

SOMMAIRE

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES	
Preuve de la connaissance du tiers cocontractant du dépassement de l'objet social Cass. com., 19 septembre 2018, n°17-17.600	p. 2
Vérification de la déclaration de performance extra-financière Arrêté du 14 septembre 2018, JO 21 texte n°14	p. 2
ENTREPRISES EN DIFFICULTE	
Le formalisme de la revendication : pas de sanction sans texte ! Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-10.557	p. 3
Conditions de recevabilité de l'action en report de la date de cessation des paiements Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-14.579	p. 4
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX	
Caractère abusif d'une clause autorisant l'exigibilité anticipée des sommes prêtées Cass. civ. 1 ^{ère} , 10 octobre 2018, n°17-20.441	p. 4
La transaction ne règle pas tous les dommages futurs CA Paris, 10 octobre 2018, n°15/24033	p. 5
DISTRIBUTION - CONCURRENCE – CONSOMMATION	
Distribution des produits alimentaires : publication de la loi dite « EGALIM » Loi « pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable »	p. 6
L'Autorité de la Concurrence se prononce sur la restriction des ventes en ligne Autorité de la Concurrence, Décision n°18-D-23 du 24 octobre 2018	p. 9
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES	
Statut de cadre dirigeant et critères déterminants Cass. soc., 27 septembre 2018, n°17-12.575	p. 11
Précisions sur la promesse unilatérale de contrat Cass. soc., 26 septembre 2018, n°17-18.560	p. 13
IMMOBILIER - CONSTRUCTION – URBANISME	
Actifs immobiliers : les contours du droit de préemption du preneur titulaire d'un bail commercial Focus sur les enseignements tirés de la jurisprudence rendue depuis la loi Pinel	p. 13
Résiliation du marché de travaux aux torts réciproques des parties Cass. civ. 3 ^{ème} , 6 septembre 2018, n°17-22.026	p. 14
PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Phishing : le seul fait de répondre à un email d'hameçonnage constituerait-il une négligence grave ? Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-21.395	p. 15
Pas de marque sur l' « iMessage » CA Paris, 25 septembre 2018, n°17/19211	p. 16
PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION	
Fin de non-recevoir : autorité de la chose jugée et diligence des parties en temps utile Cass. civ. 2 ^{ème} , 19 septembre 2018, n°17-22.678	p. 18
Irrecevabilité de l'appel : requête autorisant à assigner à jour fixe non jointe à l'assignation Cass. civ. 2 ^{ème} , 27 septembre 2018, n°17-21.833	p. 19
DROIT PÉNAL	
L'impartialité du juge des libertés et de la détention Cass. crim., 25 septembre 2018, n°18-84.067	p. 19

**BORDEAUX - CAEN
CLERMONT-FERRAND
FORT-DE-FRANCE
GRENOBLE - LE HAVRE
LYON - MARSEILLE
MONTPELLIER - NANTES
PARIS - ROUEN
SAINT-ETIENNE
SAINT-DENIS (La Réunion)
STRASBOURG - TOULOUSE**

Réseau SIMON Avocats

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

Conventions transnationales

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

Preuve de la connaissance du tiers cocontractant du dépassement de l'objet social

Cass. com., 19 septembre 2018, n°17-17.600

Ce qu'il faut retenir :

La remise, au cocontractant, du procès-verbal d'assemblée générale autorisant le représentant légal à conclure un acte en dehors de l'objet social ne suffit pas à constituer la preuve de la connaissance du tiers du dépassement de l'objet.

Pour approfondir :

Le Code de commerce énonce le principe selon lequel, dans leurs rapports avec les tiers, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions sont engagées par les actes conclus par leur représentant légal, quand bien même ceux-ci dépasseraient l'objet social. Ces sociétés ne peuvent se dégager de leurs obligations issues de la conclusion de ces actes qu'en apportant la preuve que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou que, compte tenu des circonstances, il ne pouvait l'ignorer.

La Cour de cassation est venue apporter une précision pratique quant à la définition de cette preuve dans le cadre d'un acte de cautionnement.

Une société par actions simplifiée s'est portée caution (ci-après la « **Caution** »), envers l'administration fiscale, des dettes fiscales d'une autre société dirigée par le même président (ci-après la « **Société Cautionnée** »). Les dettes fiscales de la seconde n'étant pas remboursées, l'administration fiscale souhaite mettre en œuvre le cautionnement. La Caution tente alors de faire échec à la mise en œuvre du cautionnement, opposant à l'administration fiscale sa connaissance du procès-verbal de l'assemblée générale ayant préalablement autorisé le représentant légal de la Caution à conclure un tel acte.

L'argument de la Caution est toutefois écarté par la Cour de cassation. Le fait que l'administration fiscale ait exigé la remise du procès-verbal autorisant la Caution à conclure l'acte de cautionnement ne constitue pas une preuve de la connaissance du dépassement de l'objet social.

Cet arrêt, bien que s'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence retenant rarement la preuve de la connaissance par le tiers de la connaissance du dépassement de l'objet social, permet néanmoins de mieux appréhender les contours de cette preuve dans le cadre d'un acte de cautionnement.

A rapprocher : Pour les sociétés à responsabilité limitée : [article L.223-18 alinéa 5 du Code de commerce](#) ; Pour les sociétés anonymes : [L.225-56, I et L.225-64 alinéa 2 du Code de commerce](#) ; Pour les sociétés en commandite par actions : [L.226-7 alinéa 2 du Code de commerce](#) ; Pour les sociétés par actions simplifiée : [L.227-6 alinéa 2 du Code de commerce](#) ; Solution identique retenue dans le cadre d'un cautionnement consenti par une société anonyme et autorisé par le conseil d'administration : [Cass. com., 18 juin 1980, n°78-16.419](#)

Vérification de la déclaration de performance extra-financière

Arrêté du 14 septembre 2018, JO 21 texte n°14

Ce qu'il faut retenir :

Les sociétés les plus importantes, atteignant les seuils prévus par les dispositions de l'article R.225-104 du Code de commerce, doivent insérer une déclaration de performance extra-financière dans leur rapport de gestion, laquelle fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant. L'arrêté du 14 septembre 2018 vient modifier les modalités suivant lesquelles cet organisme tiers indépendant doit conduire sa mission.

Pour approfondir :

La transposition, en droit français, de la directive européenne du 22 octobre 2014 relative à la publication d'informations non financières, a donné lieu à l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 et au décret n°2017-1265 du 9 août 2017. Concrètement, les sociétés les plus importantes, atteignant les seuils prévus par les dispositions de l'article R.225-104 du Code de commerce, doivent, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} septembre 2017, présenter dans leur rapport de gestion une « *déclaration de performance extra-financière* » regroupant un certain nombre d'informations de nature sociale et environnementale.

■ Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon
Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

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

Cette déclaration fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, dont l'avis est ensuite communiqué aux actionnaires.

L'arrêté du 14 septembre 2018 vient modifier les modalités dans lesquelles ce tiers conduit sa mission, précédemment définies par un arrêté du 13 mai 2013. Ainsi, l'« attestation » qui devait initialement être rendue par cet organisme est désormais remplacée par un « avis motivé » sur la conformité de la déclaration et la sincérité des informations, dans lequel l'organisme tiers indépendant doit déclarer (A.225-3 du Code de commerce) :

- soit qu'il n'a pas relevé d'anomalie significative de nature à remettre en cause la conformité de la déclaration aux dispositions de l'article R.225-105 du Code de commerce et la sincérité des informations fournies ;
- soit que la conformité de la déclaration ou la sincérité des informations fournies appellent de sa part des réserves, décrites dans son rapport ;
- soit qu'il lui est impossible d'exprimer une conclusion sur la déclaration.

Les diligences mises en œuvre par l'organisme tiers indépendant et présentées dans son avis ont également fait l'objet de modifications (A.225-4 du Code de commerce) :

- le périmètre couvert par ses travaux doit être indiqué dans son avis, que la société établisse ou non des comptes consolidés ;
- les méthodes d'échantillonnage utilisées et les incertitudes associées à ces méthodes ne sont plus mentionnées dans son avis ; et
- pour les données chiffrées, les taux de couverture des informations testées doivent être mentionnés, contrairement à la méthodologie utilisée pour estimer la validité des calculs dont la référence a été supprimée.

Rappelons que la déclaration de performance extra-financière doit également être accessible sur le site internet de la société concernée dans un délai de 8 mois à compter de la clôture de l'exercice et pendant au minimum 5 ans (R.225-105-1 du Code de commerce).

A rapprocher : L.225-102-1 du Code de commerce ; R.225-104 du Code de commerce

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Le formalisme de la revendication : pas de sanction sans texte !

Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-10.557

Ce qu'il faut retenir :

L'absence de transmission au mandataire judiciaire, par le revendiquant, d'une copie de la lettre recommandée contenant la demande en revendication transmise à l'administrateur judiciaire n'emporte aucune conséquence juridique concernant l'opposabilité d'une telle demande. En effet, ce formalisme, imposé par les dispositions de l'article R.624-13 du Code de commerce, n'est sanctionné par aucun texte.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société S est placée en procédure de redressement judiciaire par décision du 22 octobre 2014 laquelle désigne un administrateur judiciaire et un mandataire judiciaire.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 27 octobre 2014, la société E, laquelle a donné en location des véhicules automobiles à la société S, met en demeure l'administrateur judiciaire de se prononcer sur la poursuite desdits contrats en cours. Aux termes de cette même correspondance, la société E précise qu'elle se réserve le droit de récupérer les véhicules en sa qualité de propriétaire.

