

SOMMAIRE

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES	
Publication légale en cas de cession ou apport d'un fonds de commerce Art. 21, loi n°2016-1524 du 14 novembre 2016 - JORF n°0265 du 15 novembre 2016	p. 2
Financement participatif : un nouveau décret d'application Décret n°2016-1453 du 28 octobre 2016 - JORF n°0254 du 30 octobre 2016	p. 2
ENTREPRISES EN DIFFICULTE	
Le gérant et associé unique d'une EURL n'est pas éligible aux procédures collectives Cass. com., 13 octobre 2016, n°15-24.301	p. 3
Qualité à agir des organes de la procédure en cas de déclaration d'insaisissabilité irrégulière Cass. com., 15 novembre 2016, n°14-26.287	p. 4
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX	
Résiliation du contrat : l'importance de la preuve de l'abus dans la rupture Cass. com., 4 octobre 2016, n°15-14.685	p. 5
Acceptation et mise en œuvre de la clause de réserve de propriété Cass. com., 2 novembre 2016, n°14-18.898	p. 6
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION	
Loi Sapin II : de nombreuses modifications dans les relations commerciales Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique	p. 7
Absence de contrat écrit et appréciation de la brutalité de la rupture de la relation CA Paris, 27 octobre 2016, n°15/01355	p. 9
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES	
Différence de traitement entre salariés d'établissements distincts Cass. soc., 3 novembre 2016, n°15-18.844	p. 11
Nouveautés relatives au bulletin de paie à compter du 1^{er} janvier 2017	p. 11
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME	
Nature de la garantie de paiement : obligation de faire ou mesure conservatoire ? Cass. civ. 3 ^{ème} , 13 octobre 2016, n°15-14.445	p. 12
Recours au juge des loyers commerciaux pour la fixation d'un loyer binaire de renouvellement Cass. civ. 3 ^{ème} , 3 novembre 2016, n°15-16.826 et 15-16.827	p. 13
PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Épuisement du droit sur la marque et règles de preuve Cass. com., 8 novembre 2016, n°15-12.229	p. 14
Marque tridimensionnelle : le sort de la marque Rubik's Cube CJUE, 10 novembre 2016, aff. C-30/15	p. 15
DROIT DE LA SANTE	
Absence de responsabilité d'une SCM et obligation d'information du praticien Cass. civ. 1 ^{ère} , 12 octobre 2016, n°15-16.894	p. 16
Hospitalisation psychiatrique sans consentement : l'ordonnance du JLD purge les irrégularités Cass. civ. 1 ^{ère} , 19 octobre 2016, n°16-18.849	p. 17
PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION	
Signification d'acte de procédure au lieu du principal établissement de la personne morale Cass. civ. 1 ^{ère} , 12 octobre 2016, n°15-14.896	p. 17
Abstention d'appel incident et irrecevabilité de l'appel principal de l'intimé Cass. civ. 2 ^{ème} , 13 octobre 2016, n°15-25.926	p. 18
DROIT FISCAL – TVA	
Plafonnement de l'ISF : une nouvelle clause anti-abus Article 4 du projet de loi de finances pour 2017	p. 19
INTERNATIONAL	
L'incompatibilité des mesures d'instruction en France avec le secret professionnel aux États-Unis Cass. civ. 1 ^{ère} , 3 novembre 2016, n°15-20.495	p. 20
Le contrôle du conseil d'Etat sur une sanction rendue en matière d'arbitrage international CE, 9 novembre 2016, n°388806	p. 21
ACTUALITE	p. 22

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

ALGÉRIE**
BAHREÏN**
BELGIQUE**
BRÉSIL**
CAMEROUN**
CHINE**
CHYPRE**
COREE DU SUD**
CÔTE D'IVOIRE**
ÉGYPTE**
ÉMIRATS ARABES UNIS**
ÉTATS-UNIS**
ÎLE MAURICE**
INDONESIE**
IRAN**
LUXEMBOURG**
MAROC**
OMAN**
RD CONGO**
SENEGAL**
TUNISIE**

*Réseau SIMON Avocats

**Convention Organique Internationale

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

Publication légale en cas de cession ou apport d'un fonds de commerce

Art. 21, loi n°2016-1524 du 14 novembre 2016 - JORF n°0265 du 15 novembre 2016

Ce qu'il faut retenir :

La loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias vient rétablir l'obligation de publier dans un journal d'annonces légales la cession par vente ou apport d'un fonds de commerce.

Pour approfondir :

L'article 107 de la loi Macron du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, simplifiait les formalités relatives aux cessions de fonds de commerce, notamment en supprimant l'obligation de publication dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Seule subsistait l'obligation de publier dans les quinze jours de la vente ou de l'apport du fonds de commerce, un avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc). Cette obligation de publication dans un journal d'annonces légales est désormais rétablie par l'article 21 de la loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias et modifiant les articles L. 141-12, L. 141-18 et L. 141-21 du Code de commerce. En effet, cette disposition rétablit la publication obligatoire préalablement à celle du Bodacc, dans un Journal d'annonces légales pour les cessions de fonds de commerce par vente ou apport intervenus à compter du 16 novembre 2016, sauf en cas d'apport de fonds de commerce faisant suite à une opération de fusion ou de scission concernant les sociétés par actions et les sociétés à risque limitée. La publication doit être effectuée dans le délai de quinze jours à compter de la date de l'opération, dans un journal habilité à recevoir les annonces judiciaires et légales de l'arrondissement ou du département dans lequel le fonds est exploité, à la diligence de l'acquéreur ou de la société bénéficiaire de l'apport du fonds de commerce. Par ailleurs, la loi du 14 novembre 2016 précitée modifie les dispositions de l'article 201, I du Code général des impôts qui fixe le point de départ du délai de quarante-cinq jours imparti pour déposer la déclaration administrative de cession ou de cessation d'activité.

Désormais, dans le cas de la cession d'un fonds de commerce par vente ou apport, le délai imparti commence à courir à compter du jour où la cession a été publiée dans un journal d'annonces légales.

Il convient de noter que le défaut de publication ne fait pas obstacle à la validité de la cession et par conséquent au transfert de propriété du fonds de commerce.

En revanche, le délai n'ayant pas couru du fait du défaut de publication, les créanciers conserveront indéfiniment leur droit de faire opposition et pourront réclamer un second paiement de l'acquéreur en cas de vente (article L. 141-17 du Code de commerce).

En cas d'apport en société, les créanciers pourront indéfiniment procéder à leur déclaration de créance, ce qui aura pour conséquence de rendre la société garante du remboursement des sommes déclarées (article L. 141-22 du Code de commerce).

A rapprocher : L. n°2015-990, 6 août 2015, JO 7 août, art. 107

Financement participatif : un nouveau décret d'application

Décret n°2016-1453 du 28 octobre 2016 - JORF n°0254 du 30 octobre 2016

Ce qu'il faut retenir :

Le décret du 28 octobre 2016, d'application immédiate, vient préciser le cadre juridique applicable aux prêts et aux titres proposés dans le cadre du financement participatif ainsi qu'aux « minibons ».

Pour approfondir :

- Précision du cadre juridique applicable au financement participatif sur une plateforme internet :

Le décret du 28 octobre 2016 vient relever le plafond des prêts consentis au titre d'un projet par les particuliers sur les plateformes des intermédiaires en financement participatif (IFP), à (i) 2.000 euros pour les prêts avec intérêts (contre 1.000 euros auparavant) et à (ii) 5.000 euros pour les prêts sans intérêts (contre 4.000 euros auparavant).

Par ailleurs, les plateformes d'investissement ayant le statut de conseillers en investissements participatifs (CIP) pourront désormais recevoir des projets souhaitant lever des fonds jusqu'à 2,5 millions d'euros contre 1 million d'euros auparavant ; étant toutefois précisé que les offres excédant 1 million d'euros ne pourront pas porter sur des titres de capital représentant plus de 50% du capital de l'émetteur. Cette restriction serait néanmoins écartée lorsque l'offre de l'émetteur a pour objet de détenir et de gérer des participations dans une autre société dans laquelle ses participations n'excèdent pas 50% du capital.

En outre, il convient de noter que le champ des titres financiers admissibles au crowdfunding n'est aujourd'hui plus limité aux seules émissions d'actions simples ou d'obligations à taux fixe, pour être élargi aux actions de préférence, aux obligations convertibles en actions et, sous certaines conditions, aux titres participatifs.

- Précision du cadre juridique applicable aux « minibons » :

Enfin, ledit décret vient porter application de l'ordonnance du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse, à savoir les titres remis par une entreprise en échange d'un crédit qui lui est accordé, et préciser les conditions d'émissions des « minibons » pouvant, contrairement aux bons de caisse, être échangés sur les plateformes internet de financement participatif.

Le régime juridique applicable aux minibons se trouve désormais consacré aux articles L. 223-6 à L. 223-13 du Code monétaire et financier, aux termes desquels il ressort notamment que seules les sociétés par actions (SAS) et les sociétés à responsabilité limitée (SARL), dont le capital est intégralement libéré et dont le bilan de leur troisième exercice commercial a été établi, peuvent émettre des minibons.

Le décret vient également fixer le montant maximal des offres de minibons d'un même émetteur à 2,5 millions d'euros sur une période de douze mois suivant la date de la première émission et préciser que la périodicité des échéances du prêt en contrepartie duquel est délivré le minibon sont constantes et ne peuvent être supérieures à un trimestre.

