



# ASA Avocats – Newsletter

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

Droit des affaires (I) • Droit général (II) • Droit international et européen (III)

Novembre 2007

- ▶ 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 commercial : nouvelles mentions obligatoires sur les sites Internet des sociétés - domiciliation**

Doivent désormais figurer sur le site Internet de toute société immatriculée au registre du commerce et des sociétés le numéro d'identification de celle-ci ainsi que la mention du RCS où elle est immatriculée et l'adresse de son siège social (C. com. art. R 123-237 modifié par le décret 2007-750 du 9 mai 2007). Tout manquement à cette obligation est puni d'une amende pénale.

Le décret du 9 mai 2007 rend par ailleurs plus strictes les conditions de **domiciliation collective** des sociétés. Les créanciers munis d'un titre exécutoire peuvent désormais exiger de la société de domiciliation certains renseignements concernant la société débitrice, essentiellement le domicile et les coordonnées téléphoniques du représentant légal ainsi que les lieux d'activité. Ces renseignements devront être communiqués à l'huissier chargé des poursuites. (M.-P. Wagner)

### ▶ **Droit commercial / Droit social : sanction du licenciement précédant la cession d'un fonds de commerce**

Lorsqu'un employeur vend son fonds de commerce, tous les contrats de travail en cours au jour de la cession subsistent et sont transférés à l'acquéreur du fonds (C. trav. art. L 122-12, al. 2).

Cette règle ne peut être contournée au moyen d'un licenciement réalisé juste avant la vente du fonds. La Cour de cassation a admis l'existence d'une collusion frauduleuse entre la société cédante et l'acquéreur du fonds dans une espèce où, d'une part, le fonds de commerce cédé, dont le salarié licencié assurait la direction, avait été vendu trois jours après l'envoi de la lettre de licenciement et que, d'autre part, l'acquéreur avait repris tous les contrats de travail des salariés affectés au fonds de commerce à la seule exception de celui de l'intéressé, lequel avait été remplacé dans ses fonctions par un nouveau responsable, ce dont il résultait que le poste de l'intéressé n'avait pas été supprimé et que le motif économique du licenciement n'était pas réel (Cass. soc. 6 juin 2007 n° 05-43.604 (n° 1359 F-D), Sté Strinov c/ Sté La Calanque). Par suite, la société cédante et l'acquéreur ont été condamnés in solidum à verser au salarié une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. (M.-P. Wagner)

## ► **Droit bancaire : précisions concernant les cessions Dailly**

1. Lorsqu'un créancier a cédé sa créance, par bordereau Dailly ou selon le droit commun, la logique commande de considérer qu'il ne peut plus en poursuivre le recouvrement puisqu'il n'en est plus le "propriétaire".

Un arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, du 19.09.2007 précise l'application de cette règle : en cas de cession par bordereau Dailly **à titre de garantie** (et non à titre d'escompte), "le cédant d'origine peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il y renonce...". Le créancier d'origine redevient donc recevable à se prévaloir de la créance "**sans formalité particulière**" lorsqu'il justifie que l'effet de la cession à titre de garantie a cessé.

Cet arrêt complète utilement un précédent arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, du 22.11.2005 (D, 2005, page 3081, note Delpech), selon lequel la cession de créance faite à titre de garantie "n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, l'éventualité de la restitution de la créance au cédant reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie".

2. Autre précision qui n'est pas inutile : la Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, rappelle par un arrêt du 19.06.2007 que la cession de créance transfère la créance et ses accessoires (article 1692 du Code civil), dont, "sauf stipulation contraire, **l'action en responsabilité contractuelle** qui en est l'accessoire".

Les conventions-cadre des cessions Dailly méritent d'être précisées sur ce point.

3. Aux termes de l'article L 313-24 alinéa 2 du Code monétaire et financier, le cédant "est garant solidaire du paiement des créances cédées...".

Un arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, du 18.09.2007 précise les conditions du recours de la banque contre le cédant dans les termes suivants : "si (le cessionnaire) bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant... sans avoir à justifier préalablement d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure, il est cependant tenu de justifier d'une demande amiable adressée à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement...". L'arrêt précise que ce préalable d'une demande amiable adressée au débiteur doit être respecté même si la convention-cadre en dispense la banque. (P. Lutz)

## ► **Droit fiscal : réduction d'impôt pour certains emprunts immobiliers**

La loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat permet notamment d'obtenir une réduction d'impôt au titre des intérêts payés dans le cadre d'un emprunt souscrit en vue de l'acquisition d'un logement.

