

La Lettre du Cabinet

N°03/2011

Editorial

Notre libre propos de ce mois est consacré au commentaire de l'arrêt se prononçant sur les conditions de validité de la clause de non concurrence insérée dans un pacte d'actionnaires.

En droit des entreprises en difficulté, l'actualité est marquée par l'arrêt Cœur-Défense, très attendu par les spécialistes de la matière.

La partie dédiée au droit de la distribution et de la concurrence revient sur la décision d'une cour d'appel qui, statuant en référé, a indemnisé le concédant en faisant jouer la clause pénale prévue au contrat suite à la poursuite de l'usage des signes distinctifs par l'ancien concessionnaire. Sont également commentées les décisions relatives à l'application du régime des gérants de succursales et aux conséquences de l'omission d'une information relative aux investissements de départ.

En droit social, sont commentées trois décisions portant sur l'impossibilité de régulariser un licenciement verbal, la possibilité de licencier par le délégataire de pouvoir et la cause du licenciement.

Notre rubrique dédiée à la procédure civile est pour l'essentiel consacrée aux dispositions de la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques réglementées, introduisant en droit français l'acte contresigné par avocat.

Sommaire

Libre propos	2
Corporate et Droit des sociétés	4
Droit fiscal	5
Entreprises en difficulté	6
Contrats civils et commerciaux	7
Concurrence et Distribution	8
Social et Ressources humaines	9
Immobilier	10
Propriété intellectuelle	11
Droit de la santé	12
Personnes et Patrimoine	13
Procédure civile et voies d'exécution	14
Actualité du Cabinet	15

D'autres décisions commentées dans les pages qui suivent ont également été rendues notamment en droit fiscal, droit des personnes et patrimoine, droit immobilier, droit de la santé, contrats civils et commerciaux et propriété intellectuelle.

Bonne lecture.

Jean-Charles Simon
Avocat associé

François-Luc Simon
Avocat associé

Simon Associés est partenaire de **lextenso.fr**

LIBRE PROPOS

Conditions de validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'actionnaires

(Cass. com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-13.824)

Les clauses de non-concurrence continuent d'alimenter un contentieux abondant ainsi qu'en témoigne ce nouvel arrêt rendu par la Cour de cassation.

Ces clauses, aux termes desquelles l'une des parties à un contrat s'engage à ne pas exercer d'activité de nature à faire concurrence à l'autre, pendant la durée des relations contractuelles et/ou après leur expiration, sont fréquentes dans les contrats de travail et dans certains contrats commerciaux (cessions de fonds de commerce ou de parts sociales, contrats de société ou pactes extrastatutaires, contrats de distribution, etc.).

Or, si ces clauses sont licites, elles sont strictement encadrées et, on le sait, les conditions d'appréciation de leur validité sont plus restrictives en droit social qu'en droit commercial.

En effet, lorsqu'il s'agit d'une clause prévue dans un contrat de travail, la chambre sociale de la Cour de cassation exige, pour sa validité, qu'elle soit indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, qu'elle tienne compte des spécificités de l'emploi du salarié, qu'elle soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'une contrepartie financière soit prévue, cette dernière condition ayant été posée par trois arrêts rendus le 10 juillet 2002.

Pour la chambre commerciale, il suffit en revanche que la clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du créancier au regard de l'objet du contrat. Elle n'impose pas de contrepartie financière (Cass. com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.650).

L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 15 mars 2011 constitue donc une innovation majeure puisqu'il soumet les clauses de non-concurrence insérées dans un pacte extrastatutaire au régime de celles stipulées dans un contrat de travail, dans l'hypothèse où l'actionnaire, débiteur de la clause de non-concurrence, est également salarié de la société **(1)**. Il en résulte que la clause est nulle si elle est dépourvue de contrepartie financière et l'arrêt est également intéressant sur ce point puisqu'il apporte des précisions sur la forme que peut revêtir la contrepartie **(2)**.

1/ L'exigence d'une contrepartie financière

En l'espèce, le salarié d'une société spécialisée dans l'organisation des transports internationaux à Marseille et exerçant la fonction de « chef de groupe – responsable commercial et d'exploitation maritime export » s'était vu attribuer 40 actions en contrepartie de la somme symbolique d'un euro. Le pacte d'actionnaires comportait une clause de non-concurrence lui interdisant de participer ou de s'intéresser directement ou indirectement, à quelque titre que ce soit, à des activités de même nature que celles exploitées et développées par la société, étant précisé que cette interdiction s'appliquait également pour une durée de trois années après l'expiration du pacte (par suite de la démission des fonctions salariées). Le nouvel actionnaire s'engageait en outre, spécifiquement pour cette seconde période, à ne pas démarcher activement les clients de la société.

Un an et demi après la signature dudit pacte, le salarié avait démissionné pour entrer aussitôt au service d'une société exerçant une activité concurrente à Marseille. La société l'avait assigné aux fins d'obtenir la réparation de son préjudice résultant de la violation de la clause de non-concurrence. Déboutée en première instance, le Tribunal de grande instance de Marseille ayant déclaré nulle la clause de non-concurrence, elle obtint gain de cause devant la cour d'appel qui, au contraire, l'avait jugée valable aux motifs qu'elle comportait une limitation dans le temps, que sa validité n'était pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie pécuniaire et qu'elle était nécessaire à la protection des intérêts du créancier qui avait de nombreux clients dans la région marseillaise.

L'arrêt est sèchement cassé par la Cour de cassation qui énonce que « lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui, n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

Les juges du fond sont également censurés pour ne pas avoir recherché si la clause était limitée géographiquement.

Ce faisant, la chambre commerciale de la Cour de cassation applique aux clauses de non-concurrence prévues dans un pacte d'actionnaires les conditions exigées pour la validité des clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail. La solution, telle qu'énoncée, n'a cependant pas vocation à s'appliquer à tout actionnaire ou associé. En effet, en l'espèce, c'est bien la qualité de salarié de l'actionnaire qui a conduit la chambre commerciale à transposer la jurisprudence de la chambre sociale. Pour autant, la position prise par la Cour de cassation n'allait pas de soi : l'actionnaire était certes salarié de la société mais la clause était stipulée, non pas dans son contrat de travail, mais dans un pacte extrastatutaire conclu en raison de sa qualité d'actionnaire et non de salarié.

Une telle solution invite par ailleurs à s'interroger sur le régime qui sera retenu dans l'hypothèse où le salarié est mandataire social, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La chambre commerciale fera-t-elle prévaloir le régime applicable aux salariés ? La question reste ouverte.