A rapprocher : Ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016 - JO du 29 avril 2016

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Le gérant et associé unique d'une EURL n'est pas éligible aux procédures collectives

Cass. com., 13 octobre 2016, n°15-24.301

Ce qu'il faut retenir :

La seule qualité d'associé unique et de gérant d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures du Livre VI du Code de commerce.

Pour approfondir :

Un particulier, par ailleurs gérant et associé unique d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), a déposé une demande de surendettement relevant du Code de la consommation en raison de mensualités trop élevées de différents prêts immobiliers contractés à titre personnel.

Une banque, probablement créancière au titre d'un des prêts immobiliers, s'est opposée à cette demande, motifs pris qu'un gérant associé unique d'une EURL ne peut relever que des procédures collectives prévues au Livre VI du Code de commerce, ce dernier exploitant une société commerciale.

Les juges du fond ont approuvé les arguments de la banque et rejeté la demande de surendettement présentée par le requérant.

Cette décision nécessite de rappeler brièvement les qualités que doit remplir le débiteur pour bénéficier d'une procédure collective relevant des dispositions du Code de commerce.

Les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, prévues au Livre VI du Code de commerce, sont ouvertes à toute personne physique ou morale exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

Sont en conséquence visées les personnes morales de droit privé et les personnes physiques exerçant en leur nom propre une activité professionnelle indépendante, quelle que soit la nature de cette activité.

Toute autre personne physique en difficulté relève par exclusion des procédures de surendettement du Code de la consommation.

La cassation était donc inévitable.

En effet, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est une société pourvue d'une personnalité juridique distincte de son associé unique, laquelle seule exerce une activité commerciale au sens des articles L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce.

Le requérant relève donc pour ses dettes personnelles de la procédure de surendettement des particuliers.

A rapprocher : Cass. civ. 2^{ème}, 21 janvier 2010, n°08-19.984

Qualité à agir des organes de la procédure en cas de déclaration d'insaisissabilité irrégulière
Cass. com., 15 novembre 2016, n°14-26.287

Ce qu'il faut retenir :

Le liquidateur judiciaire, qui a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, est recevable pour contester la régularité d'une déclaration d'insaisissabilité, et ce aux fins de reconstituer le gage commun des créanciers.

Pour approfondir :

La déclaration notariée d'insaisissabilité, issue de la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003, permet à un entrepreneur individuel de rendre insaisissables tous les immeubles, bâtis ou non, dès lors qu'ils ne sont pas affectés à l'activité professionnelle (article L.526-1 du Code de commerce). Cette insaisissabilité n'existe qu'à l'encontre des créanciers dont la créance est née de l'activité professionnelle du débiteur, après la plus tardive des publicités obligatoires de la déclaration d'insaisissabilité. Pour les autres créanciers, le caractère saisissable de l'immeuble demeure. Dans ces conditions, un immeuble, objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité, qui peut être saisi par certains créanciers, mais non par d'autres, ne peut être considéré comme un élément du gage commun. En conséquence, le liquidateur judiciaire ne peut avoir d'initiative sur ce bien.

Dès lors, le liquidateur judiciaire qui jouit d'un monopole pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers du débiteur, peut-il contester la régularité d'une déclaration d'insaisissabilité, alors même que seuls les créanciers professionnels y ont un intérêt ?

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, aux termes d'un arrêt rendu le 15 novembre dernier, a opéré un revirement de jurisprudence et a ainsi admis la qualité à agir du liquidateur judiciaire en inopposabilité d'une déclaration d'insaisissabilité, tendant à reconstituer le gage commun des créanciers.

En l'espèce, le débiteur qui faisait l'objet d'une procédure collective était un commerçant, exerçant à titre individuel, le liquidateur judiciaire représentait ainsi tant les créanciers professionnels que ceux non professionnels. La régularité de la déclaration d'insaisissabilité opérée par le débiteur était contestée aux motifs que cette déclaration avait été publiée au registre du commerce et des sociétés, postérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

L'action ainsi initiée par le liquidateur judiciaire visait à contester la régularité de cette déclaration d'insaisissabilité, dans l'unique dessein de saisir l'immeuble concerné, au profit de l'ensemble des créanciers du débiteur, professionnels ou non.

Dans le prolongement d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 2 juin 2015, la Cour de cassation a souhaité justifier son revirement de jurisprudence en rappelant que les organes de la procédure avaient qualité à agir pour la protection et la reconstitution du gage commun des créanciers.

Aux termes d'une jurisprudence désormais constante, la Cour de cassation rattache l'action tendant à la défense de l'intérêt collectif des créanciers à la notion de gage commun ; le gage commun étant défini par la doctrine comme étant le gage accessible, en théorie, à tous les créanciers.

Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme que la défense de l'intérêt collectif des créanciers est une notion fondamentale du droit des entreprises en difficulté, conditionnant le droit d'action des organes de procédure.

A rapprocher : Cass. com., 2 juin 2015, n°13-24.714

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Résiliation du contrat : l'importance de la preuve de l'abus dans la rupture

Cass. com., 4 octobre 2016, n°15-14.685

Ce qu'il faut retenir :

Justifie légalement sa décision la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande de dommages et intérêts formée par un concessionnaire, retient que la rupture du contrat de concession exclusive par le concédant n'est pas abusive, le concessionnaire ne rapportant pas la preuve que le concédant lui avait fallacieusement laissé croire qu'il envisageait de poursuivre leurs relations contractuelles, ni celle que la résiliation avait en fait été prononcée pour des raisons constitutives d'un abus de droit.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, une société fabricant et commercialisant des voitures sans permis a conclu en 1999 avec un distributeur un contrat à durée indéterminée pour la distribution exclusive de ses véhicules sur un territoire déterminé. En septembre 2008, la totalité du capital de la société fabricante a été acquis par une société tierce. Le 25 novembre 2009, la société fabricante a notifié au distributeur la résiliation du contrat de concession, avec un préavis d'un an, qu'elle a justifié par la réorganisation substantielle de son réseau de distribution. Le distributeur a contesté les conditions de cette résiliation et la durée du préavis et a assigné la société en réparation du préjudice subi du fait de la résiliation abusive du contrat de concession. La Cour d'appel de Paris a rejeté sa demande.

A l'appui de son pourvoi en cassation et de sa demande de réparation du préjudice subi du fait de la rupture abusive, le distributeur fait valoir que :

- il estime avoir été maintenu jusqu'au bout par son partenaire dans l'illusion que les relations entre les parties se poursuivraient et que le contrat serait renouvelé, notamment par l'envoi de deux courriers les 25 novembre 2008 et 13 janvier 2009, ce qui caractériserait le caractère fautif de la rupture ;

- au regard de cette croyance de la poursuite du contrat de concession, il a engagé des dépenses de publicité ; or, on le sait, il est de jurisprudence constante que l'abus de droit de résilier peut résulter de ce que le cocontractant à l'initiative de la rupture n'a pas pris en compte l'importance des frais et des investissements effectués par son partenaire.

Après avoir relevé que la Cour d'appel a privé de base légale sa décision en n'ayant pas recherché (i) si au regard de la lettre de résiliation, la réorganisation par le fabricant de son réseau de distribution n'avait pas déjà été envisagée lors de l'envoi des deux courriers litigieux, et (ii) si les dépenses de publicité engagées par le distributeur n'impliquaient pas de retenir un abus du droit de rompre le contrat imputable au fabricant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le distributeur pour les motifs suivants :

- le délai de préavis d'un an accordé au distributeur était conforme aux stipulations du contrat de concession qui reprenaient elles-mêmes les dispositions de l'article 3.5.b, ii) du Règlement n°1400/2002 de la Commission européenne du 31 juillet 2002, lequel prévoit que le délai de résiliation d'un accord vertical à durée indéterminée conclu par un fournisseur de véhicules automobiles neufs avec un distributeur ou un réparateur agréé peut être ramené à un an au moins lorsque le fournisseur résilie l'accord en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau, ce qui était bien le cas en l'espèce, la nécessité de réorganiser le réseau étant en outre justifiée par le contexte économique difficile ;
- les termes des lettres adressées en novembre 2008 et janvier 2009 au distributeur n'établissent pas que la société fabricante avait déjà décidé que leur contrat serait résilié au mois de novembre 2009 ;
- une assistance publicitaire était accordée au distributeur chaque année, l'arrêt constate, par motifs adoptés, que le distributeur invoque un préjudice correspondant aux dépenses de publicité des trois années précédant la rupture et que son importante commande de véhicules et pièces détachées, passée en novembre 2010, soit après réception de la lettre de résiliation, a été honorée par le fabricant ;

- si les termes des courriels échangés entre les parties ont pu faire croire au distributeur que leurs relations allaient perdurer, ce dernier ne justifie pas pour autant avoir réalisé des dépenses d'investissement au profit du réseau du fabricant et ne rapporte pas la preuve d'une faute commise par la société fabricante à l'occasion de la rupture du contrat.

En conséquence, le distributeur ne rapporte pas la preuve que la société fabricante lui avait fallacieusement laissé croire qu'il comptait poursuivre leurs relations contractuelles alors même qu'elle aurait déjà pris la décision de rompre les relations, ni celle que la résiliation avait été prononcée pour des raisons constitutives d'un abus de droit.

A rapprocher : Cass. com., 13 mars 2001, n°98-19.260

Acceptation et mise en œuvre de la clause de réserve de propriété

Cass. com., 2 novembre 2016, n°14-18.898

Ce qu'il faut retenir :

Une clause de réserve de propriété mentionnée sur les factures d'acompte, les devis et sur un bon de livraison comportant la mention « bon pour accord » est réputée avoir été acceptée par l'acquéreur des produits objets de la vente.

