE - ARMÉNIE  
AZERBAÏDJAN - BAHREÏN  
BELGIQUE - BRÉSIL  
BULGARIE - CAMEROUN  
CHINE - CHYPRE  
COLOMBIE - COREE DU SUD  
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ  
ÉMIRATS ARABES UNIS  
ÉTATS-UNIS - HONGRIE  
ÎLE MAURICE - INDONESIE  
IRAN - ITALIE  
LUXEMBOURG - MAROC  
OMAN - PARAGUAY  
PÉROU - RD CONGO  
SENEGAL - TUNISIE

*Conventions transnationales*

[www.simonavocats.com](http://www.simonavocats.com)

<b>CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS</b>	
Recommandations de l'Agence Française Anticorruption (AFA) en date du 5 octobre 2017	p. 2
Evolution de la réglementation en matière de signature électronique Décret n°2017-1416 du 28 septembre 2017	p. 3
<b>ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ</b>	
L'extension d'une procédure collective est impossible après l'adoption d'un plan de cession Cass. com., 27 septembre 2017, n°16-16.670	p. 4
Le constat du juge-commissaire obligatoire de la résiliation de plein droit d'un contrat en cours Cass. com., 20 septembre 2017, n°16-14.065	p. 5
<b>CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX</b>	
Défaut de caractère déséquilibré de la clause pénale CA Paris, 13 octobre 2017, n°15/03694	p. 6
Cession d'un réseau entre franchiseurs : validité et opposabilité aux franchisés CA Montpellier, 5 septembre 2017, n°15/04903	p. 8
<b>DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION</b>	
Appréciation du déséquilibre significatif de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313	p. 10
Absence de nullité, résiliation aux torts du franchisé et violation de la clause de non-concurrence CA Aix-en-Provence, 28 septembre 2017, n°15/03815	p. 12
<b>SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES</b>	
Résiliation judiciaire et obligation de continuer d'exercer ses fonctions pour le salarié Cass. soc., 6 octobre 2017, n°16-11.682	p. 13
Forfait jours et suivi effectif de la charge de travail : nouvelle illustration Cass. soc., 5 octobre 2017, n°16-23.106	p. 14
<b>IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME</b>	
Bail commercial (BEFA) : invalidité de la clause d'indexation et prescription Cass. civ. 3 <sup>ème</sup> , 14 septembre 2017, n°16-20.048	p. 15
L'article L.480-13 du Code de l'urbanisme dans sa nouvelle version est-il conforme à la Constitution ? Cass., QPC, 12 septembre 2017, n°E 17-40.046	p. 15
<b>PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES</b>	
L'atteinte à la fonction essentielle de la marque condition de la contrefaçon CA Paris, 3 octobre 2017, RG n°197/2017	p. 16
Les artistes et le droit des marques CA Paris, 22 septembre 2017, RG n°16/11450	p. 17
<b>PROCÉDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION</b>	
Déclaration de la créance inscrite sur l'immeuble saisi dans le délai légal Cass. civ. 2 <sup>ème</sup> , 28 septembre 2017, n°16-17.010	p. 18
Compétence du juge de l'exécution pour statuer sur la validité d'une transaction homologuée Cass. civ. 3 <sup>ème</sup> , 28 septembre 2017, n°16-19.184	p. 19
<b>DROIT PENAL</b>	
Le juge d'instruction ne peut recommencer un interrogatoire de première comparution irrégulier Cass. crim., 19 septembre 2017, n°17-81.016	p. 20
<b>DROIT FISCAL – TVA</b>	
Les mesures phares du PLF pour 2018 Projet AN n°235 - Projet de loi de finances pour 2018	p. 21
<b>INTERNATIONAL</b>	
Réforme de la réforme du droit des contrats : quel impact dans les relations internationales ?	p. 22

## CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

### Recommandations de l'Agence Française Anticorruption (AFA) en date du 5 octobre 2017

*Ce qu'il faut retenir :*

**Dans le cadre de la lutte contre la corruption, l'article 17 de la Loi Sapin II impose aux « grandes » sociétés, c'est-à-dire, (i) employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société-mère à son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés et (ii) dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros, de mettre en place en interne, à partir du 1<sup>er</sup> juin 2017, huit mesures préventives destinées à prévenir et à détecter les faits de corruption ou de trafic d'influence. Pour rappel, les huit mesures préventives à mettre en œuvre sont les suivantes : un code de conduite, un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques, des procédures d'évaluation, des procédures de contrôles comptables, un dispositif de formation, un régime disciplinaire et un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre. Le 5 octobre dernier, l'AFA a publié, sur son site internet, les premiers projets de recommandations concernant les trois premières mesures de l'article 17.**

*Pour approfondir :*

Dans le cadre de sa mission de prévention, l'AFA, créée par la loi Sapin II, doit élaborer des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit privé et de droit public à détecter et prévenir les atteintes à la probité. Elles pourront être utilisées par les entreprises afin de mieux appréhender les mesures qui leurs sont imposées dans le cadre du plan « anticorruption » visé à l'article 17 de la Loi Sapin II. Pour l'instant, les projets de recommandations relatifs à l'article 17 de la Loi Sapin II concernent uniquement : le code de conduite, le dispositif d'alerte interne et la cartographie des risques.

- Le code de conduite

Il doit manifester la décision de l'instance dirigeante d'engager l'organisation dans une démarche de prévention et de détection des faits de corruption.

Pour cela, il doit définir et illustrer les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Cette description doit être appuyée d'illustrations pertinentes au regard des organisations concernées.

Il doit obligatoirement contenir des dispositions relatives aux cadeaux et invitations, aux paiements de facilitations, aux conflits d'intérêts, à la représentation d'intérêt, au mécénat et au sponsoring.

Il doit être rédigé en langue française en termes simples et clairs.

Il est possible de l'intégrer dans un dispositif d'éthique au périmètre plus large, à la condition que cela n'empêche pas sa parfaite lisibilité. Ce code devra par ailleurs être intégré au règlement intérieur de l'entreprise et faire l'objet d'une actualisation régulière.

- Un dispositif d'alerte interne

Il doit permettre le recueil des signalements émanant d'employés, relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société.

Ce dispositif doit être distingué des procédures relatives aux lanceurs d'alerte, pour lesquelles un chapitre distinct est consacré dans la loi. Toutefois, il est possible de mettre en place un seul et unique dispositif technique de recueil des deux procédures, dans le respect de l'autorisation unique n°AU-004 modifiée de la CNIL.

Quelle que soit l'option mise en œuvre, il convient de communiquer sur la mise en place du dispositif retenu et de promouvoir son accessibilité.

L'AFA donne une liste des éléments qui devraient, selon elle, figurer dans le dispositif d'alerte interne. On y trouve à titre d'exemple des indications sur les dispositions prises pour garantir la stricte confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement.

- La cartographie des risques

Elle se définit comme la démarche d'identification, d'évaluation, de hiérarchisation et de gestion des risques inhérents aux activités de l'organisation.

Elle doit être : exhaustive, précise, formalisée, accessible et évolutive.

Son élaboration nécessite de respecter six étapes :

- la clarification des rôles et des responsabilités dans l'élaboration et la mise en œuvre de la cartographie des risques ;
- l'identification des risques inhérents aux activités des organisations concernées ;
- l'évaluation de l'exposition aux risques de corruption ;
- l'évaluation de l'adéquation et de l'efficacité des moyens visant à maîtriser ces risques ;
- la hiérarchisation et le traitement des risques nets ou résiduels ; et
- la formalisation de la cartographie et son actualisation.

La seconde partie des projets de recommandations sera rendue publique au mois de novembre 2017.

**A rapprocher : Recommandations AFA en date du 5 octobre 2017 ; Guide Pratique MEDEF anticorruption en date du 22 septembre 2017**

#### Evolution de la réglementation en matière de signature électronique

Décret n°2017-1416 du 28 septembre 2017

*Ce qu'il faut retenir :*

**Par un décret en date du 28 septembre 2017, le droit interne français a intégré les nouvelles exigences du droit européen relatives à la signature électronique posées par le règlement européen du 23 juillet 2014, sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.**

**Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2017 le principe est le suivant : la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée, jusqu'à preuve du contraire, lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique qualifiée.**

*Pour approfondir :*

Ce règlement européen, qui remplace la directive 1999/93/CE depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016, instaure un nouveau système pour les interactions électroniques sécurisées au sein de l'Union Européenne (UE) entre les entreprises, les citoyens et les autorités publiques.

Jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2017, le régime de la signature électronique en droit français était, jusque-là, régi par l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Cette ordonnance, qui a remplacé l'article 1316-4 du Code civil par un nouvel article 1367, présumait fiable jusqu'à preuve du contraire toute signature électronique. Cette présomption supposait la réunion de trois conditions : (i) il fallait que la signature soit créée, (ii) que l'identité du signataire soit assurée, et (iii) que l'intégrité de l'acte soit garantie. Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2017, ces trois conditions sont modifiées avec le règlement communautaire, qui vient préciser les caractéristiques techniques de ce procédé : si la présomption de fiabilité du procédé est maintenue, les conditions de cette dernière sont modifiées.

- Une signature électronique avancée

La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée, jusqu'à preuve du contraire, sous la condition suivante : ce procédé doit mettre en œuvre une signature électronique qualifiée.

Pour la définition même de la notion de signature électronique qualifiée, le décret se réfère directement à l'article 26 du règlement européen. D'après cet article, une signature qualifiée est une signature qui répond à quatre exigences cumulatives :

- être liée au signataire de manière univoque ;
- permettre d'identifier le signataire ;
- avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et
- être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

Ces quatre conditions posées par le règlement sont plus contraignantes que celles originellement prévues par le droit français et traduisent une volonté de sécuriser le mécanisme.

- Un dispositif de création de signature électronique qualifié

Cette signature électronique avancée devra avoir été créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifiée.

Les exigences applicables à ce dispositif sont précisées à l'article 29, et son renvoi à l'annexe II du règlement.

Le dispositif doit garantir, par des moyens techniques et des procédures appropriées, la confidentialité et la protection contre toute falsification, des données de création de signature électronique utilisées.

