



# ASA Avocats – Newsletter

Lettre d'information trimestrielle sur l'actualité juridique – Aktuelles zu  
Gesetzgebung und Rechtsprechung

Avril 2008

- ▶ Droit commercial
- ▶ **Droit bancaire**
- ▶ **Droit des transports**
- ▶ **Droit des sociétés**
- ▶ Droit fiscal
- ▶ Droit immobilier
- ▶ **Droit social**
- ▶ Propriété intellectuelle
- ▶ **Droit civil**
- ▶ Droit communautaire
- ▶ Droit allemand
- ▶ **Droit administratif**
- ▶ Droit pénal

## I. Droit des affaires

### ▶ **Droit bancaire / Marchés à terme : la violation de l'obligation de couverture peut être invoquée par le client**

Le prestataire d'un service d'investissement est tenu d'exiger la constitution d'une couverture des donneurs d'ordres sur les marchés à terme. Depuis 1997, la Cour de cassation considérait qu'un client ne pouvait engager la responsabilité de la banque pour les pertes qu'il avait subies au motif que cette dernière n'avait pas exigé une couverture suffisante : elle considérait en effet que l'obligation de couverture était édictée pour la protection du marché et non pour celle du client (Cass. com. 2-12-1997 : Bull. civ. IV n° 314).

Cette solution vient d'être renversée par un arrêt du 26 février 2008 (Cass. com. 26 février 2008 n° 07-10.761 (n° 316 FS-PBIR), Chaib c/ Sté Cortal Consors) : la responsabilité contractuelle de la banque peut dorénavant être engagée si elle n'a pas veillé à exiger une couverture suffisante, étant donné qu'elle est obligée de « se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de son activité de manière à promouvoir au mieux les intérêts de son client et l'intégrité du marché ». Il en résulte un alourdissement considérable de la responsabilité des banques, qui risquent de devoir répondre des moins-values boursières subies par leurs clients dans la mesure où l'insuffisance de la couverture y a contribué. (O. Berg)

### ▶ **Droit bancaire / Mesures d'exécution : la saisie attribution faite auprès du siège d'une banque en France saisit également les comptes ouverts auprès de succursales étrangères**

Par un arrêt du 14.02.2008, la Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> chambre civile, a décidé que "la banque, qui a seule la personnalité morale, est dépositaire des fonds détenus dans une succursale située à l'étranger et que la circonstance que les fonds sont déposés dans une telle succursale est, pour l'application (des mesures d'exécution françaises), sans incidence sur l'effet d'attribution au profit du créancier saisissant...".

Peu importe donc que le compte soit ouvert auprès d'une succursale située à l'étranger : une telle succursale n'ayant pas de personnalité morale distincte de la banque elle-même, la saisie pratiquée auprès du siège emporte saisie des comptes ouverts dans des succursales étrangères (P. LUTZ).

### ► **Droit commercial : distribution – agents commerciaux**

Un distributeur rémunéré par une commission n'est pas nécessairement un agent commercial bénéficiant du statut protecteur organisé par les articles L 134-1 et suivants du code de commerce.

Le Cour de cassation vient de préciser qu'un distributeur chargé de commercialiser des contrats d'abonnements téléphoniques ne pouvait être qualifié d'agent commercial, dès lors que le contrat le liant au fournisseur lui interdisait de modifier les tarifs et conditions fixés ce dernier. Ce distributeur n'étant investi d'aucun pouvoir de négocier les contrats, il ne répondait pas aux conditions posées par l'article L 134-1 du code de commerce, définissant l'agent commercial comme un mandataire indépendant « *chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de son mandant* ».

Par suite, à l'expiration du contrat, la société n'avait pas à payer l'indemnité compensatrice prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce (Cass. com. 15 janvier 2008 n° 06-14.698 (n° 116 FS-PB), Sté Radio communications équipements c/ SFR.) (M.-P. Wagner)

### ► **Droit du transport : nouvelles précisions sur l'action directe de l'art. L 132-8 du Code de commerce**

Par quatre arrêts de principe rendus le 22.01.2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient d'apporter de nouvelles précisions sur le régime de l'action directe instituée par l'article L 132-8 du Code de commerce au profit du voiturier impayé (Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-11.083, n° 06-15.957, n° 06-19.423, et n° 06-18.308)

En premier lieu, la Cour prend position en faveur du transporteur qui ne dispose pas de lettre de voiture, en lui permettant d'exercer l'action directe à l'encontre de celui dont il démontre qu'il était bien le destinataire de la marchandise. Ce faisant, la Cour rappelle que le contrat de transport est un contrat consensuel n'exigeant pas pour sa validité l'émission d'une lettre de voiture.

