

# Brèves Lamy Lexel

## Décembre 2011

### Droit des Affaires

- **Rupture brutale des relations commerciales établies (Cour de Cassation, chambre commerciale - 4 octobre 2011 - n° 10-20.240, Sté Gefco c/ Sté Transports Frigo)**

La Cour de Cassation vient de juger que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de Commerce ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre des relations commerciales établies de transports routiers de marchandises exécutées par les sous-traitants. En effet, dans ce domaine, la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (dite « Loti ») prévoit des préavis fixés à :

- un mois pour une relation de transport d'une durée de six mois,
- deux mois pour une relation de transport d'une durée comprise entre six mois et un an,
- trois mois pour une relation de transport d'une durée supérieure à un an.

C'est l'un des rares domaines dans lequel la loi fixe des durées de préavis : l'usage dans les transports est traduit par un contrat-type consacré par décret.

Le rapport 2010/2011 CEPC permet de dégager, en matière de rupture brutale des relations contractuelles, les grandes lignes suivantes :

- seuls sont pris en compte les dommages résultant du caractère brutal de la rupture, non ceux qui relèvent de la rupture elle-même,
- en sus de la perte de marge brute, l'indemnisation peut couvrir des préjudices subséquents, dès lors qu'ils ont un lien de causalité avec la faute (valeur d'immobilisations non amorties, perte de marge sur stock...).

#### Lamy Lexel

➤ **Obligation de vérification des marchandises par l'importateur (Cour de Cassation, chambre criminelle - 20 septembre 2011 - n° 11-81.326)**

Un importateur, responsable de la première mise sur le marché d'un produit, doit vérifier la conformité avec les prescriptions en vigueur concernant la protection des consommateurs.

A défaut, comme le rappelle la Cour de Cassation dans un arrêt du 20 septembre 2011, il se rend coupable d'un délit de tromperie (article L. 213-1 du Code de la Consommation).

Cette obligation s'impose que l'on importe des produits en provenance de l'Union Européenne ou hors Union Européenne.

Si le produit vient de l'Union Européenne, l'importateur peut se satisfaire d'un certificat de conformité délivré par les autorités de l'Etat membre de production ou par un laboratoire reconnu à cet effet par ces autorités, ce qui n'est pas le cas de l'importation des produits en provenance hors Union Européenne, notamment en provenance de Chine.

➤ **Site Internet étranger (Cour de Cassation, chambre commerciale - 23 novembre 2010 - n° 07-19.543)**

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 23 novembre 2010, a précisé que le juge français peut être saisi si l'on démontre que le site Internet étranger est destiné au public de France, avec un impact économique sur ce public.

La simple accessibilité sur le territoire couvert par une marque n'est pas suffisante, il faut que le site soit destiné aux consommateurs situés sur un territoire donné.

**Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

# Droit des Sociétés

## ➤ Simplification des formalités de communication des sociétés commerciales

Le décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011 vient faciliter le recours à la communication électronique et à la signature électronique à compter du 1er mars 2012.

### **Communication électronique**

L'accomplissement des formalités préalables à l'assemblée générale d'une société anonyme (SA) ou d'une société en commandite par actions (SCA) pourront être accomplis par voie électronique.

Pour recourir à ce mode de communication, le décret précise que la société devra solliciter l'accord des actionnaires nominatifs, soit par voie postale, soit par voie électronique, l'acceptation de ces derniers pouvant intervenir sous les mêmes formes. A défaut d'obtenir leur accord plus de 35 jours avant la prochaine assemblée générale, l'envoi devra obligatoirement être réalisé par voie postale.

### **Signature électronique**

Afin de faciliter le recours à la signature électronique, le décret permet l'usage de cette dernière pour le formulaire de vote à distance ou la formule de procuration et ce, même si les statuts ne l'autorisent pas expressément.

## ➤ Communauté de biens et cession de parts sociales

La jurisprudence récente de la première chambre civile de la Cour de Cassation offre l'opportunité de rappeler que des dispositions spécifiques sont applicables en cas de cession ou d'acquisition de parts sociales par un seul des époux :

- L'article 1424 du Code civil prévoit que, pendant la communauté, les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les parts sociales.

La Chambre civile de la Cour de Cassation, par un arrêt en date du 09 novembre 2011, rappelle qu'un époux qui n'avait pas donné son consentement à la cession par son épouse des parts sociales, peut demander l'annulation de ladite cession.

Il est sur ce point important de rappeler que, si le conjoint peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales acquises ou souscrites, le défaut de revendication ne permet pas de se dispenser de l'accord du conjoint dans le cadre d'une cession.

- L'article 1832-2 du Code civil prévoit qu'un époux ne peut employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte.

### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

La première Chambre civile de la Cour de Cassation, par un arrêt en date du 20 octobre 2011, juge, dans l'hypothèse d'une opération d'acquisition conjointe par une société et son gérant de parts sociales d'une autre société, à savoir respectivement 80 % et 20 % du capital social, que le défaut d'accord du conjoint du gérant pour l'utilisation des fonds de la communauté dans le cadre de cette acquisition entraîne la nullité de l'achat des parts sociales par le gérant, étant précisé qu'en l'absence de preuve par le conjoint du gérant du caractère indivisible des deux acquisitions, l'annulation de la cession au profit du gérant ne peut être étendue à l'achat par la société de 80% des parts sociales de l'autre société.

**Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

# Droit Social

## ➤ Quelques précisions sur les pénalités financières en matière d'égalité femmes/hommes et de pénibilité

Dans deux circulaires du 28 octobre 2011, le Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé et celui des Solidarités et de la Cohésion sociale détaillent le dispositif des pénalités financières en matière d'égalité entre les femmes et les hommes et de pénibilité.

Ces circulaires précisent les modalités de contrôle opérées par l'Inspecteur ou le Contrôleur du travail dans ce cadre.

Ainsi, si l'employeur ne respecte pas ses obligations de négociation relatives à l'égalité femmes/hommes et à la pénibilité, l'Inspecteur le mettra en demeure de combler sa carence dans un délai de six mois en listant les manquements relevés et en fixant sa date d'échéance.

Au cours de ces six mois, si l'Inspecteur estime que l'employeur ne régularise pas entièrement sa situation, il l'invitera, dans les formes les plus adéquates, à y remédier.

Cette invitation n'ouvrira pas un nouveau délai de six mois.

A l'issue de ce délai, l'Inspecteur du travail informera la Direccte de ses conclusions quant à la situation de l'entreprise.

La décision d'appliquer ou non la pénalité relèvera du Direccte qui ne pourra déléguer son pouvoir d'appréciation et de notification.

La pénalité ne sera pas rétroactive : elle ne s'appliquera qu'à compter de la décision de la notification du taux à l'employeur et prendra la forme d'une astreinte due par l'entreprise tant qu'elle n'aura pas régularisé sa situation.

## ➤ Forfait jours : les absences maladie sans incidence sur les jours de repos

Par un arrêt du 03 novembre 2011, la Cour de Cassation s'est prononcée pour la première fois sur l'incidence des absences maladie sur le nombre de jours de repos des salariés ayant signé une convention individuelle de forfait annuel en jours.

Alors que, dans le silence des textes, de nombreuses entreprises pensaient légitimement pouvoir réduire proportionnellement le nombre de repos, la haute juridiction a, par cet arrêt, proscrit cette solution.

Cette affaire concernait des salariés soumis à un forfait de 215 jours par an leur permettant de bénéficier, en plus de leurs congés payés, d'un nombre de jours de repos au moins équivalent aux 12 jours de RTT auxquels avait droit le reste du personnel.

### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

En l'espèce, en cas d'absence maladie sur un mois donné, l'employeur supprimait purement et simplement un nombre équivalent de jours de repos.

Selon la Cour de Cassation, le retrait d'un jour de réduction de temps de travail en raison d'une absence pour maladie a pour effet d'entraîner une récupération prohibée par l'article L.3122-27 du Code du Travail.

Selon cet article, seules peuvent en effet être récupérées les heures perdues par suite d'interruptions collectives du travail résultant de causes accidentelles, d'intempéries ou de cas de force majeure, d'inventaire ou encore du chômage d'un jour ou de deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire ou d'un jour précédant les congés annuels. Pour la Cour de Cassation, ces dispositions sont bien applicables aux conventions de forfait en jours, tout simplement parce que l'article L.3121-48 du Code du Travail, qui liste les dispositions sur la durée du travail dont sont exclus les salariés au forfait, ne vise pas cette disposition sur la récupération.

Dans ce contexte, l'employeur n'aurait alors d'autre alternative que de réduire le plafond annuel de jours devant être travaillés, en en déduisant le nombre de jours d'absence maladie du salarié.

Dans cette même décision, la Cour de Cassation précise que les jours d'ancienneté conventionnels doivent être pris en compte pour la détermination du nombre de jours travaillés sur la base duquel est fixé le plafond propre à chaque convention de forfait.

### ➤ **Le forfait jours ne vaut pas reconnaissance d'un niveau de classification supérieure**

Dans trois arrêts du 03 novembre 2011, une question inédite a été posée à la Cour de Cassation, qui a eu à examiner la situation d'un salarié soumis à une convention de forfait annuel en jours et relevant des dispositions de la convention collective des Bureaux d'études techniques (SYNTEC).