Par correspondance du 4 novembre 2014, l'administrateur judiciaire indique à la société E qu'il entend poursuivre les contrats de location et ajoute qu'il reconnaît la propriété de la société E sur les véhicules loués.

Par la suite, la procédure de redressement judiciaire est convertie en liquidation judiciaire par décision du 21 janvier 2015. La société E décide alors de reprendre possession des véhicules loués.

Cependant, le **liquidateur judiciaire** s'oppose à cette reprise et assigne la société E en restitution desdits véhicules ainsi qu'en déclaration d'inopposabilité du droit de propriété de la société créancière à la procédure collective.

Le liquidateur considère notamment que la revendication de la société E n'est pas opposable à la procédure collective dans la mesure où la société aurait dû effectuer une demande en revendication distincte de la mise en demeure précitée. Il estime également que le revendiquant aurait dû lui transmettre une copie de cette demande, et ce en application des dispositions de l'article R.624-13 du Code de commerce.

Après une première décision d'instance, la Cour d'appel de Bordeaux déboute le liquidateur de ses demandes lequel décide alors de former un pourvoi devant la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Par arrêt rendu le 3 octobre 2018 et publié au bulletin, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi du liquidateur judiciaire.

En effet, la Cour estime d'abord que les juges du fond ont pu raisonnablement considérer, par une interprétation des termes de la mise en demeure, que celle-ci caractérisait une demande en revendication et que l'administrateur judiciaire, s'estimant saisi d'une telle demande, a pu valablement y acquiescer.

Ensuite, la Cour indique que si l'article R.624-13 du Code de commerce impose au revendiquant de transmettre au mandataire judiciaire une copie de la revendication adressée à l'administrateur judiciaire, en revanche, aucune disposition textuelle ne sanctionne la méconnaissance de ce texte.

Il en résulte que si la revendication répond à un formalisme strict, il n'en demeure pas moins que dès lors qu'il n'existe pas de texte réprimant une quelconque méconnaissance, cette dernière ne saurait être sanctionnée.

A rapprocher : Article R.624-13 du Code de commerce

Conditions de recevabilité de l'action en report de la date de cessation des paiements
Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-14.579

Ce qu'il faut retenir :

La recevabilité de l'action en report de la date de cessation des paiements n'est pas subordonnée à la vérification préalable des créances déclarées.

Pour approfondir :

A la suite de la mise en liquidation judiciaire d'une société, le liquidateur judiciaire assigne cette dernière devant le tribunal d'ouverture de la procédure collective aux fins de report de la date de cessation des paiements. Entre autres moyens, le débiteur soulève en défense l'absence de vérification des créances par le liquidateur judiciaire, condition selon lui de la recevabilité de ladite action en report de la date de cessation des paiements. L'argument du débiteur est audacieux. En effet, l'intérêt du report de la date de cessation des paiements est notamment d'ouvrir ou faciliter certaines actions en reconstitution de l'actif du débiteur, notamment l'action en nullité de la période suspecte ou la responsabilité pour insuffisance d'actif. L'argument n'était ainsi pas dénué de sens dans la mesure où sans vérification du passif, il ne peut véritablement être établi d'insuffisance d'actif, lesdites actions n'ayant ainsi pas de justification. La Cour de cassation ne rejoint pas l'avis du débiteur, et rejette ce moyen dans les termes suivants : « *Mais attendu, d'une part, que, la recevabilité de l'action en report de la date de cessation des paiements n'étant pas subordonnée à la vérification préalable des créances, la cour d'appel n'était pas tenue de répondre aux conclusions inopérantes invoquées par la première branche* ». La Haute Juridiction ne fait qu'une stricte application des textes applicables, qui ne prévoient pas comme condition de recevabilité de l'action en report de la date de cessation des paiements la vérification préalable des créances déclarées.

A rapprocher : Cass. com., 17 mai 2017, n°15-23.251

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Caractère abusif d'une clause autorisant l'exigibilité anticipée des sommes prêtées
Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 2018, n°17-20.441

Ce qu'il faut retenir :

Il incombe au juge de rechercher d'office le caractère abusif d'une clause autorisant la banque à exiger immédiatement la totalité des sommes dues en cas de déclaration inexacte de l'emprunteur.

Pour approfondir :

Une banque a consenti à Mme Z un prêt immobilier remboursable en 240 mensualités, garanti par une caution, pour financer la construction d'une maison d'habitation à usage de résidence principale.

Le contrat de prêt prévoyait que les fonds seraient débloqués en plusieurs fois, sur présentation de factures validées par l'emprunteur, indiquant la ou les prestations faites, au fur et à mesure de l'état d'avancement des travaux.

Une clause des conditions générales du contrat de prêt prévoyait qu'en cas de déclaration inexacte de la part de l'emprunteur, la banque pourrait réclamer immédiatement la totalité des sommes dues au titre du prêt.

Constatant l'insincérité des factures présentées par l'emprunteur, pour débloquent les fonds au fur et à mesure de l'avancement des travaux, la banque lui a notifié l'exigibilité anticipée de toutes les sommes dues au titre du prêt.

La caution, subrogée dans les droits de la banque, a assigné l'emprunteur en paiement.

La Cour d'appel condamne l'emprunteur à payer à la caution une certaine somme, jugeant que l'insincérité des factures présentées à la banque était de nature à constituer une déclaration inexacte et justifiait donc l'exigibilité anticipée des sommes prêtées (CA Papeete, 2 mars 2017).

La décision est censurée au visa de l'article L.132-1, devenu L.212-1, du Code de la consommation, au motif qu'il incombe au juge de rechercher d'office si la clause autorisant la banque à exiger immédiatement la totalité des sommes dues en cas de déclaration inexacte de la part de l'emprunteur a un caractère abusif, en ce qu'elle est de nature à laisser croire que l'établissement de crédit dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'importance de l'inexactitude et que l'emprunteur ne peut donc pas contester le bien-fondé de la déchéance du terme.

Cette solution est justifiée à double titre. D'une part, au regard du droit de la consommation, autorisant le juge à écarter d'office l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat, après avoir recueilli les observations des parties (article R.632-1 du Code de la consommation).

D'autre part, au regard du caractère potestatif de la clause dans la mesure où elle pourrait laisser croire que le créancier dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la sincérité des factures présentées par l'emprunteur, sans possibilité pour lui de contester devant le juge le bien-fondé de la déchéance du terme. L'affaire a donc été renvoyée devant la Cour d'appel de Papeete, autrement composée, pour qu'elle se prononce sur le caractère abusif ou non de la clause contestée.

A rapprocher : article L.212-1 du Code de la consommation

La transaction ne règle pas tous les dommages futurs
CA Paris, 10 octobre 2018, RG n°15/24033

Ce qu'il faut retenir :

Même si une transaction prévoit une renonciation aux dommages futurs, cette renonciation ne s'applique qu'au différend qui a donné lieu à la conclusion de la transaction. Les dommages postérieurs causés par un fait non-connu et non-anticipé au jour de la transaction ne sont donc pas concernés et peuvent donner lieu à poursuites judiciaires.

Pour approfondir :

Plusieurs sociétés ont connu des différends dans le cadre de l'exécution d'un contrat de conception, de réalisation et de mise en service d'une unité de traitement de déchets comprenant deux lignes d'incinération. En 2003, une fuite est intervenue sur la ligne d'incinération n°1. Un accord est intervenu en 2004 entre les sociétés.

Cet accord visait une renonciation à se plaindre de dommages futurs : « *exclusion de garantie pour d'autres dommages consécutifs directs et indirects* ». Toutefois, en 2005 et 2006, des fuites sont intervenues sur la ligne d'incinération n°2, entraînant l'arrêt de l'exploitation pendant plusieurs mois. C'est dans ce contexte que la société ayant subi les pertes d'exploitation a demandé la réparation de ses préjudices. Les parties aux litiges s'opposaient notamment sur l'objet de l'accord de 2004 : couvrirait-il ou non les fuites survenues en 2005 et 2006 ?

Autrement dit, les fuites de 2005 et 2006 constituaient-elles des dommages consécutifs directs ou indirects alors qu'elles étaient liées à l'autre ligne d'incinération ? Dans l'affirmative, cet accord – présentant les qualités d'une transaction – empêchait la société demanderesse d'agir en justice.

Pour la Cour, les termes de l'accord révèlent que les parties ont convenu de régler uniquement le litige né entre elles à raison de la survenance des fuites sur la ligne d'incinération n°1 puisque (i) seules ces fuites étaient connues à ce moment et que (ii) la société subissant alors un préjudice faisait valoir lors de l'accord de 2004 des pertes de production consécutives à ces fuites. La Cour semble donc considérer que ce sont ces pertes de production non-encore totalement déterminées qui avaient donné lieu aux termes « *autres dommages consécutifs directs et indirects* ». Par conséquent, la transaction ne fait pas obstacle à l'introduction de l'instance portant sur l'indemnisation des dommages causés par les fuites sur la ligne d'incinération n°2.

