

Brèves Lamy Lexel Juin 2008

Ils sont là pour vous accompagner...

Afin que vous nous connaissiez mieux, autant d'un point de vue humain que purement technique, nous vous présentons régulièrement les avocats du cabinet Lamy Lexel qui accompagnent votre entreprise dans ses évolutions, participent à votre réflexion stratégique, vous aident à faire aboutir vos projets...

Jean-Pierre DUPRILOT, co-dirige depuis 1998 le département Social du cabinet Lamy Lexel à Lyon, composé de 9 avocats dont 3 associés.



Suite à un parcours universitaire au sein de l'Institut d'Administration de l'Entreprise de Lyon puis de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, il a obtenu le titre de Docteur en Droit. Son

expérience professionnelle et ses compétences techniques l'ont ainsi mené à la voie de l'association. Co-fondateur du cabinet Lamy Lexel, il a participé à la création du département Social de Lyon en 1998.

Parallèlement à cela, il s'est toujours beaucoup investi dans les structures adjacentes au monde juridique. Il est Médiateur Judiciaire. En outre, en sa qualité d'universitaire (maître de conférence), il intervient – ou est intervenu- dans un certain nombre de structures de l'enseignement supérieur : Ecole de Management de Lyon, Master 1 et 2 « Monnaie, Finance et Banque » de l'Université Lyon1).

Jean-Pierre DUPRILOT a acquis des compétences dans les différents aspects du domaine social, en conseil comme en contentieux. Il a développé des expertises particulières en matière de conventions et accords collectifs, licenciements collectifs, représentation du personnel, statut du dirigeant, médiation et contentieux social, ou encore dans le management des relations individuelles et collectives de travail.

Il assure actuellement des formations (à Lyon et Paris) et intervient au sein des structures sur le thème de la modernisation du marché du travail et ses impacts sur la gestion entrepreneuriale.

Pour mener à bien ces missions et assurer à ses clients une prestation globale et sur-mesure, il sollicite de façon transversale les expertises internes de ses associés, notamment en matière de droit des affaires, droit fiscal, ...

Pour le contacter : jdupriLOT@lamy-lexel.com – 33 (0)4 72 74 53 00.

Droit des Affaires

➤ **Clause limitative de responsabilité (Cour de Cassation, chambre commerciale - 19 février 2008)**

Un fournisseur, par ses conditions générales de vente, prévoyait que les délais de livraison n'étaient qu'indicatifs et qu'un retard, même important, ne pouvait donner lieu à une annulation de commande ou à des dommages-intérêts.

Ce fournisseur propose malgré tout à son client d'indemniser un retard de livraison, puis se rétracte.

La Cour de Cassation estime que **par sa proposition**, acte positif et non équivoque, **le fournisseur a renoncé à sa limitation de responsabilité.**

➤ **Validité d'une marque (Cour d'Appel de Paris 25 janvier 2008)**

Sont dépourvus de caractère distinctif les signes ou dénominations qui, dans le langage professionnel ou courant, correspondent à la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou service (article L. 711-12a du Code de la Propriété Intellectuelle).

La Cour d'Appel de Paris a rappelé que la dénomination « defiscalisation.com » était dépourvue de signe distinctif, car désignait de manière nécessaire et générique les services immobiliers, financiers ou monétaires visant à réaliser des opérations défiscalisées.

En conséquence, « defiscalisation.com » ne peut constituer une marque valide.

➤ Action directe du sous-traitant (Cour de Cassation, 3ème chambre civile - 30 janvier 2008)

A l'occasion d'un marché principal conclu entre un maître d'ouvrage français et un entrepreneur allemand, et d'un contrat de sous-traitance soumis à la loi allemande, un litige en paiement survient et le sous-traitant demande le paiement direct contre le maître de l'ouvrage.

La Cour de Cassation, après avoir mis en évidence que le chantier s'était déroulé en France, décide que la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police.

Lorsque l'immeuble objet des travaux est en France, l'action directe du sous-traitant est donc recevable et la loi choisie par les parties écartée.

