

AIX-EN-PROVENCE  
 BLOIS - BORDEAUX  
 BOURG-EN-BRESSE  
 CLERMONT-FERRAND  
 LE HAVRE - LILLE - LYON  
 MARSEILLE - METZ  
 MONTLUCON - MONTPELLIER  
 NANCY - NANTES - NICE -  
 OYONNAX – PARIS  
 PONTARLIER - ROUEN  
 TOULOUSE – TOURS - VICHY

*Réseau SIMON Avocats*

ALGÉRIE - ARGENTINE  
 ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN  
 BAHAMAS - BAHREÏN  
 BANGLADESH - BELGIQUE  
 BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL  
 BULGARIE - BURKINA FASO  
 CAMBODGE  
 CAMEROUN - CHILI - CHINE  
 CHYPRE - COLOMBIE  
 CORÉE DU SUD - COSTA RICA  
 CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ  
 EL SALVADOR  
 ÉMIRATS ARABES UNIS  
 ESTONIE - ÉTATS-UNIS - GRECE  
 GUATEMALA - HONDURAS  
 HONGRIE - ÎLE MAURICE  
 ÎLES VIERGES BRITANNIQUES  
 INDE - INDONÉSIE - IRAN  
 ITALIE - JORDANIE  
 KAZAKSTHAN - KOWEÏT - LIBAN  
 LUXEMBOURG  
 MADAGASCAR - MALTE  
 MAROC - MEXIQUE  
 NICARAGUA - OMAN  
 PANAMA - PARAGUAY - PÉROU  
 PORTUGAL - QATAR  
 RD CONGO  
 RÉPUBLIQUE DOMINICAINE  
 SÉNÉGAL - SINGAPOUR  
 SUISSE - THAÏLANDE - TUNISIE  
 URUGUAY - VENEZUELA  
 VIETNAM - ZIMBABWE

*Conventions transnationales*

[www.simonassocies.com](http://www.simonassocies.com)

## SOMMAIRE

<p><b>CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES</b></p> <p>Revirement de jurisprudence : annulation des délibérations contraires aux statuts de sociétés par actions simplifiées          Cass.com., 15 mars 2023 – n°21-18.324 F-B</p> <p>L'extension de l'exigence de conformité à l'intérêt social des actes accomplis par le gérant d'une société civile          Cass. 3è civ., 11 janv. 2023, n°21-22.174</p>	<p><a href="#">p.2</a></p> <p><a href="#">p.3</a></p>
<p><b>CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX</b></p> <p>Clause abusive : résiliation de plein droit du contrat et préavis raisonnable          Cass. civ. 1ère, 22 mars 2023, n°21-16.044</p>	<p><a href="#">p.4</a></p>
<p><b>INTERNATIONAL</b></p> <p>L'action en exequatur n'est soumise à aucune prescription          Civ. 1re, 11 janv. 2023, n°21-21.168</p>	<p><a href="#">p.5</a></p>
<p><b>DISTRIBUTION-CONCURRENCE-CONSUMMATION</b></p> <p>L'obligation d'enregistrer les entretiens lors des enquêtes de la Commission européenne          CJUE, 9 mars 2023, aff. C-682/20 P, C-690/20 P, C-693/20 P</p> <p>Précisions sur le mode de calcul du préjudice concurrentiel réparable en matière de Private enforcement          Com. 1ère, 1er mars 2023, n° 20-18.356</p>	<p><a href="#">p.6</a></p> <p><a href="#">p.8</a></p>
<p><b>DROIT SOCIAL</b></p> <p>Inaptitude : cumul possible du salaire et des IJSS en l'absence de licenciement dans le délai requis          Cour de cassation, Chambre Sociale, 1er mars 2023, n°21-19.956, publié</p>	<p><a href="#">p.9</a></p>
<p><b>VOIES D'EXECUTION</b></p> <p>Annulation du commandement de payer valant saisie immobilière et effets sur la prescription          Cass. 2e civ., 23 mars 2023, n° 21-20.447, Publié au bulletin</p> <p>Revirement de jurisprudence sur l'application de l'article 528-1 du Code de procédure civile au recours en révision          Cass. civ. 2e, 23 mars 2023, n°21-18.252</p>	<p><a href="#">p.10</a></p> <p><a href="#">p.11</a></p>
<p><b>RESTRUCTURING</b></p> <p>Survie de l'aval garantissant un nouveau concours à la caducité de l'accord de conciliation          Cass. com., 8 mars 2023, n°21-19.202, Inédit</p>	<p><a href="#">p.12</a></p>

## CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

### Revirement de jurisprudence : annulation des délibérations contraires aux statuts de sociétés par actions simplifiées

Cass.com., 15 mars 2023 – n° 21-18.324 F-B

*Ce qu'il faut retenir :*

**Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation juge désormais que, dans une société par actions simplifiée, les décisions prises en violation de clauses statutaires déterminant les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient sont susceptibles d'être annulées dès lors que cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision.**

*Pour approfondir :*

Les causes de nullité des actes et des délibérations des organes d'une société sont restrictivement prévues par les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce. Ce dernier texte, construit en deux alinéas, distingue en outre selon que lesdits actes et délibérations emportent, ou non, modifications des statuts. En effet, si aux termes de son premier alinéa, la nullité des actes et délibérations modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du Code de commerce ou des lois régissant la nullité des contrats, la nullité des autres actes et délibérations suppose, aux termes de son second alinéa, la violation d'une disposition impérative du Livre II Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats.