Si cette décision ne semble pas surprenante, cet arrêt a le mérite de rappeler aux rédacteurs des transactions qu'il faut porter un intérêt particulier à la façon dont est délimité l'objet de la transaction.

A rapprocher : Nouvel article 2049 du code civil

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Distribution des produits alimentaires : publication de la loi dite « EGALIM »

Loi « pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable »

Ce qu'il faut retenir :

La loi dite « EGALIM » pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous est désormais publiée.

Pour approfondir :

A la suite de sa validation partielle par le Conseil constitutionnel (décision n°2018-771 du 25 octobre 2018), la loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, dite loi « EGALIM » a été publiée le 1^{er} novembre dernier. Parmi ses dispositions définitives, figurent celles relatives à la distribution des produits alimentaires, qui influenceront sur les rapports entre fournisseurs et distributeurs. Malgré le souhait des sénateurs de préciser le contenu du texte, les dispositions finales de la loi sur ces aspects conservent l'esprit de la rédaction initiale du projet de loi soumis au Parlement.

En effet, la loi EGALIM se contente, sur plusieurs points structurants et susceptibles d'avoir des impacts majeurs dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs, de fixer des règles larges assimilables à de simples objectifs, et s'en rapporte à des ordonnances devant être prises par le Gouvernement pour la mise en œuvre des textes. Tel est notamment le cas des dispositions relatives au rehaussement du seuil de revente à perte, au plafonnement des promotions, ou encore à la refonte de diverses règles du code de commerce pour plus de clarté.

Parmi les dispositions de la loi, peuvent être signalées certaines strictement relatives aux rapports de distribution et aux promotions.

1. Les modifications relatives aux promotions

- Le plafonnement des promotions en valeur et en volume

Dans sa version définitive, la loi maintient le principe du plafonnement des promotions en valeur et en volume portant sur des denrées alimentaires (pour la consommation humaine ou pour les animaux de compagnie), en laissant le soin au Gouvernement de préciser par ordonnance les conditions de ce plafonnement.

Le texte finalement adopté couvre largement tous les types d'opérations promotionnelles destinées aux consommateurs, en précisant qu'il peut s'agir d'opérations financées par le distributeur ou par le fournisseur.

L'ordonnance qui fixera les conditions de cet encadrement devrait – même si cela reste à confirmer au vu du texte qui sera définitivement adopté – plafonner les promotions :

- en **valeur**, à hauteur de **34% du prix de vente consommateur** (ce qui permettra notamment de conserver les mécaniques de 2+1 gratuit) : pour évaluer le taux de réduction accordé au consommateur, seront alors pris en compte cumulativement tous les avantages accordés au consommateur ;
- en **volume**, à hauteur de **25% du chiffre d'affaires prévisionnel** qui devrait être réalisé entre le fournisseur et le distributeur pour l'année en cause (demeure une inconnue à ce jour sur l'assiette exacte de ce chiffre d'affaires : chiffre d'affaires total réalisé entre le fournisseur et le distributeur, chiffre d'affaires réalisé sur la référence de produit en cause, sur sa catégorie, par marque, etc. ? Ces éléments seront capitaux pour la définition de la stratégie promotionnelle 2019 et pour les années suivantes).

Ce double plafonnement sera mis en application pour une durée de deux ans. A l'issue de cette période, selon l'efficacité de la mesure, celle-ci pourrait être pérennisée par un nouveau texte.

- L'interdiction d'utiliser le terme « gratuit »

Pour les promotions relatives aux produits alimentaires, **l'utilisation du terme « gratuit » est désormais interdite**, l'article L.441-2 du code de commerce prohibant l'usage du mot « gratuit » *« comme outil marketing et promotionnel dans le cadre d'une relation commerciale »*.

L'article 16 de la loi EGALIM qui prévoit cette interdiction ne faisant l'objet d'aucun aménagement quant à sa date d'entrée en vigueur, l'interdiction est **d'application immédiate**, ce qui contraint les opérateurs à adapter rapidement leurs opérations promotionnelles et plus généralement leur communication produit. On notera cependant que, contrairement aux propositions initiales, le texte définitif circonscrit l'interdiction au seul terme « gratuit », laissant ainsi la possibilité aux opérateurs d'utiliser des termes alternatifs et, dès lors, de poursuivre des mécanismes de gratuité dans le cadre de la vente aux consommateurs (dans la limite du plafonnement des promotions en valeur prévu par la loi EGALIM, évoqué précédemment).

2. L'augmentation du seuil de revente à perte

L'article 15 de la loi EGALIM autorise le Gouvernement à rehausser le seuil de revente à perte de 10% pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie. Ainsi, le seuil de revente à perte serait affecté d'un coefficient de 1,1 pour ces produits. Sans exclure la possibilité d'une pérennisation ultérieure de la mesure, la loi prévoit pour l'instant une limitation de son application à 2 ans.

En tout état de cause, la mesure demeure soumise à l'interrogation plus générale relative à la conformité de l'interdiction *per se* de la revente à perte au regard du droit communautaire, qui pourrait d'autant plus être remise en cause par les distributeurs du fait du rehaussement du seuil impliqué par la réforme EGALIM.

3. Les clauses de renégociation de prix

Les clauses de renégociation des prix obligatoires en application de l'article L.441-8 du code de commerce sont également modifiées par la loi EGALIM. On le sait, l'une des premières difficultés pour les opérateurs était l'identification des produits entrant dans le champ de cet article, pour lesquels ils étaient tenus d'insérer dans leurs contrats une clause de renégociation de prix, la liste des produits étant déterminés par le biais de renvois multiples d'articles du code de commerce, qui ne facilitaient pas la lisibilité et donc l'application du texte. Désormais, en application de l'article 9 de la loi EGALIM, la liste des produits agricoles et alimentaires sera fixée par décret, ce qui devrait renvoyer à un texte unique définissant les types de produits justifiant l'insertion de la clause de renégociation de prix.

Outre le prix des matières premières agricoles et alimentaires, seront désormais prises en compte parmi les causes de fluctuations les hausses des produits agricoles et alimentaires (et non plus seulement des matières premières), ainsi que celles des coûts de l'énergie.

La clause de renégociation de prix définira les conditions et les seuils de déclenchement de la renégociation de prix, prenant en compte des indicateurs déterminés (soit ceux mentionnés à l'article L.631-24 du code rural et de la pêche maritime, soit des indicateurs constatés sur le marché en cause).

Le délai maximum de renégociation est divisé par deux, passant de deux mois à un mois. Au-delà de ce délai d'un mois, si la négociation n'a pas abouti à un accord entre le fournisseur et le distributeur sur le prix du (ou des) produit(s) concerné(s), les parties seront tenues de recourir à une médiation menée par le médiateur des relations commerciales agricoles, sauf si les parties ont prévu le recours à un arbitrage.

4. La possibilité octroyée au Gouvernement de réformer par ordonnance les articles relatifs notamment aux conditions générales de vente, aux conventions entre fournisseurs et distributeurs, à la facturation et aux pratiques restrictives de concurrence

L'article 17 de la loi EGALIM autorise le Gouvernement à procéder par ordonnances, dans un délai de 6 mois (soit jusqu'au 1^{er} mai 2019), à la modification du Titre IV du Livre IV du code de commerce, notamment pour :

- clarifier les dispositions du code (renvois, etc.) ;
- clarifier les **règles de facturation**, en les harmonisant avec les dispositions du code général des impôts, et modifier en conséquence les sanctions relatives aux manquements à ces règles : cette disposition est attendue de longue date par les praticiens, les divergences entre le texte du code général des impôts et le code de commerce rendant difficile la conformité des factures aux dispositions légales, outre qu'elles complexifient la compréhension de leurs obligations en la matière par les entreprises ;
- préciser les dispositions relatives aux **conditions générales de vente**, en imposant notamment la formalisation par écrit, par le distributeur, des motifs de son refus d'acceptation de celles-ci (et de mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix, avec les dispositions du code rural et de la pêche maritime) ;
- simplifier et préciser les dispositions relatives aux **conventions fournisseurs-distributeurs** et fournisseurs-grossistes (visées aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce), et notamment :
 - pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de service ainsi qu'entre les fournisseurs et les grossistes, le régime des avenants à ces conventions,

- pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel ;
- simplifier et préciser les définitions des **pratiques restrictives** (L. 442-6 du code de commerce), en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles ;
- modifier les dispositions de l'article L. 442-9 du code de commerce pour élargir l'**interdiction de céder à un prix abusivement bas** aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, tout en supprimant l'exigence tenant à l'existence d'une situation de crise conjoncturelle, et préciser notamment les modalités de prise en compte d'indicateurs de coûts de production en agriculture.

5. Un encadrement plus strict des regroupements à l'achat dans le commerce de détail

La loi EGALIM renforce la procédure de notification préalable des regroupements à l'achat dans le commerce de détail (qui vise notamment les rapprochements des centrales d'achats et de référencement de la grande distribution alimentaire), à double titre :

- d'une part, en **doubleant le délai de notification préalable**, qui passe de 2 à 4 mois de tout regroupement à l'achat entrant dans le champ de l'article L.462-10 du code de commerce ;
- d'autre part, en prévoyant la réalisation d'un **bilan concurrentiel** de ces rapprochements. Ce bilan est effectué par l'Autorité de la concurrence, cependant cette dernière peut demander aux parties à l'accord de lui transmettre un rapport présentant l'effet de l'accord de regroupement à l'achat sur la concurrence.

