

### Fusions/acquisitions – Sociétés

1. Fusions	2
2. Cessions de droits sociaux	3
3. Responsabilité des dirigeants	4
4. Nullité des actes ou délibérations des organes sociaux	5
5. Conventions réglementées	5
6. Règles particulières à certaines sociétés	5
7. Divers	10

### Assurance – Banque – Bourse – Finance

1. Suretés	10
2. Activités bancaires ou financières	13

### Restructurations

1. Ouverture de la procédure	16
2. Déroulement de la procédure	18

### Droit pénal des affaires

1. Procédure pénale	24
2. Fiscal - Visites domiciliaires	26
3. Infractions économiques	27

### Immobilier - Construction

1. Baux	28
2. Vente d'immeuble	32
3. Agent immobilier	34
4. Construction	35
5. Copropriété	37
6. Divers	38

### Distribution - Concurrence

1. Contrats de distribution	38
2. Consommation	40
3. Pratiques commerciales déloyales	42
4. Pratiques anticoncurrentielles	45

### Droit public des affaires

1. Marchés publics	48
2. Délégations de service public	50
3. Urbanisme	51
4. Divers	54

### Social

1. Principes fondamentaux	55
2. Représentation salariale	57
3. Contrat de travail	62
4. Divers	71

### Agroalimentaire

1. Bail rural	72
2. Accords interprofessionnels	75
3. Divers	76

### Propriété intellectuelle & technologies de l'information

1. Inventions – Brevets – Droits d'auteur – Marques	78
2. Internet	81

## Fusions/acquisitions – Sociétés

### 1. Fusions

- **Transmission à l'absorbante d'une autorisation délivrée par l'inspecteur du travail** (*Soc.*, 6 oct. 2010)

La fusion-absorption de deux sociétés n'est pas de nature, à elle seule, à remettre en cause une autorisation de l'inspecteur du travail délivrée à l'absorbée, relative au calcul de la durée hebdomadaire de travail.

Cette autorisation continue donc de bénéficier à la nouvelle personne morale employeur, jusqu'à son éventuel retrait par l'autorité administrative compétente.

- **Transmission à l'absorbante du bénéfice de l'allégement des charges sociales** (*Civ.*, 2<sup>ème</sup>, 16 déc. 2010)

Selon l'article L. 236-3, I, du Code de commerce, la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération.

L'article 19-XV de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail subordonne la suppression du bénéfice de l'allégement des charges sociales prévu par cette loi à la réunion de trois circonstances cumulatives : la dénonciation de l'accord collectif de réduction du temps de travail, l'absence d'accord de remplacement et le constat par l'autorité administrative du dépassement des limites de la durée collective du travail.

Ayant constaté que l'application de l'accord collectif n'avait pas cessé dans l'entreprise nonobstant sa remise en cause par l'effet de la fusion-absorption, la cour d'appel en a exactement déduit que le bénéfice de l'allégement des charges sociales entré dans le patrimoine de la société absorbante qui l'avait reçu de la société absorbée ne pouvait pas être supprimé.

- **Un pacte de préférence visant l'apport en société ne s'applique pas en l'état d'une fusion-absorption** (*Com.*, 9 nov. 2010)

L'opération de fusion-absorption, qui entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante et n'a pas pour contrepartie l'attribution à la société absorbée de droits sociaux au sein de la société absorbante, ne constitue pas un apport fait par la première à la seconde.

Dès lors, un pacte de préférence visant l'apport en société d'un immeuble ne trouve pas application en cas d'absorption de la société propriétaire de cet immeuble.

- **Apport partiel d'actif soumis au régime des scissions et instances en cours** (*Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 janv. 2010*)

La société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions acquiert de plein droit la qualité de partie aux instances précédemment engagées par la société apporteuse à laquelle elle se trouve ainsi substituée, notamment en ce que celle-ci a comparu.

Les dispositions de l'article 528-1 du Code de procédure civile, qui prévoient que si le jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé, la partie qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration dudit délai, sont applicables à une société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif, peu important que le jugement ait été rendu au profit de la société apporteuse après la réalisation de l'apport.

## 2. Cessions de droits sociaux

### 2.1 Consentement à l'acte de cession

- **La demande de dommages-intérêts pour dol du cédant ne tend pas à la révision du prix** (*Com. 2 fév. 2010*)

La demande, par laquelle les cessionnaires sollicitent l'allocation de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice qu'ils imputent à des faits constitutifs de dol, ne tend pas à la révision du prix de cession et ne se heurte pas à l'autorité de l'arrêt qui a fixé le montant de celui-ci.

Violent les articles 1116 et 1382 du Code civil, ensemble l'article 1351 du même code, une cour d'appel qui, pour rejeter la demande de dommages-intérêts formée par les cessionnaires à l'encontre des cédants, retient que cette demande porte en réalité sur la révision du prix et que le montant de celui-ci ne peut plus être discuté puisqu'il a été définitivement fixé par un arrêt.

### 2.2 Fixation du prix de la cession

- **Le tiers évaluateur qui n'a pas été investi de pouvoirs juridictionnels n'est pas un arbitre** (*Com. 16 fév. 2010*)

Le tiers évaluateur désigné par les parties reçoit de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles en ont préalablement tiré les conséquences juridiques, peu important que l'intervention de ce tiers soit soumise à la constatation d'un désaccord entre les cocontractants relativement à ces éléments.

La mission du tiers n'a pas pour objet de soumettre à son estimation, pour les résoudre, les litiges qui naîtraient entre les parties des divergences sur la réalisation des conditions régissant le complément de prix.

- **Le conseiller de la mise en état peut ordonner l'actualisation du rapport rendu sur le fondement de l'article 1843-4 C. civ. (Civ., 1<sup>ère</sup> 9 déc. 2010)**

Aux termes de l'article 1843-4 du Code civil, dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

Si, le président du tribunal a seul le pouvoir de désigner l'expert, ce texte ne fait pas obstacle à ce que l'actualisation du rapport soit confiée au même expert, en cause d'appel, par le conseiller de la mise en état.

### 2.3 Garantie de passif

- **Fait générateur connu du cessionnaire avant la cession et date d'évaluation du préjudice (Com., 14 déc. 2010, inédit)**

A méconnu la loi des parties et violé l'article 1134 du Code civil une cour d'appel qui, pour écarter la mise en jeu de la garantie de passif fondée sur la dépréciation de matériels, retient que le cessionnaire était parfaitement informé de cette dépréciation, alors que la garantie ne distinguait pas selon que le cessionnaire avait ou non connaissance de l'événement considéré.

L'évaluation du préjudice doit être faite au jour où le juge rend sa décision. Doit donc être cassé l'arrêt qui fixe l'indemnité due au titre d'une garantie de passif en se plaçant à la date de signature de celle-ci et non à la date du jugement.

## 3. Responsabilité des dirigeants

- **Responsabilité du dirigeant à l'égard des associés : nécessité d'un préjudice personnel (Com., 8 juin 2010)**

Le préjudice constitué par l'absence de perception d'une fraction des fruits de l'immeuble social calculée proportionnellement au nombre de parts sociales détenues par un associé exerçant l'action personnelle en responsabilité, ne se distingue pas du préjudice subi par la société toute entière dont il n'est que le corollaire.

L'action en réparation de ce préjudice intentée par un associé agissant personnellement contre le dirigeant ne peut donc prospérer.

- **Responsabilité du commissaire aux comptes agissant en qualité d'associé ou de dirigeant d'une société titulaire d'un mandat de commissaire aux comptes (Com. 23 mars 2010)**

Le commissaire aux comptes agissant en qualité d'associé, d'actionnaire ou de dirigeant d'une société titulaire d'un mandat de commissaire aux comptes répond personnellement des actes professionnels qu'il accomplit au nom de cette société, quelle qu'en soit la forme.

La société titulaire d'un mandat de commissaire aux comptes ne peut faire grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamnée à payer des dommages-intérêts au commissaire à l'exécution

du plan d'une société dont elle était chargée d'une mission de présentation des comptes annuels, la cour d'appel ayant relevé que les fautes de la société sont à l'origine directe de la présentation fallacieuse des comptes de la société défailante qui a induit en erreur ses créanciers ainsi que les banques qui ont continué à accorder leur crédit et la société de caution des négociants en céréales qui avalisait les effets sur des stocks inexacts, et qui a ajouté que ces fautes ont entraîné la poursuite de l'exploitation avec des moyens ruineux et l'accroissement final du passif.

La cour d'appel a ainsi caractérisé l'existence d'un lien de causalité entre les fautes imputées à la société et le préjudice subi par les créanciers.

#### 4. Nullité des actes ou délibérations des organes sociaux

- **L'exclusion décidée en l'absence de l'associé concerné n'est pas nulle** (Com., 13 juil. 2010)

La nullité des actes ou délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats.

En conséquence, l'impossibilité pour l'associé exclu de venir s'expliquer devant l'organe décidant son exclusion n'est pas une cause de nullité de la délibération ayant prononcé cette exclusion.

#### 5. Conventions réglementées

- **La perpétuité de l'exception de nullité ne peut être invoquée dès lors que la convention a été exécutée** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2010)

La nullité d'une convention réglementée irrégulière ne peut être invoquée par voie d'exception lorsque cette convention a été exécutée et que le délai de prescription est expiré.

#### 6. Règles particulières à certaines sociétés

##### 6.1 Sociétés anonymes

###### 6.1.1 Responsabilité des dirigeants

- **La responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des actionnaires ne suppose pas une faute détachable des fonctions** (Com. 9 mars 2010)

Aux termes de l'article L. 225-252 du Code de commerce, les actionnaires d'une société anonyme peuvent intenter une action en responsabilité à l'encontre des dirigeants qui ont commis une faute en vue d'obtenir réparation du préjudice personnel, distinct de celui subi par la personne morale.

La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales.

6.1.2. *Modification des statuts*

- **L'AGE peut modifier les statuts sans statuer sur le rapport du conseil d'administration** (Com., 26 oct. 2010)

L'article L. 225-96 du Code de commerce, qui habilite l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme à modifier les statuts en toutes leurs dispositions, n'impose pas que cette assemblée statue sur rapport du conseil d'administration.

L'absence d'un tel rapport n'est donc pas de nature à entraîner l'annulation de l'assemblée.

**6.2 SARL**

6.2.1 *Rémunération du gérant*

- **Le gérant associé d'une SARL peut prendre part au vote d'une résolution d'une assemblée portant sur sa rémunération** (Com. 4 mai 2010)

La détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote.

6.2.2 *Responsabilité du gérant*

- **Responsabilité civile du gérant auteur d'une faute pénale intentionnelle** (Com., 28 sept. 2010)

Le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice.

**6.3 EURL**

- **Révocation du gérant par l'associé unique** (Com. 9 mars 2010)

Lorsque la société ne comporte qu'un seul associé, celui-ci à le pouvoir de prendre la décision de révoquer le gérant non associé aux lieux et place de l'assemblée des associés.

- **Transmission universelle de patrimoine : l'associé unique répond des dommages antérieurs à la dissolution** (Com. 2 fév. 2010)

Aux termes de l'article 1844-5, al. 3, du Code civil, la dissolution de la société unipersonnelle entraîne, lorsque l'associé unique est une personne morale, la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à l'associé unique.

Lorsque le fait générateur d'une créance est antérieur à la dissolution de la société, cette créance est incluse dans le passif transmis à l'associé unique personne morale.

#### 6.4 Sociétés par actions simplifiées

- **Délégation de pouvoir de licencier dans les SAS : la Chambre mixte se prononce** (*Ch. Mixte, 19 nov. 2010 – 1er arrêt – 2ème arrêt*)

Si la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise (*1er arrêt*).

En outre, aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ; celle-ci peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement.

En conséquence, est valable la lettre de licenciement signée par la personne responsable des ressources humaines de la société, chargée de la gestion du personnel et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier (*2ème arrêt*).

- **Mention au RCS des dirigeants et délégations de pouvoir** (*Rep. ministérielle n°12583, JO Sénat, 9 sept. 2010 ; CA Paris, pôle 6, ch.10, 31 août 2010*)

Une réponse ministérielle émanant de la Chancellerie précise que doivent être mentionnés au RCS, au titre des personnes ayant le pouvoir d'engager à titre habituel la SAS, le président et, le cas échéant, le directeur général et les directeurs généraux délégués désignés conformément aux statuts.

Elle ajoute que les délégations de pouvoir spéciales ou fonctionnelles, pouvant être données par les dirigeants à un ou plusieurs préposés, qui ne concernent pas le pouvoir d'engager à titre habituel la société mais portent sur un objet déterminé, n'ont pas à faire l'objet d'une publicité au RCS.

En revanche, il y a lieu, selon cette réponse, d'envisager la mention au RCS des personnes exerçant les fonctions d'administrateurs, de président du conseil d'administration, de président ou de membre du conseil de surveillance, qu'elle qu'en soit l'origine légale ou statutaire, ce qui inclut donc le cas des SAS dont les statuts auraient mis en place de tel organes.

Par ailleurs, dans un arrêt en date du 31 août 2010, la Cour d'appel de Paris juge que les dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce n'ont pas pour effet de priver le président d'une société en forme d'actions simplifiée de toute délégation non prévue par les statuts et n'interdisent donc nullement les délégations particulières par le dépositaire du pouvoir général.

Elle en déduit qu'une lettre de licenciement peut être signée par une personne de l'entreprise ayant reçu pouvoir de le faire par l'employeur.

➤ **Sanction du non respect des statuts ou du règlement intérieur d'une SAS (Com. 18 mai 2010)**

Il résulte de l'article L. 2351, alinéa 2, du Code de commerce que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats.

Sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité.

Est ainsi rejetée la demande d'annulation des délibérations d'un conseil d'administration de SAS qui ne comportait plus que trois membres à la suite de la démission du quatrième, malgré la stipulation des statuts prévoyant que le conseil est composé de quatre membres au moins et celle du règlement intérieur selon laquelle le nombre d'administrateurs désignés par chacun des deux associés détenant chacun 50 % du capital social doit refléter leur parité dans le capital.

## 6.5 Sociétés civiles

### 6.5.1. Fonctionnement

➤ **Désaccord entre les copropriétaires d'une part indivise : la désignation du mandataire est impérativement judiciaire (Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 2010)**

En cas de désaccord entre les copropriétaires d'une part sociale indivise sur le choix du mandataire unique qui, selon l'article 1844 du Code civil, doit les représenter, il ne peut être dérogé aux dispositions impératives de ce texte prévoyant la désignation du mandataire en justice.

### 6.5.2. Retrait d'un associé

➤ **L'associé qui se retire d'une société civile peut obtenir que lui soient attribués les biens qu'il a apportés lorsqu'ils se retrouvent en nature dans l'actif social (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 mai 2010)**

Aux termes de l'article 1869, al. 2 du Code civil, l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable, par un expert conformément à l'article 1843-4 du Code civil.

L'article 1844-9, al. 3 du même code prévoit, quant à lui, que les associés peuvent valablement décider, soit dans les statuts, soit par une décision ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains associés ; à défaut, tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partagée est attribué, sur sa demande, et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport.

L'associé qui se retire d'une société civile peut donc obtenir que lui soient attribués les biens qu'il a apportés lorsqu'ils se retrouvent en nature dans l'actif social.

➤ **Date de détermination de la valeur des parts du retrayant (Com. 4 mai 2010)**

Il résulte des articles 1843-4 et 1869 du Code civil qu'en l'absence de dispositions statutaires, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits, c'est-à-dire la date la plus proche de celle à laquelle les parts sont effectivement annulées et remboursées.

Doit être cassé l'arrêt qui retient que la valeur des parts sociales doit être arrêtée à la date à laquelle l'associé a manifesté sa volonté de se retirer ou, à défaut, à celle de la décision de justice l'autorisant à se retirer.

6.5.3. *Responsabilité des associés*

➤ **SCP : responsabilité solidaire de l'associé (Civ., 1<sup>ère</sup>, 30 sept. 2010)**

Aux termes de l'article 16, alinéas 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup>, de la loi du 29 novembre 1966 modifiée relative aux sociétés civiles professionnelles, chaque associé répond, sur l'ensemble de son patrimoine, des actes professionnels qu'il accomplit et la société civile professionnelle est solidairement responsable avec lui des conséquences dommageables de ces actes.

Il en résulte que l'action en responsabilité peut être indifféremment dirigée contre la société ou l'associé concerné, ou encore contre les deux.

6.5.4. *Cessions de parts*

➤ **Le cessionnaire répond des dettes antérieures (Com. 13 avril 2010)**

Aux termes de l'article 1857 du Code civil, les associés répondent à l'égard des tiers des dettes sociales à la date de leur exigibilité ou à celle de la cessation des paiements.

En présence d'un prêt, le cessionnaire de parts sociales, ayant acquis la totalité du capital social d'une société civile immobilière, est tenu du passif social né de l'exécution des engagements pris par la société à l'époque où il était encore associé.

➤ **Le refus d'agrément ne confère aucun droit de préemption aux associés (Com., 7 déc. 2010)**

L'article 1861 du Code civil soumet la cession des parts d'une société civile à l'agrément de tous les associés, sous réserve des dérogations ou aménagements qu'il prévoit ou autorise.

L'article 1862 du même Code se borne, dans le cas où cet agrément n'a pas été obtenu, à donner à l'associé cédant la faculté d'obtenir le rachat des parts dont la cession était projetée. Il ne confère aucun droit de préemption aux autres associés, le cédant ayant toujours le droit de conserver ses parts.

## 7. Divers

- **Discrimination : une femme membre d'un comité de direction d'une société de capitaux peut être considérée comme une « travailleuse enceinte » au sens du droit européen (CJUE, Aff. C-232/09, 11 nov. 2010)**

Un membre d'un comité de direction d'une société de capitaux, fournissant des prestations à cette dernière et faisant partie intégrante de celle-ci, doit être considéré comme ayant la qualité de travailleur aux fins de la directive 92/85/CEE du Conseil visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, si son activité est exercée, pendant un certain temps, sous la direction ou le contrôle d'un autre organe de cette société et si, en contrepartie de cette activité, il perçoit une rémunération.

La directive précitée doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui permet la révocation d'un membre d'un comité de direction d'une société de capitaux sans restriction lorsque la personne intéressée a la qualité de « travailleuse enceinte » au sens de cette directive et que la décision de révocation prise à son égard est essentiellement fondée sur son état de grossesse.

À supposer même que le membre concerné d'un comité de direction n'ait pas cette qualité, il n'en demeure pas moins que la révocation d'un membre d'un comité de direction exerçant des fonctions telles que celles décrites dans l'affaire au principal pour cause de grossesse ou pour une cause fondée essentiellement sur cet état ne peut concerner que les femmes et constitue, dès lors, une discrimination directe fondée sur le sexe, contraire au droit européen.

## Assurance – Banque – Bourse – Finance

### 1. Suretés

#### 1.1 Sûretés personnelles

##### 1.1.1 Cautionnement

- **La forme authentique ne dispense que de certaines mentions manuscrites (Com., 6 juillet 2010)**

Les dispositions de l'article L. 341-3 du Code de la consommation, exigeant une mention manuscrite particulière en cas de cautionnement solidaire consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel, ne s'appliquent pas aux cautionnements consentis par acte authentique.

En revanche, les dispositions de l'article L. 341 5 du Code de la consommation, qui subordonnent l'efficacité de la solidarité et de la renonciation au bénéfice de discussion à la limitation du montant garanti, sont applicables à tous les cautionnements solidaires consentis

par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels, peu important qu'ils soient constatés par acte authentique.

- **L'acte authentique dispense de certaines mentions du Code de la consommation** (*Cass. Avis, 8 avril 2010, n°08-21.760*)

Aux termes de l'article L. 341-3 du Code de la consommation, lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : *"En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X..."*.

Les dispositions de l'article L. 341-3 du Code de la consommation ne s'appliquent pas aux cautionnements consentis par acte authentique.

Les dispositions de l'article L. 341-5 du même code, par lesquelles les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires, apparaissent en revanche devoir être appliquées à tous les cautionnements solidaires consentis par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels, peu important qu'ils soient constatés par acte authentique.

- **Nullité du cautionnement d'une société en participation** (*Com., 6 juil. 2010*)

Un cautionnement ne peut fonder la condamnation de la caution à garantir la dette d'une personne autre que le débiteur désigné dans l'acte de cautionnement.

Doit donc être rejetée la demande du créancier bénéficiaire d'un cautionnement portant sur les dettes d'une société en participation, dépourvue de personnalité morale, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la caution a eu la volonté de garantir l'associé représentant ladite société.

- **L'exigence de proportionnalité s'apprécie au vu de la déclaration de la caution** (*Com., 14 déc. 2010*)

L'engagement de caution conclu par une personne physique au profit d'un créancier professionnel ne doit pas être manifestement disproportionné aux biens et revenus déclarés par la caution, dont le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude.

Peu importe, par ailleurs, que la fiche de renseignements n'ait pas été remplie par la caution, dès lors qu'en la signant, celle-ci en a approuvé le contenu.

- **Cautionnement disproportionné : application au dirigeant et mesure de la sanction (Com., 22 juin 2010)**

Aux termes de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.

Ce texte est applicable au dirigeant de société personne physique (sol. impl.).

La sanction du caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution est l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de cet engagement. Il en résulte que cette sanction, qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion.

### 1.1.2 Garantie autonome

- **Le garant de premier rang qui paie sans respecter les conditions de la garantie engage sa responsabilité envers le donneur d'ordre (Com. 30 mars 2010)**

Le donneur d'ordre d'une garantie autonome à première demande, tenu de rembourser son contre-garant des sommes versées en exécution de cette contre-garantie, est en droit d'agir en responsabilité contre le garant de premier rang, qui, en payant le bénéficiaire, n'a pas respecté les conditions définies dans la garantie de premier rang.

L'indépendance de la contre-garantie à l'égard de la garantie de premier rang n'interdit pas au donneur d'ordre, tenu au titre de la garantie autonome à première demande, d'agir en responsabilité contre l'un quelconque des garants qui, par sa faute, l'a contraint de payer.

