



RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

FÉVRIER 2020

SOMMAIRE

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

Réseau SIMON Avocats

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

Conventions transnationales

www.simonavocats.com

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS L'augmentation excessive de la rémunération des cogérants majoritaires d'une SARL est constitutive d'un cas d'abus de majorité Cass. com., 15 janvier 2020, n°18-11.580 Procédure de reprise des actes passés pour une société en formation et clause de substitution Cass. com., 15 janvier 2020, n°17-28.127	p. 2 p. 3
ENTREPRISES EN DIFFICULTE La clause de nantissement de compte bancaire à l'épreuve des procédures collectives Cass. com., 22 janvier 2020, n°18-21.647 Soutien abusif d'une banque et répartition en fonction du rang Cass. com., 22 janvier 2020, n°18-20.362	p. 4 p. 5
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX Résolution du contrat : La restitution du prix s'effectue toutes taxes comprises Cass. com., 8 janvier 2020, n°18-17.895 Exécution de bonne foi et résiliation abusive CA Paris, 21 février 2020, RG n°18/01620	p. 6 p. 7
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION Contrat de franchise et droit du travail CA Limoges, 3 février 2020, n°18/01198 Concurrence déloyale : évaluation du préjudice résultant de pratiques commerciales trompeuses Cass. com., 12 février 2020, n°17-31.614	p. 8 p. 10
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES Action en requalification et délai de prescription Cass. soc., 29 janvier 2020, n°18-15.359 Présomption de discrimination en cas de licenciement après une alerte de burn-out Cass. soc., 5 février 2020, n°18-22.399, Inédit	p. 11 p. 12
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME Baux commerciaux : la saga de l'annulation des clauses d'indexation Cass. civ. 3 ^{ème} , 6 février 2020, n°18-24.599, Publié au bulletin Baux commerciaux : le lissage Pinel (10 %) est-il constitutionnel ? Le Conseil constitutionnel est saisi Cass. civ. 3 ^{ème} , 6 février 2020, n°19-86.945	p. 13 p. 15
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES Recours administratif à l'encontre d'un brevet d'invention : publication de l'ordonnance n°2020-116 Ordonnance n°2020-116 du 12 février 2020 portant création d'un droit d'opposition aux brevets d'invention La reconnaissance faciale : un enjeu de société pour le citoyen européen Commission Européenne, 19 février 2020, Livre blanc consacrée à l'intelligence artificielle	p. 16 p. 18
PROCÉDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION Recevabilité de l'action en répétition de l'indu, même en l'absence de contestation de la saisie attribution Cass. civ. 2 ^{ème} , 30 janvier 2020, n°18-28.922 Suspension du délai de péremption : impossibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à accélérer le déroulement de l'instance Cass. civ. 2 ^{ème} , 30 janvier 2020, n°18-25.012	p. 20 p. 21
DROIT PÉNAL Les pratiques commerciales trompeuses relatives aux jeux de hasard Cass. crim., 28 janvier 2020, n°19-80.496	p. 22
DROIT INTERNATIONAL Brexit et période transitoire Actualité	p. 23

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

L'augmentation excessive de la rémunération des cogérants majoritaires d'une SARL est constitutive d'un cas d'abus de majorité

Cass. com., 15 janvier 2020, n°18-11.580

Ce qu'il faut retenir :

Selon une jurisprudence constante, il y a abus de majorité lorsque la décision adoptée par le ou les associés majoritaires est contraire à l'intérêt social et a été prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des autres associés. Ces deux critères sont cumulatifs. En l'espèce, l'abus de majorité est caractérisé par l'augmentation substantielle et soudaine de la rémunération des gérants, associés majoritaires, entraînant une chute importante du résultat net comptable de la société sans politique d'investissement corrélative et mettant fin à la politique habituelle de distribution de dividendes aux associés du fait de l'insuffisance de résultat distribuable.

Il importe peu qu'une telle augmentation puisse être justifiée par le décès de l'un des cogérants et qu'elle ne porte pas atteinte à la survie de la société, ceci dans la mesure où elle a été décidée dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires au détriment des minoritaires.

Pour approfondir :

Il ressort d'une jurisprudence constante que l'abus de majorité n'est pas présumé du fait de la seule participation du gérant, associé majoritaire, au vote de la délibération portant sur sa rémunération. La Cour de cassation a, depuis 2010, mis fin à une controverse doctrinale en droit des sociétés en décidant que la rémunération des gérants, associés majoritaires de société à responsabilité limitée, ne procède pas d'une convention réglemantée. Les gérants majoritaires peuvent donc parfaitement prendre part au vote de leur rémunération sans commettre un abus de majorité. Il appartient alors aux membres de la minorité qui se considèrent victimes d'une fixation excessive de la rémunération des gérants majoritaires de SARL de prouver l'abus de droit.

En l'espèce, trois associés se partageaient à parts égales le capital et la cogérance d'une SARL. Par suite du décès de l'un d'entre eux, les deux autres cogérants-associés majoritaires ont décidé, au cours d'une assemblée générale, de substantiellement augmenter leur rémunération. Ce qui eut pour conséquence de faire chuter le résultat net comptable de la société et de mettre fin, faute de résultat suffisant, à la politique habituelle de distribution de dividendes aux associés. Les héritiers du défunt, au nombre de deux et donc minoritaires, ont invoqué un abus de majorité pour obtenir l'annulation de l'assemblée générale en question.

Au cas particulier, la cour d'appel de Reims, dans son arrêt du 31 octobre 2017, a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles les membres de la minorité peuvent attaquer une décision fixant la rémunération des gérants-associés majoritaires sur le fondement de l'abus de majorité. L'arrêt retient que l'abus de majorité n'est pas constitué dès lors que l'augmentation de la rémunération des cogérants-associés majoritaires (i) n'a pas mis en péril la situation de la société, (ii) ne paraît pas excessive au regard du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise, (iii) s'explique par le décès de l'un des cogérants, ayant alors entraîné une augmentation de la charge de travail et le versement du compte courant d'associé au notaire chargé de la succession et, (iv) s'explique par leur départ prochain à la retraite du fait de leur âge.

La Cour de cassation, dans sa **décision rendue le 15 janvier 2020**, a cassé et annulé la décision de la cour d'appel de Reims. Dans un arrêt inédit, elle a pour la première fois illustré un cas d'abus de majorité caractérisé par une augmentation excessive de la rémunération des gérants-associés majoritaires.

Il ressort, en l'espèce, que l'augmentation substantielle de la rémunération des cogérants-associés majoritaires décidée par les associés majoritaires, ayant pour conséquence la chute substantielle du résultat net comptable de la société sans que soit impliquée une quelconque politique d'investissement corrélative et de mettre fin à la politique habituelle de distribution d'importants dividendes aux associés, est contraire à l'intérêt social et favorise uniquement les intérêts des deux associés majoritaires cogérants. L'abus de majorité est donc, en l'espèce, constitué.

A rapprocher : Cass. com., 4 mai 2010, n°09-13.205 ; Cass. com., 4 octobre 2011, n°10-23.398 ; Art. 1240 du Code civil ; Cass. com., 8 janvier 1973, n°71-12.142

Procédure de reprise des actes passés pour une société en formation et clause de substitution
Cass. com., 15 janvier 2020, n°17-28.127

Ce qu'il faut retenir :

L'existence dans un contrat d'une clause prévoyant expressément que la société à constituer se substituera au signataire, corroborée par la substitution effective par celle-ci dans tous les actes d'exécution du contrat, dispense la société et ses fondateurs du respect de la procédure de reprise des actes prévue à l'article 1843 du Code civil.

Pour approfondir :

Jusqu'à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, une société ne jouit pas de la personnalité morale, ce qui entraîne une incapacité de jouissance et d'exercice qui l'empêche d'être partie à des actes. Il est toutefois souvent nécessaire de conclure certains contrats alors que la société est encore en cours de formation, ce qu'envisage expressément l'article 1843 du Code civil : « *Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci* ».

La procédure de reprise est encadrée par la loi ; elle résulte soit de la signature des statuts constitutifs visant en annexe l'acte passé pour le compte de la société, soit d'un mandat spécial donné par les associés à l'un d'eux de conclure l'acte en question, soit enfin d'une décision de reprise adoptée par les associés postérieurement à l'immatriculation. En l'absence de reprise, il n'y a pas de substitution de la société et la personne ayant agi pour cette dernière reste tenue par l'acte. Dans un arrêt rendu le 15 janvier 2020, la chambre commerciale de la Cour de cassation retient toutefois une solution différente.

En l'espèce, dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, l'associé fondateur et gérant de la société concernée demandait qu'il soit jugé qu'il était le seul titulaire du droit au bail dont la société bénéficiait. Il soutenait que la société ne pouvait pas être partie au bail dès lors qu'aucune des procédures de reprise rappelées ci-dessus n'avait été suivie. Dans son arrêt, la Cour de cassation constate que le contrat de bail mentionne qu'il est signé par le fondateur « *pour le compte d'une société à constituer devant se substituer, qui aura pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce dans les locaux loués* », exprimant ainsi l'accord non équivoque du bailleur et du signataire de voir l'engagement souscrit par ce dernier pour le compte de la future société exclusivement assumé par cette dernière. Elle relève par ailleurs que la société a bien exploité le fonds de commerce dans les locaux loués conformément au contrat de bail, que son siège social y était situé, que tous les actes d'exécution du bail ont été accomplis par la société et que, depuis la signature du bail en 2005, cette société s'était comportée comme étant la seule titulaire du bail et que le bailleur l'a considérée comme telle.

De ce qui précède, la Cour de cassation déduit que, bien que la procédure de reprise n'ait pas été suivie, les parties avaient la volonté de substituer la société au signataire lors de la signature du bail et que, de fait, la société s'était bien substituée à lui dans tous les actes d'exécution de ce contrat habituellement accomplis par un preneur. Elle écarte ainsi l'application de l'article 1843 du Code civil et fait primer la volonté des parties dès lors qu'elle est corroborée par des actes d'exécution.

A notre connaissance, c'est la première fois que la chambre commerciale de la Cour de cassation s'écarte aussi nettement des dispositions de l'article 1843 du Code civil. Elle avait certes admis, dans des arrêts du 24 juin 2014 et du 21 mars 2018, la substitution de la société immatriculée à son fondateur en cas de signature entre celle-ci et le cocontractant du fondateur d'un avenant au contrat initial, mais la Cour de cassation adoptait généralement une approche stricte vis-à-vis des actes passés pour le compte d'une société en formation.

A rapprocher : Art. 1843 du Code civil ; Art. L.210-6 du Code de commerce ; Cass. com., 24 juin 2014, n°13-18.317 ; Cass. com., 21 mars 2018, n°15-29.377

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

La clause de nantissement de compte bancaire à l'épreuve des procédures collectives
Cass. com., 22 janvier 2020, n°18-21.647

Ce qu'il faut retenir :

La clause qui permet à un prêteur de retenir les fonds figurant sur les comptes de l'emprunteur, et ce sans qu'aucune créance ne soit devenue exigible, s'analyse comme une résiliation unilatérale du contrat de prêt en contradiction avec les dispositions de l'article L.622-13 du Code de commerce.