Par ailleurs, la génération ou la gestion des données de création de signature électronique pour le compte du signataire doit être confiée à un prestataire de services de confiance qualifié. Ce dernier ne pourra reproduire les données de création de signature électronique qu'à des fins de sauvegarde sous réserve des deux exigences suivantes :

- le niveau de sécurité des ensembles de données reproduits devra être équivalent à celui des ensembles de données d'origine ; et
  - le nombre d'ensembles de données reproduits ne devra pas excéder le minimum nécessaire pour assurer la continuité du service.
- Un certificat qualifié de signature électronique

Le dispositif doit enfin reposer sur un certificat qualifié de signature électronique dont la mise en œuvre est décrite à l'article 28, et son renvoi à l'annexe I du règlement.

Le certificat devra contenir un certain nombre d'indications obligatoires, notamment :

- une mention indiquant, au moins sous une forme adaptée au traitement automatisé, que le certificat a été délivré comme certificat qualifié de signature électronique ;
- le nom du signataire ou un pseudonyme ;
- les précisions sur le début et la fin de la période de validité du certificat ;
- le code d'identité du certificat ; et
- un ensemble de données représentant sans ambiguïté le prestataire de services de confiance qualifié...

Par ailleurs, les certificats qualifiés de signature électronique pourront comprendre des attributs spécifiques supplémentaires non obligatoires.

**A rapprocher : Règlement n°910/2014 du 23 juillet 2014**

---

## ENTREPRISES EN DIFFICULTE

### L'extension d'une procédure collective est impossible après l'adoption d'un plan de cession

Cass. com., 27 septembre 2017, n°16-16.670

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'adoption d'un plan de cession totale de l'entreprise fait obstacle à l'extension à un tiers, pour confusion de patrimoines, de la procédure collective du débiteur.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, une société a été placée en procédure de redressement judiciaire en décembre 2013. En avril 2014, le Tribunal de commerce a arrêté le plan de cession totale de l'entreprise. Par la suite, la procédure de redressement judiciaire a été convertie en liquidation judiciaire.

Le liquidateur judiciaire a assigné en extension de la procédure collective pour confusion de patrimoines une société tierce, comme étant le bailleur des locaux d'exploitation du débiteur.

Par un jugement du 24 juin 2015, le Tribunal de commerce a étendu la procédure de liquidation judiciaire à la société tierce.

Saisie d'un appel du tiers qui contestait la recevabilité de la demande d'extension en raison de l'adoption d'un plan de cession totale, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 mars 2016, a confirmé la recevabilité de l'extension. La Cour d'appel a retenu que, en application des articles L.631-22 et R.631-42 du Code de commerce dans leur rédaction issue de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le plan de cession n'était qu'une opération de réalisation des actifs qui ne déterminait pas le sort de la personne morale débitrice.

Au visa des articles L.621-2 et L.631-22 du Code de commerce, la Haute juridiction casse et annule la décision, et précise, dans un attendu de principe, que « l'adoption d'un plan de cession totale de l'entreprise fait obstacle à l'extension à un tiers, pour confusion des patrimoines, de la procédure collective du débiteur ».

Cette règle de l'interdiction de l'extension de la procédure après un plan de cession totale du débiteur avait été posée sous l'empire la loi n°85-98 du 25 janvier 1985. D'aucun s'est interrogé sur la justification de cette solution prétorienne (respect de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement adoptant le plan de cession, unicité de la procédure...). Sous l'empire de la loi de 1985, le plan de cession était une voie d'achèvement de la procédure puisqu'aucune conversion en liquidation judiciaire n'intervenait par la suite.

Sous l'empire de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le plan de cession n'est plus une voie d'achèvement de la procédure mais une opération de cette dernière.

Ainsi, après adoption d'un plan de cession dans le cadre d'un redressement judiciaire, la procédure se poursuit pour aboutir soit à l'adoption d'un plan de redressement, soit, dans la plupart des cas, à une conversion en liquidation judiciaire.

De sorte qu'a pu se poser la question de la reconduction de la solution prétorienne sous l'empire de la nouvelle loi, dans la mesure où, de jurisprudence constante, une procédure de liquidation judiciaire peut être étendue à une autre structure.

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 avril 2016 a répondu à cette question, en retenant que « *l'adoption d'un plan de cession totale de l'entreprise fait obstacle à l'extension à un tiers, pour confusion de patrimoines, de la procédure collective du débiteur* ».

Par cet arrêt du 27 septembre 2017, la Haute Cour confirme sa jurisprudence de 2016.

Au vu du maintien de la solution prétorienne, il apparaît clairement que, pour la Cour de cassation, l'extension a pour vocation de permettre un traitement unique aux structures auxquelles la procédure est étendue. Dès lors que ce traitement unique n'est plus possible car le sort de l'entreprise a été tranché par l'adoption d'un plan de cession totale, l'extension ne se justifie plus.

**A rapprocher :** Articles **L.621-2** et **L.631-22** du Code de commerce ; **Cass. com., 5 avril 2016, n°14-19.869** ; V. également, pour une solution antérieure à la réforme de 2005 : **Cass. com., 18 janvier 2005, n°03-18.264**

**Le constat du juge-commissaire obligatoire de la résiliation de plein droit d'un contrat en cours**  
Cass. com., 20 septembre 2017, n°16-14.065

*Ce qu'il faut retenir :*

**Dans l'hypothèse où un contrat en cours est poursuivi après option de l'administrateur judiciaire suite à mise en demeure, le constat par le juge-commissaire de la résiliation de plein droit de ce contrat intervenue en application de l'article L.622-13 III, 2° du Code de commerce est obligatoire, à défaut de quoi le contrat est considéré comme étant en cours et peut être cédé au repreneur de l'entreprise.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, l'administrateur judiciaire d'une société placée en redressement judiciaire, crédit-preneuse au titre d'un contrat de crédit-bail, a opté pour la poursuite de ce dernier suite à mise en demeure d'opter adressée par le crédit-bailleur. A la suite d'impayés au cours de la période d'observation, le crédit-bailleur a indiqué qu'il ferait constater la résiliation en justice sans pour autant faire constater par le juge-commissaire cette résiliation. Le contrat ayant ensuite été cédé dans le cadre d'un plan de cession totale de la société, le crédit-bailleur a assigné le cessionnaire et la société substituée en paiement des loyers impayés et de l'indemnité de résiliation.

Par un arrêt en date du 4 février 2016, la Cour d'appel d'Amiens condamne ces derniers au paiement des loyers impayés et de l'indemnité de résiliation en rejetant le moyen selon lequel le contrat avait été résilié de plein droit au motif que la résiliation n'avait produit aucun effet en l'absence du constat de cette résiliation par le juge-commissaire.

Saisie d'un pourvoi formé par l'ancien cessionnaire et la société substituée qui soutenaient que le constat de la résiliation de plein droit par le juge-commissaire était facultatif, la chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt publié au bulletin, confirme la décision de la Cour d'appel en énonçant en ces termes que : « (...) *la résiliation de plein droit [du] contrat doit, à la demande de tout intéressé, et peu important l'existence d'une clause résolutoire, être constatée par le juge-commissaire qui en fixe la date.* ». A défaut de ce constat obligatoire, le contrat est considéré comme étant en cours et peut être cédé au cessionnaire dans le cadre d'un plan de cession.

La Cour de cassation fonde sa décision sur les dispositions des articles L.622-13 III, 2° et R.622-13 du Code de commerce. Selon le premier texte, la résiliation de plein droit d'un contrat en cours est possible au cours de la période d'observation dans deux hypothèses :

- après mise en demeure de l'administrateur judiciaire par le contractant de prendre parti sur la poursuite du contrat, en cas d'absence de réponse dans un délai d'un mois (éventuellement prorogé) ou de refus exprès,
- après option de l'administrateur judiciaire de poursuivre le contrat lorsque les paiements ne sont pas effectués à échéance et que le cocontractant ne souhaite pas poursuivre les relations contractuelles.

Aux termes des dispositions de l'article R.622-13 du Code de commerce, le juge-commissaire constate la résiliation de plein droit du contrat intervenue dans les conditions précitées. A la lecture de ces dispositions, le constat de la résiliation de plein droit par le juge-commissaire apparaissait comme une simple faculté ouverte au cocontractant, mais n'était pas une condition essentielle à ladite résiliation.

C'est d'ailleurs dans ce sens que s'était prononcée la chambre commerciale, par un arrêt en date du 18 mai 2003, en jugeant que le refus exprès de l'administrateur judiciaire, mis en demeure de poursuivre le contrat, entraînait la résiliation de plein droit du contrat sans qu'il y ait lieu de faire nécessairement constater cette résiliation par le juge-commissaire (*Cass. com., 18 mars 2003, n°00-12.693*).

A l'aune de la présente décision, la Cour de cassation apparaît modifier sa jurisprudence. La Cour de cassation fait du constat de la résiliation de plein droit du contrat par le juge-commissaire, une formalité essentielle.

La nouvelle position de la Cour de cassation n'en demeure pas moins surprenante, dans la mesure où il semble antinomique de faire dépendre une résiliation de plein droit ... d'une décision judiciaire.

La Haute Cour considère très certainement qu'il appartient au juge-commissaire de contrôler que les conditions de la résiliation de plein droit sont remplies, les pouvoirs du juge-commissaire devant se limiter à ce seul contrôle, sans qu'il lui soit donné la possibilité de consentir des délais de paiement.

Cette solution a une importance considérable en pratique. Le contrat, considéré comme étant toujours en cours en l'absence d'une décision de constat du juge-commissaire, peut être cédé au repreneur de l'entreprise dans le cadre d'un plan de cession en application des dispositions de l'article L.642-7 du Code de commerce.

Il appartiendra au cocontractant, qui souhaite se délier définitivement de la relation contractuelle en raison d'impayés survenus au cours de la période d'observation, de se soumettre au constat du juge-commissaire aux fins de rendre effective la résiliation de plein droit. Le contractant devra être vigilant sur ce point.

