



RESEAU SIMON AVOCATS

# LA LETTRE SIMON AVOCATS

MARS 2019

## SOMMAIRE

<b>CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES</b>	
Convocation d'une assemblée en vue de révoquer le gérant Cass. com., 6 février 2019, n°16-27.560	p. 2
L'approbation de la rémunération du gérant d'une EURL postérieure au versement Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-18.864	p. 2
<b>ENTREPRISES EN DIFFICULTE</b>	
Possibilité d'une nouvelle déclaration de créance à la seconde procédure collective pour le montant initial de la créance Cass. com., 30 janvier 2019, n°17-31.060	p. 3
Admission au passif d'une créance d'intérêts à échoir et adoption d'un plan de sauvegarde Cass. com., 13 février 2019, n°17-26.361	p. 5
<b>CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX</b>	
Modération d'une clause pénale stipulée dans une transaction Cass. com., 20 mars 2019, n°17-18.977	p. 6
Le cautionnement portant une mention manuscrite écrite par un tiers est en principe nul CA Amiens, 21 février 2019, n°16/05156	p. 7
<b>DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION</b>	
Article L.442-6 du Code de commerce : Précisions sur la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris Cass. com., 20 février 2019, n°17-21.861	p. 8
Conditions de licéité d'un refus d'agrément dans un réseau de distribution sélective CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/16856 - CA Paris, 20 février 2019, n°15/13603	p. 12
<b>SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES</b>	
Transfert d'entreprise : le nouvel employeur peut se prévaloir du PV de carence établi par l'ancien employeur Cass. soc., 6 mars 2019, n°17-28.478	p. 15
Le licenciement notifié en raison d'une action en justice du salarié contre l'employeur est nul Cass. soc., 13 février 2019, n°17-23.720	p. 16
<b>IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME</b>	
Baux commerciaux : prise d'effet des congés en cours de bail ou lors de la prorogation tacite Cass. civ. 3 <sup>ème</sup> , 7 février 2019, n°17-31.229	p. 17
La conception libérale de la preuve du principe du contradictoire dans la réception des travaux Cass. civ. 3 <sup>ème</sup> , 7 mars 2019, n°18-12.221	p. 18
<b>PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES</b>	
Usage de la marque après le terme du contrat : contrefaçon TGI Paris, 7 mars 2019, RG n°17/08126	p. 19
Usage de la marque d'autrui pour référencer un site CA Paris, 5 mars 2019, RG n°17/13296	p. 20
<b>PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION</b>	
Exception d'incompétence : Etendue de l'obligation de désignation de la juridiction compétente Cass. civ. 2 <sup>ème</sup> , 21 février 2019, n°17-28.857	p. 20
Délai de prescription applicable à l'action en liquidation d'une astreinte Cass. civ. 2 <sup>ème</sup> , 21 mars 2019, n°17-22.241	p. 21
<b>DROIT DU SPORT</b>	
Avocats mandataires sportifs : des précisions sur les contrats passés avec les sportifs professionnels Cass. civ. 1 <sup>ère</sup> , 20 février 2019, n°17-27.129	p. 22
<b>DROIT INTERNATIONAL</b>	
Le nouveau cadre des Investissements Directs Etrangers en Chine et dans l'Union Européenne Loi relative aux investissements directs étrangers	p. 24

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

*Réseau SIMON Avocats*

ALGÉRIE - ARGENTINE  
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN  
BAHAMAS - BAHRÉÏN  
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 - LUXEMBOURG  
MALTE - MAROC  
NICARAGUA - OMAN  
PANAMA - PARAGUAY  
PÉROU - PORTUGAL  
RD CONGO  
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE  
SENEGAL - SINGAPOUR  
THAÏLANDE - TUNISIE  
URUGUAY - VENEZUELA  
VIETNAM

*Conventions transnationales*

## CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

### Convocation d'une assemblée en vue de révoquer le gérant

Cass. com., 6 février 2019, n°16-27.560

*Ce qu'il faut retenir :*

**Aux fins de pallier le refus du gérant de convoquer une assemblée générale amenée à statuer sur sa révocation, l'alinéa 7 de l'article L.223-27 du Code de commerce permet à tout associé de demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour. La Cour de cassation vient de préciser que le juge saisi d'une telle demande ne dispose pas du pouvoir d'en apprécier l'opportunité, cette demande étant nécessairement conforme à l'intérêt social de la société.**

*Pour approfondir :*

Au regard de l'alinéa 2 de l'article L.223-27 du Code de commerce, la convocation des associés en assemblée générale est faite par le gérant ou, à défaut, par le commissaire aux comptes, s'il en existe un.

La tenue de l'assemblée est ainsi tributaire du bon vouloir du gérant de la société, lui seul pouvant convoquer les associés lorsque la société est dépourvue de commissaire aux comptes.

Le refus du gérant de convoquer une assemblée peut toutefois être surmonté : les articles L.223-27 et R.223-20 du Code de commerce permettent en effet à tout associé de demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour.

Le mandataire est alors désigné par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant en référé.

En l'espèce, le gérant et associé minoritaire d'une SARL avait refusé de convoquer une assemblée avec pour ordre du jour sa révocation et la nomination d'un nouveau gérant.

L'associé majoritaire avait alors saisi le président du tribunal de commerce conformément à l'article L.223-27 du Code de commerce.

Contre toute attente, la cour d'appel de Lyon a cependant rejeté sa demande dans un arrêt rendu le 18 octobre 2016, aux motifs que la révocation sollicitée était motivée par la volonté dudit associé majoritaire de nommer un gérant « *plus captif pour servir ses intérêts propres* » et par ailleurs qu'elle ne tendait pas, sous couvert de l'exercice de la démocratie sociale, à la préservation de l'objet social.

La chambre commerciale de la Cour de cassation **cas**se et **annule l'arrêt d'appel** au visa notamment de l'article L.223-27 du Code de commerce dans une décision rendue le 6 février 2019.

Les juges de la Haute juridiction considèrent que la cour d'appel était tenue de faire droit à la demande de l'associé majoritaire et qu'elle n'avait pas à en apprécier l'opportunité.

La Cour de cassation oppose également aux juges du fonds, sous réserve qu'elle ne soit pas abusive, le principe de libre révocation du gérant, (article L.223-25 du Code de commerce), dont l'associé majoritaire s'est prévalu afin d'assurer le fonctionnement normal de la société, en précisant « *qu'une telle demande respectueuse de la démocratie sociétaire était nécessairement conforme à l'intérêt social* ».

### A rapprocher : Article 1844-7 du Code civil

### L'approbation de la rémunération du gérant d'une EURL postérieure au versement

Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-18.864

*Ce qu'il faut retenir :*

**La rémunération du gérant d'EURL fixée par décision unilatérale, conformément aux prévisions statutaires, est valable, même si elle a été perçue par celui-ci avant la formalisation de la décision par l'associé unique.**

*Pour approfondir :*

Le gérant et associé unique d'une SARL n'a de contre-pouvoir à ses prises de décisions que le formalisme que lui impose l'**article L.223-31 du Code de commerce**.

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

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

Ce dernier exige que les décisions unilatérales prises par l'associé soient consignées dans le registre des décisions, et notamment la décision portant sur sa propre rémunération (**Cass. com., 25 septembre 2012, n°11-22.337**).

Cependant, cette formalité, qui est la seule limite à la pratique de l'auto rémunération des gérants-associés d'EURL, est régulièrement assouplie par la jurisprudence, ce qui est notamment le cas dans l'arrêt du 9 janvier 2019 (**Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-18.864**).

Le 12 janvier 2012, le gérant associé unique d'une EURL cède l'intégralité de ses parts sociales, et démissionne concomitamment de son mandat de gérant.

La société, par le biais de son nouveau gérant, demande par la suite le remboursement des rémunérations versées entre 2008 et 2012, arguant de ce que les rémunérations n'avaient pas été régulièrement décidées, et ce, en distinguant :

- les rémunérations du gérant entre 2008 et 2010 dont les décisions fixant leur montant sont intervenues postérieurement à leur règlement et ;
- les rémunérations versées en 2011 et 2012 lesquelles n'ont fait l'objet d'aucune décision d'approbation dans le registre des décisions.

La Cour de cassation va rejeter ces considérations, en se fondant tout d'abord sur le texte des statuts fixant la procédure qui fut respectée, *a posteriori* ; puis en examinant les circonstances de l'affaire justifiant l'assouplissement du formalisme en la matière.

Pour les rémunérations ayant fait l'objet de décisions postérieures à leur versement, les Hauts juges rappellent que les statuts de la société « *prévoient que les gérants pourraient recevoir une rémunération qui serait fixée et pourrait être modifiée par une décision ordinaire des associés* ».

Ils constatent que l'associé unique, par décision des 5 juin 2009, 28 mai 2010 et 30 juin 2011, avait approuvé les rémunérations, et les avait retranscrites dans le registre précité.

Or, la chambre commerciale est catégorique : si le respect de la procédure est obligatoire, il n'est pas nécessaire qu'il ait lieu préalablement au versement.

Quant aux rémunérations de 2011 et 2012, la nullité était envisageable au regard de l'irrespect de la procédure, mais **l'article L.223-31 du Code de commerce** dans son dernier alinéa dispose : « *Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé* », octroyant un pouvoir discrétionnaire aux juges. Or, ces derniers ont décidé d'écarter cette nullité facultative au vu des circonstances, dans la mesure où le gérant, ayant cédé ses parts et démissionné de son mandat, n'avait plus la maîtrise des assemblées pour procéder à l'approbation de ses rémunérations. Dès lors, le défaut de formalisme ne pouvait lui être imputable. De plus, la société demanderesse ne pouvait pas ignorer que le gérant avait perçu des rémunérations, et elle n'a pas cherché à les remettre en cause en considérant que le montant de ces versements était excessif.

Si **cette décision** bienveillante de la Cour de cassation peut laisser penser à une position favorable envers l'auto rémunération, il ne faut pas écarter la réalité de l'arrêt : pour une grande partie, il s'agissait d'une appréciation sur les faits de l'affaire, et non pas sur une question de droit. Par ailleurs, les juges n'écartent pas la menace pour le gérant d'être sanctionné pour abus de biens sociaux en raison d'une gratification élevée qu'il aurait lui-même fixée.

**A rapprocher : Cass. com., 15 mars 2017, n°14-17.873 ; Cass. com., 25 septembre 2012, n°11-22.754**

## ENTREPRISES EN DIFFICULTE

### Possibilité d'une nouvelle déclaration de créance à la seconde procédure collective pour le montant initial de la créance

Cass. com., 30 janvier 2019, n°17-31.060

*Ce qu'il faut retenir :*

**La décision d'admission ou de rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde procédure ouverte à l'égard du même débiteur après résolution de son plan. Le créancier dont la créance a fait l'objet d'un rejet dans le cadre de la première collective peut déclarer cette même créance au passif de la seconde procédure collective.**

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

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

*Pour approfondir :*

Un créancier déclare deux créances d'un montant de 354 090,36 € et 378 452,55 €, au passif de la procédure de redressement judiciaire ouverte à l'égard de son débiteur.

Ces créances ont été admises à hauteur de 145,58 € et 144,45 €.

Un plan de redressement ayant été arrêté, le débiteur a réglé ces deux créances pour le montant admis au passif en application de l'article L.626-20 II du Code de commerce, qui prévoit le paiement sans remise ni délai des créances d'un montant inférieur à 500 €.

Par la suite, le plan a été résolu et le créancier a de nouveau déclaré ses deux créances, pour le montant initial réactualisé.

La cour d'appel admet les deux créances au montant déclaré. Le débiteur forme alors un pourvoi en cassation au moyen que, si en application de l'article L.626-27 III du Code de commerce, la dispense du créancier soumis au plan ou admis au passif de la première procédure d'avoir à déclarer sa créance dans la seconde procédure ouverte, ne lui interdit pas de déclarer à nouveau (Cass. avis, 17 sept. 2012, n°12-00.010), ce n'est que pour en obtenir l'actualisation (Cass. com., 4 mai 2017, n°15-15.390).

Aux termes du pourvoi, le créancier ne pouvait donc, au titre d'une nouvelle déclaration, remettre en cause la décision du juge-commissaire rendue au cours de la première procédure et qui avait partiellement admis la créance, en demandant l'admission de sa créance pour le montant initial.

La Cour de cassation devait donc se prononcer sur le point de savoir si le créancier admis partiellement à la première procédure peut, après résolution du plan, déclarer de nouveau sa créance à la seconde procédure, pour son montant initial.

La Cour de cassation y répond favorablement en reprenant une formulation qu'elle avait adoptée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 : « *l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde à l'égard du même débiteur après résolution de son plan de redressement* » (Cass. com., 3 déc. 2003, n°02-14.474 ; Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n°08-10.154 ; Cass. com., 22 sept. 2009, n°08-17.378).

En effet, l'autorité de la chose jugée ne vaut que si les parties sont les mêmes (art. 1355 du Code civil – ancien article 1351 du Code civil). Or, l'ouverture d'une seconde procédure collective engendre une nouvelle désignation de mandataires de justice, empêchant de fait l'identité des parties, condition de l'étendue de l'autorité de la chose jugée.