Pour approfondir :

La société Eurodis est le fournisseur de matériel de minoterie de la société Minoterie X.

L'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 27 mars 2014 relève que « la clause de réserve de propriété figurait sur les devis et sur les factures d'acomptes des 16 novembre 2005 et 30 janvier 2006 ainsi que sur celle du 23 mars 2006 émise, avant la livraison, pour le règlement du solde et que les deux factures d'acompte ont été payées sans observation de la part du représentant de la société débitrice, qui a également apposé sur le bon de livraison la mention " bon pour accord " ». Ainsi lors de l'achat des matériels, une clause de réserve de propriété au bénéfice de la société Eurodis était prévue.

La société Minoterie X a été placée en redressement judiciaire par jugement du 2 avril 2010. La procédure a par la suite été convertie en procédure de liquidation judiciaire par un jugement du 23 juin 2010. La société Eurodis déclare à la procédure la créance qu'elle détient à l'encontre de la société Minoterie X et, conformément à la clause de réserve de propriété présente sur les devis et les factures, revendique la propriété des produits livrés. La Cour d'appel fait droit à la demande de la société Eurodis et ordonne la restitution des produits. En effet, la Cour d'appel retient que la clause de réserve de propriété avait bien été acceptée par la société Minoterie X dans la mesure où la clause était présente tant sur les devis que sur les factures et sur un bon de livraison portant la mention « bon pour accord ».

La question qui se posait par la suite était celle de savoir si le démontage du matériel de minoterie vendu était possible sans risque de dégradation des biens de la société Minoterie X.

En effet, l'article L. 624-16 du Code de commerce dispose que « [...] La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage. [...] ».

La Cour d'appel considère alors que « le matériel revendiqué était identifiable et dissociable du plancher en béton sur lequel il avait été fixé, que son démontage ne nécessitait qu'une éventuelle remise en état de celui-ci, sans risque de dégradation pour les biens de la société débitrice ».

L'administrateur de la société Minoterie X placée en liquidation judiciaire se pourvoit en cassation aux motifs, d'une part, que la clause de réserve de propriété n'avait pas été acceptée par la société Minoterie X et, d'autre part, que la restitution en nature des produits aurait abouti à la création d'un « dommage matériel à l'immeuble ». La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle considère en effet que la Cour d'appel « a souverainement déduit que la société débitrice avait accepté la clause de réserve de propriété dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison » et « a souverainement déduit que la séparation des biens pouvait s'effectuer sans qu'ils en subissent un dommage au sens de l'article L. 624-16, alinéa 3, du Code de commerce ».

Il sera noté que, bien que le Code de commerce prévoit que la revendication en nature est possible si le bien ne subit aucun dommage, la Cour d'appel accepte qu'une éventuelle remise en état (du plancher en l'occasion) est acceptable. Il y a donc une acceptation de récupération en nature du fait d'une clause de propriété acceptée malgré l'existence d'une potentielle légère remise en état des biens subissant la dissociation.

Enfin, l'administrateur reprochait à la société Eurodis d'avoir uniquement adressé un courrier contenant la demande de revendication au seul administrateur et non pas également à la société Minoterie X placée en liquidation judiciaire. La Cour de cassation rejette cet argument au motif que l'article R. 624-13 alinéa 1 n'exige en aucune façon que « *la lettre recommandée avec demande d'avis de réception contenant la demande de revendication soit adressée au débiteur lorsque ce dernier est assisté d'un administrateur ou représenté par le liquidateur* »

L'arrêt en présence rappelle la notion d'acceptation de la clause de réserve de propriété qui doit avoir été convenue entre les parties et portée à la connaissance de l'acquéreur de manière apparente et lisible. Il est ainsi conseillé d'isoler de manière apparente la clause de réserve de propriété et de l'écrire de manière particulièrement apparente.

A rapprocher : Cass. com., 31 janvier 2012, n°10-28.407

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Loi Sapin II : de nombreuses modifications dans les relations commerciales

Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

Ce qu'il faut retenir :

La loi définitivement adoptée par le Parlement le 8 novembre dernier, actuellement soumise au Conseil constitutionnel, apporte de nombreuses modifications applicables entre commerçants, notamment dans les relations de distribution.

Pour approfondir :

Bien qu'elle ne soit pas encore publiée, puisque le Conseil constitutionnel a été saisi, il convient de s'intéresser en détail dès à présent aux dispositions de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II ».

En effet, cette dernière apporte notamment des modifications substantielles à certaines sanctions, pour contraindre les entreprises à respecter les délais maxima légaux, ainsi qu'à les dissuader de se livrer à des pratiques restrictives de concurrence. La loi modifie également le régime des conventions annuelles entre fournisseurs et distributeurs.

Seront donc récapitulées ici les principales dispositions de la loi Sapin II intéressant les rapports de distribution, qui – si elles sont définitivement validées par le Conseil constitutionnel – entreront en vigueur très rapidement, et affecteront notamment les conventions annuelles entre fournisseurs et distributeurs.

• Délais de paiement et sanctions

En matière de délais de paiement, la loi Sapin II introduit deux modifications générales.

▪ Dispositions générales

Poursuivant le mouvement entamé depuis 2008 avec la loi de modernisation de l'économie, la loi Sapin II renforce substantiellement les sanctions du non-respect de ces délais.

En effet :

- est désormais prévue **une sanction de 2 millions d'euros d'amende** administrative, au lieu de 375.000 euros auparavant (lorsque le non-respect des délais de paiement est le fait d'une personne morale).

Cette modification s'applique à la fois pour les délais standards visés à l'article L.441-6 du Code de commerce et pour les délais spécifiques prévus à l'article 443-1 du Code de commerce.

L'amende encourue par les personnes physiques n'est en revanche pas modifiée et demeure de 75.000 euros ;

- la loi prévoit que désormais, **la décision de sanction** d'une violation des délais de paiement maxima **sera systématiquement publiée** (alors qu'il s'agissait d'une simple faculté pour le juge auparavant), donnant ainsi plus de visibilité aux mauvais payeurs.
- Délai de paiement dérogatoire pour les produits achetés pour l'export hors Union européenne

La loi Sapin II introduit un régime dérogatoire spécifique aux articles L.441-6 et L.443-1 du Code de commerce pour les achats de produits effectués en franchise de TVA, destinés à être livrés dans un Etat hors de l'Union européenne. Pour ces produits, le délai maximum de paiement dérogatoire est fixé à **90 jours** à compter de la date d'émission de la facture, sous la triple condition que :

- les parties aient expressément fait mention du délai dérogatoire par contrat ;
- ce délai dérogatoire ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, c'est-à-dire ici le fournisseur ;
- l'achat de produit ne soit pas effectué par une grande entreprise.

Dans l'hypothèse où l'acheteur ne revendrait finalement pas les produits hors de l'Union européenne, il se verrait appliquer des pénalités de retard.

- Le prix prévisionnel des produits alimentaires contenant des produits agricoles non transformés

La loi Sapin II ajoute à l'article L.441-6 du Code de commerce, une disposition spécifique aux conditions générales de vente relatives à des produits alimentaires comportant un (ou plusieurs) produit(s) agricole(s) non transformé(s). Pour ces produits alimentaires, un contrat écrit devra être conclu. Ce contrat contiendra une mention d'un « *prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits agricoles* ». Pour définir ce prix, les parties peuvent recourir à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) de coût de production en agriculture et à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) des prix de vente aux consommateurs des produits alimentaires.

Ces indices peuvent être spécifiques au contrat concerné, ou encore établis par un accord interprofessionnel.

L'article L.441-6 du Code de commerce précise, au besoin, que les indices choisis par les parties devront être fixés de bonne foi entre elles.

- Modifications relatives aux conventions entre fournisseurs et distributeurs

- L'assouplissement : la faculté de conclure des conventions pour deux ou trois ans

La conclusion chaque année d'une convention entre les fournisseurs et leurs distributeurs en application de l'article L.441-7 du Code de commerce (ou pour les grossistes, en application de l'article L.441-7-1 du Code de commerce) est particulièrement contraignante en pratique, et génère pour les entreprises une mobilisation importante de ressources humaines en fin d'année et début de l'année suivante.

Afin de prendre en compte cette contrainte, qui peut affecter la productivité des entreprises sur ces périodes, la loi Sapin II insère un assouplissement substantiel des règles en prévoyant que le fournisseur et le distributeur peuvent choisir de conclure la convention tous les 2 ou 3 ans (la conclusion de la convention demeurant bien entendu possible).

Cette réforme constituera un véritable soulagement administratif pour de nombreuses entreprises.

Si les parties choisissent de conclure une convention pluriannuelle, cette dernière devra simplement fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu sera révisé : à cette fin, les entreprises peuvent choisir de prendre en compte un ou plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

Si ces dispositions sont validées par le Conseil constitutionnel, elles pourront être appliquées aux conventions conclues à compter du 1^{er} janvier 2017.

Il est donc probable que les opérateurs qui tentaient ces dernières années de conclure les conventions au plus tard le 31 décembre de chaque année pour éviter les risques liés à l'interdiction de rétroactivité, préféreront patienter jusqu'au 1^{er} janvier (ou plus tard) pour conclure des conventions pluriannuelles.

- Le plafonnement des avantages relatifs à certains produits agricoles

Les avantages que le fournisseur peut accorder aux consommateurs dans le cadre des NIP faisant l'objet d'un contrat de mandat en application de l'article L.441-7, I, al. 9 du Code de commerce sont désormais plafonnés pour certains produits agricoles.