Droit Social

➤ La fouille d'un vestiaire peut être effectuée en l'absence du salarié (Arrêt du 15 avril 2008 n°06-42-902)

Un salarié a été licencié pour « *dissimulation et détention illicite, dans son vestiaire personnel, d'objets appartenant à l'entreprise* », découverts lors d'une opération d'ouverture de tous les casiers non identifiés et non revendiqués.

Le salarié a contesté son licenciement en faisant valoir notamment que son casier avait été ouvert en son absence.

En effet, il ressort d'une jurisprudence constante que « *l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés de restrictions que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; que spécialement, l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévus par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu* ».

La Cour de Cassation a rejeté l'argumentation du salarié en retenant que ce dernier « *avait été personnellement avisé trois semaines à l'avance par affichage sur son propre casier de la date d'ouverture de tout*

vestiaire non identifié et revendiqué et que l'ouverture, limitée aux seuls casiers non identifiés dans le délai prévu à cette fin, avait eu lieu en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité dans les conditions prévues par la procédure d'identification et d'attribution des vestiaires mise en place avec l'accord des partenaires sociaux ».

En d'autres termes, cette fouille a donc été considérée comme étant justifiée par un motif légitime, et réalisée dans des conditions permettant d'assurer la protection des droits individuels des salariés.

Cet arrêt précise la jurisprudence de 2001 : **l'absence du salarié, lors de l'ouverture de son vestiaire, n'est pas de nature à remettre en cause l'ouverture des casiers dès lors que les conditions de validité de ce contrôle sont respectées.**

➤ **Une prime d'expatriation peut être réservée aux seuls ressortissants non français (Arrêt du 17 avril 2008, n°06-45.270 P + B)**

En l'espèce, est en cause le paiement d'une prime d'expatriation réservée, en application de la convention d'entreprise, aux seuls ressortissants non français.

Un salarié de nationalité française a considéré que les conditions d'attribution de cette prime entraînaient une discrimination fondée sur la nationalité et qu'il y a, par conséquent, violation notamment des articles L. 122-45 du Code du Travail et 14 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Il a également invoqué une violation du principe « *à travail égal, salaire égal* ».

La Cour de Cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel, considérant que l'avantage repose « *sur une raison objective, pertinente, étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif légitimement* » recherché, dans la mesure où cette prime est destinée « *à compenser les inconvénients résultant de l'expatriation du salarié et de sa famille et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international* ».

La Haute Cour a également précisé que le principe de non discrimination énoncé par l'article 12 du traité du Conseil d'Etat (CE) « *n'a vocation à s'appliquer que dans les situations régies par le droit communautaire ; qu'ainsi, en matière d'emploi, il n'est destiné, en vertu de l'article 39 du traité, qu'à garantir la libre circulation des travailleurs ; qu'il en résulte que ces dispositions ne peuvent pas être invoquées par un salarié qui n'a pas exercé cette liberté de circulation pour travailler dans un autre état membre* ».

Malgré les observations de la HALDE qui a demandé à intervenir devant la Haute juridiction, la Cour de Cassation a ainsi confirmé la solution qu'elle avait adoptée dans une affaire similaire en 2005 (Cour de Cassation, chambre sociale - 9 novembre 2005, n°03-47.720), décision à la suite de laquelle la HALDE avait rendu une décision qui prenait le contre-pied de la décision de la Cour de Cassation : « *la clause litigieuse présente un caractère discriminatoire en raison de la nationalité contraire aux dispositions de l'article L 122-45 ainsi qu'aux articles 12 et 39 du traité CE...* » (délibération du 22 octobre 2007).

➤ **L'indemnité pour travail dissimulé ne se cumule pas avec certaines autres indemnités (Arrêt du 7 mai 2008, n°06-45.273)**

En l'espèce, une travailleuse à domicile (effectuant les tâches domestiques et la garde d'enfants), entrée sur le territoire français en 1987, de nationalité capverdienne, a travaillé pendant douze ans au service d'employeurs particuliers. Ces derniers la rémunéraient, en espèces, d'une somme dont étaient déduits le loyer d'un appartement mis à sa disposition ainsi que les factures d'électricité et de téléphone.

A la suite du dépôt par la salariée d'une plainte, ses employeurs ont été condamnés pénalement pour travail dissimulé et emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail salarié.