## 1.2 Sûretés réelles

- **Nantissement judiciaire sur parts sociales : les dispositions statutaires relatives à l'agrément des associés sont sans incidence (Civ., 2<sup>ème</sup>, 2 déc. 2010)**

L'inscription provisoire d'un nantissement sur parts sociales est une mesure de sûreté judiciaire, et non une saisie. Les dispositions statutaires prévoyant l'agrément des associés en cas de cession des parts sociales nanties ne peuvent entraver la prise de cette sûreté.

- **La cession de créance effectuée à titre de garantie prend fin sans formalité particulière pour les sommes excédant le solde de la créance garantie (Com. 9 fév. 2010)**

Pour les sommes excédant la créance garantie, la cession de créance professionnelle effectuée à titre de garantie prend fin sans formalité particulière.

Viola l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier, la cour d'appel qui estime que le débiteur cédé ne peut se libérer valablement, et pour le montant intégral de la créance cédée, qu'entre les mains du cessionnaire, à charge, pour ce dernier, de restituer au cédant, la quote-part excédant le montant de la créance garantie.

- **La mainlevée vaut renonciation du créancier en tout état de cause** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 juin 2010)

Même donnée pour un décompte de créance d'un montant erroné, la mainlevée de l'inscription de l'hypothèque vaut renonciation à cette inscription.

## 2 Activités bancaires ou financières

### 2.1 Obligation ou devoir d'information

- **Affacturage : le factor a une obligation d'information mais pas de devoir de mise en garde** (CA Paris, Pôle 5, 6ème ch., 3 déc. 2010, RG 09/03847, inédit)

L'affacturage, qui associe une opération bancaire de crédit à une prestation de service de nature commerciale, ne comporte de risque d'endettement qu'au titre des impayés des clients.

S'il peut être exigé du commerçant qui choisit de recourir à ce type de financement pour disposer d'une réserve de trésorerie, qu'il en connaisse le mécanisme, le factor reste tenu d'une obligation d'information quant aux garanties à mettre en place contre les risques d'insolvabilité de ses clients ou quant au coût de sa prestation.

Le factor ne saurait cependant être tenu à un devoir de mise en garde de l'endettement éventuel lié à la défaillance des clients avec qui l'adhérent a décidé d'entretenir des relations commerciales et dont il n'a connaissance qu'au moment de la mobilisation des factures.

La caution dirigeante, nécessairement informée du mode de fonctionnement du contrat, et donc « avertie » du seul fait de son recours à cette technique, ne saurait utilement invoquer un manquement du factor à un devoir de mise en garde, étant ajouté qu'une violation de ce devoir n'aurait pas pour conséquence de la décharger de son engagement.

- **Intermédiaire financier : l'obligation d'information doit être exécutée avant la souscription** (Com., 30 nov. 2010)

Le client de l'intermédiaire financier doit recevoir une information spécifique sur les risques encourus avant la signature des contrats de souscription et non postérieurement à celle-ci, dès lors qu'il n'est pas un investisseur averti.

### 2.2 Comptes

- **CIF : la procédure de modification tarifaire ne s'applique pas** (Com., 6 juil. 2010)

Il résulte de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier et de l'arrêté du 8 mars 2005 pris pour son application, que la procédure de modification tarifaire qu'il prévoit ne s'applique qu'aux seuls comptes de dépôt et ne concerne pas les comptes d'instruments financiers.

## 2.3 Opérations de crédit

### 2.3.1 Prêt

- **Preuve : la signature de l'offre préalable ne prouve pas la remise des fonds (Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janv. 2010)**

Si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds.

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui a relevé que la signature d'une offre préalable de prêt n'emportait pas la preuve que l'emprunteur, qui contestait avoir reçu la somme prêtée, l'avait perçue.

- **Preuve : la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer (Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 avril 2010)**

La preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer.

Viola les articles 1315, 1341 et 1892 du Code civil une Cour d'appel qui a condamné une personne à rembourser une certaine somme en retenant que la preuve du prêt était apportée par la matérialité du transfert de fonds et en observant notamment qu'aucun acte de donation n'avait été établi.

- **L'action en restitution des intérêts perçus indûment par application de dates de valeurs dépourvues de cause se prescrit par cinq ans (Com. 16 mars 2010)**

L'action en restitution des intérêts perçus indûment par application de dates de valeurs dépourvues de cause peut être engagée dans un délai de cinq ans à partir de leur perception, peu important l'absence de demande en nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels.

Voire l'article 1131 du Code civil la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande reconventionnelle de la société emprunteuse en restitution des intérêts résultant de l'application de dates de valeurs dépourvues de cause, a retenu que la demande de restitution des intérêts ne pouvait prospérer que si la stipulation d'intérêts conventionnels était déclarée nulle en raison de la méconnaissance des dispositions légales d'ordre public concernant l'obligation d'un écrit fixant le taux effectif global.

- **Prêt d'argent sans terme : la date de remboursement fixée judiciairement doit être postérieure à la demande en justice (Com. 26 janv. 2010)**

Aux termes de l'article 1900 du Code civil, s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

La date du terme de l'engagement déterminée par le juge en application de ce texte doit être postérieure à celle de la demande en justice.

- **Crédit à la consommation : le report du point de départ du délai biennal de forclusion n'est pas opposable au co-emprunteur étranger à l'acte de réaménagement ou de rééchelonnement (Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 fév. 2010)**

En cas de réaménagement ou de rééchelonnement des modalités de règlement des échéances impayées d'un crédit à la consommation consenti à plusieurs emprunteurs, le report du point de départ du délai biennal de forclusion n'est pas opposable à l'emprunteur, fût-il tenu solidairement, qui n'a pas souscrit l'acte de réaménagement ou de rééchelonnement, à moins qu'il n'ait manifesté la volonté d'en bénéficier.

Est censuré, au visa des articles L. 311-37 du Code de la consommation et 1165 et 1208 du Code civil, l'arrêt qui rejette la fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai biennal de forclusion, sans rechercher si l'emprunteur avait manifesté la volonté de bénéficier du réaménagement des modalités de règlement des échéances impayées du crédit litigieux.

- **TEG : prise en compte des coûts liés à la souscription de parts sociales ou à la constitution d'un fonds de garantie (Civ., 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2010, 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt)**

Le coût des parts sociales dont la souscription est imposée par l'établissement prêteur comme une condition d'octroi du prêt, constitue des frais entrant nécessairement dans le calcul du taux effectif global. (1<sup>er</sup> arrêt)

De même, la somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par une société de caution mutuelle pour garantir la bonne exécution du prêt, et dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt, est imposée comme une condition d'octroi de celui-ci de sorte qu'elle doit être prise en compte pour le calcul du taux effectif global. (2<sup>ème</sup> arrêt)

- **Paiement : liberté de la preuve (Civ., 1<sup>ère</sup>, 16 sept. 2010)**

La preuve du paiement, qui est un fait, peut être administrée par tous moyens.

Elle peut donc être rapportée à l'aide d'attestations, sans qu'il soit nécessaire de produire une quittance ou un commencement de preuve par écrit émanant du créancier.

### 2.3.2 Instruments de paiement ou de crédit

- **Cession Dailly : défaut de pouvoir du signataire du bordereau (Com., 21 sept. 2010)**

Le défaut de pouvoir du signataire d'un bordereau de cession de créances « Dailly » est sanctionné par une inopposabilité qui ne peut être invoquée que par le cédant lui-même.

Le débiteur cédé n'est donc pas fondé à contester l'existence d'un mandat ayant permis de procéder à la cession.

- **Effets de commerce : le protêt doit se suffire à lui-même (Com. 2 mars 2010)**

Il résulte des articles L. 511-53 et L. 511-54 du Code de commerce que le protêt doit se suffire à lui-même et ne peut être complété ou régularisé par des éléments extrinsèques.

Doit être cassé l'arrêt qui, pour rejeter la demande d'une société, retient que s'il est patent que les protêts litigieux ont été établis à la demande conjointe et surabondante de deux requérants au lieu de la mention du seul porteur de la lettre de change, cette société, qui avait accepté les effets au profit de son cocontractant, avait connaissance par la procédure antérieure de la qualité de tireur redevenu porteur de ce dernier de sorte qu'elle n'avait pu se méprendre lorsqu'elle avait exprimé son refus de paiement en sa qualité de débiteur cambiaire.

## 2.4 Valeurs mobilières

- **Obligation de restitution pesant sur le dépositaire d'un fonds commun de placement (Com. 4 mai 2010 – 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt – 3<sup>ème</sup> arrêt)**

Il résulte de la combinaison des dispositions impératives de l'article L. 214-26 du Code monétaire et financier et des articles 322-4, 323-1, 323-2, 323-3 et 323-14 du règlement général de l'AMF, applicables en l'espèce, que le dépositaire d'un fonds commun de placement ne peut être déchargé de l'obligation de restituer les instruments financiers dont il a la garde, même lorsqu'il délègue à un tiers la conservation des actifs de l'organisme de placement collectif.

Ni l'existence d'un nantissement sur les actifs du fonds, ni la convention de sous-conservation ne sont de nature à dispenser le dépositaire de son obligation de restitution.

- **La gestion d'affaires ne permet pas de s'affranchir des dispositions relatives à la masse des porteurs (Com. 7 avril 2010)**

La gestion d'affaires ne peut jouer au profit d'une personne dépourvue d'existence.

Une société ne saurait, en invoquant les règles relatives à la gestion d'affaires, s'affranchir des dispositions impératives de l'article L. 228-54 du Code de commerce selon lesquelles les représentants de la masse, dûment autorisés par l'assemblée générale des porteurs des valeurs mobilières concernées, ont seuls qualité pour engager, au nom de ceux-ci, toutes actions ayant pour objet la défense de leurs intérêts communs.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel en a déduit que même en admettant que la masse des porteurs d'obligations convertibles ait survécu à l'échéance de leurs dates limites d'amortissement et de conversion, les demandes formées pour le compte de ladite masse étaient irrecevables.

# Restructurations

## 1. Ouverture de la procédure

- **Eligibilité d'un syndicat professionnel aux procédures collectives (Com. 16 mars 2010)**

Les syndicats professionnels étant des personnes morales de droit privé, une procédure de liquidation judiciaire peut être ouverte à leur égard en application de l'article L. 640-2 du

Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Par ailleurs, une créance, litigieuse et donc dépourvue de caractère certain, ne peut être incluse dans le passif exigible retenu.

Viole les articles L. 631-1 et L. 640-1 du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises alors applicables, une cour d'appel qui, pour prononcer la liquidation judiciaire du syndicat, retient que la créance qui résulte de sommes dues pour l'occupation d'un appartement et d'un jugement rendu le 3 mars 2006, revêtu de l'exécution provisoire, a une assise factuelle incontestable et que, dans ces conditions, bien que litigieuse, la créance doit être prise en compte pour l'évaluation du passif exigible.

➤ **Position de l'avocat associé d'une société d'exercice libéral ou d'une SCP au regard du droit des entreprises en difficultés** (*Com, 9 fév. 2010, 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt – 3<sup>ème</sup> arrêt*)

L'avocat, qui a cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société d'exercice libéral (*1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> arrêts*) ou d'une société civile professionnelle (*3<sup>ème</sup> arrêt*), n'agit plus en son nom propre mais exerce ses fonctions au nom de la société. Il cesse dès lors d'exercer une activité professionnelle indépendante au sens des articles L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce.

Le tribunal peut ouvrir à son égard une procédure de liquidation judiciaire (*1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> arrêts*) ou de redressement judiciaire (*3<sup>ème</sup> arrêt*), après cette cessation d'activité, lorsque tout ou partie du passif provient de l'activité professionnelle antérieure.

Toutefois, si la procédure est ouverte sur l'assignation d'un créancier, cette dernière doit intervenir dans le délai d'un an à compter de la cessation de l'activité individuelle.

➤ **Audition de l'ordre professionnel dont relève le débiteur qui exerce une profession libérale** (*Com., 6 juil. 2010*)

Les dispositions des articles L. 621-1 et L. 641-1 du Code de commerce relatives à la convocation et à l'audition de l'ordre professionnel dont relève le débiteur qui exerce une profession libérale ne s'appliquent qu'à l'ouverture de la liquidation judiciaire et non à son prononcé au cours de la période d'observation.

Les dispositions des articles L. 622-10 et L. 631-15 du Code de commerce relatives à la convocation et à l'audition de l'organisme professionnel désigné en qualité de contrôleur, préalablement au prononcé de la liquidation judiciaire, ne s'appliquent qu'à la procédure de première instance et ne concernent pas la procédure devant la cour d'appel.

➤ **Procédures d'insolvabilité ouvertes dans deux Etats différents de l'Union européenne** (*CJUE, Aff. C-444/07, 21 janv. 2010*)

Postérieurement à l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité dans un Etat membre, les autorités compétentes d'un autre Etat membre, dans lequel aucune procédure secondaire d'insolvabilité n'a été ouverte, sont tenues, sous réserve des motifs de refus tirés

des articles 25, § 3, et 26 du règlement n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000, de reconnaître et d'exécuter toutes les décisions relatives à cette procédure principale d'insolvabilité.

Dès lors, ils ne sont pas en droit d'ordonner, en application de la législation de cet autre État membre, des mesures d'exécution portant sur les biens du débiteur déclaré insolvable situés sur le territoire de cet Etat, lorsque la législation de l'État d'ouverture ne le permet pas et que les conditions auxquelles est soumise l'application des articles 5 et 10 du règlement précité ne sont pas remplies.

➤ **Cessation des paiements : le dirigeant a un intérêt personnel à contester la décision de report** (Com. 5 oct. 2010)

Il résulte des dispositions des articles L. 653-8, alinéa 3, du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et R. 653-1, alinéa 2, du même Code que, pour sanctionner par l'interdiction de gérer le dirigeant de la société débitrice qui n'a pas déclaré la cessation des paiements de celle-ci dans le délai légal, la date de la cessation des paiements à retenir ne peut être différente de celle fixée par le jugement d'ouverture de la procédure collective ou un jugement de report.

Dès lors, le dirigeant a un intérêt personnel à contester la décision de report de la date de cessation des paiements.

## 2. Déroulement de la procédure

### 2.1 Sort des créances

➤ **Date de naissance de la créance de loyers issue d'un crédit-bail** (Com. 12 janv. 2010)

La créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constitue une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture.

➤ **Date de naissance d'une créance de soulte résultant d'un partage** (Com. 3 nov. 2010)

Aux termes de l'article 826 du Code civil, les soultes compensant l'inégalité des lots ne sont dues qu'au moment du partage.

Il en résulte que la soulte due en application d'un partage intervenu après l'ouverture de la procédure est une créance postérieure à cette procédure.

➤ **Chèque : la provision doit exister avant le jugement d'ouverture** (Com. 12 janv. 2010)

Il résulte de la combinaison des articles L. 131-31 du Code monétaire et financier et L. 622-7 du Code de commerce que la provision d'un chèque émis par un tireur avant d'être mis en redressement judiciaire n'est transférée au profit du bénéficiaire qu'autant qu'elle ait existé au jour du jugement d'ouverture.

➤ **Caducité la procédure de distribution d'un prix de cession séquestré avant le jugement d'ouverture** (*Com.*, 8 juin 2010)

La procédure de distribution du prix de cession d'un fonds de commerce ayant fait l'objet, avant le jugement d'ouverture, d'un séquestre conventionnel en cours à la date de ce jugement, ne fait pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture au sens de l'article R. 622-19 du Code de commerce dans sa rédaction issue du décret du 27 juillet 2006.

En conséquence, cette procédure se trouve caduque par l'effet du jugement d'ouverture et les fonds doivent être remis au liquidateur judiciaire.

➤ **Conditions d'habilitation des caisses de mutualité sociale agricole à déclarer les créances de cotisations** (*Ass. plén.* 26 mars 2010)

Les caisses de mutualité sociale agricole tiennent de la loi la possibilité de conclure des conventions avec des organismes administrés paritairement par les organisations professionnelles et syndicales de l'agriculture en vue du recouvrement, pour le compte de ces organismes, des cotisations qui leur sont dues.

Sous condition de la conclusion de telles conventions, elles se trouvent légalement habilitées à déclarer les créances correspondantes sans être tenues de justifier d'un pouvoir spécial.

Doit être cassé l'arrêt de la cour d'appel qui, pour confirmer l'ordonnance du juge-commissaire déclarant la créance éteinte en raison de l'irrégularité de la déclaration de la Caisse, retient que les dispositions de l'article L. 723-7 II du Code rural ne permettent la conclusion de conventions entre les caisses de mutualité sociale agricole et des organismes administrés paritairement qu'à seule fin de recouvrement, pour le compte de ces organismes, des cotisations qui leur sont dues.

Doit également être cassé, l'arrêt de la cour d'appel qui retient qu'un mandat général de recouvrer une créance ne constitue pas le pouvoir spécial exigé par l'article 853, alinéa 3, du Code de procédure civile.

➤ **Déclaration de créance : l'évaluation ne peut être augmentée après l'expiration du délai de déclaration** (*Com.*, 3 nov. 2010)

Le juge qui statue sur l'admission d'une créance au passif doit se prononcer dans les limites du montant indiqué dans la déclaration de cette créance, y compris lorsque, non encore définitivement fixé, il l'a été sur la base d'une évaluation.

Celle-ci ne peut être augmentée après l'expiration du délai légal de déclaration.

➤ **Point de départ du délai de l'action en relevé de forclusion pour un créancier situé à l'étranger** (*Com.*, 16 nov. 2010)

Le règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité renvoie au droit interne de l'État d'ouverture pour la détermination de l'ensemble des règles relatives à la production des créances et à ses suites.

Il résulte des dispositions, ainsi rendues applicables, de l'article L. 622-26, alinéa 3, du Code de commerce dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, que le délai de l'action en relevé de forclusion court à compter de la publication du jugement d'ouverture, sans distinction selon le lieu d'établissement, en France ou à l'étranger, du créancier.

- **Défaut d'avertissement d'avoir à déclarer : le relevé de forclusion n'est pas de droit** (*Com., 8 juin 2010*)

Le défaut d'envoi de l'avertissement prévu à l'article R. 622-21 du Code de commerce au créancier lui-même ou, s'il est en liquidation judiciaire, à son liquidateur n'a pas pour effet de dispenser le créancier retardataire ou son liquidateur, ès qualités, d'établir qu'avant l'expiration du délai de déclaration des créances, sa défaillance n'était pas due à son fait.

- **La sanction résultant de la loi de sauvegarde est l'inopposabilité** (*Com. 3 nov. 2010*)

Il résulte de l'article L. 622-26 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 que, si les créanciers qui n'ont pas déclaré leur créance ne sont pas, sauf à être relevés de la forclusion encourue, admis dans les répartitions et les dividendes, cette créance n'est pas éteinte, mais seulement inopposable à la procédure collective.

- **Indifférence du paiement après ouverture** (*Com., 8 juin 2010*)

Le montant de la créance à admettre doit être celui existant au jour de l'ouverture de la procédure collective, peu important que cette créance ait été payée ultérieurement.

- **Conflit entre le vendeur réservataire et le cessionnaire de la créance du prix revente** (*Com., 14 déc. 2010*)

Le vendeur d'un bien avec réserve de propriété ne peut prétendre à la subrogation réelle sur le prix de revente de ce bien dès lors que l'acquéreur a cédé sa créance, celle-ci étant sortie de son patrimoine antérieurement à la mise en possession réelle du sous-acquéreur.

### 2.2 Contrats en cours

- **Crédit-bail : conséquence de l'absence de publicité** (*Com. 11 mai 2010*)

L'article L. 624-10 du Code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi du 26 juillet 2005, prévoit que le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité.

- **Continuation du bail commercial** (*Com, 2 mars 2010*)

Il résulte des articles L. 622-13, L. 622-14 et L. 631-14 du Code de commerce, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, qu'en cas de redressement judiciaire du locataire, l'envoi par le bailleur d'un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise à l'administrateur judiciaire d'une

mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du bail est sans effet et que le bail n'est pas de plein droit résilié par l'absence de réponse à cette mise en demeure.

Viole l'article L. 622-13, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce, la cour d'appel qui, pour constater la résiliation de plein droit du bail commercial et ordonner l'expulsion du locataire, retient que l'administrateur n'ayant pas répondu dans le délai d'un mois, ce dernier était présumé de façon irréfragable avoir renoncé à la poursuite du contrat de bail.

➤ **Cession de loyers et procédure collective** (Com. 26 mai 2010)

La cession d'une créance à exécution successive comme l'est celle de loyers, organisée entre l'emprunteur et le prêteur, ne constitue qu'une modalité, convenue entre eux, de remboursement du prêt et n'est ni constitutive d'une sûreté, ni assimilable à une saisie-attribution.

### 2.3 Nullités de la période suspecte

➤ **Délai pour agir** (Com., 21 sept. 2010)

L'action en nullité prévue à l'article L. 621-107 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et qui tend à la reconstitution de l'actif du débiteur dans l'intérêt collectif des créanciers, peut être exercée par ses titulaires, notamment le liquidateur judiciaire, aussi longtemps que ces derniers restent en fonction.

➤ **Nullité facultative d'un avis à tiers détenteur délivré en période suspecte** (Com. 12 janv. 2010)

Aux termes de l'article L. 632-2, alinéa 2, du Code de commerce, tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci.

Après avoir constaté que les conditions pour prononcer la nullité d'un avis à tiers détenteur sont réunies, le juge, saisi d'une action en nullité fondée sur cette disposition, jouit de la faculté de prononcer ou non cette mesure.

### 2.4 Plan de cession

➤ **Le commissaire à l'exécution du plan a seul qualité pour recouvrer le prix de cession** (Com. 19 oct. 2010)

Ayant retenu que le commissaire à l'exécution du plan a seul qualité pour recouvrer le prix de cession, une cour d'appel en déduit exactement, d'une part, que la société ne peut se substituer à ce mandataire de justice pour poursuivre le paiement du prix à son seul profit, et d'autre part, qu'elle n'est pas davantage recevable à solliciter cette même somme sous forme de dommages-intérêts à l'encontre des cessionnaires.