Il est ainsi revenu à la jurisprudence de dégager le caractère impératif de telle ou telle disposition légale du Livre II du Code de commerce. Ainsi, dans un arrêt en date du 18 mai 2010 publié au Bulletin (dit « **arrêt Larzul** »), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que, 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 ne devait pas être sanctionné par la nullité. Ce faisant, la Cour de cassation refusait d'admettre comme

cause de nullité la violation des statuts, réservant la sanction de la nullité aux seules violations des stipulations conventionnelles prises en application d'un aménagement permis par une disposition impérative à laquelle elle les assimilait pour en justifier la sanction (Cass.com., 26 avril 2017, n° 14-13.554).

Toutefois, la Haute Juridiction vient d'opérer un revirement de jurisprudence dans un arrêt, publié au Bulletin, en date du 15 mars 2023, à propos d'un litige né au sein de la même société qui avait donné lieu treize années auparavant à l'arrêt Larzul.

Au cas particulier, par un arrêt en date du 15 juin 2021, la Cour d'appel de Rennes avait fait droit à la demande d'un associé de la société Larzul qui sollicitait l'annulation des délibérations de l'assemblée générale de la société, prises en violation de ses droits d'associé prévus par les statuts de la société. En effet, cet associé avait été privé de son droit de prendre part à ces délibérations en raison de l'annulation d'une opération d'apport et de l'augmentation de capital réalisée au profit de la personne morale dont il était l'associé unique. Ce dernier demeurait toutefois, à titre personnel, associé de la société Larzul à raison d'une cession de titres qui n'avait fait l'objet d'aucune remise en cause.

À l'aune de la jurisprudence adoptée jusqu'alors, la société Larzul s'est pourvue en cassation reprochant notamment à la Cour d'appel d'avoir annulé les délibérations de l'assemblée générale de la société sans avoir constaté que ces délibérations étaient de celles qui auraient dû être prises collectivement par les associés en vertu d'une disposition impérative du Livre II du Code de commerce applicable aux sociétés par actions simplifiées. Cette argumentation, tirée des apports de l'arrêt Larzul, est rejetée par la Cour de cassation.

Non sans une certaine pédagogie, la Chambre commerciale de la Cour de cassation reconnaît, dans cet arrêt du 15 mars 2023 que les limitations apportées par la jurisprudence à la possibilité de voir sanctionnée par la nullité la méconnaissance de stipulations statutaires conduisent à ce que leur violation demeure sans conséquence. À cet égard, la Haute Juridiction constate que les solutions précédemment

retenues n'apparaissent pas satisfaisantes s'agissant en particulier des sociétés par actions simplifiées, dont l'article L. 227-9 du Code de commerce laisse aux associés une grande liberté pour déterminer, dans les statuts de la société, les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.

La Cour de cassation fonde son revirement sur l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du Code de commerce énonçant que les décisions prises en violation des dispositions dudit article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé, auquel elle donne un champ d'application plus large que celui qui lui était jusqu'alors réservé par la jurisprudence. Aux termes de cet arrêt, les juges du droit soulignent que ledit texte a été « *institué afin de compléter, pour les sociétés par actions simplifiées, le régime de droit commun des nullités des actes ou délibérations des sociétés, tel qu'il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce* ».

À cet égard, si la Haute Juridiction abandonne sa conception limitative des nullités en jugeant désormais que, dans une société par actions simplifiée, les décisions prises en violation de clauses statutaires déterminant les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient sont susceptibles d'être annulées, encore faut-il pour ce faire que cette violation soit de nature à influencer sur le résultat du processus de décision.

Nul doute que cette solution doive être saluée en ce qu'elle réaffirme que le respect des stipulations statutaires est essentiel au bon fonctionnement de la société par actions simplifiée et à la sécurité de ses actes. Le champ d'application de cette décision interroge néanmoins : Il nous paraît ainsi devoir se limiter aux stipulations de l'alinéa premier de l'article L. 227-9 du Code de commerce qu'elle vise expressément.

Dans l'attente des éclaircissements qui seront apportés ultérieurement par la jurisprudence, il se révèle plus que jamais indispensable de veiller au strict respect des stipulations statutaires, au risque d'encourir la sanction de la nullité.

### À rapprocher :

- [Article L. 235-1 du Code de commerce](#)
- [Article L. 227-9 du Code de commerce](#)
- [Cass.com., 18 mai 2010, n°09-14.855](#)
- [Cass.com., 26 avril 2017, n° 14-13.554](#)

### L'extension de l'exigence de conformité à l'intérêt social des actes accomplis par le gérant d'une société civile

[Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 janv. 2023, n°21-22.174](#)

### Ce qu'il faut retenir :

**Dans une société civile, les actes accomplis par le gérant ne peuvent engager la société si, étant de nature à compromettre son existence même, ils sont contraires à l'intérêt social.**

### Pour approfondir :

L'arrêt du 11 janvier 2023 de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation intervient dans la continuité d'un précédent arrêt rendu par Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 novembre 2011 qui conditionnait l'octroi d'une sûreté pour autrui accordée par une société civile à sa conformité à l'intérêt social.