Le prêt doit être régi par l'article L 312-2 du Code de la consommation (prêt immobilier Scrivener II) et avoir pour objet le financement de l'acquisition, ou de la construction, d'un logement destiné à devenir l'habitation principale du contribuable. Il peut également s'agir d'un prêt refinançant un tel prêt.

L'acquisition du logement doit être effectuée soit directement par le contribuable, soit par l'intermédiaire d'une société non soumise à l'impôt sur les sociétés si le logement est mis gratuitement à la disposition du contribuable (la déduction est donc admise dans le cas d'une SCI n'ayant pas opté pour l'impôt sur les sociétés).

Ouvriront droit au crédit d'impôt les intérêts payés au titre des 5 premières annuités de remboursement du prêt, à l'exclusion des frais et des cotisations d'assurance. Dans le cas d'un crédit de refinancement, l'avantage fiscal ne peut excéder ce qu'il aurait été en l'absence de refinancement.

Lorsque le prêt est consenti à une société, les intérêts sont pris en compte pour chaque associé à proportion de sa participation au capital.

Le montant du crédit d'impôt est fixé 20 % des intérêts dans la limite d'un plafond de 3 750 € pour une personne célibataire et à 7 500 € pour un couple soumis à imposition commune. Cette somme est être majorée chaque année de 500 € par personne à charge. Ces plafonds sont majorés pour les contribuables handicapés.

Ces plafonds s'appliqueraient au montant annuel des intérêts et non au crédit d'impôt lui-même, selon les premières interprétations faites de la loi, de sorte que l'avantage fiscal serait limité à 750 € par an pour une personne célibataire et 1500 € pour un couple soumis à une imposition commune, outre 100 € de majoration par enfant à charge.

Le projet de loi de finances pour 2008 prévoit par ailleurs que le plafond de 20 % sera porté à 40% pour les intérêts de la première annuité de remboursement, de sorte que le crédit d'impôt pourrait atteindre, la première année, 1500 € pour une personne célibataire, 3000 € pour un couple soumis à une imposition commune et 3400 € pour un couple avec deux enfants à charge.

Le crédit d'impôt vient en déduction de l'impôt sur le revenu. S'il excède l'impôt dû, l'excédent sera restitué.

Le dispositif s'applique à compter du 23 août 2007. Le texte devrait être précisé par un décret. (M.-P. Wagner)

### ► **Droit social : heures supplémentaires et repos compensateur : obligations alourdies pour les employeurs**

Les obligations des employeurs en matière de repos compensateur sont renforcées. Il est rappelé que sauf accord dérogatoire, lorsqu'un salarié accomplit des heures supplémentaires et acquiert à ce titre des droits à repos compensateur, l'article D 212-22 du code du travail prévoit que l'employeur doit informer le salarié, dans un document annexé au bulletin de paie, sur le nombre d'heures de repos compensateur acquis. Lorsque ce nombre d'heures atteint 7 heures, l'employeur doit notifier au salarié l'ouverture d'un droit à repos et lui rappeler le délai de 2 mois dans lequel ce droit doit être exercé.

L'article L 212-5-1 du code du travail dispose quant à lui que si le salarié n'a pas pris son repos dans les 2 mois, l'employeur est tenu de lui demander de prendre effectivement son repos dans un délai maximum d'un an.

Depuis un arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 9 mai 2007, SELARL FHB et autres/BECHU et autres, lorsqu'un salarié, informé de son droit à repos compensateur, ne l'a pas exercé dans le délai de 2 mois, l'employeur doit lui demander **formellement** de prendre ce repos dans le délai d'un an. A défaut, l'employeur s'expose à devoir payer au salarié des dommages et intérêts.

Il est par conséquent fortement recommandé à tout employeur dont des salariés disposeraient de droit à repos compensateur, d'adresser à ces derniers un courrier, si possible en recommandé AR ou remis en mains propres contre décharge, afin de leur demander de prendre leurs congés acquis, non pris dans le délai de 2 mois. (E. Pointet)

### ► **Droit social : incertitudes persistantes sur la validité des Contrats Nouvelle Embauche**

Au regard des dispositions légales et réglementaires françaises, le CNE demeure aujourd'hui toujours valable, l'ordonnance du 2 août 2005 qui l'a institué étant toujours en vigueur. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 19 octobre 2005, avait lui-même validé cette ordonnance, en considérant qu'elle n'était pas contraire aux dispositions communautaires et internationales, notamment à la convention de l'OIT n° 158.