Pour approfondir :

En l'espèce, la banque C consent, le 27 juillet 2016, à la société P un prêt garanti par un nantissement sur les comptes bancaires dont cette société est titulaire dans ses livres.

Le 1^{er} août 2017, la société P est placée sous procédure de redressement judiciaire.

A la suite de cette ouverture, l'administrateur judiciaire désigné dans le cadre de cette procédure demande à la banque C de procéder au virement des sommes figurant sur les comptes bancaires de la société P au profit de la banque D.

Toutefois, la banque C refuse de faire droit à cette demande se prévalant du nantissement précité ainsi que du droit de rétention prévu à titre d'accessoire audit nantissement en cas d'ouverture d'une procédure collective.

La banque C se prévaut, en effet, de ses conditions générales annexées au contrat de prêt précité, lesquelles stipulent notamment que :

« Le prêteur pourra se prévaloir du nantissement en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de

*traitement des situations de surendettement des particuliers et **sera donc en droit d'isoler sur un compte spécial bloqué à son profit sur les soldes créditeurs des comptes nantis existant à la date du jugement déclaratif d'ouverture de la procédure collective** ».*

Dans ce contexte, la société P décide d'assigner la banque C devant le président du tribunal de commerce de Paris en référé, et ce aux fins de l'enjoindre, sous astreinte de 10.000 € par jour de retard, à restituer les sommes retenues.

Par ordonnance rendue le 19 septembre 2017, le président du tribunal de commerce de Paris fait droit à la demande de la société P et enjoint la banque C à restituer les sommes retenues.

La banque C décide alors d'interjeter appel à l'encontre de cette ordonnance estimant, d'une part, que ce contentieux ne peut faire l'objet d'une procédure de référé, les demandes de la société P se heurtant à des contestations sérieuses et, d'autre part, que le nantissement de compte litigieux est conforme aux dispositions de l'article 2356 du Code civil étant exprimé par écrit et désignant la créance garantie. La banque C estime également que les notions de compensation ou de paiement préférentiel sont étrangères au fond du litige et ne peuvent être invoquées par la société P.

Par arrêt rendu le 21 décembre 2018, la cour d'appel de Paris rejette les demandes formées par la banque C et confirme l'ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce de Paris le 19 septembre 2017, estimant principalement que :

*« la clause litigieuse qui permet à l'organisme prêteur de séquestrer les fonds figurant sur les comptes de l'emprunteur, aboutit à l'autoriser, alors même qu'il n'existait encore aucune mensualité impayée ni même aucune créance exigible en raison du différé prévu pour les remboursements, à prélever sur les comptes une partie du capital prêté par voie de compensation et opère **comme une résiliation unilatérale du contrat de prêt en contrariété avec les dispositions de l'article L.622-13 précité** ».*

La Banque C décide alors de former un pourvoi en cassation.

Par arrêt rendu le 22 janvier 2020 et sur le fondement des dispositions de l'article L.622-13 du Code de commerce relatif aux contrats en cours, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette ce pourvoi, et confirme l'interprétation des juges du fond.

Cette décision est cohérente au regard de la jurisprudence antérieure relative la mise en œuvre des clauses de nantissement de compte bancaire dans le cadre des procédures collectives (*Cass. com.*, 7 novembre 2018, n°16-25.860).

Toutefois, une lecture attentive des deux arrêts rendus le 7 novembre 2018 et le 22 janvier 2020 permet de constater une différence quant aux fondements utilisés par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

En effet, dans le cadre de l'arrêt rendu le 7 novembre 2018, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, le créancier bancaire bénéficiant d'un nantissement de compte bancaire accessoire d'un contrat de prêt ne pouvait procéder à la réalisation de sa sûreté par la rétention du solde bancaire lorsque que les échéances dudit prêt sont régulièrement payées fondant ainsi son raisonnement sur la notion d'exigibilité.

Or, dans le cadre de l'arrêt rendu le 22 janvier 2020, la Cour de cassation, reprenant la motivation développée par les juges du fond, estime que la rétention de ces sommes par le créancier bancaire au motif d'une ouverture d'une procédure collective, s'analyse comme une résiliation unilatérale du contrat de prêt, et ce en contrariété avec les dispositions de l'article L.622-13 du Code de commerce.

L'utilisation de l'article L.622-13 du Code de commerce peut surprendre, la jurisprudence estimant qu'un contrat de prêt dont les fonds ont été intégralement débloqués ne constitue pas un contrat en cours (*Cass. com.*, 9 février 2016, n°14-23.229).

Ainsi, si la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendue le 22 janvier 2020 paraît cohérente au regard de la jurisprudence antérieure, l'utilisation des dispositions de l'article L.622-13 du Code de commerce, relatives aux contrats en cours, apparaît, quant à elle, étonnante.

A rapprocher : Articles 2356, 2360 et 2287 du Code civil ; Articles L.622-7 et L.622-13 du Code de commerce ; Cass. com., 7 novembre 2018, n°16-25.860 ; Cass. com., 9 février 2016, n°14-23.229

Soutien abusif d'une banque et répartition en fonction du rang

Cass. com., 22 janvier 2020, n°18-20.362

Ce qu'il faut retenir :

Le montant de l'actif résultant des opérations de la liquidation judiciaire est réparti entre tous les créanciers en prenant en compte leur rang conformément aux règles légales. Il n'est pas fait exception à cette règle dans l'hypothèse d'un créancier condamné pour soutien abusif.

Pour approfondir :

A la suite de l'acquisition d'un ensemble immobilier financée au moyen de trois prêts bancaires consentis par une banque bénéficiant du privilège du prêteur de deniers de premier rang, l'emprunteur a été placé en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire.

Dans le cours de la procédure, le liquidateur judiciaire a assigné la banque en responsabilité pour crédit ruineux et soutien abusif.

Après avoir confirmé la condamnation de la banque, la cour d'appel a estimé que cette dernière ne pouvait faire valoir sa créance qu'après le désintéressement complet des autres créanciers de la liquidation judiciaire.

La **Cour de cassation** censure les juges du fond au visa de l'ancien article L.622-29 du Code de commerce (désormais L.643-8 du Code de commerce), relatif à la répartition du produit de la liquidation judiciaire - lequel dispose que « *le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation judiciaire, des subsides accordés au débiteur personne physique ou au dirigeant ou à leur famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances admises* » - précisant que la condamnation en responsabilité d'un créancier pour octroi d'un crédit ruineux et soutien abusif ne le prive pas bénéficiaire de ces règles de répartition.

Le produit de cession des actifs de la liquidation judiciaire doit être distribué au regard de ces règles légales, nonobstant la responsabilité du créancier dans la déconfiture de son débiteur.

A rapprocher : Article L.622-19 du Code de commerce (rédaction antérieure à la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005)

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Résolution du contrat : La restitution du prix s'effectue toutes taxes comprises
Cass. com., 8 janvier 2020, n°18-17.895

Ce qu'il faut retenir :

La résolution d'un contrat emporte la remise des parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement, laquelle implique la restitution du prix versé toutes taxes comprises.

Pour approfondir :

Le litige objet de l'arrêt commenté est né à la suite de la résolution judiciaire d'un contrat de vente.

Une société avait vendu, par l'intermédiaire de son distributeur, une machine à vendanger au prix de 124.982 euros toutes taxes comprises, machine qui s'est révélée présenter des dysfonctionnements.

En vertu de l'ancien article 1184 du Code civil, lequel laisse le choix à la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté « *de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution [en justice] avec dommages et intérêts* », l'acheteuse a assigné le vendeur et son distributeur en résolution de la vente et indemnisation.

Confirmant le jugement de première instance, la cour d'appel de Colmar a condamné solidairement le vendeur et son distributeur à payer, au titre de la restitution du prix, un montant de 104.500 euros, correspondant au prix du bien litigieux hors taxe.

La cour a en effet considéré que, la requérante ne démontrant pas avoir reversé la TVA ni émis une contestation à ce titre auprès de l'administration fiscale, elle ne pouvait pas obtenir la restitution par le vendeur du montant du prix de vente correspondant à la TVA.

La cour d'appel a énoncé à ce titre que « *si celle-ci indique avoir été l'objet d'un redressement fiscal sur le montant perçu au titre de la résolution de la vente ordonnée par le premier juge avec exécution provisoire et si elle produit une proposition de rectification émanant de l'administration fiscale, elle n'allègue néanmoins ni ne démontre l'avoir utilement contestée et n'apporte pas la preuve, pourtant simple à produire en la forme d'une attestation de paiement ou d'un extrait bancaire, qu'elle a effectué ce paiement* ».

Accueillant le pourvoi incident de la cocontractante demandant la restitution intégrale du prix, la Cour de cassation réfute l'argumentation de la cour d'appel et rappelle le principe selon lequel la résolution d'un contrat synallagmatique emporte la remise des parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement.

Il découle ainsi de ce principe que la restitution du prix doit « *aussi porter sur le montant antérieurement récupéré de la TVA, mais dont l'administration fiscale avait réclamé justement le remboursement du fait de la résolution de la vente* », d'où il s'ensuit que la cour d'appel a donc violé **l'ancien article 1184 du Code civil**.

Cette solution n'est pas nouvelle et a en outre été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats à l'**article 1352-6 du Code civil**, lequel prévoit que « *la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue* ».

La restitution du prix doit donc porter sur l'intégralité du prix versé et ne peut donc pas être minorée du montant de la TVA ; il appartient ensuite à celui qui restitue de récupérer le montant de la TVA correspondant auprès du Trésor public dans les conditions prévues à l'article 272 du Code général des impôts.

A rapprocher : Article 1352-6 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ; Cass. com., 26 juin 1990, n°88-17.892

Exécution de bonne foi et résiliation abusive
CA Paris, 21 février 2020, RG n°18/01620

Ce qu'il faut retenir :

Le cocontractant, qui indique faussement aux tiers ne plus être lié par un contrat et obligeant son cocontractant à se justifier auprès des tiers, manque à son obligation légale d'exécution de bonne foi des conventions. Par ailleurs, pour résilier un contrat en application d'une clause résolutoire, il est impératif de respecter à la fois la forme, le contenu et la cause de résiliation prévus dans le contrat.

Pour approfondir :

Deux sociétés (l'une dont l'activité consiste à proposer des logiciels et l'autre dont l'activité consiste à proposer des applications mobiles) ont conclu en 2012 un contrat d'apporteur d'affaires, d'une durée initiale d'un an reconductible tacitement par périodes identiques. Ce contrat a été résilié par l'apporteur (la société proposant des logiciels) par LRAR du 19 mars 2015 avec effet au 31 mars suivant. Son cocontractant a néanmoins contesté cette résiliation et, par la même occasion, l'exécution du contrat par l'apporteur ; l'apporteur a donc été assigné pour résiliation abusive et exécution de mauvaise foi du contrat.