La notion d'intérêt social est visée à l'article 1833 alinéa 2 du Code civil, selon lequel « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

L'arrêt du 11 janvier 2023 qui fait l'objet du présent commentaire opère une extension de cette exigence de conformité à l'intérêt social pour l'ensemble des actes accomplis par le gérant d'une société civile.

En l'espèce, deux personnes avaient constitué par acte notarié, une société civile immobilière (SCI) ; la première étant titulaire de 135 parts sociales et la seconde, également gérant, de 15 parts sociales.

Par la suite, représentée par son gérant, la société a acquis un bien immobilier et a contracté un prêt relais auprès d'une banque d'un montant de 384 000€ qu'elle a garanti par

l'inscription d'une hypothèque sur le bien immobilier appartenant à la société.

Toutefois, en raison de l'absence de paiement des échéances du prêt, la banque a engagé une procédure de saisie immobilière contre la société. Considérant que l'associé minoritaire avait détourné les fonds du prêt, l'associé majoritaire a demandé à être gérant.

En tant que représentant de la société, le nouveau gérant a ainsi assigné en justice la banque afin que l'hypothèque soit radiée et que le prêt et les actes subséquents soient annulés ou inopposables.

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2021, la Cour d'appel d'Aix en Provence a rejeté les demandes de la société aux motifs qu'il n'était pas établi, lors de la conclusion du contrat de prêt, que la banque pouvait avoir connaissance de la fraude réalisée par le gérant de la société.

Par un arrêt en date du 11 janvier 2023, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence au visa de l'article 1849 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, considérant que « *les actes accomplis par le gérant ne peuvent engager la société si, étant de nature à compromettre son existence même, ils sont contraires à l'intérêt social, y compris lorsqu'ils entrent dans son objet statutaire* ».

Plus précisément, la Cour de cassation considère que la Cour d'appel aurait dû rechercher si le prêt souscrit n'était pas contraire à l'intérêt social de la SCI, « *eu égard au montant de l'emprunt et à l'inscription hypothécaire prise sur son seul immeuble* ».

Ainsi, la Cour de cassation érige un principe selon lequel les actes accomplis par le gérant ne peuvent pas engager la société dès lors qu'ils sont contraires à l'intérêt social, peu important qu'ils entrent dans son objet statutaire. Elle considère notamment à ce titre que sont contraires à l'intérêt social les actes qui compromettent l'existence même de la société.

### À rapprocher :

- [Article 1833 alinéa 2 du Code civil](#)
- [Article 1849 alinéa 1er du Code civil](#)
- [Cass. com., 8 novembre 2011, n°10-24.438](#)

---

## CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

### Clause abusive : résiliation de plein droit du contrat et préavis raisonnable

*Cass. civ. 1ère, 22 mars 2023, n°21-16.044*

### Ce qu'il faut retenir :

**Par un arrêt rendu en mars 2023, la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité de la clause d'un contrat de prêt immobilier prévoyant la résiliation de plein droit du contrat après une mise en demeure de régler une ou plusieurs échéances impayées, sans pour autant imposer le respect d'un préavis d'une durée raisonnable. Selon la Cour, une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ce dernier étant exposé à une aggravation soudaine de ses conditions de remboursement.**

### Pour approfondir :

Une banque a consenti un prêt immobilier à M. et Mme W. par acte notarié en date du 22 juillet 2008. Après échéance du terme, la banque a engagé une procédure d'exécution forcée sur des immeubles dont les emprunteurs étaient propriétaires. Ces derniers ont invoqué le caractère abusif tant de la clause de déchéance du terme que de la clause pénale.

Par un arrêt du 18 février 2021, la cour d'appel de Metz a : rejeté les demandes des époux, fixé la créance de la banque et ordonné la vente forcée de leurs immeubles par adjudication.

Un pourvoi en cassation a été formé par les emprunteurs, articulé en plusieurs moyens.

1) Tout d'abord, les époux W. faisaient grief à l'arrêt de fixer la créance de la banque et de rejeter leurs demandes alors que dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, les clauses ayant pour objet ou

pour effet d'imposer au consommateur, qui n'exécute pas ses obligations, une indemnité d'un montant manifestement disproportionné sont présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire.

En l'espèce, la clause litigieuse du contrat de prêt immobilier prévoyait que le consommateur, débiteur défaillant, était tenu au versement d'une indemnité contractuelle de 7% du capital restant dû et des intérêts échus et non payés à son créancier professionnel.

Les demandeurs au pourvoi faisaient grief à la cour d'appel d'avoir considéré que cette clause n'était pas abusive, faute de disproportion du montant ainsi stipulé et ce, contrairement aux dispositions des articles L. 212-1 et R. 212-1 du Code de la consommation.

Les emprunteurs faisaient également valoir que le juge a le pouvoir de modérer ou d'augmenter le montant résultant de l'application d'une clause pénale si cette clause est manifestement excessive ou dérisoire, en considération du préjudice subi par le créancier. Les époux W. faisaient grief à la cour d'appel d'avoir considéré que le montant de la clause pénale, correspondant à 7% des sommes dues par les emprunteurs à la banque n'était pas disproportionné, sans caractériser le préjudice subi par la banque en raison de l'absence de paiement.

La Cour de cassation a rejeté ce moyen, en approuvant le raisonnement de la cour d'appel qui énonce que la clause ne dérogeait pas aux dispositions du code de la consommation et que les emprunteurs ne démontraient pas qu'elle créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et qu'ainsi elle n'était pas abusive.