En effet, la loi Sapin prévoit que pour les produits agricoles visés à l'article L.441-2-1 du Code de commerce, ainsi que pour le lait et les produits laitiers, ces avantages sont plafonnés à 30% de la valeur du barème des prix unitaires, frais de gestion compris.

- Les pratiques restrictives de concurrence étendues et plus lourdement sanctionnées

- L'élargissement du champ des pratiques restrictives de concurrence

L'article L.442-6 du Code de commerce est complété, pour intégrer spécifiquement de nouvelles pratiques prohibées.

Ainsi, l'article L.442-6, I, 1° précise que peut constituer un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu :

- la participation non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée à une opération de promotion commerciale (était uniquement visée auparavant une opération d'animation commerciale) ;
- la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs.

Par ailleurs, l'article L.442-6, I, 7° créé par la loi Sapin prévoit l'interdiction pour un partenaire commercial d'imposer une clause de révision de prix ou de renégociation de prix (en application de l'article L.441-7, L.441-7-1 ou L.441-8 du Code de commerce) qui ferait référence à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) qui serai(en)t sans rapport direct avec les produits (ou les prestations de services) concernés par le contrat. Ainsi, les parties seront tenues à l'avenir de choisir avec attention l'indice basant la révision du prix, pour qu'il soit cohérent avec les produits ou services fournis.

Enfin, la loi Sapin II ajoute l'interdiction pour une partie d'imposer des pénalités de retard de livraison à son partenaire, lorsque ce retard de livraison est dû à un cas de force majeure (article L.442-6, I, 13°).

- Le renforcement des sanctions des pratiques restrictives de concurrence

Le plafond de l'amende civile encourue est substantiellement augmenté, puisqu'il passe de 2 millions à 5 millions d'euros (outre les dispositions prévoyant le triplement des sommes indument versées ou la possibilité de plafonner l'amende à 5% du chiffre d'affaires, qui sont maintenues).

Par ailleurs, comme pour les délais de paiement, la décision de sanction en matière de pratiques restrictives de concurrence sera désormais systématiquement publiée.

Les dispositions de la loi sont suspendues à la décision du Conseil constitutionnel, qu'il conviendra d'attendre pour confirmer définitivement la future entrée en vigueur des éléments annoncés dans le présent article.

A rapprocher : Projet de loi adopté le 8 novembre 2016

Absence de contrat écrit et appréciation de la brutalité de la rupture de la relation

CA Paris, 27 octobre 2016, n°15/01355

Ce qu'il faut retenir :

L'absence de signature d'un contrat n'empêche pas l'existence d'une relation commerciale établie ; la rupture sans préavis d'une telle relation peut donc être sanctionnée sur le fondement de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce.

Pour approfondir :

La société C. a pour activité la conception et la fourniture de matériaux et systèmes antivibratoires ; la société P. est quant à elle spécialisée dans la fabrication et l'installation de voies ferrées. Les deux sociétés étaient en relation depuis de nombreuses années lorsque la société P. a décidé d'y mettre un terme.

Considérant que la rupture était brutale, la société C. a assigné son partenaire sur le fondement de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce qui sanctionne la **rupture brutale de relations commerciales établies**.

En première instance, le Tribunal a fait droit à cette demande et a condamné la société P. à indemniser son partenaire au titre du préjudice subi par ce dernier du fait de la brutalité de la rupture ; selon les premiers juges, un préavis d'une durée de 18 mois aurait dû être respecté par la société P. Cette dernière a alors interjeté appel en vue d'obtenir l'infirmité du jugement.

Pour rappel, l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce sanctionne le fait « *de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* ». Cette affaire est l'occasion de revenir sur les conditions d'application de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce.

En l'espèce, l'absence de signature d'un contrat écrit entre les parties faisait débat. Il convenait ainsi de déterminer, d'une part, si une relation commerciale établie existait, d'autre part, à supposer que tel était bien le cas, il fallait fixer son point de départ, et enfin, apprécier le caractère brutal ou non de la rupture.

Sur ce premier point, à savoir l'existence d'une relation commerciale établie, les juges du fond relèvent que « *le caractère établi de la relation commerciale est apprécié principalement au regard de trois critères : la durée (ou l'ancienneté), la stabilité (ou la continuité) et l'intensité de la relation* » et poursuivent en indiquant que le fait que les parties n'aient pas conclu de contrat écrit est inopérant. L'absence de signature d'un contrat écrit n'est donc pas un obstacle pour considérer qu'une relation commerciale stable et durable a bien existé entre les parties (l'intensification du volume d'affaires entre les parties permettant notamment d'en attester).

Sur le second point, à savoir le point de départ de la relation, les magistrats relèvent que celui-ci devait se situer en 2000, eu égard aux faits et éléments rapportés par les parties, et que les relations s'étaient ensuite développées de manière stable et s'étaient intensifiées durant plusieurs années, jusqu'en 2009.

La relation commerciale au caractère établi a donc existé entre les parties durant neuf ans.

Sur le troisième point, à savoir la brutalité de la rupture, les juges du fond relèvent que, le fait que les parties aient mené des discussions, postérieurement à la fin de leur relation, portant sur la conclusion éventuelle d'un contrat de distribution (ces négociations n'ayant finalement pas abouti), ne permettait pas de remettre en cause le caractère brutal de la rupture. Les juges du fond relèvent en effet que « *la brutalité de la rupture doit être appréciée au regard des dispositions de l'article L.442-6, I, 5° à la date de ladite rupture, c'est-à-dire au moment de la scission* » (...) « *les faits survenus après la rupture, et notamment l'engagement de négociations, ne doivent pas être pris en compte et ne constituent pas un préavis au sens de l'article L.442-6, I, 5°, la rupture étant déjà consommée* ».

Pour apprécier la durée du préavis à respecter, les magistrats rappellent qu'il convient de tenir compte de la durée de la relation commerciale, mais également d'autres critères retenus par la jurisprudence, en référence notamment aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En l'espèce, eu égard à la durée des relations commerciales établies entre les parties (9 ans), et aux circonstances de l'espèce, un préavis d'une durée de dix-huit mois aurait dû être respecté ; la position retenue par les premiers juges est confirmée en appel.

S'agissant enfin de l'indemnisation du préjudice subi, la société P. a été condamnée à indemniser la société C. sur la base de la perte de marge brute évaluée à 80 % du chiffre d'affaires moyen des trois dernières années.

Cette affaire rappelle donc que l'existence d'une relation commerciale stable et durable peut être caractérisée même en l'absence de signature d'un contrat écrit et que, dans ce contexte, un préavis d'une durée raisonnable doit nécessairement être respecté par celui qui entend mettre un terme à une telle relation, sous peine d'être condamné au regard de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce.

A rapprocher : TC Paris, 30 janvier 2006, RG n°2004030689

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Différence de traitement entre salariés d'établissements distincts

Cass. soc., 3 novembre 2016, n°15-18.844

Ce qu'il faut retenir :

Dans cette décision, la Cour de cassation estime que les différences de traitement résultant d'accords d'établissement sont présumées justifiées. Elle vient ainsi élargir la présomption de justification des différences de traitement en l'appliquant aux différences instituées par accord d'établissement.

Pour approfondir :

Depuis une jurisprudence initiée en 2015, la Cour de cassation a opéré un revirement, en n'exigeant plus de l'employeur qu'il établisse l'existence d'éléments objectifs pertinents justifiant la différence de traitement, lorsque celle-ci est instituée par voie de conventions ou d'accords collectifs. La Haute juridiction a ainsi retenu la présomption de justification pour les différences de traitement entre salariés relevant de catégories professionnelles distinctes, ou occupant des fonctions distinctes au sein d'une même catégorie professionnelle.

Dans la présente affaire, il s'agissait désormais de se prononcer sur des différences de traitement instituées par accord d'établissement entre des salariés d'une même entreprise, mais relevant d'établissements distincts.

Concrètement, l'accord collectif d'établissement dont il était question mettait en place une politique de rémunération, au profit des salariés de ce seul établissement, qui prévoyait une augmentation salariale sur trois ans et le versement d'une prime spécifique. Le syndicat d'un autre établissement, estimant que cet accord instaurait une différence de traitement au détriment de salariés du second établissement, avait saisi la juridiction d'une demande tendant à lui faire appliquer ces dispositions conventionnelles. Le syndicat faisait valoir à l'appui de son argumentation l'arrêt qui avait été rendu en 2009 et qui avait considéré que seuls des éléments objectifs pertinents pouvaient justifier une différence de traitement entre deux établissements distincts.

La Cour n'a cependant pas suivi ce raisonnement et a poursuivi sa logique issue des arrêts de 2015. Elle a ainsi jugé que "les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle".

Cette approche fait suite à la loi du 20 août 2008 qui a reconnu la légitimité électorale des syndicats au niveau de l'établissement. Dans ce contexte, l'établissement étant l'un des périmètres de la représentativité syndicale, il paraissait cohérent d'appliquer la présomption de justification aux accords d'établissement.

A rapprocher : Cass. soc., 27 janvier 2016, n°13-14.773 ; 13-22.179 ; 13-25.437

Nouveautés relatives au bulletin de paie à compter du 1^{er} janvier 2017

Ce qu'il faut retenir :

A compter du 1^{er} janvier 2017, les employeurs devront se familiariser avec deux nouvelles règles relatives au bulletin de paie :

- **dans les entreprises de plus de 300 salariés, l'employeur devra obligatoirement mettre en place le bulletin de paie simplifié ;**
- **dans toutes les entreprises, l'employeur pourra remettre les bulletins de paie sous forme électronique plutôt que sous format papier, à moins que les salariés concernés ne s'y opposent.**

Pour approfondir :

A compter du 1^{er} janvier 2017, deux nouveautés relatives au bulletin de paie des salariés feront leur apparition.