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, en cas d'ouverture d'une seconde procédure collective suite à la résolution du plan, le créancier admis à la première procédure devait déclarer à nouveau sa créance dans la seconde procédure. En application de cette jurisprudence, le créancier pouvait très bien voir admettre une créance qui avait été rejetée dans le cadre de la première procédure (Cass. com., 22 sept. 2009, n°08-17.378) ; de même que le débiteur pouvait contester la créance déclarée au titre de la seconde procédure collective, quand bien même avait-elle été admise dans le cadre de la première procédure collective. Il était possible de se demander si cette jurisprudence allait prospérer après la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, qui a introduit l'article L.626-27 du Code de commerce au titre duquel les créances admises dans le cadre d'une première procédure collective sont admises de plein droit au passif de la seconde procédure collective, déduction faite des sommes déjà perçues.

Par le présent arrêt, la Cour de cassation maintient sa position antérieure. Ce faisant, l'articulation entre cette jurisprudence et l'article L.626-27 du Code de commerce place le créancier dans une situation particulièrement favorable.

En effet, aux termes de l'article L.626-27 précité, le créancier dont la créance a été admise dans la première procédure verra sa créance admise de plein droit à la seconde procédure, sans que le débiteur puisse la contester au cours de la seconde procédure. A l'inverse, la décision de rejet d'une créance rendue au cours de la première procédure n'ayant pas autorité de la chose jugée dans la seconde procédure, le créancier pourra la déclarer de nouveau et ainsi espérer son admission dans le cadre de la seconde procédure.

**A rapprocher : Art. L.626-27 III du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 12 mars 2014 ; Cass. com., 3 déc. 2003, n°02-14.474 ; Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n°08-10.154 ; Cass. com., 22 sept. 2009, n°08-17.378 ; Cass. com., 4 mai 2017, n°15-15.390 ; Cass. avis, 17 sept. 2012, n°12-00.010**

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

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

**Admission au passif d'une créance d'intérêts à échoir et adoption d'un plan de sauvegarde**  
Cass. com., 13 février 2019, n°17-26.361

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'article R.622-23, 2° du Code de commerce n'exigeant l'indication des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté que dans le cas où leur montant ne peut être calculé au jour de la déclaration de créance, la créance doit être admise pour son montant au moment du jugement d'ouverture, sans tenir compte des événements pouvant influencer sur le cours des intérêts à échoir. Par conséquent, le juge-commissaire peut admettre ceux-ci pour leur montant déjà calculé sans prendre en considération les modalités d'un plan ou les sommes pour lesquelles le créancier sera effectivement retenu dans les répartitions et les dividendes.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, une société a été placée en procédure de **sauvegarde** le 12 octobre 2015, procédure dans laquelle un mandataire judiciaire a été désigné. Par suite, un plan de sauvegarde a été arrêté et un commissaire à l'exécution du plan a été désigné.

Une banque, créancière de la société débitrice au titre d'un prêt d'équipement consenti le 2 mai 2013, a déclaré sa créance au passif de la procédure. La **déclaration de créance**, qui mentionnait le montant des échéances à échoir, intérêts inclus, ainsi que leur taux conventionnel, ne précisait toutefois pas les modalités de calcul des intérêts. Par une ordonnance du 17 novembre 2016, cette créance a été admise par le juge-commissaire.

La cour d'appel, saisie d'un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire, a admis la créance au montant qui avait été déclaré (*CA Toulouse, 2<sup>ème</sup> chambre, 28 juillet 2017, n°16/05863*). Les juges du fond ont en effet considéré qu'aucun texte n'obligeait le créancier à distinguer, dans la déclaration de créance, le montant des intérêts à échoir du montant du capital à échoir. Par conséquent, ils en ont déduit que le fait d'indiquer dans la déclaration de créance le montant des échéances à échoir, comprenant tant le capital que les intérêts, n'était pas contraire à **l'article R.622-23, 2° du Code de commerce** (pour une solution identique : *CA Toulouse, 2<sup>ème</sup> chambre, 28 juillet 2017, n°16/05871*).

La société débitrice, le mandataire judiciaire et le commissaire à l'exécution du plan se sont pourvus en cassation. Ces derniers ont en effet estimé que la déclaration de créance devait, conformément à **l'article R.622-23, 2°** précité, préciser les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté et dont le montant ne peut être calculé au jour de l'acte, ce qui serait le cas lorsque le terme de la créance d'intérêts dépend des délais et modalités de remboursement prévus par un plan, notamment de sauvegarde.

Considérant que les intérêts ne pouvaient être arrêtés avant remboursement de la créance selon les conditions prévues par le plan de sauvegarde, les demandeurs au pourvoi en ont déduit que la déclaration de créance litigieuse aurait dû mentionner les modalités des calculs des intérêts.

Partant, la cour d'appel ayant admis la créance litigieuse pour son montant incluant les intérêts à échoir, aurait violé les articles **L.622-25** et **R.622-23, 2°** du Code de commerce. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

Elle a en effet considéré que **l'article R.622-23, 2° du Code de commerce** n'exige l'indication des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté « *que dans le cas où leur montant ne peut être calculé au jour de la déclaration des créances* ».

Partant, la chambre commerciale a retenu que la créance devait être admise pour son montant au moment du jugement d'ouverture de la procédure collective, sans tenir compte des événements pouvant influencer sur le cours des intérêts à échoir, de sorte que le juge-commissaire pouvait admettre ces intérêts pour leur montant déjà calculé sans prendre en considération les modalités d'un plan ou les sommes pour lesquelles le créancier sera effectivement retenu dans les répartitions et les dividendes.

Pour rappel, la déclaration de créance doit mentionner « *le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances* » (**Code de commerce, art. L.622-25**).

En outre, elle doit préciser « *les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, cette indication valant déclaration pour le montant ultérieurement arrêté* » (**Code de commerce, art. R.622-23, 2°**).

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

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

Par conséquent, l'article R.622-23, 2° du Code de commerce ne s'applique pas lorsque le montant des intérêts à échoir peut être calculé par le créancier au jour de sa déclaration de créance. Autrement dit, il n'y a pas lieu de préciser les modalités de calcul des intérêts lorsque la déclaration de créance inclut le montant, déjà calculé, des intérêts à échoir (*Cass. com., 5 mai 2015, n°14-13.213*).

Outre cette précision, la Cour de cassation rappelle que la créance doit être admise pour son montant au moment du jugement d'ouverture, sans tenir compte des événements pouvant influencer sur le cours des intérêts à échoir, solution classique en la matière (*Cass. com., 7 novembre 2018, n°17-22.194*).

Partant, la chambre commerciale en déduit qu'il n'y a pas lieu en l'espèce, et contrairement aux prétentions des demandeurs au pourvoi, de tenir compte de l'adoption d'un plan de sauvegarde postérieur à la déclaration de créance.

**A rapprocher : Art. L.622-25 du Code de commerce ; Art. R.622-23, 2° du Code de commerce ; Cass. com., 5 mai 2015, n°14-13.213 ; Cass. com., 7 novembre 2018, n°17-22.194**

## CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

### Modération d'une clause pénale stipulée dans une transaction

Cass. com., 20 mars 2019, n°17-18.977

*Ce qu'il faut retenir :*

**Une clause pénale manifestement excessive peut être modérée par le juge, même si elle est stipulée dans une transaction revêtue de l'autorité de la chose jugée.**

*Pour approfondir :*

Le 26 septembre 2007, la société G. aux droits de laquelle est venue la société N.L., a consenti un contrat de crédit-bail portant sur un aéronef à la société S.A, ayant pour associées les sociétés G.S et C.G.

Par deux actes du 30 juin 2011, la société G.S et Monsieur B se sont rendus cautions solidaires de l'exécution de ce contrat par la société S.A. Invoquant la résiliation du contrat de crédit-bail en raison du défaut de paiement de loyers, la société N.L a pratiqué une saisie revendication sur l'aéronef et a assigné en référé les sociétés S.A, G.S, et C.G en paiement et en restitution de l'appareil.

Le 8 février 2013, un protocole est signé entre les parties prévoyant, en cas de non-respect, une clause pénale d'un montant de 10 % des loyers restant dus et la valeur résiduelle du bien objet du contrat.

Aux termes de ce protocole, le non-respect de l'échéancier de paiement rendait immédiatement exigible l'intégralité de la créance visée dans l'assignation en référé.

Le protocole n'ayant pas été respecté, diverses mesures d'exécution ont été engagées et les débiteurs ont assigné la société N.L afin d'obtenir l'annulation et la résolution du protocole d'accord, ainsi que la modération de la clause pénale qui y était stipulée.

La cour d'appel de Paris a déclaré irrecevable leur demande de réduction des pénalités aux motifs qu'elle se heurte à l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction. Elle estime que les parties ont accepté d'intégrer ce surcoût à la créance du crédit-bailleur en cas de carence de leur part.

C'est au visa des articles 1152 et 2047 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, que la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'appel sur ce point.

La Cour de cassation précise que la stipulation du surcoût imposé aux parties en cas d'inexécution de leurs obligations résultant du protocole d'accord constituait une clause pénale, laquelle était susceptible de modération par le juge.

Par cette décision, la Cour de cassation ne fait qu'appliquer les règles classiques du droit des contrats issues du Code civil. En effet, la transaction étant définie, par l'article 2044 du Code civil, comme un « contrat », les règles relatives aux clauses pénales peuvent donc lui être appliquées. L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction ne remet pas en cause le pouvoir de modération du juge en la matière.

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

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

Cette solution est donc protectrice des intérêts du débiteur de la clause et permet aux juges de garder un œil sur les dispositions de la clause pénale dans le cadre de la conclusion d'une transaction.

**A rapprocher : Article 2044 du Code civil ; Articles 1152 et 2047 anciens du Code civil ; Article 1231-5 du Code civil**

---

**Le cautionnement portant une mention manuscrite écrite par un tiers est en principe nul**  
CA Amiens, 21 février 2019, n°16/05156

*Ce qu'il faut retenir :*

**Faute d'établir que la caution se serait trouvée dans l'impossibilité physique d'écrire la mention manuscrite requise, l'acte de cautionnement portant une mention manuscrite écrite par un tiers est nul.**

*Pour approfondir :*

Cet arrêt rendu par la cour d'appel d'Amiens fait suite à une décision de cassation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 novembre 2014, n°13-21.295) ayant renvoyé la cause et les parties devant ladite cour d'appel.

Dans cette affaire, une Société avait souscrit auprès d'une Compagnie trois contrats de location avec option d'achat portant sur des véhicules automobiles, dans le cadre desquels le dirigeant de la Société (M. M) s'était porté caution solidaire des engagements de cette dernière.

Suite à différents impayés, la Compagnie a assigné la Société ainsi que M. M aux fins de paiement d'échéances de loyers impayés et de restitution d'un des trois véhicules.

Le jugement de première instance a fait droit aux demandes de la Compagnie, provoquant l'appel formé par la Société et sa caution.

La cour d'appel de Douai a confirmé le jugement de première instance, sauf en ce qu'il a condamné la caution à la restitution du véhicule.

M. M a formé un pourvoi et la Cour de cassation a, par sa décision du 26 novembre 2014, cassé la décision de la cour d'appel en ce qu'elle a condamné la caution à payer les sommes réclamées par la Compagnie au titre de son engagement de caution solidaire, alors qu'il incombait au juge, selon la Haute cour, de procéder à la vérification d'écriture des actes contestés.

Devant la cour d'appel d'Amiens, M. M a soulevé la nullité des cautionnements, faisant valoir que les mentions manuscrites imposées par les articles L.341-2 et L.341-3 ancien du Code de la consommation avaient été rédigées par le vendeur des véhicules et non par lui-même. A l'inverse, la Compagnie a soutenu, à titre principal, que la caution n'apportait pas la preuve qu'il n'était pas l'auteur de la mention manuscrite litigieuse et indiquait que ce dernier aurait reconnu qu'il s'était engagé en qualité de caution ; et à titre subsidiaire, que la caution était présente lors de la rédaction de ces actes à trois reprises, ce qui caractérise son plein accord ; que le concessionnaire était donc son mandataire en conséquence de quoi la caution était engagée par la mention portée par lui pour son compte.

Après avoir constaté que la caution n'était à l'évidence pas l'auteur de la mention manuscrite de l'engagement de caution figurant sur les trois actes litigieux, les juges du fond avaient rappelé, en premier lieu, le principe selon lequel « *le cautionnement portant mention manuscrite écrite par un tiers est en principe nul* », puis nuancé leur position en considérant ensuite qu'un tel cautionnement pouvait cependant être validé dans les cas où la caution se trouvait dans l'impossibilité d'écrire si le tiers prêtant sa main pouvait être considéré comme ayant reçu mandat de la caution, la rédaction ayant lieu à la demande et en la présence de cette dernière qui a apposé sa signature.

Or, en l'espèce, les juges considèrent « *qu'il n'est établi ni même allégué que M. M se trouvait dans l'impossibilité physique de rédiger lui-même la mention manuscrite requise* » de sorte que le vendeur de véhicules ne peut être considéré comme mandataire de l'intéressé. En conséquence, la cour d'appel prononce la nullité des trois actes de cautionnement litigieux et déboute la Compagnie de sa demande en paiement.