2) Ensuite, les emprunteurs faisaient valoir qu'est abusive la clause d'un prêt conclu entre un professionnel et un consommateur, par laquelle le créancier s'autorise à prononcer la déchéance du terme huit jours après une mise en demeure infructueuse, en raison d'un manquement du débiteur à son obligation de remboursement de tout ou partie d'une échéance du prêt à la date prévue, sans prévoir

de mécanisme permettant la régularisation d'un tel retard de paiement. Les demandeurs au pourvoi se fondaient notamment sur l'article L. 132-1 du code de la consommation (devenu l'article L. 212-1 du même code).

La Cour de cassation, réceptive à cette argumentation, considère que la clause qui prévoit la résiliation de plein droit du contrat de prêt après une mise en demeure d'avoir à régler une ou plusieurs échéances impayées sans prévoir de préavis d'une durée raisonnable crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ce déséquilibre significatif est au détriment du consommateur, qui est exposé à une aggravation soudaine des conditions de remboursement.

La clause, ainsi rédigée, est abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation (devenu L.212-1 du même code) aux termes duquel « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnelles ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

Cette décision de la Cour de cassation, dont la position peut paraître sévère pour la banque, pose en réalité plusieurs questions auxquelles la jurisprudence à venir devra répondre, notamment concernant le délai de préavis pouvant être considéré comme raisonnable par les différentes juridictions.

---

## INTERNATIONAL

**L'action en exequatur n'est soumise à aucune prescription**

*Civ. 1re, 11 janv. 2023, n°21-21.168*

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour de cassation a annoncé, dans cet arrêt, en application de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, que « l'action en exequatur n'est soumise à aucune prescription ».**

*Pour approfondir :*

Dans l'affaire examinée par la première chambre civile le 11 janvier 2023, l'Office des poursuites du district de Lausanne avait émis un acte de défaut de biens en faveur d'un créancier qui n'a pas été intégralement désintéressé. Cet acte constituait une reconnaissance de dette.

Ledit créancier a ensuite poursuivi le débiteur en France pour obtenir l'exequatur de cet acte de défaut de biens.

Sur renvoi après cassation (18 novembre 2018 n°19-12.857), la Cour d'appel d'Aix en Provence, dans un arrêt du 15 juin 2021 a accordé l'exequatur de l'acte.

Le débiteur s'est pourvu en cassation. Il fit grief à l'arrêt précité d'accorder l'exequatur de l'acte alors que l'exécution en France d'une décision étrangère est soumise à la loi française quant à la prescription. Qu'en retenant que le délai de prescription de la créance constatée était, selon le droit suisse, de vingt ans à compter de la délivrance de l'acte de défaut de biens, la Cour d'appel a de manière erronée, appliqué les règles du droit suisse et non celles du for (i.e. la France).

Par le présent arrêt du 11 janvier 2023, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le débiteur, en application de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La Haute juridiction juge en l'espèce que si les règles de prescription de l'Etat d'origine sont susceptibles d'affecter le caractère exécutoire du jugement et ainsi, l'intérêt à agir du demandeur à l'exequatur et si celles de l'Etat requis sont susceptibles d'affecter l'exécution forcée du jugement déclaré exécutoire, en revanche, l'action en exequatur elle-même n'est soumise à aucune prescription.

Ce principe est, pour la première fois, énoncé par la Cour de cassation en ces termes et s'impose aussi bien au regard de la Convention de Lugano

qu'en application des règlements Bruxelles et Bruxelles I bis.

**À rapprocher :**

- [Article 47 alinéa 1er de la Convention de Lugano](#)
- [Civ. 1re, 11 janv. 2023, n°21-21.168](#)
- [La Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988](#)

## DISTRIBUTION – CONCURRENCE – CONSOMMATION

**L'obligation d'enregistrer les entretiens lors des enquêtes de la Commission européenne**  
*CJUE, 9 mars 2023, aff. C-682/20 P, C-690/20 P, C-693/20 P*

*Ce qu'il faut retenir :*

**Lorsque l'employeur n'a pas licencié ou reclassé le salarié dans un délai d'un mois après l'avis d'inaptitude, il doit reprendre le paiement du salaire. Le salarié peut alors se voir verser cumulativement les indemnités journalières de sécurité sociales (IJSS) et son salaire.**

*Pour approfondir :*

La Commission européenne (ci-après « **Commission** ») a été informée de l'existence, entre 2015 et 2016, de plusieurs échanges d'informations stratégiques entre des entreprises françaises du secteur de la distribution alimentaire et non alimentaire.

En raison des soupçons de pratiques anticoncurrentielles, la Commission a ordonné en 2017 des inspections dans les locaux de plusieurs entreprises de ce secteur et leurs filiales.

En effet, l'article 20, paragraphe 1 et 4 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 confère à la Commission des pouvoirs d'enquête étendus : accès aux locaux, inspection, audition, enregistrement et mise sous scellés.

Dans cette affaire, trois entreprises ont introduit des recours devant le Tribunal de l'Union européenne (ci-après « **Tribunal** ») afin d'annuler les décisions d'inspection de la Commission.