6. Les précisions à venir par voie d'ordonnances

La mise en œuvre précise de plusieurs des textes de la loi EGALIM sera effectuée par les ordonnances prises par le Gouvernement, qui devraient paraître dans les prochaines semaines, et qui fourniront aux acteurs du marché des détails sur l'application pratique des règles prévues par la loi.

Le Gouvernement dispose :

- d'un délai de **4 mois** à compter de la publication de la loi (c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} mars 2019) pour la mise en œuvre des dispositions relatives au seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions ;
- d'un délai de **6 mois** (c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} mai 2019) pour celles relatives à la modification du titre IV du livre IV du code de commerce (règles de facturation, conditions générales de vente, etc.).

Il est cependant probable – et souhaitable – que les ordonnances paraissent plus tôt, au regard de l'avancement de la rédaction des textes et de la nécessité pour les acteurs d'être fixés rapidement pour mener les négociations annuelles qui ont débuté pour plusieurs d'entre eux, notamment s'agissant des plans d'actions promotionnelles de l'année à venir.

Parmi les informations attendues par le secteur de la distribution pour mener les négociations 2019, figurent les précisions relatives aux éléments suivants :

- les seuils arrêtés pour l'encadrement des promotions (seuil de volume et seuil de valeur) ;
- les assiettes des seuils d'encadrement des promotions (volume global / à la référence / à la catégorie, etc.) ;
- les produits qui bénéficieront d'une dérogation à ces seuils ;
- les sanctions administratives applicables ;
- les modifications apportées aux règles de facturation et à leurs sanctions ;
- les conditions générales de vente ;
- les conventions récapitulatives annuelles, biennales ou triennales entre fournisseurs et distributeurs ou grossistes (notamment concernant leur date de signature, les avenants, le chiffre d'affaires prévisionnel, etc.) ;
- les évolutions des règles applicables aux pratiques restrictives de concurrence et notamment celles relatives à la rupture brutale des relations commerciales ;
- l'interdiction de cession des produits agricoles et denrées alimentaires à un prix abusivement bas (article L.442-9 du code de commerce).

A rapprocher : Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous

L'Autorité de la Concurrence se prononce sur la restriction des ventes en ligne

Autorité de la Concurrence, Décision n°18-D-23 du 24 octobre 2018

Ce qu'il faut retenir :

L'Autorité de la Concurrence se prononce pour la première fois, depuis l'arrêt Coty de la CJUE, sur les restrictions à la vente en ligne dans un réseau de distribution sélective. Elle inflige une amende de 7 millions d'euros à un fournisseur de matériels de motoculture qui a *de facto* interdit la vente de ses produits à partir des sites Internet de ses distributeurs agréés. Elle autorise, en revanche, l'interdiction faite à ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur des plateformes en ligne tierces telles que Amazon ou eBay.

Pour approfondir :

Par une décision du 24 octobre 2018, l'Autorité de la Concurrence sanctionne les sociétés A. S. et S. Holding pour avoir mis en œuvre dans le cadre de leur réseau de distribution sélective de matériel de motoculture une entente illicite, contraire aux articles L. 420-1 du Code de commerce et au paragraphe premier de l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.), consistant à interdire *de facto* la vente des produits S. et V. à partir des sites Internet de ses distributeurs agréés. Les produits concernés relèvent de l'activité de motoculture.

Cette appellation recouvre deux catégories de produits : d'une part, les machines à moteur de grande taille destinées au travail de la terre et à l'agriculture intensive (comme les tracteurs, moissonneuses-batteuses) et d'autre part, les machines à moteur de plus petite taille utilisées par des particuliers ou des professionnels pour l'entretien d'espaces verts ou les travaux forestiers (comme les tronçonneuses, débroussailleuses, élagueuses, sécateurs à batterie, taille-haies, souffleurs et tondeuses à gazon, ainsi que les accessoires et équipements de protection liés à l'utilisation de ces produits). La procédure concernait uniquement les produits appartenant à cette seconde catégorie. L'instruction menée a conduit à la notification de deux griefs aux sociétés précitées :

- l'un portant sur l'interdiction de la vente des produits S. et V. à partir des sites Internet des distributeurs agréés (1),

■ Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon
Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

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

- l'autre portant sur l'interdiction de la vente de ces mêmes produits sur les plateformes en ligne tierces (2).

A titre liminaire, l'Autorité n'a pas remis en cause la possibilité de recourir à la distribution sélective pour la vente des produits en cause, qui revêtent un certain degré de technicité et de dangerosité. Leur commercialisation requiert, de ce fait, la mise en place de services d'assistance et de conseil afin d'en préserver la qualité, d'en assurer le bon usage et de garantir la sécurité des utilisateurs.

1) Concernant l'interdiction de la vente des produits S. et V. à partir des sites Internet des distributeurs :

L'Autorité a estimé qu'en exigeant une « mise en main » entre l'acheteur en ligne et le distributeur agréé à l'origine de la vente, impliquant un retrait du produit dans le magasin du revendeur ou une livraison par ce dernier en personne au domicile de l'acheteur, la société S. a *de facto* interdit la vente de ses produits à partir des sites Internet de ses distributeurs. Elle a considéré que cette interdiction, ni exigée par la réglementation relative à la commercialisation des produits concernés (et notamment la directive machines du 17 mai 2006, transposée en droit national par le décret n° 2008-1156 du 7 novembre 2008 relatif aux équipements de travail et aux équipements de protection individuelle), ni appliquée par ses concurrents ou par nombre de grandes surfaces de bricolage, allait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver la qualité des produits et la sécurité des utilisateurs et constituait, par conséquent, une restriction de concurrence. L'Autorité a, par ailleurs, considéré qu'une telle restriction, qui réduisait la possibilité pour les distributeurs agréés de vendre des produits aux clients situés hors de leur zone de chalandise physique et limitait le choix des clients désireux d'acheter sans se déplacer, revêtait un degré particulier de nocivité pour la concurrence et constituait, par conséquent, une restriction anticoncurrentielle par objet.

Enfin, l'Autorité a considéré que cette interdiction :

- d'une part, ne pouvait bénéficier du règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 applicable aux restrictions verticales, dans la mesure où elle s'apparentait à une restriction caractérisée des ventes passives au sens de l'article 4, c) du règlement n° 330/2010.

L'Autorité fait ainsi application de l'arrêt Pierre Fabre de la CJUE qui avait jugé qu'« une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par Internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective » de sorte qu'une telle clause doit être considérée comme une restriction caractérisée excluant le bénéfice de l'exemption catégorielle prévue par le règlement n° 330/2010 précité (CJUE, 13 octobre 2011, Aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique),

- d'autre part, ne remplissait pas les conditions cumulatives requises par l'article 101, paragraphe 3 du TFUE (et l'article L. 420-4 du Code de commerce) pour l'octroi d'une exemption individuelle, en considérant que si la délivrance d'un conseil lors de l'achat pourrait constituer un gain d'efficacité qualitatif au sens de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, celui-ci n'est pas absolument nécessaire et donc insuffisant pour justifier une restriction de concurrence aussi importante. L'Autorité considère, en effet, que « le revendeur peut, certes, effectuer une démonstration du fonctionnement de la machine et donner des consignes de sécurité et d'utilisation. Toutefois, ces consignes sont les mêmes que celles qui figurent dans la notice d'instructions qui accompagne nécessairement la machine. En conséquence, le seul avantage présenté par l'obligation posée par S. est l'assurance que l'acheteur entendra les consignes de sécurité ».

L'Autorité a donc sanctionné cette pratique en infligeant une amende de 7 millions d'euros à la société S.

Elle a également enjoint à la société S. de modifier, dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la décision, ses contrats de distribution sélective, afin de stipuler, en termes clairs, que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective avaient la possibilité de procéder à la vente en ligne de tous les produits S. et V., sans exiger de ceux-ci une « mise en main » auprès de l'acheteur, laquelle impliquerait un retrait du produit au magasin du distributeur, auprès duquel il a été acquis, ou la livraison par ce distributeur en personne ou l'un de ses employés au domicile de l'acheteur.

2) Concernant l'interdiction de la vente de ces mêmes produits sur les plateformes en ligne tierces :

L'Autorité a estimé qu'il n'y avait pas lieu de donner suite au grief notifié à ce titre. Elle a, en effet, considéré que cette pratique permet à la société S., qui n'a aucun lien contractuel avec ces plateformes, de s'assurer, de manière à la fois appropriée, légitime et proportionnée, que ses produits sont vendus dans des conditions qui préservent son image de marque et garantissent la sécurité du consommateur. L'Autorité fait ainsi application de l'arrêt Coty de la CJUE qui s'était prononcée, pour la première fois, sur l'interdiction de revente sur des places de marché en ligne en considérant que l'article 101, paragraphe 1 du TFUE ne s'oppose pas à une clause contractuelle qui interdit aux distributeurs agréés d'un système de distribution sélective de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits contractuels, dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi (CJUE, 1^{ère} ch., 6 décembre 2017, Aff. C-230/16, Coty Germany).