- **Une SAFER ne peut se prévaloir d'un droit de préemption sur les biens compris dans le plan de cession totale ou partielle d'une entreprise ordonnée par le tribunal** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mai 2010)

Il résulte de l'article L. 143-4 7° du Code rural, de l'article 165-IV de la loi du 26 juillet 2005 et de l'article L. 642-5 du Code de commerce, qu'une SAFER ne peut se prévaloir d'un droit de préemption sur les biens compris dans le plan de cession totale ou partielle d'une entreprise ordonnée par le tribunal, que celle-ci soit en redressement ou en liquidation judiciaire.

Aussi, une SAFER, candidat repreneur évincé, n'ayant aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Code de procédure civile, ne peut relever appel de la décision du tribunal qui l'a dit irrecevable à préempter et, en application de l'article L. 661-7 du Code de commerce, le pourvoi en cassation n'est pas non plus ouvert à cette société.

- **Le délai d'appel du jugement prononçant la résolution du plan court à compter de la notification** (Com. 13 avril 2010)

En matière de redressement ou de liquidation judiciaires, les voies de recours restent soumises aux conditions de forme et de délai qui leur sont propres, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles tendent à la réformation, à l'annulation ou à la rétractation de la décision attaquée.

A l'exception des décisions mentionnées à l'article L. 623-6 II et III du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le délai d'appel des décisions, tel le jugement statuant sur une demande de résolution du plan de cession, est de dix jours à compter de la notification qui en est faite aux parties.

## 2.5 Liquidation

- **Les salaires du débiteur reviennent au liquidateur à hauteur de leur fraction saisissable** (Com. 13 avril 2010)

La saisie des rémunérations dues par un employeur est soumise aux dispositions du Code du travail.

Si le liquidateur d'un salarié en liquidation judiciaire est fondé à demander à l'employeur le versement entre ses mains des salaires du débiteur qui, à l'exclusion de leur fraction insaisissable, sont appréhendés par l'effet réel de la procédure collective, il doit mettre en œuvre la procédure de saisie des rémunérations ressortissant à la compétence exclusive du tribunal d'instance.

- **Seul le liquidateur peut se prévaloir du dessaisissement du débiteur** (Com., 14 déc. 2010)

La règle du dessaisissement étant édictée dans l'intérêt des créanciers, seul le liquidateur judiciaire peut s'en prévaloir.

Tel n'est pas le cas lorsque le débiteur ayant formé seul une demande en paiement d'une créance, le liquidateur intervient volontairement pour se substituer à lui.

- **L'auteur d'une offre d'acquisition de gré à gré d'un bien immobilier ne peut interjeter appel-nullité du jugement ordonnant l'adjudication** (*Com. 14 déc. 2010*)

L'auteur d'une offre d'acquisition de gré à gré d'un bien immobilier d'un débiteur en liquidation judiciaire n'a aucune prétention à soutenir, fût-il occupant sans droit ni titre.

Il n'est donc pas recevable à interjeter appel-nullité du jugement ayant statué sur le recours formé contre l'ordonnance du juge-commissaire rejetant son offre et ordonnant la vente par adjudication judiciaire de ce bien.

- **La vente d'immeuble ne peut être rescindée pour cause de lésion** (*Civ., 3ème, 6 oct. 2010*)

La vente de l'immeuble d'un débiteur en liquidation judiciaire par le liquidateur, fût-elle de gré à gré, est, selon l'article L. 622-16 du Code de commerce applicable à la cause, une vente qui ne peut être faite que par autorité de justice.

Elle n'est donc pas rescindable pour cause de lésion.

- **Vente de gré à gré d'un élément de l'actif mobilier** (*Com., 7 sept. 2010*)

La vente de gré à gré d'un élément de l'actif mobilier du débiteur en liquidation judiciaire est parfaite dès l'ordonnance du juge-commissaire qui l'autorise, sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée.

La vente n'est réalisée que par l'accomplissement d'actes postérieurs à la décision du juge-commissaire.

## 2.6 Extension de procédure

- **Quid des sociétés situées dans un autre Etat membre de l'UE ?** (*Com. 13 avril 2010*)

Selon l'article 4 du Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'Etat d'ouverture, laquelle détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité et qu'aux termes de l'article L. 621-2 du Code de commerce, la procédure ouverte en France peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes, à cette fin le tribunal ayant ouvert la procédure initiale restant compétent.

Selon la Cour, l'impossibilité de démêler les liens entre deux sociétés dont les patrimoines sont confondus impose l'unicité de procédure et de compétence prévue à l'article L. 621- 2.

Toutefois, si le constat de la confusion des patrimoines permet, en droit interne, l'extension de la procédure collective, extension qui emporte unicité de la procédure collective, ce constat est sans incidence sur la personnalité juridique des deux sociétés. Se pose, néanmoins, la question de la compatibilité de cette règle de droit interne avec les règles de compétence posées par le Règlement.

Or, au vu des textes et de la jurisprudence de la CJCE, il apparaît que l'action aux fins d'extension pourrait, d'un côté, s'analyser comme une action en ouverture d'une procédure

d'insolvabilité ou de l'autre, appartenir à la catégorie des actions qui dérivent directement de la procédure initiale et qui s'y insèrent étroitement.

En conséquence, la Cour de cassation sursoit à statuer et renvoie à la CJUE aux fins de répondre à deux questions :

- lorsqu'une juridiction d'un Etat membre ouvre la procédure principale d'insolvabilité d'un débiteur, en retenant que le centre de ses intérêts principaux est situé sur le territoire de cet Etat, le Règlement s'oppose-t-il à l'application par cette juridiction d'une règle de son droit national lui donnant compétence pour étendre la procédure à une société dont le siège statutaire est fixé dans un autre Etat membre, sur le seul fondement de la constatation d'une confusion des patrimoines du débiteur et de cette société ?
- si l'action aux fins d'extension doit s'analyser comme l'ouverture d'une nouvelle procédure d'insolvabilité, subordonnée, pour que le juge de l'Etat membre initialement saisi puisse en connaître, à la démonstration que la société visée par l'extension ait dans cet Etat le centre de ses intérêts principaux, cette démonstration peut-elle découler du seul constat de la confusion des patrimoines ?

## Droit pénal des affaires

### 1. Procédure pénale

- **Le Parquet français n'est pas une autorité judiciaire indépendante au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme** (CEDH, 23 nov. 2010, req. n° 37104/06)

Du fait de leur statut, les membres du ministère public en France ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif.

Ces derniers ne sont donc pas des magistrats au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, aux termes duquel toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires.

- **Le Parquet n'est pas une autorité judiciaire au sens de la CEDH** (Crim., 15 déc. 2010)

C'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante.

L'arrêt n'encourt toutefois pas la censure, dès lors que le demandeur a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par ledit texte conventionnel.

➤ **La garde à vue française n'est pas conforme à la CEDH (Crim., 19 oct. 2010, 1er arrêt – 2ème arrêt – 3ème arrêt)**

Dans trois arrêts rendus le 19 octobre 2010, la Chambre criminelle de la Cour de cassation juge que la garde à vue française n'est pas conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme des libertés fondamentales.

Elle considère que, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat. (1er arrêt)

Elle estime, par ailleurs, que doivent être annulés des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, dès lors que la personne gardée à vue avait bénéficié de la présence d'un avocat mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer (2ème arrêt).

Est, enfin, jugée contraire à l'exigence d'un procès équitable, l'absence d'information de la personne mise en examen sur le droit qui est le sien de garder le silence. (3ème arrêt)

Néanmoins, dans un but de sauvegarde de la sécurité juridique et de bonne administration de la justice, la Cour précise que les règles ainsi énoncées prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1er juillet 2011.

➤ **Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : l'article 495-15-1 du C.P.P. n'est pas contraire à la Constitution (Cons. Const., Décision n° 2010-77 QPC, 10 déc. 2010)**

L'article 495-15-1 du Code de procédure pénale autorise le procureur de la République à recourir simultanément à la convocation d'une personne selon la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et à la convocation en justice de cette personne en application de l'article 390-1 du même code.

Cette disposition n'est contraire à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit.

➤ **Lutte contre la corruption : recevabilité de la constitution de partie civile d'une association (Crim., 9 nov. 2010)**

Pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale.

Dès lors, à les supposer établis, les délits poursuivis, spécialement le recel et le blanchiment en France de biens financés par des détournements de fonds publics, eux-mêmes favorisés par des pratiques de corruption mais distincts de cette infraction, seraient de nature à causer

à l'association en cause un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission, rendant recevable sa constitution de partie civile.

- **L'action publique dirigée contre une personne morale en liquidation judiciaire nécessite la désignation d'un mandataire spécial** (*Crim. 10 fév. 2010*)

Aux termes de l'article L. 622-9 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005, le liquidateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce lors du placement en liquidation judiciaire de la personne morale, ne représente le débiteur que pour les actions à caractère patrimonial.

Aux termes de l'article 706-43 du Code de procédure pénale, lorsque l'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale en liquidation judiciaire, il doit lui être désigné aussi un mandataire de justice pour la représenter.

Viola les deux articles susvisés, une cour d'appel qui, pour écarter le moyen pris de l'irrecevabilité des poursuites pénales à l'encontre de la société en ce qu'elle est représentée par le liquidateur judiciaire, retient que celui-ci a qualité pour représenter la personne morale.

## 2. Fiscal - Visites domiciliaires

- **QPC : le régime des perquisitions fiscales de la LME est conforme à la Constitution** (*Décision n° 2010-19/27, 30 juil. 2010*)

Par une décision rendue le 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel décide que les 1° et 3° du paragraphe IV de l'article 164 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ainsi que l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, qui fixent les conditions dans lesquelles l'administration fiscale peut effectuer des perquisitions chez un contribuable suspecté de se soustraire à l'établissement ou au paiement de l'impôt, sont conformes à la Constitution.

- **Visites domiciliaires de l'administration fiscale : conventionalité du recours prévu par la loi du 4 août 2008** (*Com. 2 fév. 2010*)

L'article 164 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie prévoit la faculté de faire appel de l'ordonnance du juge autorisant les perquisitions auprès du premier président de la cour d'appel dans les quinze jours suivant la remise des procès-verbaux de visite domiciliaire. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel, est susceptible d'un pourvoi en cassation dans un délai de 15 jours.

Le recours prévu par la loi du 4 août 2008 ne méconnaît pas les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquelles n'imposent pas l'existence d'un double degré de juridiction.

➤ **Visites domiciliaires et saisies fiscales : personnes habilités à solliciter une autorisation et exercice des recours** (*Com.*, 7 déc. 2010 – 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt – 3<sup>ème</sup> arrêt)

Les agents de la Direction générale des impôts ayant au moins le grade d'inspecteur habilités par le directeur général des Impôts à effectuer les visites et saisies prévues à l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, ont, comme le directeur des services fiscaux, qualité pour saisir l'autorité judiciaire de la demande d'autorisation exigée par la loi. (1<sup>er</sup> arrêt)

Ayant retenu que la demande aux fins d'annulation d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé les agents de l'administration des impôts à procéder, conformément aux dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, à des opérations de visites et saisies dans des locaux, faite sous la forme de conclusions d'intervention volontaire, n'était pas recevable, peu important que les demandeurs n'aient pas été informés par l'administration de la possibilité de faire appel, le premier président, qui a ainsi fait ressortir qu'elles étaient titulaires du droit d'appel, en a exactement déduit qu'elles ne pouvaient intervenir volontairement. (2<sup>ème</sup> arrêt)

Un appel de l'ordonnance et un recours contre les opérations de saisie peuvent, en application de l'article 164 IV,1, d de la loi du 4 août 2008, être formés lorsqu'à partir d'éléments obtenus par l'administration dans le cadre d'une procédure de visite et de saisie, des impositions ont été établies ou des rectifications effectuées, et qu'elles font ou sont encore susceptibles de faire l'objet, à la date de l'entrée en vigueur de la loi, d'une réclamation ou d'un recours contentieux devant le juge. (3<sup>ème</sup> arrêt)

➤ **Visites domiciliaires de l'administration fiscale : la faculté de consultation du dossier au greffe prévue par le livre des procédures fiscales ne dispense pas l'administration de communiquer à la partie qui le demande les pièces dont elle fait état** (*Com.* 2 fév. 2010, 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt)

L'article L. 16 B du livre des procédures fiscales permet à l'administration fiscale de se faire autoriser par l'autorité judiciaire à effectuer une perquisition chez un contribuable suspecté de fraude fiscale.

Il incombe ensuite à l'administration fiscale de déposer les pièces visées à l'appui de la requête au greffe pour en permettre la consultation par le contribuable.

La faculté de consultation du dossier au greffe, prévue par l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, ne dispense pas l'administration de communiquer à la partie qui le demande les pièces dont elle fait état.

### 3. Infractions économiques

➤ **Revente à perte : la non-rétroactivité de l'abaissement du seuil n'est pas contraire à la constitution** (*Cons. Const.*, Décision n° 2010-74 QPC, 3 déc. 2010)

La première phrase du premier alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce punit « *le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif* ».

Les paragraphes I à III de l'article 47 précité prévoient de nouvelles modalités de détermination du prix d'achat effectif tendant à abaisser le seuil de revente à perte.

La précédente définition de ce seuil était inhérente à la législation économique antérieure résultant notamment de la loi du 1er juillet 1996 susvisée.

Dès lors, en écartant l'application immédiate des paragraphes I à III de l'article 47, le paragraphe IV du même article n'a pas porté atteinte au principe de nécessité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration de 1789.

- **Publicité mensongère : la publication systématique du jugement est conforme à la Constitution** (*Cons. const. n° 2010-41 QPC, 29 sept. 2010*)

Le Conseil constitutionnel juge conforme à la Constitution l'article L. 121-4 du Code de la consommation qui impose au juge d'ordonner la publication de la décision de condamnation pour publicité mensongère.

Il précise toutefois qu'il appartient au juge de fixer, en application de l'article 131-35 du Code pénal, les modalités de cette publication, qui peut varier dans son importance et dans sa durée

- **Abus de confiance des membres d'un comité d'entreprise** (*Crim., 30 juin 2010*)

Constitue un détournement caractérisant un abus de confiance le fait, pour le trésorier et le trésorier adjoint d'un comité d'entreprise, d'avoir, outrepassant leur mandat, attribué, à l'insu du président, de manière irrégulière et pour un montant global dépassant celui prévu pour l'aide sociale, des prêts sociaux aux salariés en grève, alors que certains ne pouvaient juridiquement y prétendre.

## Immobilier - Construction

### 1. Baux

#### 1.1 Bail commercial

##### 1.1.1. Généralités

- **Nullité de la clause qui oblige le preneur à adhérer à une association** (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 2010*)

La clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue.

- **Inefficacité des baux dérogatoires frauduleux** (*Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 avril 2010*)

Selon l'article L. 145-5 du Code de commerce, il est permis aux parties, lors de l'entrée dans les lieux loués à destination commerciale, de déroger aux dispositions du statut des baux

commerciaux à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à deux ans. Si, à l'expiration de cette durée, le locataire reste et est laissé en possession des lieux loués, il s'opère un nouveau bail qui est réglé par les dispositions des baux commerciaux. Et il en est de même, à l'expiration de cette durée, en cas de renouvellement exprès du bail ou de conclusion, entre les mêmes parties, d'un nouveau bail pour le même local.

Commet une fraude à la loi le bailleur qui consent plusieurs baux dérogatoires successifs et insère une clause prévoyant la renonciation du locataire au bénéfice du statut des baux commerciaux.

La fraude commise lors de la conclusion de baux dérogatoires successifs interdit au bailleur de se prévaloir de la clause de renonciation au statut des baux commerciaux.

➤ **Exclusion du domaine public** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2010)

Aux termes des articles L. 145-2, I, 3° du Code de commerce, ensemble l'article L. 145-1 du même code, les parties ne peuvent choisir de soumettre leurs relations locatives au statut des baux commerciaux lorsqu'elles portent sur des biens appartenant au domaine public.

Il n'est pas loisible aux parties de soumettre leurs rapports à la législation afférente aux baux commerciaux.

1.1.2. *Loyer*

➤ **L'impact d'une modification des facteurs locaux de commercialité doit être apprécié en tenant compte de l'activité du sous-locataire** (Civ., 3<sup>ème</sup> 8 déc. 2010)

L'intérêt que présente une modification des facteurs locaux de commercialité doit être apprécié au regard de la ou des activités commerciales exercées dans les locaux loués, sans qu'il y ait lieu d'exclure de cet examen l'activité d'un sous-locataire.

➤ **La saisine préalable de la commission de conciliation n'est pas requise à peine d'irrecevabilité** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2010)

L'article L. 145-35 du Code de commerce ne prescrit pas la saisine préalable obligatoire de la commission départementale de conciliation avant celle du juge des loyers à peine d'irrecevabilité.

1.1.3. *Clause résolutoire*

➤ **Nullité de la clause résolutoire stipulant un délai inférieur à un mois** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 8 déc. 2010)

La mention, dans la clause résolutoire d'un bail commercial, d'un délai de quinze jours, tient en échec les dispositions d'ordre public de l'article L. 145-41 du Code de commerce, aux termes duquel toute clause prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux.

Ladite clause est donc entachée de nullité en son entier, conformément à l'article L. 145-15 du même Code qui édicte la nullité de toute clause ayant pour effet de faire échec aux dispositions de l'article L. 145-41.

- **Interprétation restrictive de la clause résolutoire faisant peser les grosses réparations sur le preneur** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 29 sept. 2010)

La clause d'un bail stipulant que le preneur aura la charge des grosses réparations et celle du clos et du couvert doit être interprétée restrictivement.

Elle ne peut donc inclure la réfection totale de la toiture de l'un des bâtiments compris dans l'assiette du bail.

- **La clause résolutoire ne joue qu'en cas de manquement à une obligation expresse** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 15 sept. 2010)

La résiliation de plein droit d'un bail commercial par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées dans ce bail.

- **La clause résolutoire ne doit pas être mise en œuvre à des fins de concurrence** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 10 nov. 2010)

Ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui déclare acquise la clause résolutoire d'un bail commercial pour défaut de paiement du loyer, sans rechercher, comme il lui était demandé, si le bailleur n'avait pas mis en œuvre cette clause de mauvaise foi, dans l'objectif de faire cesser une exploitation concurrente d'un commerce qu'il possédait par ailleurs.

- **La suspension de la clause résolutoire suppose que des délais aient été accordés au preneur** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 avril 2010)

Aux termes de l'article L. 145-41 du Code de commerce, les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets de la clause de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge.

Les effets de la clause résolutoire d'un bail commercial ne peuvent être suspendus qu'à la condition que des délais soient accordés au preneur.

- **Le preneur qui assigne le bailleur en nullité d'un commandement de payer visant la clause résolutoire agit par voie d'action et ne peut donc invoquer le principe de perpétuité de l'exception de nullité** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 fév. 2010)

Le preneur qui a assigné en nullité d'un commandement de payer et d'une clause litigieuse du bail n'agit pas par voie d'exception mais par voie d'action. Il ne peut, en conséquence, se prévaloir du principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle.

1.1.4. Cession de bail

- **La signification de la cession faite par voie de conclusions ne nécessite pas l'acceptation du bailleur** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 fév. 2010)

Aux termes de l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

La signification d'une cession de droit au bail, faite en cours de bail par voie de conclusions à l'occasion d'une instance, ne nécessite pas l'acceptation du bailleur pour rendre cette cession opposable à ce dernier.

- **La substitution de garantie en cas de changement de preneur doit être demandée par le bailleur** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 15 sept. 2010)

Selon l'article L. 145-16, alinéa 3 du Code de commerce, en cas de cession, de fusion ou d'apport, si l'obligation de garantie pesant sur le cédant d'un bail commercial ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il juge suffisantes.

Une substitution de garantie pouvant être demandée au tribunal à l'initiative de l'une ou l'autre partie et aucun délai n'étant prévu pour former cette demande, la cession du bail d'un preneur en liquidation judiciaire, sans mention de la clause de garantie solidaire mise à la charge du cédant, est régulière dès lors que le bailleur n'a pas sollicité cette substitution.

- **La cession de fonds de commerce emporte en principe cession de la créance d'indemnité d'éviction et du droit au maintien dans les lieux** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 fév. 2010)

Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, celui-ci doit, sauf exceptions prévues aux articles L. 145-17 et suivants du Code de commerce, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement.

Sauf clause contraire incluse dans l'acte, toute cession de fonds de commerce emporte cession de la créance d'indemnité d'éviction due au cédant et du droit au maintien dans les lieux, cette cession pouvant valablement intervenir jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction

1.1.5. Congé

- **Le délai de contestation du congé est susceptible d'interruption** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 2 juin 2010)

Les dispositions générales de l'article 2246 ancien du Code civil, aux termes desquelles la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription, sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas d'incompétence.

Dès lors, une citation en justice, donnée même devant un juge incompetent, interrompt le délai biennal de forclusion ouvert au preneur à bail commercial pour contester le congé délivré par le bailleur.

- **Caractère fautif de l'exercice du droit de repentir** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2010)

L'exercice par le bailleur de son droit de repentir est fautif, et donc nul, lorsque le but poursuivi est de faire échec à tout risque de paiement d'une indemnité d'éviction.

## 1.2 Bail d'habitation

- **Le propriétaire est lié par son offre de vente jusqu'à l'expiration des deux premiers mois du délai de préavis** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mai 2010)

Selon l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989, lorsqu'il est fondé sur la décision de vendre le logement, le congé doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente projetée ; il vaut offre de vente au profit du locataire ; l'offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis.

Viola ce texte, une cour d'appel qui, pour rejeter la demande de nullité de la vente consentie à un tiers, retient que si les propriétaires avaient eu initialement l'intention de vendre un appartement libre de toute occupation et notifié aux locataires une offre de vente valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis, il ne leur était pas interdit de changer d'avis pour, en définitive, vendre leur bien occupé deux mois après la date du congé.