---

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

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

**SS**  
RESEAU SIMON AVOCATS

En indiquant qu'un tiers puisse écrire la mention manuscrite lorsque la caution se trouve dans l'impossibilité d'écrire, la cour d'appel semble adopter la position de la chambre commerciale.

En effet, alors que dans un arrêt de principe rendu par la 1<sup>ère</sup> chambre civile (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2015, n°14-21.763), la Cour de cassation avait considéré qu'un cautionnement souscrit par une caution illettrée ne pouvait, pour être valable, qu'être rédigé par acte authentique, la chambre commerciale est venue assouplir cette position dans un arrêt récent (Cass. com., 20 septembre 2017, n°12-18.364), en considérant qu'une mention manuscrite rédigée par une secrétaire pouvait être valide dès lors qu'il était démontré que la caution, sachant mal écrire, avait prié sa secrétaire de l'accompagner lors de la souscription du cautionnement, qu'il avait signé après qu'elle eut inscrit la mention manuscrite, ces circonstances établissant que « *la conscience et l'information de la caution sur son engagement étaient autant assurées que si elle avait été capable d'apposer cette mention de sa main, dès lors qu'il avait été procédé à sa rédaction à sa demande et en sa présence* » et que l'on pouvait donc en déduire l'existence d'un mandat régulièrement donné par la caution à sa secrétaire, en validant ainsi le cautionnement.

**A rapprocher :** Cass. com., 20 septembre 2017, n°12-18.364 ; Cf. également l'article **Validité du cautionnement donné par un dirigeant personne physique**

## DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

**Article L.442-6 du Code de commerce : Précisions sur la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris**  
Cass. com., 20 février 2019, n°17-21.861

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'appel interjeté à l'encontre d'un jugement rendu dans un litige relatif à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce par une juridiction spécialisée – c'est-à-dire désignée à l'annexe 4-2-1 du Livre IV du même code -, relève de la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris.**

**L'appel interjeté dans un litige de même nature par une juridiction non spécialisée relève en revanche de la compétence des cours d'appel désignées conformément à l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire, à charge pour ces dernières le cas échéant de relever d'office l'excès de pouvoir commis par la juridiction ayant statué sur les demandes relatives à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce alors que celles-ci étaient irrecevables car ne relevant pas de leur pouvoir juridictionnel.**

*Pour approfondir :*

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 février 2019 est l'occasion de revenir sur les règles de compétence de juridiction qui, depuis plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017 (poursuits n°15-17.659, 15-24.241 et 15-15.337) par la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, semblent désormais applicables aux procédures d'appel interjetées à l'encontre de jugements rendus sur le fondement l'article L.442-6 du Code de commerce.

La compétence de la cour d'appel de Paris en cette matière paraît à présent dépendre de la juridiction ayant statué en premier ressort :

- si la juridiction ayant statué sur l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce est une des juridictions spécialisées listées à l'annexe 4-2-1 du Livre IV, la cour d'appel de Paris est exclusivement compétente pour connaître de l'appel interjeté à l'encontre du jugement ;
- si au contraire la juridiction ayant statué sur l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce n'est pas l'une des juridictions spécialisées susvisées (alors même qu'elle était dépourvue de pouvoir juridictionnel pour ce faire), alors la cour d'appel dite « naturelle », c'est-à-dire désignée conformément à l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire, connaîtra de l'appel formé à l'encontre du jugement ainsi rendu. La cour d'appel ainsi désignée devra alors relever d'office l'excès de pouvoir commis par la juridiction ayant statué sur les demandes relatives à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce alors que celles-ci étaient irrecevables car ne relevant pas de leur pouvoir juridictionnel.

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

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



Cette faculté pour les cours d'appel dites « naturelles » de connaître des appels interjetés à l'encontre de jugements, relatifs à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce, rendus par des juridictions non spécialisées n'a cependant pas toujours existé ; elle résulte de plusieurs arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 mars 2017 sur lesquels il est intéressant de revenir.

**I. Principe : la cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître des jugements rendus sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce par les juridictions spécialisées**

L'article L.442-6 du Code de commerce énumère les pratiques dites restrictives de concurrence que le législateur a entendu sanctionner, au nombre desquelles figurent notamment le très en vogue « déséquilibre significatif » (C. com., art. L.442-6, I, 2°) ou encore la rupture brutale des relations commerciales établies (C. com., art. L.442-6, I, 5°).

Les litiges relatifs à l'application de cet article font l'objet de règles de compétence particulières posées aux articles L.442-6, III et D.442-3 du Code de commerce. Ces règles de compétence sont d'ordre public.

**A. Sur la compétence des juridictions spécialisées**

L'article L.442-6, III du Code de commerce prévoit que :

*« Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret. »*

Le législateur a ainsi entendu attribuer à un nombre limité de juridictions spécialisés les litiges relevant de l'article L.442-6 du Code de commerce. Huit tribunaux spécialisés, listés à l'annexe 4-2-1 du Livre IV du même code, ont ainsi été désignés pour connaître de ces litiges.

Au sens de ce texte, pour que le litige relève de la compétence des juridictions spécialisées, il suffit que l'article L.442-6 du Code de commerce soit invoqué :

- par l'une des parties, même par le défendeur (CA Douai, 4 avril 2012, RG n°12/00259),
- même à titre accessoire (Cass. com., 24 septembre 2013, n°12-21.089),

- même lorsque l'article L.442-6 est invoqué à titre subsidiaire, incident ou reconventionnel et ce, même à titre superfétatoire (CA Grenoble, 30 juin 2016, RG n°13/04262 ; CA Douai, 4 avril 2012, RG n°12/00259 ; CA Chambéry, 19 juin 2018, RG n°16/02474) et « même si le litige porte pour une autre partie, même essentielle, sur la responsabilité contractuelle » (CA Paris, 14 décembre 2016, RG n°14/14207 ; CA Grenoble, 21 juillet 2016, RG n°16/02264),
- même s'il est invoqué à côté d'autres fondements de droit commun ou d'autres textes relatifs à la responsabilité contractuelle (Cass. com., 17 janvier 2018, n°17-10360 ; Cass. com., 7 octobre 2014, n°13-21.086 ; Cass. com., 6 sept. 2016, n°14-27.085 et 15-15.328 ; CA Paris, 17 janvier 2018, RG n°17/21527).

Cette compétence n'est en effet pas subordonnée à l'examen du bien-fondé des demandes (Cass. com., 26 mars 2013, n°12-12.685 ; CA Grenoble, 30 juin 2016, RG n°13/04262 ; CA Douai, 4 avril 2012, RG n°12/00259 ; CA Chambéry, 19 juin 2018, RG n°16/02474).

Toute intervention d'une juridiction non spécialisée est exclue.

L'objectif poursuivi par le législateur est de garantir une uniformité de la jurisprudence rendue en matière de pratiques restrictives de concurrence, ce qui se comprend aisément eu égard à la complexité de la matière et à l'importance économique des enjeux qu'elle traite.

**B. Sur l'appel interjeté à l'encontre d'un jugement relatif à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce**

S'agissant de l'appel formé à l'encontre des décisions rendues par les juridictions spécialisées compétentes pour connaître de l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce, l'article D.442-3 du Code de commerce (créé par le décret n°2009-1384 du 11 novembre 2009) prévoit quant à lui que :

*« Pour l'application de l'article L.442-6, le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-1 du présent livre. »*

La cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris ».

Il résulte de ce qui précède que seule la cour d'appel de Paris est donc investie des pouvoirs pour statuer sur les appels formés contre une décision rendue par une juridiction spécialisée dans le cadre d'un litige portant sur l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce.

## II. **Cas particulier : la compétence des juridictions dites « naturelles » dans l'hypothèse d'un jugement rendu sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce par une juridiction non spécialisée**

### A. Ancien régime

Jusqu'à récemment, les cours d'appel et la Cour de cassation jugeaient que seule la cour d'appel de Paris pouvait statuer sur un litige relatif à l'article L.442-6 du Code de commerce, et ce même si le tribunal saisi en première instance ne faisait pas partie de la liste des tribunaux spécialisés.

En d'autres termes, la cour d'appel de Paris était compétente pour trancher de l'ensemble des recours formés à l'encontre des décisions portant sur des litiges relatifs à l'article L.442-6 du Code de commerce, que ces décisions aient été rendues par :

- les juridictions spécialisées ou,
- des juridictions non spécialisées, qui auraient tranché des litiges relatifs à l'article L.442-6 du Code de commerce, alors même qu'elles étaient dépourvues de pouvoir juridictionnel pour ce faire.

La Cour de cassation considérait en effet que « *la cour d'appel de Paris [était investie] du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L.442-6 [...]* ».

Il en résultait que les appels formés, non devant la cour d'appel de Paris, mais devant les cours d'appel dites « naturelles » (c'est-à-dire désignées conformément aux dispositions de l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire), étaient jugés irrecevables.

Cette position a néanmoins soulevé des réflexions de la jurisprudence et de la doctrine à deux égards :

- d'une part, une interprétation littérale de l'article D.442-3 du Code de commerce pourrait conduire à considérer que la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris ne concernerait que les recours formés à l'encontre des décisions rendues par les juridictions spécialisées (« *pour connaître des décisions rendues par ces juridictions* »).

Au sens de ce texte, les appels interjetés à l'encontre de jugements rendus par des juridictions non spécialisées seraient donc, en principe, susceptibles d'être formés devant la cour d'appel compétente en application de l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire (ce qui n'était cependant pas, ainsi que cela a été vu ci-dessus, la position retenue par la jurisprudence jusqu'alors) ;

- d'autre part, la sanction de l'irrecevabilité de l'appel formé devant une juridiction autre que la cour d'appel de Paris conduisait à faire perdurer dans l'ordre juridique des décisions rendues par des juridictions non spécialisées (le délai pour faire appel ayant généralement expiré à la date où l'irrecevabilité est prononcée).

### B. Nouveau régime

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a estimé par plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017, que la solution susvisée adoptée jusqu'alors était « *source, pour les parties, d'insécurité juridique* » et qu'elle conduisait « *en outre au maintien de décisions rendues par des juridictions non spécialisées* ».

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

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

Dans un attendu de principe, la Cour de cassation a ainsi estimé :

*« Attendu qu'il apparaît donc nécessaire d'amender cette jurisprudence, tout en préservant l'objectif du législateur de confier l'examen des litiges relatifs à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce à des juridictions spécialisées ; qu'il convient, pour y parvenir, de retenir qu'en application des articles L.442-6, III, et D.442-3 du Code de commerce, **seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris**, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par le second texte ; qu'il en est ainsi même dans l'hypothèse où celles-ci auront, à tort, statué sur l'application du premier, auquel cas elles devront relever, d'office, l'excès de pouvoir commis par ces juridictions en statuant sur des demandes qui, en ce qu'elles ne relevaient pas de leur pouvoir juridictionnel, étaient irrecevables ».*

Il ressort de cette décision que, dans l'hypothèse où une juridiction non spécialisée aurait tranché - à torts car dépourvu du pouvoir juridictionnel pour ce faire - un litige relatif à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce, la cour d'appel désignée conformément à l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire connaîtra de l'appel formé à l'encontre du jugement ainsi rendu.

La Cour de cassation ajoute que, dans ce cas, la cour d'appel ainsi désignée devra relever d'office l'excès de pouvoir commis par la juridiction ayant statué sur les demandes relatives à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce alors que celles-ci étaient irrecevables car ne relevant pas de leur pouvoir juridictionnel.

Il ressort de la décision, de manière claire et sans équivoque, qu'elle ne concerne que les recours formés contre des décisions rendues sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce par des juridictions non spécialisées.

Partant, cette décision ne vient pas remettre en question la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris pour connaître des procédures d'appel interjetées à l'encontre des jugements rendus par des juridictions spécialisées.

### III. Conclusion sur le présent arrêt

Ainsi, dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 février 2019, la Haute juridiction, après avoir rappelé le principe issu de ses arrêts du 29 mars 2017 :

*« Mais attendu que par plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017 (pourvois n°15-17.659, 15 24.241 et 15-15.337), la chambre commerciale, financière et économique, amendant sa jurisprudence selon laquelle la cour d'appel de Paris était seule investie du pouvoir juridictionnel de statuer sur les recours formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce, même lorsqu'elles émanaient de juridictions non spécialement désignées par l'article D. 442-3 du même code, a jugé qu'en application des articles L.442-6, III et D.442-3 du Code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées relevaient de la cour d'appel de Paris », a relevé que l'arrêt objet du pourvoi a, à bon droit, fait application de la jurisprudence ancienne, toujours en vigueur en 2015 au moment où l'appel a été interjeté, de sorte qu'il ne saurait être reproché aux appelants de ne pas avoir fait application des règles issues de la jurisprudence postérieure qu'ils ne pouvaient pas, par essence, anticiper :*

*« l'application, à la présente instance, de la règle issue du revirement de jurisprudence, qui conduirait à retenir l'irrecevabilité de l'appel formé devant la cour d'appel de Paris, aboutirait à priver la société Stradale, qui ne pouvait ni connaître, ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que la censure de l'arrêt n'est, dès lors, pas encourue ; que le moyen ne peut être accueilli ».*

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

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

La tendance de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de compétence des cours d'appel s'agissant des jugements rendus en application de l'article L.442-6 du Code de commerce semble ainsi se consolider au fil des arrêts rendus par la chambre commerciale. Il conviendra de rester attentif aux prochains arrêts susceptibles d'être rendus sur cette question afin de déterminer si cette position se verra ou non confirmée.