La Cour d'Appel de Paris a, en outre, pris soin de rappeler récemment, dans un arrêt du 13 juillet 2018, que « *comme l'a indiqué la DG Concurrence de la Commission européenne dans son commentaire de l'arrêt Coty, il n'y a pas lieu d'exclure que l'interdiction de vente via des plateformes dans les accords de distribution sélective puisse être conforme à l'article 101, §1, du TFUE pour d'autres catégories de produits que celle des produits de luxe* » (CA Paris, 13 juillet 2018, n° 17/20787). En l'occurrence, l'Autorité valide cette interdiction de revente via des plateformes en ligne tierces pour des matériels de motoculture, qui revêtent un certain degré de technicité et de dangerosité, justifiant que le fournisseur mette en place un réseau de distribution lui permettant de sélectionner des distributeurs aptes à garantir un bon fonctionnement de ces machines, ainsi qu'à transmettre les informations et conseils utiles à leur utilisation dans des conditions optimales de sécurité, et de s'assurer que la commercialisation en ligne a bien été réalisée par l'un d'entre eux. L'Autorité considère que « *dans ces conditions, l'interdiction de vente sur les plateformes contribue à préserver la sécurité du consommateur et à garantir l'image de marque et la qualité des produits concernés* ».

L'Autorité rappelle enfin que « *le fournisseur, n'étant contractuellement lié qu'au distributeur, ne peut exiger des plateformes, tierces au contrat de distribution sélective, d'en respecter les dispositions* ».

A rapprocher : CJUE, 13 octobre 2011, Aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ; CJUE, 1^{ère} ch., 6 décembre 2017, Aff. C-230/16, Coty Germany ; CA PARIS, 13 juillet 2018, n° 17/20787 ; Voir aussi l'article « **Sanction de la violation par une plate-forme internet d'une interdiction de revente hors réseau** », Lettre des Réseaux Juillet-Août 2018

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Statut de cadre dirigeant et critères déterminants

Cass. soc., 27 septembre 2018, n°17-12.575

Ce qu'il faut retenir :

Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle les critères déterminant le statut de cadre dirigeant, lequel échappe aux règles relatives à la durée du travail.

Pour approfondir :

Dans les faits ayant donné lieu à **cet arrêt**, un salarié avait été engagé le 1^{er} juin 2014 en qualité de Directeur commercial monde et avait été licencié le 4 décembre 2014. Le salarié avait ensuite contesté son licenciement et sollicitait notamment le paiement d'heures supplémentaires. Selon l'article L.3111-2 du Code du travail, sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, les cadres remplissant les critères suivants :

- auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps ;
- qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome ;
- qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.

■ Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon

Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

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

Aux termes d'un arrêt en date du 8 décembre 2016, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait débouté le salarié de ses demandes de paiement de rappels de salaire à titre d'heures supplémentaires, de repos compensateurs, de dommages et intérêts au titre du non-respect de la durée légale du travail ainsi que d'indemnité pour travail dissimulé estimant que celui-ci appartenait bien à la catégorie des cadres dirigeants.

Confirmant l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le salarié en relevant que « *Mais attendu qu'ayant constaté qu'en tant que directeur commercial monde relevant de la catégorie cadre de direction, le salarié avait en charge la responsabilité, sous la seule autorité du président du directoire, de la politique commerciale globale de l'entreprise, bénéficiait d'une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés du système de rémunération de l'entreprise, d'une indépendance comme d'une autonomie organisationnelle certaines, en raison notamment des déplacements qu'il était amené à faire, qu'il avait sous sa responsabilité une centaine de salariés et disposait d'une large délégation de signature, sans mention d'une quelconque limitation financière, que ses responsabilités en matière d'élaboration et de mise en œuvre de la politique commerciale de l'entreprise étaient réelles et effectives, faisant ainsi ressortir qu'il participait à la direction de l'entreprise, la Cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer des recherches que ses constatations rendaient inutiles, a légalement justifié* ».

A rapprocher : Article L.3111-2 du Code du travail

Précisions sur la promesse unilatérale de contrat
Cass. soc., 26 septembre 2018, n°17-18.560

Ce qu'il faut retenir :

Une proposition d'embauche faite à un salarié peut engager l'employeur et valoir contrat de travail. Il faut néanmoins pour cela que les parties aient arrêté tous les éléments du contrat, de sorte qu'il ne manque plus que le consentement du salarié pour que le contrat soit formé. En effet, si un point doit encore faire l'objet de pourparlers, il ne s'agit alors que d'une offre de contrat pouvant donner lieu à rétractation.

Pour approfondir :

Avant les arrêts rendus le 21 septembre 2017, la jurisprudence distinguait la simple offre d'emploi et la promesse unilatérale d'embauche.

La simple offre d'emploi ne liait pas les parties.

Elle pouvait être caractérisée par une lettre de proposition qui ne contenait ni l'emploi, ni la rémunération, ni le temps de travail.

La promesse unilatérale d'embauche était quant à elle assimilée à un contrat de travail dès son émission, dès lors que la proposition écrite était suffisamment précise.

Tenant compte des évolutions du droit des obligations, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence depuis les arrêts du 21 septembre 2017, en considérant que la promesse d'embauche ne valait plus contrat de travail.

Désormais, la Haute Cour distingue l'offre de contrat et la promesse unilatérale de contrat de travail. L'offre de contrat est l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Cette offre peut être rétractée librement tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

En outre, tant que les éléments essentiels du contrat ne sont pas précisés et tant que l'employeur n'a pas exprimé sa volonté d'être lié en cas d'acceptation du salarié, il n'y a pas d'offre d'emploi mais simplement une invitation à entrer en négociation.

La promesse unilatérale de contrat de travail quant à elle constitue déjà un contrat, qui comporte tous les éléments essentiels (l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction) et pour lequel il ne manque que le consentement du salarié.

L'émission de la promesse engage l'employeur car le contrat a été formé dès celle-ci.

Par conséquent, une rétractation ultérieure sera considérée comme abusive. Concrètement, dans le cas d'une offre de contrat, l'employeur peut revenir sur son offre tant que le candidat n'a pas donné son accord.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une promesse unilatérale de contrat, c'est-à-dire que le contrat a été entièrement finalisé et qu'il ne manque plus que le consentement du futur salarié, l'employeur ne peut plus se rétracter car la promesse vaut contrat de travail.

La distinction entre l'offre et la promesse unilatérale n'est toutefois pas aisée.

C'est pourquoi l'arrêt du 26 septembre dernier est intéressant, dans la mesure où il permet de venir préciser la notion de promesse unilatérale de contrat.

Dans cette affaire, une société avait adressé le 14 mars 2014 une proposition d'embauche à un candidat mentionnant la date d'entrée en fonction, l'emploi et la rémunération annuelle brute.

A cette proposition était joints une fiche « nouveau salarié » et un document intitulé « projet de contrat en CDI » à retourner avant le 28 mars 2014.

Le 28 avril 2014, la Société écrivait au candidat pour l'informer qu'elle ne souhaitait pas donner suite à sa candidature.

Considérant que la proposition valait contrat de travail, le candidat avait saisi la juridiction prud'homale. Il avait obtenu gain de cause en première instance et devant la Cour d'appel.

Les juges du fond avaient retenu que les conditions essentielles relatives à l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction étaient définies, que l'offre était précise et complète, caractérisant ainsi une promesse d'embauche créatrice de droits.

La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement et a cassé l'arrêt de la Cour d'appel. En effet, après avoir rappelé que dans le cas d'une promesse unilatérale de contrat de travail, il ne manquait que le consentement du salarié pour que le contrat soit définitivement formé, elle a précisé que dans le cas d'espèce, les pourparlers sur la détermination de la partie variable de la rémunération s'étaient poursuivis au-delà de l'envoi des documents.

Dans ces conditions, les termes du contrat n'étaient pas totalement finalisés et il ne pouvait donc s'agir d'une promesse unilatérale de contrat de travail.

A rapprocher : Cass. soc., 21 septembre 2017, n°16-20.103 et n°16-20.104

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Actifs immobiliers : les contours du droit de préemption du preneur titulaire d'un bail commercial
Focus sur les enseignements tirés de la jurisprudence rendue depuis la loi Pinel

Ce qu'il faut retenir :

Le droit de préférence du preneur instauré par la loi Pinel étant d'ordre public, les professionnels de l'immobilier et les rédacteurs ont grand intérêt à pouvoir appréhender les contours de celui-ci, toute vente conclue en violation du droit de préemption encourageant la nullité.

Pour approfondir :

Depuis la loi n°2014-626 « Pinel » du 18 juin 2014, le preneur d'un local à usage commercial ou artisanal dispose, en vertu de l'article L.145-46-1 du Code de commerce, du droit de se porter acquéreur, par préférence, dudit local, lorsque son propriétaire envisage de le vendre.

Ces dispositions ont, dès leur adoption, fait l'objet de nombreuses critiques à raison de la difficulté pour appréhender leur champ d'application au regard des exceptions également prévues, et pour cause : « *Le présent article n'est pas applicable en cas de cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial, de cession unique de locaux commerciaux distincts ou de cession d'un local commercial au copropriétaire d'un ensemble commercial. Il n'est pas non plus applicable à la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ou à la cession d'un local au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint* ».