En second lieu, la Cour décide que celui qui reçoit la marchandise et l'accepte se trouve garant du prix du transport dès lors qu'il n'indique pas agir pour le compte d'un mandant. Il en résulte que celui qui déclare expressément déclarer agir pour le compte d'un destinataire réel peut échapper à l'obligation de garantie de l'article L 132-8. Encore faut-il qu'il le prouve, la charge de cette preuve lui incombant.

Enfin, revenant sur sa jurisprudence antérieure (elle avait admis la subrogation, *a priori* sans limites, voir Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-20.535, Bull. civ. IV, n° 114), la Cour suprême considère désormais la garantie de paiement comme bénéficiant au seul transporteur, à défaut de possibilité d'être transmise ou cédée. Elle énonce en effet dans un attendu de principe :

"Attendu que celui qui est subrogé dans les droits du voiturier pour l'avoir payé de son fret n'acquiert pas, du fait de cette subrogation, la garantie de paiement instituée par l'article L 132-8 du Code de commerce, réservée exclusivement au transporteur." (G. Kowalik – J.M. Rapp)

## II. Droit du travail

### ► **Droit du travail : coïncidence du 1<sup>er</sup> mai 2008 et de l'Ascension : règles d'indemnisation**

Cette année, le 1<sup>er</sup> mai coïncidera avec le jeudi de l'Ascension. Pour la Direction Générale du Travail (DGT), deux situations doivent être distinguées.

1. Dans le cas où le 1<sup>er</sup> mai est un jour chômé dans l'entreprise :

Le 1<sup>er</sup> mai est le seul jour férié chômé prévu par la loi.

Si aucune convention collective ne se prononce sur l'existence et l'indemnisation d'autres jours fériés chômés, le chômage d'un jour férié n'a pour seule conséquence que le maintien de la rémunération du salarié, dès lors que celui-ci remplit les conditions posées par loi sur la mensualisation de 1978 (trois mois d'ancienneté, 200 heures de travail dans les deux mois précédents et présence le dernier jour de travail précédent le jour férié et le premier jour suivant, sauf autorisation d'absence préalable).

Dans ce cas, la coïncidence du 1<sup>er</sup> mai et de l'Ascension n'a aucune incidence, l'employeur n'étant pas obligé d'accorder au salarié un jour de repos complémentaire.

En revanche, si une convention collective prévoit le chômage de tout ou partie des jours fériés, tel le jeudi de l'Ascension, les salariés absents le 1<sup>er</sup> mai au titre de la fête du travail devront bénéficier d'un jour de repos complémentaire dans l'année au titre du jeudi de l'Ascension, ou d'une indemnité complémentaire.

## 2. Dans les entreprises où le 1<sup>er</sup> mai est exceptionnellement un jour travaillé, en raison de la nature de leur activité :

En l'absence de mention d'une convention collective, le salarié aura droit en plus du salaire correspondant au travail effectué, à une indemnité égale au montant du salaire, conformément à l'article L 222-7 du code du travail.

Aucune indemnisation ou repos complémentaire ne sera en revanche accordée au titre de la coïncidence avec le jeudi de l'Ascension.

Si une convention collective prévoit une majoration de salaire ou un repos pour travail un jour férié, le salarié aura droit en sus à deux jours de repos ou à deux indemnités compensatrices conventionnelles. (E. Pointet)

### ► **Droit du travail : rémunération des stagiaires**

Le décret sur la gratification des stages est paru au Journal Officiel le 1<sup>er</sup> février 2008.

En l'absence de convention ou d'accord collectif étendu, la gratification minimale obligatoire est fixée à 12,5 % du plafond horaire de la sécurité sociale (2,625 € de l'heure en 2008 ou 398,13 € par mois pour 151,67 heures de travail), soit l'équivalent de 31,1 % du SMIC au 1<sup>er</sup> juillet 2007.