Sur l'exécution de mauvaise foi : des mails échangés à compter de septembre 2014 (donc antérieurement à la notification de résiliation) prouvaient que :

- Lorsque des clients ou prospects sollicitaient auprès de l'apporteur les services offerts par la société d'applications mobiles, l'apporteur répondait que cette dernière n'était plus son partenaire ;
- Ces clients ou prospects interrogeaient donc la société d'applications mobiles sur la situation entre les deux sociétés, celle-ci devant les rassurer sur la pérennité de la relation contractuelle ;
- La société d'applications mobiles a dû, à plusieurs reprises, demander à son cocontractant des explications et la cessation de ces pratiques.

A défaut de justifier de manquements de son cocontractant à ses obligations contractuelles, le comportement ci-dessus relevé et ses conséquences caractérisent une exécution de mauvaise foi du contrat par l'apporteur.

Sur la résiliation abusive : le courrier de résiliation de l'apporteur indiquait que la résiliation du contrat se fondait sur divers manquements de son cocontractant et que, par conséquent, l'apporteur était légitime à rompre le contrat conformément à l'article 12 de celui-ci.

Or, s'il est vrai que l'article 12 offrait la possibilité à chacun des deux cocontractants de résilier le contrat, cette possibilité de résiliation était encadrée :

- L'article 12-1 organisait la résiliation immédiate et sans mise en demeure préalable, résiliation ouverte dans des cas limitativement énumérés considérés comme graves par les parties (mauvaise santé financière de l'autre partie ou développement de solutions concurrentes par l'autre partie) ;
- L'article 12-2 organisait la résiliation après mise en demeure, adressée par LRAR, restée infructueuse dans un délai de 30 jours en cas de manquement de l'autre partie à l'une de ses obligations contractuelles

Pourtant, l'apporteur n'a respecté aucune des conditions de résiliation prévues au contrat, la situation n'entrant ni dans le cas de résiliation immédiate prévu par l'article 12-1, ni dans le cas de résiliation après mise en demeure prévu à l'article 12-2.

En effet, s'agissant du respect des conditions de l'article 12-1, si les deux manquements graves visés par cet article étaient invoqués par l'apporteur, ces manquements n'ont pas été démontrés devant les juges. D'une part, la société d'applications mobiles produisait en défense une attestation de son expert-comptable prouvant sa bonne santé financière et, d'autre part, l'apporteur ne prouvait pas en quoi la solution développée par la société d'applications mobiles était concurrente.

S'agissant du respect des conditions de l'article 12-2 : non-seulement la forme de la mise en demeure préalable n'était pas respectée (l'apporteur se prévalant d'un fax de son avocat et non d'une LRAR), mais son contenu ne remplissait pas les critères d'une mise en demeure pour manquement contractuel (elle ne comprenait pas une interpellation suffisante faute de préciser qu'à défaut de réponse sous 30 jours le contrat serait résilié). Enfin, la clause résolutoire prévoyait que la résiliation devrait être causée par un manquement à une obligation du contrat, ce qui n'était pas le cas en l'espèce s'agissant de l'invocation de dysfonctionnements des solutions développées par la société d'applications mobiles.

A rapprocher : Articles 1224 à 1226 du Code civil

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Contrat de franchise et droit du travail
CA Limoges, 3 février 2020, n°18/01198

Ce qu'il faut retenir :

Les procédures de contrôle, qui ont pour objectif de contrôler la fidélité au modèle défini par la tête de réseau, ne portent pas atteinte à l'indépendance du

franchisé qui bénéficie de l'image de la franchise et se doit d'en respecter les termes et conditions.

Pour approfondir :

Un franchisé du réseau de restauration La Pataterie entre septembre 2013 et juillet 2016 a saisi le conseil de prud'hommes de Limoges par une demande reçue au greffe le 29 mai 2017 aux fins de voir requalifier le contrat de franchise en contrat de travail, et à titre subsidiaire de se voir appliquer le **statut de gérant de succursales** de l'article L.7321-1 du Code du travail ainsi que d'obtenir la condamnation du franchiseur au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire, congés payés afférents, remboursement du droit d'entrée, outre intérêts, ainsi qu'à titre indemnitaire.

Par jugement en date du 13 novembre 2018, le conseil de prud'hommes de Limoges a débouté l'ancien franchisé de ses demandes ; ce dernier a régulièrement interjeté appel de cette décision le 13 décembre 2018.

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Limoges est l'occasion de rappeler les critères d'application (ou non) des dispositions du droit du travail à un franchisé.

Sur la première demande du franchisé tendant à voir **requalifier le contrat de franchise en contrat de travail**, la cour rappelle la nécessité pour le franchisé de démontrer un lien de subordination « *caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ».

Après avoir rappelé que le contrat de franchise signé par l'ancien franchisé contenait une clause stipulant « *que le franchisé est un commerçant indépendant totalement responsable de son exploitation et qui n'est pas habilité à agir au nom et pour le compte du Master franchisé, à le représenter ou à souscrire des engagements en son nom, n'étant ni son agent, ni son représentant commerce, ni son mandataire, ni son salarié, ni son associé* », la cour d'appel de Limoges retient que les normes et obligations suivantes imposées par le franchiseur ne permettent pas de caractériser l'existence d'un contrat de travail :

- L'obligation de respecter un prix maximum conseillé, dès lors que le franchisé conserve sa liberté de fixation de sa carte et de ses prix dans cette limite, l'édition par la tête de réseau des cartes n'y faisant pas échec dans la mesure où cette carte est modifiable selon les besoins locaux, pas plus que le logiciel de caisse qui permet au franchisé de sortir du tronc commun sans passer par le franchiseur ;
- Le respect des règles d'hygiène et de sécurité incluant une politique d'audit de la tête du réseau, dès lors que cela permet au franchiseur d'adapter son organisation en conformité avec les normes et standards commerciaux du concept franchisé ;
- La remontée d'information, dès lors que « ces procédures de contrôle, qui ont pour objectif de contrôler la fidélité au modèle défini par la tête de réseau, ne portent pas atteinte à l'indépendance du franchisé qui bénéficie de l'image de la franchise et se doit d'en respecter les termes et conditions » ;
- Le respect de normes et standards (agencement, ambiance musicale, ouverture des restaurants) ;
- La clause de résiliation anticipée en ce qu'elle constitue une clause classique dans un contrat commercial qui vient sanctionner une inexécution des stipulations contractuelles et permet de garantir les droits du co-contractant.

En définitive, pour la cour d'appel, l'ensemble de ces contraintes est en adéquation avec le principe même de la franchise qui consiste en la reproduction par les franchisés du modèle de réussite du franchiseur, le contrat de franchise comportant la transmission d'un savoir-faire original et l'octroi d'un droit d'user d'une marque en conformité avec le concept du franchiseur tout au long de l'exécution du contrat, moyennant le paiement d'une redevance et est exclusif de tout lien de subordination juridique avec le franchiseur.

L'ancien franchisé est donc débouté de sa demande de requalification en contrat de travail faute de démontrer qu'il a été soumis dans l'exécution de son

travail à l'autorité d'un employeur, en l'occurrence du franchiseur, ayant le pouvoir de donner des ordres et des directives et de sanctionner les manquements.

Sur la demande tendant à voir appliquer le statut de gérant de succursales de l'article L.7321-1 du Code du travail, la cour rappelle que l'application de ce régime nécessite de démontrer la réunion des critères suivants :

- La vente de marchandises, de toute nature, fournies exclusivement ou presque exclusivement par le partenaire,
- L'exercice de la profession dans un local fourni ou agréé par le partenaire,
- L'imposition des conditions et prix par le partenaire.

Après avoir admis qu'au cas d'espèce, la condition d'agrément du local pouvait être considérée comme remplie, elle retient que les deux autres conditions sont manquantes. En effet :

- Il n'est pas démontré ni même soutenu que la plateforme logistique en charge de l'approvisionnement est intégrée au groupe du franchiseur ou limite son activité d'approvisionnement à celui des restaurants appartenant au groupe ;
- L'environnement est standardisé de manière à permettre l'identification de la franchise, l'usage du logiciel imposé est destiné au contrôle du respect des normes de la franchise, seul est recommandé un prix maximum pour respecter l'esprit familial et bon marché de la restauration de la franchise, le franchisé restant maître dans cette limite des prix qu'il pratique ;
- Quant à la vente des marchandises de toute nature, le franchisé ne vend pas d'objets ou de matières brutes tels qu'ils lui sont livrés par la plateforme logistique puisque, s'agissant de restauration et non de vente des produits finis, les produits sont ensuite assemblés ou transformés pour constituer les plats proposés à la vente.

En définitive, rappelant que les conditions de travail à proprement parler, à savoir les rémunérations, le temps de travail et l'organisation des tâches, ressortissent du pouvoir de direction de l'exploitant et ne sont pas imposées par le franchiseur, sauf pour le franchisé, à respecter l'ouverture quotidienne prévue par le concept qui en tout état de cause ne conditionne pas tous les autres éléments, la cour d'appel de Limoges déboute le franchisé de sa demande au titre de l'application du statut de gérant de succursales.

A rapprocher : Cass. com., 4 mai 2017, n°15-20.689

Concurrence déloyale : évaluation du préjudice résultant de pratiques commerciales trompeuses
Cass. com., 12 février 2020, n°17-31.614

Ce qu'il faut retenir :

La Haute juridiction rappelle les difficultés pour les juges d'évaluer le montant à allouer en matière de concurrence déloyale.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société Cristallerie est spécialisée dans la création et la fabrication de produits d'arts de la table en cristal. La société Cristal, dont le siège social est situé dans la même rue, commercialise des produits en cristal fabriqués, taillés et polis en Chine et en Europe ainsi que des produits en verre, cristallin et luxion.

Reprochant à cette dernière **des pratiques commerciales trompeuses** consistant à présenter dans ses catalogues des produits en verre, en cristallin ou luxion mélangés à des produits en cristal afin de laisser croire que l'ensemble serait en cristal, à les présenter comme étant « *made in France* » et à se présenter elle-même comme un « *haut lieu du verre taillé en Lorraine* » et un « *spécialiste à la taille* », la société Cristallerie l'a assignée aux fins de cessation de ces pratiques illicites et indemnisation de son préjudice.

La cour d'appel de Paris a condamné la société Cristal à verser à la société Cristallerie des dommages-intérêts en réparation de son préjudice résultant des actes de concurrence déloyale par pratique

commerciale trompeuse et tromperie sur le fondement de l'article 1382 (ancien) du Code civil (article 1240 (nouveau) du même code).

La cour d'appel a ainsi relevé que la société Cristallerie employait huit tailleurs là où la société Cristal n'en employait que deux pour l'équivalent d'un mi-temps et à affirmer que la tromperie lui aurait ainsi permis d'avoir des prix de revient beaucoup plus bas que ceux de la société Cristallerie.

Elle a soutenu en particulier que la tromperie sur la taille « *made in France* » lui a permis d'obtenir des prix de revient beaucoup plus bas et que, pour 2013, elle a justifié n'avoir employé qu'un tailleur pour six mois, là où la société Cristallerie en employait huit, en précisant leur coût annuel.

Cette méthode d'évaluation a été critiquée par la société Cristal qui a alors formé un pourvoi en cassation en contestant l'évaluation de l'indemnisation du préjudice subi par la société Cristallerie.