**A rapprocher : Cass. com., 18 mars 2003, n°00-12.693 ; L.622-13 III, 2° du Code de commerce ; R.622-13 du Code de commerce**

## CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

**Défaut de caractère déséquilibré de la clause pénale**  
CA Paris, 13 octobre 2017, n°15/03694

*Ce qu'il faut retenir :*

**La clause résolutoire mettant à la charge d'une seule des parties à un contrat le paiement d'une indemnité en cas de résiliation de celui-ci à ses torts exclusifs n'est pas constitutive d'un déséquilibre significatif dès lors qu'elle vise à réparer forfaitairement le préjudice effectivement subi par la partie victime des manquements ayant entraîné la résiliation et que, ne concernant que ces manquements, elle n'a pas, par définition, vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où l'autre partie n'exécuterait pas elle-même ses propres obligations et où le contrat serait résilié à ses torts.**

*Pour approfondir :*

Dans cette affaire, deux sociétés ont conclu des contrats de location de matériel de vidéosurveillance et de prestation de maintenance à effet au 10 juin 2008 pour une durée de 60 mois (soit jusqu'en juin 2013).

La société locataire a notifié à la société loueur la résiliation anticipée des contrats de location aux torts exclusifs de cette dernière avec effet en février 2012 et a, en conséquence, cessé de payer les loyers à compter de cette date.

En réponse, la société loueur a assigné la société locataire aux fins de voir prononcer la résiliation des contrats à ses torts exclusifs et de la voir condamner à lui payer la somme de 4.162,08 € en application de la clause résolutoire prévue à l'article 10 des contrats. Cette somme correspond aux montants des loyers que le loueur aurait pu percevoir si le contrat avait été exécuté jusqu'à son terme contractuel.

Pour tenter de se dégager de ses obligations, la société locataire a soutenu que la clause résolutoire stipulée dans le contrat de location en son article 10 et l'indemnité y étant prévue, en cas de résiliation imputable au locataire, seraient de nature à créer un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, en défaveur de la société locataire.

La Cour d'appel rejette cette prétention et affirme que la clause susvisée n'est pas constitutive d'un déséquilibre significatif. Partant, ayant constaté que la résiliation doit être prononcée aux torts exclusifs de la société locataire, la Cour condamne cette dernière au paiement de la clause pénale stipulée dans la clause résolutoire.

La Cour d'appel conclut au défaut de caractère déséquilibré de la clause résolutoire, au terme du raisonnement suivant :

*« Considérant que [la société loueur] est, en application de l'article 10 des conditions générales des contrats, fondée à obtenir le paiement des loyers impayés ; que, contrairement à ce qu'affirme la société [locataire], la clause résolutoire de l'article 10 n'est pas de nature à créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce, en défaveur du locataire, dès lors que :*

- elle répond à la situation spécifique des manquements contractuels imputables au locataire puisqu'elle vise d'une part à contraindre ce dernier à l'exécution du contrat, d'autre part à réparer forfaitairement le préjudice effectivement subi par le bailleur en cas de résiliation de la convention ;

- ne concernant que ces manquements, elle n'a pas, par définition, vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où le loueur n'exécuterait pas lui-même ses propres obligations et où le contrat serait résilié à ses torts ; (...).

Cet arrêt a le mérite de réaffirmer que la clause pénale prévue dans une clause résolutoire n'a pas été réciproque pour être valable et ne saurait être constitutive d'un déséquilibre significatif du seul fait qu'elle n'est applicable qu'à l'une des parties en cas de manquements de sa part à ses obligations. Cela paraît logique ; par essence, la clause pénale permet aux parties de s'accorder, dès la conclusion du contrat, sur le fait que celui qui n'exécutera pas l'obligation principale pesant sur lui versera à l'autre une somme d'argent déterminée ou déterminable à l'avance. La Cour de cassation (**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 oct. 1995, n°93-16.869, Bull. civ., I, n° 347, et notre commentaire**) définit la clause pénale comme « la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ». La clause pénale implique un manquement du débiteur à son obligation et devra donc préciser les hypothèses dans lesquelles elle trouve à s'appliquer (v. notre article sur la clause pénale en cliquant [ici](#)). La clause pénale prévue en l'espèce ne prévoyait par avance que les dommages et intérêts dus par le locataire en cas d'inexécution par celui-ci de l'une de ses obligations contractuelles et non, à l'inverse l'indemnité qui serait due par le loueur en cas de manquement de sa part à l'une des obligations. Néanmoins, rien n'interdisait en soit aux parties de prévoir cette hypothèse ; elles ont fait le choix de ne pas insérer cette prévision. Il importe peu dès lors que la clause ne soit pas réciproque, le principe de la liberté contractuelle prévaut. Dans la lignée de cet arrêt et de la position des juridictions en faveur de la validité de la clause pénale, il convient de mentionner un arrêt rendu récemment par la Cour d'appel de Bordeaux dans lequel la cour n'a pas jugé « manifestement abusive » une clause prévoyant qu'en cas de violation par le franchisé d'une clause de non-concurrence post-contractuelle, une pénalité de 50.000 euros serait due au franchiseur :

*« La clause 15-4 du contrat était rédigée dans les termes suivants : toute rupture anticipée du présent contrat, imputable au franchisé, emportera obligation pour le franchisé de payer au franchiseur une somme correspondant à 50.000 euros au titre du préjudice subi par le franchiseur du fait de la rupture anticipée du présent contrat.*

Dès lors que cette clause est applicable et que l'appelante, qui ne s'explique pas sur ce point, ne donne aucun élément qui permettrait d'envisager son caractère manifestement abusif, il y a bien lieu à condamnation au paiement de la somme de 50.000 euros.

La clause de non concurrence était stipulée pour une durée d'un an à compter de la rupture du contrat et dans un rayon de 5 kilomètres autour du local exploité. Il a été rappelé ci-dessus que c'est dans les deux mois que la société Sigma a ouvert un établissement ayant le même objet dans le même local. La pénalité stipulée était là encore de 50.000 euros. L'appelante ne donne pas davantage d'éléments qui permettraient d'envisager son caractère manifestement abusif, il y a bien lieu à condamnation au paiement de la somme de 50.000 euros » (CA Bordeaux 10 mai 2017, RG n°15/05374).

Cette tendance des juridictions est compréhensible dès lors que le juge dispose d'un pouvoir modérateur lui permettant de réduire ou d'augmenter le montant de la clause pénale défini par le contrat lorsque ce montant est, au regard des circonstances de la cause, manifestement excessif ou dérisoire (v. par ex., CA Colmar, 13 août 2013, RG n°12/04063 : réduisant le montant de la clause pénale faute de préjudice effectif ; CA Colmar, 17 juin 2013, RG n°12/03155 et CA Paris, 27 juin 2012, RG n°11/01181 : réduisant le montant de la clause pénale en raison d'objectifs irréalisables).

Ceci précisé, il est cependant nécessaire d'apporter une réserve à la solution retenue dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 13 octobre 2017. En effet, cet arrêt concerne un contrat conclu antérieurement au 1<sup>er</sup> octobre 2016, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations et du nouvel article 1171 du Code civil, lequel institue la notion déséquilibre significatif dans le droit commun des contrats dans les termes suivants : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

Le texte étant encore très récent, aucune décision n'est encore à ce jour intervenue pour se prononcer sur l'interprétation à retenir de ce texte et de la notion qu'il comporte. Il conviendra donc de rester attentif aux décisions à intervenir afin de vérifier si la solution de cet arrêt est confirmée ou non.

**A rapprocher :** CA Bordeaux, 10 mai 2017, RG n°15/05374

#### Cession d'un réseau entre franchiseurs : validité et opposabilité aux franchisés

CA Montpellier, 5 septembre 2017, RG n°15/04903

Ce qu'il faut retenir :

**La société qui reprend la tête d'un réseau de franchise a valablement la qualité de franchiseur puisqu'elle a été créée à cette fin par les dirigeants de l'ancien franchiseur. Même sans les formalités de l'article 1690 du Code civil, la cession des contrats de franchise au nouveau franchiseur est opposable aux franchisés qui ont accepté cette cession et continué d'exécuter le contrat de franchise.**

Pour approfondir :

Une société qui exerçait une activité d'expertise et de création depuis 2003, a commencé à développer un réseau de franchise en 2006. En 2009, ses dirigeants (et associés) ont toutefois souhaité séparer leur activité d'expertise et de création de celle de franchiseur ; à cet effet, ils ont créé une nouvelle société pour gérer le réseau de franchise qui comprenait près d'une quinzaine de franchisés. En 2010, les contrats de franchise ont été **cédés** par l'ancienne société franchiseur à la nouvelle société créée pour cela et cette cession a été notifiée à tous les franchisés par LRAR. En 2011, l'un des franchisés du réseau a lui aussi souhaité se réorganiser : les associés de la société franchisée ont cédé leurs parts à une société tierce et les dirigeants de la société-mère sont également devenus les dirigeants de la société franchisée. Toutefois, le contrat de franchise en cause, signé en 2006, contenait plusieurs clauses affectées par ce changement structurel, dont une clause d'*intuitu personae* à l'égard du franchisé (ou plus exactement de la personne de la société franchisée, de ses associés et de ses dirigeants). Respectant les droits du franchiseur, l'acte de cession de parts de la société franchisée (qui évoquait l'existence du contrat de franchise et la nécessité d'obtenir l'agrément du franchiseur pour modifier les éléments sur lesquels portaient l'*intuitu personae*) contenait en annexe l'agrément – donné par l'ancien franchiseur et le nouveau franchiseur – à la cession de parts et au changement de dirigeants du franchisé.

Les difficultés sont apparues en 2012 lorsque le franchiseur a découvert que son franchisé semblait violer son obligation de non-concurrence et a résilié le contrat de franchise pour faute du franchisé avant de l'assigner. Pour se défendre, le franchisé a (notamment) soulevé deux arguments en lien avec la cession des contrats de franchise de l'ancien franchiseur au nouveau franchiseur : (i) l'absence de validité de la cession pour défaut d'expérience et de savoir-faire du nouveau franchiseur et (ii) l'inopposabilité de la cession pour non-respect des formalités de l'article 1690 du Code civil (signification au franchisé), et absence de date certaine faute d'enregistrement. La Cour d'appel de Montpellier a confirmé le jugement de première instance en rejetant ces deux arguments.