Cette convention collective prévoit la possibilité de soumettre les cadres au forfait annuel en jours à la condition qu'ils bénéficient, a minima, d'un classement en Position 3 et d'une rémunération au moins égale au minima conventionnel augmenté de 20% ou d'une rémunération supérieure au double du plafond annuel de la sécurité sociale.

En l'espèce, un salarié soumis à une convention de forfait annuel en jours alors qu'il bénéficiait d'une classification conventionnelle inférieure à celle exigée par la Convention collective, a argué de l'existence de ce forfait pour réclamer un classement en Position 3.1 et, par voie de conséquence, un rappel de salaire correspondant à la rémunération qu'il aurait dû percevoir à ce titre.

La Cour de Cassation n'a pas fait droit à cette demande, en précisant que :

*« Le bénéfice d'une rémunération supérieure au double du plafond annuel de la sécurité sociale ou le classement à la position 3 de la classification des cadres constitue des critères possibles permettant de ranger un cadre parmi ceux définis à l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 en vue de lui appliquer un régime forfaitaire de durée du travail, mais ne saurait être interprété comme une obligation d'assurer une telle rémunération ou une telle classification à un cadre n'entrant pas dans le champ d'application de cet article ».*

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

## ➤ **La non justification d'une prolongation d'arrêt maladie pourrait être constitutive d'une faute grave**

Selon la jurisprudence antérieure, la seule absence de justification par le salarié de la prolongation de son arrêt de travail, même à la demande de l'employeur, ne constituait pas une faute grave dès lors que ce dernier était informé de l'état de santé de l'intéressé par la remise du certificat médical initial.

Dans une décision du 12 octobre 2011, la Cour de Cassation a, au contraire, approuvé une Cour d'Appel qui a retenu l'existence d'une faute grave.

Dans cette affaire, le salarié s'était abstenu de justifier des prolongations de son arrêt de travail initial malgré une lettre de son employeur le mettant en demeure de fournir un certificat médical dans les 24 heures ou de reprendre son travail.

La Cour de Cassation relève, dans cet arrêt, que la Cour d'Appel avait constaté que l'intéressé avait, par son silence, empêché toute explication quant à son absence et laissé l'employeur dans l'ignorance de sa situation.

Les juges du fond avaient, en effet, constaté, outre l'absence de justification des prolongations d'arrêt de travail, que le salarié ne s'était pas de plus présenté à un entretien préalable à son licenciement qui lui aurait permis de s'expliquer et de s'opposer aux allégations de l'employeur s'il les estimait non fondées.

On attend toutefois avec intérêt une prochaine décision permettant de mieux déterminer dans quel cas la non-justification de prolongation d'un arrêt de travail peut ou non fonder un licenciement pour faute grave.

## ➤ **Un changement d'horaire peut constituer une modification du contrat de travail**

Dans deux arrêts du 03 novembre 2011, la Cour de Cassation fixe un critère plus clair permettant à l'employeur de déterminer si un changement d'horaires constitue un changement des conditions de travail qui relèvent par principe du pouvoir de direction de l'employeur ou une modification du contrat de travail pour laquelle il doit nécessairement recevoir l'accord exprès du salarié.

Ainsi, la Haute Juridiction considère désormais que, dans le cadre d'un changement d'horaires, sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du seul pouvoir de direction de l'employeur.

C'est donc sur le terrain de la vie personnelle et familiale ou du droit au repos qu'il faudra désormais se placer.

Le Code du Travail utilise ce même critère pour permettre au salarié à temps partiel de s'opposer à une nouvelle répartition de sa durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

# Arbitrage, Contentieux, Médiation

## ➤ La possibilité pour le juge de réduire le montant de la clause pénale au seul dommage subi

La Cour de Cassation a récemment eu l'occasion de rappeler que le juge peut réduire le montant d'une clause pénale excessive au seul préjudice réellement subi par le créancier (Cour de Cassation, chambre commerciale - 27 septembre 2011).

### ➤ *Qu'est-ce qu'une clause pénale ?*

Il est loisible aux parties à un contrat de prévoir les modalités de la réparation due par le contractant défaillant.

Ainsi, la mise en place d'une clause pénale permet de fixer, forfaitairement, dès la conclusion du contrat, les dommages et intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution totale, partielle ou tardive du contrat.

En principe, le juge est tenu de condamner le débiteur défaillant à payer la somme prévue par la clause pénale.

### ➤ *La faculté pour le juge de réviser le montant d'une clause pénale*

Par exception, les juges disposent néanmoins du pouvoir de réduire le montant d'une clause pénale, lorsqu'ils constatent le caractère manifestement excessif de la clause.