Elle arguait du fait que la réparation du préjudice devait correspondre à ce dernier, sans qu'il puisse en résulter ni perte ni profit pour la victime, et que celui-ci ne saurait être fixé en considération du profit ou de l'économie réalisé par l'auteur du dommage.

Selon la société Cristal, en prenant ainsi en considération la seule différence de prix de revient entre les deux sociétés, et donc la seule économie qui aurait été réalisée par l'auteur de la prétendue pratique illicite au lieu et place de l'éventuel préjudice subi par la prétendue victime, la cour d'appel aurait violé l'article 1382 du Code civil, devenu l'article 1240 du même code.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel et a condamné la société Cristal.

La Haute juridiction a, tout d'abord, énoncé le principe invariable suivant :

« Le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit pour elle ».

Elle a rappelé ensuite que le juge apprécie souverainement le montant du préjudice, dont il justifie l'existence par la seule évaluation qu'il en fait, sans être tenu d'en préciser les divers éléments (Ass. Plén., 26 mars 1999, pourvoi n°95-20.640).

Elle a réitéré également que le juge méconnaissait son office en refusant d'évaluer un dommage dont il a constaté l'existence en son principe (Cass. civ. 3^{ème}, 6 février 2002, n°00-10.543) et qu'il ne pouvait allouer une réparation forfaitaire (Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, n°94-14.820).

Elle a donc considéré que c'est à bon droit que la cour d'appel de Paris avait pu évaluer le préjudice de la victime sur la base de l'économie injustement réalisée par l'auteur du trouble commercial.

En effet, ayant été appelée à statuer sur la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique commerciale trompeuse pour le consommateur, conférant à son auteur un avantage concurrentiel indu par rapport à ses concurrents, la cour d'appel de Paris a pu légitimement - pour évaluer l'indemnité devant être allouée à la société Cristallerie - tenir compte de l'économie injustement réalisée par la société Cristal, qu'elle a modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par lesdits agissements.

En définitive, la Cour de cassation a livré une décision riche en enseignements et éclairante sur la grille d'analyse à retenir de l'évaluation du préjudice subi en matière de concurrence déloyale. L'économie injustement réalisée par l'auteur du dommage peut donc être prise en compte pour évaluer l'indemnisation du préjudice subi par la victime.

A rapprocher : Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2019, n°18-13.612 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2018, n°17-14.582

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Action en requalification et délai de prescription

Cass. soc., 29 janvier 2020, n°18-15.359

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'elle porte sur le motif du recours au CDD, la demande de requalification en CDI doit être exercée dans un délai de deux ans à compter du terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, du terme du dernier contrat.

Pour approfondir :

Dans les faits ayant donné lieu à ces arrêts, le salarié avait été engagé en qualité d'enquêteur dans le cadre de contrats à durée déterminée (CDD) d'usage du 20 novembre 2004 au 4 octobre 2013. La société avait par la suite été placée en liquidation judiciaire.

Le 7 juillet 2014, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale de demandes en requalification de sa relation de travail en contrat à durée indéterminée (CDI) à temps plein et en paiement de diverses sommes au titre de l'exécution de son contrat.

La cour d'appel de Versailles a, aux termes d'un arrêt du 8 février 2018, rejeté la demande du salarié en estimant que celle-ci était prescrite.

Pour justifier sa position, la cour d'appel de Versailles avait considéré que, étant donné que le terme du dernier contrat était le 4 octobre 2013 et que la saisine du conseil de prud'hommes datait du 7 juillet 2014, le salarié ne pouvait pas solliciter la requalification de contrats conclus avant le 7 juillet 2012.

L'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 modifiant l'article L.1471-1 du Code du travail distingue deux délais de prescription :

- Un délai de prescription de deux ans en cas d'action portant sur l'exécution du contrat de travail ;
- Un délai de prescription d'un an en cas d'action portant sur la rupture du contrat de travail.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'action relative à la requalification du CDD en CDI en cas de contestation portant sur le motif de recours est soumise à un délai de prescription d'un an ou de deux ans.

Aux termes de son **arrêt en date du 29 janvier 2020**, la Cour de cassation infirmant la décision de la cour d'appel de Versailles, a énoncé :

« Attendu que selon le premier de ces textes, toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit ; qu'en application du deuxième, par l'effet de la requalification des contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de son engagement par un contrat à durée déterminée irrégulier ; qu'il en résulte que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, le terme du dernier contrat et que le salarié est en droit, lorsque la demande en requalification est reconnue fondée, de se prévaloir d'une ancienneté remontant au premier contrat irrégulier.

(...)

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le salarié soutenait avoir été engagé pour occuper un emploi participant à l'activité normale de la société, ce dont elle aurait dû déduire que l'action en requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée n'était pas prescrite et que le salarié pouvait demander que la requalification produise ses effets à la date du premier contrat irrégulier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Dès lors, l'action en requalification d'un CDD en CDI fondée sur le motif du recours se prescrit par deux ans à compter du terme du CDD ou en cas d'enchaînement de CDD, du terme du dernier contrat.

A rapprocher : Article L.1471-1-du Code du travail

Présomption de discrimination en cas de licenciement après une alerte de burn-out
Cass. soc., 5 février 2020, n°18-22.399, Inédit

Ce qu'il faut retenir :

Un salarié licencié pour insuffisance professionnelle, 8 jours après qu'il ait informé son employeur de difficultés de santé liées à ses conditions de travail, est présumé victime de discrimination. Charge à l'employeur de prouver le contraire.

Pour approfondir :

Dans l'arrêt commenté, un salarié, engagé le 1^{er} décembre 1989 et occupant en dernier lieu un poste de Directeur Business France, a été déclaré apte dans le cadre de sa visite périodique du 23 juillet 2014.

Dans son auto-évaluation du mois de juillet 2014, le salarié a sollicité un meilleur équilibre entre sa vie privée et sa vie professionnelle.

Quelques jours plus tard, le 28 juillet 2014, le salarié a été placé en arrêt maladie en raison de son état dépressif.

Le 17 septembre 2014, le salarié a adressé un courriel à ses responsables hiérarchique et fonctionnel leur indiquant qu'il avait été arrêté pour burn-out avant ses congés et qu'il avait décidé, malgré les conseils de prolongation de son arrêt, de reprendre le travail avec mise en place en parallèle d'une démarche volontaire d'accompagnement, souhaitant continuer à assumer ses fonctions.

En réponse à ce courriel, le directeur général de l'entreprise a, en date du 18 septembre 2014, indiqué que l'employeur était soucieux du problème de santé évoqué par son salarié et désirait s'en entretenir avec lui sans plus attendre.

Or, le 25 septembre 2014, il a été annoncé au salarié qu'une procédure de licenciement allait être engagée à son encontre. Ce dernier a été licencié pour insuffisance professionnelle le 10 octobre 2014.

Contestant son licenciement, le salarié avait saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la nullité de son licenciement et le paiement des sommes afférentes. A cet effet, il a – sur le fondement de l'article L.1132-1 du Code du travail – invoqué une discrimination en raison de son état de santé.

Les juges du fond ont seulement jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse, considérant en effet que l'insuffisance professionnelle n'était pas démontrée.

La Cour de cassation est venue **casser et annuler** la décision des juges d'appel au motif que :

« Lorsque le salarié présente plusieurs éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments pris dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

(...) En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'employeur avait engagé la procédure de licenciement huit jours après avoir reçu un courriel du salarié l'informant de ses difficultés de santé en relation avec ses conditions de travail et retenu par ailleurs que le licenciement pour insuffisance professionnelle était sans cause réelle et sérieuse, aucun des griefs invoqués n'étant établi, ce dont il résultait que le salarié présentait des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de son état de santé, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

La cassation des chefs de dispositif déboutant le salarié de sa demande principale de nullité du licenciement et de ses demandes subséquentes de réintégration et d'indemnité réparant le préjudice subi au cours de la période s'étant écoulée entre son licenciement et sa réintégration, a pour effet, en application de l'article 624 du Code de procédure civile, d'entraîner par voie de conséquence la cassation des dispositions de l'arrêt ayant condamné l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

Il convient de rappeler qu'en cas de litige, le salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire est tenu de soumettre des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il appartient ainsi au salarié d'apporter des éléments pertinents de fait précis, concordant et objectifs propres à établir un lien entre la rupture de son contrat de travail et l'existence d'un motif discriminatoire.

Au vu de ces éléments, l'employeur doit quant à lui prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute forme de discrimination (article L.1134-1 du Code du travail).

Ce sont les juges du fond qui apprécient par la suite si cette preuve est rapportée ou non. Ils recherchent, pour cela, si le licenciement n'est pas fondé en réalité sur l'état de santé du salarié.

À défaut, l'employeur est condamné pour discrimination (Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, n°612 P + B + R + I).

Ce qui fut le cas dans l'espèce commentée.

En effet, pour la Cour de cassation, l'engagement d'une procédure de licenciement 8 jours après l'annonce du salarié de la dégradation de son état de santé (burn-out) et l'absence de preuve des griefs invoqués à l'appui du licenciement pour insuffisance professionnelle constituent des indices permettant de présumer que le licenciement a, en réalité, été prononcé en raison de son état de santé. Ces faits laissent donc présumer l'existence d'une discrimination justifiant la nullité du licenciement.

A rapprocher : Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, n°612 P+B+R+I

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Baux commerciaux : la saga de l'annulation des clauses d'indexation

Cass. civ. 3^{ème}, 6 février 2020, n°18-24.599,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Seule la stipulation régissant ponctuellement et spécialement la première révision du loyer est réputée non écrite lorsque les dispositions de la clause d'indexation litigieuse applicables aux révisions postérieures ne prévoient pas une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre lesdites révisions.

Par cet arrêt, la troisième chambre civile de la Cour de cassation définit les limites de l'annulation d'une clause d'indexation et retient le caractère dissociable de la première révision de loyer du reste de la clause qui n'est pas annulée.

Pour approfondir :

Le 16 avril 2007, un bail commercial est consenti sur un bâtiment à usage de bureaux à compter du 15 janvier 2008.

La clause d'échelle mobile prévoyait une indexation « pour la première fois le 15 janvier 2009 par variation de l'indice INSEE du 4^{ème} trimestre 2006 à l'indice INSEE du 4^{ème} trimestre 2008 ».

Le locataire se prévaut du caractère illicite de la clause d'indexation insérée au bail, considérant que la période de variation de l'indice (2 ans : 2006 - 2008) ne correspond pas à la variation de l'indexation qui est annuelle (15 janvier 2008 – 15 janvier 2009) et saisit le tribunal aux fins de voir déclarer l'intégralité de la clause réputée non écrite aux fins de condamnation de la société bailleuse à restituer des sommes versées au titre de l'indexation.

Les juges du fond déclarent la clause d'échelle mobile non écrite en son entier aux motifs que ladite clause conduirait à la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée depuis la prise d'effet du bail, de sorte qu'elle n'était pas conforme aux dispositions d'ordre public de l'article L.112-1 du Code monétaire et financier.