**A rapprocher : Cass. com., 17 janvier 2018, n°17-10.360 et Cass. com., 21 mars 2018, n°16-28.412**

**Conditions de licéité d'un refus d'agrément dans un réseau de distribution sélective**

CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/16856  
CA Paris, 20 février 2019, n°15/13603

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le refus d'agrément constitue un accord de volontés, et non pas une pratique unilatérale, et peut donc être appréhendé sur le fondement du droit des ententes. Les refus d'agrément discriminatoires sont donc de nature à rendre le réseau illicite au regard des critères posés par l'arrêt Metro de la CJCE et à constituer une entente verticale anticoncurrentielle entre le fournisseur et les membres de son réseau s'ils ont un objet ou un effet anticoncurrentiel, c'est-à-dire s'ils s'insèrent dans une politique générale du fournisseur visant à exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause, à créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés ou à éliminer des distributeurs menant une pratique de prix bas.**

*Pour approfondir :*

La **distribution sélective** est un système de distribution par lequel un fournisseur s'engage à ne vendre ses produits ou services qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis. Il en résulte que tout distributeur remplissant les critères de sélection qualitatifs définis doit, en principe, avoir la possibilité d'être agréé par le fournisseur. Certaines juridictions ont raisonné ainsi en ordonnant au fournisseur d'agréer un distributeur remplissant les critères de sélection lorsque le refus d'agrément ne reposait sur aucun motif sérieux (CA Paris, 11 juin 2015, n°14/01423).

D'autres ont cependant considéré qu'il n'existait aucune obligation pour le fournisseur d'agréer un candidat remplissant les critères de sélection en raison du principe fondamental de la liberté contractuelle (CA Paris, 19 octobre 2016, n°14/07956 ; CA Paris, 27 février 2017, n°15/12029).

La cour d'appel de Paris semble être revenue sur ses positions dans plusieurs décisions rendues récemment en la matière, dans lesquelles le fournisseur avait fait valoir qu'il n'y avait pas à faire prévaloir les règles de concurrence sur les principes de liberté de contracter et de négocier, conséquences du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

La cour a cependant considéré que le distributeur avait répliqué à juste titre que « *la liberté du commerce et son corollaire, la liberté de contracter, trouvent leurs limites dans les règles de concurrence, d'ordre public* » (CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/16856).

Par ces arrêts, la cour d'appel de Paris considère, d'une part, que le refus d'agrément constitue un accord de volontés, et non pas une pratique unilatérale, et peut donc être appréhendé sur le fondement du droit des ententes (1) et rappelle, d'autre part, les conditions dans lesquelles un refus d'agrément peut être sanctionné au regard du droit des ententes (2).

- 1) Le refus d'agrément constitue un accord de volontés, et non pas une pratique unilatérale, et peut donc être appréhendé sur le fondement du droit des ententes

Dans deux affaires soumises à la cour (CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/16856 et CA Paris, 20 février 2019, n°15/13603), le fournisseur considérait que le refus de contracter est un acte unilatéral et ne peut donc pas être appréhendé sur le fondement du droit des ententes, qui suppose un accord entre au moins deux parties visant à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence.

La cour d'appel de Paris a cependant considéré que, contrairement aux allégations du fournisseur, la jurisprudence dite Volkswagen (CJCE, 13 juillet 2006, Volkswagen, C-74/04 P) n'avait pas remis en cause la qualification d'un refus d'agrément de distributeurs par le fournisseur comme entente au sein du réseau, admise par la Cour de justice dans un arrêt du 25 octobre 1983 (CJCE, 25 octobre 1983, AEG, Affaire 107/82).

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

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

En effet, les systèmes de distribution sélective ne sont considérés comme conformes à l'alinéa 1 de l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) qu'à la condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, et que ces critères soient fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire.

La CJCE a donc considéré :

*« qu'il s'ensuit que la mise en œuvre d'un système de distribution sélective fondé sur des critères autres que ceux précités constitue une infraction à l'article 85, paragraphe 1 (devenu 101, alinéa 1 du TFUE). Il en est de même pour le cas où un système en principe conforme au droit communautaire est appliqué dans la pratique d'une manière incompatible avec celui-ci »* (§ 36). *« En effet, une telle pratique doit être considérée comme illicite, lorsque le fabricant, en vue de maintenir un niveau de prix élevé ou d'exclure certaines voies de commercialisation modernes, refuse d'agréer des distributeurs qui répondent aux critères qualitatifs du système »* (§ 37).

*« Une pareille attitude de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui, comme le soutient AEG, échapperait à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elle s'insère, par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs. En effet, dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par AEG exigeant, entre autres, l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique »* (§ 38) (CJCE, 25 octobre 1983, AEG, Affaire 107/82).

La cour rappelle également que la CJCE a certes précisé dans son arrêt Volkswagen qu'en l'absence de dispositions contractuelles pertinentes, l'existence d'un accord au sens de l'article 101 § 1 supposait l'acquiescement, explicite ou tacite, de la part des concessionnaires à la mesure adoptée par le constructeur automobile, cet acquiescement pouvant par exemple être démontré par la pratique effective, par les concessionnaires, de l'invitation du fabricant.

La cour rappelle cependant que la Commission avait objecté à juste titre dans l'affaire AEG que *« si on admettait la conception de la requérante (AEG) selon laquelle les conditions de l'article 85, paragraphe 1, ne sont pas réunies du fait qu'il s'agirait d'actions unilatérales, on devrait conclure qu'une politique discriminatoire d'admission dans le cadre d'un système de distribution sélective est compatible avec l'article 85 et que le principe établi par la Cour de justice dans l'arrêt Metro du 25 octobre 1977 de la sélection des revendeurs sur la base de critères objectifs d'ordre qualitatif et de l'application non discriminatoire des conditions d'admission n'a aucune valeur juridique »* (CJCE, 25 octobre 1983, AEG, Affaire 107/8, III-C-§ 1 in fine).

La cour a donc considéré que le refus d'agrément constitue un accord de volontés, et non pas une pratique unilatérale, et peut donc être appréhendé sur le fondement du droit des ententes.

## 2) Sur l'appréciation du refus d'agrément au regard du droit des ententes

Dans la première affaire (CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/16856), un refus d'agrément a été notifié à un réparateur agréé en février 2016. La cour d'appel a donc fait application du Règlement (UE) n°461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile applicable à compter du 1<sup>er</sup> juin 2010 et du Règlement général (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées applicable à compter de la même date.

Après avoir rappelé les critères de l'arrêt Pierre Fabre (CJUE, 13 octobre 2011, Aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique), le réparateur agréé à qui le constructeur avait opposé un refus d'agrément soutenait qu'un refus d'agrément discriminatoire constituerait en soit une restriction de concurrence par objet, rendant le réseau illicite, et que le constructeur serait obligé de l'agréer en tant que réparateur agréé parce que l'activité de réparation agréée est fondée sur un système de distribution sélective purement qualitative, qui interdit au fournisseur de refuser la conclusion d'un contrat dès lors que le candidat à la conclusion dudit contrat remplit les critères qualitatifs.

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

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

Le constructeur a répliqué que le réparateur agréé faisait fi de la liberté contractuelle et qu'il prétendrait donc, en matière de distribution sélective, à un droit perpétuel à se maintenir dans le réseau en l'absence de manquement contractuel, peu important que le contrat arrive à échéance.

La cour rappelle, en premier lieu, que la Cour de justice a rappelé dans un arrêt Pierre Fabre que les accords qui constituent un système de distribution sélective influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun et sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que « restrictions par objet ».

La cour rappelle, en second lieu, que cette justification objective peut résider dans des exigences légitimes, telles que le maintien du commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité, qui justifient une réduction de la concurrence par les prix au bénéfice d'une concurrence portant sur d'autres éléments que les prix.

Les systèmes de distribution sélective constituent donc, du fait qu'ils visent à atteindre un résultat légitime, qui est de nature à améliorer la concurrence, là où celle-ci ne s'exerce pas seulement sur les prix, un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

La cour rappelle, en dernier lieu, que la CJCE a déjà relevé que l'organisation d'un tel réseau ne relève pas de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire (CJCE, arrêts du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission, 26/76, Rec. p.1875, point 20, ainsi que du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p.3775, points 15 et 16).

La cour en conclut que « les refus d'agrément discriminatoires sont donc de nature à rendre le réseau illicite au regard des critères Metro et à constituer une entente verticale anticoncurrentielle entre le fournisseur et les membres de son réseau s'ils ont un objet ou un effet anticoncurrentiel, c'est-à-dire s'ils s'insèrent dans une politique générale du fournisseur visant à exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause, à créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés ou à éliminer des distributeurs menant une pratique de prix bas » (CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/16856 ; Cf. également CA Paris, 12 décembre 2018, n°16/19853). La cour a donc vérifié si le refus d'agrément opposé au réparateur agréé avait un objet ou un effet anticoncurrentiel. En l'occurrence, la cour a considéré, d'une part, que la pratique qui lui était soumise consistait dans un refus isolé d'agrément opposé par le constructeur au réparateur agréé à la suite de la résiliation ordinaire de son contrat de réparateur agréé, qui avait été justifiée par une absence de partenariat constructif du réparateur et le désintéret manifesté par ce dernier à l'égard de la marque, et non par une volonté de porter atteinte à la concurrence. La cour a donc considéré que ce refus d'agrément n'avait pas d'objet anticoncurrentiel. La cour a considéré, d'autre part, que le réparateur ne démontrait pas que le refus d'agrément serait de nature à affecter le fonctionnement concurrentiel du marché de la réparation automobile, dans la mesure où la concurrence sur le marché de la réparation et de l'entretien des véhicules est réelle, de sorte qu'il n'est pas difficile, pour un réparateur qui se voit résilier son contrat de réparateur agréé, ou pour un candidat à l'agrément qui se voit refuser l'agrément par un constructeur, d'obtenir la représentation d'une autre marque ou enseigne ; qu'en l'espèce, le chiffre d'affaires de réparateur agréé de la marque ne représentait que 0,25 % du chiffre d'affaires total de ce réparateur ; enfin, que le refus d'agrément ne l'empêchera pas de poursuivre la réparation des véhicules de la marque, bien que n'étant plus réparateur agréé de la marque, et même si les conditions sont moins favorables que celles de réparateur agréé.

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

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

**SS**  
RESEAU SIMON AVOCATS

En dernier lieu, la cour s'est prononcée sur la question de savoir si le constructeur pouvait se prévaloir de l'exemption automatique s'appliquant, selon l'article 3 du Règlement (UE) n°330/2010, à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause. Elle a considéré que le marché en cause est le seul marché de l'entretien et de la réparation propre aux véhicules particuliers de la marque du constructeur par référence à l'avis de l'Autorité de la concurrence n°12-A-21 du 8 octobre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange, en considérant au surplus que, même si la concurrence avec les autres réseaux de réparateurs agréés, les réseaux de franchise et les indépendants est réelle sur ce marché, « *le client final préfère faire réparer ou entretenir son véhicule dans le réseau agréé plutôt que chez un réparateur indépendant. En outre, ceux-ci connaissent des freins dans la concurrence tenant, d'une part, à l'accès aux pièces de rechange de la marque, restreint par des clauses anticoncurrentielles, et d'autre part, aux informations techniques de la marque* ». Après avoir constaté que, sur l'ensemble de l'entretien-réparation, les réseaux de constructeurs détenaient en 2010 une part de marché en valeur supérieure à 50 % en moyenne, la cour a jugé que le refus d'agrément ne pouvait donc bénéficier de l'exemption automatique.

**A rapprocher :** CA Paris, 12 décembre 2018, RG n°16/19853

## SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

### Transfert d'entreprise : le nouvel employeur peut se prévaloir du PV de carence établi par l'ancien employeur

Cass. soc., 6 mars 2019, n°17-28.478

*Ce qu'il faut retenir :*

**Dans le cadre d'un transfert d'une entité autonome, le nouvel employeur peut se prévaloir, pendant une durée de quatre ans, du procès-verbal de carence aux élections professionnelles dressé au sein de l'entreprise cédante, si l'entité transférée a conservé post transfert son autonomie.**

*Pour approfondir :*

Dans le cadre des élections professionnelles, si aucune institution représentative du personnel n'a pu être mise en place ou renouvelée, l'employeur dresse un procès-verbal de carence. Cette formalité est indispensable afin d'éviter à l'employeur de se voir sanctionné pour défaut de consultation des instances représentatives du personnel quand une consultation est obligatoire.