La portée de l'arrêt et ses conséquences ne doivent pas être minorées.

En raison de l'effet rétroactif attaché aux décisions rendues par la Cour de cassation, la règle énoncée a pour conséquence d'invalider toutes les clauses de non-concurrence signées à ce jour par un associé salarié et qui seraient dépourvues de contrepartie financière. Ce dernier pourra également obtenir des dommages et intérêts.

Sur cette question, on ignore si la chambre commerciale s'alignera sur la jurisprudence de la chambre sociale particulièrement favorable au salarié puisqu'elle juge que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle lui cause nécessairement un préjudice (*cf. pour une application récente : Cass. soc., 12 janvier 2011, pourvoi n°08-45.820*).

Il convient néanmoins de rappeler que la nullité de la clause de non-concurrence, due à l'absence de contrepartie financière, ne fait pas obstacle à l'action en concurrence déloyale engagée par l'employeur contre son ancien salarié dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard (*Cass. soc., 3 novembre 2010, pourvoi n°09-42.572*).

2/ La notion de contrepartie financière

La Cour de cassation apporte une précision importante sur la forme que peut prendre la contrepartie financière exigée. Tout en indiquant que la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'actionnaires n'est pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière, la cour d'appel avait ajouté : « *au demeurant, le droit d'entrée [de l'actionnaire] dans le capital social [de la société] a été symbolique (1 euro) et constituerait la contrepartie financière* ».

L'arrêt est également cassé sur ce point mais la Haute juridiction se fonde sur les termes du pacte d'actionnaires qui, en l'espèce, précisaient expressément que l'attribution des actions était réalisée en contrepartie des « *bons et loyaux services* » du salarié, de son « *implication personnelle* » et de l'activité déployée par lui, dans l'activité et le développement de la société.

Cette motivation laisse à penser que le prix symbolique de la cession peut valablement constituer la contrepartie financière dès lors que les parties se sont expressément prononcées en ce sens. Si cette analyse était confirmée, la chambre commerciale se démarquerait donc de la chambre sociale.

D'une manière plus générale, la question qui se pose concernant la contrepartie financière est celle de savoir si la chambre commerciale, qui exige désormais cette condition, s'alignera sur la jurisprudence de la chambre sociale. Cette dernière décide notamment que la contrepartie financière a la nature juridique d'une indemnité compensatrice de salaire ouvrant droit à l'indemnité de congés payés, que son paiement ne peut intervenir avant la rupture du contrat de travail (*Cass. soc., 7 mars 2007, pourvoi n°05-45.511*) et que son montant ne peut être dérisoire (*Cass. soc., 15 novembre 2006, Bull. civ. V, n°341*). Qu'en sera-t-il pour la clause de non-concurrence d'un associé salarié insérée dans un pacte d'actionnaires ? Les solutions dégagées en matière sociale seront-elles purement et simplement transposées ?

On le voit, l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, outre son impact pratique non négligeable, suscite bon nombre d'interrogations.

Sonia VECCHIONE

Avocat à la Cour

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

Dissolution : la mésestente entre associés doit paralyser le fonctionnement de la société

(Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, pourvoi n° 10-15.459)

Une société peut prendre fin par dissolution anticipée pour mésestente entre associés (art. 1844-7, 5° du c. civ.). Encore faut-il que cette mésestente paralyse le fonctionnement de la société. C'est ce que rappelle l'arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation.

Deux concubins constituent une SCI. Par la suite, ils se séparent, et Mme Y, co-gérante, cesse d'assurer la gestion fiscale et sociale de la société. M. X sollicite alors la dissolution anticipée de la société. La cour d'appel déboute après avoir « souverainement relevé que les difficultés rencontrées n'étaient pas suffisamment graves pour paralyser le fonctionnement social ».

M. X se pourvoit en cassation et invoque la disparition de *l'affectio societatis*, élément constitutif de toute société, comme justifiant à elle seule la dissolution.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve la cour d'appel au motif « que la mésestente existant entre les associés et par suite la disparition de *l'affectio societatis* ne pouvaient constituer un juste motif de dissolution qu'à la condition de se traduire par une paralysie du fonctionnement de la société ». En l'espèce, M. X, également co-gérant, disposait de tous les pouvoirs lui permettant de palier à l'inertie de Mme Y. Il n'y avait donc pas paralysie du fonctionnement de la société.

Une clause d'un règlement intérieur doit être conforme aux statuts

(Cass. com., 1^{er} mars 2011, pourvoi n° 10-13.795)

Une clause insérée dans le règlement intérieur annexé aux statuts d'une société civile de moyens (SCM) prévoyait, en cas de départ de l'un des associés, une interdiction d'exercer la profession, à titre libéral ou salarié, pendant 3 ans et dans un rayon de 20 kms du cabinet. M. X notifie aux autres associés de la SCM sa décision de se retirer. A la suite de quoi, il est assigné pour avoir méconnu cette clause. L'arrêt de la cour d'appel refuse d'ordonner la cessation de l'activité de M. X, considérant que la clause de non réinstallation insérée dans le règlement intérieur est incompatible avec les statuts de la SCM. La Cour de cassation confirme cet arrêt. Il est admis qu'un règlement intérieur ne peut pas contredire ou méconnaître les statuts qu'il est censé compléter.

Or, la SCM en question avait pour objet exclusif « la mise en commun de tous moyens matériels et utiles à l'exercice de la profession de ses membres », ce qui va à l'encontre de toutes dispositions empêchant l'associé retiré de se réinstaller. Il en aurait été tout autrement si, par exemple, le règlement intérieur avait été annexé aux statuts d'une société dont l'objet était l'exercice de la profession, telle une société civile professionnelle.

Dans cette dernière hypothèse, une clause de non réinstallation ne peut être considérée contraire à l'objet de la société qui est l'exercice de la profession (et non la mise en commun de moyens en vue de faciliter à ses membres l'exercice de leur activité).

L'action en paiement contre un associé liquidateur se prescrit par cinq ans

(Cass.com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-10.601)

Selon l'article 1859 du code civil : « Toutes les actions contre les associés non liquidateurs ou leurs héritiers et ayants cause se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société ». En l'espèce, une action en paiement est intentée à l'encontre d'un associé liquidateur. La Cour de cassation casse l'arrêt de la

cour d'appel qui avait fait application de la prescription de droit commun, au visa de l'article 1859 du code civil considérant que : « l'action en paiement d'un créancier dirigée contre l'associé désigné comme liquidateur amiable, pris en sa seule qualité d'associé, est soumise à la prescription prévue par ce texte ».