## 2. Vente d'immeuble

- **Promesse de vente : restitution de l'indemnité d'immobilisation lorsque la non réalisation de la vente n'est pas imputable au bénéficiaire** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 15 déc. 2010)

L'indemnité d'immobilisation versée à l'occasion de la signature d'une promesse de vente doit être restituée au bénéficiaire lorsque la non réalisation de la vente ne lui est pas imputable, et ce même s'il a renoncé à se prévaloir de la condition suspensive.

- **Il ne peut être imposé au notaire d'obtenir la délivrance d'un état de l'immeuble préalablement à la conclusion d'une promesse de vente** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2010)

Il ne peut être imposé au notaire d'obtenir la délivrance d'un état de l'immeuble préalablement à la conclusion d'une promesse de vente, dès lors que cet avant-contrat est précisément destiné à arrêter la volonté des parties sans attendre l'expiration des délais utiles à l'obtention des documents administratifs et hypothécaires nécessaires à la perfection de la vente.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel, ayant constaté que le notaire, après avoir recueilli la déclaration de la commune attestant de l'absence de servitude, avait inséré dans la promesse une condition suspensive protégeant les droits de l'acquéreur pour le cas où cette déclaration serait inexacte, n'a pu qu'en déduire que l'officier public n'avait pas commis de faute.

➤ **Vente sous condition suspensive : charge de la preuve** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 oct. 2010)

Les acquéreurs d'un immeuble sous condition suspensive d'obtention d'un crédit ayant présenté une demande de prêt conforme aux caractéristiques stipulées, il appartenait aux vendeurs de rapporter la preuve que ces acquéreurs avaient empêché l'accomplissement de la condition.

➤ **La vente d'un immeuble indivis faite par un seul des indivisaires est valable pour la portion indivise qui lui appartient** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 mai 2010)

L'article 815-3 alinéa 7 du Code civil précise que le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressort pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°.

La vente d'un immeuble indivis constitue un acte de disposition, lequel doit alors emporter le consentement de l'ensemble des indivisaires. La vente faite par un seul des indivisaires n'est valide que pour la quote-part appartenant à l'indivisaire signataire.

➤ **VEFA : le dépôt de garantie est requis à peine de nullité** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 sept. 2010)

La vente en l'état futur d'achèvement peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble ; le dépôt de garantie est fait à un compte spécial ouvert au nom du réservataire dans une banque ou un établissement spécialement habilité à cet effet ou chez un notaire.

L'absence de remise du dépôt de garantie sur un compte spécial ouvert au nom du réservataire entraîne la nullité du contrat de réservation.

➤ **Vente d'immeuble à construire : la consignation du solde du prix vaut paiement** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 15 déc. 2010)

Aux termes de l'article R. 261-14 du Code de la construction et de l'habitation, le solde du prix de vente est payable lors de la mise du local à la disposition de l'acquéreur, mais peut être consigné en cas de contestation sur la conformité avec les prévisions du contrat.

La consignation valant paiement, le vendeur qui y a procédé sur autorisation judiciaire est fondé à exiger la remise des clés.

➤ **Marchand de biens : la fusion-absorption n'est pas une revente au sens de l'article 1115 du Code général des impôts** (Com. 7 avril 2010)

Aux termes de l'article 1115 du Code général des impôts, sous réserve des dispositions de l'article 1020, les acquisitions d'immeubles, de fonds de commerce ainsi que d'actions ou parts de sociétés immobilières réalisées par des personnes assujetties au sens de l'article 256 A sont exonérées des droits et taxes de mutation quand l'acquéreur prend l'engagement de revendre dans un délai de cinq ans.

Doit être approuvée une Cour d'appel qui, pour rejeter une demande de dégrèvement mise à la charge de la société absorbante, considère que, par opération de fusion-absorption, la société absorbante recueille l'intégralité du patrimoine de la société absorbée et se substitue à celle-ci dans tous ses droits et obligations.

La transmission ainsi opérée ne peut être assimilée à une revente au sens de l'article 1115 du Code général des impôts. La société absorbante est ainsi tenue de respecter l'engagement de revente pris par la société absorbée, peu important à cet égard les stipulations du traité de fusion.

### 3. Agent immobilier

- **La remise immédiate d'un des exemplaires du mandat exclusif est exigée pour sa validité même** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 fév. 2010)

La remise immédiate d'un des exemplaires du mandat comportant une clause d'exclusivité est exigée pour sa validité même.

La remise tardive d'un exemplaire du mandat entache la validité du mandat en son entier.

- **Effet de la nullité du mandat sur le protocole transactionnel** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2010)

Le protocole transactionnel conclu entre une agence immobilière et ses clients vendeurs, à la suite du refus, par ces derniers, de signer le compromis de vente, doit être rescindé lorsqu'il repose sur un mandat de vente annulé (sol. impl.).

- **Le mandat préalable exclut l'acte de démarchage** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janv. 2010)

Ne constitue pas un acte de démarchage la transmission, faite au domicile des vendeurs, d'une offre d'achat, par un agent immobilier auquel ceux-ci avaient précédemment confié un mandat de recherche d'acquéreurs pour le bien considéré.

- **Commission de l'agent : notion d'opération effectivement conclue** (Civ., 1<sup>ère</sup>, 9 déc. 2010)

L'acte écrit contenant l'engagement des parties, auquel l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970 subordonne le droit à rémunération ou à commission de l'agent immobilier par l'intermédiaire duquel l'opération a été conclue, n'est pas nécessairement un acte authentique. Il peut s'agir d'un acte sous seing privé.

- **Droit à la commission en cas de mandat non exclusif** (Civ., 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2010)

Lorsque le mandant a donné à un mandataire le mandat non exclusif de rechercher un bien, il n'est tenu de payer une rémunération qu'à l'agent immobilier par l'entremise duquel l'opération a été effectivement conclue, au sens de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970, et cela, même si le bien lui avait été précédemment présenté par le mandataire initial.

Le mandataire initial pourrait cependant prétendre à l'attribution de dommages et intérêts en prouvant une faute du mandant qui, par abus de sa part et compte tenu des diligences accomplies, l'aurait privé de la réalisation de l'acquisition.

➤ **La lettre du vendeur ne vaut pas contrat écrit** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 avril 2010, inédit)

Aux termes des articles 1er et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, qui sont d'ordre public, les conventions conclues avec les personnes physiques ou morales se livrant ou prêtant leur concours, d'une manière habituelle, aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives, notamment, à une vente d'immeubles, doivent être rédigées par écrit.

Aux termes de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1970, le titulaire de la carte professionnelle "*transactions sur immeubles et fonds de commerce*" doit détenir un mandat écrit précisant son objet.

Il en résulte que la constatation du défaut de contrat écrit interdit de retenir que l'agent immobilier a reçu un mandat de vente.

➤ **Sauf stipulation d'irrévocabilité, la révocation partielle du mandat est, comme sa révocation totale, laissée à la discrétion du mandant** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 fév. 2010)

Aux termes de l'article 2004 du Code civil, le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble.

Sauf stipulation d'irrévocabilité, la révocation partielle du mandat est, comme sa révocation totale, laissée à la discrétion du mandant, le mandataire pouvant renoncer au mandat ainsi modifié.

## 4. Construction

➤ **Responsabilité pénale et civile du dirigeant qui ouvre un chantier sans assurance** (Com., 28 sept. 2010)

Le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile personnelle à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice.

Il en est ainsi du gérant qui a sciemment accepté d'ouvrir un chantier sans que la société soit couverte par une assurance garantissant la responsabilité décennale des constructeurs.

➤ **Responsabilité du « constructeur-vendeur » à raison des dommages-intermédiaires** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 nov. 2010)

La personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire, est réputée constructeur en application de l'article 1792-1 2°, du Code civil. A ce titre, elle est tenue d'une responsabilité pour faute prouvée en ce qui concerne les dommages intermédiaires.

- **Responsabilité de l'entrepreneur principal qui prive le sous-traitant d'une partie de son droit à paiement direct (Com., 3 nov. 2010)**

L'entrepreneur principal qui, par l'effet d'un avenant conclu avec le maître de l'ouvrage, prive le sous-traitant accepté d'une partie de son droit à paiement direct, peut engager sa responsabilité civile délictuelle à l'égard du cessionnaire des créances de ce sous-traitant.

- **L'architecte ne répond pas de plein droit de la méconnaissance de normes parasismiques dépourvues de force obligatoire (Civ., 3<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010)**

Ayant relevé que les normes parasismiques n'avaient pas, à la date de la délivrance du permis de construire de caractère obligatoire, ce dont il résultait qu'elles n'entraient pas, en l'absence de stipulations contractuelles particulières, dans le domaine d'intervention de l'architecte, une cour d'appel ne pouvait retenir la responsabilité de ce dernier du seul fait de la non-conformité de l'immeuble auxdites normes.

- **Le vendeur professionnel de matériaux doit se renseigner sur les besoins de l'acheteur (Civ., 1<sup>ère</sup>, 28 oct. 2010)**

Le vendeur professionnel est tenu, à l'égard de l'acheteur, d'une obligation de conseil qui lui impose de se renseigner sur les besoins de ce dernier afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée (en l'occurrence, des lots de carrelage) à l'utilisation qui en est prévue.

Et il lui incombe de prouver qu'il s'est acquitté de cette obligation.

- **Notion de réception des travaux au sens de l'article 1642-1 du Code civil (Civ., 3<sup>ème</sup>, 4 nov. 2010)**

Aux termes de l'article 1642-1 du Code civil, le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents.

La réception des travaux résulte de l'acte passé entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs, et la participation des acquéreurs à cette réception n'a aucun effet juridique.

- **Sous-traitance et cautionnement de l'entrepreneur principal : portée de l'obligation pesant sur le maître de l'ouvrage (Civ., 3<sup>ème</sup>, 8 sept. 2010)**

Aux termes de l'article 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, le maître de l'ouvrage a l'obligation d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni une caution.

Cette obligation inclut la vérification de l'obtention, par l'entrepreneur, de cette caution ainsi que la communication au sous-traitant de l'identité de l'organisme de caution et des termes de cet engagement.

Le juge doit donc vérifier les moyens mis en œuvre par le maître de l'ouvrage pour contraindre l'entrepreneur principal à respecter ses obligations.

➤ **Garantie de paiement des entrepreneurs exigée en cours de contrat (Civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2010)**

Aux termes de l'article 1799-1 du Code civil, le maître de l'ouvrage, qui conclut un marché de travaux privé visé au 3° de l'article 1779, doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

Cela étant, la possibilité d'une compensation future avec une créance du maître de l'ouvrage, même certaine en son principe, ne dispense pas celui-ci de l'obligation légale de fournir la garantie de paiement du solde dû sur le marché.

➤ **Le gestionnaire d'un compte prorata n'est pas un mandataire (Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 janv. 2010)**

Le gestionnaire d'un compte *prorata*, n'a pas, sauf convention spéciale, la qualité de mandataire des autres intervenants sur le chantier.

Il en résulte qu'un tiers traitant avec ce gestionnaire ne peut agir contre ces derniers en paiement de prestations qui lui ont été commandées par ledit gestionnaire.

## 5. Copropriété

➤ **Vente de lots en l'absence de règlement de copropriété (Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 nov. 2010)**

L'absence de rédaction et de publication d'un règlement de copropriété ne fait pas obstacle à la vente de lots de copropriété dès lors qu'ils sont individualisés et qu'il n'en résulte aucune confusion avec les lots d'un autre copropriétaire.

➤ **Les décisions d'assemblées générales sont immédiatement exécutoires (Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 juin 2010)**

Sauf disposition contraire, les décisions d'assemblées générales sont immédiatement exécutoires.

➤ **Vacance de plus du quart des sièges du conseil syndical (Civ., 3<sup>ème</sup>, 6 oct. 2010)**

Il résulte de l'article 25 du décret du 17 mars 1967, ensemble les articles 21 et 25 c de la loi du 10 juillet 1965, que le conseil syndical n'est plus régulièrement constitué si plus d'un quart des sièges devient vacant pour quelque cause que ce soit.

Cependant, la vacance de plus du quart des sièges du conseil syndical ne met pas fin au mandat des membres restants.

## 6. Divers

- **La cession forcée de mitoyenneté de l'article 661 du Code civil est conforme à la Constitution** (*Cons. const. 12 nov. 2010, n°2010-60 QPC*)

Aux termes de l'article 661 du Code civil, tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de la dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûté la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. La dépense que le mur a coûté est estimée à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté, compte tenu de l'état dans lequel il se trouve.

Cette disposition est conforme aux articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789.

- **Servitude de passage : le droit de faire passer des canalisations doit être prévu dans le titre** (*Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 avril 2010*)

Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

Une servitude de passage ne confère le droit de faire passer des canalisations dans le sous-sol de l'assiette de la servitude que si le titre instituant cette servitude le prévoit.

- **Le pétitoire rend sans objet le possessoire s'il tend aux mêmes fins** (*Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 janv. 2010*)

L'action pétitoire engagée postérieurement à l'action possessoire rend celle-ci sans objet lorsqu'elle tend aux mêmes fins.

## Distribution - Concurrence

### 1. Contrats de distribution

#### 1.1 Agents commerciaux

- **Agent commercial indépendant : incidence de la faute commise en cours de préavis sur le droit à indemnité de clientèle** (*CJUE, Aff. C-203/09, 28 oct. 2010*)

La directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, concernant les agents commerciaux indépendants, s'oppose à ce qu'un agent commercial indépendant soit privé de son indemnité de clientèle lorsque le commettant établit l'existence d'un manquement de l'agent commercial ayant eu lieu après la notification de la résiliation du contrat moyennant préavis et avant l'échéance de celui-ci, qui était de nature à justifier une résiliation sans délai du contrat en cause.

➤ **Conditions d'application du statut** (*Com.*, 29 juin 2010)

Une cour d'appel ne peut requalifier en agence commerciale un contrat de commission conclu entre deux sociétés sans rechercher laquelle de ces deux sociétés avait la qualité juridique de vendeur.

Par ailleurs, le fait que la société revendiquant le statut d'agent commercial ait été titulaire du bail commercial était un élément essentiel pour déterminer si elle avait la qualité de commerçant qu'un agent commercial ne peut posséder.

Enfin, l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre.

➤ **Compétence juridictionnelle en cas de fourniture de services dans plusieurs États membres** (*Arrêt CJUE*, 11 mars 2010, *aff. C-19-09*)

Aux termes de l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le tribunal compétent pour connaître de toutes les demandes fondées sur le contrat est celui dans le ressort duquel se trouve le lieu de la fourniture principale des services.

Pour un contrat d'agence commerciale, ce lieu est celui de la fourniture principale des services de l'agent, tel qu'il découle des dispositions du contrat ainsi que, à défaut de telles dispositions, de l'exécution effective de ce contrat et, en cas d'impossibilité de le déterminer sur cette base, celui où l'agent est domicilié.

### 1.2 Concession, franchise, location-gérance

➤ **La clause de non-réaffiliation n'est pas une clause de non-concurrence** (*Com.*, 28 sept. 2010)

La clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice, par le franchisé, d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau.

Doit donc être cassé l'arrêt qui, pour rejeter la demande d'un franchiseur concernant la violation par ses franchisés de la clause de non-réaffiliation, retient que cette clause doit s'analyser comme une clause de non-concurrence, en ce qu'elle restreint la possibilité de l'ancien franchisé de poursuivre son activité dans les mêmes conditions avec une enseigne concurrente.

➤ **La présentation du marché local spontanément fournie par le franchiseur doit être sincère** (*Com.* 19 janv. 2010)

La loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau l'obligation de fournir une étude du marché local et il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise.

Néanmoins, dans le cas où une telle information est spontanément donnée par le franchiseur, elle doit être sincère.

➤ **Location-gérance : incidence d'une cessation temporaire d'activité** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 15 sept. 2010)

La cessation temporaire d'activité n'implique pas, en elle-même, la disparition de la clientèle.

Ayant souverainement relevé que l'interruption temporaire d'exploitation à la suite du décès de l'exploitant n'avait pas affecté l'achalandage attaché au fonds et que, tout comme l'achalandage, la clientèle n'avait pas davantage pâti de l'interruption de l'exploitation, s'étant naturellement reconstituée dès la réouverture du fonds au public, la cour d'appel a ainsi caractérisé l'existence d'une clientèle actuelle et certaine et non future ou potentielle.

Elle en a déduit, à bon droit, que le fonds de commerce litigieux n'avait pas disparu à la date de la conclusion du contrat de location-gérance.

## 2. Consommation

➤ **Vente à distance : le droit de rétractation du consommateur exclut l'imputation des frais d'expédition** (CJUE, 15 avril 2010, aff. C-511/08)

La directive 97/7 du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, prévoit qu'un consommateur peut se rétracter d'un contrat conclu à distance dans un délai d'au moins sept jours ouvrables, sans pénalités et sans indication du motif.

Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, le fournisseur doit lui rembourser les sommes versées, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises.

Cette directive s'oppose à une réglementation nationale qui permet au fournisseur, dans un contrat conclu à distance, d'imputer les frais d'expédition des marchandises au consommateur lorsque ce dernier exerce son droit de rétractation.

➤ **L'action d'une association de consommateurs en cessation ou en interdiction d'un agissement illicite ne suppose pas nécessairement une infraction pénale** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2010)

Aux termes de l'article L. 421-2 du Code de la consommation, les associations de consommateurs peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite.

L'article L. 421-6 du même code permet aux associations agréées de consommateurs d'agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive 98/27/CE.

L'agissement illicite, au sens des articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation, n'est pas nécessairement constitutif d'une infraction pénale.

➤ **Publicité comparative en matière d'aliments (CJUE, Aff. C-159/09, 18 nov. 2010)**

La directive 84/450 du 10 septembre 1984 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, modifiée en 1997, doit être interprétée en ce sens que la seule circonstance que les produits alimentaires diffèrent quant à leur comestibilité et quant au plaisir qu'ils procurent au consommateur, en fonction des conditions et du lieu de leur fabrication, de leurs ingrédients et de l'identité de leur fabricant, n'est pas de nature à exclure que la comparaison de tels produits puisse satisfaire à l'exigence voulant que ceux-ci répondent aux mêmes besoins ou aient le même objectif, c'est-à-dire qu'ils présentent entre eux un degré d'interchangeabilité suffisant.

La même directive doit être interprétée en ce sens qu'une publicité peut revêtir un caractère trompeur, notamment:

- s'il est constaté, eu égard à toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce, et notamment aux indications ou aux omissions dont s'accompagne cette publicité, que la décision d'achat d'un nombre significatif de consommateurs auxquels elle s'adresse est susceptible d'être prise dans la croyance erronée que la sélection de produits opérée par l'annonceur est représentative du niveau général des prix de ce dernier par rapport à celui pratiqué par son concurrent, et que, dès lors, ces consommateurs réaliseront des économies de l'ordre vanté par ladite publicité en effectuant régulièrement leurs achats de biens de consommation courante auprès de l'annonceur plutôt qu'auprès dudit concurrent, ou encore dans la croyance erronée que tous les produits de l'annonceur sont moins chers que ceux de son concurrent,
- ou s'il est constaté que, aux fins d'une comparaison effectuée sous l'angle exclusif du prix, ont été sélectionnés des produits alimentaires qui présentent pourtant des différences de nature à conditionner de manière sensible le choix du consommateur moyen, sans que lesdites différences ressortent de la publicité concernée.

➤ **Les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010, inédit)**

Les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant.

Le tribunal aurait ainsi dû rechercher si, comme le soutenait le cocontractant, son consentement avait été influencé par les documents considérés.

### 3. Pratiques commerciales déloyales

➤ **Ventes liées : position du droit européen** (CJUE, 11 mars 2010, aff. C-522/08)

La directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs s'oppose à une réglementation nationale qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur.

Une réglementation nationale qui interdit qu'une entreprise subordonne la conclusion d'un contrat de fourniture de services de télécommunications à la conclusion par l'utilisateur final d'un contrat de fourniture d'autres services afin de protéger les utilisateurs finaux, ne saurait être interdite par les directives « cadre » et « service universel ».

➤ **Ventes liées : l'article L. 122-1 du Code de la consommation doit être appliqué dans le respect du droit européen** (Com., 13 juil. 2010)

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur.

➤ **Ventes liées : application de l'article L. 122-1 du Code de la consommation revisité par le droit européen** (Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 nov. 2010)

Par un arrêt du 23 avril 2009, la Cour de justice des communautés européennes a dit pour droit que la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur, de sorte que l'article L. 122-1 du Code de la consommation qui interdit de telles offres conjointes sans tenir compte des circonstances spécifiques doit être appliqué dans le respect des critères énoncés par la directive.

Il appartient donc à la juridiction saisie d'un litige portant sur une vente liée de rechercher si la pratique commerciale dénoncée entre dans les prévisions des dispositions de cette directive.

Ayant énoncé que l'article L. 122-1 du Code de la consommation interdit de telles offres conjointes sans tenir compte des circonstances spécifiques, une cour d'appel en a exactement déduit qu'elle devait appliquer ce texte dans le respect des critères énoncés par la directive pour la qualification du caractère déloyal d'une pratique et a donc justement recherché si ces critères étaient en l'espèce réunis.

- **L'interdiction de principe de la pratique commerciale consistant à subordonner la participation à un concours ou à un jeu promotionnel à l'achat de biens ou de services est contraire au droit européen (CJUE, Aff. C-304/08, 14 janv. 2010)**

Selon la CJUE, une réglementation nationale qui prévoit une interdiction de principe des pratiques commerciales subordonnant la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu promotionnels à l'achat d'un bien ou d'un service, sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, est contraire à la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Rendue à propos d'une disposition de droit allemand, cette solution est parfaitement transposable en droit français, à l'article L.121-36 du code de la consommation.

- **Pratiques restrictives : l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce soumis au Conseil constitutionnel (Com., QPC, 15 oct. 2010)**

Aux termes de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation considère que celle-ci présente un caractère sérieux au regard de la conformité du libellé de l'interdiction énoncée par cette disposition aux exigences de clarté et de précision résultant du principe de légalité des délits et des peines.