### **Sur la validité de la cession des contrats de franchise au nouveau franchiseur**

La Cour a considéré que la nouvelle société pouvait valablement être le nouveau franchiseur du réseau dès lors que :

- ses dirigeants et associés étaient les mêmes que ceux de l'ancienne société franchiseur ;
- ces dirigeants associés ont animé la nouvelle société franchisée dès son immatriculation et lui ont ainsi fait bénéficier du savoir-faire et de l'expérience de l'ancienne société franchiseur ;
- elle avait été constituée justement pour être le nouveau franchiseur et ainsi s'inscrire dans la volonté des dirigeants de scinder leurs activités ;
- elle avait le même siège social que l'ancien franchiseur ;
- elle a exercé son activité sous le nom commercial du réseau de franchise dès son immatriculation.

### **Sur l'opposabilité de la cession au franchisé**

La Cour a considéré que, en dépit du fait que la cession n'ait été ni enregistrée, ni signifiée au franchisé, elle était pour autant opposable au franchisé dès lors que :

- l'économie du contrat de franchise, la situation juridique et/ou économique du franchisé n'ont pas été modifiées ;
- le franchisé a poursuivi sa relation commerciale avec le successeur de l'ancien franchiseur ;
- la cession du contrat de franchise a été notifiée au franchisé par LRAR ;

- en annexant à la cession de parts sociales de la société franchisée, une attestation de la nouvelle société franchiseur agréant ladite cession de parts, le franchisé a accepté de façon certaine et non-équivoque la cession du contrat de franchise au nouveau franchiseur ;
- le franchisé a poursuivi l'exécution du contrat de franchise envers le nouveau franchiseur, notamment en lui réglant sa redevance ;
- le franchisé s'est adressé au nouveau franchiseur dans le cadre des relations commerciales liées à la franchise.

Certes, dans cette affaire, les moyens de défense du franchisé n'avaient que peu de chance d'aboutir au regard des faits de l'espèce et des nombreux éléments, qui, pris ensemble, viennent affaiblir la position du franchisé.

Toutefois, cet arrêt a tout de même le mérite de mettre en évidence les différents indices susceptibles d'être pris en compte par les juridictions pour considérer que la cession du contrat est valable et opposable au franchisé cédé.

Reste à savoir si certains de ces critères pris isolément seraient toujours suffisants pour permettre d'aboutir à la même conclusion.

### **A rapprocher : Article 1690 du Code civil**

## **DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION**

**Appréciation du déséquilibre significatif de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce**  
CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour d'appel de Paris reprend méthodiquement dans sa décision les conditions d'appréciation du déséquilibre significatif développées de façon continue depuis l'introduction de cette notion dans le Code de commerce.**

*Pour approfondir :*

La société Xerox, société spécialisée dans la fabrication et le commerce d'équipements de bureau, distribue ses produits et services au travers d'un réseau de concessionnaires Xerox qui achètent et revendent exclusivement ces produits.

Le contrat de concession Xerox prévoyait notamment que le concessionnaire concluait un contrat d'entretien directement avec le client-utilisateur et sous-traitait la maintenance à la société Xerox selon des contrats de sous-traitance de maintenance dits « PagePack » ou « eClick ».

Le contrat de maintenance Xerox, dans sa version en vigueur jusqu'en 2013, prévoyait en son article 12.1 que « lorsque l'Équipement est compatible avec les Outils de Relevé Compteur, le Revendeur doit s'assurer que l'Outil de Relevé Compteur prescrit par Xerox est installé et fonctionnel en permanence dans les locaux du client ». En janvier 2013, Xerox y ajoutait unilatéralement les termes suivants : « à défaut, Xerox pourrait facturer au Revendeur des frais dans les conditions spécifiées sur le Portail Partenaire ».

Ce dernier ajout a fait l'objet d'une contestation par les concessionnaires. Par jugement en date du 26 janvier 2015, le Tribunal de commerce de Paris a, notamment, donné droit à la prétention et « déclaré sans effet » la clause 12.1 des contrats de maintenance ayant été conclus avec les concessionnaires Xerox. La décision commentée ici fait suite à l'appel relevé par la société Xerox dudit jugement.

■ **A titre préalable, qualification de la clause litigieuse**

Préalablement à toute analyse du déséquilibre significatif causé par la clause litigieuse, l'arrêt rendu le 11 octobre 2017 apporte des précisions sur la qualification de « modification tarifaire ».

En effet, la clause 12.1 du contrat de maintenance Xerox ne peut être assimilée selon la Cour, à une modification tarifaire, mais doit s'entendre comme la *sanction* du concessionnaire pour une absence de connexion de ses équipements d'impression au logiciel de comptage.

Cette conclusion par la Cour d'appel est tirée de plusieurs éléments :

- la référence est faite à des « frais » et non à une base tarifaire ;
- contrairement au prix des prestations, ces frais ne sont pas calculés sur la base du volume de pages copiées et ne correspondent donc pas à l'exécution d'une prestation ;
- enfin, si l'augmentation des tarifs peut être reportée sur le client final, tel n'est pas le cas de l'application de ces frais, qui est imprévisible.

Ainsi, les dispositions de la clause 12.1 doivent être qualifiées de « sanction » et non de « modification tarifaire ».

Or si la modification unilatérale des prix par Xerox était autorisée contractuellement, l'imposition unilatérale d'une nouvelle sanction ne l'était pas et nécessitait donc l'accord des concessionnaires pour être ajoutée au contrat.

Par suite, la décision commentée ici est remarquable autant par la sanction que la Cour a retenue à l'encontre de l'article 12.1 des contrats de maintenance : la nullité (*pour une analyse de cette sanction, voir notre article dans la Lettre des Réseaux de septembre-octobre 2017*), que par l'application méthodique et didactique faite par la Cour des conditions d'appréciation du déséquilibre significatif, lesquelles sont développées en jurisprudence depuis l'insertion par la loi LME, il y a près de dix ans, à l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, d'un mécanisme visant à sanctionner les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels, partenaires commerciaux.

La Cour d'appel de Paris reprend ici, une par une, les conditions permettant d'apprécier le caractère déséquilibré d'une clause.

■ **L'existence d'un rapport de soumission**

La Cour d'appel de Paris apporte plusieurs précisions sur les modalités d'appréciation du rapport de force, et plus précisément, de l'existence ou non d'une soumission de l'une des parties. Elle tire l'existence de ce rapport de force, défavorable aux concessionnaires, de plusieurs facteurs.

D'abord, elle relève que la société Xerox a imposé à ses partenaires commerciaux des contrats d'adhésion qui, par définition sont caractérisés par l'absence de négociations entre les parties.

Cela ressort d'ailleurs de la définition des contrats d'adhésion, telle qu'inscrite désormais à l'article 1110 du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Or, si le contrat d'adhésion, en soi, n'implique pas le rapport de soumission, il peut en être un indice (CA Paris, 19 avril 2017, RG n°15/24221).

En l'espèce, la Cour constate que malgré le nombre de concessionnaires, ceux-ci n'ont pu, même unis, parvenir à négocier avec la société Xerox en amont de l'action judiciaire.

Toutes les tentatives des concessionnaires de négocier la clause litigieuse sont restées sans suite.

Ainsi, le premier élément nécessaire à l'application de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce est rempli : « *l'élément de soumission de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce est caractérisé* » (voir aussi Cass. com., 26 avr. 2017, n°15-27865).

Néanmoins, la Cour souligne que même dans ce cadre, « *il incombe (...) à la partie qui invoque l'existence d'un déséquilibre significatif de rapporter la preuve qu'elle a été soumise, du fait du rapport de force existant, à des obligations injustifiées et non réciproques* ».

■ **L'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties**

« *L'absence de réciprocité des droits et obligations ou la disproportion entre les obligations des parties doit également être établie par les concessionnaires* ».

La Cour analyse le déséquilibre entre droits et obligations des parties *in concreto*, selon les faits de l'espèce.

Ainsi, elle reprend les termes et les implications de la clause litigieuse pour chacune des parties.

Elle relève ainsi que ladite clause s'applique de façon systématique, sans possibilité effective de contrôle de la part des concessionnaires, pour toute défaillance de connexion, même dont le concessionnaire lui-même ne serait pas responsable.

Elle en déduit ainsi qu'« *en conséquence, cette clause crée des rapports disproportionnés entre les parties, étant sans compensation car la société Xerox ne supporte aucune contrepartie à cette obligation et aux frais correspondant imposés aux concessionnaires. Cette clause crée donc un déséquilibre en faveur des concessionnaires* ».

■ **Appréciation selon l'économie générale du contrat**

La Cour, enfin, ne conclut à l'existence du déséquilibre significatif que parce que la clause litigieuse n'est pas compensée par ailleurs, au regard de l'économie générale des contrats.

En effet, le déséquilibre doit être apprécié de façon globale (voir Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387, et **notre commentaire**), la charge de la preuve de l'équilibre général du contrat, qui permettrait de compenser le caractère déséquilibré de la clause litigieuse, pesant ici sur la société Xerox.

Reprenant les différentes conditions de l'application des dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, la Cour d'appel de Paris inscrit ici sa décision dans la continuité des décisions rendues sur ce même terrain en 2016-2017 (voir notre **Panorama de jurisprudence 2016-2017**) et retient la nullité de la clause litigieuse sur ce fondement.

**A rapprocher : « Déséquilibre significatif - Article 442-6, I, 2° du Code de commerce », - Panorama de jurisprudence 2016 - 2017 ; Tour d'horizon sur le déséquilibre significatif**

---

**Absence de nullité, résiliation aux torts du franchisé et violation de la clause de non-concurrence**  
CA Aix-en-Provence, 28 septembre 2017, n°15/03815

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le franchisé peut invoquer différents manquements commis par le franchiseur en vue d'obtenir la nullité du contrat ; il doit cependant pouvoir apporter la preuve de la tromperie dont il se prétend être victime, ce qui, en l'espèce n'a pas été le cas.**

**Les juges du fond ont ainsi rejeté la demande de nullité du contrat formée par le franchisé, constaté que la résiliation du contrat était intervenue aux torts exclusifs du franchisé, et condamné ce dernier pour violation de la clause de non-concurrence.**

*Pour approfondir :*

La société D. était à la tête d'un réseau de boulangeries exploité en franchise. Le 31 juillet 2007, elle signe un contrat de franchise avec la société C. pour une durée de neuf ans.

