



RESEAU SIMON AVOCATS

# LA LETTRE SIMON AVOCATS

NOVEMBRE 2021

## SOMMAIRE

AIX-EN-PROVENCE  
BLOIS - BORDEAUX  
CLERMONT-FERRAND  
LE HAVRE - LILLE - LYON  
MARSEILLE - METZ  
MONTPELLIER - NANCY  
NANTES - NICE - PARIS  
ROUEN - TOURS

*Réseau SIMON Avocats*

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

*Conventions transnationales*

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

<b>CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS</b>	
Validité des actions de préférence sans droit à dividende ANSA, Comité juridique, réunion du 8 septembre 2021 n°21-027	p. 2
<b>ENTREPRISES EN DIFFICULTE</b>	
Aucune reprise de l'instance ou compensation n'est possible sans déclaration de créance Cour de cassation, chambre commerciale, 20 octobre 2021, n° 20-13.829	p. 2
<b>CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX</b>	
Clause de « conciliation », la conciliation préalable doit être stipulée noir sur blanc Cass. com., 20 oct. 2021, n° 20-13.819	p. 4
<b>DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION</b>	
Abus de position dominante dans l'affaire dite « Google Shopping » Trib. UE, 10 novembre 2021, T-612/17	p. 4
Rejet de la demande de nullité et de résiliation d'un contrat de concession CA Paris 14 octobre 2021, RG n°17/10801	p. 6
Concurrence déloyale - loyauté de la preuve des « clients mystère ». Cour de cassation, chambre commerciale, 10 novembre 2021, n° de pourvoi 20-14.670	p. 7
<b>SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES</b>	
Elections professionnelles : les salariés assimilés au chef d'entreprise sont des électeurs comme les autres Cons Const, 19 novembre 2021, n° 2021-947	p. 8
Le DRH d'une filiale ne peut être mandaté par une autre filiale pour licencier l'un de ses salariés Cass. Soc., 20 octobre 2021, n°20-11.485	p. 9
<b>IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME</b>	
Irrégularité de la clause d'indexation dont les effets sont limités à la hausse : précisions sur le régime de la sanction Extrait de l'article « actualité de la clause d'indexation », publié in Annales des Loyers n° 11 de novembre 2021	p. 10
<b>PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES</b>	
Consécration de la nouvelle autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique	p. 12
Tatouage et droits d'auteurs Articles L122-1, L122-3 et L122-5 du Code de propriété intellectuelle	p. 13
<b>PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION</b>	
Recours à l'encontre de l'ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer : Pas de référé rétractation Cass. Civ. 2ème, 4 novembre 2021, n°19-22.832	p. 14
Référé probatoire : Pas d'obligation de démontrer le bien-fondé de l'action motivant la demande Cass. Civ. 2ème, 4 novembre 2021, n°21.14.023	p. 15
<b>DROIT INTERNATIONAL</b>	
Contrôle des investissements étrangers : Prorogation jusqu'au 31/12/2022 des mesures d'adaptation	p. 16

## CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

### Validité des actions de préférence sans droit à dividende

ANSA, Comité juridique, réunion du 8 septembre 2021 n°21-027

*Ce qu'il faut retenir :*

**Une catégorie d'actions de préférence privée de droit au dividende serait valide, sous réserve du maintien d'un droit au boni de liquidation. Telle est la position de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA) publiée récemment, qu'il convient toutefois selon nous d'accueillir avec prudence.**

*Pour approfondir :*

Le droit de percevoir des dividendes constitue, aux côtés des droits politiques, l'une des prérogatives essentielles de l'associé d'une société. L'article 1832, alinéa 1, du Code civil dispose ainsi que :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

Il est toutefois possible de majorer ou au contraire de réduire le droit au dividende, sous réserve de respecter le principe de la prohibition des clauses léonines. À cet égard, l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil énonce que :

« (...) la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites. »

Ainsi, il n'est a priori pas envisageable d'exclure un associé de la répartition des dividendes ou de ne lui en attribuer qu'une fraction dérisoire.

Néanmoins, le Comité juridique de l'ANSA considère qu'il est possible de supprimer le droit aux dividendes dans le cas particulier d'une catégorie d'actions de préférence dont le seul droit financier serait un droit au boni de liquidation. Dans cette hypothèse, les actions n'étant pas totalement privées de tout droit au bénéfice - le boni correspondant aux bénéfices non

distribués -, la création d'une telle catégorie d'actions ne serait pas contraire à la prohibition des clauses léonines.

Cette position, qui n'a pas encore été confirmée par la jurisprudence, nous semble toutefois devoir être appréciée au cas par cas. La perspective de percevoir une quote-part du boni de liquidation au sein d'une société constituée pour 99 ans peut en effet apparaître assez hypothétique, le plus probablement conditionnée à une liquidation amiable qui dépendra de la volonté de la collectivité des associés.

Ce raisonnement est-il modifié dès lors que le titulaire s'est obligé à détenir conjointement des actions ordinaires de la société, lesquelles donnent droit à dividendes ? Pour l'ANSA, il n'en est rien, car la prohibition des clauses léonines doit être appréciée au regard des spécificités de la catégorie d'actions créée et non au regard de l'ensemble des droits de chaque associé. Cette position n'étant cependant pas pleinement reflétée par la lettre du Code civil (qui vise les associés et non les actions), une confirmation jurisprudentielle serait également bienvenue.

**A rapprocher : Article 1844-1 du Code civil ; Article L. 237-29 du Code de commerce**

## ENTREPRISES EN DIFFICULTE

### Aucune reprise de l'instance ou compensation n'est possible sans déclaration de créance

Cour de cassation, chambre commerciale, 20 octobre 2021, n° 20-13.829

*Ce qu'il faut retenir :*

**En l'absence de déclaration de créance de la part d'un créancier engagé dans une instance avec le débiteur au moment de l'ouverture de la procédure collective, les conditions de la reprise de l'instance en cours en vue de la fixation de la créance au passif ne sont pas réunies. En conséquence, le juge ne peut que constater l'interruption de l'instance, sans pouvoir prononcer l'irrecevabilité du créancier.**

**Par ailleurs, lorsqu'un cocontractant défaillant est placé en procédure collective, la créance née avant le jugement d'ouverture ne peut se compenser avec une dette connexe due par son créancier qu'à la condition que ce dernier ait déclaré cette créance au passif de la procédure collective.**

*Pour approfondir :*

Des époux ayant entrepris de rénover trois biens immobiliers ont confié les travaux à une société. Par la suite, le couple a pris possession des lieux, sans qu'il ne soit procédé à la réception du chantier, ni au paiement du solde du prix des travaux. Se plaignant de malfaçons et de non-finitions, les époux ont alors assigné la société en indemnisation de leurs préjudices. Cette dernière a formé une demande reconventionnelle en condamnation des époux à lui payer le solde des travaux réalisés.

La société a été placée en redressement judiciaire. Après la saisine de la cour de renvoi, consécutive à la cassation d'un arrêt qui avait condamné le couple à payer le solde du prix des travaux et rejeté leurs demandes indemnitaires (voir Cass. Civ. 3e, 21 janvier 2016, n° 14-23.393), la société a bénéficié d'un plan de redressement. Les époux ont donc appelé le commissaire à l'exécution du plan en intervention forcée dans le cadre de l'instance tendant à la condamnation de la société au paiement de dommages-intérêts.