DROIT FISCAL

Déductibilité de la TVA grevant les frais de cession de titres de participation

(CE, 23 décembre 2010, n°307698 et n°324181)

Alors qu'il ne s'était jusqu'alors prononcé que sur la déduction de la TVA sur frais de cession de titres de placement, le Conseil d'Etat a abordé dans deux arrêts du 23 décembre dernier la question de la déductibilité de la TVA grevant les frais de cession de titres de participation. De fait, il convient désormais de distinguer deux situations. Les dépenses engagées en vue de préparer la cession constituent en principe des frais généraux déductibles sous réserve de respecter les règles générales de déduction, en particulier la présentation des factures correspondantes.

Il s'agit, pour l'essentiel, des dépenses d'étude et de conseil engagées afin de déterminer l'opportunité de la cession. Si la déductibilité est acquise dans l'hypothèse où la cession ne se réalise pas, elle peut toutefois être remise en cause lorsque le produit de la cession a été distribué ou encore lorsque les dépenses en cause ont été incorporées dans le prix de cession. En revanche, les dépenses inhérentes à la cession sont présumées non-déductibles, sauf à démontrer qu'elles n'ont pas été incorporées dans le prix de cession des titres en cause.

Cession de parts de sociétés de personnes soumises à l'IR

(CE, 15 décembre 2010, n°297513)

Soucieux d'éviter les doubles impositions comme les doubles déductions, le Conseil d'Etat avait précisé dans un arrêt « Quemener » (CE, 16 février 2000, n°133296) les modalités de calcul de la plus ou moins-value de cession de parts de sociétés de personnes. Il convient en effet d'ajuster le prix de revient des parts afin que le résultat d'une société déjà pris en compte dans le revenu des associés ne soit pas imposé ou déduit une seconde fois lors de la cession des titres. Le prix d'acquisition doit notamment être minoré des déficits que l'associé a déduit de son revenu imposable.

En l'espèce, l'administration soutenait qu'il fallait non seulement prendre en compte le montant des déficits effectivement déduits mais également celui des déficits encore reportables. Dans cet arrêt, le Conseil précise sa jurisprudence et énonce le principe selon lequel seuls les déficits effectivement imputés chez l'associé entraînent une minoration du prix de revient des parts pour le calcul de la plus ou moins-value de cession. Cette solution apparaît logique eu égard à l'objectif de neutralité fiscale qui avait déjà dicté la rédaction de l'arrêt « Quemener ».

LBO et abus de droit

(CE, 27 janvier 2011, n°320313)

Jusqu'à présent, le Conseil d'Etat n'avait jamais eu à connaître d'une opération de LBO. L'arrêt « Bourdon » restera comme la première prise de position de la Haute assemblée sur le fait de savoir si un tel montage juridique peut être constitutif d'un abus de droit.

d'investisseurs extérieurs au capital de la société holding, le procédé ne présentait qu'un but exclusivement fiscal. Elle se prévalait notamment de l'absence d'activité économique de la société.

En l'espèce, l'administration considérait que la constitution d'une société holding et la cession à son profit des titres de la société cible était un montage constitutif d'un abus de droit au sens de l'article L.64 du livre des procédures fiscales. En effet, elle jugeait qu'en l'absence d'entrée

Le Conseil d'Etat a cependant tranché le litige en faveur du contribuable qui démontrait l'intérêt économique de l'opération, en particulier le fait que la société holding puisse bénéficier d'un prêt bancaire significatif, nanti par les titres de la société cible. La constitution d'une pure holding de rachat échappe donc en soi à la qualification d'abus de droit.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Affaire « Cœur-Défense » : des précisions sur la sauvegarde

(Cass. com., 8 mars 2011, pourvois n°10-13.988, n°10-13.989, n°10-13.990)

Par un arrêt du 8 mars 2011, la Cour de cassation est venue ajouter une nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel de l'affaire « Cœur-Défense ».

Pour mémoire, on rappellera que les sociétés HOLD et Dame Luxembourg, sa holding, ayant perdu le bénéfice des contrats de couverture souscrits auprès de Lehman Brothers suite à la faillite de cet établissement, ont demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Par jugements du 3 novembre 2008 et du 19 septembre 2009, le Tribunal de commerce de Paris a ouvert ces procédures de sauvegarde et a arrêté les plans de sauvegarde. Le 25 février 2010, la Cour d'appel de Paris annule l'ouverture des deux procédures de sauvegarde, estimant que la sauvegarde avait été détournée de son but, et ne devait pas être un outil de protection de l'actionnaire, mais de l'entreprise.

C'est cet arrêt que sanctionne la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en rappelant les conditions d'ouverture de la sauvegarde tout en précisant l'absence de fraude dans cette affaire.

Sur ce premier point, la Cour de cassation fait une lecture strictement littérale des textes. Pour rétracter les procédures de sauvegarde, la cour d'appel avait en effet cru pouvoir ajouter comme conditions d'ouverture, celles « d'invoquer l'existence de difficultés pouvant affecter son activité » et « d'éprouver des difficultés à poursuivre son activité ».

Or, comme la Cour de cassation le rappelle, l'ouverture de la sauvegarde, avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, était subordonnée à la justification par le débiteur de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements, l'existence de difficultés affectant l'activité étant indifférente.

D'autre part, la cour évoque la fraude, pour l'écartier en l'espèce. En effet, la cour d'appel avait retenu que les débitrices cherchaient en réalité à échapper à leurs obligations contractuelles (obligation de couverture et exécution du pacte comissoire).

La Cour de cassation redonne toute sa portée à la procédure de sauvegarde qui est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Cette finalité est justifiée par l'attendu de principe de la Cour : « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

Ainsi, la procédure de sauvegarde est un outil effectif de protection de « l'entreprise » mais peut également, selon la Cour, profiter aussi aux holdings et donc par là-même, à ses actionnaires.

L'article L. 624-9 du code de commerce ne porte pas atteinte au droit de propriété

(Cass. com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-40.073)

La Cour de cassation a eu à se prononcer sur le renvoi au Conseil Constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité suivante : l'article L.624-9 du code de commerce porte-t-il une atteinte au droit de propriété constitutive d'une violation de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ? En effet, cet article enferme l'exercice de l'action en revendication dans un délai de 3 mois à compter de la publication au BODACC du jugement d'ouverture.

La Cour de cassation refuse le renvoi de la QPC au Conseil Constitutionnel estimant que l'article L.624-9 du code de commerce se borne à unifier le point de départ du délai de l'action en revendication, et précise que les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée. Selon la Cour, la question ne présente pas de caractère sérieux.