En 2013, le franchiseur assigne la société franchisée en vue d'obtenir la résiliation du contrat aux torts de cette dernière, et sa condamnation au paiement de dommages et intérêts. Le franchiseur est placé en procédure de liquidation judiciaire et le liquidateur intervient donc volontairement à la procédure.

En première instance, le tribunal de commerce constate la résiliation du contrat aux torts exclusifs de la société franchisée et la condamne au versement de dommages et intérêts (au titre de la résiliation anticipée du contrat, du trouble commercial, et de la violation de **la clause de non concurrence**).

La société C. interjette appel du jugement.

La société franchisée sollicite alors la nullité du contrat de franchise sur le fondement d'une prétendue défaillance du franchiseur dans son obligation précontractuelle d'information.

Les juges du fond considèrent cependant que tous les arguments invoqués à l'appui de cette demande sont mal-fondés et relèvent que :

(i) les éléments prévus aux articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce ont été mis à disposition du candidat dans le délai fixé par le texte ;

(ii) s'agissant du savoir-faire - que le franchisé considère comme n'ayant pas été préalablement éprouvé - il est relevé qu'un ensemble d'informations, de prestations, d'assistances techniques et commerciales, de produits issus d'une technologie innovante ont été fournis par le franchiseur, permettant ainsi à des personnes dépourvues de toute formation en matière de panification et de commercialisation du pain et des produits dérivés, de gérer et d'exploiter un fonds de commerce de boulangeries ;

(iii) s'agissant du fait que plusieurs sociétés franchisées aient été placées en procédure collective, rien ne permet de démontrer que cela s'expliquerait par un prétendu défaut de savoir-faire du franchiseur ;

(iv) s'agissant des informations financières communiquées par le franchiseur concernant les perspectives de développement, il est relevé que le franchiseur avait notamment précisé que les différentes hypothèses présentées n'avaient qu'une valeur indicative et ne garantissaient en rien les futurs résultats de l'exploitation du franchisé, et que les données concernant les différents investissements étaient des estimatifs, susceptibles d'être réajustés en fonction des besoins spécifiques ; le franchiseur précisait enfin au franchisé qu'il lui appartenait de faire contrôler par le cabinet ou le conseil de son choix les données prévisionnelles qu'il lui annonçait ;

(v) enfin, s'agissant de l'étude de marché, celle-ci avait été réalisée par le franchiseur sur la base des éléments dont il disposait, elle n'était donc que provisoire et indicative et le franchiseur demandait à ce titre notamment au franchisé de se renseigner.

A titre subsidiaire, la société franchisée sollicite la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchiseur.

Or, les juges du fond considèrent que l'appelante ne produit aucun élément de nature à justifier ses allégations.

Ces derniers relèvent que le franchisé avait en revanche cessé de s'approvisionner auprès du franchiseur et qu'il exploitait son point de vente sous une enseigne d'un réseau directement concurrent de celui du franchiseur, œuvrant sur le même secteur : le franchisé ne respectait donc pas ses obligations contractuelles. Le contrat de franchise contenait en effet une clause selon laquelle : « *pendant la durée du contrat, le franchisé s'interdit (lui-même, son dirigeant de droit ou de fait et/ou son conjoint) de créer, participer ou s'intéresser directement ou indirectement, par lui-même ou par personne interposée, sauf accord préalable et écrit du franchiseur, à l'exploitation de tout point de vente dont l'activité serait concurrente de celle faisant l'objet de ce contrat et/ou à toute entreprise ou société concurrente du franchiseur, notamment en s'affiliant à un autre réseau de franchise concurrent* ». Le franchisé a invoqué, en vain, la nullité de la clause de non-concurrence.

Les juges du fond ont en revanche considéré que la clause pénale telle que prévue au contrat en cas de violation de l'engagement de non-concurrence, d'un montant de 150.000 euros (correspondant à six ans et demi de redevances à payer par le franchisé), était manifestement excessive au regard des revenus financiers enregistrés par la société franchisée ; le montant de l'indemnité due au titre de la violation de la clause de non-concurrence a ainsi été fixé à 23.000 euros.

**A rapprocher :** TC Marseille, 3 mars 2015, RG n°2013F01562

## SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

**Résiliation judiciaire et obligation de continuer d'exercer ses fonctions pour le salarié**  
Cass. soc., 6 octobre 2017, n°16-11.682

*Ce qu'il faut retenir :*

**En cas de demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail par le salarié, ce dernier est tenu de travailler et de respecter ses obligations contractuelles à l'égard de son employeur en attendant la décision de la juridiction saisie.**

*Pour approfondir :*

Dans cette affaire, un salarié, qui avait été engagé le 3 novembre 2008 par la société Barclays Bank en qualité de fondé de pouvoir principal, directeur du Club Premier de Blois, avait saisi le Conseil de Prud'hommes, le 29 avril 2014, d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail et avait par la suite été licencié pour faute grave le 2 avril 2015.

En l'espèce, la Cour de cassation a validé la position des premiers juges et estimé ainsi que le licenciement pour faute grave du salarié était justifié, en relevant qu' « *aux termes de la lettre de licenciement, le salarié avait été licencié, non pour avoir saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, mais pour avoir manifesté, depuis cette saisine, un désinvestissement complet de ses fonctions, allant jusqu'à cesser toute activité*

*commerciale au cours du premier trimestre 2015, ainsi que pour non-respect des procédures internes, absence de suivi des formations internes obligatoires et comportement inacceptable à l'égard de ses collègues et de sa hiérarchie ».*

Un salarié peut donc parfaitement être licencié, notamment pour faute grave, quand bien même il aurait demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail, et ce, dans la mesure où il le licenciement est étranger à sa demande de résiliation judiciaire.

En effet, un licenciement fondé sur le fait que le salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail est nul.

Par ailleurs, cet arrêt vient souligner le fait que lorsqu'un salarié souhaite cesser immédiatement ses fonctions en raison des manquements de son employeur, il doit opter pour la prise d'acte, puisqu'en cas de demande de résiliation judiciaire il est tenu de continuer d'exercer ses fonctions en attendant la décision de la juridiction saisie.

Si la prise d'acte et la résiliation judiciaire sont très différentes quant à leurs modalités de mise en œuvre, leurs conséquences sont aussi bien différentes.

Ainsi, lorsque le Conseil de Prud'hommes est saisi d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail par le salarié, il peut :

- soit, si le manquement est suffisamment grave, faire droit à la demande de résiliation judiciaire, qui entraîne alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à l'égard du salarié et le versement des indemnités y afférentes ;
- soit, si le manquement n'est pas suffisamment grave, ne pas faire droit à la demande de résiliation judiciaire et les relations de travail se poursuivent alors entre l'employeur et le salarié.

Alors que la prise d'acte de son contrat de travail par le salarié produira :

- soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, lorsque les griefs exposés par le salarié sont suffisamment graves et avérés ;
- soit les effets d'une démission, lorsque les manquements reprochés par le salarié ne sont pas suffisamment graves ou pas avérés.

Dès lors que les conséquences sont différentes, le salarié devra être vigilant dans ses choix lorsqu'il souhaite rompre son contrat de travail, dans la mesure, notamment, où il reste tenu de travailler en attendant de connaître la décision judiciaire afférente à sa demande s'il opte pour la résiliation judiciaire.

L'employeur, quant à lui, devra être vigilant lorsque souhaite licencier un salarié qui a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Dans ce cas, il devra veiller à motiver son licenciement et, en tout état de cause, ne pas le fonder sur la demande de résiliation judiciaire du salarié, au risque d'encourir la nullité du licenciement.

**A rapprocher :** Articles 1224 à 1230 du Code civil ; **Cass. soc., 3 février 2006, n°14-18.600**

---

**Forfait jours et suivi effectif de la charge de travail :  
nouvelle illustration**

Cass. soc., 5 octobre 2017, n°16-23.106

*Ce qu'il faut retenir :*

**Dans la continuité de sa jurisprudence initiée en 2011, la Cour de cassation vient une nouvelle fois rappeler que faute de suivi effectif et régulier de l'amplitude et de la charge de travail, la convention de forfait en jours sur l'année est privée d'effet.**

*Pour approfondir :*

Dans cette affaire, plusieurs salariés ayant le statut de cadre avaient saisi la juridiction prud'homale afin de contester la licéité de leur convention individuelle de forfait jours insérée dans leur contrat de travail en application d'un accord collectif d'entreprise datant de janvier 2000.

Cet accord prévoyait, pour mesurer le temps de travail effectif et le dépassement du temps annuel, un système de gestion des temps dans lequel chaque salarié devait saisir son temps de travail, ce qui pourvoyait l'établissement d'un état récapitulatif du temps travaillé par personne chaque mois pour le mois M-2, remis à la hiérarchie. L'accord prévoyait également une présentation annuelle au comité de suivi de cet accord.

Enfin, l'accord précisait que le repos minimum entre deux journées de travail était de 11h consécutives et que les salariés bénéficiaient au minimum d'une journée de repos par semaine.

Les juges du fond avaient jugé que cet accord ne permettait pas un suivi effectif et régulier par la hiérarchie des états récapitulatifs qui lui étaient transmis, ce qui ne permettait pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable.

La Cour d'appel avait de ce fait retenu que ces dispositions n'étaient pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restaient raisonnables et n'assuraient pas une bonne répartition, dans le temps, du travail des intéressés.

Les conventions de forfait conclues en application de cet accord étaient donc illicites.

Les salariés ont par conséquent pu faire valoir leurs demandes de rappel de salaire pour heures supplémentaires.

La Cour de cassation a suivi le raisonnement des premiers juges et rejeté le pourvoi formé par l'employeur.

A titre de rappel, les dispositions légales relatives au forfait jours ont été modifiées par la loi Travail du 8 août 2016 pour précisément tenir compte de la jurisprudence développée sur cette question par la Cour de cassation.