**La Cour de cassation a dû se prononcer sur l'opposabilité**, au sein de l'entreprise d'accueil, du procès-verbal de carence établi par l'entreprise cédée, dans le cadre d'un transfert de salariés en application de l'article L.1224.1 du Code du travail.

Dans le cas d'espèce, une société qui avait dressé un procès-verbal de carence à la suite des élections professionnelles a été cédée. Les salariés y travaillant ont ainsi fait l'objet d'un transfert automatique chez le repreneur. Un des salariés transférés a par la suite été licencié dans le cadre d'une procédure de licenciement pour inaptitude. Cette dernière impose à l'employeur de recueillir l'avis des délégués du personnel (CSE désormais) concernant les propositions de reclassement.

Pour justifier de l'absence de consultation des instances représentatives du personnel, l'employeur se prévalait du procès-verbal dressé lors des dernières élections professionnelles au sein de l'entité cédée.

Ce document avait été établi avant le transfert des salariés (donc dans une autre structure juridique) et datait de près de deux ans.

Pour les juges du fond comme pour la Cour de cassation, le procès-verbal continue de produire ses effets et le nouvel employeur peut s'en prévaloir. En effet, l'entité cédée avait conservé son autonomie dans la nouvelle structure. Or, les mandats des institutions représentatives du personnel sont transférés lorsque l'entité économique à laquelle est rattaché le représentant du personnel conserve son autonomie et que l'activité est poursuivie. Ainsi, dans le cas d'espèce, si des délégués avaient été élus au sein de l'entreprise cédée, les mandats se seraient poursuivis dans la structure d'accueil après le transfert. Pour la Haute juridiction, le procès-verbal de carence continue également à produire ses effets post transfert dans la nouvelle entité qui emploie désormais les salariés.

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

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

Par ailleurs, ce procès-verbal est valable pendant une durée de quatre ans (durée légale des mandats) en l'absence de demande d'organisation d'élections professionnelles émanant d'une organisation syndicale ou d'un salarié. Lors de la procédure de licenciement de ce salarié pour inaptitude, aucune demande d'organisation d'élections n'ayant été faite, la procédure de licenciement était tout à fait licite. La solution aurait été différente si un salarié ou un syndicat avaient sollicité (six mois au minimum après l'établissement du procès-verbal de carence) l'organisation d'élections professionnelles. Dans un tel cas, l'employeur aurait eu l'obligation de les mettre en place dans le délai d'un mois.

**A rapprocher : Cass. soc., 11 mai 2016, n°14-12.169**

**Le licenciement notifié en raison d'une action en justice du salarié contre l'employeur est nul**  
Cass. soc., 13 février 2019, n°17-23.720

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour de cassation réaffirme le principe selon lequel le licenciement intervenu, ne serait-ce qu'en partie, en raison d'une action en justice introduite ou seulement susceptible de l'être par le salarié à l'encontre de son employeur est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, celle d'agir en justice.**

*Pour approfondir :*

Dans cette affaire, le directeur commercial et marketing d'une société avait saisi la juridiction prud'homale en référé aux fins d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail, en invoquant notamment le non-paiement de ses primes. Le conseil des prud'hommes s'était déclaré incompétent.

Le salarié avait ensuite été licencié pour faute grave au motif d'un abandon de poste à l'issue de deux mises en demeure de reprendre son travail et ce, aux termes d'une lettre de licenciement lui reprochant également son action en résiliation judiciaire du contrat de travail à l'encontre de la société. La cour d'appel a considéré le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse.

La Haute juridiction casse l'arrêt des premiers juges au visa de l'alinéa premier du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 garantissant le droit d'agir en justice. Elle rappelle qu'« est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite ou susceptible d'être introduite par le salarié à l'encontre de son employeur » et ajoute que « la cour d'appel devait en déduire que la seule référence dans la lettre de rupture à une procédure contentieuse engagée par le salarié était constitutive d'une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice et que le licenciement ne pouvait dès lors être fondé sur une cause réelle et sérieuse ».

La cour régulatrice est intransigeante et particulièrement vigilante sur le respect de cette liberté fondamentale au titre de laquelle elle s'est récemment prononcée dans le même sens dans des cas similaires de licenciements mentionnant l'action en résiliation judiciaire préalable des salariés (Cass. soc., 8 février 2017, n°15-28.085 ; Cass. soc., 16 mars 2016, n°14-23.589 ; Cass. soc., 3 février 2016, n°14-18.600).

La Haute juridiction a réaffirmé sa jurisprudence plus récemment encore concernant un salarié auquel il était notamment reproché d'avoir menacé son employeur d'agir en justice en raison, selon lui, de la dégradation de ses conditions de travail et de faits de harcèlement moral (Cass. soc., 21 novembre 2018, n°17-11.122). Ainsi, la seule référence à une action en justice du salarié aux termes de la lettre de licenciement est source de nullité quand bien même d'autres griefs valables seraient invoqués. A cet égard, il est en revanche intéressant de noter que depuis l'ordonnance Macron n°2017-1387 du 22 septembre 2017 - qui n'était pas applicable en l'espèce - le juge doit examiner l'ensemble des motifs invoqués au soutien du licenciement pour fixer le montant de l'indemnité au titre de la nullité de celui-ci.

Les autres motifs visés pourront donc désormais être analysés pour permettre de réduire le montant de l'indemnité, qui ne pourra cependant être inférieur au plancher des six mois de salaire prévu en cas de nullité du licenciement.

**A rapprocher : Cass. soc., 3 février 2016, n°14-18.600**



## IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

**Baux commerciaux : prise d'effet des congés en cours de bail ou lors de la prorogation tacite**  
Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 février 2019, n°17-31.229

*Ce qu'il faut retenir :*

**Les dispositions de l'article L.145-9 du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 4 août 2008, en vertu desquelles le congé doit être donné pour le dernier jour du trimestre civil et au moins six mois à l'avance, ne s'appliquent qu'aux congés délivrés au cours d'une tacite prorogation du bail commercial et non à l'occasion d'un congé donné en fin de période triennale. Ces derniers doivent quant à eux être donnés au moins six mois à l'avance pour cette date.**

*Pour approfondir :*

Dans l'affaire commentée, un locataire ayant pris à bail commercial des locaux pour une durée de neuf années commençant à courir le 19 février 2007, a donné congé à son bailleur par acte le 10 septembre 2009 à effet du 31 mars 2010 (dernier jour du trimestre civil) dans le but de mettre fin au bail en cours à l'issue de la période triennale arrivant à échéance au 18 février 2010. Estimant que le congé délivré est irrégulier, le bailleur a alors assigné son locataire en paiement de diverses sommes au titre, d'une part, des loyers et charges dus jusqu'au terme de la seconde période triennale du bail commercial, assorties des intérêts au taux contractuel de 1 % à compter de chaque période échéance mensuelle et, d'autre part, des réparations locatives. Selon lui, par application combinée des articles L.145-4 et L.145-9 du Code de commerce dans leur rédaction applicable au litige, le congé délivré est irrégulier en ce que le délai de six mois précédant l'expiration de la période triennale n'a pas été respecté. Il soutient que celui-ci aurait donc dû être délivré au plus tard le 18 août 2009. Il ajoute que, les dispositions de l'article L.145-9 du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 4 août 2008, selon lesquelles le congé doit être « *donné pour le dernier jour du trimestre civil et au moins six mois à l'avance* », ne sont applicables qu'en cas de tacite prorogation du bail et non dans l'hypothèse d'un congé donné en cours de bail, à l'issue d'une période triennale, comme c'est le cas en l'espèce.

Le locataire soutient quant à lui que le congé est régulier dès lors que, conformément aux dispositions de l'article L.145-9 du Code de commerce, un délai de six mois a été respecté entre le congé et le dernier jour du trimestre civil.

Il affirme qu'il résulte de l'article L.145-4 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 2006 que « *la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans* », mais, « *à défaut de convention contraire, le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, dans les formes et délai de l'article L.145-9 du même code* ».

Selon lui, l'article L.145-9 du Code de commerce est applicable en l'espèce et n'est pas limité à l'hypothèse d'un congé délivré en matière de renouvellement du bail dès lors qu'il désigne expressément « *les baux soumis aux dispositions du présent chapitre* » dont l'intitulé est « *du bail commercial* », sans distinguer le bail initial du bail renouvelé.

Si le tribunal de grande instance de Versailles a fait droit à la demande du bailleur en considérant le congé comme étant irrégulier, il en va autrement pour la Cour d'appel de Versailles.

En effet, celle-ci a admis que l'article L.145-9 du code s'appliquait non seulement aux congés délivrés dans le cadre d'une tacite prorogation du bail commercial, mais également aux congés délivrés en cours de bail, à l'issue d'une période triennale. Le congé pouvait valablement être délivré le 10 septembre 2009 pour le 31 mars 2010.

La troisième chambre civile de la **Cour de cassation a censuré le raisonnement des juges du fond** relatif au caractère régulier du congé, pour violation des articles L.145-4 et L.145-9 du Code de commerce.

Ce deuxième article n'est applicable qu'aux congés délivrés dans le cadre d'une tacite prorogation. Par conséquent, la partie qui envisage délivrer un congé en cours de bail commercial doit respecter un délai d'au moins six mois avant la fin de la période triennale. Le congé ne respectant pas ce délai est irrégulier. Il en va ainsi, en l'espèce, lorsqu'il est délivré après le 18 février 2019.

La Cour de cassation avait déjà admis, dans un arrêt antérieur, que le délai prévu par l'article L.145-9 ne s'appliquait pas à l'occasion d'un congé donné en fin de période triennale (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 juillet 2013, n°12-17.914*).

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

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

En raison du manque de clarté des dispositions précitées, la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives a modifié les premiers alinéas de l'article L.145-9 du Code de commerce. L'article distingue désormais expressément les délais à respecter en cours de bail commercial des délais à respecter au cours d'une tacite prolongation.

**A rapprocher : Article L.145-4 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 2006 ; Article L.145-9 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 juillet 2013, n°12-17.914, Publié au bulletin**

### La conception libérale de la preuve du principe du contradictoire dans la réception des travaux

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 mars 2019, n°18-12.221

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le respect du principe du contradictoire imposé lors de la réception des travaux est respecté dès lors que les parties ont été valablement convoquées. La preuve de cette convocation peut résulter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé réception et du rapport d'émission d'une télécopie adressés en temps utile à la partie absente lors de la réception.**

*Pour approfondir :*

Des époux ont entrepris des travaux de rénovation, d'extension et de construction d'une maison.

En leur qualité de maître de l'ouvrage, ils ont souscrit dans ce cadre une assurance dommages-ouvrage. La mission complète de maîtrise d'œuvre a été confiée à un architecte.

Une entreprise a été chargée des lots de gros œuvres, charpente – couverture, étanchéité – cloisons, isolation – ferronnerie – carrelage – revêtements.

Une seconde société a été chargée des missions de contrôle technique concernant la solidité des ouvrages et celle des ouvrages existants.

Le 27 juillet 2009, le maître de l'ouvrage a résilié le marché de travaux et a convoqué l'entreprise chargée des lots de gros œuvre afin qu'il soit procédé à un état des lieux valant procès-verbal de réception.

La convocation, prévoyant une réunion le 31 juillet 2009, a été adressée :

- d'une part, par fax, qui selon le rapport d'émission de la télécopie a été reçu le 27 juillet 2009, soit quatre jours avant la date prévue en vue de la réception du chantier ;
- d'autre part, par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qui a été présentée la veille de la réunion prévue, et qui n'a finalement été remise à l'entreprise qu'une semaine plus tard.

Le 31 juillet 2009, un compte-rendu de visite a été établi, en l'absence de l'entreprise chargée des lots de gros œuvre. Le maître de l'ouvrage a adressé deux déclarations de sinistre à son assureur qui, après expertise, leur a versé la somme de 1 149 280 euros.

Par la suite, l'assureur du maître de l'ouvrage a assigné le maître d'œuvre, son assureur, l'assureur de l'entreprise chargée du gros œuvre et la société chargée des missions de contrôle technique en vue d'obtenir le paiement de cette somme. La cour d'appel a condamné *in solidum* les défendeurs à s'acquitter du paiement de la somme auprès de l'assureur du maître de l'ouvrage. L'assureur de la société chargée du gros œuvre a formé un pourvoi en cassation aux termes duquel il reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir pris en compte les conséquences de l'absence de convocation régulière de son assuré à la réception des travaux, ce qui, selon elle, portait atteinte au principe du contradictoire. L'assureur reprochait ainsi à la cour d'appel de s'être fondée uniquement sur le rapport d'émission de la télécopie pour caractériser le respect du principe du contradictoire, alors que cet élément ne pouvait suffire pour prouver que la convocation avait bien été transmise en intégralité à son destinataire.

La Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement et confirme la décision de la cour d'appel. La Haute juridiction considère que :

« [l'entreprise chargée du gros œuvre] avait été convoquée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception datée du 27 juillet 2009 et par une télécopie du même jour, qui a été adressée au numéro figurant sur les procès-verbaux des réunions de chantier et étant celui auquel avaient été adressées des télécopies [du maître d'œuvre] écrivant à l'entrepreneur pour lui notifier des erreurs d'exécution, et qui avait été reçues ».