La question est donc renvoyée au Conseil constitutionnel.

- **Déséquilibre significatif entre les droits et obligations d'un distributeur et d'un fournisseur (T. Com. Lille, 6 janv. 2010, inédit)**

Le Tribunal de commerce a retenu comme pratiques du distributeur pouvant caractériser un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce :

- le fait, pour le distributeur, d'exiger des acomptes, payables en outre sous forme de virement, pour le versement de ristournes conditionnelles, ce qui « traduit une stratégie délibérée visant à améliorer sa trésorerie et à reprendre une partie des améliorations obtenues par les fournisseurs avec la LME » ; ces acomptes ne peuvent en effet, selon le tribunal, être considérés comme des créances certaines, liquides et exigibles puisqu'ils sont afférents à des ristournes conditionnelles dont le calcul ne peut être effectué qu'en fin d'exercice,
- le fait de ne pas prévoir la possibilité de modifier le montant de ces acomptes de ristournes en cours de contrat, alors même que le volume d'affaires réalisé avec le fournisseur peut baisser de manière significative, ce qui peut donc conduire à « une surestimation anormale

*des montants des acomptes réclamés [par le distributeur] qui, pour sa part, ne prend aucun engagement de volume d'achats »,*

- le fait d'imposer des pénalités de retard à ses fournisseurs à un taux journalier de 1 % qualifié d'usuraire, système aggravé par un principe de compensation automatique de ces pénalités avec les sommes dues par le distributeur à ses fournisseurs.

➤ **Rupture : obligations du concédant au cours du préavis (Com., 9 nov. 2010)**

Le concédant ayant résilié un contrat de distribution exclusive peut refuser au distributeur de passer de nouvelles commandes pendant la durée du préavis si ce distributeur a pu, compte tenu des stocks dont il disposait, continuer à assurer la distribution exclusive des produits jusqu'à la fin dudit préavis.

➤ **Rupture brutale : les sociétés d'assurances mutuelles n'échappent pas au Code de commerce (Com., 14 sept. 2010)**

Le régime juridique des sociétés d'assurances mutuelles, comme le caractère non lucratif de leur activité, ne sont pas de nature à les exclure du champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence dès lors qu'elles procèdent à une activité de service.

➤ **Rupture brutale : élément psychologique (Com. 18 mai 2010)**

Selon l'article L. 442-6, I 5° du Code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.

Pour qualifier la relation commerciale d'établie, il convient que la relation soit stable, c'est-à-dire que la "victime" de la rupture puisse "légitimement" s'attendre à la stabilité de la relation.

Doit être censuré l'arrêt qui retient le courant régulier, le nombre important de contrats et la durée des relations pour la qualifier d'établie.

➤ **Risque de confusion entre marques : appréciation globale (Com., 1<sup>er</sup> juin 2010)**

En vertu des articles L. 711-4 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, l'appréciation globale du risque de confusion implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte et, notamment, la similitude des marques et celle des produits ou services couverts.

Dès lors, un faible degré de similitude entre les marques peut être compensé par un degré élevé de similitude entre les produits ou services couverts et inversement.

## 4. Pratiques anticoncurrentielles

### 4.1 Cas

- **Opération de concentration : mode d'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution (CE 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> s-s-r., 23 déc. 2010)**

En relevant que l'appréciation du pouvoir de marché d'un groupe de distribution, aux fins de procéder à l'analyse des effets concurrentiels d'une opération de concentration réalisée entre deux réseaux de distribution, qui est distincte de l'appréciation de l'existence d'une influence déterminante, aux fins d'identifier une opération de concentration, exige la prise en compte de tous les magasins adhérents des réseaux, dès lors que leur politique commerciale n'est pas suffisamment autonome, l'Autorité de la concurrence, qui s'est d'ailleurs conformée à une pratique constante des autorités de concurrence, n'a pas commis d'erreur de droit.

En procédant à une analyse concrète des contrats propres aux deux réseaux en cause en l'espèce et en retenant, pour apprécier l'autonomie commerciale des différentes catégories d'adhérents, des éléments tels que le respect de la politique du franchiseur en matière de communication publicitaire, la participation à des campagnes promotionnelles, l'exclusivité d'approvisionnement auprès de fournisseurs référencés par le franchiseur pour une partie des achats, l'interdiction de modifier un point de vente sans l'autorisation du franchiseur, la possibilité, pour le franchiseur, de fixer un prix maximum, l'obligation de référencement d'une partie des lignes de produits du franchiseur ou encore l'existence de clauses de préemption, de substitution et de préférence au profit du franchiseur en cas de cession d'un magasin franchisé, l'Autorité de la concurrence n'a pas non plus commis d'erreur de droit.

Enfin, en procédant, comme elle y était d'ailleurs tenue, à une analyse prospective des effets probables de l'opération sur l'autonomie des franchisés au sein du nouveau groupe de distribution, elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit.

- **Abus de position dominante : délimitation du marché pertinent (Com., 13 juil. 2010)**

La délimitation du marché pertinent, destinée à rechercher l'existence d'un abus de position dominante, doit s'opérer au regard de critères de substituabilité admis par la doctrine économique et adoptés par la jurisprudence.

- **Ententes sur les prix dans les produits sidérurgiques : la cour de Paris diminue les amendes (Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 19 janv. 2010)**

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 19 janvier 2010, a réduit le montant des amendes infligées par le Conseil de la concurrence en 2008 à onze entreprises de l'acier accusées de s'être entendues sur les prix.

Pour justifier la baisse des amendes, la cour d'appel a considéré que ces agissements ont « porté une atteinte moyennement grave à la concurrence, tempérée par l'état de la crise économique » et que le dommage doit être considéré comme « certain mais modéré ».

- **Appel d'offre : indépendance réelle ou fictive des soumissions émanant des sociétés d'un même groupe** (CA Paris, Pole 5, Ch. 5-7, 28 oct. 2010)

Lorsque des entreprises appartenant à un même groupe interviennent dans le cadre de procédures de mise en concurrence, le dépôt d'offres distinctes manifeste leur autonomie commerciale ainsi que l'indépendance des offres.

Cependant, ces offres ne sont plus indépendantes s'il apparaît qu'elles ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles.

Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence, pratique qui a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel.

#### 4.2 Procédures – Sanctions

- **Mesures d'instruction : pas de confidentialité pour l'avocat interne à l'entreprise** (CJUE, Aff. C-550/07, 14 sept. 2010)

La confidentialité des communications entre avocats et clients doit faire l'objet d'une protection au niveau européen, mais à deux conditions : d'une part, l'échange avec l'avocat doit être lié à l'exercice du droit de la défense du client ; d'autre part, il doit s'agir d'un échange émanant d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi.

Il en découle que la protection au titre du principe de la confidentialité ne s'étend pas aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes.

- **Ententes et abus de position dominante : le juge doit rechercher, au besoin d'office, si le défaut de communication du rapport administratif d'enquête et de ses annexes fait grief** (Com. 2 fév. 2010)

En cas de mise en œuvre de la procédure d'engagements, à l'exception de la protection du secret des affaires, les parties doivent avoir un accès intégral au dossier.

Se fondant sur le respect du principe du contradictoire au visa des articles L. 463-1, L. 464-2, R. 464-2 du Code de commerce ensemble les articles 16 et 455 du Code de procédure civile, la Cour de cassation affirme qu'une cour d'appel ne peut se contenter, pour constater une atteinte au principe du contradictoire et pour annuler la décision du Conseil et renvoyer l'affaire devant celui-ci, de retenir que ni le rapport administratif d'enquête, ni ses annexes, sur lesquels le rapporteur s'était fondé pour établir l'évaluation préliminaire et dont il n'est pas allégué qu'ils mettaient en jeu le secret des affaires, n'avaient été soumis aux parties, alors même que le commissaire du gouvernement en faisait état dans ses observations.

La Cour d'appel est tenue au surplus de rechercher, au besoin d'office, si le défaut de communication du rapport administratif d'enquête et de ses annexes a porté atteinte aux intérêts de la saisissante qui l'invoque.

➤ **Recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence : irrecevabilité de la demande formée par assignation** (CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 2010)

Tout recours contre une décision rendue sur le fondement de l'article L. 462-8 du Code de commerce doit s'exercer conformément à l'article L. 464-8 du même Code, lequel prévoit que les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées à l'article L. 462-8 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Economie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris.

Par application de l'article R. 464-12 du Code de commerce, les recours fondés sur l'article L. 464-8 doivent être formés par une déclaration écrite au greffe de la cour d'appel de Paris.

Le recours formé par voie d'assignation est irrecevable, un tel acte ne répondant pas au régime procédural ainsi prévu.

➤ **Solidarité société/actionnaires dans le paiement des amendes versus libertés d'établissement et de circulation des capitaux** (CJUE, Aff. C-81/09, 21 oct. 2010)

Les principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux s'opposent à une réglementation nationale prévoyant que des amendes pour violation de la législation et des règles de déontologie régissant le fonctionnement des chaînes de télévision peuvent être infligées, non seulement à la société titulaire d'une autorisation de créer et d'exploiter une chaîne de télévision, mais aussi conjointement et solidairement à l'ensemble des actionnaires qui détiennent un pourcentage d'actions supérieur à 2,5 %.

➤ **Comportement anticoncurrentiel et récidive** (CJUE, 17 juin 2010, Aff. C-413/08)

La CJUE confirme l'amende de 249,6 millions d'euros infligée à un groupe de matériaux de construction français pour son comportement anticoncurrentiel sur le marché des plaques en plâtre.

La Cour admet que la Commission a pu à bon droit prendre en compte la récidive au titre des circonstances aggravantes alors même que, au moment où la Commission adopte sa décision, la première constatation d'infraction est encore soumise à un contrôle juridictionnel et donc n'est pas encore devenue définitive.

## Droit public des affaires

### 1. Marchés publics

- **Annulation du décret du 19 décembre 2008 élevant le seuil de 4000 à 20 000 euros des marchés publics dispensés de publicité et de mise en concurrence préalable** (CE, 10 fév. 2010, n° 329100)

Le Conseil d'Etat a annulé le décret du 19 décembre 2008 qui avait porté le seuil de 4 000 euros à 20 000 euros pour les marchés publics ne nécessitant ni publicité et ni mise en concurrence. Le conseil d'Etat a estimé que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique (principes énumérés à l'article 1er du code des marchés publics) et que relever ainsi de façon générale le seuil méconnaissait ces principes.

Cette annulation est prononcée avec effet au 1<sup>er</sup> mai 2010.

- **Aucune obligation d'informer sur la méthode de notation des offres** (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279)

Le Conseil d'Etat a jugé que si le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de la consultation, les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mises en œuvre, il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

- **Précisions sur l'appréciation d'une offre anormalement basse** (TA Lyon, ord, 26 mars 2010, n° 1001296)

Le tribunal administratif de Lyon a jugé que le caractère anormalement bas d'une offre ne saurait être établi devant le juge des référés par la simple comparaison entre le montant d'une offre et celui des autres offres ou du prix pratiqué lors du précédent marché.

- **Le candidat informé du rejet de son offre est délié de son acte d'engagement** (CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> sous-sections, 31 mai 2000, n° 315851, société Cassan)

Le fait que l'entreprise ait été avisée à tort que son offre avait été écartée a eu pour effet de la délier de son acte d'engagement contractuel.

Une fois l'erreur corrigée, l'entreprise pouvait donc régulièrement renoncer à exécuter le marché.

- **Information relative aux sous-critères** (CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> SS-sect. 18 juin 2010, n° 337377, Commune Saint-Pal-de-Mons)

Quand la nature ou l'importance de la pondération ou de la hiérarchisation des sous-critères de sélection des offres est susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres des candidats et sur leur choix, les sous-critères doivent être regardés comme des critères de sélection.

La pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères doit donc être portée à la connaissance des candidats, au même titre que celle des critères proprement dits, conformément à l'article 53 du Code des marchés publics.

- **La modification de la pondération des critères d'un marché public après le premier examen des offres est interdite** (CJUE, 18 nov. 2010, C-226/09)

La modification de la pondération des critères d'attribution intervenant après que les membres de la Commission ont examiné à titre individuel les offres, revient à modifier les critères sur la base desquels l'examen initial a été effectué.

Dès lors, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence ne sont pas respectés et l'Etat concerné doit être sanctionné pour ces manquements.

- **Marchés publics et sous-traitance : possibilité de restriction** (Instruction Min. budget, 2 nov. 2010, n°10-027-MO)

Dans une instruction du 2 novembre 2010 portant sur la sous-traitance dans les marchés publics, le Ministère du Budget rappelle qu'un règlement de consultation peut interdire, au stade de l'exécution du marché, le recours à la sous-traitance pour la réalisation de parties substantielles des prestations.

- **Illégalité d'un règlement de la consultation** (CAA Nancy, 5 août 2010, Communauté de communes du Pays de LURES, n° 09NC00016)

Un règlement de la consultation qui prévoit la prise en compte, pour l'appréciation de la valeur technique des offres, de l'expérience des candidats et non pas exclusivement de la valeur intrinsèque des offres, est entaché d'illégalité.

Cette illégalité entraîne l'irrégularité de la procédure de passation du marché litigieux, alors même que le rejet de l'offre du soumissionnaire évincé est fondé sur d'autres motifs et que le mémoire technique de l'offre retenue ne contenait aucune référence.

Toutefois, cette irrégularité n'était pas de nature à influencer, en l'espèce, le choix de l'attributaire du marché ; dès lors, la demande d'indemnisation du candidat évincé est rejetée.

- **Référé précontractuel : l'absence de notification ne rend pas le recours irrecevable** (CE, 10 nov. 2010, req. n° 341132)

L'article R.551-1 du Code de justice administrative, qui prévoit la notification du référé précontractuel au pouvoir adjudicateur par le requérant, a pour objectif d'informer le pouvoir adjudicateur de l'existence d'un recours et, ainsi, d'éviter la signature prématurée du contrat.

Ces dispositions n'étant pas prescrites à peine d'irrecevabilité, la fin de non recevoir tirée de l'absence de notification du recours doit être écartée.

- **Recevabilité exceptionnelle du référé contractuel intenté par un candidat ayant déjà formé un référé précontractuel** (CE, 10 nov. 2010, req. n° 340944)

En l'absence de notification aux candidats du rejet de leurs offres aux termes de l'article 80 du Code des marchés publics et de l'information de signature des différents lots du marché, un candidat évincé qui a, au préalable, déjà formé un référé précontractuel peut, par le biais d'un mémoire en réplique, former un référé contractuel.

- **L'irrecevabilité du recours contentieux ne rend pas le décompte général définitif** (CE 27 oct. 2010, Centre hospitalier des Quatre Villes, req. n° 332056)

Si le titulaire du marché n'est pas contractuellement recevable à saisir le tribunal administratif d'une contestation du décompte général sans s'être préalablement conformé à la procédure prévue pour le règlement des différends par l'article 50 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, l'irrecevabilité de la demande présentée en méconnaissance de ces stipulations n'a pas, par elle-même, pour effet de rendre le décompte général définitif.

Le pouvoir adjudicateur ne peut donc notifier à son cocontractant un titre exécutoire correspondant au solde du décompte général au seul motif que le recours de l'entrepreneur a été déclaré irrecevable par le tribunal administratif.

- **Cadre des interventions économiques d'un département dans un GIP** (CE, 10 nov. 2010, req. n° 319109)

Le fait de poursuivre une mission d'intérêt général dans le cadre d'un groupement d'intérêt public (GIP) n'est pas constitutif d'une commande publique dès lors que le département a renoncé à exercer une mission de service public facultatif et que la création du GIP (pour la même mission) est l'expression d'une volonté commune des membres plutôt que la réponse à un besoin départemental.

## 2. Délégations de service public

- **Recevabilité des recours dans le cadre d'une délégation de service public allotie** (CE, 24 nov. 2010, req. n° 336265)

Dans le cadre d'une procédure d'attribution d'une délégation de service public faisant l'objet de lots distincts, un candidat ne peut demander l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte détachable du contrat que dans la mesure où cet acte se rapporte à l'attribution du lot ou des lots pour lesquels il a présenté sa candidature.

A défaut, il est dépourvu d'intérêt pour demander l'annulation de la décision approuvant la liste des attributaires de lots.

- **La SNCF peut, à titre accessoire, sous-traiter les transports de voyageurs dont elle a la charge** (CE, 29 sept. 2010, *Sté Les Courriers automobiles picards*, req. n°324531)

Le Conseil d'Etat juge que la SNCF peut sous-traiter à des sociétés de transports routiers le transport de voyageurs dont elle assure la gestion dans le cadre de la délégation du service public régional des transports ferroviaires.

Pour autant, il estime que ce mécanisme devait être le complément des dessertes par train et se faire à titre accessoire de l'activité principale, dans une optique d'amélioration du service rendu à l'utilisateur.

- **Pas d'obligation d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres** (CE, 21 mai 2010, n° 334845, *commune de Bordeaux*)

Dans le cadre de la procédure d'attribution d'une délégation de service public, aucune règle ni aucun principe n'imposent à l'autorité délégante d'informer des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres.

L'absence d'une telle information n'est pas constitutive d'un manquement aux règles de publicité de mise en concurrence.

- **Les conventions d'occupation du domaine public ne sont pas des délégations de service public** (C.E., 13 janv. 2010, *Association Paris Jean Bouin*, n° 329576)

Saisi de la convention conclue entre la Ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin, le Conseil d'Etat juge qu'en l'état de l'instruction, l'autorisation d'occuper pendant vingt ans des dépendances du domaine public communal n'emporte pas dévolution d'une mission de service public.

Dès lors, la convention d'occupation du domaine public n'avait pas à être précédée de la procédure de mise en concurrence prévue aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

### 3. Urbanisme

- **Application de la taxe locale d'aménagement et programme d'aménagement d'ensemble** (CE, 24 nov. 2010, req. n° 308614)

Dans le cadre d'un programme d'aménagement d'ensemble approuvé par le conseil municipal, la taxe locale d'équipement instituée par la commune ne s'applique pas aux constructions édifiées dans les secteurs concernés. Elle est rétablie en l'absence des équipements publics annoncés.

Dès lors, une société civile immobilière bénéficiaire d'autorisations de construire et ayant versé une participation financière à la commune concerné par le programme, qui débute la réalisation des équipements publics à la date à laquelle ils devaient être achevés, peut demander la restitution des sommes versées dans le cadre du programme d'aménagement

d'ensemble, mais uniquement pour la part excédant le montant de la taxe locale d'équipement qui aurait été exigible en l'absence de délibération approuvant le programme.

- **Promesses de l'Etat, « droit à construire » et application des règles d'urbanisme** (CEDH, 18 nov. 2010, req. n° 18990/07 et 23905/07)

L'acquisition de terrains par l'Etat français à des propriétaires privés en échange de la réalisation de constructions sur leurs terrains octroie à ces derniers un droit à construire, et ce, nonobstant les règles contraignantes d'urbanisme.

Ils étaient, dès lors, titulaires d'un droit de propriété au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme, que l'Etat français a en l'espèce violé.

- **Classement irrégulier en zone constructible : responsabilité de la commune** (CE, 22 oct. 2010, Bernard et Tanter, req. n° 326949)

Le classement irrégulier de parcelles en zone constructible peut constituer une faute de la commune et justifier la réparation du préjudice résultant, pour les acquéreurs desdites parcelles, de l'acquisition de celles-ci à un prix supérieur à celui qu'ils auraient payé si elles avaient été classées dès l'origine en zone inconstructible.

- **De nouvelles indications sur les modalités d'adoption d'un PLU** (CE, 10 fév. 2010, n° 327149, commune de Sainte-Lunaire et Cour administrative d'appel de Lyon, 2 fév. 2010, n° 07LY01929)

Le conseil d'Etat a jugé au regard de l'article L.300-2 du code de l'urbanisme, qu'une délibération d'un conseil municipal organisant la révision d'un document d'urbanisme devait d'une part organiser les modalités de la concertation avec les habitants et, d'autre part, préciser « au moins dans leurs grandes lignes, les objectifs poursuivis par la révision de ce document d'urbanisme ».

La Cour administrative d'appel de Lyon a quant à elle jugé que le Président de l'exécutif devait ouvrir et susciter le débat sur le projet d'aménagement et de développement durable. Une simple présentation du projet est insuffisante.

Il s'agit dans les deux cas d'une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité le document d'urbanisme à venir.

- **PLU : le défaut de publication régulière de la délibération prescrivant la révision vicie la délibération qui approuve cette révision** (CAA de Lyon, 17 août 2010, M Joseph A, n° 08LY01672)

Une délibération d'un conseil municipal prescrivant la révision simplifiée du plan local d'urbanisme doit faire l'objet d'une insertion en caractères apparents dans un journal diffusé dans le département.

A défaut de publication régulière de cette première délibération, la délibération approuvant la révision est illégale.

- **Sanction d'une des dispositions d'un règlement d'urbanisme insuffisamment précis** (CE, sous-sections 1 et 6 réunies, 18 juin 2010, n° 326708, Ville de Paris)

Les dispositions des articles L. 123-1 et R.123-9 du Code de l'urbanisme imposent que le règlement du PLU (ou à défaut des documents graphiques) fixe des règles précises et ne se borne pas à évoquer des objectifs généraux à atteindre.

Une expression telle que : « *l'implantation de toute construction (...) doit permettre sa bonne insertion dans le paysage environnant* » ne fixe qu'un objectif général et ne répond donc pas à cette exigence.

- **Un programme d'aménagement d'ensemble (PAE) ne nécessite pas un « parti d'aménagement »** (CE, 27 janvier 2010, n° 308614, commune de Carqueiranne)

Le Conseil d'Etat approuve la délibération d'un Conseil municipal qui avait adopté le mécanisme fiscal du programme d'aménagement d'ensemble, sans l'avoir justifié par un parti d'aménagement urbanistique du secteur. Le recours à ce régime fiscal dérogatoire au droit commun n'impose pas une réflexion urbaine globale sur le secteur concerné.