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Sanction du cautionnement conclu en violation de l'article L.341-3 du code de la consommation (Cass. com., 8 mars 2011, pourvoi n°10-10.699)

L'article L.341-3 du code de la consommation impose à la caution personne physique, s'obligeant solidairement avec le débiteur envers un créancier professionnel, une mention manuscrite supplémentaire, s'ajoutant à celle de l'article L.341-2 exprimant son engagement de caution. Ces deux textes sanctionnent expressément ce formalisme par la « nullité de son engagement ».

En application de l'article L.341-3 précité, les juridictions du fond sanctionnaient l'inobservation de la mention imposée par cet article par la nullité du cautionnement. Cette sanction fut abondamment critiquée, les auteurs faisant valoir que l'irrégularité relative à la solidarité, qui n'est qu'une modalité de l'obligation, ne doit pas emporter la nullité de l'engagement lui-même, dès lors que la mention prescrite par l'article L.341-2 est régulière.

C'est cette solution, contraire à la lettre du texte mais conforme à la raison, que retient la Cour de cassation dans un arrêt du 8 mars 2011 destiné à une grande diffusion (FS-P+B+I). En l'espèce, la Cour d'appel avait limité la sanction de l'inobservation de cette mention à la seule impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité. L'arrêt est approuvé aux termes d'une motivation lapidaire : « *mais attendu qu'ayant constaté que l'engagement de caution avait été souscrit dans le respect des dispositions de l'article L.341-2 du code de la consommation, la cour d'appel a retenu que la sanction de l'inobservation de la mention imposée par l'article L.341-3 du même code ne pouvait conduire qu'à l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité et en a exactement déduit que l'engagement souscrit par la caution demeurerait valable en tant que cautionnement simple* ».

Vices cachés : assimilation du vendeur occasionnel au vendeur professionnel (Cass. civ. 3^{ème}, 9 février 2011, pourvoi n°09-71.498)

On sait que le vendeur est tenu de la garantie des vices cachés de la chose vendue (C. civ., art. 1641) et que la clause écartant une telle garantie est valable à condition que le vendeur ait ignoré le vice (C. civ., art. 1643). Sur ce point, la jurisprudence distingue le vendeur occasionnel et le vendeur professionnel : le premier est présumé de bonne foi tandis que le second supporte une présomption irréfragable de connaissance du vice car il est tenu de connaître la chose qu'il vend. La jurisprudence tend à faire peser cette présomption sur le vendeur occasionnel doté de compétences techniques ou qui s'est comporté en professionnel. L'arrêt commenté en fournit une illustration.

En l'espèce, le propriétaire d'une maison avait entrepris la transformation du système de chauffage avec l'assistance d'un plombier chauffagiste. L'immeuble est vendu et un incendie, trouvant son origine dans la défectuosité de l'installation de chauffage, se déclare. Assigné en garantie des vices cachés, le vendeur oppose la clause exonératoire prévue au contrat, laquelle visait précisément les vices de construction. Son moyen de défense est rejeté aux motifs que le vendeur, qui s'est comporté en maître d'œuvre, qui a acheté les matériaux, qui a conçu l'installation litigieuse et qui l'a en partie réalisée, doit être assimilé au vendeur professionnel.

Renégociation des crédits immobiliers (Cass. com., 3 mars 2011, pourvoi n°10-15.152)

Par un arrêt en date du 3 mars 2011, la Cour de cassation précise les formalités exigées en cas de renégociation de prêts immobiliers, en énonçant que « *les obligations prévues aux articles L.312-7, L.312-8, L.312-10 et L.312-33 du code de la consommation ne sont pas applicables, en cas*

de renégociation d'un prêt immobilier entre les mêmes parties, aux modifications du contrat de prêt initial qui ne peuvent être apportées que sous la forme d'un avenant conformément à l'article L.312-14-1 du même code, introduit par la loi n°99-532 du 25 juin 1999 ».

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION

Omission d'une dépense substantielle dans les comptes prévisionnels et nullité du contrat (Cass. com., 15 mars 2011, pourvoi n°10-11.871)

Les obligations légales et réglementaires relatives à l'information précontractuelle des franchisés imposent au franchiseur de fournir au candidat à la franchise des éléments relatifs à la nature et au montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que le candidat engage avant de commencer l'exploitation.

Dans l'affaire commentée, les franchisés d'une enseigne de vente de maisons « en prêt à finir » ont assigné leur franchiseur pour obtenir la nullité de leur contrat de franchise, au motif qu'une charge importante avait été omise dans le document d'information précontractuelle, à savoir la construction d'une maison-témoin.

Cette maison-témoin devait en effet être construite dans les trois ans suivant la signature du contrat de franchise et le commencement d'exploitation. Or, cet investissement à la charge du franchisé n'apparaissait pas dans les éléments financiers transmis au candidat à la franchise.

Le franchiseur soutenait que, s'agissant d'un investissement réalisé postérieurement à la signature du contrat, ce dernier ne pouvait pas constituer un investissement engagé « avant de commencer l'exploitation » dont la communication lui aurait été imposée par l'article R.330-1 du code de commerce.

La Cour de cassation considère néanmoins que faute d'attirer spécialement l'attention du candidat sur cette charge importante, les prévisionnels fournis étaient nécessairement faussés et trompeurs pour le candidat.

Néanmoins, elle casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait prononcé la nullité du contrat et lourdement condamné le franchiseur, au motif – désormais classique – que les juges d'appel n'avaient pas recherché si le manquement du franchiseur lié à l'omission de l'investissement portant sur la maison-témoin avait déterminé le consentement des franchisés.

Pouvoir du juge des référés en matière d'indemnité conventionnelle (CA Paris, 18 mars 2011, R.G. n°10/12635)

Les contrats accordant au distributeur le droit d'exploiter l'enseigne du réseau contiennent souvent une clause pénale applicable en cas de poursuite de l'usage de l'enseigne postérieurement à l'extinction du contrat.

Dans le cadre de l'espèce commentée, le juge des référés, en première instance, avait constaté l'acquisition de la clause résolutoire du contrat et ordonné, sous astreinte, au distributeur de cesser l'usage des signes distinctifs.

La demande de la tête de réseau tendant à l'application de la clause pénale avait néanmoins été rejetée, le juge des référés s'estimant incompétent.