En revanche, suite à un jugement rendu par le Conseil de Prud'hommes de LONGJUMEAU le 28 avril 2006, la Cour d'Appel de PARIS a jugé, le 6 juillet 2007, que l'ordonnance du 2 août 2005 était contraire à la convention de l'OIT n° 158, en ce qu'elle instituait une période probatoire de deux ans durant laquelle les règles protectrices du licenciement sont écartés.

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation, appelée à se prononcer sur la question, n'a pas encore rendu sa décision.

Quant à l'Organisation Internationale du Travail (OIT), elle a rendu un avis le 14 novembre 2007, au terme duquel elle a jugé le contrat nouvelle embauche non conforme aux conventions internationales du droit du travail. Le motif retenu tient au caractère non raisonnable de la période de consolidation d'emploi de deux ans et au fait qu'un contrat ne peut être rompu sans motif valable.

Pour l'instant, les CNE en vigueur ne sont pas nuls mais il est évident que cette nouvelle décision, même si elle ne constitue qu'un avis, aura pour conséquence de contraindre les employeurs souhaitant rompre un CNE dans les deux ans à respecter les règles de procédure de droit commun.

Tout employeur est en effet exposé au risque qu'un salarié conteste devant le Conseil de Prud'Hommes la régularité d'une rupture non motivée et opérée sans respect de la procédure habituelle de licenciement. De nombreux recours ont d'ores et déjà été introduits, à fin d'octroi de dommages et intérêts pour licenciement abusif.

En l'état de l'incertitude juridique existante, il est prudent de motiver toute rupture de CNE et même de respecter à la lettre la procédure de licenciement de droit commun.

Quant à la conclusion de nouveaux CNE, elle est à déconseiller, l'avenir de ce type de contrat étant à présent compromis. (E. Pointet)

## II.

### ► **Droit des contrats : les dommages et intérêts pour inexécution ne supposent pas de mise en demeure**

Par une décision du 6 juillet 2007, la Cour de cassation a jugé que le créancier contractuel peut solliciter des dommages et intérêts compensatoires du seul fait de l'inexécution du contrat, sans besoin de mettre en demeure le débiteur (Ch. mixte 6 juillet 2007, JCP 2007, Act. 339. obs. M. Roussille). Elle a en effet rejeté le pourvoi contre une décision ayant condamné un vendeur, qui n'avait pas mis à disposition la marchandise dans le délai prévu, à verser des dommages et intérêts compensatoires, alors que l'acquéreur n'avait pas mis en demeure le vendeur. Il reste, bien entendu, qu'il faut procéder à une mise en demeure afin de faire courir des dommages et intérêts *moratoires*. (O. Berg)

### ► **Droit administratif / Marchés publics : le Conseil d'Etat ouvre aux concurrents évincés le recours contre un contrat signé**

Dans une décision très remarquée en date du 16 juillet 2007 (Assemblée requête, N°291545, société Tropic Travaux) le juge administratif suprême a considéré « *qu'indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ces clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires* ».

Ce faisant la haute juridiction sonne le glas d'un siècle de jurisprudence consacrant l'irrecevabilité de tels recours. Sécurité juridique oblige et sous réserve des recours d'ores et déjà engagés avant la date de lecture de la décision rendue, le recours prévu ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à ladite date de lecture.

Selon le commissaire du gouvernement Monsieur Didier Casas, cette jurisprudence audacieuse s'inscrit dans « *une politique des petits pas* » et ouvre la voie aux recours ...des usagers. La révolution jurisprudentielle n'est pas terminée...(L. Morel-Rager)

**► Droit administratif / Expropriation : clarification du rôle du Commissaire du gouvernement dans la fixation judiciaire des indemnités d'expropriation ?**

Par un arrêt du Conseil d'Etat du 3 septembre 2007 (Association de sauvegarde du droit de propriété et autre, N°s 282488 et 2823 85) la haute juridiction a confirmé la légalité du décret du 13 mai 2005 portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Les requérants mettaient en cause le rôle attribué au commissaire du gouvernement et invoquaient une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Depuis le célèbre arrêt Yvon rendu par la CEDH en date du 24 avril 2003, la place et le rôle du commissaire du gouvernement étaient systématiquement « *chahutés* » dans les procédures en fixation judiciaire, pour non respect du principe d'égalité des armes, le commissaire du gouvernement étant notamment supposé accéder plus aisément au fichier immobilier. Nonobstant le décret du 13 mai 2005 censé clarifier la situation, la Cour de Cassation a, dans un arrêt du 27 février 2007 (Arrêt 200 FD BONNET/ SEMA), cassé un arrêt de la Cour d'appel de Dijon sur la seule référence par ladite Cour aux observations du commissaire du gouvernement.