Cette demande est déclarée irrecevable par la cour d'appel de renvoi, tout comme celle portant sur la fixation de la créance au passif de la procédure collective. A ce titre, la cour a rappelé qu'en application des articles L. 622-21 et L. 622-22 du code de commerce, (i) le jugement d'ouverture interrompt toute action en justice de la part des créanciers antérieurs tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, et que (ii) après déclaration au passif, l'instance ainsi interrompue est reprise uniquement pour constater l'existence de la créance et fixer son montant. Or puisque les époux n'ont pas procédé à une telle déclaration, l'arrêt a prononcé l'irrecevabilité de leur demande. En revanche, la cour d'appel retient que, quand bien même aucune condamnation ne pouvait être prononcée contre la société débitrice, la compensation des sommes dues de part et d'autre pouvait être ordonnée, réduisant ainsi la créance des maîtres d'ouvrage.

La Haute juridiction ne souscrit pas à cette argumentation et prononce la cassation de l'arrêt d'appel en deux temps.

D'une part, comme les juges du fond, la Cour de cassation rappelle que les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance au passif du débiteur. Selon la Haute juridiction, l'arrêt d'appel a relevé à juste titre que les conditions de reprise de l'instance n'étaient pas réunies, mais la cour aurait dû se limiter à constater l'interruption de l'instance, sans pouvoir déclarer l'irrecevabilité du créancier.

Cette solution s'entend bien. La règle de l'arrêt des poursuites individuelles s'applique notamment aux actions en condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, pourvu que l'instance ait été introduite au fond antérieurement au jugement d'ouverture. La reprise de l'instance en cours est alors subordonnée à la réunion de deux conditions : le créancier doit déclarer sa créance à la procédure collective et mettre en cause les organes de la procédure (C. com., art. L. 622-22 et R. 622-20). A défaut de reprise régulière de l'instance par le créancier, l'interruption dure jusqu'à la clôture de la procédure (Cass., avis 8 juin 2009, n° 09-00.002).

La position de la chambre commerciale n'est pas nouvelle : lorsque l'interruption survient au cours de l'instance d'appel, et après avoir retenu que les conditions de la reprise de l'instance en cours en vue de la constatation de la créance et de la fixation de son montant n'étaient pas réunies en l'absence de déclaration, la cour doit se borner à constater l'interruption de l'instance l'empêchant ainsi de statuer, sans pouvoir par conséquent, rejeter définitivement la créance (Cass. Com., 9 décembre 2020, n° 18-25.365).

D'autre part, la Haute juridiction énonce, au visa de l'article L. 622-7, I du code de commerce, que lorsqu'un contractant défaillant fait l'objet d'une procédure collective, la créance de l'exécution défectueuse ou tardive de prestations convenues, née avant le jugement d'ouverture, ne peut se compenser avec le prix des prestations dû par son cocontractant qu'à la condition que ce dernier ait déclaré cette créance de dommages-intérêts au passif de la procédure collective. Faute de déclaration, la cour d'appel ne pouvait ordonner la compensation des dettes connexes.

Si le lien de connexité entre les créances ne présente ici pas de difficultés particulières en ce qu'elles procèdent toutes d'un même contrat, le régime de la compensation des créances en matière de procédure collective exige toutefois que la créance invoquée contre le débiteur ait été déclarée (Cass. Com., 3 mai 2011, n° 10-16.758 ; Cass. Com., 13 février 2019, n° 17-15.439 ; Cass. Com., 9 décembre 2020, n° 19-18.128). Au regard de ces éléments, la cassation était donc prévisible en l'absence de déclaration des créances au passif de la procédure collective.

**À rapprocher : Articles L. 622-21 , L. 622-22 et R. 622-20 du code de commerce ; Cass., avis 8 juin 2009, n° 09-00.002 et Cass. Com., 9 décembre 2020, n° 18-25.365 ; Article L. 622-7, I du code de commerce ; Cass. Com., 3 mai 2011, n° 10-16.758 ; Cass. Com., 13 février 2019, n° 17-15.439 et Cass. Com., 9 décembre 2020, n° 19-18.128**

## CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

**Clause de « conciliation », la conciliation préalable doit être stipulée noir sur blanc**  
Cass. com., 20 oct. 2021, n° 20-13.819

*Ce qu'il faut retenir :*

**L Une clause de conciliation, rédigée dans des termes imprécis et généraux, n'aura pas d'effet contraignant et ne pourra pas imposer le recours à un médiateur en cas de contentieux.**

*Pour approfondir :*

En novembre 2013, trois parties (un particulier et deux sociétés) créent une société civile de construction vente, en décembre 2013, par un pacte d'associés, une des parties s'engage à apporter une somme d'argent. Cette somme devra lui être remboursée dans un délai de dix-huit mois et les deux autres associés s'engagent personnellement à lui rembourser ladite somme ainsi que les intérêts.

Le remboursement n'ayant pas été fait dans le délai imparti, les associés concluent un avenant ayant pour objectif de reporter la date d'exigibilité de la somme due. Malgré ce report de la date d'exigibilité, le

paiement n'a pas été opéré. L'associé créancier assigne alors les deux associés débiteurs en exécution de leur engagement contractuel afin d'obtenir le remboursement de la somme apportée. L'un des associés débiteurs oppose alors le non-respect de la clause de « conciliation » présente dans le pacte d'associés.

La clause de « conciliation » litigieuse stipulait que les parties devaient « coopérer avec diligence et bonne foi en vue de trouver une solution amiable à leur différend et ce, dans un délai de 45 jours à compter de la naissance de ce différend » et ajoutait que, « à défaut de parvenir à une solution amiable, les litiges seront soumis aux tribunaux compétents ».

Les juges du fond ont approuvé l'associé créancier. Les associés débiteurs se sont alors pourvus en cassation. La haute juridiction a approuvé la cour d'appel en indiquant qu'« en l'état de ces seuls motifs, dont il résulte qu'en raison de son caractère non contraignant, cette clause ne pouvait faire obstacle au droit qu'à toute personne d'agir en justice, la cour d'appel a justifié sa décision et le moyen, qui critique des motifs surabondants, est inopérant. »

En effet, la clause n'impose pas, de manière précise, le recours à une tierce personne pour trouver une solution amiable et s'inscrit simplement dans l'esprit de l'obligation générale de bonne foi du droit des contrats. Il semble donc primordial de prendre soin de rédiger les clauses de conciliation de manière précise pour éviter toute interprétation lors d'un contentieux.

**A rapprocher : Article 1104 du Code civil**

## DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

**Abus de position dominante dans l'affaire dite « Google Shopping »**  
Trib. UE, 10 novembre 2021, T-612/17

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le Tribunal de l'Union européenne a rejeté le recours de Google contre la décision de la Commission européenne la sanctionnant au titre de ses pratiques**

**anticoncurrentielles, en retenant que Google a abusé de sa position dominante en favorisant son propre comparateur de produits par rapport aux comparateurs de produits concurrents.**

*Pour approfondir :*

L'arrêt du Tribunal de l'Union européenne, objet du présent commentaire, fait suite à une décision de la Commission européenne du 27 juin 2017, aux termes de laquelle cette dernière avait sanctionné Google à hauteur de 2,42 milliards d'euros pour avoir abusé de sa position dominante dans treize pays de l'Espace économique européen, en favorisant son propre comparateur de produits, par rapport aux comparateurs de produits concurrents. Cet abus se matérialisait par une pratique d'auto-préférence, visant à garantir un positionnement et une présentation plus attractive du comparateur de produits de Google, et à opérer la rétrogradation des comparateurs de produits concurrents dans les pages de résultats générales de recherche de Google.