L'ordonnance est réformée sur ce point. La cour d'appel rappelle en effet que « *le pouvoir du juge du fond de modifier les indemnités conventionnelles n'exclut pas celui du juge des référés d'allouer une provision quand la dette n'est pas sérieusement contestable* ».

Application du régime des gérants de succursales au franchisé (Cass. soc., 9 mars 2011, pourvoi n°09-42.901)

Dans l'espèce commentée, la chambre sociale de la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir appliqué à un franchisé le régime des gérants de succursale, en application des articles L. 7321-1 et suivants du code du travail. En vertu de ces dispositions, les gérants de succursales se voient appliquer une partie du code du travail.

La Cour de cassation indique à ce titre que, dans la mesure où l'application de ce régime n'implique pas un lien de subordination, l'action tendant à cette application n'est pas exclusivement attachée à la personne qui désire bénéficier de ces dispositions. Elle peut donc être exercée par le liquidateur de la société franchisée.

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Impossibilité de régulariser un licenciement verbal

(Cass. soc., 9 mars 2011, pourvoi n°09-65.441)

Conformément aux dispositions de l'article L.1232-6 du code du travail, « *lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception* ».

En l'espèce, une salariée a fait l'objet d'une procédure de licenciement pour faute. Trois jours après son entretien préalable, son employeur lui a notifié son licenciement verbalement, étant précisé que, le même jour, la salariée s'est vue retirer les clefs lui permettant d'accéder sur son lieu de travail, sans pour autant être mise à pied. Par la suite, l'employeur lui a notifié son licenciement pour faute par lettre recommandée avec accusé de réception. La salariée a contesté son licenciement devant la juridiction prud'homale,

considérant que ce licenciement verbal, intervenu avant la notification par LRAR, était sans cause réelle et sérieuse.

Les juges du fond ont accueilli la demande de la salariée et ont donc estimé que ce licenciement verbal était dénué de toute réelle et sérieuse. La Cour de cassation a approuvé leur décision au motif que le licenciement verbal ne « *pouvait être régularisé par l'envoi postérieur d'une lettre de rupture* ». Cet arrêt s'inscrit dans la jurisprudence constante selon laquelle le licenciement verbal a pour effet de rompre le contrat de travail (Cass. Sociale, 12 mars 1992, RJS 1992.249, n°425) et est dénué de toute cause réelle et sérieuse même si les faits reprochés au salarié sont graves (Cass. Sociale, 23 juin 1998, RJS 1998.621, n° 971).

La délégation de pouvoir doit prévoir la possibilité pour le délégataire de licencier

(Cass. soc., 2 mars 2011, pourvoi n°08-45.422)

En l'espèce, un salarié d'une association a contesté son licenciement au motif que le signataire de la lettre de licenciement ne bénéficiait pas du pouvoir de licencier le personnel.

Ce dernier bénéficiait, en effet, d'une délégation de pouvoir consentie par le président de l'association et approuvée par son conseil d'administration. Cependant, la juridiction prud'homale a considéré que le licenciement du salarié était dépourvu de toute cause réelle et sérieuse dans la mesure où

la délégation de pouvoir ne prévoyait pas expressément la possibilité pour le délégataire de licencier, alors même que ce dernier bénéficiait du pouvoir de recruter et de signer les contrats de travail. Cet arrêt appelle la vigilance des employeurs qui doivent être particulièrement attentifs à la rédaction des délégations de pouvoir en matière de gestion de ressources humaines. En effet, celles-ci doivent prévoir, de manière précise, les pouvoirs du délégataire, notamment en matière de licenciement du personnel. A défaut, le délégataire ne bénéficiera pas d'une qualité à agir à ce titre.

Mésentente et cause réelle et sérieuse du licenciement

(Cass. soc., 1^{er} mars 2011, pourvoi n°09-69.643)

Il est de jurisprudence constante que la mésentente peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, dans la seule mesure où celle-ci repose sur des faits objectifs imputables au salarié concerné (Cass. soc., 27 novembre 2001, Bull. civ. V, n°360).

En l'espèce, une salariée bénéficiant d'une certaine ancienneté, a été licenciée en raison de sa mésentente avec

certain salariés. La salariée a contesté ledit licenciement devant la juridiction prud'homale. La Cour de cassation a confirmé la décision des juges du fond et a estimé que le comportement d'agressivité de la salariée à l'encontre de deux autres salariés était établi. Rappelant la règle précitée, la Haute juridiction a ainsi considéré que le licenciement de la salariée reposait sur une cause réelle et sérieuse, des faits objectifs lui étant imputables.

IMMOBILIER

Quid de la responsabilité du vendeur qui n'a pas souscrit d'assurance dommages-ouvrage ?

(Cass. civ. 3^{ème}, 2 mars 2011, pourvoi n°09-72.576)

A l'occasion d'un litige opposant un propriétaire à ses assureurs, s'est posée la question de la responsabilité du vendeur de la propriété qui n'avait pas souscrit d'assurance dommages-ouvrage. En effet, suite à des vents violents, la charpente du préau de l'emplacement de voiture s'est effondrée. Or, l'assurance dommages-ouvrage souscrite par le vendeur ne comprenait que le bâtiment principal à usage d'habitation. En conséquence, suite aux refus des compagnies d'assurance de prendre en charge les dommages, les nouveaux propriétaires ont assigné le vendeur en indemnisation de leurs préjudices. La cour d'appel a estimé que le défaut de souscription de l'assurance de dommages-ouvrage ne pouvait empêcher la vente.

L'assurance dommages-ouvrage ne peut être considérée comme un accessoire indispensable de l'immeuble vendu. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel et rejeté le pourvoi formé par les acquéreurs. La Haute juridiction a déclaré que ces derniers ne pouvaient alléguer d'un défaut de renseignement et de loyauté car l'attestation d'assurance dommages-ouvrage était annexée à l'acte de vente. Ce document, paraphé par les acquéreurs énonçait clairement que la garantie couvrait « *les travaux de rénovation des bâtiments d'habitation effectués sur existant* ». La Cour de cassation a ainsi restreint le champ de l'obligation d'information du vendeur à la simple communication de l'attestation d'assurance dommages ouvrage.

La question de la subdélégation lors d'une assemblée de copropriétaires

(Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, pourvoi n°10-14.591)

Par cet arrêt, la Cour de cassation saisit l'occasion de rappeler que tout copropriétaire peut déléguer son droit de vote et que faute d'interdiction expresse faite au mandataire, le mandat peut même être subdélégué. Pour déclarer nulle une assemblée générale de copropriétaires, des propriétaires de lots ont assigné le syndicat et son représentant en arguant qu'un pouvoir ne pouvait être subdélégué, faute de mention spéciale dans le mandat. La cour d'appel a accueilli la demande de nullité de l'assemblée.