- **Le certificat d'urbanisme erroné ne crée pas de droit acquis en matière de fiscalité de l'urbanisme** (C.E., 22 janv. 2010, Ministre de l'écologie, n° 312425)

Le certificat d'urbanisme garantit à son titulaire un droit à voir sa demande de permis de construire examinée au regard des taxes et participations d'urbanisme qu'il mentionne.

En revanche, l'omission d'une taxe ou d'une participation dans ce certificat ne permet pas à l'administration de délivrer un permis de construire illégal (pour défaut de taxe) et ne dispense pas le bénéficiaire du permis de s'en acquitter.

- **Les « voies nouvelles en impasse ouvertes à la circulation automobile » ne concernent que les voies d'accès au terrain de la construction** (CAA Nancy, 5 août 2010, M. André B n° 09NC01763)

Les dispositions d'un règlement d'un plan local d'urbanisme indiquant que les « *voies nouvelles en impasse ouvertes à la circulation automobile doivent être aménagées dans leur partie terminale de façon à permettre aux véhicules de service de faire demi-tour* » ne concernent pas la voie de desserte interne du terrain d'assiette des constructions autorisées et ne s'appliquent qu'aux voies d'accès au terrain de la construction.

- **Le commissaire enquêteur doit fournir les raisons qui le conduisent à donner un avis favorable au projet** (CAA de Lyon, 17 août 2010, Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, n° 09LY01496)

Un commissaire enquêteur doit exposer, dans son rapport, les raisons qui l'amènent à émettre un avis favorable au projet. Cette exigence est d'autant plus forte que de nombreuses observations circonstanciées avaient été produites à l'encontre du projet.

Par ailleurs, la circonstance que le rapport comporte, en annexe, une réponse du pétitionnaire, ne pouvait dispenser le commissaire enquêteur de donner un avis personnel sur le projet.

- **Permis de construire : délai d'action du préfet** (CAA de Marseille, juge des référés, 13 juillet 2010, requête n° 10MA01437)

La notification d'un permis de construire au contrôle de légalité ouvre au préfet un délai de deux mois pour agir.

Ce délai ne court qu'à compter de la transmission de la décision, voire des pièces sur lesquelles cette décision est fondée si le préfet le souhaite.

Cette règle s'applique également aux permis de construire tacites, qui doivent donc faire l'objet d'une information au préfet, sous peine de ne jamais devenir définitifs et purgés de tout recours.

- **Une commune ne peut pas décider de préempter les seuls éléments situés dans la zone de préemption** (CE, 1<sup>er</sup> et 6<sup>ème</sup> ss-sect., 7 avril 2010, n° 320132)

En cas de vente par voie d'adjudication, dans le cadre d'une procédure judiciaire et faute de dispositions législatives particulières s'appliquant à une telle hypothèse, une commune ne peut pas décider de préempter les seuls éléments situés dans la zone de préemption, dès lors que ces éléments sont compris dans la même offre de vente que ceux situés hors zone de préemption, avec lesquels ils constituent une unité foncière.

#### 4. Divers

- **ZAC : la Cour de cassation rejoint le Conseil d'Etat sur la compétence du juge administratif** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 2010)

Ont le caractère de travaux publics, les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme bénéficiaire de ces derniers.

L'existence d'une convention conclue entre une commune et une société prévoyant que les équipements publics devant revenir à la commune lui seront remis gratuitement après leur réception suffit à conférer un caractère public aux ouvrages réalisés et au contrat.

Par conséquent, le litige relève de la compétence des juridictions administratives, alors même que les ouvrages ont fait l'objet d'un bail emphytéotique au profit de la société qui l'exploite à des fins commerciales.

- **Compétence du juge administratif pour connaître de l'action directe de la victime** (CE, 31 mars 2010, n° 333627)

L'action directe ouverte par l'article L. 123-4 du Code des assurances à la victime d'un dommage, ou à son assureur, contre l'assureur de la personne responsable relève de la

compétence du juge administratif si le contrat passé entre cette personne et son assureur a un caractère administratif.

- **L'augmentation de capital d'une SEML ne doit pas dissimuler une aide économique non autorisée** (CE, 10 nov. 2010, req. n° 313590)

Le Code général des collectivités territoriales encadre les possibilités, pour les collectivités, d'intervenir dans le capital des sociétés d'économie mixte locale (SEML) dans la limite du plancher et du plafond prévu par la loi.

Un concours financier s'apparentant à une prime d'émission n'est en revanche pas permis par la loi et constitue, en conséquence, une aide économique non autorisée.

- **Une étude d'impact est nécessaire pour un camping de 200 places** (CE, 17 fév. 2010 Société Loca Parc Loisirs, n° 305871)

Le conseil d'Etat approuve, dans un arrêt du 17 février 2010, la solution retenue par la cour administrative d'appel de Bordeaux en 2007, selon laquelle les demandes visant à l'aménagement d'un camping comportant deux cents emplacements ou plus doivent être accompagnés d'une étude d'impact.

- **La résiliation d'un contrat administratif n'exclut pas une indemnité d'imprévision** (CE, 10 fév. 2010, Société Prest'action, n° 301116)

Le Conseil d'Etat estime que le fait qu'un contrat soit résilié avant son terme, y compris pour faute du cocontractant privé, ne fait pas obstacle au versement d'une indemnité d'imprévision si une telle situation a entaché l'exécution du contrat.

## Social

### 1. Principes fondamentaux

- **Egalité de traitement : la cessation automatique du contrat de travail pour cause d'âge de départ à la retraite n'est pas nécessairement discriminatoire** (CJUE, Aff. C-45/09, 12 oct. 2010)

N'est pas contraire à la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, une disposition nationale en vertu de laquelle sont considérées comme valables les clauses de cessation automatique des contrats de travail en raison du fait que le salarié a atteint l'âge de départ à la retraite, dans la mesure où, d'une part, cette disposition est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et du marché du travail et, d'autre part, les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

- **La différence de traitement lié à l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires (Soc. 11 mai 2010 – 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt)**

En application l'article 6, § 1 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, « *les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

Les juges du fond doivent veiller à ce que ces conditions soient remplies.

Une cour d'appel ne peut débouter une salariée de sa demande d'annulation d'une mise à la retraite à l'âge de 60 ans, au motif que celle-ci était régie exclusivement par l'article 6 du décret du 5 avril 1968 et que l'intéressée remplissait les conditions d'âge et d'ancienneté requises, sans constater que, pour la catégorie d'emploi de cette salariée, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, la Directive communautaire consacrant un principe général du droit de l'Union. (1<sup>er</sup> arrêt)

De même, elle ne peut débouter un salarié de sa demande tendant à l'annulation de son licenciement et au paiement de dommages-intérêts pour discrimination en raison de l'âge, au motif qu'il n'est pas discutable que la limite d'âge a été retenue en raison de sujétions particulières du métier de pilote d'avion, au regard de la responsabilité assumée par un commandant de bord assurant le transport aérien de passagers ; que la règle est bien de portée nationale, rendant ainsi sans pertinence la comparaison avec les réglementations d'autres Etats ; qu'elle est générale pour tous les pilotes de transport aérien de personnes, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter à la situation des pilotes d'autres catégories ou d'autres engins volants ; que la fixation d'une telle limite d'âge est donc légitime au sens de la Directive européenne en ce qu'elle répond à un objectif de bon fonctionnement de la navigation aérienne et de sécurité de ses utilisateurs comme de ceux qui y travaillent, de façon raisonnable et proportionnée au regard de la spécificité de l'activité et du métier de pilote, alors que, si ces objectifs étaient légitimes, il lui appartenait de rechercher si la cessation des fonctions de pilote à l'âge de 60 ans était nécessaire à leur réalisation. (2<sup>ème</sup> arrêt)

- **Discrimination syndicale : légitimité de la HALDE dans les procédures judiciaires et nullité du licenciement fondé sur des motifs tirés de l'activité syndicale (Soc., 2 juin 2010)**

Les dispositions de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004, modifiées par la loi du 31 mars 2006, qui, sans être contraires à l'article 13 de la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, prévoient que la HALDE a la faculté de présenter des observations portées à la connaissance des parties, ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par

écrit et oralement à ces observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire.

Dès lors que le motif du licenciement, qui laisse supposer l'existence d'une discrimination en raison des activités syndicales du salarié, se rapporte à des faits commis pendant la période de protection dont bénéficiait l'intéressé, ce qui exclut que le juge judiciaire puisse vérifier si ces faits étaient réels et constituaient des éléments objectifs étrangers à toute discrimination susceptibles de justifier la rupture par l'employeur du contrat de travail, le motif invoqué, tiré des activités syndicales du salarié, emporte à lui seul la nullité du licenciement.

➤ **Discrimination syndicale dans l'évolution de la carrière** (*Soc.*, 6 juil. 2010)

Sauf accord collectif ou stipulation particulière du contrat de travail prévoyant une progression de carrière, l'employeur n'est pas tenu d'assurer cette progression par des changements d'emploi ou de qualification.

Le salarié tenant de son contrat de travail le droit de s'opposer à la modification de tels éléments, leur absence d'évolution ne peut être imputée à l'employeur dès lors que le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que, face aux opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que les autres, il a manifesté sa volonté de demeurer dans son emploi.

## 2. Représentation salariale

➤ **Constitutionnalité du critère de l'audience des syndicats catégoriels** (*Cons. const.*, n° 2010-42 QPC, 7 oct. 2010)

L'article L. 2122-2 du Code du travail, en ce qu'il détermine le critère de représentativité des syndicats catégoriels, tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles et à éviter la dispersion de la représentation syndicale ; en outre, la liberté d'adhérer au syndicat de son choix n'impose pas que tous les syndicats soient reconnus comme étant représentatifs indépendamment de leur audience.

Dès lors, en fixant le seuil de cette audience à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de 1946.

Par ailleurs, les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales.

Par conséquent, en prévoyant que, pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de 10 % est calculé dans les seuls collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi, sans méconnaître l'article 6 de la Déclaration de 1789.

➤ **Représentativité syndicale : score électoral à prendre en compte** (Soc., 10 nov. 2010)

Le score électoral participant à la détermination de la représentativité d'un syndicat est celui obtenu aux élections au comité d'entreprise ou au comité d'établissement quand bien même, en application d'un accord collectif, le périmètre au sein duquel le syndicat désigne un délégué serait plus restreint que celui du comité et correspondrait à un établissement au sein duquel sont élus les délégués du personnel.

➤ **Etablissement de la représentativité d'un syndicat pendant la période transitoire** (Soc. 10 mars 2010, 1<sup>er</sup> arrêt - 2<sup>ème</sup> arrêt)

Les dispositions transitoires des articles 11 IV et 13 de la loi n° 789 du 20 août 2008 ont maintenu jusqu'aux résultats des prochaines élections professionnelles postérieures à la date de publication de la loi la représentativité des syndicats à qui cette qualité était reconnue.

Les nouvelles dispositions n'excluent pas qu'un syndicat qui ne bénéficie pas de la présomption puisse établir sa représentativité, soit par affiliation postérieure à l'une des organisations syndicales représentatives au niveau national ou interprofessionnel, soit en apportant la preuve qu'il remplit les critères énoncés à l'article L. 2121-1 du Code du travail dans sa rédaction issue de cette loi, à la seule exception de l'obtention d'un score électoral de 10 % auquel il devra satisfaire dès les premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise.

Viole les textes susvisés un tribunal d'instance qui, pour annuler la désignation d'un délégué syndical énonce que ce syndicat n'étant pas affilié à une organisation représentative au niveau national, sa représentativité devait être appréciée au niveau de l'établissement à la date de publication de la loi (soit le 21 août 2008), alors qu'il lui appartenait d'examiner la représentativité à la date de la désignation du délégué syndical. (1<sup>er</sup> arrêt)

De même, un syndicat de salariés des entrepositaires grossistes de boissons, qui s'était affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel après la date de la publication de la loi, peut désigner un délégué syndical. (2<sup>ème</sup> arrêt)

➤ **Calcul de l'audience pour la désignation d'un délégué au sein d'une UES** (Soc., 22 sept. 2010)

Les syndicats affiliés à la même confédération nationale ne peuvent désigner ensemble dans la même entreprise un nombre de délégués et représentants syndicaux supérieur à celui fixé par la loi.

Lorsque la désignation s'effectue au niveau d'une UES, le seuil de 10 % fixé par le Code du travail se calcule en additionnant la totalité des suffrages obtenus lors des élections au sein des différentes entités composant l'UES.

Il en résulte que le calcul de l'audience pour la désignation d'un délégué syndical au sein de l'UES tient compte de tous les suffrages ainsi obtenus par les syndicats affiliés à la même confédération syndicale.

- **Désignation des délégués syndicaux : l'article L. 2143-3 du Code du travail est conforme à la Constitution** (*Cons. const. n° 2010/63/64/65 QPC, 12 nov. 2010*)

En imposant aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, l'article L. 2143-3 du Code du travail associe les salariés à la désignation des personnes reconnues les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte.

Ce texte ne méconnaît pas le principe de la liberté syndicale énoncé par le sixième alinéa du Préambule de 1946.

- **Un syndicat ne perd pas sa personnalité juridique en s'affiliant à une nouvelle confédération** (*Soc. 3 mars 2010*)

Aux termes des articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail et la Convention n° 87 de l'OIT relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical, l'acquisition de la personnalité juridique par les syndicats ne peut pas être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédérations. Il en résulte que l'exercice de ces libertés par un syndicat ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique.

Le fait pour un syndicat de changer d'affiliation relève de sa liberté d'élaborer ses statuts, d'élire ses représentants et de s'affilier à une confédération, dès lors qu'il n'est pas contesté que ce syndicat avait toujours pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels de ses membres.

- **Respect des valeurs républicaines** (*Soc., 13 oct. 2010*)

Il appartient à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, des valeurs républicaines, d'apporter la preuve de sa contestation.

- **Section syndicale : le cadre de désignation du représentant ou du délégué syndical est nécessairement le même** (*Soc., 14 déc. 2010*)

L'existence d'une section syndicale permet la désignation, soit d'un représentant de la section syndicale, dès lors que le syndicat n'est pas représentatif, soit d'un délégué syndical, s'il l'est.

Il en résulte que le cadre de désignation de ces représentants syndicaux est nécessairement le même.

- **Section syndicale : un seul représentant** (*Soc., 14 déc. 2010*)

Les dispositions légales n'autorisent la désignation par une organisation syndicale que d'un seul représentant de la section syndicale, quel que soit l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement.

➤ **Section syndicale : constitution à l'initiative d'une union de syndicats** (Soc. 13 janv. 2010)

Sauf stipulation contraire de ses statuts, une union de syndicats, à laquelle la loi a reconnu la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes, peut exercer les droits conférés à ceux-ci.

L'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat pour l'exercice des prérogatives découlant des articles L. 2133-3, L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du Code du travail.

En conséquence, est régulière la création d'une section syndicale et la désignation d'un représentant de section syndicale par une union de syndicats, dès lors que l'un de ses syndicats affiliés peut revendiquer des adhérents dans l'entreprise considérée.

➤ **La reconnaissance judiciaire d'une UES ne peut être demandée par un tiers à la collectivité** (Soc., 16 nov. 2010)

La reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale ne peut être demandée par une personne étrangère à la collectivité de travail dont il s'agit d'assurer la représentation.

➤ **Désignation des délégués syndicaux : incidence de la reconnaissance d'un établissement distinct** (Soc., 10 nov. 2010)

La reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la désignation d'un délégué syndical dans ce même périmètre.

➤ **Elections professionnelles : la violation des principes généraux du droit électoral est sanctionnée par une nullité de plein droit** (Soc. 13 janv. 2010)

A moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical.

Le retrait du nom d'un candidat, présenté par erreur par un syndicat, de la liste de ses candidats aux élections de délégués du personnel postérieurement au début des opérations de votes par correspondance, ainsi que l'absence de désignation d'un président dans l'un des bureaux de vote, constituent des irrégularités directement contraires aux principes généraux du droit électoral et affectent le déroulement du scrutin, de sorte que le juge n'a pas à s'interroger plus avant.

- **Elections professionnelles : qualité d'un syndicat pour contester la validité d'une candidature et date d'appréciation des conditions d'électorat et d'éligibilité (Soc., 1<sup>er</sup> déc. 2010)**

Un syndicat peut contester la validité d'une candidature dans les délais prévus par la loi, peu important qu'aucune réserve n'ait été portée sur le procès-verbal des élections.

Par ailleurs, les conditions d'électorat et d'éligibilité aux élections des délégués du personnel et de membres d'un comité d'établissement s'apprécient au jour du premier tour du scrutin, sans qu'un protocole préélectoral puisse modifier cette date en privant les salariés des droits électoraux qu'ils tiennent de la loi.

- **Elections professionnelles : le procès-verbal de carence ne met pas fin à la période transitoire instituée par la loi du 20 août 2008 (Soc. 10 fév. 2010)**

Les articles 11-IV et 13 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ont institué une période transitoire pour la représentativité syndicale entre la publication de la loi et les « résultats des premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise ou l'établissement dont la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure » à la publication de la loi, le 22 août 2008.

L'organisation dans l'entreprise d'élections ayant donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal de carence, impliquant qu'aucune organisation syndicale ne s'est présentée au scrutin, il en résulte que ces transitoire, instituée par les articles 11-IV et 13 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, laquelle prend fin au plus tard le 22 août 2012.

- **Le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution (Soc. 10 mars 2010)**

Le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution.

Il s'ensuit que tout intéressé peut faire constater l'expiration du mandat sans que puisse lui être opposé le délai prévu par l'article R. 2324-24 du Code du travail.

- **Atteintes à la liberté syndicale résultant d'un déplacement d'office du local et de mesures de sécurité (Soc. 13 janv. 2010)**

Porte atteinte à la liberté syndicale l'employeur qui déplace d'office, sans autorisation judiciaire préalable, le local syndical malgré l'opposition d'une organisation syndicale.

Est également constitutive d'une telle atteinte l'obligation faite aux délégués syndicaux et aux salariés qui se déplacent de leur lieu de travail au local syndical, de passer sous un portique de sécurité, de présenter un badge et éventuellement de subir une fouille, sans qu'il soit allégué que l'implantation du local syndical dans la zone de travail était impossible.

### 3. Contrat de travail

#### 3.1 Conclusion/exécution du contrat de travail

- **Travail à domicile : l'occupation du local d'habitation du salarié doit être indemnisée (Soc. 7 avril 2010)**

L'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail.

Si le salarié, qui n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail, accède à la demande de son employeur, ce dernier doit l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile.

Le juge, appréciant souverainement l'importance de la sujétion subie par le salarié, peut fixer le montant de l'indemnité devant lui revenir.

- **Conditions de la modification temporaire de l'affectation géographique habituelle du salarié (Soc. 3 fév. 2010)**

L'employeur peut affecter occasionnellement un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique, sans que cela puisse constituer une modification de son contrat de travail, lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible.

Tel n'est pas le cas lorsque la notification brutale au salarié de son changement d'affectation ne comporte aucune indication quant à la durée de cette affectation.

- **Pouvoir disciplinaire de l'employeur : la mise à pied doit être prévue par le règlement intérieur et limitée dans sa durée maximale (Soc., 26 oct. 2010)**

Dès lors que le règlement intérieur fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur, une sanction ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par ce règlement intérieur.

Une mise à pied prévue par le règlement intérieur n'est licite que si ce règlement précise sa durée maximale.

- **Un salarié peut se voir reconnaître une qualification supérieure à celle résultant des fonctions réellement exercées (Soc. 12 janv. 2010)**

Si, en principe, la qualification du salarié correspond aux fonctions réellement exercées par lui, rien ne s'oppose à ce que l'employeur exprime une volonté claire et non équivoque de lui reconnaître une qualification supérieure à celle résultant des fonctions réellement exercées.

Une telle manifestation de volonté peut résulter des correspondances adressées au salarié, confortées par les mentions de ses bulletins de paie lui reconnaissant la qualification de chef d'équipe.

### 3.2. Transfert du contrat de travail

- **Transfert d'une entité économique autonome à une personne morale de droit public (Soc., 1<sup>er</sup> juin 2010)**

A la suite du transfert d'une entité économique à une personne morale de droit public dans le cadre d'un service public administratif, les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le personnel de l'entreprise et le nouvel employeur, qui est tenu, dès la reprise de l'activité, de continuer à rémunérer les salariés transférés dans les conditions prévues par leur contrat de droit privé jusqu'à ce que ceux-ci acceptent le contrat de droit public qui leur sera proposé, ou jusqu'à leur licenciement, s'ils le refusent.

Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette activité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur contrat, notamment concernant la rémunération.

En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement dans les conditions prévues par le Code du travail et par leur contrat.

Si le juge judiciaire est compétent pour statuer sur tout litige relatif à l'exécution et à la rupture du contrat de travail tant que le nouvel employeur n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public, il ne peut, ni se prononcer sur le contrat de droit public proposé par la personne morale de droit public au regard des exigences de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, ni lui faire injonction de proposer un tel contrat. Il peut seulement, en cas de difficulté sérieuse, surseoir à statuer en invitant les parties à saisir le juge administratif d'une question préjudicielle portant sur la conformité des offres faites par le nouvel employeur public aux dispositions législatives et réglementaires.

- **En dehors de l'article L. 1224-1 du Code du travail, un changement d'employeur nécessite l'accord exprès du salarié (Soc. 3 mars 2010)**

Un changement d'employeur, qui constitue une novation du contrat de travail, ne s'impose au salarié que si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont remplies.

En cas d'application de dispositions conventionnelles prévoyant et organisant le transfert des contrats de travail hors application de ce texte, l'accord exprès du salarié est nécessaire au changement d'employeur et échappe au contrôle de l'inspecteur du travail.