Google et Alphabet, sa société mère, condamnée solidairement par la Commission, ont introduit un recours contre cette décision devant le Tribunal de l'Union européenne en contestant l'existence d'un abus, arguant à cette fin que les pratiques contestées constituent des améliorations qualitatives de leur service de recherche sur internet et échappent de fait aux pratiques sanctionnées par l'article 102 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

- Dans un premier temps, pour rejeter le recours des deux sociétés et confirmer l'amende infligée par la Commission, le Tribunal de l'UE s'intéresse au caractère anticoncurrentiel de la pratique litigieuse, en rappelant à titre préalable que la seule position dominante d'une entreprise, même de l'ampleur de celle de Google, n'est pas répréhensible.

Néanmoins, le Tribunal observe que, en favorisant son propre comparateur de produits sur ses pages de résultats générales par le biais d'une présentation et d'un positionnement privilégiés, tout en rétrogradant concomitamment, dans ces pages, les résultats des comparateurs concurrents par le biais d'algorithmes de classement, Google s'est écartée de la concurrence par les mérites et a conduit à un affaiblissement de la concurrence sur le marché.

Le Tribunal qualifie ainsi pour la première fois l'existence d'une pratique abusive en combinant deux comportements distincts : la promotion des services de Google (i) et la rétrogradation de ses concurrents (ii).

Ensuite, le Tribunal rejette l'argumentation de Google relative au refus de fourniture en considérant que la pratique litigieuse ne repose pas sur un tel refus mais sur une différence de traitement opérée par Google au seul bénéfice de son propre comparateur, non justifiée objectivement.

Enfin, le Tribunal conclut que Google favorise son propre comparateur par rapport aux comparateurs concurrents, et non pas un meilleur résultat qu'un autre.

- Dans un deuxième temps, le Tribunal s'intéresse aux effets préjudiciables à la concurrence de la pratique litigieuse, en se fondant sur trois critères qui se rapprochent de ceux utilisés en droit français pour caractériser un abus de dépendance économique :

- l'importance du trafic généré par le moteur de recherche générale de Google ;
- le comportement des utilisateurs lorsqu'ils effectuent des recherches sur le moteur ;
- le fait que le trafic détourné ne peut pas être effectivement remplacé par d'autres sources.

Il relève ainsi qu'après avoir mesuré les effets réels du comportement en cause sur le trafic des comparateurs de produits issu des pages de résultats générales de Google, la Commission a montré, sur des bases suffisantes, que ce trafic représentait une large part de leur trafic total, que cette part ne pouvait pas être effectivement remplacée par d'autres sources de trafic, comme les publicités (AdWords) ou les applications mobiles, et qu'il en résultait potentiellement la disparition de comparateurs de produits, une baisse de l'innovation sur leur marché et un moindre choix pour les consommateurs, éléments caractéristiques d'un affaiblissement de la concurrence.

Le Tribunal rejette par ailleurs l'argument de Google, aux termes duquel la concurrence serait restée vive sur le marché des services de la comparaison de produits en raison de la présence des plateformes marchandes sur ce marché. Le Tribunal valide donc l'analyse de la Commission sur le marché de la



recherche spécialisée pour la comparaison de produits, jugé comme le marché pertinent en l'espèce. En revanche, le Tribunal estime que la Commission n'a pas établi que le comportement de Google avait eu des effets anticoncurrentiels, même potentiels, sur le marché de la recherche générale et il annule en conséquence le constat d'infraction pour ce seul marché.

- Dans un troisième temps, le Tribunal écarte l'existence d'éventuelles justifications objectives au comportement de Google. Il considère en effet que si les critères de positionnement et de présentation des produits Google peuvent représenter des améliorations de son service et œuvrer en faveur de la concurrence, l'inégalité de traitement avec les comparateurs de produits concurrents n'est justifiée par aucun gain d'efficacité qui compenserait ses effets négatifs pour la concurrence.

Le Tribunal conclut donc en estimant que le montant de la sanction pécuniaire infligée à Google doit être confirmé.

**A rapprocher : Décision de la Commission européenne du 27 juin 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping)**

---

**Rejet de la demande de nullité et de résiliation d'un contrat de concession**  
CA Paris 14 octobre 2021, RG n°17/10801

*Ce qu'il faut retenir :*

**La société S. est à la tête d'un réseau de concessionnaires ayant pour activité la fabrication, l'exploitation, la distribution, l'achat et la vente de meubles. En mai 2011, Messieurs D. et D. (ci-après MM. D.) prennent contact avec la société S., étant intéressés par le fait de rejoindre le réseau exploité par la société S. En février 2012, la tête de réseau leur remet un DIP et, le 27 avril 2012, la société C. (créée par MM.D.) et MM. D. signent un contrat de concession avec la société S. Le point de vente ouvre le 3 août 2012. Un an après, par jugement du 24 septembre 2013, une procédure de redressement est ouverte à l'égard de la société C., convertie en**

**liquidation judiciaire par jugement du 15 octobre 2013.**

*Pour approfondir :*

La société C. et MM. D. considèrent que la société S. aurait contribué, du fait de ses manquements, à la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la société C. Cette dernière, représentée par son liquidateur, ainsi que MM. D., assignent la société S. aux fins d'obtenir, à titre principal, la nullité du contrat de concession et, à titre subsidiaire, la résiliation du contrat, en sollicitant à ce titre la condamnation de la société S. au paiement de différentes sommes. En première instance, les demandeurs sont déboutés de leurs demandes. Ils interjettent appel.

A l'appui de leur demande au titre de la nullité du contrat, les appelants invoquent notamment le fait que : (i) la société S. serait à l'origine d'une erreur portant sur l'emplacement du magasin, (ii) les informations précontractuelles reçues se seraient révélées insuffisantes, inexactes et parcellaires et auraient vicié leur consentement, (iii) les prévisions financières communiquées par la société S. auraient provoqué une erreur sur la rentabilité du projet d'ouverture.

Les juges du fond commencent par rappeler qu'« en application des dispositions des articles 1108 et 1109 anciens du code civil, le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle de la validité d'une convention et il n'y a pas de consentement valable si ce consentement n'a été donné que par erreur ou surpris par dol. L'article 1110 ancien du même code dispose que l'erreur n'est une cause de nullité que si elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet et l'article 1116 ancien précise que le dol est une cause de nullité lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, qu'il ne se présume pas et qu'il doit être prouvé ».

Concernant l'emplacement du magasin et le choix d'un local prétendument disproportionné : les juges du fond relèvent qu'aucun élément ne permet d'établir que la société S. aurait joué un rôle déterminant dans le choix de la ville ou dans la sélection du local finalement retenu et, au contraire, les éléments rapportés mettent en avant le fait que MM. D. auraient été très actifs dans les recherches

d'emplacement et qu'ils auraient eux-mêmes fait le choix du local. Enfin, il n'est aucunement démontré par les appelants que la superficie du local était manifestement disproportionnée à la zone de chalandise.

Concernant les informations précontractuelles : les appelants ne démontrent pas que la présentation de l'état local du marché, bien que succincte, serait mensongère ou trompeuse ; les informations prétendument inexacts n'étant par ailleurs pas précisées. S'agissant de l'état de la concurrence, il n'est également pas démontré ce qui serait inexact. MM. D. pouvaient par ailleurs solliciter des précisions complémentaires pour compléter les informations qu'ils estimaient incomplètes. Enfin, si la présentation du réseau étant incomplète, il n'était pas démontré en quoi les informations manquantes étaient susceptibles d'avoir une influence sur l'appréciation de la rentabilité du projet ou de nature à déterminer la société C. et MM.D. à ne pas s'engager dans le projet.