- **L'obligatoire passage au bulletin de paie simplifié pour les entreprises de plus de 300 salariés**

La France était l'un des pays dans lequel le bulletin de paie était le plus complexe. C'est dans ce contexte que le gouvernement est intervenu le 25 février 2016 en vue d'une simplification. La forme du nouveau bulletin de paie a été fixée par un **décret** et un **arrêté** en date du 25 février 2016, parus au Journal Officiel le 26 février 2016. Le but est de permettre une meilleure lisibilité et une meilleure compréhension du bulletin de paie par les salariés.

Le calendrier de mise en place de la simplification prévoit trois étapes. Tout d'abord, depuis le 1^{er} mars 2016, toute entreprise peut adopter volontairement ce nouveau bulletin de paie. Ensuite, à partir du 1^{er} janvier 2017, les entreprises de plus de 300 salariés devront obligatoirement utiliser ce nouveau bulletin. Enfin, à compter du 1^{er} janvier 2018 le nouveau de bulletin sera généralisé et devra être utilisé par toutes les entreprises.

La nouvelle forme du bulletin de paie prévoit la suppression de certaines mentions, telles que la référence de l'organisme auquel l'employeur verse les cotisations de sécurité sociale ou le numéro sous lequel elles sont versées, et l'ajout de certaines autres, telle que le code APE. Une des nouveautés concerne les mentions relatives au financement du système français de protection sociale. Désormais, les cotisations patronales et salariales seront regroupées selon les risques couverts : santé, accident du travail et maladie professionnelle, retraite, famille et chômage.

- **La possible dématérialisation du bulletin de paie**

Si jusqu'à présent, l'employeur devait par principe remettre le bulletin de paie aux salariés sous format papier, il pourra dès le 1^{er} janvier 2017 le remettre sous forme électronique.

Actuellement, les bulletins de paie ne pouvaient être remis sous forme électronique que si les salariés concernés avaient donné leur accord.

La règle de principe sera inversée à compter du 1^{er} janvier 2017. En effet, la **loi Travail du 8 août 2016**, prévoit que la remise du bulletin de paie pourra se faire sous forme dématérialisée sauf en cas d'opposition du salarié.

Cette éventuelle opposition du salarié devra être plutôt faite par écrit dans la mesure où sans demande formelle le support écrit pourra être validé.

Cependant, il convient de préciser que la remise sous forme dématérialisée devra se faire « *dans des conditions de nature à garantir l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité des données* ». Les salariés pourront accéder à la version numérique de leur bulletin de paie via une plateforme de services en ligne sécurisée.

Si des coûts sont forcément à prévoir pour les employeurs en vue de mettre en place ces services en ligne, le gouvernement espère cependant que les entreprises seront attirées par les économies à attendre d'une telle réforme notamment en termes de *diminution des coûts de traitement, des frais d'envoi et en supprimant certaines surfaces de stockage*.

A rapprocher : Article L. 3243-2 du Code du travail relatif à la remise du bulletin de paie au salarié

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Nature de la garantie de paiement : obligation de faire ou mesure conservatoire ?

Cass. civ. 3^{ème}, 13 octobre 2016, n°15-14.445

Ce qu'il faut retenir :

La fourniture de la garantie de paiement due à l'entrepreneur par le maître d'ouvrage est une mesure conservatoire qui peut être ordonnée par le juge de la mise en état.

Pour approfondir :

Un entrepreneur assigne le maître d'ouvrage en paiement du solde de son marché et de pénalités de retard et saisit en parallèle le juge de la mise en état du tribunal d'une demande de fourniture par le maître d'ouvrage de la garantie de paiement légalement due en application de l'article 1799-1 du Code civil. Le juge de la mise en état fait droit à la demande de l'entrepreneur et condamne le maître d'ouvrage à la fourniture de cette garantie sous astreinte.

Le maître d'ouvrage forme un appel-nullité de l'ordonnance, arguant du fait que le juge de la mise en état, en ordonnant la délivrance de cette garantie de paiement, a excédé les pouvoirs qu'il tient de l'article 771 du Code de procédure civile et qui sont strictement énoncés :

- statuer sur une exception de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance,
- allouer une provision pour le procès,
- accorder une provision au créancier,
- ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires,
- ordonner, même d'office, toutes mesures d'instruction.

Pour le maître d'ouvrage, l'obliger à fournir à l'entreprise une garantie de paiement s'analyse en une obligation de faire qui n'entre pas dans les pouvoirs accordés au juge de la mise en état par les textes.

La Cour de cassation a, au contraire, approuvé la Cour d'appel d'avoir considéré que « la garantie de paiement qui peut être sollicitée à tout moment y compris en fin de chantier et tant que le marché n'est pas soldé, ne s'analyse pas en une obligation de faire (...) mais en une mesure conservatoire destinée à préserver les intérêts de la société F. qui a exécuté son marché dont elle sollicite le paiement intégral » et que le juge de la mise en état avait donc tout pouvoir pour l'ordonner. Cet arrêt est une nouvelle manifestation de la force et de l'importance de la garantie de paiement dans les marchés de travaux, devant être fournie par le maître d'ouvrage et destinée à garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues au titre de son marché. La jurisprudence a déjà précisé que cette garantie pouvait être sollicitée à tout moment, et même une fois que les travaux ont été exécutés par l'entrepreneur.

Cet arrêt vient souligner le caractère protecteur d'une telle garantie financière, destinée à préserver les intérêts de l'entrepreneur.

Ces décisions n'ont rien de surprenant dès lors que l'article 1799-1 du Code civil a un caractère d'ordre public. Il est en revanche plus surprenant que les maîtres d'ouvrage s'affranchissent très fréquemment de cette obligation en la passant sous silence dans les contrats, compte tenu des nombreuses occasions de mise en œuvre offertes à l'entrepreneur.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2016, n° 15-19.648

Recours au juge des loyers commerciaux pour la fixation d'un loyer binaire de renouvellement
Cass. civ. 3^{ème}, 3 novembre 2016, n°15-16.826 et 15-16.827

Ce qu'il faut retenir :

La stipulation selon laquelle un loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le loyer minimum garanti à la valeur locative.

Pour approfondir :

Par deux arrêts de censure partielle en date du 3 novembre 2016, la Cour de cassation redistribue les cartes en matière de fixation judiciaire de la partie fixe d'un loyer binaire à l'occasion du renouvellement du bail. Le loyer binaire, également appelé « loyer clause-recettes », notamment utilisé au sein des centres commerciaux, se caractérise par l'existence d'un loyer minimum garanti et d'un loyer variable additionnel calculé sur la base du chiffre d'affaires du locataire. Néanmoins, parce que le statut des baux commerciaux envisage un prix unique et non un loyer composite, la jurisprudence considère que ce mode de fixation du loyer échappe aux dispositions statutaires (et donc à la compétence du juge des loyers commerciaux) et n'est régi que par la convention des parties (**Cass. civ. 3^{ème}, 15 mai 1991, n°89-20.847**). En l'espèce, deux locaux commerciaux situés dans un centre commercial avaient été donnés à bail pour une durée de dix ans, moyennant un loyer de base minimum ainsi qu'un loyer additionnel représentant 8 % du chiffre d'affaires du preneur. Les baux prévoyaient notamment, en cas de renouvellement que, « dans les termes et conditions de la législation en vigueur, le loyer de base sera fixé selon la valeur locative telle que déterminée par les articles 23 à 23-5 du décret du 30 septembre 1953 ou tout autre texte qui lui sera substitué » et qu'« à défaut d'accord, le loyer de base sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur ».

La Cour d'appel d'Aix en Provence avait rejeté les deux demandes de saisine du juge des loyers commerciaux en fixation de la valeur du loyer minimum garanti formées par le bailleur au motif que l'existence d'une clause de loyer binaire induit une incompatibilité avec les règles statutaires relatives à la fixation du loyer puisque celui-ci, dans un tel bail, n'est pas fixé selon les critères définis à l'article L. 145-33 du Code de commerce que le juge des loyers commerciaux a l'obligation d'appliquer. Le bailleur a alors formé un pourvoi en cassation contre chacune de ces décisions de rejet. Aux termes de deux attendus identiques dénués d'ambiguïté, la Haute juridiction a estimé que « la stipulation selon laquelle un loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative » et que « le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33 du Code de commerce, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle ». A travers ces deux décisions, la Haute juridiction énonce que le juge des loyers commerciaux, saisi d'une telle demande, peut se prononcer sur la fixation de la partie fixe d'un loyer binaire lors du renouvellement du bail, conformément à la volonté des parties, tout en tenant compte de la stipulation concernant la part variable du bail.

A rapprocher : Article L. 145-33 du Code de commerce ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 mai 1991, n°89-20.847

PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

Épuisement du droit sur la marque et règles de preuve

Cass. com., 8 novembre 2016, n°15-12.229

Ce qu'il faut retenir :

L'épuisement du droit sur la marque, exception au droit exclusif du titulaire de la marque, obéit à des

règles de preuve particulière rappelées par la Cour de cassation dans cet arrêt.