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

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

Dès lors, la Cour de cassation considère que la cour d'appel était bien fondée à retenir que la réception prononcée en présence du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre et alors que la société chargée du gros œuvre a été valablement convoquée, était contradictoire.

En statuant ainsi, la Cour de cassation inscrit sa décision dans une jurisprudence constante en vertu de laquelle la présence de l'entreprise lors de la réception n'est pas nécessaire pour caractériser le respect du principe du contradictoire, à condition que celle-ci ait été valablement convoquée (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 juin 2015, n°14-17.744).

**A rapprocher : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 juin 2015, n°14-17.744**

## PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

### Usage de la marque après le terme du contrat : contrefaçon

TGI Paris, 7 mars 2019, RG n°17/08126

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'ancien franchisé qui poursuit l'usage de la marque du franchiseur après le terme du contrat de franchise commet des actes de contrefaçon.**

*Pour approfondir :*

L'affaire opposait un ancien franchisé à la tête du réseau de franchise et la société titulaire de la marque exploitée au sein de ce réseau, en raison de la persistance de l'usage de la marque par l'ancien franchisé après le terme du contrat.

Après la cessation du contrat, le franchiseur avait eu connaissance du maintien de la marque au sein de la dénomination sociale du franchisé, comme enseigne mentionnée sur le Kbis, sur un panneau publicitaire à proximité du magasin pour en indiquer la localisation, et sur des devis.

Le tribunal va logiquement déduire de la mention de la marque sur le Kbis de la société poursuivie au sein de la dénomination sociale et comme enseigne l'existence d'une contrefaçon. De même, les juges ont considéré que constituait une contrefaçon de la marque le maintien du panneau publicitaire dont l'ancien franchisé avait connaissance mais qui n'avait effectué aucune démarche pour le faire retirer. En revanche, le tribunal a jugé que le devis, émis quelques jours après le terme du contrat de franchise sur lequel était reproduit la marque du réseau qu'il venait de quitter, ne constituait pas un usage contrefaisant. Les juges se fondent sur la clause du contrat de franchise laissant à l'ancien franchisé un délai de huit jours après le terme du contrat pour supprimer toute référence à la marque.

Cette position est, selon nous, contestable dans la mesure où, en l'espèce, le devis reproduisait non seulement la marque du réseau mais aussi celle du réseau que l'ancien franchisé venait de rejoindre ce qui associait deux marques concurrentes, source d'un préjudice important.

Les faits de contrefaçon étant établis, le tribunal va entrer en voie de condamnation. En premier lieu, concernant le préjudice subi par le franchiseur : ce dernier sollicitait l'application de la clause pénale stipulée dans le contrat de franchise aux termes de laquelle il était prévu une somme forfaitaire par jour de retard dans l'exécution des stipulations prévoyant la cessation d'usage de la marque. Il réclamait à ce titre, au vu du nombre de jours de retard, la somme de 297.750 €. Le tribunal décide de réduire le montant de la clause pénale et d'allouer la somme de 20.000 euros à titre de dommages-intérêts au franchiseur. En second lieu, concernant le préjudice subi par le titulaire de la marque concédée en licence à la tête de réseau, le tribunal alloue la somme de 8.000 euros pour réparer le préjudice moral subi.

Cette décision est l'occasion de rappeler que l'usage par un licencié de la marque concédée hors des limites prévues par le contrat, en particulier des limites temporelles, est une contrefaçon.

**A rapprocher : Article L.713-2 du Code de la propriété intellectuelle ; Article L.716-1 du Code de la propriété intellectuelle ; Article L.714-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle**

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

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

**Usage de la marque d'autrui pour référencer un site**  
CA Paris, 5 mars 2019, RG n°17/13296

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'usage d'un signe reproduisant la marque dans le cadre d'un référencement naturel peut être interdit s'il suggère l'existence d'un lien économique entre le tiers et le titulaire de la marque.**

*Pour approfondir :*

Le titulaire de la marque « Carré Blanc » a constaté que lorsqu'étaient effectuées des recherches via le moteur de recherche Google avec les mots clés « carré blanc » accompagnés d'un terme descriptif tel que « couette » ou « solde », le site rueducommerce.fr apparaissait dans les résultats avec une présentation laissant croire qu'il proposait des produits de marque « Carré Blanc » alors que cette société n'a jamais vendu de produits sous cette marque sur son site.

Il a donc engagé une action en contrefaçon, retenue en première instance, cette position étant confirmée par la cour d'appel.

Il était en effet établi que, lors d'une requête sur le moteur de recherche de Google avec les mots clés « carré blanc », apparaissait dans les résultats une annonce renvoyant vers le site rueducommerce.fr lequel ne commercialisait pas de produits de marque « Carré Blanc », cette marque étant reproduite dans le message de l'annonce, dans le titre et l'adresse URL. Les juges relèvent que les termes « carré » et « blanc » ne sont pas utilisés en tant qu'adjectifs pour décrire un produit, puisqu'ils sont souvent placés devant le nom désignant l'article recherché, qu'ils ne sont pas accordés au nom de l'article car utilisés au masculin lorsque le nom de l'article est féminin ou parce que l'article est rarement de forme carrée.

La cour précise : « *L'usage d'un signe reproduisant la marque dans le cadre d'un référencement naturel peut être interdit s'il suggère l'existence d'un lien économique entre le tiers et le titulaire de la marque, en l'occurrence entre la société RUE DU COMMERCE et les sociétés CARRE BLANC, ce d'autant que le degré de vigilance de l'internaute normalement attentif doit être apprécié en considération du fait qu'il s'agit d'un système de référencement naturel et non promotionnel, et qu'un tel système bénéficie d'un plus grand crédit auprès de l'internaute qui fera donc montre d'une attention moins importante que pour un référencement promotionnel.* »

La cour conclue que : « *Cette répétition du signe « carré blanc » dans le titre, dans l'adresse URL et dans l'extrait à deux reprises porte atteinte à la fonction d'origine de la marque, en ce qu'elle est de nature, s'agissant d'un référencement naturel, à laisser l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif penser que des produits de marque « Carré Blanc » lui seront proposés sur ce site* ». On ne peut donc utilement se retrancher derrière les règles de fonctionnement du référencement naturel lorsque les résultats auxquels il conduit sont le fruit de l'utilisation de la marque d'autrui qui reste visible pour l'internaute.

**A rapprocher : Article L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle**

**PROCEDURE CIVILE ET VOIES  
D'EXECUTION**

**Exception d'incompétence : Etendue de l'obligation de désignation de la juridiction compétente**  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 février 2019, n°17-28.857

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'interdiction faite au juge, saisi d'une exception d'incompétence au profit du juge administratif de désigner la juridiction administrative à saisir, n'est pas de nature à écarter l'obligation faite par l'article 75 du Code de procédure civile à la partie qui soulève l'exception, d'indiquer, sous peine d'irrecevabilité de cette exception, devant quelle juridiction administrative l'affaire doit être portée.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, une société a acquis un terrain appartenant à une autre société.

La communauté d'agglomération a exercé, par délégation, son droit de préemption urbain.

Puis, le Conseil d'Etat a suspendu la décision de préemption, laquelle a ensuite été annulée par un jugement du tribunal administratif.

Entre-temps, la société venderesse a vendu le terrain à la communauté d'agglomération.

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

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

La société qui avait acquis le terrain en premier a assigné la communauté d'agglomération, la venderesse ainsi que son liquidateur judiciaire devant le tribunal de grande instance aux fins d'annulation de la vente et de condamnation au versement de dommages et intérêts. C'est dans ces circonstances que le juge de la mise en état a rendu une ordonnance constatant l'incompétence de la juridiction saisie au profit de la juridiction administrative. La société demanderesse a interjeté appel de cette ordonnance.

Pour constater l'incompétence du tribunal de grande instance au profit du tribunal administratif, l'arrêt d'appel a retenu que la référence faite dans les motifs des écritures de l'intimée à la compétence exclusive de la juridiction administrative et au juge administratif désignait avec une clarté suffisante le tribunal administratif, « *juge naturel au premier degré des juridictions de l'ordre administratif, à l'exclusion de la cour administrative d'appel et du Conseil d'Etat, et que les indications factuelles exposées dans le déclinatoire de compétence renvoient toutes au département du Nord de sorte que la mention de la compétence du juge administratif désigne avec suffisamment de précision le tribunal administratif de Lille* ».

La société demanderesse a formé un pourvoi en cassation, au motif que le déclinatoire de compétence qui avait conduit les juges du fond à s'estimer incompétents n'était pas suffisamment précis au regard des dispositions de l'article 75 du Code de procédure civile. En l'occurrence, le déclinatoire indiquait simplement que le litige relevait de la compétence exclusive du juge administratif, sans mentionner quelle juridiction aurait dû être saisie.

La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la cour d'appel par un attendu de principe très clair. Jugeant que la communauté d'agglomération, qui soulevait l'exception, n'avait pas donné dans son déclinatoire de compétence, de précisions suffisamment claires pour que la désignation de la juridiction soit certaine, la Cour de cassation estime que la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 75 du Code de procédure civile. La Cour de cassation considère que « *l'interdiction faite à la juridiction, saisie d'une exception d'incompétence au profit du juge administratif de désigner la juridiction administrative à saisir, n'est pas de nature à écarter l'obligation faite par l'article 75 du Code de procédure civile, à la partie qui soulève l'exception, d'indiquer dans tous les cas, sous peine d'irrecevabilité de cette exception, devant quelle juridiction administrative l'affaire doit être portée* ».

Dans le cas présent, la cour d'appel avait déduit des faits de l'espèce et de la nature du litige la juridiction administrative compétente territorialement.

La Cour de cassation rappelle que la partie qui soulève l'exception doit apporter tous les éléments nécessaires permettant de justifier sans ambiguïté le choix de la juridiction qu'il estime compétente.

La désignation de la juridiction compétente, condition exigée par l'article 75 du Code de procédure civile, doit être claire et précise, si bien qu'une désignation générale – en l'occurrence, la juridiction administrative – ne satisfait pas aux exigences de l'article précité. En revanche, lorsqu'une partie soulève une exception de procédure juridiction compétente est celle d'un état étranger, la seule mention de l'Etat de la juridiction que l'on estime compétente est suffisante (Cass. soc., 17 mars 1998, n°93-40.442).

**A rapprocher : Article 75 du Code de procédure civile ; Cass. soc., 17 mars 1998, n°93-40.442**

#### Délai de prescription applicable à l'action en liquidation d'une astreinte

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 mars 2019, n°17-22.241

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'action en liquidation d'une astreinte n'est pas soumise au délai de prescription décennal applicable à l'exécution des titres exécutoires, mais au délai de prescription des actions personnelles et mobilières prévu à l'article 2224 du Code civil, c'est-à-dire à la prescription quinquennale de droit commun.**

*Pour approfondir :*

Un tribunal de commerce a ordonné à un commerçant d'avoir à fermer, dans les huit jours de la signification du jugement et sous astreinte d'une certaine somme par jour de retard, certaines entrées qu'il avait ouvertes au sein d'un centre commercial.

En effet, la totalité du flux de la clientèle de l'hypermarché et de la cafétéria passait à l'aller comme au retour, par cette nouvelle galerie marchande. Par acte du 25 septembre 2013, plusieurs autres commerçants de la galerie marchande ont saisi le tribunal de commerce en liquidation de l'astreinte.

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

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

Ces derniers ont été déclarés irrecevables en leur action en liquidation de l'astreinte, tant par le premier juge que par la cour d'appel, par l'effet de la prescription, et ont formé un pourvoi en cassation. Les commerçants reprochaient à la cour d'appel d'avoir appliqué la prescription de droit commun quinquennale alors que, selon le moyen, la demande en liquidation d'une astreinte se prescrirait par dix ans à compter de la signification du titre exécutoire qui la prononce, au regard du délai de prescription prévu à l'article L.111-4 du Code des procédures civiles d'exécution applicable à l'exécution des titres exécutoires.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme que l'action en liquidation d'une astreinte n'est pas soumise au délai de prescription décennal applicable à l'exécution des titres exécutoires, mais au délai de prescription des actions personnelles et mobilières prévu à l'article 2224 du Code civil, c'est-à-dire à la prescription quinquennale de droit commun. Cette position a déjà été adoptée (CA Dijon, 29 septembre 2015, n°14/01966), les juges retenant que l'action en liquidation d'une astreinte n'est pas une modalité de l'exécution forcée des jugements telles que les voies d'exécution, mais a pour objet une condamnation pécuniaire accessoire et éventuelle en vue d'obtenir du débiteur l'exécution d'une obligation. Cette action n'est par conséquent pas soumise au délai de prescription décennal prévu par l'article L.111-4 du Code des procédures civiles d'exécution. Il s'agit d'une action patrimoniale mobilière soumise au délai de prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil.