Le Tribunal a partiellement annulé les décisions contestées (arrêts du Tribunal du 5 octobre 2020, [T-249/17](#), [T254/17](#), et [T-255/17](#)). Le Tribunal a ainsi annulé les décisions d'inspection visant les échanges de 2016 au motif que la Commission ne détenait pas suffisamment d'indices permettant de présumer une pratique anticoncurrentielle. En revanche, le Tribunal a rejeté les recours ouverts contre la légalité et le déroulement des inspections qui visait les échanges de 2015.

Les entreprises et leurs filiales ont décidé de former un pourvoi contre les arrêts du Tribunal qui ont partiellement annulé les décisions contestées. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « **Cour** ») s'est notamment prononcée sur (1) l'effectivité des voies de recours, mais l'apport majeur des arrêts concerne (2) la régularité formelle des indices.

### **1. L'effectivité des voies de recours**

La Cour a rejeté la demande des requérantes visant à contester l'effectivité des voies de recours.

La Cour rappelle qu'en matière de visites domiciliaires, le respect du droit à un recours effectif doit être examiné à la lumière des quatre conditions suivantes :

- (1)** L'existence d'un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision de procéder à de telles visites ou des mesures prises dans le cadre de celles-ci ;
- (2)** Le ou les recours disponibles doivent permettre en présence d'une irrégularité (i) de prévenir la survenance de l'opération ou (ii) de fournir à l'intéressé un redressement approprié si l'opération irrégulière a déjà eu lieu ;
- (3)** L'accès avec certitude au recours concerné ;

### **(4) Le délai raisonnable du contrôle juridictionnel.**

Dans les trois arrêts rendus le 9 mars 2023, la Cour a retenu que le Tribunal pouvait procéder à une analyse globale, par opposition à un examen individuel, des voies de recours. Pour cela, il suffit (i) qu'un contrôle judiciaire postérieur à la décision d'inspection permette de contrebalancer l'absence de contrôle judiciaire préalable et (ii) que le ou les recours disponibles permettent de rétablir une situation appropriée.

### **2. La régularité formelle des indices**

L'apport majeur des trois arrêts porte sur les règles régissant les pouvoirs d'enquête de la Commission et en particulier l'obligation d'enregistrement des entretiens prévue à l'article 19 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 et à l'article 3 du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004.

Les requérantes ont reproché au Tribunal de ne pas avoir sanctionné la Commission pour (i) avoir omis de procéder à l'enregistrement des entretiens lorsque l'enquête n'était pas formellement ouverte et (ii) ne pas avoir écarté les indices résultant de ces entretiens.

Dans les trois arrêts, la Cour rappelle que lorsque la Commission procède à une enquête, elle doit enregistrer tous les entretiens qu'elle mène qui visent à collecter des informations relatives à l'objet de l'enquête, au regard de leur teneur et de leur contexte. La Cour ajoute que cette obligation s'applique autant avant l'ouverture formelle d'une enquête afin de collecter des indices d'une infraction qu'après l'ouverture de l'enquête en vue de collecter des preuves d'une infraction.

La Cour précise que la Commission peut enregistrer les entretiens sous toute forme, notamment orale, afin de garantir l'efficacité et la célérité de l'enquête. Par ailleurs, une copie de l'enregistrement doit être mise à la disposition de la personne interrogée pour approbation, pendant une durée qui sera fixée par la Commission, afin d'assurer l'authenticité des déclarations et de limiter les interprétations.

Par conséquent, la Cour a partiellement annulé les arrêts du Tribunal et donc les décisions de la Commission ordonnant les inspections des locaux de plusieurs entreprises car elle a estimé que les indices n'étaient pas suffisamment sérieux. D'après la Cour, l'essentiel des indices sur lesquels reposent les décisions de la Commission avait été collectés en méconnaissance de l'obligation d'enregistrement.

En définitive, la Cour de justice de l'Union européenne rappelle l'importance pour la Commission européenne d'enregistrer les entretiens qu'elle mène si elle souhaite utiliser les informations obtenues à cette occasion comme des indices d'une infraction, sous réserve que ces entretiens visaient à collecter des informations relatives à l'objet de l'enquête. Les entreprises se trouvant dans une situation similaire pourraient éventuellement se prévaloir de ces arrêts.

*A rapprocher :*

- [Tribunal du 5 octobre 2020, Casino, Guichard- Perrachon et Achats Marchandises Casino/Commission, T-249/17](#) ;
- [Tribunal du 5 octobre 2020, Intermarché Casino Achats/Commission, T254/17](#) ;
- [Tribunal du 5 octobre 2020, Les Mousquetaires et ITM Entreprises/Commission, T-255/17](#).

---

**Précisions sur le mode de calcul du préjudice concurrentiel réparable en matière de *Private enforcement***

*Com. 1<sup>ère</sup>, 1er mars 2023, n° 20-18.356*

*Ce qu'il faut retenir :*

**Conformément à l'article 1240 du Code civil et au principe de la réparation intégrale du préjudice, le préjudice résultant de l'indisponibilité des sommes allouées au titre du préjudice de développement résultant de pratiques anticoncurrentielles doit être apprécié en prenant en compte la constitution progressive du préjudice.**

*Pour approfondir :*

En 2004, le Conseil de la concurrence, auquel a depuis succédé l'Autorité de la concurrence, a été saisi de pratiques mises en œuvre par un leader du marché de la fourniture de services de téléphonie mobile et sa filiale dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane.