La société bailleuse se pourvoit en cassation et invoque deux moyens :

- Premièrement, elle estime que l'article L.112-1 du Code monétaire et financier ne s'applique pas à la première révision du loyer, mais seulement à la période contractuelle à venir. La Cour de cassation rejette ce moyen et confirme que l'article L.112-1 du Code monétaire et financier s'applique dès la première indexation.
- Ensuite, elle relève que les dispositions de la clause d'indexation litigieuse applicables aux révisions postérieures ne prévoyaient pas une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre lesdites révisions. Dès lors, elle considère que seule la stipulation régissant

punctuellement et spécialement la première révision du loyer devait être réputée non écrite.

La Cour de cassation retient ce moyen et censure les juges du fond.

Ainsi, **la troisième chambre civile casse la décision des juges d'appel** au visa de l'article L.112-1 du Code monétaire et financier. Elle juge que « seule la stipulation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite » et que la cour d'appel, qui a constaté que la clause n'engendrait une telle distorsion que lors de la première révision, a violé le texte susvisé.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation juge de manière constante qu'une clause d'indexation insérée dans un bail commercial ne doit pas engendrer de distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée écoulée entre les deux révisions (Cass. civ. 3^{ème}, 11 décembre 2013, n°12-22.616 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 février 2017, n°15-28.691).

Elle a depuis récemment dissocié les stipulations de l'indexation du loyer créant la distorsion prohibée, des autres indexations à suivre et réputé non écrite exclusivement la partie de clause litigieuse (Cass. civ. 3^{ème}, 29 novembre 2018, n°17-23.058, Publié au bulletin).

On croit comprendre que l'objectif poursuivi initialement par le rédacteur du bail était de « rattraper » le montant de loyer en valeur connue au moment de la signature du bail (avril 2007) par rapport à la date de prise d'effet de la première indexation qui ne s'effectue que 20 mois plus tard (15 janvier 2009).

Les parties auraient-elles pu prévoir un mécanisme de variation du prix de loyer parfaitement valable ? La réponse est oui ! Car au lieu d'organiser une distorsion au titre de la première indexation, les parties auraient pu, par exemple, convenir par avance de faire varier le loyer, lors de la prise d'effet du bail, par la stipulation d'une clause d'actualisation puis ensuite de lui appliquer l'indexation à la date anniversaire.

La différence fondamentale entre ces deux types de clauses repose dans leur objet. Tandis que la clause d'actualisation est une modalité de fixation du prix initial, la clause d'indexation vise à maintenir la valeur du loyer au fil du temps et ne se confondent pas (CA Paris, Pôle 5, 3^{ème} ch., 1^{er} février 2012, n°10/00 319). A vos clauses !

A rapprocher : Article L.112-1 du Code monétaire et financier ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 décembre 2013, n°12-22.616 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 février 2017, n°15-28.691 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 novembre 2018, n°17-23.058, Publié au bulletin ; CA Paris, Pôle 5, 3^{ème} ch., 1^{er} février 2012, n°10/00 319

Baux commerciaux : le lissage Pinel (10 %) est-il constitutionnel ? Le Conseil constitutionnel est saisi
Cass. civ. 3^{ème}, 6 février 2020, n°19-86.945

Ce qu'il faut retenir :

A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel la question posée sur la constitutionnalité du plafonnement du déplaçonnement instauré par la loi Pinel du 18 juin 2014, à savoir le lissage de l'augmentation des loyers déplaçonnés à hauteur de 10 % par an. A suivre avec la prochaine décision du Conseil constitutionnel à intervenir.

Pour approfondir :

En l'espèce, le propriétaire d'un local a consenti un bail à usage commercial à un preneur. A la fin du bail, le preneur sollicite son renouvellement, principe accepté par le bailleur. Les parties ne s'entendent cependant pas sur la fixation du nouveau loyer.

Le preneur assigne son bailleur devant le juge des loyers commerciaux afin de voir fixer le prix du bail renouvelé déplaçonné mais avec application des règles du lissage. Le juge donnant droit à sa demande, le bailleur interjette appel. La cour d'appel de Paris va dans le sens du preneur, en indiquant que la loi Pinel était applicable au bail renouvelé.

Le bailleur, à l'occasion du pourvoi formé contre la décision de la cour d'appel et par mémoires distincts, pose deux questions prioritaires de constitutionnalité.

La Cour de cassation retient qu'elles ne présentent pas de caractère sérieux et ainsi ne renvoie pas au Conseil constitutionnel la première QPC ainsi que la première partie de la deuxième question. Elle va ainsi déclarer :

- Que les modifications apportées par la loi Pinel relatives au calcul du prix du bail renouvelé en cas de plafonnement et à l'étalement de la hausse en cas de déplaçonnement appliquées aux baux renouvelés ne créent aucune atteinte au droit au maintien des contrats légalement conclus avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel mais renouvelés postérieurement ;
- Que le bail renouvelé étant un nouveau contrat et non la prolongation du contrat précédent, l'application des dispositions de la loi du 18 juin 2014 aux baux renouvelés ne porte pas d'atteinte aux contrats légalement conclus.

La Cour de cassation va cependant retenir le caractère sérieux de la question relative aux dispositions du dernier alinéa de l'article L.145-34 du Code de commerce, qui prévoient que le déplaçonnement du loyer, « *en cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L.145-33 du Code de commerce ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation du loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente* », en indiquant qu'elles sont susceptibles de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété du bailleur.

Est donc en jeu la constitutionnalité du plafonnement du déplaçonnement instauré par la loi Pinel.

Cette question prioritaire de constitutionnalité, attendue par beaucoup depuis l'entrée en vigueur de la loi Pinel, est la bienvenue.

On rappellera qu'à l'occasion de la rédaction du projet de loi et des débats, de nombreux praticiens avaient dénoncé le caractère anti-économique et disproportionné de la disposition envisagée ; laquelle pouvant être considérée comme une atteinte illégitime au droit de propriété du bailleur.

La constitutionnalité du principe du plafonnement avait déjà été retenue par la Cour de cassation dans sa décision du 13 juillet 2011, considérant qu'il ne portait ni atteinte à la liberté d'entreprendre, ni à la liberté contractuelle.

A présent sur le lissage en cas de déplafonnement, le Conseil constitutionnel devra statuer prochainement sur sa constitutionnalité.

A rapprocher : Article L.145-34 Code de commerce ; Article L.145-33 Code de commerce ; Cass. QPC, 13 juillet 2011, n°11-11.072

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

Recours administratif à l'encontre d'un brevet d'invention : publication de l'ordonnance n°2020-116

Ordonnance n°2020-116 du 12 février 2020 portant création d'un droit d'opposition aux brevets d'invention

Ce qu'il faut retenir :

Le 13 février 2020, a été publiée au Journal Officiel l'ordonnance n°2020-116, adoptée la veille et portant création d'un droit d'opposition aux brevets d'invention délivrés par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI). Tel que prévu par l'article 121 de la loi PACTE du 22 mai 2019, cette ordonnance donne aux tiers la possibilité d'introduire un recours administratif auprès de l'INPI à l'encontre d'un brevet d'invention en vue d'en demander la modification ou la révocation. L'ordonnance entrera en vigueur au 1^{er} avril 2020, ses dispositions n'étant applicables qu'aux brevets d'invention publiés au Bulletin Officiel de la Propriété Intellectuelle (BOPI).

Pour approfondir :

Jusqu'à présent, seule une action en nullité auprès du tribunal de grande instance permet de s'opposer à un brevet délivré par l'INPI. Cette action est particulièrement contraignante tant elle suggère des coûts importants, l'intervention de plusieurs acteurs et des délais longs et non maîtrisables. Elle s'est ainsi révélée de nombreuses fois comme un obstacle pour

les acteurs économiques les plus faibles, comme les chercheurs indépendants, les TPE, PME et les start-ups.

L'article 121 de la loi PACTE a instauré un nouveau droit d'opposition aux brevets d'invention délivrés par l'INPI pour permettre aux tiers de demander par voie administrative la révocation ou la modification d'un brevet. Ce nouveau droit vise à mettre en place une procédure simplifiée dont les coûts (moindres) et les modalités devaient être précisés par voie d'ordonnance.

C'est dans ce contexte que l'ordonnance du 12 février 2020 met fin à cette situation défavorable pour les inventeurs. En créant un droit d'opposition à l'encontre des brevets d'invention, elle marque le début d'une ère nouvelle permettant aux tiers de faire valoir leurs droits de propriété industrielle dans le cadre d'une procédure administrative simple et peu coûteuse. Si le champ d'application de ce nouveau droit est limité aux seuls brevets d'invention, à l'exclusion des autres titres de propriété industrielle protégeant les inventions, comme le certificat d'utilité et le certificat complémentaire de protection, la sécurité juridique conférée aux tiers n'en est pas moins accentuée.

L'ordonnance compte trois chapitres et huit articles, le premier modifiant les livres IV et V du Code de la propriété intellectuelle, le second s'intéressant aux mesures d'application et d'adaptation pour l'outre-mer et le dernier détaillant les dispositions transitoires et finales.

Dès l'entrée en vigueur de cette ordonnance, le 1^{er} avril 2020, les missions de l'INPI se verront renforcées et une nouvelle obligation pèsera sur les épaules de son directeur général. Ce dernier aura la responsabilité de statuer sur les demandes d'opposition que les tiers pourraient former à l'encontre des brevets d'invention.

Ce droit pourra être exercé par toute personne, à l'exception du titulaire du brevet, sans que sa mise en œuvre ne soit soumise à un intérêt à agir (article L.613-23 modifié du Code de la propriété intellectuelle). L'idée est de permettre aux tiers de s'opposer, sur tout ou partie du brevet, au monopole d'exploitation du titulaire sur son invention.

L'opposition doit nécessairement reposer sur l'un des motifs énoncés à l'article modifié L.613-23-1 du Code de la propriété intellectuelle, à savoir le défaut de brevetabilité de l'invention, la faiblesse de la description qui ne permet pas à un homme du métier de pouvoir l'exécuter, l'extension de l'objet au-delà du contenu de la demande initiale telle qu'elle a été déposée.

Au cours de la procédure d'opposition, l'ordonnance reconnaît au titulaire du brevet la possibilité de modifier son titre afin de se mettre en conformité avec les revendications, sous réserve de respecter les conditions posées par le texte et qui seront codifiées au nouvel article L.613-23-3 du Code de la propriété intellectuelle.

La procédure d'opposition, aux termes du nouvel article L.613-23-2 du Code de la propriété intellectuelle, comprend une phase d'instruction et est contradictoire.

La décision du directeur général de l'INPI aura les effets d'un jugement, à préciser que le silence de ce dernier et de l'INPI vaudra rejet de la demande d'opposition. Le directeur général aura le choix de la décision et pourra soit rejeter la demande – ce qui implique que le titre soit conservé tel que délivré –, soit y faire droit. S'il décide de recevoir la demande, le directeur général pourra révoquer le brevet dans son intégralité ou simplement partiellement, auquel cas le titulaire du brevet sera renvoyé devant l'INPI afin qu'il demande la modification de son titre pour se conformer à la décision.

Cette demande ne sera recevable que si la décision statuant sur la décision est insusceptible de recours ; le directeur général aura la possibilité de la rejeter pour défaut de conformité à la décision de révocation partielle.