Concernant les prévisions financières : il n'est pas établi que le prévisionnel aurait été établi par la tête de réseau. Si cette dernière a mis en contact MM. D. avec un cabinet d'expertise comptable, il n'était pas démontré que celui-ci aurait été imposé à MM. D. Il appartenait par ailleurs à ces derniers d'effectuer une étude de marché, ce qu'ils se sont abstenus de faire. Enfin, MM.D. ont validé le prévisionnel établi par le cabinet d'expertise comptable.

Ainsi, les appelants échouent à démontrer en quoi la société S., par réticence dolosive ou en fournissant des informations inexacts ou trompeuses, aurait induit en erreur MM. D. et la société C. sur la rentabilité du projet et vicié leur consentement.

Concernant la demande de résiliation du contrat, les appelants se fondent sur un manquement à l'obligation d'assistance. Les juges du fond indiquent que « si le concédant doit une certaine assistance commerciale et technique au concessionnaire, qui peut être également assortie d'une assistance financière et d'un devoir de conseil, l'obligation d'assistance ne doit pas porter atteinte à l'indépendance juridique du distributeur sous peine de considérer que le concédant est un dirigeant de fait. Ils relèvent ensuite le contrat signé entre les parties ne comportait aucune obligation d'assistance à la charge de la société S. tout au long du contrat, ni de transmission d'un savoir-faire spécifique. Aucune faute ne pouvait donc être reprochée à la société S. en

ce qui concerne l'assistance et la demande de résiliation du contrat a ainsi été rejetée.

**À rapprocher : CA Paris 14 octobre 2021, RG n°17/10801**

---

**Concurrence déloyale - loyauté de la preuve des « clients mystère »**

Cour de cassation, chambre commerciale, 10 novembre 2021, n° de pourvoi 20-14.670

*Ce qu'il faut retenir :*

**Si le recours au « client mystère » en matière de preuve d'acte de concurrence déloyale n'est pas interdit en principe, ce procédé ne doit pas dissimuler une manœuvre déloyale.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, le syndicat des opticiens (ci-après, le Syndicat) a organisé la visite de « clients mystères » auprès de différents magasins d'optique, afin de vérifier l'éventuelle pratique frauduleuse consistant à falsifier les factures en augmentant le prix des verres et en diminuant corrélativement le prix des montures, pour faire prendre en charge par les mutuelles des clients une part plus importante du prix des montures. Se prévalant de témoignages de deux de ces « clientes », le Syndicat a assigné une des sociétés d'optique (ci-après, la « Société »), en cessation des actes de concurrence déloyale et en paiement de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

La Cour d'appel a déclaré irrecevables les deux attestations établies dans le cadre de la visite de clients mystères, de sorte qu'elle a rejeté l'ensemble des demandes du Syndicat. Selon les juges d'appel, le stratagème utilisé par le Syndicat est déloyal au sens de l'article 9 du code de procédure civile et de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. Les hauts magistrats, saisis de la question, ont rejeté le pourvoi formé par le Syndicat aux motifs que les attestations, les ordonnances utilisées pour se faire passer pour des clientes potentielles, ainsi que les devis, factures et feuilles de soins remis à la suite de leur mise en scène avaient été obtenus de manière déloyale et étaient donc irrecevables.

La Cour de cassation a retenu de l'arrêt d'appel que les attestations produites ont été établies par des « clientes mystère » dont l'une, répondant aux questions qui lui ont été posées par un huissier de justice sur sommation interpellative, a indiqué qu'elle avait été mandatée par une société spécialisée « dans le recrutement de ce genre de prestataires », pour effectuer un scénario non réel dont le déroulement lui avait été dicté, qu'une prescription pour une monture de lunettes de vue lui avait été établie pour l'occasion, cependant qu'elle n'avait pas besoin de lunettes et qu'il s'agissait d'une mission rémunérée au taux horaire qui ne s'était pas limitée à l'opticien incriminé.

Cette décision réitère l'interdiction d'avoir recours à un stratagème pour recueillir une preuve (Civ. 2e, 3 juin 2004, n° 02-19.886), comme celle de mettre en œuvre un dispositif d'écoute (Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316). Le respect de la légalité implique que les preuves soient apportées loyalement ; faisant alors obstacle à la recevabilité d'une preuve recueillie par un procédé consistant à provoquer la commission d'une faute civile ou d'une infraction.

**À rapprocher : Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 30 septembre 2020, 19-12.058, Publié au bulletin ; Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mars 2008, 06-40.852, Publié au bulletin**

## SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

### Elections professionnelles : les salariés assimilés au chef d'entreprise sont des électeurs comme les autres

Cons Const, 19 novembre 2021, n° 2021-947

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'exclusion, par la Cour de cassation, des salariés assimilés au chef d'entreprise de la liste des salariés électeurs est anticonstitutionnel.**

*Pour approfondir :*

L'article L2314-18 du code du travail fixe les conditions pour être électeur aux élections professionnelles. Ces conditions sont au nombre de trois : avoir 16 ans, 6 mois d'ancienneté et disposer de ses droits civiques.

L'article 2314-19 du même code fixe les conditions pour être candidat à ces mêmes élections qui sont également au nombre de trois : avoir 18 ans, 1 an d'ancienneté et ne pas être un membre direct ou indirect de la famille du chef d'entreprise.

Suivant la formule consacrée, de jurisprudence constante, la Cour de cassation interprète ces deux articles pour juger qu'un salarié bénéficiant d'une délégation d'autorité, l'assimilant au chef d'entreprise ou le représentant devant les instances représentative, ne peut ni voter ni être électeur.

Elle le jugeait encore en mars 2021, allant jusqu'à assimiler au chef d'entreprise, les salariés qui étaient interlocuteurs de représentants de proximité (Cass, soc, 31 mars 2021, 19-25233).

Les enjeux sont de taille, la reconnaissance de la qualité d'électeur à ces salariés étant susceptible d'aboutir à la création d'un 3ème collège.

C'est dans le cadre de la contestation des élections professionnelles au sein de CARREFOUR qu'a été demandé par la CFE-CGC la transmission de la Question Prioritaire de Constitutionnalité suivante :

« La disposition de l'article L. 2314-18 du code du travail telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour de cassation, en privant certains travailleurs de la qualité d'électeur aux élections professionnelles, et en n'encadrant pas mieux les conditions de cette exclusion et en ne les distinguant pas des conditions pour n'être pas éligibles, ne méconnaît-elle pas le principe de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail à la gestion des entreprises défini au point 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 »

La question, en l'espèce, se posait pour les directeurs de magasins qui se trouvaient, en application de cette jurisprudence, exclus des élections et donc de toute représentation.

Par son interprétation de l'article L 2314-18 du code du travail, la Cour de cassation ajoutait au texte une condition qu'il ne prévoit pas, en l'interprétant au surplus de plus en plus largement.



Néanmoins, la Cour de cassation a accepté de transmettre cette question (Cass. soc. 15 septembre 2021 n° 21-40013).

Le Conseil constitutionnel ne pouvait que censurer cette interprétation.

Au terme de sa décision, il considère manifestement excessive cette interprétation en ce qu'elle prive des salariés du droit fondamental à participer à la détermination des conditions de travail précisant que le seul pouvoir de délégation ou de représentation ne permet pas d'exclure ces salariés de la liste des électeurs.