Ces pratiques consistaient d'une part, en l'insertion, au sein d'accords de distribution conclus avec les distributeurs indépendants, de clauses d'exclusivité et de non-concurrence, et d'autre part, en la mise en place d'une politique tarifaire à l'égard de ces distributeurs indépendants en matière de commercialisation des terminaux.

Par une décision en date du 9 décembre 2009, l'Autorité de la concurrence a constaté et condamné les pratiques mises en œuvre, considérant que les sociétés avaient enfreint les dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE.

La société victime de ces pratiques anticoncurrentielles a en conséquence saisi le Tribunal de commerce de Paris d'une demande indemnitaire sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, devenu l'article 1240 du Code civil.

Condamnées *in solidum* en appel à payer à leur concurrent la somme de 173,64 millions d'euros au titre de la réparation du préjudice de développement, cette somme portant intérêts compensatoires réparant le préjudice additionnel né de l'indisponibilité de la somme allouée au titre du préjudice de développement, les sociétés autrices des pratiques concurrentielles ont saisi la Cour de cassation, qui s'est prononcée dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2023.

Elles reprochaient notamment à la Cour d'appel, d'une part, d'avoir reconnu que le préjudice de développement invoqué constituait un gain manqué, et d'autre part, d'avoir porté le point de départ des intérêts compensatoires à une date où ce préjudice n'était pas entièrement constitué.

Sur le premier point, la Cour de cassation a confirmé que le préjudice global de développement invoqué par la société victime des pratiques anticoncurrentielles constituait un gain manqué, devant être intégralement réparé, et non pas une perte de chance.

La Cour expose en effet que « *le préjudice subi par un opérateur présent sur un marché faussé par des pratiques de fidélisation, de discrimination tarifaire et d'exclusivité abusives verrouillant l'accès à la clientèle consiste en une limitation des ventes dont le montant a été reconstitué, par la mise en œuvre de méthodes contrefactuelles, admises par la doctrine économique et reposant nécessairement sur des hypothèses dont la pertinence a été débattue par les parties et analysée par l'arrêt, sur la base d'un fonctionnement du marché qui n'aurait pas été faussé par les comportements fautifs relevés* », et qu'ainsi « *la cour d'appel a exactement décidé que ce préjudice n'était pas une perte de chance mais un gain manqué* ».

Sur le second point, la Cour de cassation a censuré la décision de la Cour d'appel ayant retenu un point de départ des intérêts compensatoires réparant le préjudice additionnel né de l'indisponibilité de la somme allouée au titre du préjudice de développement au 1<sup>er</sup> avril 2006. Elle considère en effet qu'à cette date, le préjudice n'était nécessairement pas entièrement constitué, puisque les pratiques fautives, si elles avaient bien débuté au 1<sup>er</sup> avril 2006, avaient duré plusieurs années. Elle en déduit que, sauf à contrevenir au principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit, le préjudice résultant de l'indisponibilité des sommes allouées au titre du préjudice de développement devait être progressif.

#### **A rapprocher :**

- [CJCE, 13 juillet 2006, Manfredi e. a., aff. ites C-295/04 à C-298/04 ;](#)
- [CJCE, 20 septembre 2001, Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd et autres, aff. C-453/99](#)

## DROIT SOCIAL

### **Inaptitude : cumul possible du salaire et des IJSS en l'absence de licenciement dans le délai requis**

*Cour de cassation, Chambre Sociale, 18 janvier 2023, n°21-10.23.*

*Ce qu'il faut retenir :*

**Lorsque l'employeur n'a pas licencié ou reclassé le salarié dans un délai d'un mois après l'avis d'inaptitude, il doit reprendre le paiement du salaire. Le salarié peut alors se voir verser cumulativement les indemnités journalières de sécurité sociales (IJSS) et son salaire.**

*Pour approfondir :*

Dans les faits ayant donné lieu à cet arrêt, un salarié embauché depuis le 3 mars 1997 par une société, avait été déclaré inapte à tous les postes avec danger immédiat, par le médecin du travail, le 11 décembre 2015.

Le 12 juillet 2016, soit plus de 7 mois après l'avis d'inaptitude, le salarié avait été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Le salarié avait alors saisi le Conseil de Prud'hommes afin de contester son licenciement et sollicitait, dans ce cadre, la condamnation de son ancien employeur au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaires et indemnités.

Le salarié sollicitait notamment un rappel de salaire à compter du 11 janvier 2016, soit à l'issue du délai d'un mois suivant son avis d'inaptitude.

Le 12 novembre 2020, la Cour d'Appel de Rouen avait fait droit à la demande du salarié en limitant toutefois le rappel de salaire pour tenir compte des IJSS qu'il avait perçues pendant cette période.

La question se posait donc de savoir si, lorsqu'à l'issue du délai d'un mois suivant l'avis d'inaptitude le salarié n'a été ni reclassé ni licencié, celui peut se voir verser à la fois son salaire et des IJSS.

Aux termes d'un arrêt en date du 1<sup>er</sup> mars 2023, la Chambre Sociale de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Rouen en énonçant :

« [...] lorsque, à l'issue du délai d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise du travail, le salarié déclaré inapte n'est pas reclassé dans l'entreprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur lui verse, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail. Ces dispositions s'appliquent également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail.