Cette gratification est due à compter du premier jour du premier mois de stage, dès lors qu'il s'agit d'un stage professionnel de plus de trois mois consécutifs, ayant fait l'objet d'une convention entre l'entreprise, le stagiaire et l'établissement d'enseignement.

Elle est versée sans préjudice du remboursement des frais exposés par le stagiaire pour les besoins du stage et des éventuels avantages offerts.

Toute gratification versée au stagiaire n'excédant pas le seuil de 12,5 % du plafond horaire de la sécurité sociale est par ailleurs exonérée de cotisations sociales seule la part excédentaire étant susceptible de donner lieu à cotisations. (Décret n° 2008-96 du 31 janvier 2008, JO du 1<sup>er</sup> février 2008) (E. Pointet)

### ► **Droit du travail : conversion de droits à congés en rémunération**

L'article 1<sup>er</sup> I de la loi sur le pouvoir d'achat permet à tout salarié, quelle que soit la taille de l'entreprise, de renoncer à tout ou partie des journées ou demi-journées de réduction du temps de travail (JRTT), non prises au 31 décembre 2007 ou acquises au titre des périodes postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2008 jusqu'au 31 décembre 2009. Celles-ci donneront alors lieu, en accord avec l'employeur, à une majoration de salaire au moins égale au taux de la première heure supplémentaire applicable à l'entreprise.

Les heures correspondantes ne s'imputent pas sur le contingent légal ou conventionnel d'heures supplémentaires.

La loi permet aussi à tout salarié, sur sa demande et en accord avec l'employeur, de convertir tout ou partie des journées ou demi-journées de repos compensateur, acquises entre le 1er janvier 2008 et le 31 décembre 2009, en une majoration salariale équivalente.

Les salariés relevant d'un système de forfait jours peuvent également, même en l'absence d'accord d'entreprise, renoncer à une partie de leurs jours de repos acquis avant le 31 décembre 2009, en contrepartie d'une majoration de salaire, à négocier avec l'employeur, et qui ne peut être inférieure à 10 %.

Quant aux droits capitalisés sur un compte épargne temps (CET), les salariés peuvent, en accord avec l'employeur, demander leur liquidation monétaire. Sont exclus les droits versés au titre des congés payés annuels légaux.

Selon la date d'acquisition des jours ou droits rachetés, le régime social et fiscal sera différent.

Le rachat des jours de RTT, jours de repos et droits affectés sur un CET au 31 décembre 2007, en vertu d'une demande présentée par le salarié impérativement avant le 1<sup>er</sup> août 2008, et rémunérés au plus tard le 30 septembre 2008, est exonéré de charges sociales, hors CSG-CRDS.

Concernant les seules journées de RTT et journées de repos acquises à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008, les exonérations fiscales et sociales de la loi TEPA seront applicables au-delà des seuils de déclenchement des heures supplémentaires. Les exonérations de la loi TEPA sont également applicables au rachat de repos compensateur de remplacement (Loi n°2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat, JO du 9 février) (E. Pointet)

#### **► Droit du travail : débloqué anticipé de la participation aux résultats de l'entreprise**

La loi du 8 février 2008 sur le pouvoir d'achat offre aux salariés la possibilité de débloquer de manière anticipée, jusqu'au 30 juin 2008, les sommes qui leur ont été attribuées au titre de la participation aux résultats de l'entreprise, dans la limite de 10 000 €, à l'exception de celles investies dans un plan d'épargne retraite collective (PERCO).

Ce dispositif ne concerne que la participation versée avant le 31 décembre 2007, c'est-à-dire les sommes versées entre 2003 et 2007 (la participation étant bloquée pendant cinq ans). Le salarié peut débloquer, sur simple demande écrite auprès de son gestionnaire de fonds, tout ou partie de sa participation, mais ne peut le faire qu'une seule fois.

Les sommes sont exonérées de cotisations (hors CSG et CRDS) et d'impôt sur le revenu.