Le nouvel article L.613-23-6 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit ces hypothèses précise que la décision de révocation a un effet absolu et rétroactif à la date de dépôt de la demande de brevet.

Concernant les frais de procédure, l'article L.613-23-5 du Code de la propriété intellectuelle indique que chaque partie supporte les frais qu'elle a exposés, bien que le directeur général de l'INPI puisse décider d'une répartition différente.

Enfin, l'ordonnance modifie les articles L.613-24 et L.613-25 du Code de la propriété intellectuelle qui, respectivement, articulent les procédures d'opposition et de limitation des brevets et ajoutent aux motifs de nullité d'un brevet l'hypothèse de l'extension de la protection conférée par le titre à la suite d'une décision statuant sur une opposition.

La création de ce droit d'opposition aux brevets d'invention s'inscrit dans le cadre des actions de modernisation du système français de propriété industrielle prévues par la loi PACTE du 22 mai 2019, dont l'objectif est de conforter la qualité des brevets français, et ainsi de renforcer l'attractivité de la France pour le dépôt de titre de propriété intellectuelle. L'ordonnance permet d'accorder le droit français avec les pratiques des autres offices de propriété industrielle en Europe et dans le monde, et avant tout sur celles de l'Office Européen des Brevets qui prévoyaient déjà des recours administratifs à l'encontre de brevets d'invention.

L'ordonnance entrera en vigueur le 1^{er} avril 2020 et s'appliquera à tous les brevets d'invention dont la mention de délivrance a été publiée au BOPI à compter de cette date. La procédure d'opposition, les conditions d'exercice du droit et les délais seront précisés par un décret, très attendu, du Conseil d'Etat.

A rapprocher : Article 121 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE ; Ordonnance n°2020-116 du 12 février 2020 portant création d'un droit d'opposition aux brevets d'invention

La reconnaissance faciale : un enjeu de société pour le citoyen européen

Commission Européenne, 19 février 2020, Livre blanc consacrée à l'intelligence artificielle

Ce qu'il faut retenir :

La CNIL s'est emparée du sujet considérant le 15 novembre 2019 que la reconnaissance faciale est de plus en plus présente dans le débat public aux niveaux national, européen et mondial. Cette technologie soulève des questions inédites touchant à des choix de société. La Commission Européenne l'a bien compris en publiant son livre blanc consacré à l'intelligence artificielle le 19 février 2020 dans lequel elle considère que cette technologie représente un usage à risque pour nos droits fondamentaux et qu'il est désormais temps de statuer sur une réglementation protectrice de la vie privée du citoyen dans le prolongement du RGPD.

Pour approfondir :

« En 2054, il est difficile de se déplacer incognito car toutes les personnes sont soumises à des scanners rétinien pour la personnalisation des messages publicitaires audios notamment. Pour échapper à toute identification, John Anderton va se faire transplanter de nouveaux yeux chez un chirurgien clandestin ». C'est ainsi que **Philip K. Dick**, auteur de romans et de nouvelles d'anticipation, a imaginé comment son héros pouvait échapper à cette reconnaissance rétinienne par les autorités qui le recherchent (*Nouvelle « Minority Report » de Philippe K. Dick*).

En écrivant cette nouvelle d'anticipation, Philip K. Dick était loin de s'imaginer que la reconnaissance biométrique ferait l'objet d'un débat relatif aux choix d'organisations sociales dans lesquelles nos sociétés entendent évoluer, notamment en Europe.

Certes, la reconnaissance rétinienne n'est aujourd'hui pas au cœur du débat mais ce dernier concerne plus encore à savoir le visage dans son ensemble. On parle désormais de la reconnaissance faciale.

Les technologies de reconnaissance faciale vont-elles un jour être utilisées pour identifier les citoyens en temps réel ? Ces méthodes, qui sont déjà une réalité dans certains pays, sont à ce jour interdites en France comme dans l'ensemble de l'Union européenne dans la mesure où la loi impose de recueillir le

consentement explicite de chaque individu soumis à un algorithme de reconnaissance faciale.

• **La reconnaissance faciale selon la CNIL**

L'une des premières tentatives de reconnaissance de visage est faite par Takeo Kanade en 1973 lors de sa thèse de doctorat à l'Université de Kyoto. Takeo Kanade est aujourd'hui un informaticien japonais spécialiste parmi les plus reconnus en **vision par ordinateur** et détenant une vingtaine de **brevets** dans ce domaine

Plus de 45 ans plus tard, **la CNIL nous alerte en concentrant son analyse sur cette technologie :**

« Cette technologie n'en est désormais plus à ses balbutiements. Les enjeux de protection des données et les risques d'atteintes aux libertés individuelles que de tels dispositifs sont susceptibles d'induire sont considérables, dont notamment la liberté d'aller et venir anonymement. Tout projet d'y recourir devra à tout le moins faire l'objet d'une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD). »

Et l'autorité de contrôle présente la reconnaissance faciale comme une technologie qui permet à partir des traits de visage :

- **D'authentifier une personne** : c'est-à-dire, de vérifier qu'une personne est bien celle qu'elle prétend être (dans le cadre d'un contrôle d'accès) ;

Ou

- **D'identifier une personne** : c'est-à-dire, de retrouver une personne au sein d'un groupe d'individus, dans un lieu, une image ou une base de données.

En pratique, la reconnaissance peut être réalisée à partir d'images fixes (photos) ou animées (enregistrements vidéo) et se déroule en deux phases :

1. A partir de l'image, un modèle ou « gabarit » qui représente, d'un point de vue informatique, les caractéristiques de ce visage est réalisé. Les données extraites pour constituer ce gabarit sont des données biométriques au sens du RGPD (article 4-14) ;

2. La phase de reconnaissance est ensuite réalisée par la comparaison de ces « gabarits » préalablement réalisés avec les modèles calculés en direct sur des visages présents sur l'image candidate (*ibidem*).

La technique permet de comparer deux modèles biométriques, généralement supposés appartenir à la même personne. Ces deux modèles sont comparés aux fins de déterminer si la personne qui figure sur les deux images est bien la même. Cette procédure est, par exemple, utilisée aux portiques de contrôle automatisé des passeports destinés aux vérifications aux frontières dans les aéroports.

La CNIL, dans sa contribution « *Reconnaissance faciale : pour un débat à la hauteur des enjeux* », rendue publique, le 15 novembre dernier, rappelait qu'il était important de « *bâtir un véritable modèle européen face aux usages parfois débridés ou déraisonnables de la reconnaissance faciale à travers le monde* » (*Reconnaissance faciale : pour un débat à la hauteur des enjeux*, CNIL, 15 novembre 2019).

- **La Commission Européenne souhaite ouvrir un vaste débat sur l'intelligence artificielle**

Le 19 février 2020, soit 3 mois après la CNIL en France, la Commission Européenne a inséré la question de la reconnaissance faciale dans un corpus plus vaste : celui de l'intelligence artificielle.

La Commission précise que le recours à la reconnaissance faciale aux fins d'une identification biométrique à distance est généralement interdit et n'est autorisé que dans des cas exceptionnels, dûment justifiés et proportionnés, sous réserve des garanties suffisantes et dans le respect du droit de l'UE ou du droit national.

Les données biométriques sont définies comme étant « *les données à caractère personnel résultant d'un traitement technique spécifique, relatives aux caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales d'une personne physique, qui permettent ou confirment son identification unique,*

telles que des images faciales ou des données dactyloscopiques [empreintes digitales] » (Article 3, paragraphe 13, de la directive en matière de protection des données dans le domaine répressif ; article 4, paragraphe 14, du RGPD ; article 3, paragraphe 18, du règlement (UE) 2018/1725).

Toutefois, comme le souligne la Commission Européenne et ce malgré ce corpus juridique relativement protecteur, la collecte et l'utilisation de données biométriques à des fins d'identification à distance, au moyen, par exemple, du déploiement de la reconnaissance faciale dans des lieux publics, « *comportent des risques particuliers en termes de droits fondamentaux* ». L'utilisation de systèmes d'IA pour l'identification biométrique à distance a des incidences sur les droits fondamentaux qui peuvent considérablement varier selon sa finalité, son contexte et sa portée.

Face à ce constat, la Commission :

« lancera un vaste débat européen sur les circonstances particulières, le cas échéant, qui pourraient justifier une telle utilisation, ainsi que sur les garanties communes à mettre en place » (Commission Européenne, 19 février 2020, Livre blanc consacrée à l'intelligence artificielle).

Tout comme la CNIL 3 mois plus tôt, et consciente que le mouvement est lancé, la Commission Européenne invite les Etats membres de l'UE à s'emparer de ce sujet de société pour établir une législation sur la reconnaissance faciale qui puisse s'inscrire dans la continuité du RGPD.

A suivre attentivement.

A rapprocher : Définition « Reconnaissance faciale », CNIL ; Reconnaissance faciale : pour un débat à la hauteur des enjeux, CNIL, 15 novembre 2019 ; Façonner l'avenir numérique de l'Europe : la Commission présente des stratégies en matière de données d'intelligence artificielle, Commission Européenne, 19 février 2020

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Recevabilité de l'action en répétition de l'indu, même en l'absence de contestation de la saisie attribution

Cass. civ. 2^{ème}, 30 janvier 2020, n°18-28.922

Ce qu'il faut retenir :

L'absence de contestation d'une mesure d'exécution forcée n'interdit pas au débiteur d'agir en répétition de l'indu, devant le juge de droit commun statuant en référé, sur le fondement du dernier alinéa de l'article L.211-4 du Code des procédures civiles d'exécution.

Pour approfondir :

Pour rappel, l'article L.211-4 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que la saisie-attribution peut être contestée par le débiteur dans un certain délai, fixé par décret à un mois. Toutefois, le dernier alinéa de cet article prévoit que le débiteur saisi qui n'aurait pas élevé de contestation dans le délai prescrit peut agir à ses frais en répétition de l'indu devant le juge du fond compétent. Tel est l'objet de la présente décision.

Dans cette affaire, un créancier a procédé à une saisie-attribution le 4 mars 2014 sur les comptes bancaires d'un débiteur, sur le fondement de deux décisions judiciaires datées des 6 décembre 2007 et 18 novembre 2009. Invoquant avoir fait l'objet d'une liquidation judiciaire simplifiée, ouverte par jugement du 29 septembre 2011 et clôturée pour insuffisance d'actif par un jugement du 25 septembre 2012, le débiteur a saisi le juge des référés d'une demande de provision, en sollicitant la répétition de la somme saisie. Le juge des référés, puis le juge d'appel ont accueilli les prétentions du débiteur. Le créancier s'est alors pourvu en cassation.