Il en résulte qu'en l'absence d'une disposition expresse en ce sens, **aucune réduction ne peut être opérée sur la somme, fixée forfaitairement au montant du salaire antérieur à la suspension du contrat, que l'employeur doit verser au salarié.**

Ainsi, le salarié déclaré inapte qui n'est ni reclassé ni licencié à l'issue du délai d'un mois suivant sa visite médicale de reprise peut cumuler le versement de son salaire et des indemnités journalières de sécurité sociale.

**A rapprocher :**

[Article L.1226-4 du Code du travail](#)

## VOIES D'EXECUTION

### **Annulation du commandement de payer valant saisie immobilière et effets sur la prescription**

Cass. 2e civ., 23 mars 2023, n° 21-20.447, Publié au bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

**Il résulte des articles 2240 et 2241 du Code civil que l'annulation du commandement de payer valant saisie immobilière prive cet acte, ainsi que tous les actes de procédure subséquents, de leur effet interruptif de prescription.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, une banque a fait délivrer à ses débiteurs un commandement de payer valant saisie immobilière, puis une assignation à l'audience d'orientation.

La banque ayant fait pratiquer des saisies-attributions sur les comptes de ses débiteurs, ces derniers les ont contestées devant le juge de l'exécution en soutenant que la créance de la banque était prescrite.

Le juge de l'exécution a prononcé la nullité du commandement ainsi que de tous les actes de procédure subséquents.

La banque a interjeté appel du jugement.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, a, par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2023, rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription soulevée par les débiteurs, après avoir rappelé que la déchéance du terme avait été prononcée le 24 août 2006.

Les juges du fond considéraient en effet que malgré l'annulation du commandement de payer valant saisie immobilière par le juge de l'exécution, l'assignation en date du 3 décembre 2015 n'en avait pas pour autant été privée de son effet interruptif.

Les débiteurs se sont pourvus en cassation, faisant grief à la Cour d'appel d'avoir jugé que la seconde saisie-attribution pratiquée par la banque le 9 mars 2017 devait produire en partie ses effets, alors que l'annulation du commandement de payer valant saisie immobilière prive cet acte, ainsi que tous les actes de procédure subséquents – y compris, donc, l'assignation à comparaître au jugement d'orientation – de leur effet interruptif de prescription.

Par le présent arrêt, la Cour de cassation rappelle qu'il résulte des articles 2240 et 2241 du Code civil que l'annulation du commandement de payer valant saisie immobilière prive cet acte et tous les actes de procédure subséquents de leur effet interruptif de prescription.

Dès lors, en jugeant en l'espèce que malgré l'annulation du commandement de payer par le juge de l'exécution, l'assignation à l'audience d'orientation n'avait pas été privée de son effet interruptif, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; aboutissant à ce que l'arrêt d'appel soit cassé et annulé.

La solution n'est pas nouvelle et avait déjà été rappelée par la Haute juridiction dans un arrêt du 1er mars 2018 (Cass. 2e civ., 1er mars 2018, n° 16-25.746 : « Les dispositions de l'article 2241, alinéa 2, du code civil ne sont pas applicables aux actes d'exécution forcée de sorte que l'annulation du commandement de payer valant saisie immobilière prive cet acte de son effet interruptif de prescription »).

En l'espèce, la Cour de cassation poursuit cette lignée jurisprudentielle et étend donc la solution qui était appliquée au commandement de payer valant saisie immobilière, à l'ensemble des actes de procédure subséquents, dont l'assignation à l'audience d'orientation.

**A rapprocher :**

[Article 2240 et 2241 du Code civil](#)  
[Cass. 2e civ., 1er mars 2018, n° 16-25.746](#)

---

**Revirement de jurisprudence sur l'application de l'article 528-1 du Code de procédure civile au recours en révision**

*Cass. 2e civ., 23 mars 2023, n° 21-18.252*

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour de cassation opère par le présent arrêt un revirement de jurisprudence en retenant, désormais, que l'article 528-1 du Code de procédure civile ne s'applique pas au recours en révision. L'irrecevabilité d'un recours en révision ne peut dès lors être prononcée sur le fondement de ce texte car le délai d'un tel recours, qui est de deux mois, ne court qu'à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque.**

*Pour approfondir :*

L'article 528-1 du Code de procédure civile dispose que si un jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé, et que ce délai a expiré, la personne ayant comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal.

Auparavant, la jurisprudence retenait que cette disposition s'appliquait tant aux voies de recours ordinaires qu'extraordinaires. Une partie ayant comparu ne pouvait donc être déclarée recevable à former un recours en révision contre un jugement non-notifié dans les deux ans de son prononcé une fois ce délai expiré (*Cass. civ. 2, 7 juillet 2005, n°03-15.662 ; Cass. civ. 2, 17 mai 2018, n°16-28.742*)

Le présent arrêt en date du 23 mars 2023 témoigne d'une révision de cette précédente ligne jurisprudentielle.

En l'espèce, un litige entre le propriétaire d'une maison, la société constructrice ainsi que l'architecte avait donné lieu de multiples décisions, dont un arrêt rendu le 9 octobre 2017 par une cour d'appel.

Or, précisément, cet arrêt n'avait pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé.

Un recours en révision à son encontre avait été exercé par le propriétaire en décembre 2020, à savoir plus de deux ans après son prononcé.