Cette même loi Travail, a également introduit la possibilité pour l'employeur dont l'accord collectif ne répondrait pas aux exigences de la jurisprudence, reprises par la loi, de pallier à ces manquements, en prévoyant des mesures supplétives de contrôle et de suivi de la charge de travail.

Aussi, face à un accord tel que celui dont il est question dans cet arrêt, il est possible depuis l'entrée en vigueur de la loi Travail de prévoir des mécanismes de contrôle supplétifs, afin de s'assurer de l'opposabilité au salarié de la convention individuelle de forfait jours.

**A rapprocher :** Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-71.107

## IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

**Bail commercial (BEFA) : invalidité de la clause d'indexation et prescription**  
Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 14 septembre 2017, n°16-20.048

*Ce qu'il faut retenir :*

**La clause d'indexation d'un bail commercial est réputée non écrite en son entier lorsqu'elle entraîne une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée entre deux révisions. En outre, dans le bail commercial en l'état futur d'achèvement, le risque de distorsion est important en raison du décalage éventuel de la prise d'effet du bail et donc du loyer. Enfin, la prescription encadrant l'action est quinquennale.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, le 4 juillet 2002, le bailleur a donné à bail à un preneur un local à créer pour une durée de dix ans à compter de la date de sa livraison. Par avenant du 1<sup>er</sup> mars 2004, les parties sont convenues de reporter la date d'effet du bail au 3 mars 2004. Le preneur introduit alors une action pour invalider la clause d'indexation et demande le remboursement des sommes indûment perçues par le bailleur.

La clause d'indexation visée au bail disposait que la première révision interviendrait au 1<sup>er</sup> janvier suivant la date de livraison du local sur la base du dernier indice connu du coût de la construction au 4 juillet 2002, soit à la date de signature du bail (4<sup>ème</sup> trimestre 2001) et les suivantes, au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, sur la base de l'indice de comparaison pris en compte lors du précédent réajustement et l'indice du même trimestre de l'année précédant la date d'indexation.

La première période de variation des indices (4<sup>ème</sup> trimestre 2001 – 2<sup>ème</sup> trimestre 2004) avait été de vingt-sept mois alors que la durée entre le 3 mars 2004, date à laquelle le point de départ du bail avait été reporté, et le 1<sup>er</sup> janvier 2005, avait été de neuf mois et vingt-huit jours ; la Cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'article L.112-1 du Code monétaire et financier s'appliquait dès la première indexation et que la clause comportait en elle-même une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'étant écoulée entre deux révisions.

A défaut de divisibilité de la clause prévue par le texte précité et de convention entre les parties emportant une renonciation à agir, la clause a été déclarée non écrite en son entier.

Enfin, au visa de l'article 2224 du Code civil, la Cour de cassation considère que l'action introduite par le preneur le 20 décembre 2012, pour des paiements effectués entre le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et le 31 décembre 2008, est prescrite.

**A rapprocher : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 octobre 2013, n°12-21.014 et Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 décembre 2014, n°13-25.034** - La Cour de cassation rappelle la règle à suivre pour la rédaction des clauses d'indexation : il faut qu'il y ait une concordance entre la période de variation de l'indice et celle de variation du loyer. Elle invite les juges d'appel à rechercher si le mode de calcul choisi par les parties crée ou non une distorsion effective entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux révisions.

L'attention des rédacteurs doit particulièrement être attirée sur ce point lors de l'établissement des avenants au bail.

---

**L'article L.480-13 du Code de l'urbanisme dans sa nouvelle version est-il conforme à la Constitution ?**  
Cass., QPC, 12 septembre 2017, n°E 17-40.046

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour de Cassation vient de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité qui lui était soumise, et reposant sur la conformité des dispositions de l'article L.480-13, 1<sup>o</sup> du Code de l'urbanisme, introduit par la Loi Macron du 6 août 2015, aux droits et libertés garantis par les articles 4 et 16 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 4 de la Charte de l'environnement.**

*Pour approfondir :*

Deux associations ont obtenu, en 2010 et 2011, l'annulation d'un permis de construire délivré pour la construction d'une maison d'habitation.

Cette dernière ayant été édifée nonobstant le recours formé contre l'autorisation, elles saisissent le tribunal de grande instance une fois l'annulation prononcée, pour obtenir la démolition de la construction.

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon - Montpellier -  
Nantes - Paris - Pointe-à-Pitre - Poitiers - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -  
Emirats Arabes Unis - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou - RD Congo - Sénégal - Tunisie ■

En effet, l'article L.480-13 du Code de l'urbanisme disposait à l'époque que lorsqu'une construction a été édifiée conformément à un permis de construire, le propriétaire peut être condamné par un tribunal de l'ordre judiciaire à la démolir du fait de la méconnaissance des règles d'urbanisme si, préalablement, le permis a été annulé pour excès de pouvoir par la juridiction administrative.

Le propriétaire oppose cependant aux deux associations les nouvelles dispositions de l'article L.480-13 introduites par l'article 111 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron ». En effet, aux termes de ces nouvelles dispositions, que la Cour de cassation a jugé applicables même aux litiges en cours, la démolition n'est désormais encourue qu'à la double condition que le permis de construire ait été préalablement annulé pour excès de pouvoir par la juridiction administrative, d'une part, et que la construction soit située dans l'une des 14 zones limitativement énumérées par le texte, d'autre part. Les deux associations soutiennent que cette condition supplémentaire posée par le texte introduit une contrainte excessive qui prive de portée le droit de voir prononcée la démolition d'une construction dont l'autorisation de construire a été annulée, et soulèvent une question prioritaire de constitutionnalité.

La Cour de cassation vient de décider de transmettre cette question au Conseil constitutionnel. Elle considère en effet que la question posée présente un caractère sérieux en ce que, « *en interdisant, en dehors des zones limitativement énumérées, l'action en démolition d'une construction, réalisée conformément à un permis de construire annulé, à l'origine d'un dommage causé aux tiers, ou à l'environnement, par la violation de la règle d'urbanisme sanctionnée, ces dispositions sont susceptibles de porter une atteinte disproportionnée au droit à réparation des victimes d'actes fautifs et à leur droit à un recours juridictionnel effectif garantis par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et de méconnaître les obligations qui résultent de l'article 4 de la Charte de l'environnement* ». Alors même que les acteurs économiques et le législateur s'accordent à vouloir sécuriser les opérations de constructions, nul doute que ce nouvel épisode vient contrarier ce vœux vertueux, réintroduisant une incertitude quant au sort d'une construction dont le permis serait annulé, parfois de très nombreuses années après son achèvement.

**A rapprocher :** CA Chambéry, 8 septembre 2016, n°15/02156 - Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 mars 2017, n°16-11.081

## PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

**L'atteinte à la fonction essentielle de la marque condition de la contrefaçon**  
CA Paris, 3 octobre 2017, n°197/2017

*Ce qu'il faut retenir :*

**La caractérisation de la contrefaçon d'une marque nécessite d'établir, en premier lieu, que le prétendu contrefacteur fait un usage de la dénomination en tant que marque c'est-à-dire pour désigner des produits et services.**

*Pour approfondir :*

La caractérisation de la contrefaçon d'une marque nécessite d'établir, en premier lieu, que le prétendu contrefacteur fait un usage de la dénomination en tant que marque c'est-à-dire pour désigner des produits et services. La Cour d'appel de Paris a appliqué cette règle, désormais constante, dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 3 octobre 2017.

Le titulaire de la marque Fashion Jobs, qui édite un site internet dédié aux offres d'emploi dans le secteur de la mode, du luxe et de la beauté, reprochait à un concurrent de faire usage de ces termes tant sur son site internet que dans le texte des résultats d'une recherche Google. Il engagea une action en contrefaçon pour faire cesser ces usages qu'il estimait constitutifs de contrefaçon. En défense, la validité même de la marque était contestée : la société poursuivie arguait ainsi que la marque était générique et descriptive des services désignés en classe 35 (une seule classe était concernée par la demande de nullité).

Le caractère distinctif d'un signe comme condition de la validité de la marque est posé par l'article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Le caractère distinctif d'un signe s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés.*

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon - Montpellier - Nantes - Paris - Pointe-à-Pitre - Poitiers - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou - RD Congo - Sénégal - Tunisie ■

*Sont dépourvus de caractère distinctif : a) les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service (...)* ».

Le caractère distinctif d'un signe doit être apprécié en relation avec les produits et services désignés dans le dépôt de la marque ; en l'espèce, la Cour va retenir – à juste titre – que le signe Fashion Jobs qui sera traduit par « travail ou emploi dans le secteur de la mode » ne constitue pas la désignation usuelle des services visés par le dépôt en classe 35 (ici : publicité, gestion des affaires commerciales, administration commerciale, etc.) qui concernent globalement l'aide dans l'exploitation ou la direction d'une entreprise mais aucunement l'univers de la mode. Une occasion de rappeler que le caractère distinctif dépend du libellé des produits et services dans le dépôt de la marque : c'est au regard de ceux-ci que les juridictions apprécient si le signe constitue une dénomination générique, usuelle ou descriptive.

La Cour va ensuite examiner le grief de contrefaçon : rappelons qu'en vertu du principe de spécialité, la marque n'est protégée qu'en relation avec les produits et services désignés. Cela implique donc, dans le cadre d'une action en contrefaçon, d'établir que le signe est utilisé par un tiers en relation avec des produits/services identiques ou similaires à ceux désignés dans le dépôt de la marque. La marque objet de la demande visant tant des services de la classe 35 que de la classe 38, c'est pour chacun de ceux-ci que la demande va être examinée.

S'agissant des services de la classe 38 (lesquels portent notamment sur les télécommunications), la Cour va rejeter tout acte fautif : en effet, l'usage des termes litigieux n'était pas fait pour désigner des produits et services identiques ou similaires : le seul fait qu'elle utilise des services de télécommunications ou des supports informatiques n'est pas suffisant à caractériser cette identité ou similarité.