Pour approfondir :

L'épuisement du droit sur la marque a été consacré par le législateur français en 1991, sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, à l'article L.713-4 du Code de la propriété intellectuelle qui est ainsi rédigé : « Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté économique européenne ou dans l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement. Toutefois, faculté reste alors ouverte au propriétaire de s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits ». Cette exception au droit sur la marque consiste à considérer que le titulaire du droit sur la marque ne peut plus se fonder sur ce droit pour s'opposer à la circulation des produits qu'il a mis dans le commerce dans l'espace économique européen. Une fois cette mise en circulation effectuée, les produits doivent circuler librement. La mise en œuvre de cette règle suppose que soient réunies les conditions suivantes : le produit doit avoir été mis dans le commerce, par le titulaire du droit ou avec son consentement, et ce dans l'EEE. La jurisprudence a précisé que le principe est que c'est à celui qui se prévaut de l'épuisement d'en rapporter la preuve mais que la charge de la preuve peut être renversée en cas de risque réel de cloisonnement des marchés (risque que celui qui entend s'en prévaloir doit prouver). Le renversement de la charge de la preuve tend à permettre à la personne qui se prévaut de l'épuisement de ne pas révéler sa source d'approvisionnement afin de ne pas la tarir.

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans cette affaire qui opposait le titulaire d'une célèbre marque pour désigner des articles chaussants et son licencié à la société qui vendait des produits marqués. Le fournisseur de cette dernière est intervenu à la procédure et a appelé dans la cause son propre fournisseur. En défense à l'action en contrefaçon, ces trois sociétés entendaient se prévaloir de l'épuisement du droit sur la marque pour tenir en échec l'action en contrefaçon exercée à leur encontre afin de les empêcher de vendre, sans autorisation spécifique, les produits revêtus de la marque prétendument contrefaite.

Dans cet arrêt, après avoir rappelé les règles de l'épuisement du droit sur la marque, la Haute Cour indique que « ... le tiers poursuivi n'a pas d'autre preuve à rapporter que celle de l'épuisement des droits qu'il invoque comme moyen de défense, sauf à démontrer, pour échapper à cette preuve, l'existence d'un risque réel de cloisonnement des marchés nationaux ». Aussi, il ne peut être fait grief aux juges d'appel d'avoir retenu qu'il incombait aux demandeurs à l'action en contrefaçon de rapporter la preuve de l'absence d'authenticité des produits pour tenir en échec le reversement de la charge de la preuve de l'épuisement. On retiendra donc que l'exception au droit sur la marque est soumise, par principe, à la règle selon laquelle il incombe à celui qui s'en prévaut d'en rapporter la preuve, une exception à cette règle de preuve étant prévue lorsqu'il est établi qu'il existe un risque de cloisonnement des marchés. Si la règle concerne les produits authentiques, lorsque le demandeur à l'action en contrefaçon conteste le caractère authentique des produits en cause c'est à lui d'en rapporter la preuve.

L'exception au droit sur la marque présente une importance particulière notamment pour lutter contre la distribution de produits authentiques hors réseau. Elle obéit à des conditions probatoires spécifiques comme l'illustre l'arrêt commenté.

A rapprocher : article L.713-4 du Code de la propriété intellectuelle

Marque tridimensionnelle : le sort de la marque Rubik's Cube
 CJUE, 10 novembre 2016, aff. C-30/15

Ce qu'il faut retenir :

Cet arrêt constitue une étape importante dans le parcours devant les instances européennes de la marque tridimensionnelle Rubik's Cube dont la validité est contestée et le sort final encore incertain.

Pour approfondir :

En 1999, une société britannique avait déposé une forme cubique – le célèbre Rubik's Cube – à titre de marque devant l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO).

En 2006, une demande d'annulation de cette marque tridimensionnelle avait été introduite aux motifs que celle-ci comportait une solution technique consistant dans sa capacité de rotation, ce qui excluait sa protection à titre de marque. Le TPIUE avait rejeté ce recours, adoptant ainsi la même position que la division d'opposition de l'EUIPO, en considérant que la forme cubique en cause ne comporte pas une fonction technique qui excluait sa protection à titre de marque. La Cour va adopter une position différente de celle du Tribunal et annuler la décision objet du recours qui a approuvé l'enregistrement de la forme en cause comme marque tridimensionnelle.

La décision est rendue au regard du **Règlement CE du Conseil n°40/94 du 20 décembre 1993** sur la marque communautaire (applicable en l'espèce) en particulier son article 7, e) relatif aux marques tridimensionnelles qui prévoit que sont refusés à l'enregistrement :

- « Les signes constitués exclusivement :
- i) par la forme imposée par la nature même du produit,
 - ou
 - ii) par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique,
 - ou
 - iii) par la forme qui donne une valeur substantielle au produit ».

Dans cette affaire, était en particulier concerné le point ii) puisqu'il s'agissait de déterminer si le signe en cause était exclusivement composé d'une forme nécessaire à l'obtention d'un résultat technique.

La Cour va rappeler que ce texte vise à empêcher que le droit des marques aboutisse à conférer à une entreprise un monopole sur des solutions techniques ou des caractéristiques utilitaires d'un produit.

Selon la Cour, l'application du texte implique d'identifier les caractéristiques essentielles du signe tridimensionnel en cause : en l'espèce, il s'agit d'un cube et d'une structure en grille figurant sur chacune des faces de ce cube. Restait donc à déterminer si ces caractéristiques répondent à une fonction technique du produit.

Afin de mener cette recherche, la Cour indique qu'il convient de mener une analyse spécifique au produit concerné et reproche au Tribunal de ne pas avoir procédé à cette analyse en prenant en considération les éléments supplémentaires ayant trait à la fonction du produit en cause.

En particulier, la Cour fait grief au Tribunal de s'être uniquement fondé sur la représentation graphique du signe reproduit dans le dépôt de la marque, sans tenir compte d'éléments supplémentaires, tels que la capacité de rotation (grâce à un mécanisme interne invisible du cube) d'éléments individuels d'un puzzle à trois dimensions. Le Tribunal en avait déduit – à tort selon la Cour – que le fait que la structure a pour effet de diviser visuellement chaque face de ce cube en neuf éléments carrés de même dimension ne saurait constituer une telle fonction. Ainsi, le sort de la marque tridimensionnelle n'est pas encore réglé : en raison de l'annulation des décisions de la division d'opposition de l'EUIPO et du Tribunal ayant validé l'enregistrement de la forme en cause, l'EUIPO devra procéder à une nouvelle analyse en appliquant les règles dégagées dans cet arrêt. Affaire à suivre.

A rapprocher : Règlement CE du Conseil n°40/94 du 20 décembre 1993 ; Communiqué de presse de la CJUE du 10 novembre 2016

DROIT DE LA SANTE

Absence de responsabilité d'une SCM et obligation d'information du praticien

Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 2016, n°15-16.894

Ce qu'il faut retenir :

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation s'est prononcée sur deux points, l'un concernant l'inapplicabilité à une Société Civile de Moyen du régime de responsabilité de plein droit en matière d'infection nosocomiale, l'autre sur l'obligation d'information d'un praticien concernant un risque grave scientifiquement connu et qui ne se réalise qu'exceptionnellement.

Pour approfondir :

Concernant les infections nosocomiales, l'article L.1142-1, I, du CSP dispose que tous « les établissements, services et organismes [dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins] sont responsables des

dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

En matière d'obligation d'information, l'article L.1111-2 du Code de la santé publique précise que l'information devant être délivrée au patient sur son état de santé « porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles ».

La jurisprudence a précisé qu'il appartenait au médecin d'informer son patient du risque d'infection nosocomiale en lien avec l'intervention pratiquée (Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n°08-21-058).

En l'espèce, un patient a présenté une arthrite septique d'origine nosocomiale à la suite d'une arthrographie de l'épaule, réalisée par un radiologue exerçant son activité à titre libéral au sein d'un centre de radiologie dont la forme juridique est une société civile de moyens (SCM). Il a assigné en responsabilité le médecin, le centre de radiologie et leur assureur. L'arrêt du 12 octobre 2016 s'est d'abord prononcé sur la question de la responsabilité du centre de radiologie. Pour rendre sa décision, la Cour de cassation s'est fondée sur l'article 36 de la loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles et a rappelé la position qu'elle avait adoptée dans une décision du 12 juillet 2012 (Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17.072) à savoir « qu'une SCM ayant pour objet exclusif de faciliter à chacun de ses membres l'exercice de sa profession, sans possibilité de l'exercer elle-même, ne constitue pas l'une des structures auxquelles s'applique un régime de responsabilité de plein droit pour les infections nosocomiales qui y sont survenues ».

Ainsi, la Haute juridiction considère, à la différence de la position adoptée par les juges du fond, qu'une SCM qui n'exerce pas l'activité litigieuse mais en facilite uniquement l'exercice ne peut voir sa responsabilité engagée. Concernant le praticien et l'obligation d'information auquel il est tenu, la Cour de cassation rappelle qu'il convient de distinguer les risques « fréquents » et « graves ». Ainsi, « un risque grave scientifiquement connu à la date des soins comme étant en rapport avec l'intervention ou le traitement envisagés, constitue, même s'il ne se réalise qu'exceptionnellement, un risque normalement prévisible » dont il faut informer le patient.

A rapprocher : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17.072

**Hospitalisation psychiatrique sans consentement :
l'ordonnance du JLD purge les irrégularités**
Cass. civ. 1^{ère}, 19 octobre 2016, n°16-18.849

Ce qu'il faut retenir :

Après l'autorisation de maintien de la mesure d'admission en soins psychiatriques sans consentement, prononcée par le juge des libertés et de la détention, aucune irrégularité de la procédure d'admission, antérieure à l'audience, ne peut être soulevée à l'occasion d'une demande ultérieure de mainlevée.