La cour d'appel de Nancy, conformément à la jurisprudence établie et rappelée ci-avant, a retenu l'irrecevabilité du recours en révision du propriétaire, lequel s'est pourvu en cassation.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation opère une révision de la solution jurisprudentielle jusqu'alors consacrée, estimant qu'il a lieu « *de reconsidérer cette interprétation* ».

En se fondant notamment sur l'article 596 du Code de procédure civile, la Haute juridiction rappelle en effet que le délai d'un recours en révision commence à courir à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque. La date de notification du jugement ne peut donc constituer le point de départ du délai d'un recours en révision.

Elle retient également qu'eu égard à la finalité d'un recours en révision – à savoir faire obstacle au maintien d'une décision de justice, serait-elle irrévocable, qui aurait été obtenue par fraude ou selon un déroulement déloyal de la procédure (CPC, art. 595), objectif qui est donc étranger à celui poursuivi par l'article 528-1 – l'interdiction faite à une partie d'introduire un recours en révision en raison du fait que le jugement n'a pas été notifié dans les deux ans de son prononcé revient à méconnaître l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au droit à un procès équitable et au droit d'accès au juge.

Au regard de ces éléments, la Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence, juge donc désormais que les dispositions de l'article 528-1 du Code de procédure civile ne sont pas applicables au recours en révision.

Tirant les conclusions de ce revirement, la Cour annule donc l'arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy le 25 mai 2021 en ce qu'elle avait déclaré irrecevable le recours en révision du propriétaire.

## RESTRUCTURING

### Survie de l'aval garantissant un nouveau concours à la caducité de l'accord de conciliation

*Cass. com., 8 mars 2023, n°21-19.202, Inédit*

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le créancier, qui a consenti, pour les besoins d'un accord de conciliation, une avance donnant naissance à une nouvelle créance, garantie par un cautionnement ou un aval, est en mesure de demander l'exécution par la caution ou l'avaliste de cet engagement, en dépit de la caducité de l'accord.**

*Pour approfondir :*

Issu de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, l'article L.611-10-4 du code de commerce, dispose que "la caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas

*d'effets les clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences".*

L'efficacité de cette nouvelle disposition reste à ce jour incertaine, n'ayant nourri encore aucun contentieux.

La décision commentée ici est l'occasion de revenir sur ce nouveau texte, sous l'angle spécifique du sort des nouvelles sûretés en cas de caducité de l'accord de conciliation. La doctrine avisée estime, jusqu'à présent, qu'il n'est pas certain que celles-ci, lorsqu'elles ont pour objet de garantir directement ou indirectement un ancien concours, puissent bénéficier des dispositions de ce nouvel article L. 611-10-4 du code de commerce (F.-X LUCAS, *Caducité de l'accord de conciliation*, LEDEN déc. 2022, n°DED201e1)

En l'espèce, dans le cadre d'un accord de conciliation homologué, une banque avait consenti à la société débitrice une nouvelle ligne de crédit garanti par un aval.

Par la suite, une liquidation judiciaire succédant à l'ouverture d'un redressement judiciaire, a été ouverte à l'encontre de la société débitrice.

La banque a déclaré sa créance au passif de la procédure puis, a assigné l'avaliste en paiement. La banque ayant obtenu gain de cause en première instance, l'avaliste a alors interjeté appel.

La cour d'appel rejette la demande de la banque considérant qu'elle n'était pas fondée à agir contre l'avaliste dans la mesure où, l'échec de l'accord de conciliation emportant caducité de cet accord dans son intégralité, le créancier ne pouvait se prévaloir du bénéfice des sûretés consenties dans ce seul cadre.

Il s'agit là de la stricte application d'une jurisprudence de la Cour de cassation établie en 2019, et réitérée en 2020 qui avait fait couler beaucoup d'encre. Pour la Haute juridiction, la caducité de l'accord de conciliation du fait de l'ouverture d'une procédure collective emportait anéantissement de l'ensemble des sûretés consenties dans ce cadre, sans distinction (*Cass. com., 25 sept. 2019, n°18-15.655 ; Cass. com. 21 oct. 2020, n°17-31.663*).

Critiquée en ce qu'elle contrevenait à la raison d'être des garanties et fragilisait l'attractivité des procédures de conciliation, cette jurisprudence a été récemment révisée à l'occasion d'un cautionnement consenti dans le cadre d'un accord de conciliation homologué, la Cour de cassation posant en principe que ce cautionnement survivait – nonobstant la caducité de l'accord – s'il avait été consenti pour garantir un concours nouveau (*Cass. com.*, 26 oct. 2022, n°21-12.085).

Le présent arrêt s'inscrit dans la droite ligne de cette position nouvellement adoptée par la Cour de cassation ; au visa de l'article L. 611-12 du code de commerce, la Haute juridiction confirme que le créancier ne conserve pas le bénéfice des sûretés consenties dans le cadre de l'accord de conciliation en contrepartie de l'octroi de délais de paiement ou d'abandons de créances, mais qu'à l'inverse, les sûretés nouvelles consenties pour garantir l'apport de *new money*, survivent.

La question restera alors de savoir si, par l'effet du nouvel article L. 611-10-4 du code de commerce, cette solution pourrait alors être contractuellement aménagée par les parties au protocole de conciliation pour étendre les effets de la survie des sûretés garantissant les concours nouveaux aux sûretés garantissant d'anciens concours.

---