S'agissant des services de la classe 35, la Cour va adopter une position encore plus radicale et juger que la société poursuivie a fait usage des termes litigieux dans son annonce paraissant sur le moteur de recherche Google et sur son site internet non pas à titre de marque, mais à titre de désignation nécessaire, générique et usuelle des services offerts dans l'exercice de son activité (offre d'emploi dans le secteur de la mode) ce qui exclut donc toute contrefaçon.

Voici donc l'occasion d'un rappel : la contrefaçon de la marque suppose d'établir, en premier lieu, que l'usage porte atteinte à la fonction essentielle de la marque d'identifier l'origine des produits et services qu'elle désigne : cela implique de prouver que la dénomination est employée par un tiers en tant que marque, c'est-à-dire pour désigner l'origine de ses produits ou services et non à d'autres fins. Ici, tel ne pouvait être le cas puisque, de façon générique, il s'agissait de faire référence à des offres d'emploi dans le secteur de la mode, étant précisé que la société poursuivie avait précisément pour activité la fourniture d'offres d'emploi dans le secteur de la mode. Le caractère faiblement distinctif de la marque n'est pas étranger à cette solution : en effet, c'est bien parce que les termes composant la marque n'étaient pas totalement arbitraires, que le tiers a dû y recourir pour présenter ses propres activités.

**A rapprocher : article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle**

---

#### Les artistes et le droit des marques

CA Paris, 22 septembre 2017, n°16/11450

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le dépôt de marque effectué frauduleusement est sanctionné par le transfert de la marque litigieuse au tiers ainsi lésé ; l'artiste dont le nom a été déposé en tant que marque par un tiers peut recourir à ce fondement pour récupérer la marque indûment déposée.**

*Pour approfondir :*

Il est fréquent que les artistes, et les personnalités plus généralement, déposent leur nom à titre de marque dans la perspective des activités connexes qu'elles sont amenées à développer. Tel est précisément le cas d'un célèbre chanteur, musicien, auteur et producteur américain qui a déposé en 2011 ses prénom et nom comme marque française ainsi que son prénom comme marque communautaire ; il avait également réservé en 2003 un nom de domaine dont le radical était constitué de son prénom et son nom.

Une société française avait, de son côté, déposé en 2007 une marque composée dudit prénom, marque qu'elle a cédée en 2011 à son gérant.

Ladite marque désignait notamment les produits de la classe 25 (vêtements) et était exploitée dans le cadre de la commercialisation de vêtements.

En 2014, fort du succès rencontré dans le cadre de la vente des produits ainsi marqués, le titulaire de cette marque contacta l'artiste pour lui proposer de lui céder sa marque. En réponse, ce dernier sollicita le transfert à titre gratuit de la marque et l'engagement de ne plus utiliser ni le prénom en cause, ni le prénom et le nom associés.

N'ayant pu aboutir à un règlement amiable, l'artiste assigna donc la société et souleva la nullité de la marque et, à titre subsidiaire, le transfert pour dépôt frauduleux.

Nous ne reviendrons pas sur la demande en nullité qui s'appuyait sur des questions de forme liées au dépôt en lui-même, d'autant que la demande a été rejetée, pour nous arrêter sur la demande fondée sur la fraude.

L'artiste formulait en effet une demande de transfert de marque sur le fondement de l'**article L.712-6 du Code de la propriété intellectuelle** selon lequel : « *Si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice. A moins que le déposant ne soit de mauvaise foi, l'action en revendication se prescrit par cinq ans à compter de la publication de la demande d'enregistrement* ».

La fraude s'entend comme l'intention de nuire, ici l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité en effectuant un dépôt de marque. Une telle demande est enfermée dans un délai de prescription de 5 ans, sauf s'il est établi que le déposant est de mauvaise foi. En l'espèce, la Cour va retenir la mauvaise foi et la commission d'actes frauduleux établis par les pièces versées aux débats. Il était en effet justifié de la sortie d'albums de 2002 à 2007 par l'artiste sous son seul prénom, de classements dans les hit-parades établissant son succès et ce dès 2004, de l'obtention d'un prix en 2006, de l'association entre l'artiste et une célèbre marque d'articles sportifs pour une ligne de vêtements et chaussures en 2007, autant d'éléments établissant qu'en 2007 (date du dépôt de la marque litigieuse), le signe identifiait l'artiste américain auprès du public français.

Surtout, il ressortait des pièces que le titulaire de cette marque avait connaissance de ce fait puisque, lorsqu'il a pris attache avec l'artiste, il a lui-même mentionné avoir connaissance du fait que sa marque correspondait au prénom de l'artiste, et l'examen de ses réseaux sociaux révélait son intérêt pour l'artiste. Tous ces éléments établissaient, selon la Cour, qu'il entendait opposer sa marque à l'artiste et limiter ainsi l'exploitation par ce dernier de son prénom et/ou son patronyme. La fraude étant caractérisée, la Cour ordonne en conséquence le transfert de la marque litigieuse.

**A rapprocher : article L.712-6 du Code de la propriété intellectuelle**

## PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

### Déclaration de la créance inscrite sur l'immeuble saisi dans le délai légal

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 septembre 2017, n°16-17.010

*Ce qu'il faut retenir :*

**A peine de déchéance du bénéfice de sa sûreté pour la distribution du prix de vente de l'immeuble, tout créancier inscrit doit déclarer sa créance dans le délai de deux mois à compter de la dénonciation du commandement de payer valant saisie, peu important qu'elle ne soit pas exigible et que le décompte de sa créance ne soit pas actualisé au jour même de sa déclaration.**

*Pour approfondir :*

A peine de déchéance du bénéfice de leur sûreté pour la distribution du prix de vente de l'immeuble, les créanciers doivent déclarer dans le délai de deux mois à compter de la dénonciation du commandement de payer valant saisie, les créances inscrites sur le bien saisi en principal, frais et intérêts échus, avec indication du taux des intérêts moratoires, par acte d'avocat déposé au greffe du juge de l'exécution et accompagné d'une copie du titre de créance et du bordereau d'inscription.

La partie poursuivante notifiée, dans les deux mois suivant la publication du titre de vente, une demande de déclaration actualisée des créances aux créanciers inscrits ainsi que, si elle en a connaissance, aux créanciers énumérés à l'article 2375 du Code civil.

Telle est la règle rappelée aux termes de la présente décision en application des articles L. 331-2, R. 322-7, R. 322-12 et R. 332-2 du Code des procédures civiles d'exécution.

Dans cette affaire, Monsieur X ayant engagé des poursuites de saisie immobilière à l'encontre de Monsieur Y et de Madame Z, une banque a déclaré être titulaire d'une créance inscrite sur le bien immeuble saisi.

Lors de l'audience d'orientation, Monsieur Y et Madame Z ont contesté la validité de cette déclaration de créance.

La Cour d'appel a prononcé la nullité de la déclaration de créance de la banque, en retenant que celle-ci ne justifiait ni de l'exigibilité de sa créance ni d'un décompte actualisé au jour de la déclaration.

La Cour de cassation sanctionne la position retenue par la Cour d'appel, en rappelant qu'à peine de déchéance du bénéfice de sa sûreté, tout créancier inscrit doit déclarer sa créance dans le délai légal, peu important qu'elle ne soit pas exigible et que le décompte de sa créance ne soit pas actualisé au jour même de sa déclaration.

**A rapprocher : Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 17 février 2011, n° 10-15.100**

---

**Compétence du juge de l'exécution pour statuer sur la validité d'une transaction homologuée**  
Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 septembre 2017, n°16-19.184

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'homologation d'un accord transactionnel, qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire, ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution.**

*Pour approfondir :*

Par un jugement du 3 octobre 2008, l'ancien dirigeant de deux sociétés a été condamné par un tribunal de commerce à payer à une banque une certaine somme due en sa qualité de caution solidaire de deux engagements souscrits par lesdites sociétés. Le 23 février 2010, les parties ont conclu un accord transactionnel, lequel a été homologué par le Conseiller de la mise en état, l'affaire étant alors pendante devant la Cour d'appel.

L'accord n'ayant pas été respecté, la banque a fait délivrer au débiteur un commandement à fin de saisie-vente. Ce dernier a saisi un juge de l'exécution aux fins de voir prononcer la nullité et la rescision du protocole d'accord du 23 février 2010 et annuler le commandement à fin de saisie-vente.

La Cour d'appel a rejeté la demande tendant à voir constater la nullité de l'accord du 23 février 2010, ainsi que celles visant à faire constater l'absence de titre exécutoire, et la nullité du commandement, en retenant que l'ordonnance du conseiller de la mise en état était passée en force de chose jugée, ce qui avait pour effet d'interdire toute appréciation de la validité de la transaction par le juge de l'exécution. La caution a formé un pourvoi en cassation.

Au visa des articles L.213-6 du Code de l'organisation judiciaire et 480 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel.

La troisième chambre civile précise que l'homologation d'un accord transactionnel, qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire, ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution.

Il convient de rappeler les pouvoirs du juge de l'exécution en application de l'article L.213-6 du Code de l'organisation judiciaire.

En effet, le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Entre donc dans son champ de compétence la contestation relative à la validité d'une transaction homologuée, fondement de la mesure d'exécution forcée, l'homologation n'ayant pour seul effet que de lui conférer force exécutoire, sans faire obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution.

Cette décision est à mettre en parallèle avec la solution retenue en matière d'acte notarié, autre forme de titre exécutoire. En effet, la Cour de cassation retient que dès lors qu'une procédure d'exécution est en cours, la demande de nullité d'un acte notarié, de nature à faire perdre à cet acte son caractère de titre exécutoire, soulève une difficulté relative à un titre exécutoire justifiant qu'elle soit portée devant le juge de l'exécution.

En revanche, comme l'a encore récemment rappelé la deuxième chambre civile, le juge de l'exécution n'a pas le pouvoir d'annuler ou de réformer une décision de justice (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 septembre 2017, n°15-26.640).

**A rapprocher : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 avril 2015, n°14-13.261 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 28 septembre 2017, n°15-26.640**

## DROIT PENAL

**Le juge d'instruction ne peut recommencer un interrogatoire de première comparution irrégulier**  
Cass. crim., 19 septembre 2017, n°17-81.016

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le juge d'instruction ne peut pas recommencer un interrogatoire de première comparution qu'il estime entaché d'irrégularité sans excéder son pouvoir.**

**En agissant ainsi, ce dernier empiète sur les prérogatives de la chambre de l'instruction seule compétente pour apprécier la régularité de l'acte.**

*Pour approfondir :*

Une information judiciaire était ouverte et une personne était interpellée après la découverte de 900 pieds de cannabis.