Pour approfondir :

En l'espèce, une personne a été admise en soins psychiatriques sans consentement sous le régime de l'hospitalisation complète, en application d'une décision du directeur d'établissement prise sur le fondement de l'article L.3212-3 du code de la santé publique qui précise qu'en cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade, le directeur peut interner la personne à la demande d'un tiers. Le juge de la liberté et de la détention (JLD) a autorisé le maintien de cette hospitalisation. Suite à cette décision, la patiente a formé une demande de mainlevée de la mesure aux motifs que les deux certificats médicaux accompagnant la décision du directeur d'établissement avaient été dressés par deux médecins exerçant dans l'établissement d'accueil alors qu'il ressort de l'article L.3212-1 du code de la santé publique que « *le premier certificat médical ne peut être établi que par un médecin n'exerçant pas dans l'établissement accueillant le malade* ». Cette demande de mainlevée a été rejetée en première instance et en appel. Le pourvoi formé par la patiente qui invoquait notamment une violation de l'article L.3212-1 du Code de la santé publique, a également été rejeté. En effet, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 19 octobre 2016, a considéré qu'« *à peine d'irrecevabilité, prononcé d'office, aucune irrégularité de la procédure de soins psychiatriques sans consentement, antérieure à une audience à l'issue de laquelle le JLD se prononce sur la mesure, ne peut être*

soulevée lors d'une instance ultérieure devant ce même juge ».

La saisine du JLD aux fins d'autorisation de la poursuite d'une hospitalisation psychiatrique sous contrainte, en application de l'article L.3211-12-1 du Code de la santé publique, a donc pour effet de purger les irrégularités ou nullités et permettre ainsi la régularisation de la procédure antérieure.

En d'autres termes, les irrégularités de la procédure relative à l'internement d'une personne sans son consentement, antérieures à l'audience devant le JLD, doivent être soulevées lors de la discussion sur le maintien de la mesure d'hospitalisation devant ce juge et non ultérieurement.

En conséquence, en cas de demande ultérieure de mainlevée, le patient ne pourra invoquer à l'appui de sa demande que des éléments relatifs à l'évolution de son état de santé qui ne justifieraient plus les modalités de soins sous contrainte mises en œuvre.

A rapprocher : Article L.3211-12-1 du Code de la santé publique

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

**Signification d'acte de procédure au lieu du principal
établissement de la personne morale**
Cass. civ. 1^{ère}, 12 octobre 2016, n°15-14.896

Ce qu'il faut retenir :

La notification d'un acte de procédure destinée à une personne morale de droit privé pouvant être faite au lieu de son principal établissement, l'huissier instrumentaire n'est pas tenu de se présenter au siège social pour parvenir à une signification à personne.

Pour approfondir :

Deux sociétés ont conclu un bail commercial portant sur des locaux dans lesquels était exploitée une discothèque.

Face aux impayés du preneur, le bailleur a fait délivrer par huissier un commandement de payer les loyers arriérés, en visant la clause résolutoire insérée dans le bail.

Sans réponse du preneur, le bailleur a assigné son locataire aux fins de constatation de l'acquisition de la clause résolutoire et paiement de diverses sommes.

Le preneur a soutenu que le commandement de payer, l'assignation et la procédure subséquente étaient entachés de nullité, la signification de ces actes ayant été faite par l'huissier au lieu de l'établissement principal de la personne morale, et non au lieu de son siège social.

La Cour d'appel a rejeté les demandes en nullité du preneur, lequel s'est pourvu en cassation. Au soutien de son pourvoi, le preneur a soutenu que la signification d'actes de procédure à personne morale devait être faite au lieu de son siège social, et non au lieu d'un de ses établissements, sans effectuer aucune diligence au siège social. En l'espèce, la discothèque exploitée dans les locaux donnés à bail était fermée la journée lorsque la signification a été effectuée. Le preneur reprochait donc à l'huissier de ne pas avoir procédé à la signification des actes au lieu du siège social de la société.

La Cour de cassation rejette la position du preneur, en précisant que la notification destinée à une personne morale de droit privé est faite au lieu de son établissement et que l'huissier instrumentaire n'est pas tenu de se présenter au siège social pour parvenir à une signification à personne. En l'espèce, ayant constaté que son principal établissement était situé à Bourges, où était exploitée la discothèque objet du litige, la cour en a justement déduit que les significations avaient été valablement délivrées au lieu du principal établissement du preneur et étaient régulières en la forme.

Cette décision renvoie à la notion d'établissement mentionnée à l'article 690 du Code de procédure civile, qui prévoit que la notification destinée notamment à une personne morale de droit privé est faite « au lieu de son établissement ». Lorsque l'activité n'est pas exercée au lieu du siège social, la Cour de cassation applique la théorie « des gares principales », en retenant que la signification à une personne morale ayant plusieurs établissements peut être adressée au lieu d'un de ses établissements secondaires, notamment au lieu de l'établissement dans lequel le litige a pris naissance.

A rapprocher : Cass. soc., 5 février 1997, n°94-40.653

Abstention d'appel incident et irrecevabilité de l'appel principal de l'intimé

Cass. civ. 2^{ème}, 13 octobre 2016, n°15-25.926

Ce qu'il faut retenir :

Du fait de son abstention à conclure et former éventuellement appel incident dans le délai prévu à l'article 909 du Code de procédure civile, alors que cette voie de recours lui était ouverte dans les conditions prévues à l'article 550 du Code de procédure civile, la banque n'était pas recevable à relever ensuite appel principal du jugement précédemment attaqué, la date de la signification de ce dernier étant indifférente.

Pour approfondir :

Dans une affaire opposant une banque à un emprunteur, ce dernier a interjeté appel le 25 mars 2014 d'un jugement rendu en première instance le 7 mars 2014 et notifié le 16 juin 2014 ses conclusions d'appel à la banque.

Cette notification a ainsi fait courir à l'égard de la banque le délai de deux mois ouvert à l'intimé, en application de l'article 909 du Code de procédure civile, pour conclure et former éventuellement appel incident, ce dont la banque s'est abstenue. Parallèlement, l'établissement de crédit a, par déclaration d'appel du 12 septembre 2014, interjeté appel du jugement l'opposant à l'emprunteur.

Relevant que la banque n'avait pas conclu ni formé appel incident du jugement du 7 mars 2014 dans le délai de deux mois ayant commencé à courir le 16 juin 2014, la Cour d'appel a déclaré l'appel de la banque irrecevable.

L'établissement de crédit s'est pourvu en cassation, en soutenant que la partie intimée, qui désire poursuivre la réformation ou l'annulation d'un jugement n'est pas tenue de former appel incident mais peut également interjeter un appel principal à condition de respecter le délai légal suivant la signification de la décision.

La Cour de cassation s'oppose à cette argumentation.

La deuxième chambre civile retient que, du fait de son abstention à conclure et former éventuellement appel incident dans le délai prévu à l'article 909 du Code de procédure civile, alors que cette voie de recours lui était ouverte dans les conditions prévues à l'article 550 du Code de procédure civile, la banque n'était pas recevable à relever ensuite appel principal du jugement précédemment attaqué.

La Cour précise en outre que la date de signification du jugement est indifférente.

A rapprocher : Cass. civ. 2^{ème}, 28 mai 2003, n°01-12.177

DROIT FISCAL – TVA

Plafonnement de l'ISF : une nouvelle clause anti-abus Article 4 du projet de loi de finances pour 2017

Ce qu'il faut retenir :

Afin de lutter contre les détournements du plafonnement de l'ISF, le projet de loi de finances pour 2017 prévoit d'introduire une clause anti-abus visant les redevables de l'ISF qui réduisent leur ISF en abaissant artificiellement les revenus retenus dans le calcul du plafonnement via l'utilisation d'une société holding patrimoniale

Pour approfondir :

Codifié à l'article 885 V bis du CGI, le dispositif de plafonnement de l'ISF a pour but d'éviter qu'un contribuable ne soit redevable d'une charge d'impôt au titre de l'ISF et de l'impôt sur le revenu supérieure à 75 % de ses revenus de l'année précédente. Ce dispositif a déjà fait l'objet de plusieurs tentatives de modifications par le législateur, censurées par le juge constitutionnel :

- Cons. const., déc. 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, Loi de finances pour 2013,
- Cons. const., déc. 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, Loi de finances pour 2014.

Ces diverses tentatives de modifications visaient à inclure dans les revenus pris en compte pour le calcul du plafonnement des sommes qui ne correspondent pas à des bénéfices ou revenus que le contribuable a réalisés ou dont il a disposé au cours de l'année : la variation de la valeur de rachat des bons ou contrats de capitalisation, des contrats d'assurance vie, ainsi que des instruments financiers de toute nature visant à capitaliser des revenus ou encore les plus-values ayant donné lieu à sursis d'imposition et les gains ayant donné lieu à report d'imposition, etc.

Le Gouvernement propose cette fois, à l'article 4 du projet de loi de finances pour 2017, d'instaurer un mécanisme anti-abus afin, selon l'exposé des motifs du projet de loi, de combattre certaines « stratégies d'optimisation fiscale abusive détournant de sa finalité » le dispositif de plafonnement de l'impôt sur la fortune.