Au soutien de son pourvoi, le créancier reprochait à la cour d'appel d'avoir accueilli la demande de provision formée en référé, alors que le débiteur saisi qui n'aurait pas élevé de contestation dans le délai d'un mois à compter de la dénonciation de la saisie au débiteur ne pourrait, selon le créancier, agir en répétition de l'indu que devant le juge du fond compétent. Ainsi, pour le créancier, dès lors que le

débiteur n'avait pas contesté la saisie litigieuse devant le juge de l'exécution, cela faisait obstacle à ce qu'il soit fait droit à sa demande de provision en référé. En outre, le créancier affirmait qu'une provision ne peut être accordée que dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable en application de l'article 809 du Code de procédure civile. En l'espèce, le fait que la procédure de liquidation judiciaire du débiteur n'avait pas été clôturée pour insuffisance d'actif rendait, selon le créancier, sérieusement contestable l'obligation de restitution dont le débiteur se prévalait.

La Cour de cassation rejette l'argumentaire invoqué au soutien du pourvoi et considère que l'absence de contestation de la mesure d'exécution forcée n'interdit pas au débiteur d'agir en répétition de l'indu, devant le juge de droit commun statuant en référé, sur le fondement du dernier alinéa de l'article L.211-4 du Code des procédures civiles d'exécution.

Par cette décision, au-delà d'une confirmation de la compétence du juge du fond en la matière, **la Haute juridiction valide la saisine du juge des référés** pour solliciter une provision au titre de la répétition de l'indu, même en l'absence de contestation de la mesure de saisie-attribution.

La question de la compétence matérielle du juge saisi d'une action en répétition de l'indu sur le fondement de l'article L.211-4 du Code des procédures civiles d'exécution a déjà été évoquée par la Cour de cassation. Déjà, aux termes d'un avis rendu en 1994, la Cour de cassation indiquait que la non-contestation par le débiteur de la saisie-attribution n'empêchait pas l'action en répétition de l'indu, et affirmait que « *Cette demande doit être formée devant le juge du fond, ce qui exclut toute compétence du juge de l'exécution* ». Puis, le dernier alinéa de l'article L.211-4 du Code des procédures civiles d'exécution est venu entériner cette position. Par cette décision du 30 janvier 2020, la Cour de cassation réaffirme la compétence du juge du fond et va même plus loin, en validant la compétence du juge des référés pour statuer sur une demande de provision formulée au titre du dernier alinéa de l'article L.211-4 du Code des procédures civiles d'exécution.

A rapprocher : Cass., avis, 11 mars 1994, n°09-40.001

Suspension du délai de péremption : impossibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à accélérer le déroulement de l'instance
Cass. civ. 2^{ème}, 30 janvier 2020, n°18-25.012

Ce qu'il faut retenir :

L'impossibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à accélérer le déroulement de l'instance à compter de la fixation des plaidoires, ne peut aboutir à une décision constatant la péremption de l'instance. Lorsque l'affaire fait l'objet d'une radiation, cet événement fait courir un nouveau délai de deux ans pour la péremption.

Pour approfondir :

Pour rappel, l'article 2 du Code de procédure civile prévoit que « *Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis* », et l'article 386 du Code de procédure civile dispose que « *L'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans* ». La Cour de cassation, au visa de ces deux articles, précise que l'impossibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à accélérer le déroulement de l'instance à compter de la fixation des plaidoires, ne peut aboutir à une décision constatant la péremption de l'instance et que lorsque l'affaire fait l'objet d'une radiation, cet événement fait courir un nouveau délai de deux ans pour la péremption.

Dans cette affaire, à la suite d'une décision de justice condamnant un bailleur à réaliser divers travaux dans le logement de son locataire, ce dernier a saisi le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de diverses demandes et contestations relatives à ces travaux. Un jugement le déboutant de l'ensemble de ses demandes a été rendu, lui ordonnant de laisser l'accès de son logement à son bailleur pour effectuer les travaux. Le locataire a interjeté appel devant la cour d'appel de Versailles, et l'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel de Paris, en application de l'article 47 du Code de procédure civile. Le 4 décembre 2013, la radiation de l'affaire a été prononcée, les parties n'ayant pas constitué avocat

dans le délai d'un mois à compter de l'avis adressé par le greffe. A la suite du dépôt de la constitution de l'avocat de la partie intimée, le 11 décembre 2013, l'affaire a été réinscrite au rôle et un avis de fixation du 23 décembre 2013 a fixé l'audience des plaidoires au 6 novembre 2014. L'affaire a de nouveau été radiée le 23 octobre 2014. L'appelant a constitué avocat le 13 octobre 2016, et sollicité le rétablissement de l'affaire.

Au soutien de son pourvoi, le demandeur reprochait à la cour d'appel de constater l'extinction de l'instance par l'effet de la péremption, au motif qu'entre le 11 décembre 2013 et le 13 décembre 2016, plus de deux années s'étaient écoulées, sans l'intervention d'aucune diligence de parties. Selon le demandeur au pourvoi, le cours du délai de péremption de l'instance avait été suspendu, en l'absence de possibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à accélérer le déroulement de l'instance, à compter de la date de la fixation de l'affaire pour être plaidée. À ce titre, celui-ci soutenait qu'à compter du 23 décembre 2013, date de l'avis de fixation de l'audience au 6 novembre 2014, le délai de péremption avait été suspendu jusqu'à la radiation de l'affaire, le 23 octobre 2014, point de départ d'un nouveau délai de deux années qui n'était pas expiré le 13 octobre 2016.

La Cour de cassation accueille l'argumentaire invoqué au soutien du pourvoi et considère que l'impossibilité pour les parties d'accomplir des diligences de nature à accélérer le déroulement de l'instance à compter de la fixation des plaidoires ne peut aboutir à une décision constatant la péremption de l'instance. Lorsque l'affaire fait l'objet d'une radiation, cet événement fait courir un nouveau délai de deux ans pour la péremption.

Par **cette décision**, la Haute juridiction précise le régime applicable en ce qui concerne la péremption d'instance et les effets d'une radiation du rôle sur les délais de péremption.

A rapprocher : Cass. civ. 2^{ème}, 15 mai 2014, n°13-17.294

DROIT PÉNAL

Les pratiques commerciales trompeuses relatives aux jeux de hasard

Cass. crim., 28 janvier 2020, n°19-80.496

Ce qu'il faut retenir :

Le seul fait d'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard suffit à caractériser l'élément matériel de l'infraction de pratique commerciale trompeuse. De même, que les pratiques commerciales relatives aux jeux de hasard sont considérées comme déloyales en toutes circonstances.

Pour approfondir :

Un consommateur se plaignait, le 8 mars 2014, auprès de la Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) de ce qu'il avait acquis des grilles de jeux sur un site internet sans avoir gagné.

Ledit site proposait d'acheter des grilles des jeux de Loto et d'Euromillions censées procurer de plus grandes chances de gains que les autres grilles, ce qui était authentifié par un huissier nommément désigné.

Après enquête de la DGCCRF puis de la gendarmerie, le couple gérant cette activité était poursuivi devant le tribunal correctionnel pour pratique commerciale trompeuse consistant dans l'affirmation qu'un produit ou un service augmentait les chances de gagner aux jeux de hasard.

Les époux étaient condamnés en première instance. Ils interjetaient appel.

La cour d'appel confirmait la décision de première instance et le couple formait un pourvoi en cassation.

Au soutien de leur pourvoi, les époux énonçaient dans un premier temps que si aux termes des articles L.121-2 et suivants du Code de la consommation, les pratiques commerciales qui ont pour objet d'affirmer d'un produit ou un service qu'il augmente les chances de gagner au jeux de hasard, il résulte notamment du principe dit de la présomption d'innocence qu'une telle présomption ne saurait pas être irréfragable ;

qu'en l'espèce, les documents produits aux débats étaient de nature à démontrer que le service proposé aux clients étaient effectivement de nature à augmenter de manière substantielle les chances de succès aux jeux de hasard.

Dans un second temps, les mis en cause soutenaient qu'une pratique commerciale n'est trompeuse que si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ; que cette présomption n'est pas irréfragable et qu'en l'espèce les mentions du site internet exploité ne promettaient nullement aux consommateurs d'obtenir un gain quelconque à chaque tirage mais se bornaient à leur garantir des chances supérieures d'obtenir un gain.

Dans son arrêt du 28 janvier 2020, la chambre criminelle rejette ces arguments ainsi que le pourvoi aux motifs que :

- « **le seul fait d'affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard suffit à caractériser l'élément matériel constitutif de l'infraction prévue par le 15° de l'article (...) L.121-4 du Code de la consommation** » ;
- « **en vertu de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union Européenne du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales (...), les pratiques commerciales qui, comme celle relative aux jeux de hasard, figurent dans l'annexe I de ladite directive sont considérées comme déloyales en toutes circonstances, sans qu'il soit nécessaire, pour le juge répressif de caractériser une altération du comportement économique d'un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.** »

La Cour de cassation fait ainsi une stricte interprétation de l'élément matériel de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses relatives aux jeux de hasard rappelant également que celles-ci sont considérées comme déloyales en toute circonstances.

A rapprocher : Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union Européenne du 11 mai 2005

DROIT INTERNATIONAL

Brexit et période transitoire Actualité

Ce qu'il faut retenir :

Après 3 ans et demi de négociations, le Brexit est finalement devenu une réalité. La signature de l'accord de retrait et son entrée en vigueur le 31 janvier dernier marquent la fin du délai prévu par l'article 50 du Traité sur l'Union Européenne (TUE) et le début d'une période de transition. Jusqu'au 31 décembre 2020, le Royaume-Uni, qui n'est pourtant plus représenté au sein des institutions de l'Union Européenne (UE) et qui n'est plus un Etat membre depuis l'accord de retrait, poursuivra d'appliquer le droit de l'UE. Il s'agit ici de permettre la négociation d'accords avec la communauté européenne. Cette période transitoire pourra éventuellement être prolongée pour un ou deux ans, à condition pour les parties d'en convenir avant le 1^{er} juillet 2020.

Pour approfondir :

Si pour l'instant la situation entre l'UE et le Royaume-Uni semble la même, la fin de la période transitoire sera accompagnée de nombreux changements.

Libre circulation des marchandises et des biens : le Brexit marque avant tout la fin de cette liberté et du marché unique pour le Royaume-Uni. Au plus tôt le 31 décembre 2020, les relations commerciales avec le Royaume-Uni s'exerceront hors de l'Union Douanière, impliquant, sous réserve de l'issue des négociations en cours, de nouvelles formalités douanières, des licences d'exportation et d'importation, l'application de droits de douane sur les marchandises en provenance du Royaume-Uni ou encore d'une TVA à l'importation (*Commission Européenne, Comment se préparer au Brexit: Guide douanier pour les entreprises*). Il est recommandé aux entreprises françaises (et de manière plus large de l'UE) concernées exportant au Royaume-Uni de se préparer à ce nouveau cadre. Il s'agit pour ces dernières de mener à bien toutes les procédures administratives requises mais aussi de prendre toutes

les décisions nécessaires, comme e.g. l'enregistrement de l'entreprise auprès des autorités douanières en vue d'obtenir le numéro EORI (*Economic Operator Registration Identification*) requis pour les sociétés important et exportant hors de l'UE et la désignation d'un agent des douanes (*Gouvernement confirme plans to introduce import controls, Gouvernement britannique*). Les entreprises devront mettre leurs procédures douanières en conformité avec les nouveaux accords qui pourraient intervenir avec les britanniques. En cas d'échec des négociations, le commerce entre l'UE et le Royaume-Uni sera régi selon les normes de l'Organisation Mondiale du Commerce, avec des droits de douane, des quotas et des contrôles aux frontières.