Mais comme le lui permet l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel reporte au 31 octobre 2022 les effets de sa décision.

Au législateur de réparer cette inconstitutionnalité en réécrivant l'article L2314-18 du code du travail suivant ces indications avant le 31 octobre 2022.

**A rapprocher : Article L2314-18 du code du travail ; Cass. soc. 15 septembre 2021 n° 21-40013 ; Cass, soc, 31 mars 2021, 19-25233**

---

**Le DRH d'une filiale ne peut être mandaté par une autre filiale pour licencier l'un de ses salariés**  
Cass. Soc., 20 octobre 2021, n°20-11.485

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour de cassation rappelle qu'il est interdit de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à l'entretien préalable de licenciement et notifier celui-ci. Elle en déduit qu'en principe, le DRH d'une filiale d'un groupe ne peut être mandaté par l'employeur d'une autre filiale pour licencier l'un de ses salariés. Le licenciement ainsi notifié est alors dépourvu de cause réelle et sérieuse.**

*Pour approfondir :*

Selon une jurisprudence établie que rappelle la Cour de cassation aux termes du présent arrêt, il est interdit de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder au licenciement d'un salarié (Cass. Soc., 26 mars 2002, n°99-43.155).

Ce principe a fait l'objet de précisions au sein des groupes de sociétés : la Haute juridiction considère ainsi que le DRH d'une société mère n'est pas une personne étrangère à ses filiales et peut être mandaté pour licencier un salarié de celles-ci (Cass. soc. 23-9-2009 n° 07-44.200).

D'autres décisions sont venues valider, sur le même fondement, le licenciement d'un salarié d'une filiale par le DG d'une société mère (Cass. soc. 13-6-2018 n° 16-23.701) ou encore par l'adjoint du DAF de la holding du groupe (Cass. Soc. 12-7-2016 n° 14-22.386).

Le 20 octobre dernier, la Cour de cassation a, en revanche, considéré que le DRH d'une filiale ne pouvait être mandaté pour licencier le DG d'une autre filiale du même groupe.

Dans cette affaire, le Président d'une filiale avait donné mandat à la DRH d'une autre filiale, pour licencier le DG qu'il avait embauché au sein de sa filiale.

Le salarié avait contesté son licenciement au motif que la DRH signataire de la lettre, exerçait ses fonctions au sein d'une autre filiale et était donc une personne étrangère à l'entreprise, ne pouvant recevoir mandat à ce titre.

La Cour d'appel lui a donné gain de cause, à l'instar de la Cour régulatrice considérant que :

« La finalité même de l'entretien préalable et les règles relatives à la notification du licenciement interdisent à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement. »

La Cour de cassation a ajouté qu'ayant relevé qu'il n'était pas démontré que « la gestion des ressources humaines » de la société du DG « relevait des fonctions de la directrice des ressources humaines », ni que cette dernière « exerçait un pouvoir sur la direction » de la société du DG, « la Cour d'appel en a exactement déduit, (...), que la lettre de licenciement avait été signée par une personne étrangère à l'entreprise qui ne pouvait recevoir délégation de pouvoir pour procéder au licenciement. »

Il est donc possible de nuancer la portée de l'arrêt et de retenir que l'employeur d'une filiale ne peut, en principe, donner mandat au DRH d'une autre filiale, pour notifier le licenciement de l'un de ses salariés.

Le DRH d'une autre filiale est ainsi considéré comme une personne étrangère à la société, ne pouvant recevoir mandat pour licencier, cette décision étant toutefois rendue dans un contexte où la Cour a relevé que, d'une part, la gestion des ressources humaines de cette société ne relevait pas des fonctions de la DRH et que, d'autre part, cette dernière n'exerçait pas de pouvoir de direction sur l'autre filiale. Il est donc possible d'envisager que la solution rendue aurait pu être différente si ces deux conditions avaient été réunies.

Précisons enfin que selon une jurisprudence bien établie, le licenciement prononcé par une personne ne disposant pas du pouvoir à ce titre, est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 30-9-2010 n° 09-40.114).

**À rapprocher : L.1232-6 du Code du travail ; Cass. Soc., 26 mars 2002, n°99-43.155 ; Cass. soc. 15-12-2011 n° 10-21.926**

## IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

### **Irrégularité de la clause d'indexation dont les effets sont limités à la hausse : précisions sur le régime de la sanction**

Extrait de l'article « actualité de la clause d'indexation », publié in Annales des Loyers n° 11 de novembre 2021

*Ce qu'il faut retenir :*

**La clause d'indexation qui exclut toute réciprocité de la variation, en prévoyant que l'indexation ne s'effectuerait que dans l'hypothèse d'une variation à la hausse de l'indice, a pour effet de faire échec au mécanisme de révision légale prévu par l'article L. 145-39 du Code de commerce et doit être réputée non écrite, l'action intentée à cette fin n'étant enfermée dans aucun délai de prescription (Cass. 3e civ., 30 juin 2021, n° 19-23.038, B+C).**

*Pour approfondir :*

### **L'irrégularité de la clause d'indexation aux effets limités à la hausse**

Dans un arrêt du 14 janvier 2021, la Cour de cassation a jugé irrégulière les clauses qui limitent les effets de la clause d'indexation à des variations à la hausse car le propre d'une clause d'échelle mobile est « de faire varier à la hausse et à la baisse », soit une « réciprocité de la variation ». Le fondement de la solution est d'origine jurisprudentielle.

Elle y précise également qu'est « nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation », tout en retenant que « la cour d'appel [...] a pu en déduire que la clause devait être, en son entier, réputée non écrite ».

La question s'est donc posée de savoir si la sanction applicable était le réputé non écrit ou la nullité, les conséquences résidant essentiellement dans la prescription : l'action tendant à voir une clause réputée non écrite n'est pas soumise à un délai, tandis que la seconde est soumise à la prescription de droit commune de cinq ans.

Dans l'arrêt du 30 juin 2021, la Cour de cassation a tranché pour le réputé non écrit, non en raison du fait qu'une telle clause entraînerait une distorsion prohibée, mais en raison de sa contrariété avec les dispositions de l'article L. 145-39 du Code de commerce : « la neutralisation des années de baisse de l'indice de référence a mathématiquement pour effet de modifier le délai d'atteinte du seuil de variation du quart, conditionnant la révision du loyer, tel qu'il résulterait de l'évolution réelle de l'indice [...] Il s'ensuit que cette stipulation, qui a pour effet de faire échec au mécanisme de révision légale prévu par l'article L. 145-39 du Code de commerce, doit être réputée non écrite ».

L'article L. 145-39 du Code de commerce dispose que « en outre, et par dérogation à l'article L. 145-38, si le bail est assorti d'une clause d'échelle mobile, la révision peut être demandée chaque fois que, par le jeu de cette clause, le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou par décision judiciaire [...] ».

S'il vise, en conséquence, aussi bien l'augmentation que la diminution du loyer, il n'a toutefois pas pour objet principal de régler les clauses d'indexation.

### L'imprescriptibilité du réputé non écrit

L'action tendant à voir réputer une clause non écrite n'est, en principe, pas susceptible d'être affectée par un délai de prescription.

La Cour de cassation l'a confirmé à propos des dispositions de l'article L. 145-15 du Code de commerce, étant rappelé que la loi du 18 juin 2014 dite « Pinel » a substitué à la nullité des clauses ayant pour effet de faire échec aux dispositions des articles L. 145-37 à L. 145-41 du Code de commerce, leur caractère réputé non écrit.