Les sommes qui ont été investies dans des fonds commun de placement diversifié peuvent être débloquées sans qu'il soit besoin d'un accord d'entreprise. En revanche, pour la participation portée sur un compte courant bloqué (CCB) ou investie en actions de l'entreprise (fonds commun de placement d'entreprise), le débloqué est soumis à la négociation d'un accord d'entreprise. (E. Pointet)

#### **► Droit du travail : prime exceptionnelle de 1 000 € dans les petites entreprises**

La loi sur le pouvoir d'achat du 8 février 2008 permet aux PME de moins de 50 salariés, qui n'ont pas l'obligation de verser une participation à leurs salariés, de leur accorder une prime maximale de 1 000 € par personne. Son versement doit intervenir avant le 30 juin 2008.

Cette prime reste soumise à l'impôt sur le revenu pour le salarié, mais est exonérée de cotisations, hors CSG et CRDS.

Le bénéfice de la prime est conditionné à la conclusion d'un accord collectif préalable ou à défaut à un référendum.

Cette prime doit être versée à tous les salariés, mais peut être modulée entre les catégories de salariés, selon des modalités définies par l'accord et en fonction de six critères : salaire, qualification, niveau de classification, durée du travail ou ancienneté dans l'entreprise.

La loi précise que la prime ne peut pas se substituer à des augmentations de salaires prévues dans les conventions ou accords de branche, ni remplacer des éléments de rémunération. (E. Pointet)

### III. Droit privé

**► Procédure civile / office du juge / autorité de chose jugée : le juge n'a pas l'obligation de rechercher d'office d'autres fondements de la demande que ceux proposés par le demandeur.**

Un arrêt de la Cour de cassation, assemblée plénière, du 21.12.2007 (Carteret Automobiles, pourvoi n° 06-11343) vient de préciser substantiellement le rôle respectif du juge et des parties dans le procès en décidant que, si le juge a l'obligation de "donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux...", il n'a pas l'obligation "sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique (des) demandes". Autrement dit, les faits et actes invoqués par les parties doivent être vérifiés par le juge quant à leur qualification ; mais le juge n'a pas l'obligation de rechercher d'autres fondements que ceux avancés par les parties pour justifier leurs demandes.

Ainsi, une demande en résolution de la vente fondée sur la garantie des vices cachés peut-être rejetée sans que le juge ait à vérifier d'office si la demande peut être reçue sur le fondement du défaut de livraison conforme. La conséquence de cette relative passivité du juge est aggravée par un arrêt récent de la Cour de cassation étendant l'autorité de chose jugée à toute nouvelle demande ayant le même objet mais reposant sur un fondement différent de celui déjà jugé.

Il appartient aux parties et à leurs avocats d'invoquer dorénavant à l'appui de leurs demandes tous les fondements envisageables dès le premier procès (P. LUTZ).

**► Droit civil / preuve : la reconnaissance de dette dactylographiée par celui qui s'engage est équivalente à la reconnaissance de dette manuscrite.**

Par un arrêt remarqué du 13.03.2008, la Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, a tiré les conséquences de la modification de l'article 1326 du Code civil par la loi du 13.03.2000, en décidant "que si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie même qui s'engage, n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de ladite mention".

Il n'est donc plus nécessaire que, dans un engagement unilatéral de payer, l'indication du montant en chiffres et en lettres soit manuscrite ; elle pourra également être dactylographiée pourvu que la dactylographie soit faite par celui qui s'engage (le "scripteur"). Il devrait suffire que le texte précise qu'il est dactylographié par celui qui s'engage (P. LUTZ).

**► Droit civil : confirmation de "l'obligation de sécurité de résultat" du transporteur de personnes**

Par une décision du 13 mars 2008, la Cour de cassation confirme que le transporteur public de personnes est débiteur d'une obligation de sécurité de résultat et que seule la faute de la victime présentant les caractères de la force majeure peut l'exonérer (Cass. I., 13 mars 2008, no. 05-12.551).