Les rédacteurs de baux ont parfois été tentés de faire renoncer les preneurs à tout droit de préemption afin d'éviter la difficulté. Toutefois, ces renonciations sont désormais inopérantes puisque la Cour de cassation a souhaité récemment préciser que ce droit, institué pour protéger le locataire commercial, était d'ordre public, ce alors même que l'article L.145-46-1 du Code de commerce n'est pas visé dans la liste donnée par l'article L.145-15 des dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger (**Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-14.605**).

■ Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon
Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

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

L'intérêt de connaître les contours du droit de préférence ressurgit dès lors de plus fort. Nous présentons ci-après les cas dans lesquels la jurisprudence a pu affirmer que le droit de preneur peut être valablement exclu. Une première exclusion est relative à l'opération dans laquelle s'inscrit la vente, exclusion visée directement par le texte en son alinéa 6 : la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ne permet pas au preneur de ces derniers de se prévaloir du droit (**Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-16.113**). Dans une réponse du 14 août 2018, le Ministre de la cohésion des territoires a précisé que le droit de préférence n'avait pas vocation à s'appliquer lorsque l'immeuble vendu ne comprend qu'un seul et unique local commercial (**Rép. min. n°5054 : JOAN Q 14 août 2018**). Nous observons qu'une seconde exclusion peut être déduite de la destination des locaux : seuls ceux ayant un usage commercial ou artisanal sont concernés de sorte que les locaux à usage de bureaux, à usage industriel, les entrepôts ou les terrains nus par exemple seraient exclus du dispositif (CA Aix-en-Provence, 30 janvier 2018, n°16/19016) de sorte qu'une grande partie des preneurs ne bénéficieraient du droit.

Une troisième exclusion concerne les ventes qui ne résultent pas de la volonté du propriétaire. Seule la vente de locaux dont le prix a été déterminé par le propriétaire envisageant cette vente étant soumise au droit de préférence du preneur. La jurisprudence a été riche d'enseignement à ce titre :

- le droit de préférence du preneur est exclu en cas de liquidation amiable de la bailleuse (CA Aix-en-Provence, 14 fév. 2017, n°15/13116) ;
- la jurisprudence a confirmé son exclusion en cas de vente judiciaire des locaux (**Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-16.113**).

On pourrait alors en déduire que les cessions suivantes sont également exclues : vente par adjudication, cessions réalisées dans le cadre de procédures collectives, vente par l'administration des domaines dans le cadre de successions vacantes. La sanction prévue par le texte étant sévère, à savoir la nullité de la vente, il est recommandé aux rédacteurs de baux de s'en tenir à la lettre de l'article L.145-46-1 et de purger le droit de préemption en cas de doute.

A rapprocher : Le droit de préférence du locataire est d'ordre public ; l'offre de vente au locataire ne peut inclure des honoraires de négociation

Résiliation du marché de travaux aux torts réciproques des parties

Cass. civ. 3^{ème}, 6 septembre 2018, n°17-22.026

Ce qu'il faut retenir :

La résiliation du marché de travaux peut être prononcée aux torts réciproques des parties, dès lors que ni le maître d'ouvrage ni le constructeur ne souhaitent en poursuivre l'exécution.

Pour approfondir :

La résolution d'un engagement a pour effet de mettre un terme au lien contractuel existant entre les parties, étant cependant précisé qu'une telle rupture est qualifiée de résiliation lorsqu'elle ne produit ses effets que pour l'avenir. Régie par les articles 1224 et suivants du Code civil (qui remplacent – depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – les dispositions des articles 1184 et suivants anciens du Code civil), la résiliation du contrat peut résulter, suite à un défaut d'exécution de ses obligations par l'une ou les parties, soit de la volonté commune des cocontractants, soit seulement du souhait de l'un d'entre eux. Il est ainsi prévu, conformément aux dispositions de l'article 1228 du Code civil que : « *le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution, ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages-intérêts* ». Au titre de son pouvoir d'appréciation, le juge peut, en fonction notamment des fautes commises durant l'exécution du contrat, prononcer la résiliation :

- soit aux torts exclusifs de l'une des parties,
- soit aux torts partagés.

C'est ainsi que par un arrêt du **6 septembre 2018**, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la décision rendue, le 23 mai 2017, par la Cour d'appel de Grenoble en retenant : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les parties n'avaient ni l'une, ni l'autre, voulu sérieusement poursuivre l'exécution du contrat après le dépôt du rapport d'expertise, la Cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a pu prononcer la résiliation du marché de travaux aux torts réciproques des parties, a légalement justifié sa décision* ».

■ Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon
Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

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

En l'espèce, des particuliers ont confié à une entreprise de travaux la construction d'une maison individuelle sous leur maîtrise d'ouvrage. Au cours de la phase d'exécution du marché, les **maîtres d'ouvrage** ont constaté que leur ouvrage était affecté de diverses malfaçons, de sorte qu'ils n'ont pas réglé le solde du contrat.

Le chantier ayant été arrêté, l'entreprise a assigné les maîtres d'ouvrage en paiement du solde de son marché. Les maîtres d'ouvrage répliquent à cette demande en paiement en sollicitant à titre reconventionnel que l'entreprise soit tenue d'avoir à les indemniser suite à l'arrêt du chantier et qu'une expertise soit ordonnée pour constater les malfaçons réalisées sur l'ouvrage en cours de construction.

Après le dépôt du rapport d'expertise, aucune issue n'a été trouvée entre les parties. Les maîtres d'ouvrage refusaient de payer le solde des travaux, tandis que l'entreprise ne souhaitait pas exécuter les travaux demandés par ces derniers. C'est dans ces conditions que l'entreprise a saisi le juge afin que le contrat soit résilié aux torts exclusifs du maître de l'ouvrage. Toutefois, les juges de la Cour d'appel ont refusé de prononcer la résiliation du contrat aux torts exclusifs des maîtres d'ouvrage compte tenu des nombreuses malfaçons affectant l'immeuble réalisé. La Cour a considéré que « *la résiliation du contrat ne peut être prononcée aux torts exclusifs d'une partie que si cette dernière a gravement manqué à ses obligations contractuelles, en l'absence de toute faute de son cocontractant ; qu'à défaut pour la partie demanderesse d'établir un tel comportement de la partie défenderesse, la résiliation peut néanmoins être prononcée aux torts réciproques lorsqu'il est constaté que ni l'une, ni l'autre des parties n'ont voulu sérieusement poursuivre l'exécution du contrat* ». La résiliation a donc été prononcée aux torts réciproques des parties et les maîtres d'ouvrage ont été condamnés à verser à l'entreprise la somme de 14,83 € pour solde tout compte. Ces derniers ont formé un pourvoi en reprochant à la Cour d'appel de Grenoble, au visa de l'article 1184 ancien du Code civil, d'avoir prononcé la résiliation aux torts réciproques des parties et d'avoir refusé leur demande d'indemnisation sans rechercher la part de responsabilité qui incombait selon eux à chacune des parties. Les maîtres d'ouvrage estimaient que la Cour d'appel n'avait pas pris en compte les conséquences dommageables pour chacune des parties qui résultaient de l'interruption du chantier. Si tel avait été le cas, elle aurait, selon eux, dû prononcer la résiliation aux torts exclusifs du constructeur.

Cependant, ce n'est pas l'appréciation de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi et qui approuve la Cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation du marché aux torts réciproques de chacune des parties. Comme cela a été relevé par les juges du fond, il est manifeste que ni les maîtres d'ouvrage ni l'entreprise de travaux n'entendaient sérieusement poursuivre l'exécution du marché de travaux après le dépôt du rapport d'expertise. Cette conséquence était alors suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts partagés. La Cour de cassation a validé le principe de cette résiliation, sans examiner les fautes qui étaient reprochées respectivement à chacune des parties durant la phase d'exécution. L'interruption des relations contractuelles résulte de la volonté commune des parties de ne pas poursuivre l'exécution du marché de travaux. Cette décision a permis de mettre en exergue le pouvoir d'appréciation dont le Juge dispose lorsqu'il est saisi d'une demande de résiliation d'un contrat.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 18 février 2016, n°14-29.835 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 février 1977, n°75-14.289

PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

Phishing : le seul fait de répondre à un email d'hameçonnage constituerait-il une négligence grave ?

Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-21.395

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation, dans cet arrêt du 3 octobre 2018, a censuré les juges du fond qui s'étaient contentés de constater l'absence de négligence grave d'un client pour condamner la Banque à lui rembourser les sommes indument prélevées sur son compte. En effet, il ressortait des éléments versés aux débats, que le client lui-même avait reconnu, à l'occasion d'un courrier adressé à la Banque, avoir répondu à un email de type hameçonnage. La Cour a considéré qu'il appartenait aux juges du fond, compte tenu de l'existence d'un tel mail, de rechercher si dans les circonstances de l'espèce, le comportement du client de la Banque n'était pas constitutif d'une négligence grave.