**A rapprocher :** CA Dijon, 29 septembre 2015, n°14/01966

## DROIT DU SPORT

**Avocats mandataires sportifs : des précisions sur les contrats passés avec les sportifs professionnels**  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2019, n°17-27.129

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le contrat de mandataire sportif confié à un avocat n'a pas obligatoirement à être établi sous la forme d'un acte écrit unique.**

**En revanche, encourent la nullité deux conventions formant un mandat sportif confié à une société d'avocats dès lors qu'il ne ressort pas de leurs stipulations un montant déterminable et précis des honoraires de l'avocat.**

*Pour approfondir :*

Une joueuse professionnelle de handball a confié à une société d'avocats un mandat exclusif pour une durée de deux ans, avec une mission d'assistance et de conseils juridiques dans la négociation et la rédaction de ses contrats de travail, ou de tout autre contrat qui pourrait lui être nécessaire dans le cadre de son activité de sportive professionnelle.

Dans un autre document signé le même jour et intitulé « *convention d'intervention exclusive* », il était prévu que seraient réglés en cas de manquement aux obligations, « *d'éventuels honoraires d'un montant de 8% sur la base du salaire brut, des primes et des avantages en nature annuels* ».

La joueuse a signé un contrat de travail avec un club sportif, puis résilié le mandat exclusif moyennant un préavis de dix jours, et enfin ultérieurement signé une prolongation de son contrat de travail avec le même club. La société d'avocats l'a assignée en paiement d'une indemnité d'éviction.

Tant en première instance qu'en appel, l'avocat mandataire sportif a obtenu gain de cause, les juges du fond estimant qu'aucun des moyens d'annulation de la convention n'avait vocation à être retenu.

Il n'en est pas de même devant la Cour de cassation. En effet, si celle-ci considère que le fait que le contrat d'avocat mandataire sportif n'ait pas été conclu sous la forme d'un acte écrit unique ne saurait être une cause de nullité, elle fait droit aux moyens d'annulation touchant à l'absence de précisions suffisantes de la rémunération du conseil.

**Concernant le formalisme** que doit revêtir le contrat de mandataire sportif, et à défaut de précision textuelle, la Cour de cassation estime que l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 n'impose pas que le contrat de mandataire sportif confié à un avocat soit établi sous la forme d'un acte écrit unique.

Ce faisant, la Cour maintient l'interprétation relativement souple des conditions formelles requises pour le mandat régissant les relations entre les sportifs professionnels et leur représentant.

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

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

Par arrêt du 11 juillet 2018 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, n°17-10.458), elle avait déjà jugé :

« que l'article L.222-14 du Code du sport n'impose pas que le contrat liant le sportif ou l'entraîneur à l'agent sportif soit établi sous la forme d'un acte écrit unique, et que la cour d'appel ajoutant à la loi une condition qu'elle ne comportait pas, avait violé le texte susvisé ».

La Cour indiquant dans ce même arrêt que l'écrit exigé pour la validité d'un acte juridique pouvait être établi et conservé sous forme électronique, de sorte que des échanges de mails permettaient de considérer que l'existence d'un écrit était rapportée.

**Concernant la rémunération** de l'avocat mandataire sportif, l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi n°2012-158 du 1<sup>er</sup> février 2012, dispose :

« (...) Dans le mandat donné à un avocat pour la conclusion de l'un des contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L.222-7 du Code du sport, il est précisé le montant de ses honoraires, qui ne peuvent excéder 10 % du montant de ce contrat. Lorsque, pour la conclusion d'un tel contrat, plusieurs avocats interviennent ou un avocat intervient avec le concours d'un agent sportif, le montant total de leur rémunération ne peut excéder 10 % du montant de ce contrat. L'avocat agissant en qualité de mandataire de l'une des parties intéressées à la conclusion d'un tel contrat ne peut être rémunéré que par son client. »

Pour sa part, l'article L.222-17 du Code du sport précise pour ce qui touche aux agents sportifs :

« Un agent sportif ne peut agir que pour le compte d'une des parties aux contrats mentionnés à l'article L.222-7.

Le contrat écrit en exécution duquel l'agent sportif exerce l'activité consistant à mettre en rapport les parties intéressées à la conclusion d'un des contrats mentionnés à l'article L.222-7 précise :

1° Le montant de la rémunération de l'agent sportif, qui ne peut excéder 10 % du montant du contrat conclu par les parties qu'il a mises en rapport ;

2° La partie à l'un des contrats mentionnés à l'article L.222-7 qui rémunère l'agent sportif.

*Le montant de la rémunération de l'agent sportif peut, par accord entre celui-ci et les parties aux contrats mentionnés à l'article L.222-7, être pour tout ou partie acquittée par le cocontractant du sportif ou de l'entraîneur. L'agent sportif donne quittance du paiement au cocontractant du sportif ou de l'entraîneur.*

*Toute convention contraire au présent article est réputée nulle et non écrite ».*

La lecture comparée de ces deux dispositions montre que lors de l'ouverture de l'activité de mandataire sportif aux avocats, le législateur s'est ainsi largement inspiré du régime applicable aux agents sportifs (article 6 ter de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 issue de la loi du 28 mars 2011 n°2011-334 :

« Les avocats peuvent, dans le cadre de la réglementation qui leur est propre, représenter, en qualité de mandataire, l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un des contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L.222-7 du Code du sport ».

Certes, certaines différences subsistent (les avocats mandataires sportifs relèvent disciplinairement de leur ordre, alors que les agents sportifs sont contrôlés par les fédérations sportives ; les avocats ne peuvent être rémunérés que par leurs clients, alors que les agents sportifs peuvent faire prendre en charge leur rémunération par le club sportif), mais de nombreuses convergences existent également (envoi des mandats aux fédérations, rémunération maximale de 10 %).

Or, en matière de rémunération, si l'article L.212-17 du Code du sport prévoit que les dispositions concernant la rémunération de l'agent le sont à peine de nullité, tel n'était pas le cas pour l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 relatif aux avocats mandataires sportifs. Pour autant, par l'arrêt commenté, la Cour de cassation semble poursuivre sa volonté d'uniformiser, autant que faire se peut, le traitement des deux activités (agent sportif et avocat mandataire sportif), en considérant que faute de prévoir précisément les modalités de détermination des honoraires de l'avocat mandataire sportif, la nullité des conventions était encourue. Il convient donc de faire preuve de vigilance lors de la rédaction des contrats d'avocats mandataires sportifs avec des sportifs ou entraîneurs professionnels, en faisant préciser, d'une part, le débiteur de la rémunération et, d'autre part, l'assiette précise de calcul des honoraires qui ne sauraient excéder 10 %.

Pour autant, si ces premières décisions tracent les contours de la nouvelle profession d'avocat mandataire sportif, toutes les questions ne sont pas pour autant résolues, la Cour de cassation n'ayant, par exemple, pas statué sur le moyen du pourvoi qui soutenait, nonobstant la convention d'intervention exclusive à durée déterminée, que la joueuse était en droit de résilier cette convention d'intervention en application du principe de libre choix de l'avocat.

**A rapprocher : Articles L.222-7 & suivants du Code du sport**

## DROIT INTERNATIONAL

**Le nouveau cadre des Investissements Directs Etrangers en Chine et dans l'Union Européenne**  
Loi et Règlement relatifs aux investissements directs étrangers

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le mois de mars 2019 a été marqué par l'adoption tant en Chine que dans l'Union Européenne (« UE ») de 2 textes portant réforme sur le cadre applicable aux investissements directs étrangers (« IDE »).**

### En Chine

La 2<sup>ème</sup> session de la 13<sup>ème</sup> Assemblée populaire nationale en date du **15 mars 2019** a approuvé le texte de la Loi relative aux Investissements Directs Etrangers (中华人民共和国外商投资法) (la « **Loi** ») dans l'objectif :

- d'assouplir les règles encadrant les investissements directs étrangers en Chine ;
- de traiter de manière « quasi égale » les IDE en Chine avec les acteurs locaux.

Le « quasi égalité » s'explique par le fait qu'une liste dite « négative » récapitule des secteurs dans lesquels les IDE sont interdits ou contrôlés.

La Loi entrera en vigueur le **1<sup>er</sup> janvier 2020** et constituera un cadre uniformisé pour les IDE en Chine pour favoriser davantage les droits des investisseurs étrangers en Chine.

### Dans l'UE

Le nouveau règlement (UE) n°2019/452 du Parlement Européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (le « **Règlement** »), a été publié dans le Journal officiel de l'UE le 21 mars 2019.

Le Règlement entrera en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'UE et **sera applicable à partir du 11 octobre 2020**. Le Règlement est directement applicable dans tout État membre.

*Pour mémoire :*

### En Chine

En pleine guerre commerciale entre la Chine et les Etats-Unis, le projet de loi sur les investissements étrangers en Chine (中华人民共和国外商投资法 (草案)) a été soumis le 23 décembre 2018 au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale pour un premier examen. La Loi a été adoptée le 15 mars 2019.

Il existe actuellement trois lois (déjà anciennes) en matière d'IDE en Chine, à savoir (« **3 Lois Existantes** ») :

- la loi sur les joint-ventures (« **JV** ») à capitaux sino-étrangers (1979) (中外合资经营企业法人),
- la loi sur les JV contractuelles à capitaux étrangers (1988) (中外合作经营企业法人),
- la loi sur les sociétés à capitaux entièrement étrangers (1986) (外资企业法人) (Wholly Foreign Owned Enterprise - WFOE).

Ces 3 Lois Existantes adoptées sous l'ère de DENG Xiaoping (initiateur de l'ouverture économique de la Chine), et malgré leur mise à jour ces dernières années, ne peuvent plus répondre à l'évolution de la situation économique actuelle, alors que la Chine s'efforce de construire de nouveaux projets et d'ouvrir d'avantage son économie.

A fin 2017, **quelques 900.000 JVs et WFOE étaient répertoriées en Chine par le Ministère du Commerce Chinois (« MOFCOM »)** avec une capacité d'investissement de 1.900 milliards USD.

La Loi remplacera donc, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020, les 3 Lois Existantes concernant les entités sous contrôle étranger.

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

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



Cette Loi unifiée vise à garantir cette prochaine phase de mise en place d'un nouveau système d'ouverture économique chinoise, et un meilleur accueil des IDE en Chine.

### Dans l'UE

L'UE est la principale destination d'IDE dans le monde : les stocks d'IDE détenus par des investisseurs de pays tiers dans l'UE s'élevaient à **6.295 milliards d'euros à la fin de 2017**. Au cours des vingt dernières années, la structure et la provenance des IDE ont radicalement changé, avec plus d'IDE en provenance d'économies émergentes. Les investissements chinois ont été multipliés par six, avec pour cible récemment des secteurs de haute technologie et souvent des entreprises détenues par l'État ou ayant un lien avec les gouvernements. Les préoccupations suscitées par la multiplication des acquisitions dans des secteurs stratégiques par des IDE, notamment chinois, ont conduit l'UE à réfléchir à un nouveau cadre pour leur filtrage.

La politique européenne de contrôle des IDE se concrétise avec :

1. l'approbation du projet de Règlement par le Conseil le 5 mars 2019,
2. l'approbation du projet de Règlement par le Parlement Européen (500 voix pour, 49 contre et 56 abstentions) le 14 février 2019,
3. **l'accord politique européen sur un dispositif de filtrage des investissements étrangers** du 20 novembre 2018,
4. la **proposition de créer le premier cadre à l'échelle de l'UE pour l'examen des IDE**, par le président de la Commission Européenne (M. Juncker) lors de son discours du 14 septembre 2017.

Pour approfondir :

#### **I. L'approche chinoise : la Loi des IDE en Chine**

La Loi est composée de 6 chapitres et 42 articles :

##### **❖ Les principes (Art. 1 – 8)**

Selon la Loi, (i) les entreprises étrangères recevront désormais un « *traitement national de pré-établissement* » (准入前国民待遇), (c'est-à-dire sans distinction de traitement en fonction de la nationalité), et (ii) un système de gestion de la liste négative (负面清单) est mis en place (**Art. 4**).

Pour rappel, de nombreuses nations recourent au principe de la liste négative pour interdire les capitaux étrangers d'entrer dans des industries clés ou des secteurs sensibles. A contrario, tous les domaines ne figurant pas sur la liste négative sont accessibles aux capitaux étrangers par un traitement uniforme et sans approbation préalable du gouvernement chinois.

Ceci constitue un changement radical par rapport au régime actuel d'étude « au cas par cas » fixé par les 3 Lois Existantes, et introduit une dimension de libéralisme et une volonté de transparence.

Une nouvelle liste négative sera établie par le Conseil des affaires d'Etat chinois (Gouvernement), laquelle n'est pas encore disponible. Sous réserve de confirmation, dans la nouvelle liste négative, il serait question d'assouplir les restrictions dans les secteurs tels que l'automobile, l'aéronautique, la gestion d'actifs, l'énergie, les infrastructures, etc.

De même, d'après la Loi, les entreprises ne seront pas réglementées en fonction de leur détention capitalistique directe, mais en fonction de la personne qui détient le contrôle de l'entreprise. Ainsi, les sociétés étrangères en Chine, contrôlées par des investisseurs étrangers, seront considérées comme étrangères, tandis que celles qui sont contrôlées par des investisseurs chinois seront considérées comme chinoises (**Art. 2**). Cela concerne à la fois la création de sociétés, mais aussi les opérations de fusion-acquisitions et autres formes de projets d'investissements directs ou indirects. Cette initiative vise à permettre de créer un environnement commercial prévisible et transparent pour les investisseurs mondiaux et de protéger leurs intérêts et leurs droits, tout en leur assurant un traitement national et des conditions de marché équitables.