A l'inverse, une clause pénale manifestement dérisoire est également susceptible de révision judiciaire à la hausse.

### ➤ *L'appréciation du caractère manifestement excessif de la clause pénale*

Le caractère manifestement excessif de la clause pénale s'apprécie en comparant le préjudice subi et le montant des dommages et intérêts conventionnellement prévus.

Le juge doit dans un premier temps caractériser cette disproportion, avant de fixer souverainement le montant de l'indemnité due.

Il peut alors limiter ce montant au préjudice réellement subi. Toutefois, il ne peut réduire la somme en-deçà du préjudice réellement subi.

### ➤ *L'application de ce principe au cas de violation d'une règle de non-concurrence*

Dans l'arrêt du 27 septembre dernier, le cas d'espèce soumis à la Cour de Cassation était celui d'une concurrence déloyale.

Dans le cadre d'une fusion de société, le dirigeant et principal associé de l'une s'était en effet engagé envers les associés de l'autre à ne pas concurrencer la société issue de la fusion.

## Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

Une clause pénale prévoyait le montant des dommages et intérêts alloués aux bénéficiaires de l'obligation dans l'hypothèse de sa violation.

Le montant particulièrement élevé de la clause pénale avait notamment pour objet de dissuader tout comportement anticoncurrentiel. Cette dernière prévoyait en effet des dommages et intérêts correspondant à cinq fois le chiffre d'affaire réalisé avec les clients concernés par la concurrence, soit 1.689.248 euros en l'espèce.

Les juges de la Cour d'Appel, approuvés par la Cour de Cassation ont alors usé de leur faculté de réduire la somme prévue par la clause pénale.

Le montant de la condamnation a ainsi été limité à la seule perte de marge brute subie par la société du fait de la violation de l'obligation de non-concurrence jusqu'à la reconstitution de son portefeuille de clients, soit 50.000 euros.

\* \* \*

**La stipulation d'une clause pénale à la fois juste et d'un montant suffisamment élevé permet de dissuader les inexécutions contractuelles.**

**Toutefois, les signataires à un contrat veilleront à rester prudents dans l'évaluation du montant des dommages et intérêts, au risque de voir l'intérêt de la clause pénale réduit à néant.**

On voit par là que le droit français accorde plus de place au juge qu'à l'expression de la volonté des parties.

Dans les pays anglo-saxons, le contrat tient une place primordiale, y compris lorsqu'il s'agit d'envisager par avance l'indemnisation de la violation d'un contrat.

Les anglo-saxons privilégient en cas de clause pénale l'efficacité de l'indemnisation, là où les juges français s'immiscent entre les parties pour régler leur accord.

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

# Droit Fiscal

## ➤ Loi de finances 2012 : Les divergences de sensibilités politiques des deux Assemblées compliquent l'adoption du projet

Dans le cadre de l'adoption du budget 2012, la sensibilité politique différente du Sénat et de l'Assemblée Nationale conduit cette année à une multiplication sans précédent d'amendements contradictoires rendant particulièrement difficile la prévision des mesures fiscales qui seront applicables l'an prochain.

Le projet de Loi de Finances pour 2012 adopté par le Sénat conduirait à un alourdissement très significatif de la fiscalité applicable tant aux entreprises qu'aux particuliers en matière d'imposition du patrimoine et en matière de transmission.

Il est toutefois probable que l'Assemblée Nationale ait *in fine* le dernier mot compte tenu des règles constitutionnelles applicables.

A ce jour, certains alourdissements de la fiscalité semblent toutefois avoir obtenu un consensus tel que :

- L'augmentation du taux de TVA de 5,5 % à 7 % à compter du 1er janvier apparaît aujourd'hui comme inéluctable  
Les modalités pratiques de cette entrée en vigueur ne sont aujourd'hui pas connues, le texte se limitant à préciser que l'augmentation du taux concernera les opérations pour lesquelles la TVA serait exigible à compter du 1er janvier 2012 (s'agissant de prestations de services le taux serait donc applicable aux encaissements intervenant à compter du 1er janvier 2012).
- Le prélèvement forfaitaire libératoire applicable aux dividendes serait porté de 19 à 21 %.  
Le taux de 24 % initialement envisagé n'étant en l'état actuel du projet applicable qu'aux produits de placement à revenu fixe.
- Une contribution additionnelle de 5 % à l'impôt sur les sociétés sera créée étant précisé que cette contribution ne concernerait que les entreprises dont le chiffre d'affaires excéderait 250.000.000 €.

Plus que jamais une attention particulière devra être apportée au texte voté *in fine* à la fin du mois de décembre tant s'agissant de la loi de finances pour 2012 que de la 4ème loi de finances rectificative pour 2011.

### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)