Cependant, la Cour de cassation a cassé l'arrêt au visa de l'article 22, alinéa 3 de la loi du 10 juillet 1965 ainsi que de l'article 1994 du code civil. La Haute juridiction estime en effet que « *tout copropriétaire peut déléguer son droit de vote à un mandataire, que ce dernier soit ou non membre du syndicat* ». Ainsi, tout mandat sur un droit de vote peut être subdélégué à condition que le mandat ne l'interdise pas. *A contrario*, faute de mention spéciale, le droit de vote pourra être subdélégué.

Réception successive de travaux et point de départ du délai de prescription

(Cass. civ. 3^{ème}, 2 mars 2011, pourvoi n°10-15.211)

Cette décision illustre l'écart qu'il peut y avoir entre la qualification et la réalité matérielle de la « *réception* » de travaux en matière de construction. En l'espèce, une société de travaux a été nommée par un assureur afin d'effectuer des travaux de reprise de fissures. Trois séries de travaux ont été réalisées, toutes concernant la même opération. Cependant, suite à de nouvelles fissures et pour éviter le remboursement des travaux, l'assurance du constructeur voulut faire jouer la prescription de l'action en garantie décennale, du moins pour les deux premières séries de travaux. La cour d'appel a rejeté la demande de l'assurance en affirmant que les séries de travaux constituent un ensemble indissociable.

De ce fait, la garantie décennale court à partir de la dernière date de réception des travaux. La Cour de cassation censure cette décision au visa des articles 1792 et 2270 anciens du code civil. Elle reconnaît l'application de la garantie décennale aux deux premières séries de travaux et précise que « *le point de départ de l'action en garantie est fixé à la date de réception des travaux* ». Ainsi, peu importe que les trois séries de travaux constituent un ensemble indissociable, le juge considère qu'il y eu trois réceptions distinctes. Par conséquent, la « *réception* » de travaux est différente lorsqu'elle concerne un acte juridique ou qu'elle constitue un terme technique du vocabulaire de la construction.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Validité des opérations de saisie-contrefaçon et mission de l'huissier (CA Paris, 16 février 2011, RG n°08/15900)

La saisie-contrefaçon constitue une mesure probatoire efficace dans le cadre du contentieux de la contrefaçon. Toutefois, l'huissier qui y procède doit prendre un certain nombre de précautions pour éviter de voir sa validité remise en question ainsi que l'illustre la décision commentée rendue dans le cadre d'une procédure en contrefaçon de modèle de manteau.

En l'espèce, l'huissier s'était présenté dans les locaux d'une société et avait soumis aux personnes présentes un modèle de manteau afin d'obtenir des déclarations. Le modèle présenté était celui qui avait fait l'objet d'un constat d'achat quelques jours auparavant.

Dans cette affaire, les juges prononcent la nullité des mesures de saisie-contrefaçon. Les juges du second degré considèrent en effet que l'huissier a excédé les limites de sa mission, ce qui justifie la nullité des mesures diligentées, en introduisant et en présentant au personnel présent un manteau qui n'était pas dans les lieux mais avait fait l'objet d'un achat, quelques jours auparavant. Selon la cour en effet, l'ordonnance autorisant les mesures de saisie-contrefaçon, donnait notamment pour mission à l'huissier de consigner les déclarations des répondants mais ne l'autorisait pas pour autant à présenter un objet qui n'avait pas été trouvé sur place. Cet arrêt est l'occasion d'insister sur les précautions à prendre lors de la réalisation de ces opérations.

Illustration du régime des œuvres posthumes (Cass.crim., 8 mars 2011, pourvoi n°10-81.160)

Les œuvres posthumes obéissent à un régime particulier organisé par le code de la propriété intellectuelle. L'arrêt commenté illustre l'importance de ce régime particulier puisque l'arrêt est cassé par la Cour de cassation pour ne pas avoir porté attention à ces dispositions, notamment l'article L.123-4 qui prévoit que la durée du droit exclusif est de 25 ans pour les œuvres posthumes divulguées postérieurement à la durée post mortem de 70 ans. Dans cette affaire, un propriétaire de dessins avait prêté à M. X ses œuvres afin qu'elles soient présentées lors de l'exposition « *Modigliani et les siens* » ; il s'agissait d'œuvres réalisées par sa grande tante, compagne de Modigliani, qui n'avaient jamais été divulguées auparavant.

Quelques mois plus tard, M. X présenta des dessins comme étant de la même artiste, alors qu'il s'agissait de faux et fut poursuivi en contrefaçon par le propriétaire des premiers dessins. Il fut condamné par la cour d'appel qui considéra notamment que, bien que non titulaire du droit moral en présence de descendants directs, le propriétaire des dessins avait toutefois subi un préjudice financier et moral. La Haute juridiction casse l'arrêt en reprochant à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs impropres à justifier sa décision et de ne pas avoir recherché si le propriétaire des dessins originaux ne disposait pas, en application de l'article L.123-4 du c. de propriété intellectuelle d'un droit d'exploitation sur ces œuvres posthumes.

L'exigence de caractère distinctif s'applique aux marques tridimensionnelles (Cass.com., 1^{er} mars 2011, pourvoi n°10-30.023)

Dans cette affaire, le titulaire d'une marque constituée de la forme d'un entremet glacé pour désigner notamment des glaces et crèmes glacées s'était vu opposer reconventionnellement la nullité de sa marque dans le cadre d'une action en contrefaçon. La cour d'appel a prononcé la nullité de la marque en considérant qu'elle était dépourvue de caractère distinctif.

La Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs que la cour d'appel n'a pas exclu toute possibilité de déposer à titre de marque la forme d'un entremet glacé – aurait-elle indiqué que le consommateur n'était pas, à la date du dépôt, habitué à ce que la forme d'un entremet lui signifie l'origine du produit – mais a pris en considération l'ensemble des caractéristiques de la forme pour exclure sa distinctivité.