Alors que la fonction de Commissaire de gouvernement semblait irrémédiablement compromise, la décision du Conseil d'Etat du 3 septembre 2007 lui redonne une légitimité. Le juge administratif suprême estime que « *les dispositions relatives à l'exercice de leurs fonctions de commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation introduite dans le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique par les articles 27 et 34 du décret ...ne crée aucun déséquilibre incompatible avec les principes de l'égalité des armes et du contradictoire rappelées par l'article 6 précité de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »

Rappelons néanmoins qu'en droit de l'expropriation la fixation des indemnités relève de la compétence du juge judiciaire. La Cour de Cassation s'inscrira t'elle dans la lignée du Conseil d'Etat ? A suivre... (L. Morel-Rager)

**► Droit pénal : quelques précisions sur l'application de la loi « DATI » du 10 août 2007 relative à la prévention de la récidive**

La loi dite « DATI » sur la prévention de la récidive est applicable depuis sa parution le 11.08.2007 au journal officiel. Ce texte prévoit notamment l'instauration de peines minimum en cas de récidive du prévenu dans les conditions prévues par la loi. Elle concerne tous les délinquants ou criminels répondant d'une infraction passible de trois ans ou plus de réclusion, de détention ou d'emprisonnement. Les contraventions sont donc exclues de son champ d'application.

S'agissant des délits, les peines-planchers sont les suivantes:

1. Un an d'emprisonnement ferme pour un délit réprimé par une peine maximale de trois ans d'emprisonnement,
2. Deux ans d'emprisonnement ferme pour un délit réprimé par une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement,
3. Trois ans d'emprisonnement ferme pour un délit réprimé par une peine maximale de sept ans d'emprisonnement,
4. Quatre ans d'emprisonnement ferme pour un délit réprimé par une peine maximale de dix ans d'emprisonnement.

Malgré l'automatisme prévue, les juges peuvent déroger à ces nouveaux seuils, mais dans des cas limités, et encore plus réduits dès la deuxième récidive, en prenant en considération les circonstances de l'infraction, la personnalité de son auteur ou les garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. (G. Kowalik)

### III.

#### ► **Droit allemand : compétence d'appel dans une procédure avec une partie étrangère**

Par un arrêt du 19.06.2007, la Cour de Cassation allemande (*Bundesgerichtshof*) s'est prononcée sur la compétence spéciale attribuée aux cours d'appel en cas d'appel d'une décision d'un Tribunal d'Instance si l'une des parties ne réside pas en RFA (§ 119 alinéa 1 n° 1 b) GVG (loi allemande concernant l'organisation judiciaire).

La chaîne de compétence « normale » en RFA est la suivante (selon la valeur en litige) :

<u>1<sup>ère</sup> instance</u>		<u>2<sup>ème</sup> instance</u>
Tribunal d'instance ( <i>Amtsgericht</i> )	>	Tribunal de Grande Instance, chambre d'appel ( <i>Landgericht</i> )
Tribunal de Grande Instance ( <i>Landgericht</i> )	>	Cour d'appel ( <i>Oberlandesgericht</i> )

Selon le § 119 alinéa 1 n°1 b) du GVG, la compétence en cas d'appel d'une décision d'instance avec une partie étrangère est directement transférée à la cour d'appel, et non pas au Tribunal de Grande Instance.

Le *Bundesgerichtshof* a, par son arrêt du 19.06.2007, confirmé que cette attribution de compétence à la Cour d'appel s'impose, même s'il est établi que le droit international privé ne pose pas de problème particulier. A ainsi été rejetée l'action d'un avocat qui avait par erreur déposé son appel au Tribunal de Grande Instance, l'appel devant la Cour d'appel n'ayant été interjeté qu'après l'écoulement du délai d'appel. (K. Hauptmann-Nicklis)