##### **❖ La promotion d'investissements étrangers (Art. 9 à 19)**

Les investisseurs étrangers bénéficieront des mêmes droits que les entreprises nationales pour participer à des opérations sur le capital telles que l'émission d'actions (**Art. 17**) et la passation de marchés publics en Chine (**Art. 16**). La Loi indique également que l'Etat chinois peut continuer à établir les politiques de promotion encore plus avantageuses dans les différentes zones franches en Chine (**Art. 13**). Actuellement, il existe 11 zones franches réparties dans tout le pays (*Shanghai, Tianjin, Guangdong, Fujian, Liaoning, Zhejiang, Henan, Hubei, Chongqing, Sichuan, Shanxi*), mais majoritairement situées sur la côte Est du pays.

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

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

De même, les gouvernements locaux dans les provinces peuvent établir leurs propres politiques de promotion d'investissements étrangers dans le cadre des principes nationaux.

❖ **La protection des investissements étrangers (Art. 20 – 27)**

La Loi prévoit également que l'apport en capital, les bénéfices et les gains en capital des investisseurs étrangers en Chine pourront être librement transférés (i.e. sans autorisation administrative préalable) hors du pays, en RMB ou dans d'autres devises (**Art. 21**).

Actuellement, pour remonter par exemple des dividendes de la Chine vers la France, il est nécessaire de solliciter l'autorisation préalable de 2 autorités, à savoir :

- State Administration of Foreign Exchange (国家外汇管理局) ("SAFE");
- State Taxation Administration (国家税务总局) ("STA").

Avec l'entrée en vigueur de la Loi, ces démarches administratives seront supprimées.

Par ailleurs, concernant le sujet important de la propriété intellectuelle, la Loi précise que l'État chinois protégera les droits de propriété intellectuelle des investisseurs étrangers et encouragera la coopération technologique fondée sur des principes de volontariat et les règles commerciales (**Art. 22**).

Les conditions relatives à ce type de coopération seront déterminées entre les parties concernées selon les règles commerciales et d'équité.

Le transfert forcé de technologies des entreprises étrangères vers les sociétés chinoises, en ayant recours à des moyens administratifs, est ainsi interdit sous peine de poursuite pénale.

La Loi accordera ainsi aux sociétés étrangères les mêmes prérogatives dont jouissent les sociétés chinoises en matière de protection de propriété intellectuelle.

Sous peine d'indemnisation des investisseurs étrangers, l'expropriation des actifs des investissements étrangers en Chine est désormais interdite avec la Loi, sauf si l'intérêt général le justifie (**Art. 20**).

De leur côté, les départements du commerce des provinces chinoises devront mettre en place un système de traitement des plaintes des investisseurs étrangers pendant leur établissement permettant de traiter ces sujets rapidement (**Art. 25**).

A date, il n'est pas encore confirmé si c'est l'Administration des Industries et Commerces (« AIC ») qui sera compétente.

❖ **La gestion des investissements étrangers (Art. 28 – 35)**

**L'Article 28** souligne qu'il est interdit pour les investisseurs étrangers d'investir dans les secteurs définis dans la liste négative qui sera arrêtée par le Conseil des affaires d'Etat chinois (Art. 4). L'Etat chinois prévoit de mettre en place un système de rapport d'information relatif aux investissements étrangers, géré par l'AIC et qui devra communiquer avec MOFCOM (**Art. 34**).

Les investissements étrangers seront ainsi soumis au même système d'information sur la crédibilité (**National Enterprise Credit Information Publicity System - 国家企业信用信息公示系统**) auquel sont déjà soumis les entreprises chinoises locales depuis février 2014.

Il convient de noter que les sociétés ayant une mauvaise crédibilité peuvent être classées par l'AIC dans la liste noire.

La mauvaise crédibilité est causée, par exemple, par :

- L'affichage, pendant plus de 3 ans, dans la liste des anomalies de l'exploitation (企业经营异常名录) tenue par l'AIC (ne pas déposer le rapport annuel des comptes entre 01/01 et 30/06 de chaque année ; ne pas publier des informations exigées par la loi ; publier les informations erronées ; ne pas pouvoir être contacté par l'AIC à l'adresse du siège social de la société) ;
- L'utilisation des informations erronées en vue d'immatriculation et/ou des modifications relatives à la société ;
- La vente pyramidale, vente directe illégale, concurrence déloyale, publicité trompeuse, vente de produits ou services menaçant la sécurité des biens et des personnes ;
- La violation du droit des marques des autres sociétés plus de 2 fois pendant une période de 5 ans.

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

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

En cas d'inscription dans la liste noire, les conséquences d'être sont notamment les suivantes :

- Être sous surveillance étroite de l'AIC ;
- Les représentants légaux des sociétés listées dans la liste noire ne peuvent plus être représentants légaux des sociétés pendant une durée de 3 ans ;
- Publication sur le site officiel d'AIC ;
- Application de restrictions imposées par l'AIC en matière commerciale, sectorielle et politique (e.g. interdiction de participer aux appels d'offres, de bénéficier une exception fiscale, etc.).

❖ **La responsabilité légale et les annexes (Art. 36 – 42)**

Dans le cadre de la poursuite de la lutte contre la corruption des fonctionnaires, la Loi vise expressément que la corruption dans les procédures administratives des IDE doit être réprimée (**Art. 39**).

Les investissements réalisés dans les secteurs interdits définis par la liste négative, malgré les mises en demeure faites par l'administration chinoise compétente, pourront, le cas échéant, être confisqués par l'Etat chinois (**Art. 40**).

Enfin, une phase de transition a été prévue, en permettant aux entités sous contrôle étranger, établies dans le cadre des 3 Lois Existantes, de continuer à exister sous le régime actuel pendant 5 ans à compter de l'entrée en vigueur de la Loi (**Art. 42**).

La démarche d'assouplissement de la réglementation chinoise relative aux IDE vise manifestement à faire retomber les tensions à l'heure de la guerre commerciale entre les Etats-Unis et la Chine, et à répondre aux critiques formulées par les autres pays occidentaux envers la Chine au sujet du protectionnisme.

Néanmoins, l'Europe quant à elle semble prendre le chemin du renforcement des contrôles des IDE via l'adoption des dispositifs tant au niveau européen que national.

**II. L'approche européenne : Règlement du Parlement Européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des IDE dans l'UE**

Avec la multiplication des acquisitions dans des secteurs stratégiques, notamment chinois, l'UE s'est penchée sur un nouveau cadre pour le filtrage des IDE.

Néanmoins à ce stade, aucun système de contrôle des IDE n'a été mis en place pour l'ensemble des pays de l'UE.

❖ **Au niveau européen**

Le nouveau Règlement a pour objectif :

- d'introduire une coopération par voie d'échange d'informations entre les Etats membres avec la création d'un système de soutien de filtrage des IDE par les Etats membres pour des motifs de sécurité et d'ordre public ;
- d'encourager la coopération internationale en matière de filtrage des IDE, y compris le partage d'expériences, de bonnes pratiques et d'information sur des questions d'intérêts communs ;
- de fixer certaines exigences pour les Etats membres qui souhaitent maintenir ou adopter un mécanisme de filtrage au niveau national ;
- de prendre en compte la nécessité d'agir en respectant des délais courts répondant aux impératifs des entreprises ainsi que des conditions strictes de confidentialité ;
- de permettre à la Commission Européenne d'émettre des avis sur les IDE dans plusieurs Etats membres qui sont susceptibles d'avoir des effets sur un projet/programme ayant un intérêt pour l'ensemble de l'UE.

A titre d'exemple, on se souvient de l'IDE effectué par le conglomérat étatique chinois Cosco dans le port du Pirée en Grèce en 2016. Si le Règlement avait été applicable à l'époque, la Commission Européenne aurait vraisemblablement rendu un avis, compte tenu de l'intérêt de cet IDE pour l'ensemble de l'UE.

D'ailleurs, les ports européens continuent à intéresser l'Empire du Milieu puisque les ports italiens de Trieste et de Gênes sont actuellement en négociation avec la Chine. L'intérêt manifesté par cette dernière depuis plusieurs années, quant aux ports européens, a été une des motivations pour le Président de la Commission Européenne pour porter le projet de Règlement. L'Italie est du reste le 1<sup>er</sup> pays du G7 à rallier le projet des « nouvelles routes de la soie » suite au protocole d'accord signé le 23 mars 2019 à l'occasion de la visite officielle du Président Xi Jinping en Italie. En fonction du calendrier d'avancement des discussions des ports de Trieste / Gênes, la Commission Européenne pourrait donc d'être amenée à émettre, en application du Règlement, un avis sur ces projets.

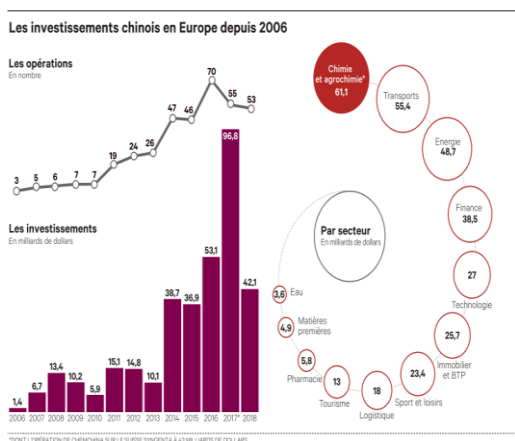
■ Aix-en-Provence - Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Lyon - Marseille  
Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Toulouse ■

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

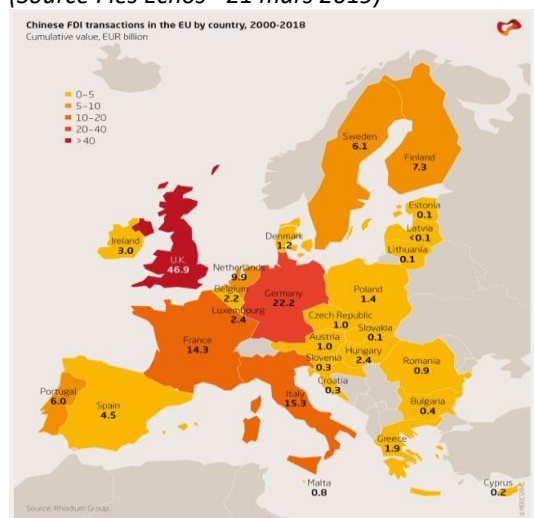
En toute hypothèse, le Règlement prévoit que c'est aux seuls États membres de décider s'il convient d'autoriser ou non une opération d'investissement spécifique sur leur territoire. Le Règlement vise ainsi à protéger les secteurs stratégiques suivants :

- énergie ; eau ; transport ;
- télécommunications, données, média ;
- espace ;
- finance ;
- semi-conducteurs ;
- intelligence artificielle ; robotique ;
- santé ; biotechnologie ;
- défense ;
- sécurité alimentaire.

Les tableaux suivants illustrent les investissements chinois en Europe, par secteur et par pays, au cours des dernières années :



(Source : les Echos - 21 mars 2019)



(Source : institut allemand Merics.org - mars 2019)

❖ **Au niveau national**

Actuellement, au niveau national, 14 États membres d'UE disposent de mécanismes nationaux de filtrage, parfois très différents (Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal et Royaume-Uni).

Plusieurs États membres (dont la France) sont en train de réformer leurs mécanismes de filtrage ou d'en adopter de nouveaux.

Plus particulièrement, en France, le projet de loi PACTE, adopté par l'Assemblée nationale en 2<sup>ème</sup> lecture en date du 15 mars 2019 et actuellement en cours d'examen par le Sénat, vise à :

- renforcer le pouvoir du Ministère de l'Economie en matière d'IDE dans les entreprises stratégiques, notamment lorsqu'un IDE est réalisé sans autorisation préalable, en lui accordant les mesures suivantes :

- injonction à l'investisseur de déposer une demande d'autorisation,
- injonction à l'investisseur de rétablir à ses frais la situation antérieure,
- injonction à l'investisseur de modifier l'investissement,
- désigner un mandataire chargé de veiller, au sein de l'entreprise stratégique, à la protection des intérêts nationaux ;

- étendre le contrôle des IDE aux transferts de propriété intellectuelle dans les secteurs de la défense ou dans certaines industries stratégiques, tel que l'Intelligence Artificielle, le stockage des données, les semi-conducteurs, etc.

Ces mesures s'ajoutent à un autre dispositif existant, à savoir celui de la « Golden Share » (« action spécifique ») créée en 2014 par l'ordonnance 2014/948 du 20 août 2014 (art. 31-1) utilisée dans certaines entreprises françaises stratégiques telles que Thales, Engie, Airbus, etc. pour renforcer le pouvoir de l'Etat français.

**A rapprocher : Texte de la loi en chinois ; Texte du Règlement en français**

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

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