DROIT DE LA SANTE

Tarification en matière de soins particulièrement coûteux (Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 2011, pourvoi n°10-16.179)

Une clinique a facturé certains actes sous la qualification de « *suppléments soins particulièrement coûteux* » (SRA) et « *suppléments surveillance continue* » (SSC). La Mutuelle Sociale Agricole a notifié à la clinique un indu correspondant à des anomalies relevées dans la facturation de certains actes. Elle estimait que seuls des établissements habilités pouvaient facturer de tels actes. La clinique a donc saisi d'un recours le Tribunal des affaires de sécurité sociale. Le TASS, puis la cour d'appel, ont rejeté ce recours. En effet, selon l'article 5-I, 7° de l'arrêté du 31 janvier 2005 relatif à la classification et à la prise en charge des prestations d'hospitalisation pour les activités de médecine, les SRA et les SSC ne peuvent être facturés que par les

établissements bénéficiant de certains classements déterminés. En l'espèce, la clinique bénéficiait, depuis 2004, d'un classement de médecine à soins particulièrement coûteux comportant à ce titre huit lits de réanimation cardiologique et seize lits de surveillance continue. La cour d'appel a pu mettre en évidence que c'est à partir des données médico-administratives issues du contrôle que l'indu a pu être déterminé. Ainsi, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la clinique au motif que même si cette dernière avait bien l'habilitation et l'équipement nécessaire pour effectuer lesdits actes, les patients, en réalité, n'en avaient pas bénéficié dans les conditions prévues par la réglementation tarifaire.

Responsabilité in solidum en matière de handicap (Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2011, pourvois n°10-10449 et 10-10.670)

Une patiente a accouché d'une fille lourdement handicapée dans un établissement privé. L'accouchement a été effectué par M. Y médecin obstétricien libéral et Mme Z sage-femme. Le premier a été relaxé mais la seconde condamnée pour blessures involontaires, par une décision définitive. L'affaire a été renvoyée pour qu'il soit statué sur les intérêts civils. Sont intervenus les parents de la petite fille, qui ont appelé dans la cause la clinique où a eu lieu l'accouchement. Par jugement du 24 mai 2006, le TGI de Pau a mis hors de cause la clinique et déclaré Mme Z et M. Y. responsables ensemble du dommage causé à la petite fille. Mme Z et M. Y ont interjeté appel de cette décision. Par un arrêt de la cour d'appel de Pau du 15 septembre 2009, les juges du fond ont estimé que l'ensemble des fautes commises par le médecin obstétricien et le personnel de la clinique avait fait perdre à l'enfant des chances certaines d'échapper à la constitution ou à l'aggravation des lésions cérébrales, peu important qu'il eut subsisté une incertitude sur l'origine de la pathologie. La cour d'appel a également précisé que la sage-femme salariée, qui avait agi sans excéder les limites de la mission que l'établissement lui avait confiée, avait engagé la responsabilité civile de l'établissement de santé. En effet, la surveillance de l'accouchement et notamment la surveillance électronique de l'état du fœtus relevait de ses compétences, à charge pour elle de prévenir le médecin à temps pour éviter tout incident. Ainsi, la cour d'appel avait

décidé qu'au regard d'une perte de chance d'échapper au handicap quantifiée à 70 %, la responsabilité en incombait pour 18 % à la clinique en qualité de commettant de la sage-femme, pour 2 % au médecin obstétricien et pour 50 % à la clinique hors sa qualité de commettant. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a estimé en premier lieu, que la cour d'appel avait à juste titre retenu la responsabilité civile de l'établissement de santé qui « *n'avait pas justifié d'un transfert du lien de préposition au médecin obstétricien* ». En revanche la Haute juridiction a estimé qu'« *un arrêt définitif avait condamné la sage-femme pour blessures involontaires, au motif qu'elle avait contribué à créer le handicap de l'enfant* ». Elle était donc à l'origine des atteintes corporelles constitutives de l'entier dommage, lequel ne pouvait dès lors être limité à une perte de chance. Enfin, la cour a retenu que les autres intervenants, postérieurement à la naissance, avaient tous contribué à faire perdre à l'enfant une chance d'éviter les séquelles dont il était atteint, de sorte qu'ils devaient être tous tenus envers la victime, *in solidum* entre eux et avec le commettant de la sage-femme, à hauteur de la perte de chance ainsi subie, indépendamment de la part contributive de chacun à sa réalisation. Par conséquent, la Haute juridiction a considéré que la cour d'appel avait violé les principes de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil et de la responsabilité *in solidum*.

PERSONNES ET PATRIMOINE

Protection du curatelaire

(Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 2011, pourvoi n°09-13.867)

« *A peine de nullité, toute signification faite à [une personne sous curatelle] l'est également au curateur* » article 510-2 (ancien) et article 467 (nouveau) du code civil. Toutefois, le texte ne précise pas si la nullité susmentionnée résulte d'un vice de forme ou d'un vice de fond.

En l'espèce, une assignation a été délivrée au seul curatelaire. La cour d'appel, pour rejeter le moyen tendant à la nullité de l'assignation, retient que le curateur est intervenu volontairement à l'instance en interjetant appel. Selon celle-ci, la nullité encourue avait donc été couverte, sa cause ayant disparu au moment où la cour a statué (article 121 du code de procédure civile).

La Haute juridiction casse cette décision, aux motifs qu'« *en statuant ainsi, alors que l'omission de la signification de l'assignation au curateur constitue une irrégularité de fond que ne peut couvrir l'intervention volontaire de celui-ci en cause d'appel* ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation effectue donc un revirement de jurisprudence. En effet, celle-ci avait considéré aux termes d'un arrêt en date du 8 juillet 2009, opérant lui-même un revirement, que ladite irrégularité était constitutive d'un vice de forme. Cette décision entraînait un affaiblissement, désormais corrigé, de la protection du majeur sous curatelle.

Protection de l'époux caution

(Réponse ministérielle, 1^{er} mars 2011, n°82460)

Il est fréquent que dans le cadre d'une activité professionnelle, l'un des époux se porte caution de l'autre. Or, cet engagement peut devenir un véritable fardeau à la suite d'un divorce. Aussi, Madame la Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a-t-été interrogée sur la question de savoir si une information plus stricte de l'époux qui se porte caution pouvait être mise en place. Sur ce point, elle a répondu que plusieurs dispositions législatives permettent déjà d'assurer la protection de la caution personne physique tel que les articles L.341-2 et L.341-4 du code de la consommation. Par ailleurs, elle a souligné que les règles issues du droit commun des contrats s'appliquent au

contrat de cautionnement et qu'il appartient au banquier d'informer l'époux caution des conséquences à long terme de son engagement. En sus, sous le régime de la communauté légale, la loi accorde une protection particulière aux biens communs du ménage (article 1415 du code civil). Enfin, l'article 1387-1 du code civil protège aussi l'époux qui ne conserve pas le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise. Madame la Ministre en déduit que « *des dispositifs performants d'information et de protection des cautions existent, (...) il ne paraît pas nécessaire dans l'immédiat d'y apporter de nouvelles modifications* ».