L'exposé des motifs précise que la mesure proposée vise les montages par lesquels « certains redevables diminuent leurs facultés contributives (revenus imposables) par capitalisation des revenus de capitaux mobiliers dans une société holding patrimoniale interposée (cash box) », les dépenses courantes étant assurées par l'utilisation de liquidités ou de l'épargne disponible, voire par recours à l'emprunt.

Plus précisément, le projet prévoit d'inclure dans les revenus servant au calcul du plafonnement, les revenus distribués à une société passible de l'impôt sur les sociétés contrôlée par le redevable « si l'existence de cette société et le choix d'y recourir ont pour objet principal d'éviter tout ou partie de l'impôt de solidarité sur la fortune, en bénéficiant d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité [du plafonnement] ».

La réintégration concernerait seulement « la part des revenus distribués correspondant à une diminution artificielle des revenus pris en compte pour le calcul prévu à l'alinéa précédent ».

Le dispositif anti-abus proposé en matière de plafonnement de l'ISF par l'article 4 du projet de loi de finances pour 2017 réunit ainsi les deux critères traditionnels que sont l'élément matériel et l'élément intentionnel, permettant de caractériser un abus de droit, prévu à l'article L. 64 du Livre de Procédures Fiscales mais sans en reprendre les termes.

Le critère matériel, c'est-à-dire la recherche du « bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs », est ainsi devenu la contrariété à l'objet ou à la finalité du dispositif du plafonnement. Pour le critère intentionnel, le but exclusivement fiscal s'est transformé en but principalement fiscal en ces termes (« *objet principal d'éviter tout ou partie de l'impôt de solidarité sur la fortune* »).

Pour l'heure, en l'absence d'entrée en vigueur spécifique prévue par le texte, cette clause anti-abus devrait s'appliquer à l'ISF dû à compter de 2017. Selon Bercy, la mesure devrait avoir un rendement de 50 millions d'euros dès 2017.

INTERNATIONAL

L'incompatibilité des mesures d'instruction en France avec le secret professionnel aux États-Unis
Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2016, n°15-20.495

Ce qu'il faut retenir :

Une mesure d'instruction ordonnée en France fait obstacle à l'application des dispositions relatives au secret professionnel et au secret des affaires prévues par une loi américaine.

Pour approfondir :

Dans l'affaire en cause, la société Metabyte dont le siège social est aux États-Unis avait saisi par voie de requête le Président du Tribunal de commerce de Nanterre d'une demande relative à une mesure d'instruction. Cette mesure sollicitée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile permet de réunir des preuves de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige et ce avant tout procès.

Cette demande portait ainsi sur la remise de documents sur support informatique appartenant aux sociétés du groupe Technicolor parties à l'instance qui refusaient de communiquer les documents et les plaçaient sous séquestre. Suite à ce désaccord une procédure a été engagée entre les deux parties.

Tant les juges du fond que ceux de la cour d'appel ont fait droit aux demandes de communication des documents initiées par la société Metabyte. Les sociétés Technicolor ont formé un pourvoi en cassation en invoquant une violation des règles d'ordre public en droit américain instaurant le secret professionnel et un privilège de confidentialité (« *legal privilege* »).

Cette loi permet de déclarer qu'une mesure d'instruction n'est pas légalement admissible lorsque se présente une situation où la confidentialité des correspondances entre conseils internes et externes est violée.

De plus, à leur sens la mise sous séquestre des documents confidentiels jusqu'au procès permet de préserver les intérêts des parties et de prévenir une éventuelle atteinte au secret professionnel protégé par la loi américaine. Dans cette affaire, plusieurs points retiennent notre attention.

Concernant la loi applicable :

La première chambre civile de la cour de cassation affirme que la loi française est applicable dans la mesure où la mise en œuvre des mesures d'instructions a été formée sur le territoire français.

Par conséquent, les dispositions du code de procédure civile sont applicables. Ainsi les mesures d'instructions sollicitées par la société Metabyte qui s'analysaient en des mesures de constatation, sont légalement admissibles puisqu'elles sont conformes à ces dispositions (article 249 du code de procédure civile) selon la Cour.

Concernant l'absence d'atteinte à la confidentialité des correspondances :

Par ailleurs, la Cour de cassation estime qu'il n'y avait pas non plus d'atteinte au secret des correspondances entre avocats ou entre un avocat et son client.

Les documents litigieux avaient été échangés par des juristes qui n'avaient pas la qualité d'avocat au sens du droit français.

La Cour de cassation fait ainsi dans cette espèce une application stricte des textes nationaux et relève l'absence d'atteinte quant à la confidentialité des correspondances.

Concernant l'articulation des dispositions de l'article 145 du code procédure civile avec le secret professionnel à l'étranger :

Le secret des affaires et le secret professionnel tels que prévus par la loi américaine ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile.

La seule réserve à la communication des documents séquestrés tient au respect du secret des correspondances entre avocats ou entre un avocat et son client édicté par la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971.

A rapprocher : Cass, civ 1^{ère}, 3 novembre 2016, n°15-20.495.

Le contrôle du Conseil d'Etat sur une sanction rendue en matière d'arbitrage international
CE, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, req. n°388806

Ce qu'il faut retenir :

Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des recours dirigés contre une sentence arbitrale internationale. Il précise le contrôle qu'il est amené à exercer sur une sentence en arbitrage international est limité et ne porte que sur certains éléments.

Pour approfondir :

Pour la première fois le Conseil d'Etat est amené à déterminer le contrôle qu'il est amené à exercer lorsqu'il se trouve confronté à une sentence rendue en matière d'arbitrage international. Dans l'espèce, en 2001 Gaz de France, qui était encore un établissement public a conclu un contrat avec un groupement de sociétés pour la construction d'un terminal méthanier. Ce contrat a ensuite été cédé par Gaz de France à la société Fosmax LNG. Les cocontractants avaient décidé par avenant, que tout différend relatif à leur contrat serait tranché par une juridiction arbitrale. Durant la relation contractuelle un litige survient et la juridiction arbitrale condamne la société Fosmax LNG. Cette société forme un recours en annulation de la décision devant le Conseil d'Etat, dont la compétence avait été déterminée par le Tribunal des Conflits dans une précédente décision (TC, 11 avril 2016 n°4043).

Le Conseil d'Etat va ainsi lors de cette affaire inédite déterminer l'étendue de son contrôle et de ses limites.

Le contrôle doit donc porter sur les éléments suivants :

- la possibilité de soumettre le litige à l'arbitrage. Le Conseil d'Etat doit s'assurer que la convention d'arbitrage est licite, et qu'elle comporte une clause compromissoire ou qu'il s'agisse d'un compromis ;
- veiller à ce que les moyens soulevés devant lui tiennent en des moyens tirés des conditions d'irrégularités de la sentence rendue. A savoir la compétence du tribunal arbitral, sa correcte composition, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges, le caractère contradictoire et la motivation de la sentence ;
- s'assurer que la sentence rendue n'est pas **contraire à l'ordre public**. Les juges doivent vérifier que le contrat n'est pas entaché d'un vice d'une particulière gravité, tel un vice du consentement ou qu'il n'est pas contraire à une règle d'ordre public à laquelle les personnes publiques ne peuvent déroger.

Dans l'espèce, les juges estiment que la sentence avait été régulièrement rendue. En revanche, ils retiennent que l'arbitre a méconnu une règle d'ordre public et annulent partiellement la sentence. Les arbitres avaient effectivement appliqué une règle de droit privé alors que le contrat était un contrat administratif et donc soumis aux règles de droit public. La sentence n'est ainsi annulée que sur un point précis dans la mesure où elle a méconnu une règle d'ordre public, selon laquelle le maître de l'ouvrage peut procéder lui-même aux travaux si son cocontractant méconnaît ses obligations et aux frais de ce dernier.

Toutefois, le Conseil d'Etat rappelle qu'il ne peut régler l'affaire au fond lui-même, sauf convention contraire ou accord des parties, mais ne peut qu'annuler ou rejeter une sentence arbitrale.

A rapprocher : CE 9 novembre 2016, n°388806

ACTUALITÉ

NOVEMBRE - DECEMBRE 2016

ACTUALITÉ IMMOBILIÈRE DE L'ANNÉE 2016

Intervenants : BENOIT RAIMBERT, ISABELLE ROBERT-VEDIE ET AMELIE PINÇON

15 décembre 2016 – Paris

[*En savoir plus – S'inscrire*](#)

NUIT DE L'ÉCONOMIE ET DES TROPHÉES « PRÉSENCES » 2016

Participation de JEAN-CHARLES SIMON et ÉLISE GUILHAUDIS

8 décembre 2016 – Grenoble

[*En savoir plus*](#)

L'INNOVATION DIGITALE AU SERVICE DU RETAIL

Intervenant : MATTHIEU BOURGEOIS

6 décembre 2016 – Paris

[*En savoir plus*](#)

COLLOQUE DE LA COMMISSION STATUT PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Intervenant : JACK DEMAISON

1^{er} décembre 2016 – Paris

[*En savoir plus*](#)

DATA ET RETAIL : ENJEUX BUSINESS ET ASPECTS JURIDIQUES

Intervenants : FRANÇOIS-LUC SIMON et MATTHIEU BOURGEOIS

1^{er} décembre 2016 – Paris

[*En savoir plus*](#)

SALON DES ENTREPRENEURS

Intervenant : GAËLLE TOUSSAINT-DAVID

24 novembre 2016 – Nantes

[*En savoir plus*](#)

LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS

Formation animée par : SOPHIE NAYROLLES

18 novembre 2016 – Montpellier

[*En savoir plus*](#)