Dans cette même décision, la Haute cour a aussi précisé que cette nouvelle sanction est applicable aux baux en cours lors de l'entrée en vigueur de la « loi Pinel ».

Dès lors que la clause d'indexation dont les effets sont limités à la hausse doit être réputée non écrite en raison de sa contrariété avec les dispositions de l'article L. 145-39 du Code de commerce, visé par l'article L. 145-15 du Code de commerce, l'action tendant à voir réputer une telle clause non écrite n'est pas susceptible de prescription.

Le locataire qui a indument réglé des sommes sur la base d'une clause d'indexation réputée non écrite peut en agir en restitution de ces sommes, cette action étant soumise à la prescription quinquennale de droit commun.

La question se pose aussi de savoir si la prescription affecte uniquement l'action en restitution ou bien également le mode de calcul.

En matière de bail d'habitation, dans une espèce dans laquelle le bail ne comportait pas de clause d'indexation, la Cour de cassation a jugé que la différence devait se calculer non en soustrayant aux sommes appelées et réglées, les montants dus en application du loyer initial, mais les montants dus selon le loyer indexé à son niveau cinq ans auparavant. La solution ne devrait pas pouvoir être transposée à l'hypothèse dans laquelle la clause, bien qu'initialement existante, est réputée non écrite. En outre, l'article 2224 du Code civil, au visa duquel la décision a été rendue, vise la prescription de l'action et il peut apparaître difficile de l'étendre aux modalités de calcul du montant du loyer.

### L'étendue du réputé non écrit

La Cour de cassation a précisé, dans des hypothèses particulière de distorsion lors de la première indexation seulement, qu'en vertu de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, « est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, tel que le bail commercial, prévoyant la prise en compte, dans l'entier déroulement du contrat, d'une période de variation indiciaire supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision » et que « seule la stipulation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite ».

S'agissant de la clause d'indexation dont les effets étaient limités à la hausse, elle avait initialement approuvé la cour d'appel d'avoir déduit que la clause d'indexation devait être réputée non écrite en son entier, dès lors qu'elle avait apprécié, « souverainement », le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer à la soumission du loyer à l'indexation.

Dans sa décision du 11 mars 2021, en revanche, les stipulations de la clause prévoyant l'indication d'un loyer plancher, jugées contraires aux dispositions de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, ont, seules, été éradiquées car jugées dissociables, la Cour de cassation précisant à nouveau que « l'appréciation du caractère essentiel et déterminant d'une clause du contrat relève de l'appréciation souveraine du juge du fond ».

Dans l'arrêt postérieur du 30 juin 2021, la Cour de cassation consacre le principe selon lequel « seule la stipulation prohibée doit être réputée non écrite », à propos d'une clause d'indexation excluant la réciprocité.

Elle réserve cependant l'hypothèse de la clause indivisible au sens des dispositions de l'ancien article 1217 du Code civil, indivisibilité qui doit être caractérisée par les juges du fond pour pouvoir réputer la clause d'indexation non écrite en son entier.

**À rapprocher : Cass. 3e civ., 14 janv. 2016, n° 14-24.681 ; Cass. 3e civ., 15 févr. 2018, n° 17-40.069 ; C. civ., art. 2224 ; Cass. 3e civ., 30 juin 2021, n° 19-23.038 ; Cass. 3e civ., 19 nov. 2020, n° 19-20.405 ; Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 ; Cass. 3e civ., 12 juin 1979, n° 78-10.580 ; Cass. 3e civ., 14 sept. 2017, n° 16-20.048 ; Cass. 3e civ., 6 juill. 2017, n° 16-16.426 ; Cass. 3e civ., 29 nov. 2018, n° 17-23.058 ; Cass. 3e civ., 6**

févr. 2020, n° 18-24.599 ; Cass. 3e civ., 11 mars 2021, n° 20-12.345

## PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

### Consécration de la nouvelle autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)

Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique

*Ce qu'il faut retenir :*

**La loi relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique a été publiée au Journal Officiel le 26 octobre 2021 à la suite de sa validation en quasi-totalité par le Conseil constitutionnel. Cette loi consacre notamment la naissance au 1er janvier 2022 d'une nouvelle autorité de régulation, fruit de la fusion entre le CSA et la HADOPI.**

*Pour approfondir :*

Porteuse d'un projet de modernisation de la protection des œuvres à l'ère du numérique et de ses nouveaux usages, la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 consacre la naissance d'une nouvelle autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique : l'ARCOM.

Cette nouvelle autorité a vocation à faire fusionner le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) et la HADOPI (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet) et à porter la nouvelle politique publique en matière de régulation audiovisuelle et numérique.

Dans ce contexte, l'ARCOM disposera de compétences élargies ne se résumant pas seulement à une « juxtaposition » des compétences des deux autorités précitées. La nouvelle autorité sera en effet investie :

- d'une mission de protection des œuvres et des objets auxquels sont rattachés un droit d'auteur, un droit voisin ou un droit d'exploitation audiovisuelle

(concernant les compétitions ou manifestations sportives) à l'égard des atteintes à ces droits sur les services de communications au public en ligne ;

- d'une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite desdits œuvres et objets ;

- d'une mission de sensibilisation et de prévention de tous les publics, dont les publics scolaires et universitaires ;

- d'une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés.

Outre ces diverses prérogatives, l'autorité pourra par le biais de ses agents mener des opérations de contrôles, d'enquêtes, ou encore de conciliation. Par ailleurs, la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 offre à l'ARCOM plusieurs outils de lutte contre le piratage en ligne et notamment contre le streaming illégal.

L'ARCOM sera en effet en mesure de mettre en place une liste « noire » sur laquelle seront inscrits les noms des services de communication au public en ligne ayant commis des manquements graves et répétés aux droits d'auteur et aux droits voisins et de leurs agissements. Cette liste pourra être rendue publique par l'ARCOM.

Par ailleurs, afin de lutter contre le phénomène de répétition des infractions et plus précisément de multiplication des sites miroirs, l'ARCOM, saisie par un titulaire de droits, pourra agir pour empêcher l'accès à certains services de communication en ligne. L'ARCOM pourra ainsi s'adresser à tout exploitant de moteur de recherche, annuaire ou autre service de référencement de faire cesser le référencement des adresses donnant accès à des services de communication en ligne reprenant en totalité ou de manière substantielle le contenu de service ayant fait l'objet d'une condamnation judiciaire.

Il est à souligner que la loi commentée prévoit également un mécanisme de procédure accélérée au fond ou de référé en matière de piratage sportif pour répondre à l'urgence tenant aux retransmissions illicites en direct de manifestations et compétitions sportives.

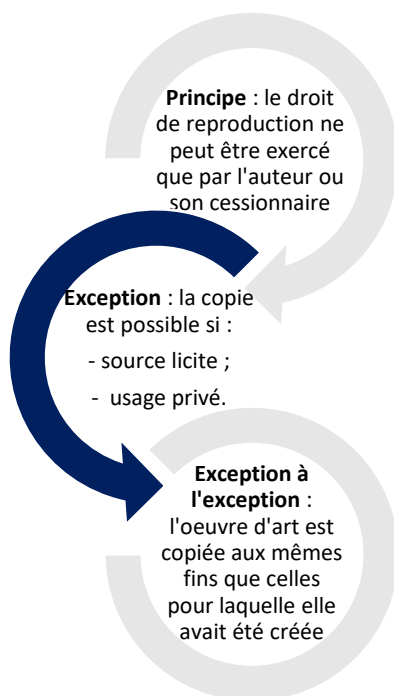
Ainsi, cette nouvelle autorité de régulation, succédant à la HADOPI et au CSA, disposera de pouvoirs élargis pour protéger les contenus en ligne à l'ère du numérique et adapter la lutte contre le piratage aux nouveaux usages.