- **L'autorisation donnée par l'inspecteur du travail sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail s'impose au juge judiciaire comme au salarié** (Soc. 3 mars 2010)

Lorsqu'une autorisation administrative pour le transfert du contrat de travail d'un délégué du personnel a été accordée à l'employeur, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, remettre en cause l'appréciation par l'autorité administrative de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Lorsque l'autorisation administrative de transfert a été délivrée sur le fondement de l'article précité, le changement d'employeur s'impose au salarié.

- **En cas de transfert d'entreprise, la convention collective du nouvel employeur s'applique immédiatement** (Soc. 10 fév. 2010)

Aux termes de l'article L. 1224-1 du Code du travail, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

En cas de transfert du contrat de travail par application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la convention collective dont relève le cessionnaire s'applique immédiatement au salarié, les dispositions plus favorables de l'accord mis en cause continuant cependant à lui bénéficier dans les conditions prévues par l'article L. 2261-14 du même code.

- **Le salarié n'a pas à établir qu'il remplit les conditions prévues par la convention collective** (Soc., 13 oct. 2010)

Il n'incombe pas au salarié affecté à un marché repris et que l'entreprise entrante refuse de conserver à son service d'établir qu'il remplit les conditions prévues par la convention collective nationale des entreprises de propreté, relatives à la garantie de l'emploi et à la continuité du contrat de travail du personnel, en cas de changement de prestataire.

- **Liquidation judiciaire de l'employeur : conséquences de la cession de l'entreprise sur le compte épargne-temps** (Soc. 7 avril 2010)

En cas de transfert d'entreprise dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, dès lors que le plan de cession est muet sur le sort des jours épargnés sur un compte épargne-temps, et en l'absence de clauses conventionnelles, c'est le régime de la rupture du contrat, emportant le versement d'une indemnité correspondant à la conversion monétaire de l'ensemble des droits acquis, qui doit être appliqué.

➤ **De nouvelles mentions à porter sur le certificat de travail** (*Décret n° 2010-64, 18 janv. 2010*)

Le décret n° 2010-64 du 18 janvier 2010, paru au Journal officiel du 19 janvier 2010, modifie l'article D. 1243-6 du Code du travail en imposant de nouvelles mentions obligatoires dans le certificat de travail, relatives au droit individuel à la formation (DIF).

Le certificat de travail doit désormais comporter, outre les mentions habituelles, le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF et non utilisées, la somme correspondant à ce solde ainsi que l'organisme paritaire collecteur agréé compétent pour financer les actions de formation.

### 3.3 Cessation du contrat de travail

#### 3.3.1. Généralités

➤ **Délégation du pouvoir de licencier dans les SAS : la Chambre mixte se prononce** (*Ch. mixte, 19 nov. 2010 – 1er arrêt – 2ème arrêt*)

Si la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise (1er arrêt)

En outre, aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit ; celle-ci peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement.

En conséquence, est valable la lettre de licenciement signée par la personne responsable des ressources humaines de la société, chargée de la gestion du personnel et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier (2ème arrêt).

➤ **Entretien préalable : la présence d'un salarié à l'entretien préalable n'est pas nécessairement irrégulière** (*Soc. 5 mai 2010*)

La présence, lors de l'entretien préalable à la rupture anticipée pour faute grave d'un contrat à durée déterminée, d'une salariée assistant l'employeur, intervenue en une seule occasion pour confirmer des propos reprochés au salarié en cause, ne caractérise pas un détournement de l'objet de cet entretien, ni un empêchement pour le juge à retenir ensuite une attestation établie par cette salariée en appréciant sa valeur et sa portée.

➤ **Prise d'acte : l'accomplissement spontané du préavis par le salarié est sans incidence** (*Soc., 2 juin 2010*)

La prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail, de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis.

Mais la circonstance que l'intéressé a spontanément accompli ou offert d'accomplir son préavis est sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de cette prise d'acte.

- **Prise d'acte : la rupture est justifiée dès lors que l'employeur modifie la rémunération sans l'accord du salarié (Soc. 5 mai 2010)**

Le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que le nouveau mode soit plus avantageux.

La prise d'acte de la rupture par le salarié est justifiée dès lors que l'employeur, sans recueillir son accord, a modifié sa rémunération contractuelle.

- **Inaptitude du salarié : nombre d'examens médicaux requis (Soc., 16 déc. 2010)**

Le licenciement prononcé en raison de l'état de santé d'un salarié est nul et, selon l'article R. 4624-31 du Code du travail, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude d'un salarié à son poste de travail qu'après deux examens médicaux espacés de deux semaines, sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celle des tiers.

Il en résulte que l'inaptitude ne peut être déclarée après un seul examen médical que si la situation de danger ressort de l'avis du médecin du travail ou si cet avis indique, outre la référence à l'article R. 4624-31, qu'une seule visite est effectuée.

Ayant constaté que l'avis d'inaptitude délivré par le médecin du travail le 20 septembre 2004 se bornait à porter la mention « à revoir », une cour d'appel en a justement déduit que l'inaptitude du salarié n'avait pas été régulièrement constatée en l'absence de second examen médical de reprise et que le licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salarié était nul.

- **Congé de maternité : incidence d'un recrutement intervenu au cours de la période de protection (Soc., 15 sept. 2010)**

Il incombe au juge de vérifier, lorsqu'il y est invité, si l'engagement d'un salarié durant le congé de maternité d'une salariée elle-même licenciée lors de la reprise de ses fonctions, n'avait pas pour objet de pourvoir au remplacement définitif de celle-ci, caractérisant ainsi une mesure préparatoire au licenciement intervenue pendant la période de protection.

- **Conventionalité du dispositif légal prévoyant la réintégration du salarié (Soc. 14 avril 2010)**

La règle posée par l'article L. 1235-3 du Code du travail, subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur ne porte atteinte ni au droit au respect des biens, ni au droit de propriété.

Il opère une conciliation raisonnable entre le droit de chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter

atteinte, n'apporte aucune restriction incompatible avec les dispositions de l'article 6. 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ni avec celles de l'article 1er du protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- **Le salarié d'un syndicat de copropriété peut se prévaloir de la clause du règlement de copropriété subordonnant le licenciement à l'autorisation préalable de l'assemblée générale (Ass. plén. 5 mars 2010)**

Si le licenciement d'un salarié du syndicat des copropriétaires entre dans les pouvoirs propres du syndic, ce dernier doit néanmoins, lors de la procédure de licenciement d'un salarié, respecter le règlement de copropriété qui a instauré une procédure d'autorisation préalable avant le licenciement du personnel du syndicat, laquelle n'a pas été remise en cause, ni arguée de nullité par l'employeur comme contraire aux règles de la copropriété.

En ayant fait ressortir que cette clause emportait engagement unilatéral du syndicat des copropriétaires, la cour d'appel en a justement déduit que les salariés pouvaient s'en prévaloir.

Par ailleurs, après avoir relevé que l'obligation faite au syndic, par le règlement de copropriété, de recueillir l'autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires avant le licenciement des gardiens, avait pour objet de permettre à l'employeur de réserver son avis sur l'exercice du pouvoir de licencier le personnel du syndicat des copropriétaires par le syndic, une cour d'appel a exactement retenu que cette procédure d'autorisation préalable avant licenciement constituait une garantie de fond accordée aux salariés et que son inobservation avait pour effet de rendre sans cause réelle et sérieuse leurs licenciements.

- **Le prononcé d'une mise à pied à titre conservatoire n'implique pas nécessairement que le licenciement prononcé ultérieurement présente un caractère disciplinaire (Soc. 3 fév. 2010)**

Le prononcé d'une mise à pied à titre conservatoire n'implique pas nécessairement que le licenciement prononcé ultérieurement présente un caractère disciplinaire.

Les lettres de l'employeur qui se bornent à demander au salarié de faire un effort pour se ressaisir ne constituent pas une sanction disciplinaire, mais un simple rappel à l'ordre. Le fait que la mise à pied conservatoire ne soit pas suivie d'un licenciement pour insuffisance professionnelle ne remet pas en cause la validité du licenciement.

### 3.3.2. Licenciement économique

- **Le délai annuel de contestation ne s'applique qu'en cas de mise en cause du plan de sauvegarde de l'emploi (Soc., 15 juin 2010)**

Le délai de douze mois prévu par le second alinéa de l'article L. 1235-7 du Code du travail pour contester la régularité ou la validité d'un licenciement fondé sur un motif économique n'est applicable qu'aux contestations susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique, en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Il n'est donc pas applicable lorsque la contestation des salariés ne porte pas sur la validité du plan de sauvegarde de l'emploi.

➤ **Licenciement économique au sein d'une UES : appréciation globale des conditions** (Soc. 16 nov. 2010)

Si les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur, il en va autrement lorsque, dans le cadre d'une unité économique et sociale, la décision de licencier a été prise au niveau de cette UES.

Ayant constaté que les projets de licenciements économiques soumis au comité d'entreprise de l'UES, avaient été décidés au niveau de la direction commune aux sociétés composant l'unité économique et sociale, une cour d'appel en a exactement déduit que les conditions imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi devaient être vérifiées dans l'ensemble de l'UES.

➤ **Convention de reclassement personnalisé : énonciation du motif économique** (Soc. 14 avril 2010 – 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt)

Lorsque la rupture du contrat de travail résulte de l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé, l'employeur doit en énoncer le motif économique soit dans le document écrit d'information sur la convention de reclassement personnalisé remis obligatoirement au salarié concerné par le projet de licenciement, soit dans la lettre qu'il est tenu d'adresser au salarié lorsque le délai de réponse expire après le délai d'envoi de la lettre de licenciement imposé par les articles L. 1233-15 et L. 1233-39 du Code du travail.

Lorsqu'il n'est pas possible à l'employeur d'envoyer cette lettre avant l'acceptation par le salarié de la proposition de convention, il suffit que le motif économique soit énoncé dans tout autre document écrit remis ou adressé à celui-ci au plus tard au moment de son acceptation.

Ainsi, la lettre de convocation à l'entretien préalable qui informe le salarié de la mise en œuvre d'une procédure de licenciement pour motif économique avec proposition d'une convention de reclassement personnalisé peut contenir l'énonciation d'un motif économique (1<sup>er</sup> arrêt).

Il en va de même d'un protocole d'accord remis au salarié. Il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur dans le protocole d'accord remis au salarié concomitamment à son acceptation de la convention de reclassement personnalisé. (2<sup>ème</sup> arrêt).

➤ **Réduction des effectifs : en l'absence de licenciement, le plan de reclassement n'est pas nécessaire** (Soc., 26 oct. 2010)

Si l'employeur qui, pour des raisons économiques, entend supprimer des emplois en concluant avec les salariés intéressés des accords de rupture amiable est tenu d'établir un

plan de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions prévues par l'article L. 1233-61 du Code du travail sont remplies ; un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois.

Dès lors, ayant constaté que l'employeur s'était engagé, dans la mise en œuvre de son plan d'ajustement des effectifs basé sur le volontariat, à ne prononcer aucun licenciement, la cour d'appel en a exactement déduit que cet employeur n'était pas tenu d'établir un plan de reclassement.

- **Plan de sauvegarde de l'emploi : l'obligation de reclassement n'incombe qu'à l'employeur et non aux autres sociétés de son groupe (Soc. 13 janv. 2010)**

L'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur.

Il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette seule qualité, débitrice envers les salariés de ce dernier d'une obligation de reclassement, et n'a donc pas à répondre, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans le plan de sauvegarde.

### 3.3.3. *Clause de non-concurrence*

- **Sort de la contrepartie financière en cas de nullité de la clause (Soc., 17 nov. 2010)**

D'une part, le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause. D'autre part, le salarié qui respecte une clause de non-concurrence nulle a droit à une indemnisation.

Cassation de l'arrêt qui condamne le salarié à restituer à l'employeur les sommes versées en application de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et le déboute de sa demande d'indemnisation au titre de cette clause, au motif que celle-ci est nulle, alors que l'employeur ne pouvait obtenir la restitution des sommes versées et qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que le salarié avait respecté la clause pendant plusieurs mois après la rupture du contrat de travail.

- **Illicéité de la clause permettant la renonciation de l'employeur à tout moment (Soc., 13 juil. 2010)**

Le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite.

En l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé

de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement.

➤ **La contrepartie financière ouvre droit à congés payés** (Soc., 23 juin 2010)

La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaires, ouvre droit à congés payés.

➤ **La minoration de la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute est réputée non écrite** (Soc. 8 avril 2010)

La clause de non concurrence minorant la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute n'est pas nulle mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute.

### 3.4. Sécurité et santé au travail

➤ **CHSCT : composition du collège désignatif** (Soc., 8 déc. 2010)

En l'absence d'accord collectif, le collège désignatif est constitué de tous les membres titulaires du comité d'établissement et de tous les délégués du personnel élus dans le périmètre de ce comité.

➤ **CHSCT : éligibilité des travailleurs temporaires** (Soc., 22 sept. 2010)

Le CHSCT a pour mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure, de contribuer à l'amélioration des conditions de travail de ces salariés et de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.

Les conditions de travail des travailleurs temporaires, même lorsqu'ils sont exclusivement mis à disposition d'entreprises utilisatrices, dépendent aussi de l'entreprise de travail temporaire.

Il en résulte que ces salariés, qui font partie des effectifs de l'entreprise de travail temporaire et y sont électeurs, sont, comme les autres salariés, éligibles au CHSCT de l'entreprise qui les emploie.

➤ **Préjudice d'anxiété pour les salariés exposés à l'amiante** (Soc. 11 mai 2010)

Le préjudice d'anxiété constitue un préjudice spécifique dont la réparation peut être demandée à l'ancien employeur par des bénéficiaires d'une préretraite amiante en dehors de toute demande au titre d'une maladie professionnelle.

En l'espèce, le préjudice spécifique d'anxiété est caractérisé dans la mesure où les intéressés se trouvaient, par le fait de leur employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse.

En revanche, le salarié qui a demandé le bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, en application de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, n'est pas fondé à obtenir de l'employeur fautif, sur le fondement des règles de la responsabilité civile, réparation d'une perte de revenu résultant de la mise en œuvre du dispositif légal ; la loi du 23 décembre 1998 créant un dispositif destiné à compenser la perte d'espérance de vie des salariés exposés à l'amiante.

- **Violences et harcèlements : obligation de sécurité de résultat de l'employeur (Soc. 3 fév. 2010 – 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt)**

L'employeur manque à son obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail de violences physiques ou morales (1<sup>re</sup> arrêt) ou de harcèlement moral ou sexuel (2<sup>ème</sup> arrêt) exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements.

Ce manquement justifie la prise d'acte du salarié, qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

- **Tabac : obligation de sécurité de l'employeur (Soc., 6 oct. 2010)**

L'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé de ses salariés.

Le salarié exposé aux fumées de cigarettes et dont l'employeur ne respecte pas les dispositions du Code de la santé publique sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics concernant les salariés est donc, de ce seul fait, fondé à prendre acte de la rupture de son contrat de travail et à en demander la requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

## 4. Divers

- **Soumission des contrats de portage salarial aux règles d'ordre public du droit du travail (Soc. 17 fév. 2010 – 1<sup>er</sup> arrêt - 2<sup>ème</sup> arrêt)**

La Cour de cassation considère que les contrats de portage salarial sont soumis aux règles d'ordre public du droit du travail.

Aux vises des articles L. 1221-1 du Code du travail (par lequel le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun) et L. 1211-1 du même code (fixant le champ d'application du contrat de travail), la Cour considère que le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié.

Le fait pour le salarié de ne pas avoir travaillé pendant plusieurs périodes, faute d'avoir trouvé des missions, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, alors que c'est à la société de portage, en sa qualité d'employeur, de lui fournir du travail, quand bien

même le salarié se serait engagé, en signant une charte de collaboration, à rechercher ses missions et les exécuter dans le respect des règles en vigueur dans son domaine d'activité. (1<sup>er</sup> arrêt)

Par ailleurs, sauf exceptions prévues par la loi, il ne peut être dérogé par l'employeur à l'obligation de mentionner, dans le contrat de travail à temps partiel, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

Doit être requalifié en contrat de travail à temps plein, le contrat prévoyant une durée de travail minimale symbolique, la durée réelle étant variable et dépendant de l'activité déployée par le salarié selon sa propre initiative. (2<sup>ème</sup> arrêt)

- **Arrêt-maladie : activités interdites au bénéficiaire** (Civ., 2<sup>ème</sup>, 9 déc. 2010 – 1<sup>er</sup> arrêt – 2<sup>ème</sup> arrêt)

Il résulte des articles L. 321-1 et L. 323-6 du Code de la sécurité sociale, que l'attribution d'indemnités journalières à l'assuré se trouvant dans l'incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail est subordonnée à l'obligation, pour le bénéficiaire, de s'abstenir de toute activité non autorisée.

Ne respecte pas cette condition le salarié qui a participé pendant son arrêt de travail à une compétition sportive sans y avoir été autorisé, la prescription de sorties libres n'équivalant pas à une telle autorisation. (1<sup>er</sup> arrêt)

Il en va de même du salarié qui a exercé son mandat de membre du CHSCT durant son arrêt maladie, activité assimilée à du temps de travail effectif ; la coïncidence entre les heures de délégation et les heures de sortie autorisées est indifférente, l'exercice répété et prolongé de son activité de représentant du personnel étant incompatible avec l'arrêt de travail et le service des indemnités journalières. (2<sup>ème</sup> arrêt)

- **CDD : contestation sur le motif du recours et charge de la preuve** (Soc., 15 sept. 2010)

En cas de litige sur le motif du recours au contrat à durée déterminée, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve de la réalité dudit motif.

## Agroalimentaire

### 1. Bail rural

- **La renonciation du nu-propiétaire à la nullité du bail consenti par l'usufruitier doit être dépourvue d'équivoque** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2010, inédit)

Aux termes de l'article 595, alinéa 4, du Code civil, l'usufruitier ne peut, sans le concours du nu-propiétaire, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel

ou artisanal. A défaut d'accord du nu-proprétaire, l'usufruitier peut être autorisé par justice à passer seul cet acte.

Le fait que les nus-proprétaires n'ignoraient pas l'exploitation de leur propriété par le GAEC, ne suffit pas à caractériser sans équivoque leur renonciation à se prévaloir de la nullité du bail conclu par le seul usufruitier.

- **L'expert missionné pour constater des manquements ne peut pénétrer sur la parcelle louée qu'après autorisation du preneur** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2010)

Une Cour d'appel a justement retenu que doivent être écartés des débats, sans violer le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les rapports d'expertise dont les opérations se sont déroulées sans qu'une autorisation judiciaire ne soit sollicitée.

Le bailleur ne peut pénétrer avec l'expert sur la parcelle louée au preneur qu'après accord préalable de celui-ci.

- **Conditions d'application de la sanction prévue à l'article L. 416-2 du Code rural** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 juin 2010)

Aux termes de l'article L. 416-2 du Code rural, un bail rural peut, à tout moment, être converti par accord des parties en bail à long terme soit par transformation du bail initial, soit par conclusion d'un nouveau bail. Lorsque cette conversion n'implique aucune autre modification des conditions du bail que l'allongement de sa durée et que le bailleur s'engage à ne demander aucune majoration du prix du bail en fonction de cette conversion, le refus du preneur le prive du bénéfice des dispositions des articles L. 411-35 et L. 411-46.

Dès lors que les preneurs n'ont pas refusé la conversion du bail de neuf ans en bail à long terme, mais seulement la décision des bailleurs de leur faire supporter les frais d'établissement du bail à long terme, les conditions d'application de la sanction prévue par cette disposition ne sont pas réunies.

- **Le fermier qui met ses terres à disposition d'une EARL reste seul titulaire du bail** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 janv. 2010)

Le fermier mettant les terres louées à disposition d'une EARL reste seul titulaire du bail.

La procédure collective suivie contre cette EARL, même si elle débouche sur un plan de continuation, ne fait pas obstacle à l'action en résiliation du bailleur dont les droits n'ont pas été modifiés.

- **La présence non contestée d'un nouvel exploitant n'empêche pas création d'un autre bail** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 29 sept. 2010)

Aux termes de l'article L. 411-35 du Code rural, dans sa rédaction applicable en la cause, toute cession de bail est interdite sauf si elle est consentie, avec l'agrément du bailleur, au

profit du conjoint du preneur participant à l'exploitation ou aux descendants du preneur ayant atteint l'âge de la majorité ou ayant été émancipés.

Relevant qu'un tiers au bail rural a exploité les terres du vivant du bailleur et, après la mort de celui-ci, sans la moindre opposition des héritiers qui ont encaissé sans réserves les fermages régulièrement versés, une cour d'appel en a déduit l'existence d'un nouveau bail.

En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'il n'y avait pas eu de résiliation du bail initial, la cour d'appel a violé le texte précité.

➤ **Les copreneurs peuvent être privés de la faculté de cession à raison d'un manquement commis par l'un d'eux** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 fév. 2010)

La faculté accordée au preneur de céder son bail à ses descendants majeurs ou ayant été émancipés constitue une dérogation au principe général d'incessibilité du bail rural qui ne peut bénéficier qu'au preneur qui a satisfait à toutes les obligations nées de son bail.

Par ailleurs, le preneur d'un fonds rural est tenu de l'exploiter et s'il le met à la disposition d'une société à objet principalement agricole dont il doit être associé, il a, restant seul titulaire du bail, l'obligation de continuer à se consacrer à sa mise en valeur en participant aux travaux de façon effective et permanente.

Enfin, la clause de solidarité incluse au bail permet aux bailleurs d'exiger indifféremment de l'un ou l'autre des preneurs l'exécution de toutes les obligations du bail.

➤ **Le cessionnaire n'a pas à être personnellement titulaire d'une autorisation d'exploiter les terres mises à la disposition du GAEC** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 janv. 2010)

Le cessionnaire d'un bail, associé d'un GAEC auquel les terres louées, objet de la cession, sont mises à disposition, n'est pas tenu d'être personnellement titulaire d'une autorisation d'exploiter.