Création de zones franches : le gouvernement britannique a annoncé début février 2020 sa volonté de créer jusqu'à dix ports francs outre-Manche d'ici à la fin 2021, **zone sans droits de douane** sur les importations de marchandises tant que ces dernières ne les auront pas quittées pour entrer sur le marché domestique. Une consultation publique s'est ouverte pour dix semaines à ce sujet afin de déterminer les villes qui pourront bénéficier de ce statut (*Le Royaume-Uni veut créer une dizaine de ports francs, Les Echos, 11 février 2020*).

TVA – vers la fin du mécanisme d'autoliquidation : concernant la libre circulation des biens et services, le Brexit verra la fin du mécanisme d'autoliquidation de la TVA intracommunautaire. Une fois la période transitoire terminée, le Royaume-Uni devra décider de quelle manière les entreprises européennes seront autorisées à récupérer la TVA britannique, quels types de services seront concernés et quels taux seront applicables. Les demandes de remboursement ne seront plus soumises par voie électronique et il semblerait qu'il faudra revenir à une soumission papier avec des factures originales. Aussi, les dates limites de soumission des demandes de remboursement devraient changer au 31 décembre de chaque année pour les demandes de remboursement de la TVA britannique et au 30 juin de chaque année pour les demandes de remboursement de la TVA du Royaume-Uni vers les pays de l'UE (*Brexit: vers un changement des conditions de remboursement de la TVA britannique, TVA Conseil*).

Libre circulation des personnes – Immigration : le retrait du Royaume-Uni de l'espace Schengen signifie la fin de la liberté de circulation pour les citoyens européens souhaitant s'installer en Grande Bretagne. Si les visites de moins de 6 mois, pour les français et de manière plus générale les titulaires de passeports européens, ne nécessiteront pas de visa, la situation sera bien différente pour les travailleurs. Le gouvernement britannique a annoncé vouloir mettre en place un nouveau système d'immigration donnant priorité aux travailleurs hautement qualifiés (**Londres donne la priorité aux immigrés hautement qualifiés, Les Echos, 20 février 2020**). Ce nouveau système, qui devrait entrer en vigueur en janvier 2021, serait un système de points (comme cela existe au Canada) qui permettra d'évaluer chaque travailleur désirant s'installer en outre-Manche et de réguler l'immigration. Il s'agirait pour les citoyens européens, et du monde entier, de justifier d'une offre d'emploi par un employeur reconnu par le gouvernement britannique, d'un niveau de compétence minimum requis, d'un niveau d'anglais suffisant et d'un seuil de salaire minimum de 25 600 GBP (**The UK's points-based immigration system: policy statement, Gouvernement britannique**). Un système de points sera également mis en place pour les étudiants.

- **Résidents Français au Royaume-Uni**

Les ressortissants français résidant au Royaume-Uni, arrivés avant ou pendant la période de transition, doivent demander, auprès des autorités britanniques, le statut de (i) résident permanent (i.e. **settled status** pour ceux qui résident de manière continue au Royaume-Uni depuis au moins 5 ans (sans absence du territoire supérieure à six mois consécutifs par année) ou (ii) **pré-statut de résident permanent (pre-settled status)** en attendant de remplir la condition de résidence pour ceux qui sont résidents depuis moins de 5 ans.

- **Résidents Britanniques en France**

L'ensemble des droits des ressortissants britanniques acquis en qualité de ressortissants européens sont maintenus.

En application de l'accord de retrait, les ressortissants britanniques devront demander des titres de séjour spécifiques « accord de retrait du Royaume Uni de l'UE ». La demande doit être formulée avant le **1^{er} juillet 2021**, date à laquelle les ressortissants britanniques **seront obligés de détenir un titre de séjour**.

Propriété intellectuelle : les enregistrements de **marques et modèles** effectués avant la fin de la période transitoire bénéficieront de la création automatique d'un titre national britannique équivalent. A partir du 31 décembre 2020, si la période transitoire n'a pas été repoussée, deux hypothèses se distinguent. Si la marque, ou le modèle, a été déposée et enregistrée avant la fin de la période transitoire, elle bénéficiera toujours d'une création automatique gratuite du titre équivalent sans autre formalité. Si la marque, ou le modèle, a été déposée et non encore enregistrée, l'Office Anglais invite le déposant à payer une taxe au Royaume-Uni permettant la création du titre de protection équivalent. La seule incertitude à ce jour concerne la possibilité d'un nouvel examen de la marque, ou du modèle, qui n'a pas encore été confirmée.

Contentieux

- **Actes de procédure** : jusqu'à la fin de la période transitoire, les articles 4§3 et 9§2 du Règlement (CE) n°393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), restent toujours applicables. Les assignations (ou tout autre acte qu'il y a lieu de signifier) sont pour l'heure toujours adressés par l'huissier de justice français à la *High Court – Queen's Bench Senior Master, Foreign Process Section Royal Courts of Justice*. Cette dernière est chargée ensuite de notifier l'acte à l'intéressé.
- **Exécution des décisions de justice** : le Règlement (UE) n 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, cessera de s'appliquer lorsque le Royaume-Uni aura définitivement quitté l'UE. Compte tenu de l'importance des relations économiques entre la France et le Royaume-Uni, la question relative aux futures modalités de reconnaissance et d'exécution (i) au Royaume-Uni des décisions rendues par les juridictions françaises et (ii) des jugements britanniques notamment en France prend tout son sens. Plusieurs scénaris sont envisageables :

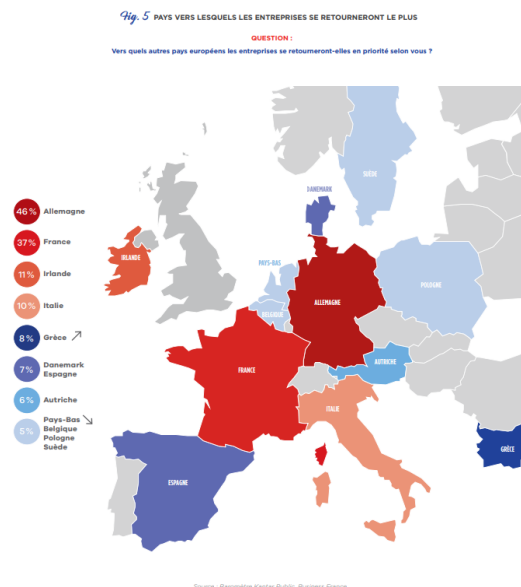
- **Maintien du Règlement Bruxelles I bis** (Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale non plus en tant qu'État membre de l'UE, mais en tant qu'État tiers (à l'instar du Danemark qui a signé le 19 octobre 2005, un accord avec l'Union européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) ;
- **Retour à l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano** (révisée le 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale). La Convention de Lugano a pour effet d'étendre les règles unitaires de compétence, de reconnaissance et d'exequatur aux États signataires de l'AELE. Ce scénario est déjà connu des Britanniques puisque le Royaume-Uni avait quitté l'AELE en 1973 lors de son adhésion à l'époque à la Communauté économique européenne (devenue l'UE en 1993). Cette hypothèse nécessiterait néanmoins l'accord des États signataires de la Convention de Lugano ;
- **Négociation d'accords (bilatéraux ou multilatéraux)** : Le Royaume-Uni pourrait opter pour la négociation d'accords bilatéraux ou multilatéraux portant sur la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice avec certains États membres de l'UE, et en particulier avec ses principaux partenaires économiques.

Vraisemblablement, de tels accords n'auraient pas pour effet de supprimer la procédure de droit commun d'exequatur ;

- **Le retour au droit commun de l'exequatur** : Dans cette hypothèse, pour qu'une décision de justice française soit exécutée au Royaume-Uni et vice versa, ladite décision devrait faire l'objet d'une procédure d'exequatur dans l'État dans lequel on cherche à lui faire produire ses effets. Ces procédures d'exequatur de droit commun, soumises aux règles spécifiques à chaque État, se révèlent en général être très longues, avec un aléa juridique quant au succès.

Projections de report des investissements étrangers vers l'Europe continentale

- **Allemagne vs. France** : Il ressort du bilan 2018 publié par Business France en avril 2019 que l'Allemagne était considérée comme le principal bénéficiaire européen du Brexit (46%), la France (37%) restant la 2^{ème} destination privilégiée en Europe des investissements étrangers.



Pays-Bas : Selon les chiffres de l'Agence néerlandaise des investissements étrangers (NFIA), le rythme des déménagements d'entreprises aux Pays-Bas ne cesse de s'accroître depuis le référendum du Brexit au Royaume-Uni. « 140 entreprises ont choisi de déménager aux Pays-Bas depuis le référendum sur le divorce entre Londres et Bruxelles, soit 40 de plus qu'au cours du dernier point d'étape en août dernier. 78 ont pris leur décision en 2019 » (**Brexit : de plus en plus d'entreprises s'installent aux Pays-Bas, Les Echos, 19 février 2020**). Selon la NFIA, ces 140 entreprises prévoient de créer au total plus de 4.200 emplois et de réaliser 375 millions d'euros d'investissements aux Pays-Bas au cours des trois premières années suivant leur déménagement.

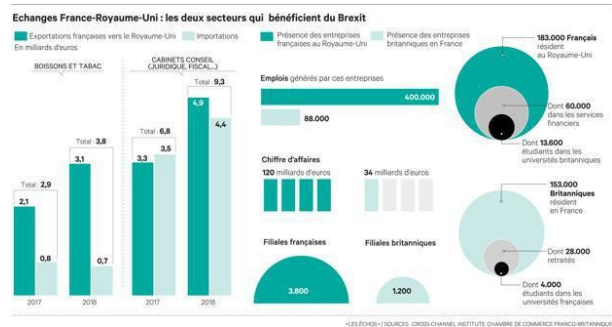
A noter : Quelques chiffres :

En 2018	France → Royaume-Uni	Royaume-Uni → France
Excédent commercial 12 Mds €	Exportations françaises : 32 Mds €	Importations du Royaume-Uni : 20 Mds €

En 2017	France → Royaume-Uni	Royaume-Uni → France
Investissements directs étrangers (IDE)	112 Md€ de stock d'IDE au Royaume-Uni.	90 Md€ de stock d'IDE en France
	94 projets d'IDE Environ 6 000 emplois La France était le 8 ^{ème} investisseur étranger au Royaume-Uni	118 projets d'IDE Environ 2 500 emplois Le Royaume-Uni était le 3 ^{ème} investisseur étranger en France (derrière les USA (# 1) et l'Allemagne (#2))

En 2016	France → Royaume-Uni	Royaume-Uni → France
Investissements croisés	2 ^{ème} pays d'implantation des entreprises françaises à l'étranger	1 200 filiales de groupes britanniques en France
	3 800 filiales de groupes français 120 Md€ de chiffre d'affaires annuel Plus de 400 000 emplois	34 Md€ de chiffre d'affaires annuel 88 000 emplois.

Source : Trésor publié en avril 2019



Source : Les Echos, novembre 2019