**À rapprocher : Tribunal judiciaire de Marseille, jugement du 23 Septembre 2021**

**Tatouage et droits d'auteurs**  
Articles L122-1, L122-3 et L122-5 du Code de propriété intellectuelle

*Ce qu'il faut retenir :*

**La reproduction sous forme de tatouage d'un dessin couvert par le droit d'auteur sans autorisation du titulaire des droits peut résulter en un délit de contrefaçon.**



*Pour approfondir :*

Un débat a récemment agité Twitter à la suite de la publication par un illustrateur d'une copie-écran de messages privés échangés avec l'un de ses fans qui, en hommage à son travail, s'est fait tatouer l'un de ses dessins. L'artiste a alors tenu à rappeler son droit

d'auteur mais également à préciser l'existence d'un partenariat avec un artiste-tatoueur, seule habilité à reproduire ses dessins sous cette forme.

Le dessin, quel que soit l'objectif de son auteur, est protégé par le droit d'auteur.

Alors qu'en est-il lorsqu'une personne décide d'utiliser un dessin protégé par le droit d'auteur aux fins de se le faire tatouer par un professionnel non habilité par l'auteur ?

S'il est courant de voir des tatouages représentant des œuvres protégées, cela ne signifie pas que c'est nécessairement légal.

L'article L122-1 du CPI dispose en effet que « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction. ». La reproduction consiste, selon l'article L122-3, à « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. ». L'alinéa suivant donne une liste mais qui n'est pas limitative, de sorte que le tatouage peut entrer dans le champ de cet article, celui-ci se révélant par nature au public (sauf réalisé sur une partie du corps peu visible).

La reproduction par une personne non autorisée par l'auteur est constitutive d'un délit de contrefaçon tel qu'il est décrit à l'article L335-2 du CPI.

Ainsi, seul l'auteur, ou une personne à qui il a cédé ce droit, a, semble-t-il, la possibilité de tatouer son œuvre.

Il existe cependant à ce principe des exceptions, et notamment l'exception pour copie privée que l'on retrouve à l'article L122-5 du CPI et qui consiste à permettre à une personne de reproduire une œuvre à partir d'une source licite et strictement réservée à l'usage du copiste.

Par exception à l'exception, une œuvre d'art, telle qu'un dessin, ne peut être utilisée pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée.

Ainsi, pour l'espèce présentée, il est délicat de se prononcer.

Tout d'abord s'agissant de la personne tatouée, on peut considérer que son tatouage est une reproduction entrant dans le champ de l'article L122-5 relatif à la copie privée dès lors que pour autant que nous le sachions elle a utilisé l'une des œuvres



divulguées par l'auteur, ceci-étant un tatouage peut être « exposé » au public en ce qu'il peut se situer sur une partie visible du corps.

En outre, cette personne n'est pas le copiste, elle ne s'est pas tatouée elle-même, et on a peine à imaginer qu'elle puisse le faire, de sorte que l'exception pour copie privée semble difficilement applicable. Déjà ces points posent difficulté.

En sus, dans ce cas particulier, l'auteur a semble-t-il prévu que ses dessins puissent être utilisés comme modèles pour des tatouages, de sorte qu'on pourrait imaginer qu'en tout état de cause s'applique l'exception posée par l'article L122-5 précité à la possibilité de réaliser une copie privée, et alors être en présence d'un acte de contrefaçon.

Cette question est également importante du point de vue du tatoueur, qui n'était pas nécessairement informé de l'origine du dessin. Lui aussi artiste, qualité qui est largement reconnue à cette profession aujourd'hui, il a agi en l'espèce comme simple exécutant, de sorte qu'il devient potentiel auteur d'une contrefaçon sans même le savoir. A noter par ailleurs que s'agissant d'un acte accompli à titre onéreux, il ne pourrait quoi qu'il en soit être concerné par l'exception pour copie privée. Cette question est d'autant plus importante ici que l'auteur prévoit que ses dessins peuvent être tatoués par un tatoueur désigné par lui.

Ainsi, l'auteur a soulevé, peut-être sans le savoir, de nombreuses questions relatives à la propriété intellectuelle qui ne manquent pas d'intérêt.

**À rapprocher : • Articles L122-1, L122-3 et L122-5 du Code de propriété intellectuelle ; Article L335-2 du même Code ; « Le tatouage en propriété intellectuelle », Village de la justice.**

## PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

### Recours à l'encontre de l'ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer : Pas de référé rétractation

Cass. Civ. 2ème, 4 novembre 2021, n°19-22.832

*Ce qu'il faut retenir :*

**Une fois revêtue de la formule exécutoire, l'ordonnance, qui produit tous les effets d'un jugement contradictoire en dernier ressort, n'est pas susceptible de rétractation, mais peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation pour contester la régularité de la délivrance de la formule exécutoire.**

**L'ordonnance portant injonction de délivrer ou de restituer ne peut donner lieu à référé à fin de rétractation ; dès lors, la cour d'appel doit relever d'office cette fin de non-recevoir présentant un caractère d'ordre public.**

*Pour approfondir :*

Par ordonnance du 18 avril 2018, assortie de l'exécution provisoire, un juge de l'exécution a, sur requête ordonné à une société de procéder à la délivrance et la livraison immédiate de divers équipements mobiliers, à première présentation par huissier de justice de ladite ordonnance au lieu où sont stockés les biens, lui ordonnant également de procéder au chargement des biens sur les camions affrétés par les requérants.

L'ordonnance a été signifiée le 20 avril 2018 à la société et exécutée.

Le jour même, après avoir été autorisée par ordonnance, la société visée par la mesure a assigné la société requérante devant un juge de l'exécution, statuant comme en référé, aux fins d'obtenir, à titre principal, la rétractation de l'ordonnance du 18 avril 2018 et son rejet et, à défaut, de voir dire que la requérante devra conserver, sous astreinte, les biens enlevés sans les installer.

Par ordonnance du 25 avril 2018, le juge de l'exécution a débouté la société de ces demandes. Cette dernière a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance de référé et ordonné la rétractation de l'ordonnance en date du 18 avril 2018.

La société ayant initialement sollicité la mesure a formé un pourvoi en cassation, en soutenant que le référé-rétractation n'était pas un recours ouvert

contre l'ordonnance portant injonction de délivrance d'un bien meuble, laquelle ne constituait pas une ordonnance provisoire sur requête, de sorte que la Cour d'appel aurait dû relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'absence d'ouverture de la voie de recours exercée en application des articles 125, 561 du code de procédure civile et R. 222-15 du code des procédures civiles d'exécution.

Au visa de ces articles, la Cour de cassation précise qu'il résulte de la combinaison de ces textes qu'une fois revêtue de la formule exécutoire, l'ordonnance, qui produit tous les effets d'un jugement contradictoire en dernier ressort, n'est pas susceptible de rétractation mais peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation pour contester la régularité de la délivrance de la formule exécutoire.

En conséquence, l'ordonnance portant injonction de délivrer ou de restituer ne peut donner lieu à référé à fin de rétractation. Dans le cas présent, la cour d'appel, qui aurait dû relever d'office cette fin de non-recevoir présentant un caractère d'ordre public, a violé les textes susvisés.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la Cour de cassation, statuant sur le fond, déclare irrecevables les demandes tendant à la rétractation de l'ordonnance précitée.