Nature de l'action en diffamation

(Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 2011, pourvoi n°10-11.968)

En vertu de l'article 504 du code civil, le curateur « *agit seul en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée* ». Aussi, la distinction entre l'action relative aux droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux est-elle primordiale lorsqu'un majeur est placé sous tutelle. Dans la présente espèce était posée la question de savoir si l'action en diffamation avait un caractère patrimonial ou

extrapatrimonial. La Haute juridiction, se fondant sur le caractère personnel de l'action en diffamation a retenu « *que l'action en diffamation, qui tend à la protection de l'honneur et de la considération de la personne diffamée, présente, quand bien même elle conduirait à l'allocation de dommages-intérêts, le caractère d'une action extrapatrimoniale* ».

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

L'acte contresigné par Avocat

(Loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques réglementées du 15 mars 2011)

La loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées a été adoptée de façon définitive le mardi 15 mars 2011. Certaines dispositions, issues du rapport Darrois, étaient très attendues, comme la création de l'acte contresigné par avocat, la mise en œuvre de l'inter-professionnalité et la patrimonialité des cabinets d'avocats.

Concernant l'acte contresigné par avocat, il a pour but de renforcer la valeur de l'acte sous seing privé que deux parties concluent en demandant à un avocat de le contresigner. Cet acte apportera une sécurité juridique supplémentaire aux actes sous seing privé.

En effet, les avocats sont, parmi les professions judiciaires et juridiques, les premiers rédacteurs d'actes sous seing privé. Or, si l'avocat est tenu de garantir l'efficacité de l'acte et de conseiller les parties en sa qualité de rédacteur d'acte, son intervention, avant l'adoption définitive de la loi de modernisation des professions judiciaires du 15 mars 2011, ne se traduisait pas par une force plus importante du lien contractuel.

Par cette loi, venue compléter en trois points l'article 1^{er} de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, l'acte contresigné par un avocat disposera de certaines garanties.

Ainsi, désormais, le contreseing de l'avocat de chacune des parties ou de l'avocat de toutes les parties sur un acte sous seing privé atteste que l'avocat a pleinement éclairé la ou les partie(s) qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte. L'acte sous seing privé contresigné par les avocats ou par l'avocat de toutes les parties est légalement reconnu au sens de l'article 1322 du code civil.

Par ailleurs, lorsqu'une mention manuscrite est exigée par la loi, et sauf disposition expresse contraire, le contreseing de l'avocat se substitue à cette mention manuscrite. Ainsi, par son contreseing, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la partie qu'il conseille sur les conséquences juridiques de l'acte.

Ce contreseing fera pleine foi de l'écriture et de la signature des parties. Celles-ci garderont toutefois la possibilité de recourir à la procédure de faux prévue par le code de procédure civile.

Cependant, et comme l'a précisé le Conseil des Ministres dans un communiqué de presse du 17 mars 2011, l'acte sous seing privé par un avocat « *ne pourra être confondu avec l'authentification par un notaire, seule à même de conférer à un acte une force probante renforcée quant à son contenu et à sa force exécutoire* ».

Déontologie de la profession d'avocat, conflit d'intérêts et procédure

(Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 2011, pourvoi n°10-14.012)

En l'espèce, des époux ont contesté la validité de la procédure de saisie immobilière diligentée à leur encontre, faisant valoir que l'avocat de la banque avait assuré la défense de la mère du mari à l'occasion d'une procédure engagée contre l'organisme bancaire pour obtenir l'annulation de l'hypothèque qu'elle avait consentie pour garantir le remboursement de l'emprunt souscrit par son fils et sa belle-fille. La cour d'appel a rejeté cette exception de nullité et ordonné la vente forcée du bien immobilier saisi. Les époux ont alors formé un pourvoi en cassation contre la décision entreprise au motif que l'avocat aurait méconnu les règles déontologiques de sa profession, en particulier l'exigence de loyauté.

L'article 7 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat prévoit que l'avocat ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client. Or dans cette affaire, il n'est pas démontré que les informations d'un précédent mandat ont été exploitées, il n'y a donc pas de conflit d'intérêts. Le pourvoi est rejeté, la Cour de cassation rappelle que la violation des règles déontologiques n'entraîne pas la nullité de la procédure, une telle violation ne peut donner lieu qu'à des sanctions disciplinaires et/ou une mise en jeu de la responsabilité.

ACTUALITÉ DU CABINET

Prix et classement

Classement Restructuring des cabinets d'avocats d'affaires Option Droit & Affaires / Option Finance (Mars 2011)

SIMON Associés est référencé dans les classements restructuring réalisés
en partenariat avec le Cercle Montesquieu :

- Procédures collectives : 4 étoiles – Jean-Charles SIMON et David PITOUN
- Prévention des difficultés et renégociation de dettes : 4 étoiles – Jean-Charles SIMON et David PITOUN
- Plans sociaux et contentieux collectifs afférents : 1 étoile – Nicolas BILLON

Interviews et publications récentes de Simon Associés

Jean-Charles SIMON : « Les différentes options pour une entreprise en difficulté »
TVDMA.org.05/03/2011

Jean-Charles SIMON : « Bilan des mesures d'aide d'Etat aux entreprises en difficulté »
TVDMA.org.05/03/2011

Jean-Charles SIMON : « L'accompagnement du dirigeant en difficulté »
TVDMA.org.05/03/2011

Nicolas BILLON : « Indemnisation du salarié en cas d'annulation d'une clause de non concurrence concomitante à la résiliation judiciaire de son contrat de travail »
IndiceRH.net.28/02/2011

Florence DEMAISON : « Licenciement économique au sein d'un groupe de sociétés – Restructuration ne vaut pas raison – Holding animatrice co-responsable »
IndiceRH.net.17/03/2011

Florence DEMAISON : « Le règlement intérieur doit fixer la durée maximale de la mise à pied disciplinaire »
LesEchos.fr.23/02/2011

Évènements

« **Matinée formation** » EFE (Edition Formation Entreprise) sur l'actualité 2010-2011 en droit
de la franchise – 7 avril 2011

SIMON Associés animera cette matinée-formation qui se déroulera le 7 avril 2011 de 9h à 12h45 au
Cercle National des Armées, 8 place Saint-Augustin – 75008 PARIS.

Pour le programme détaillé et toute demande d'informations : www.efe.fr

Pour recevoir l'actualité du Cabinet, les numéros précédents de notre Lettre :

www.simonassocies.com