En montant précipitamment dans un wagon, un voyageur s'était blessé. La Cour d'appel, ayant retenu une faute de la victime, procéda à un partage de responsabilité. La décision est cassée, les juges rappelant, en confirmation d'une jurisprudence constante (Civ. I. 26 juin 1990, Bull. no. 181), qu'il ne saurait y avoir de partage de responsabilité en la matière; seule la faute présentant les caractères de la force majeure pourrait être invoquée et exonérerait totalement la SNCF. Tel sera le cas notamment en cas de suicide, comme l'illustre une autre décision du même jour (no. 05-11.800). (O. Berg)

► **Droit civil : la charge financière d'un enfant non désiré n'est pas un préjudice réparable**

Par une décision du 12 juillet 2007 (no. 06-16.869 ; JCP 2008, I, 125, obs. P. Stoffel-Munck), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a confirmé que la charge financière résultant de la naissance d'un enfant ne constitue en principe pas un dommage réparable. En l'espèce, suite à une rencontre unique, organisée par petites annonces, un enfant était né et une action en pension alimentaire fut engagée contre le père. Ce dernier estimant avoir été piégé reprocha à la femme de ne pas avoir utilisé de moyen de contraception, afin de faire retenir sa faute, du moins un partage de responsabilité. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté l'existence d'une faute, ce qui ne paraît guère surprenant. Mais surtout, elle rejette l'existence « d'un préjudice direct ou indirect indemnisable » ; autrement dit, sans pour autant nier l'existence d'un dommage économique, elle estime que ce dommage n'ouvre pas droit à réparation.

Cette solution n'est pas novatrice. Elle confirme une décision rendue par la première chambre civile le 25 juin 1991 (Bull. civ. 1991, no. 213), dans laquelle, face aux charges de maternité d'un enfant non voulu, la Cour avait considéré que « l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable ». (O. Berg)

## VI. Droit public

► **Droit public : Le débat sur la validation des conventions publiques d'aménagement conclues avant 2005 est de nouveau relancé...**

C'est par un revirement jurisprudentiel spectaculaire, en l'espace d'à peine un mois, que la cour administrative d'appel de Bordeaux est parvenue à ranimer le débat autour de la validation des conventions publiques d'aménagement conclues avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 juillet 2005.

La cour administrative d'appel de Nantes, par sa décision du 19 décembre 2007, en requalifiant l'une de ces conventions en marché public de travaux et en refusant d'appliquer la validation rétroactive de l'ensemble des contrats conclus avant la promulgation de la loi (article 11), avait commencé par compromettre sérieusement l'avenir d'un grand nombre de projets d'aménagement ; le caractère contestable des opérations engagées remettait effectivement en cause la validité de milliers de permis de construire, de préemptions et d'expropriations...

La cour de Bordeaux, en rendant le 18 janvier dernier un jugement inverse sur une question similaire, a fini par apaiser l'anxiété des « entrepreneurs », mais pour combien de temps ? La Fédération des Sociétés d'Economie Mixte (FEDSEM) a en effet souhaité que le Conseil d'Etat soit saisi et prenne rapidement une décision, dans le sens si possible de la dernière jurisprudence, afin que les opérateurs économiques puissent définitivement se prémunir contre le risque des contentieux lourds et complexes qui pèse sur eux. A suivre... (L. Morel-Rager)

► **Droit public : La résiliation d'un marché pour motif d'intérêt général ne doit pas être confondue avec la résiliation pour faute ...**

Constatant qu'en cours d'exécution les matériels qui lui ont été livrés n'étaient pas conformes aux spécifications et aux délais prévus dans le marché, un centre hospitalier résilie le contrat sur le fondement du **motif d'intérêt général** (« en raison des risques que ces défauts et retards faisaient courir à la sécurité des malades hospitalisés dans son établissement ») mais non sur celui de la **faute du titulaire** (?).

Le litige né à propos du montant de l'indemnisation est porté devant le juge administratif qui condamne le centre hospitalier à verser la somme qu'il proposait, à savoir 36 394 F contre 1 155 400 F réclamés par la société (jugement du 06 mars 2000). L'arrêt rendu en appel par la Cour administrative (04 décembre 2003) confirme la décision du juge et conduit la société à se pourvoir en cassation.

Le Conseil d'Etat annule finalement l'arrêt (décision du 09 novembre 2007) et statue au fond en reprochant notamment à la cour une erreur de droit importante, celle d'avoir exclu le **manque à gagner** du préjudice indemnisable (subi du fait de la non exécution du contrat pendant la première année et de la perte de chance sérieuse pour le titulaire de voir le marché renouvelé pour les deux années suivantes) alors que la société était fondée à le réclamer en raison du motif pris pour la résiliation.... (CE, 9 novembre 2007, « Sarl Gaz Technique de France » n° 264422). (L. Morel-Rager)