Elle a jugé au visa des articles L.133-16 et L.133-19 du Code monétaire et financier : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, au regard des circonstances de l'espèce, si le fait, qu'elle avait constaté, que M. X avait répondu à un courriel d'hameçonnage ne résultait pas d'un manquement de celui-ci, par négligence grave, à ses obligations mentionnées au premier des textes susvisés, la juridiction de proximité a privé sa décision de base légale.* »

Pour approfondir :

Selon **l'arrêt en date du 3 octobre 2018**, et poursuivant son œuvre de définition des contours de la négligence grave de la victime d'hameçonnage la privant de solliciter le remboursement des sommes indument prélevées sur son compte, la Cour de cassation a annulé le jugement de la juridiction de proximité de Béthune qui avait condamné l'établissement bancaire à rembourser le client victime. Son préjudice matériel s'élevait alors à la somme de 1 568,56 € en principal, correspondant au montant des paiements frauduleux non autorisés.

La Cour de cassation a ainsi annulé la décision du juge du fond, au motif que ce dernier n'avait pas recherché si le comportement du client ne pouvait recevoir la qualification de négligence grave au sens de l'article L.133-19 du Code monétaire financier qui dispose :

« IV. – Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L.133-16 et L.133-17 [du Code monétaire et financier] ». »

Les articles L.133-16 et L.133-17 précités imposent, en effet, à l'utilisateur de services de paiement une obligation de moyens, à notre sens désormais renforcée, d'assurer la sécurité des données liées à l'instrument de paiement mis à sa disposition.

Dans les faits, le titulaire d'un compte dans les livres d'une banque, constatant l'existence de prélèvements frauduleux sur son compte, a assigné l'établissement bancaire afin d'être remboursé des sommes indument débitées. Le premier juge a écarté la négligence grave telle que soulevée par la banque afin d'échapper à son obligation de règlement, fondant son argumentation sur la combinaison des articles L.133-16 et L.133-19 du Code monétaire et financier.

L'établissement bancaire, pour sa part, avait en effet, fait état de l'existence d'une correspondance émanant de la victime elle-même, à la faveur de laquelle elle reconnaissait expressément avoir répondu à un mail de phishing.

La juridiction de proximité a écarté tout manquement commis par le client, après avoir soulevé un moyen d'office (selon lequel « *le numéro de téléphone de M. X étant celui d'une ligne fixe, il ne pouvait recevoir le code de validation permettant de terminer l'achat sur internet* ») sans l'avoir au préalable soumis à la discussion contradictoire des parties.

La Cour de cassation a donc annulé le jugement, au motif qu'il appartenait à la juridiction de proximité de rechercher l'éventuel manquement, par négligence grave, de l'utilisateur de moyens de paiement compte tenu de l'existence établie d'un mail de phishing. La Cour de cassation continue de façonner une jurisprudence sévère envers les clients des banques, en matière de phishing, et impose désormais aux juges du fond de procéder systématiquement à un examen minutieux des faits, face à une escroquerie menée sur internet par l'envoi de mails frauduleux, permettant de caractériser ou non la négligence grave de l'internaute.

Rappelons, par ailleurs, qu'il appartient à la banque de rapporter par tous moyens la preuve de la négligence fautive de l'utilisateur, qui pourrait malheureusement être constituée par le simple fait établi de répondre à un mail de type phishing. Encore et à nouveau, nous ne pouvons qu'inviter les titulaires de compte en banque à redoubler de vigilance.

A rapprocher : Art. L.133-16 du Code monétaire et financier ; Art. L.133-19 du Code monétaire et financier ; Cass. com., 18 janv. 2017, n°15-18.466 ; Cass. com., 25 oct. 2017, n°16-11.644 ; Cass. com., 28 mars 2018, n°16-20.018

Pas de marque sur l'« iMessage »
CA Paris, 25 septembre 2018, RG n°17/19211

Ce qu'il faut retenir :

L'obtention d'un droit à titre de marque implique que le signe présente un caractère distinctif, qualité refusée à la dénomination « iMessage ».

Pour approfondir :

Le caractère **distinctif** d'un signe est une condition de sa protection à titre de marque, le signe doit être apte à remplir la fonction de la marque d'identifier l'origine des produits et services qu'il désigne. L'article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que sont dépourvus de caractère distinctif les signes qui sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service, ceux pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service, le texte réservant la possibilité d'acquiescer ce caractère par l'usage. C'est précisément en raison de l'absence de caractère distinctif que le signe « iMessage » pour désigner les produits et services suivants : « logiciels (programmes enregistrés) ; diffusion de matériel publicitaire (tracts, prospectus, imprimés, échantillons) ; Télécommunications ; informations en matière de télécommunications ; communications par terminaux d'ordinateurs ou par réseau de fibres optiques ; communications radiophoniques ou téléphoniques ; services de radiotéléphonie mobile ; services d'affichage électronique (télécommunications) ; agences de presse ou d'informations (nouvelles) ; émissions radiophoniques ; services de téléconférences ; services de messagerie électronique ; location de temps d'accès à des réseaux informatiques mondiaux ; Evaluations, estimations et recherches dans les domaines scientifique et technologiques rendues par des ingénieurs ; conception et développement de logiciels ; recherche et développement de nouveaux produits pour des tiers ; études de projets techniques ; élaboration (conception), installation, maintenance, mise à jour ou location de logiciels ; programmation pour ordinateur ; services scientifiques et technologiques ainsi que services de recherches et de conception y relatifs ; services d'analyses et de recherches industrielles », a été refusé à l'enregistrement. Le directeur général de l'INPI avait estimé que le signe « phonétiquement identique à l'expression « e-message », sera compris par le consommateur pertinent comme désignant un message électronique, plus précisément l'objet ou la qualité des produits et services désignés et par là-même leur caractéristique, que le signe déposé ne permet pas de distinguer les produits et services du déposant de ceux d'une autre entreprise et ne remplit donc pas la fonction essentielle de la marque qui est de garantir l'identité d'origine du produit ou du service et qu'il est dépourvu de caractère distinctif ».

En conséquence, la demande d'enregistrement de la marque avait été rejetée.

La société APPLE a donc formé un recours devant la Cour d'appel (compétente pour statuer sur les recours formés contre les décisions du directeur de l'INPI), à l'appui duquel elle formulait deux arguments :

- tout d'abord, elle avançait que le signe « iMessage » a un caractère intrinsèquement distinctif, faisant partie d'une famille de marques à préfixe « I » déposées et exploitées de manière intensive et jouissant d'une renommée pour les produits et services en cause et étant reconnu par le public pertinent comme faisant partie de cette famille de marques à préfixe « I » et comme identifiant des produits et des services multimédias informatiques et électroniques émanant d'APPLE ;
- ensuite, la société APPLE prétendait que le signe a acquis un caractère distinctif par l'usage, en raison de la publicité qui lui a été donnée juste avant et juste après le dépôt, ainsi que de l'intensité de l'usage qui en a été fait très rapidement après ce dépôt.

Par cet arrêt, la Cour approuve l'INPI qui a estimé que le signe sera ainsi aisément compris par le consommateur pertinent, soit le consommateur moyen de la catégorie des produits en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, comme désignant un message transmis par voie électronique, c'est à dire un message envoyé au moyen de réseaux informatiques et notamment d'Internet, et que, de ce fait, le signe ne permet pas de distinguer les produits et les services proposés par la déposante en relation avec l'informatique et les télécommunications de ceux d'autres entreprises, au sens de l'article L.711-1 du Code de la propriété intellectuelle.

En outre, le signe « iMessage » peut servir à désigner une caractéristique d'une partie des produits et services visés à l'enregistrement, soit en décrivant l'objet des produits et services soit en définissant le moyen utilisé pour fournir les services et qu'ainsi il est dépourvu de caractère distinctif pour les produits et services en cause au sens de l'article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle.

L'argument avancé par APPLE selon lequel le signe appartiendrait à une famille de marques à préfixe « I » ne va pas davantage prospérer.

Elle faisait ainsi valoir que ces marques, déposées et exploitées de manière intensive et jouissant d'une renommée à l'échelle planétaire (iPad, iPod, iPhone, iMac, iBooks, iTunes...), de sorte que le public pertinent serait apte à reconnaître le signe « iMessage » comme faisant partie de cette famille de marques ajoutant que toute marque d'APPLE à préfixe « I » est automatiquement reconnaissable comme une indication de l'origine commerciale des produits et services et qu'une marque telle qu' « iMessage » remplit ainsi *ab initio* la fonction essentielle de la marque.

Or, selon la Cour, une partie des marques dont se prévaut la société requérante débutent par un « i » minuscule, différent du « I » majuscule entrant dans la composition du signe contesté, et que seuls quelques documents parmi ceux produits par la requérante font état de la lettre « i » (et non la lettre « I ») comme un signe de reconnaissance de la société APPLE.

Aussi, il n'est pas démontré que la présence, au sein du signe « iMessage », de la lettre « I » en attaque amène le consommateur pertinent à identifier les produits et services couverts par la demande d'enregistrement comme provenant de la société APPLE. La société APPLE tentait également de justifier de l'acquisition du caractère distinctif du signe litigieux par l'usage qui en avait été fait. Cela nécessite d'établir un usage continu, intense et de longue durée, à titre de marque - c'est à dire pour identifier les produits et services concernés comme provenant d'une entreprise déterminée auprès du public pertinent (en l'espèce le public français). Le caractère distinctif doit avoir été acquis par l'usage de la marque avant le dépôt de la demande d'enregistrement.