Viola les articles L. 411-35 et L. 331-2 du Code rural, la cour d'appel qui rejette une demande d'autorisation de cession de bail au motif que le cessionnaire doit être personnellement titulaire d'une autorisation d'exploiter alors même que les terres mises à la disposition du GAEC continueraient d'être exploitées par celui-ci après la cession.

➤ **Le congé portant sur une exploitation de subsistance doit être annulé** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 13 juil. 2010)

Ayant à bon droit retenu que seules devaient être prises en considération pour l'application des articles L. 411-64 et L. 732-39 du Code rural, les parcelles réellement exploitées et mises en valeur par le preneur, une cour d'appel, qui a constaté que des époux avaient atteint l'âge de la retraite et mettaient en valeur des terres d'une superficie inférieure à la surface fixée par l'article L. 732-39, alinéa 6, du Code rural, en a justement déduit que le congé délivré devait être annulé comme portant sur une exploitation de subsistance.

- **Le congé délivré à un seul copreneur n'est pas nul, mais valable à son égard et inopposable à l'autre copreneur** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 fév. 2010)

Aux termes de l'article 411-47 du Code rural, le propriétaire qui entend s'opposer au renouvellement du bail doit notifier congé au preneur, dix-huit mois au moins avant l'expiration du bail, par acte extrajudiciaire.

Le congé délivré à un seul copreneur n'est pas nul, mais valable à son égard et seulement inopposable à l'autre copreneur. Tel est le cas du congé délivré seulement à l'un des ex-époux locataires d'une parcelle donnée à bail.

- **Pas de préemption en cas de cession entre coïndivisaires** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 24 nov. 2010)

Une cession entre coïndivisaires d'une partie des droits indivis portant sur un fonds de terre ou un bien rural ne constitue pas une aliénation à titre onéreux ouvrant droit de préemption au preneur en place.

- **Refus de renouvellement fondé sur l'âge de la retraite** (Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 mai 2010)

Le bailleur peut, par dérogation aux articles L. 411-5 et L. 411-46 du Code rural, soit refuser le renouvellement du bail au preneur ayant atteint l'âge de la retraite retenu en matière d'assurance vieillesse des exploitants agricoles, soit limiter le renouvellement à l'expiration de la période triennale au cours de laquelle le preneur atteindra cet âge.

Le bailleur ne peut refuser le renouvellement du bail à une personne morale titulaire du contrat en se fondant sur l'âge de la retraite retenu pour les personnes physiques en matière d'assurance vieillesse des exploitants agricoles.

- **Les obligations du preneur sortant au regard du droit communautaire** (CJUE, Aff. C-470/08, 21 janv. 2010)

Le droit communautaire n'oblige pas le preneur, à l'expiration du bail rural, à remettre au bailleur les terres affermées accompagnées des droits au paiement constitués pour ces terres ou afférents à celles-ci, ni à lui verser une indemnité.

## 2. Accords interprofessionnels

- **Les entreprises qui vendent des fruits et légumes de la 4<sup>ème</sup> gamme n'ont pas à verser des cotisations à l'INTERFEL** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2010)

Les sociétés qui vendent des produits de la quatrième gamme (qui sont des fruits et légumes frais éventuellement râpés, coupés, lavés, « débactérisés » et placés dans des sachets) relèvent du secteur de la transformation des produits frais et ne sont pas membres des professions constituant l'Association interprofessionnelle des fruits et légumes (INTERFEL), reconnue en qualité d'organisation interprofessionnelle dans le secteur des fruits et légumes destinés à la consommation en frais, au sens des articles L. 632-1, L. 632-4 et L. 632-6 du Code rural et, partant, ne sont pas redevables des cotisations prévues par les accords étendus dont cette organisation interprofessionnelle se prévaut.

### 3. Divers

- **Publication des informations relatives aux bénéficiaires de fonds européens agricoles et respect à la vie privée** (CJUE, Aff., C-92/09 et C-93/09, 9 nov. 2010)

Les dispositions du règlement (CE) n° 1290/2005 du 21 juin 2005 modifié, relatif au financement de la politique agricole commune qui imposent la publication des informations relatives aux bénéficiaires de fonds en provenance du Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et du Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), sont invalides dans la mesure où, s'agissant des personnes physiques bénéficiaires d'aides, ces dispositions imposent la publication de données à caractère personnel relatives à tout bénéficiaire, sans opérer de distinction selon des critères pertinents, tels que les périodes pendant lesquelles elles ont perçu de telles aides, la fréquence ou encore le type et l'importance de celles-ci.

L'invalidité de ce dispositif ne permet cependant pas de remettre en cause les effets de la publication des listes des bénéficiaires d'aides du FEAGA et du Feader effectuée par les autorités nationales sur le fondement desdites dispositions, pendant la période antérieure à la date du prononcé de l'arrêt.

- **Démembrement rural : les intéressés doivent être mis en mesure de porter leurs observations à la commission départementale** (CE 4° et 5° s-s-r, n° 323896, 22 oct. 2010)

Aux termes du premier alinéa de l'article R. 121-11 du Code rural, les intéressés présentent par écrit à la commission départementale d'aménagement foncier leurs observations et réclamations. Sur la demande adressée par écrit au président de cette commission, ils sont entendus par celle-ci.

Il résulte de ces dispositions que les intéressés doivent être mis en mesure de porter leurs observations à la connaissance de la commission départementale préalablement à toute décision concernant leur propriété.

- **SCEA : une décision portant atteinte à l'objet civil de la société ne peut être prise en assemblée générale ordinaire** (Com., 13 juil. 2010)

Relevant, d'un côté, que les prestations d'hôtellerie fournies à titre habituel par une SCEA à objet exclusivement agricole, étant dépourvues de lien avec l'activité agricole, n'avaient pas pour support l'exploitation, et, de l'autre, que la décision d'affecter à l'activité hôtelière le dernier bâtiment non encore exploité à cette fin était contraire aux statuts en ce qu'elle portait atteinte au caractère civil de l'objet social, la cour d'appel, qui a constaté que la décision litigieuse n'avait pas été prise aux conditions requises pour les modifications statutaires, a justement retenu que cette décision était nulle.

- **GFA : conventionnalité des règles encadrant le retrait d'un associé** (Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 2010)

Selon l'article L. 322-23 du Code rural, à défaut de prévision dans les statuts d'un groupement foncier agricole des conditions dans lesquelles un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, son retrait ne peut être autorisé que par une décision unanime des autres associés.

Ces dispositions dérogent, au sens de l'article 1845 du Code civil, à celles de l'article 1869 du même code prévoyant que le retrait d'un associé d'une société civile puisse être autorisé pour justes motifs par une décision de justice.

Ces règles régissant les groupements fonciers agricoles sont dictées par des objectifs de politique agricole visant à éviter le démembrement des propriétés rurales en favorisant leur conservation au sein des familles et leur transmission sur plusieurs générations et elles justifient dès lors la restriction apportée par le Code rural à la possibilité pour un associé de se retirer d'un groupement foncier agricole.

Elles ne portent pas atteinte au droit fondamental d'agir en justice, non plus qu'au droit de propriété.

➤ **Action en garantie dans les ventes d'animaux domestiques : application du Code rural sauf convention contraire** (Civ., 1<sup>ère</sup>, 30 sept. 2010)

L'action en garantie dans les ventes d'animaux domestiques est régie, à défaut de convention contraire, par les seules dispositions du Code rural.

Doit donc être cassé le jugement qui accueille l'action en garantie des vices cachés à raison de l'agressivité de l'animal vendu, alors, d'une part, que celle-ci ne fait pas partie de la liste des vices rédhibitoires visés aux articles L. 213-1 et L. 213-5 du Code rural, et d'autre part, qu'aucune convention contraire n'était invoquée en l'espèce.

➤ **Contrôle de la conformité des produits issus de la pêche maritime : responsabilité pénale du grossiste** (Crim., 14 déc. 2010)

Le contrôle de la conformité des produits issus de la pêche maritime, dont la taille ou le poids sont réglementés, doit s'exercer à tous les stades de la commercialisation de ces produits et incombe notamment au grossiste qui en a fait l'achat à la criée pour les revendre à une centrale d'achat sur un marché d'intérêt national.

➤ **Qualification d'un chemin d'exploitation** (Civ., 3<sup>ème</sup>, 24 nov. 2010)

Le droit d'usage n'étant pas lié à la propriété du sol, l'existence d'un titre de propriété au profit du propriétaire de la parcelle sur laquelle se trouve le chemin ne rend pas impossible la qualification de chemin d'exploitation.

## Propriété intellectuelle & technologies de l'information

### 1. Inventions – Brevets – Droits d'auteur – Marques

- **Invention de salarié : l'antériorité au contrat de travail exclut la rémunération supplémentaire (Soc., 2 juin 2010)**

Il résulte de l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle que le salarié, auteur d'une invention, bénéficie d'une rémunération supplémentaire dans les conditions déterminées par les conventions collectives, accords d'entreprise ou le contrat de travail, pour les inventions qu'il a faites dans l'exécution, soit de son contrat de travail, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées.

Des inventions antérieures à la conclusion du contrat de travail et correspondant à l'apport en nature de l'intéressé, gérant salarié au sein de la société ayant régularisé le dépôt des brevets en sa qualité de propriétaire des inventions, n'ouvrent pas droit à une rémunération supplémentaire.

- **Les inventions faites par les étudiants non rémunérés leur appartiennent (CE, 22 fév. 2010)**

La propriété des inventions faites par les étudiants non rémunérés, qui ont la qualité d'usagers du service public, ne saurait être déterminée en application des dispositions de l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle, lesquelles sont applicables aux seuls salariés et agents publics.

La règle posée par l'article L. 611-6 du même code attribue cette propriété à l'inventeur ou à son ayant cause.

En énonçant néanmoins que les brevets correspondant aux inventions réalisées par les étudiants au sein du laboratoire d'imagerie paramétrique, seraient la propriété du CNRS, le directeur du laboratoire d'imagerie paramétrique a conféré au CNRS la qualité d'ayant-cause des étudiants, au sens des dispositions de l'article L. 611-6 du même code, alors qu'il ne tenait d'aucun texte, ni d'aucun principe, le pouvoir d'édicter une telle règle. Dès lors, le CNRS n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a déclaré que les dispositions en litige étaient entachées de nullité.

- **Saisie-contrefaçon de brevet : qualité pour saisir (Com., 14 déc. 2010)**

La faculté de procéder à une saisie-contrefaçon en matière de brevet ou de certificat complémentaire de protection n'est ouverte qu'aux personnes énumérées à l'article L. 615-2 du Code de la propriété intellectuelle qui justifient non seulement de l'existence du titre sur lequel elles se fondent mais également de ce que celui-ci est toujours en vigueur à la date de présentation de la requête.

➤ **Saisie-contrefaçon de logiciels : compétence juridictionnelle** (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010*)

La demande de mainlevée d'une mesure de saisie contrefaçon doit être portée devant la juridiction saisie au fond de l'action en contrefaçon et non devant la juridiction ayant rendu l'ordonnance qui l'a autorisée.

➤ **Cession de droit de reproduction d'une œuvre : appréciation stricte du périmètre** (*Com., 30 sept. 2010*)

Aux termes des articles L. 122-7 et L. 131-3 du Code de propriété intellectuelle, la cession du droit de reproduction d'une œuvre de l'esprit est limitée aux modes d'exploitation prévus par le contrat.

Une cession visant la reproduction de diapositives pour la réalisation de dépliants ne s'étend pas à la réalisation de sets de table.

➤ **Les États membres peuvent faire leur propre choix législatif pour déterminer les catégories de personnes susceptibles de bénéficier du droit de suite après le décès de l'auteur d'une œuvre d'art** (*CJUE, 15 avril 2010, aff. C-518/08*)

L'article 6 de la directive 2001/84/CE du 27 septembre 2001 instaure un droit de suite obligatoire au profit de l'auteur d'une œuvre d'art et, après sa mort, à ses ayants droit.

Aux termes de l'article L. 123-7 du Code de la propriété intellectuelle, qui n'a pas été modifié lors de la transposition de la directive 2001/84, après le décès de l'auteur, le droit de suite mentionné à l'article L.122-8 subsiste au profit de ses héritiers et, pour l'usufruit prévu à l'article L.123-6, de son conjoint, à l'exclusion de tous légataires et ayants cause, pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années suivantes.

La CJCE précise qu'à la lumière des objectifs poursuivis par la directive 2001/84, les États membres peuvent faire leur propre choix législatif pour déterminer les catégories de personnes susceptibles de bénéficier du droit de suite après le décès de l'auteur d'une œuvre d'art.

➤ **Un opérateur n'enfreint pas le droit des marques en permettant aux annonceurs d'acheter des mots clés correspondant aux marques de leurs concurrents** (*CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238-08*)

L'usage d'un signe identique ou similaire à la marque du titulaire par un tiers implique, à tout le moins, que ce dernier fasse une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale.

Si une marque a été utilisée en tant que mot clé, le titulaire de celle-ci ne peut donc pas invoquer le droit exclusif qu'il tire de sa marque contre l'opérateur. Il peut en revanche invoquer ce droit contre les annonceurs qui, au moyen du mot clé correspondant à sa marque, font afficher par l'opérateur des annonces qui ne permettent pas ou permettent difficilement à l'internaute moyen de savoir de quelle entreprise proviennent les produits ou services visés par l'annonce.

Il incombe à la juridiction nationale d'apprécier, au cas par cas, si les faits du litige dont elle est saisie sont caractérisés par une telle atteinte, ou un risque d'une telle atteinte, à la fonction d'indication d'origine.

S'agissant de la question de savoir si un service de référencement sur Internet, tel que « AdWords », constitue un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par l'annonceur et que, partant, le prestataire du service de référencement bénéficie d'une limitation de responsabilité, la Cour relève qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si le rôle exercé par ce prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke.

S'il s'avère qu'il n'a pas joué un rôle actif, ce prestataire ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles ces données.

- **Le stockage de mots-clés et l'affichage d'annonces publicitaires ne constituent pas une contrefaçon, sauf risque de confusion (Com., 13 juil. 2010 – arrêt n° 1 – arrêt n° 2 – arrêt n° 3 – arrêt n° 4)**

Ne commet pas une contrefaçon au sens des articles L. 731-2 et L. 731-3 du Code de la propriété intellectuelle le prestataire de service de référencement qui se borne à stocker des mots-clés et à afficher des annonces (*arrêts 1, 2 et 3*).

En revanche, est à juste titre condamné pour contrefaçon l'annonceur qui a fait publier une annonce dont la présentation ne permettait pas à un internaute normalement informé et raisonnablement attentif, de savoir si l'annonceur était lié ou non au titulaire de la marque (*arrêt n° 4*).

- **Un lien hypertexte renvoyant vers le site de l'éditeur n'est pas constitutif d'une contrefaçon (TGI Nanterre, 25 mars 2010)**

Il n'existe aucune obligation légale de ne proposer que des liens hypertextes dirigeant l'internaute vers la page d'accueil.

L'article 1er de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dispose que *"la communication au public par voie électronique est libre"*, sans que, s'agissant de sites d'information, l'existence d'un lien, à titre informatif, soit soumise à une autorisation préalable.

Le développeur du logiciel ne peut reprocher à l'éditeur d'un site web d'avoir mis un lien profond donnant accès à la démonstration de son logiciel : le nom du développeur *« figurant sur la version de présentation disponible à partir du lien hypertexte »*.

## 2. Internet

### 2.1 Généralités

- **Inconstitutionnalité de l'article L. 45 du CPCE relatif à l'attribution des noms de domaine sur Internet** (*Cons. const., 6 oct. 2010, déc. 2010-45 QPC*)

Le 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a déclaré contraire à la Constitution l'article L. 45 du Code des postes et des communications électroniques, relatif à l'attribution et la gestion des noms de domaine sur Internet en France.

Le Conseil constitutionnel reproche au législateur d'avoir entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés à des organismes désignés par le ministre. Dès lors, aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à la liberté de communication.

Cette inconstitutionnalité prendra effet le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

- **L'hébergeur de pages personnelles plaçant de la publicité perd le statut d'hébergeur** (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 janv. 2010*)

L'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000, soumettait les fournisseurs d'hébergement à un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun (v. aujourd'hui, art. 6, I, 2, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique).

Le fait, pour un fournisseur d'hébergement, d'offrir à l'internaute de créer ses pages personnelles à partir de son site et de proposer aux annonceurs de mettre en place, directement sur ces pages, des espaces publicitaires payants dont il assure la gestion, excède les simples fonctions techniques de stockage visées par cette disposition, de sorte que le fournisseur ne peut revendiquer le bénéfice du régime dérogatoire.

- **Inapplicabilité du régime de l'hébergeur en cas de « comportement actif »** (*CA Reims 1<sup>ère</sup> sect., 20 juil. 2010*)

Relevant, notamment, un comportement actif de la société en cause et l'exercice, par celle-ci, d'un contrôle sur le contenu des informations transmises ou stockées, excédant une simple prestation de stockage de données, la Cour d'appel de Reims en déduit que l'activité de cette société ne revêt pas un caractère purement technique, automatique et passif au sens de la directive « e-commerce » (Dir. n° 2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000) et de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Le régime exonérateur de responsabilité institué par les dispositions précitées au profit de l'hébergeur n'est donc pas applicable.

- **Usage privé d'Internet par les salariés : la détention de fichiers à caractère pornographique peut constituer une faute grave** (*Soc.*, 15 déc. 2010, inédit)

Ayant relevé que l'utilisation de sa messagerie pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique et la conservation, sur son disque dur, d'un nombre conséquent de tels fichiers constituaient un manquement délibéré et répété du salarié à l'interdiction posée par la charte informatique mise en place dans l'entreprise et intégrée au règlement intérieur, une cour d'appel a pu en déduire que ces agissements, susceptibles pour certains de revêtir une qualification pénale, étaient constitutifs d'une faute grave et justifiaient le licenciement immédiat de l'intéressé.

- **Compétence judiciaire européenne en matière de consommation : prise en compte du site Internet du commerçant** (*CJUE*, Aff. C-585/08 et 144/09, 7 déc. 2010)

Afin de déterminer si un commerçant, dont l'activité est présentée sur son site Internet ou sur celui d'un intermédiaire, peut être considéré comme « dirigeant » son activité vers l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux.

Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur : la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres.

En revanche, la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie habituellement utilisées au sein de l'État membre dans lequel le commerçant est établi.

- **Les constatations permettant de relever une adresse IP ne constituent pas un traitement de données relatives à des infractions soumis à autorisation de la Cnil (CA Paris, 1<sup>er</sup> fév. 2010)**

Les constatations opérées par un agent assermenté, qui se contente de relever l'adresse « IP » de l'ordinateur ayant servi à l'infraction, afin de localiser le fournisseur d'accès en vue de la découverte ultérieure de l'auteur des téléchargements illégaux ne constituent pas un traitement automatisé de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi « informatiques et libertés » du 6 janvier 1978.

L'adresse « IP » relevée ne figure pas dans un fichier mais dans le seul procès-verbal de l'agent.

## 2.2 Commerce électronique – Correspondances électroniques

- **Lettre recommandée électronique : le Conseil d'Etat enjoint au gouvernement de prendre le décret nécessaire à l'application de l'article 1369-8 du Code civil (CE n°330216, 22 oct. 2010)**

Aux termes de l'article 1369-8 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 16 juin 2005, une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.

Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'Etat. Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver. Les modalités d'application dudit article sont fixées par décret en Conseil d'Etat

Ces dispositions ne permettent donc de présumer la fiabilité des informations que dans la mesure où le procédé électronique utilisé est conforme à des prescriptions réglementaires fixées par décret en Conseil d'Etat.

Si l'absence de mesures réglementaires ne fait pas obstacle à la faculté, prévue par l'article 1369-8 du Code civil, d'employer un procédé électronique afin d'envoyer un courrier recommandé avec accusé de réception relatif à un contrat, elle ne permet toutefois pas de satisfaire à la présomption instituée par le législateur.

En dépit des difficultés techniques éventuellement rencontrées par l'administration dans l'élaboration des textes dont l'article précité prévoit l'intervention, son abstention à les prendre à la date de la décision attaquée s'est prolongée au-delà d'un délai raisonnable.

Dans ces conditions, la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé d'édicter le décret prévu par l'article 1369-8 doit être annulée. Cette annulation implique nécessairement l'édiction du décret.

Il y a donc lieu, pour le Conseil d'Etat, d'ordonner au Gouvernement d'édicter ce décret dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision.

➤ **Preuve par e-mail : doute sur l'identité de l'expéditeur** (*Civ., 1ère, 30 sept. 2010*)

Dès lors qu'il existe une contestation sur l'origine de messages transmis par voie électronique, le juge est tenu de vérifier si les conditions de validité de l'écrit ou de la signature électroniques prévues par les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil sont satisfaites.

➤ **Saisies informatiques : sélection des messages électroniques** (*CA Paris Pôle 5, ch. 7, 2 nov. 2010*)

Dans le cadre d'une enquête relative à d'éventuels abus de position dominante, l'Autorité de la concurrence a réalisé une saisie globale de messageries informatiques et disques durs d'ordinateurs d'une société, incluant des documents couverts par le secret des correspondances d'avocats ou par le secret de la vie privée, considérant que seul ce procédé lui permettait de garantir l'authenticité et l'intégrité des documents saisis.

Par ordonnance du 2 novembre 2010, la Cour d'Appel de Paris a ordonné une expertise destinée à lui fournir tous les éléments qui lui permettront d'évaluer techniquement la possibilité de la saisie sélective de messages dans la messagerie électronique sans compromettre l'authenticité de ceux-ci.

Les informations contenues dans les présentes brèves d'actualité sont d'ordre général. Elles ne prétendent pas à l'exhaustivité et ne couvrent pas nécessairement l'ensemble des sujets abordés dans leurs sources (textes, décisions, etc.). Elles ne constituent pas une prestation de conseil et ne peuvent en aucun cas remplacer une consultation juridique sur une situation particulière. Ces informations renvoient parfois à des sites Internet extérieurs sur lesquels Racine n'exerce aucun contrôle et dont le contenu n'engage pas sa responsabilité.