L'intéressé était mis en examen des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants, production et fabrication illicites de stupéfiants et associations de malfaiteurs.

Lors de son interrogatoire de première comparution, ce dernier contestait les faits.

A la sortie de cet interrogatoire, le magistrat instructeur s'apercevait que le mis en examen n'avait pas été enregistré conformément aux dispositions de l'article 116-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale, lequel dispose qu'« *en matière criminelle, les interrogatoires des personnes mises en examen réalisés dans le cabinet du juge d'instruction, y compris l'interrogatoire de première comparution et les confrontations, font l'objet d'un enregistrement audiovisuel* ».

Le juge d'instruction procédait alors, 56 minutes plus tard, à un nouvel interrogatoire de première comparution auquel l'avocat de l'intéressé refusait d'assister. Ce second interrogatoire était ainsi filmé et le mis en examen ne faisait aucune déclaration.

L'intéressé formait une requête en annulation des actes de la procédure.

La chambre de l'instruction, pour rejeter cette demande en annulation des deux interrogatoires, énonçait que le second ne constituait pas une substitution du premier mais qu'il s'agissait uniquement d'exécuter une opération matérielle pour en assurer l'enregistrement.

La chambre de l'instruction relevait l'immédiateté et la continuité temporelle de la réalisation de ces deux opérations qui conféraient une indivisibilité à ces deux procès-verbaux successifs. Le mis en examen formait un pourvoi devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Dans son arrêt du 19 septembre 2017, la Cour de cassation, au visa des articles 116-1, 171, 172 et 206 du Code de procédure pénale, casse et annule l'arrêt de la chambre de l'instruction. En effet, selon la chambre criminelle, « *le juge d'instruction ne saurait, sans excès de pouvoir, recommencer un interrogatoire de première comparution qu'il estime entaché d'irrégularité ; qu'en procédant ainsi, il empiète sur les attributions de la chambre de l'instruction, seule compétente, pendant l'information judiciaire pour en apprécier la régularité, sous le contrôle de la Cour de cassation* ».

Cet arrêt intervient dans la continuité de la jurisprudence de la chambre criminelle au sujet des interrogatoires de première comparution non enregistrés.

En effet, selon la Cour de cassation, « l'omission de cette formalité, hors les cas où ce texte l'autorise, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée » et la nullité encourue « porte nécessairement sur l'intégralité de l'acte ». (Cass. crim., 3 mars 2010, n°09-87.924, Cass. crim., 21 mars 2017, n°16-84877).

**A rapprocher : Cass. crim., 3 mars 2010, n°09-87.924 ; Cass. crim., 21 mars 2017, n°16-84.877**

## DROIT FISCAL – TVA

### Les mesures phares du PLF pour 2018

Projet AN n°235 - Projet de loi de finances pour 2018

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le Projet de loi de finances pour 2018, déposé le 27 septembre 2017, est actuellement en discussion devant les députés de l'Assemblée nationale. Il modifie sensiblement les régimes fiscaux actuels en France, transposant la plupart des propositions du programme fiscal du Président Macron.**

*Pour approfondir :*

#### Fiscalité du patrimoine

**ISF** – Le Projet de loi de finances (ci-après « **PLF** ») prévoit le remplacement de l'ISF par un Impôt sur la fortune immobilière (IFI). Ce dernier ne serait assis que sur les actifs immobiliers du patrimoine, excluant de l'assiette les placements mobiliers. Le barème ainsi que les taux de l'ISF seraient repris tels quels par l'IFI.

**PFU** – Les revenus du capital seraient soumis à un « Prélèvement forfaitaire unique » (PFU), également dénommé « *Flat tax* ». Son taux serait de 30 % (prélèvements sociaux inclus). Toutefois, les contribuables pourraient opter pour l'imposition au barème de l'impôt sur le revenu. Il convient de préciser que cette option serait globale et irrévocable pour l'année de déclaration.

Autrement dit, le contribuable ne pourrait choisir quel revenu soumettre au PFU et quel revenu soumettre au barème.

**CSG** – Concernant les prélèvements sociaux, le PLF 2018 prévoit une hausse de la CSG de 1,7 %. Toutefois, l'augmentation concernerait la part de la CSG déductible de l'impôt sur le revenu.

**Taxe d'habitation** – La suppression sur 3 ans de la taxe d'habitation pour 80 % des Français (17 millions de foyers) a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale.

Ces derniers bénéficieraient d'un abattement de 30 % sur leur taxe d'habitation en 2018, puis de 65 % en 2019. La suppression sera totale pour 80 % des Français en 2020.

#### Fiscalité des entreprises

**IS** – Le PLF accentuerait la baisse du taux de l'impôt sur les sociétés. En effet, prévu pour être progressivement abaissé jusqu'en 2020 pour atteindre 28 %, le taux poursuivrait sa diminution pour atteindre un taux facial de 25 % à l'horizon 2022.

**Taxe de 3 %** – La taxe de 3 % sur les montants distribués sera supprimée.

Il faut noter que, suite à une décision récente du Conseil constitutionnel (2017-660 QPC, 6 octobre 2017), celle-ci n'est plus en vigueur depuis le 6 octobre 2017.

**CVAE** – Les règles de calcul du taux de CVAE seraient modifiées. En effet, suite à une décision du Conseil constitutionnel (2017-629 QPC, 19 mai 2017), les règles de calcul du taux de CVAE applicables aux sociétés intégrées seraient étendues à toutes les sociétés qui rempliraient les critères de l'intégration fiscale sans pour autant faire partie d'un groupe.

**Limitation des charges financières** – L'amendement Carrez, limitant la déductibilité des charges financières liées à l'acquisition de titres de participation, serait supprimé.

**CICE** – A titre de transition, avant sa suppression à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, le CICE serait réduit de 7 à 6 % au titre des rémunérations versées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

## INTERNATIONAL

### Réforme de la réforme du droit des contrats : quel impact dans les relations internationales ?

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le Sénat a adopté (en première lecture) le 17 octobre 2017 un projet de loi ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.**

**14 amendements ont été adoptés visant notamment à préciser :**

- la définition du contrat d'adhésion et le champ de la sanction des clauses abusives dans ces contrats,
- à mieux articuler les règles en matière de capacité et de représentation avec le droit des sociétés,
- à supprimer le pouvoir de révision du contrat par le juge en cas de changement imprévisible de circonstances,
- à préciser les critères autorisant le paiement en « devises » sur le territoire français, et
- à affirmer que la loi nouvelle ne doit pas s'appliquer aux contrats conclus antérieurement.

*Pour approfondir :*

Ce projet de loi vise à ratifier une ordonnance prise sur le fondement de l'article 8 de la **loi n°2015-177 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures**.

**L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016** a pour objet de rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations et de la preuve, afin que le Code civil puisse de nouveau refléter l'état réel du droit positif, qui a évolué depuis 1804 sous l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine, et ne correspond donc plus pour une large part aux règles écrites.

La présentation et la rédaction des dispositions du Code civil relatives aux contrats, au régime général des obligations et à la preuve sont également simplifiées et clarifiées pour une meilleure compréhension par le plus grand nombre, notamment par un effort de définition et de simplification du vocabulaire utilisé.

Cette ordonnance vise également à renforcer l'attractivité du droit français, en ce qu'elle s'inspire des projets européens d'harmonisation du droit et permet de rapprocher la législation française d'autres droits nationaux, par exemple en supprimant formellement la notion de cause, dont les fonctions sont désormais assurées par des dispositions expressément énoncées.

Elle cherche enfin à accroître l'efficacité économique de notre droit civil :

- en consacrant et en organisant certains mécanismes juridiques issus de la pratique, comme la cession de contrat ou la cession de dette,
- en simplifiant certains instruments juridiques devenus inutilement lourds, comme en matière de cessions de créance ou d'offres réelles, et
- en introduisant des solutions innovantes, telles que les actions interrogatoires qui permettent à une partie de mettre fin à une situation d'incertitude quant à la validité juridique d'un contrat déjà conclu ou en voie de conclusion, ou la possibilité en cas d'inexécution de son cocontractant de solliciter une réduction du prix.

Pour dissiper certaines inquiétudes, la commission des lois du Sénat a voulu lever plusieurs difficultés d'interprétation, sans modifier le texte, en précisant, au stade de la ratification de l'ordonnance, le sens qu'il convenait de donner à certaines dispositions. C'est ainsi que la commission des lois du Sénat a adopté le 17 octobre 2017 **14 amendements**.

S'agissant plus précisément des critères autorisant le paiement en devises sur le territoire français, la seconde phrase de l'article 1343-3 du Code civil (relatif à l'obligation de paiement de sommes d'argent) deviendrait, en vertu du projet de loi adopté le 17 octobre 2017 : « *Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger.* »

Pour mémoire, l'article 1343-3 du Code civil créé par **l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3** dispose que :

*« Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros.  
Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger. »*

Alors, ces modifications en matière de règlement en devise vs. monnaie sur le territoire français sont-elles :

- purement cosmétiques ou sont-elles des modifications de fond ?
  - o le FMI ne parle-t-il pas de « panier des devises » ? L'Autorité de Contrôle Prudenciel et de Résolution ne vise-t-elle pas les « devises » s'agissant d'opérations de change,
  - o à moins que le législateur n'ait déjà intégré dans sa réflexion les règlements en monnaies électroniques de type BITCOIN, ETHEREUM, MONERO et autres crypto-monnaies ;
- applicables rétroactivement au 1<sup>er</sup> octobre 2016 pour les nouveaux contrats conclus depuis cette date ?

L'Assemblée Nationale doit encore apporter sa touche à l'édifice législatif avant que nous ne soyons en mesure de mettre en œuvre la réforme de la réforme.

**A rapprocher :** <https://www.senat.fr/leg/tas17-005.html> ;  
<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/2016-131/jo/texte>

---