La Cour va considérer que les pièces produites à l'appui de cet argument ne démontrent pas l'usage du signe « iMessage » à titre de marque, ni la capacité d'une partie significative du public pertinent à identifier les produits et services concernés comme provenant de la société APPLE, et approuve la décision de refus d'enregistrement de la marque dès lors que l'usage du signe « iMessage » à la date du dépôt n'était pas suffisamment établi pour compenser l'absence de distinctivité intrinsèque de ce terme. L'arrêt confirme ainsi que la dénomination « iMessage » ne pouvait constituer une marque valable.

A rapprocher : Article L.711-1 du Code de la propriété intellectuelle ; Article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Fin de non-recevoir : autorité de la chose jugée et diligence des parties en temps utile

Cass. civ. 2^{ème}, 19 septembre 2018, n°17-22.678

Ce qu'il faut retenir :

Le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non-recevoir, tirée de l'autorité de chose jugée, ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque avait négligé d'accomplir une diligence en temps utile.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, une personne a vendu en viager un appartement à une SCI. Après la dissolution de cette société, l'immeuble a été attribué à Monsieur X, lequel est décédé le 13 octobre 1997.

Mme Z a été désignée en qualité d'administrateur provisoire de sa succession. Le vendeur de l'appartement en viager étant également décédé, ses successeurs ont assigné Mme Z, ès qualités, pour obtenir la résolution de la vente en invoquant le défaut de paiement des arrérages de la rente.

Un jugement du 19 mars 2013 les a déclarés irrecevables, faute d'avoir fait signifier l'acte de vente aux héritiers de Monsieur X et à Mme Z ès qualités, conformément à l'article 877 du Code civil. Après avoir accompli cette diligence et signifié l'acte de vente, les successeurs du vendeur ont, par acte du 2 juin 2014, à nouveau assigné Mme Z ès qualités en résolution de la vente. Cette dernière a soulevé l'irrecevabilité de la demande en invoquant l'autorité de la chose jugée attachée au jugement du 19 mars 2013.

La Cour d'appel a rejeté cette fin de non-recevoir, en retenant que l'autorité de la chose jugée d'une décision déclarant irrecevable une demande faute d'accomplissement de certaines formalités n'interdit pas à son auteur d'introduire une nouvelle instance après accomplissement de ces dernières, s'il se trouve toujours dans les délais pour agir, et que le principe de concentration des moyens n'est pas heurté par la nouvelle instance fondée sur une situation juridique nouvelle advenue postérieurement à la décision précédente.

■ Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon
Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

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

Toutefois, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel, en indiquant, dans un attendu de principe, que le caractère nouveau de l'événement permettant d'écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne peut résulter de ce que la partie qui l'invoque a négligé d'accomplir une diligence en temps utile.

En rejetant la fin de non-recevoir, la Cour de cassation estime que la Cour d'appel a méconnu l'autorité de la chose jugée attachée au jugement du 19 mars 2013.

Cette jurisprudence conduit à sanctionner le plaideur ayant négligé d'accomplir une diligence en temps utile. En effet, si une circonstance nouvelle vient anéantir rétroactivement le fondement sur lequel un jugement a été rendu, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisqu'à l'inverse, les défendeurs ont tenté de couvrir a posteriori du jugement ayant autorité de la chose jugée, leur négligence, à savoir l'absence de signification de l'acte de vente.

A rapprocher : Article 480 du Code de procédure civile

Irrecevabilité de l'appel : requête autorisant à assigner à jour fixe non jointe à l'assignation
Cass. civ. 2^{ème}, 27 septembre 2018, n°17-21.833

Ce qu'il faut retenir :

L'appel contre le jugement d'orientation étant, à peine d'irrecevabilité, formé selon la procédure à jour fixe prévue par l'article 920 du Code de procédure civile, la cour d'appel, qui a constaté que la copie de la requête formée devant le 1^{er} président de la Cour d'appel afin d'être autorisée à assigner à jour fixe, n'était pas jointe à l'assignation, en a justement déduit que l'appel était irrecevable.

Pour approfondir :

En l'espèce, une banque a interjeté appel d'un jugement d'orientation rendu à l'encontre d'une société par le juge de l'exécution d'un tribunal de grande instance.

La banque, qui a présenté au premier président de la cour d'appel une requête en vue d'une fixation prioritaire de l'affaire, a été autorisée à assigner son adversaire à jour fixe, selon la procédure prévue à l'article 920 du Code de procédure civile.

La Cour d'appel a toutefois déclaré l'appel de la banque irrecevable, en relevant que cette dernière n'avait pas joint à son assignation la requête tendant à être autorisée à assigner à jour fixe, comme l'exige l'article 920 du Code de procédure civile. La banque s'est pourvue en cassation en arguant que le non-respect de ces dispositions, qui obligent notamment l'appelant à joindre à l'assignation la requête tendant à être autorisé à assigner à jour fixe, ne constitue qu'une irrégularité de forme pouvant être régularisée, et que celle-ci n'entraînait la nullité de la procédure qu'à la condition d'avoir été soulevée in limine litis et de causer un grief à l'intimé.

Dans le cas présent, en déclarant l'appel irrecevable au seul motif que l'appelante n'avait pas joint à son assignation la requête tendant à être autorisée à assigner à jour fixe, la banque prétendait, au soutien de son pourvoi, que cette décision revenait à appliquer à l'irrégularité en cause le régime de nullité de fond rendant l'appel irrecevable sans qu'il soit besoin que l'intimé justifie d'un grief, et sans qu'une régularisation soit possible avant la clôture, ce qui constituait, pour la banque, une violation de l'article 920 du Code de procédure civile. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la banque, en relevant que la Cour d'appel, qui a constaté que, contrairement aux prescriptions de l'article 920 du Code de procédure civile, la copie de la requête n'était pas jointe à l'assignation, en a justement déduit que l'appel était irrecevable.

A rapprocher : Article 920 du Code de procédure civile

DROIT PÉNAL

L'impartialité du juge des libertés et de la détention
Cass. crim., 25 septembre 2018, n°18-84.067

Ce qu'il faut retenir :

Le fait, pour un juge des libertés et de la détention, de se prononcer une nouvelle fois sur la prolongation de la détention provisoire d'une personne mise en examen, ne caractérise pas un défaut d'impartialité ; à charge pour l'intéressé d'user de sa possibilité de récuser le magistrat selon les dispositions de l'article 668 et suivants du Code de procédure pénale.

Pour approfondir :

Monsieur X était mis en examen des chefs de meurtre aggravé et association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un crime.

Le même jour, il faisait l'objet d'une ordonnance d'incarcération provisoire puis était placé sous mandat de dépôt.

Un peu moins d'un an et demi plus tard, le juge des libertés et de la détention ordonnait la prolongation de sa détention.

La décision était alors annulée par la chambre de l'instruction en raison du défaut de mention, dans la décision, tant de la demande de renvoi, dont le juge des libertés et de la détention avait été régulièrement saisie, que de la motivation du rejet de cette requête.

Le mis en examen était alors à nouveau convoqué pour un nouveau débat contradictoire devant le même juge des libertés et de la détention.

Ni l'intéressé, ni son avocat n'assistait à l'audience et le juge ordonnait une nouvelle fois la prolongation de la détention.

Le mis en examen interjetait appel de cette seconde décision puis formait un pourvoi en cassation.

Au soutien de son pourvoi formé notamment au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) garantissant à chacun le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, l'intéressé soutenait que l'exigence de l'impartialité objective avait été méconnue puisqu'après l'annulation de l'ordonnance de prolongation de la détention provisoire, le même juge des libertés et de la détention avait été immédiatement ressaisi pour statuer une nouvelle fois sur la prolongation de la détention.

Le mis en examen soutenait ainsi que le juge des libertés et de la détention, qui s'était préalablement prononcé sur la prolongation de la détention provisoire, ne pouvait qu'avoir une idée préconçue concernant l'opportunité d'ordonner une prolongation de la détention.

La chambre criminelle, dans son arrêt du 25 septembre 2018, ne se prononce pas sur la question de l'impartialité dudit magistrat mais considère que l'intéressé ne peut se prévaloir du défaut d'impartialité du juge des libertés et de la détention dès lors qu'il « *n'a pas usé, comme l'y autorisaient les articles 668 et suivants du Code de procédure pénale, de sa possibilité de récuser ce magistrat dans les formes prévues par ces textes* ».

En d'autres termes, la Cour de cassation considère que, dans le cas où un mis en examen fait état d'un doute quant à l'impartialité d'un magistrat, en l'espèce un juge des libertés et de la détention, il convient qu'il suive la procédure spécifique de récusation d'un magistrat prévue aux articles 668 et suivants du Code de procédure pénale et non qu'il tente d'obtenir la cassation de la décision sur le fondement de l'article 6 § 1 de la CESDH.

En l'espèce, le mis en examen aurait pu tenter d'obtenir la récusation dudit magistrat sur le fondement du 5° de l'article 668 du Code de procédure pénale, lequel dispose :

« Tout juge ou conseiller peut être récusé pour les causes ci-après :

(...)

5° Si le juge a connu du procès comme magistrat (...) ».

A rapprocher : Cass. crim., 10 août 2016, JurisData n°2016-015888