**A rapprocher : Article 125, 561 du code de procédure civile ; Article R. 222-15 du code des procédures civiles d'exécution**

---

**Référé probatoire : Pas d'obligation de démontrer le bien-fondé de l'action motivant la demande**  
Cass. Civ. 2ème, 4 novembre 2021, n°21.14.023

*Ce qu'il faut retenir :*

**Dans le cadre de mesures d'instruction in futurum, l'article 145 du Code de procédure civile n'exige pas que le demandeur ait à établir le bien-fondé de l'action en vue de laquelle la mesure d'instruction est sollicitée.**

*Pour approfondir :*

Une société se plaignant de la poursuite par une société de la production et de la fabrication de divers

biens, en contradiction avec un protocole d'accord signé entre elles, a saisi le président d'un tribunal de commerce de deux requêtes à fin de désignation d'un huissier de justice pour effectuer diverses mesures sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

La requête a été accueillie et les mesures d'instruction ont été diligentées.

Par ordonnance du 9 janvier 2020, dont la société visée par la mesure d'instruction a interjeté appel, le président d'un tribunal de commerce l'a déboutée de sa demande de rétractation des ordonnances sur requête. La Cour d'appel a rétracté les deux ordonnances et, en conséquence, annuler les opérations de constat, ordonner la restitution des documents et copies séquestrées par l'huissier de justice ainsi que de ses constats.

La société ayant sollicité la mesure a formé un pourvoi en cassation, en reprochant à la Cour d'appel d'avoir ainsi statué, alors que pour justifier d'un motif légitime à conserver ou établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution du litige, le demandeur n'a pas à établir le bien-fondé de l'action en vue de laquelle la mesure d'instruction est sollicitée. En l'espèce, en relevant que les pièces sollicitées ne permettraient pas de trancher le point de savoir si les biens visés par la mesure entraient dans le champ contractuel, sans caractériser en quoi les éléments figurant au dossier ne seraient pas de nature à rendre, à tout le moins, plausible ou crédible ce fait, la demanderesse au pourvoi faisait valoir que la Cour d'appel avait privé sa décision de base légale au regard de l'article 145 du code de procédure civile.

La Cour de cassation rappelle qu'aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. Cependant, cet article n'exige pas que le demandeur ait à établir le bien-fondé de l'action en vue de laquelle la mesure d'instruction est sollicitée.

La Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel, casse et annule la décision rendue, et rappelle ainsi qu'il n'y a pas lieu de rajouter des conditions d'application au texte que la loi ne prévoit pas.

**A rapprocher : Article 145 du code de procédure civile**

**DROIT INTERNATIONAL**

**Contrôle des investissements étrangers :  
Prorogation jusqu'au 31/12/2022 des mesures  
d'adaptation**

*Ce qu'il faut retenir :*

Dans le cadre du contrôle des investissements étrangers en France, le Ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance a décidé de prolonger une nouvelle fois la mesure d'abaissement du seuil jusqu'au 31 décembre 2022 (au lieu du 31 décembre 2020 puis que 31 décembre 2021).

Bruno Le Maire et Franck Riester ont rappelé dans un communiqué de presse le 29 novembre 2021 que les deux mesures de renforcement du mécanisme de contrôle des investissements étrangers en France prises en avril 2020 ont montré leur efficacité pour protéger les intérêts nationaux pendant la crise sanitaire, tout en préservant l'ouverture du marché français aux investisseurs étrangers.

Le contexte sanitaire et économique actuel ne permet cependant pas d'écarter les risques pour la sécurité nationale liés à des prises de participation minoritaires opportunistes dans les entreprises françaises cotées. La mesure temporaire d'abaissement du seuil de détention des droits de vote de ces entreprises déclenchant le contrôle des investissements étrangers devrait donc être prolongée jusqu'au 31 décembre 2022. Cette prorogation s'appliquerait donc à partir du 1er janvier 2022, avec des modalités d'application inchangées.

*Pour mémoire :*

Le contexte de crise sanitaire liée au COVID avait conduit le Ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance, à renforcer, en avril et juillet 2020, la procédure de contrôle des investissements étrangers en France.

Ce renforcement s'est articulé autour de deux axes :

1. L'inclusion pérenne des biotechnologies dans la liste des technologies critiques couvertes par le contrôle IEF (entre 2020 et 2021, les contrôles des investissements étrangers dans les biotechnologies ont presque doublé) ,
2. L'abaissement temporaire à 10% du seuil de détention déclenchant le contrôle de certaines opérations étrangères, tenant à des sociétés cotées afin de protéger les sociétés françaises cotées de prises de participations opportunistes non européennes pouvant présenter des menaces pour la sécurité nationale. Depuis juillet 2020, la mesure d'abaissement du seuil de contrôle des investissements étrangers dans des sociétés françaises cotées, de 25 % à 10 % des droits de vote, a renforcé la vigilance de l'Etat sur ces sociétés et a assuré la protection de nos intérêts nationaux tout au long de la crise sanitaire. Le contexte sanitaire et économique actuel ne permettant pas d'écarter les risques sur ces entreprises françaises cotées, Bruno Le Maire, ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance, et Franck Riester, ministre délégué auprès du ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, chargé du Commerce extérieur et de l'Attractivité, ont demandé que cette mesure d'abaissement du seuil, qui devait prendre fin au 31 décembre 2021, **soit maintenue jusqu'au 31 décembre 2022.**

Le décret prorogeant cette mesure va être étudié par le Conseil d'Etat dans les prochains jours, et s'appliquera dès le 1er janvier 2022, assurant ainsi la continuité de cette mesure de crise.

*Pour approfondir :*

Les modalités de la mesure d'abaissement du seuil déclenchant le contrôle resteront inchangées :

- Elle ne concerne pas les investisseurs européens;
- Elle ne porte que sur les investissements réalisés au sein des sociétés cotées ;
- Elle est temporaire et prendra fin au 31 décembre **2022** (et non plus 2021) ;
- Elle s'exerce selon une procédure accélérée : l'investisseur franchissant le seuil de 10% le notifie à la direction générale du Trésor. Le ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance dispose alors de 10 jours pour décider si l'opération doit être soumise à un examen plus approfondi, sur la base d'une demande d'autorisation complète, qui peut conduire à refuser qu'un investisseur étranger non

européen détienne plus de 10% des droits de vote d'une entreprise française sensible.

Le renforcement du dispositif de contrôle des investissements étrangers en France depuis le début de la crise sanitaire ne remet pas en cause l'ouverture de la France à l'accueil des investissements étrangers et son attractivité croissante pour les investisseurs ces dernières années. Il en constitue au contraire le complément indispensable pour assurer la protection de la sécurité et de l'ordre public lorsque les cibles d'investissement le nécessitent.

En pleine cohérence avec le règlement européen de filtrage des investissements directs étrangers entré en vigueur en octobre 2020, le dispositif de contrôle des investissements étrangers participe également à la préservation des intérêts européens.

La France appelle l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne à se doter d'un mécanisme analogue afin de protéger plus efficacement l'ensemble de l'UE lorsque des investissements étrangers présentent des risques pour la sécurité et l'ordre public.

**A rapprocher : Communiqué de presse du 29-11-2021 ; Communiqué de presse du 18-12-20 ; Avril 2020 ; Arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France ; Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France ; Arrêté du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France ; Le contrôle des investissements étrangers en France avait fait l'objet de précédentes publications en Mai 2020 ; Puis en janvier 2021.**

---