La salariée a, ensuite, saisi la juridiction prud'homale afin de voir ses employeurs condamnés à lui payer diverses indemnités.

La Cour d'Appel a débouté la salariée de sa demande d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé (prévue par l'article L. 324-11-1 du Code du Travail) au motif qu'elle avait déjà perçu une indemnité conventionnelle de licenciement et que ces indemnités ne se cumulaient pas.

Si la Cour de Cassation a confirmé sa jurisprudence sur la question du **non cumul entre l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé**, elle a néanmoins censuré la décision de la Cour d'appel considérant que **devait être retenue l'indemnité la plus élevée des deux**.

Cette décision s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence développée par la chambre sociale sur cette question dans les arrêts du 12 janvier 2006. Sont, en effet, cumulables avec l'indemnité pour travail dissimulé :

- l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cour de Cassation, chambre sociale - 12 janvier 2006, n°03-40.800, Bulletin civil V, n°13) ;
- l'indemnité pour non respect de la procédure de licenciement (Cour de Cassation, chambre sociale - 12 janvier 2006, n°04-43.105, Bulletin civil V n°13) ;
- l'indemnité de requalification d'un CDD en CDI (Cour de Cassation, chambre sociale - 12 janvier 2006, n°03-44.776 ; Cour de Cassation, Chambre sociale - 12 janvier 2006, n°03-44.777) ;
- les dommages et intérêts pour violation de l'ordre des licenciements (Cour de Cassation, chambre sociale - 12 janvier 2006, n°04-41.769, Bulletin civil V n°13) ;
- l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité compensatrice de congés payés (Cour de Cassation, chambre sociale - 12 janvier 2006, n°04-40.991, Bulletin civil V n°13 ; Cour de Cassation, chambre sociale - 12 janvier 2006, n°04-42.190, Bulletin civil V n°13).

Droit des Sociétés

➤ Promesse de cession d'actions d'une société non immatriculée

En 2001, les sociétés A, B et C concluaient un protocole d'accord prévoyant la création entre les sociétés A et B d'une quatrième société (société D), laquelle devait procéder à l'acquisition du fonds de commerce de la société C.

Le même protocole prévoyait une promesse d'achat par la société A des actions devant être détenues par la société B dans le capital de la société à créer.

La société D a été créée et a procédé à l'acquisition du fonds de commerce de la société C, conformément à ce qui était prévu au protocole.

Dans le délai imparti, la société B levait l'option de vente qu'elle détenait à l'encontre de la société A.

La société A a refusé d'honorer sa promesse d'achat arguant du fait que cette dernière était nulle, car contrevenant aux dispositions de l'article L. 228-10 du Code de Commerce : « *Les actions ne sont négociables qu'après l'immatriculation de la société au Registre du Commerce et des Sociétés* ».

Dans un arrêt du 28 février 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation fait une application stricte du texte de la loi en ce qu'elle considère **que l'article L. 228-10 susvisé interdit la « négociation » des actions et non leur « cession »**. La promesse d'achat contenue dans le protocole conclu entre les sociétés A, B et C était donc parfaitement valable.

➤ **Survivance d'une garantie d'actif et de passif suite à une opération de fusion**

A l'occasion de la cession des titres d'une société, une garantie d'actif et de passif avait été consentie par le vendeur.

Puis, la société cible avait été dissoute par suite de sa fusion absorption.

Etant précisé que le texte de la garantie était muet sur ce point, se posait donc la question de la transmission du bénéfice de la garantie d'actif et de passif à la société absorbante.

Dans un arrêt du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la Cour de Cassation estime, qu'en dépit de l'absence de manifestation expresse du garant de s'engager envers une personne morale nouvelle, la société absorbante pouvait se prévaloir de la garantie stipulée en faveur de la société absorbée.

La Cour de Cassation, dans son dispositif, fait toutefois réserve de stipulation contractuelle contraire, laissant ainsi entendre que la solution aurait été différente si la garantie d'actif et de passif prévoyait sa non transmission en cas de cession des titres de la société cible ou de sa fusion absorption.

Encore une fois, on ne saurait trop insister sur **la nécessité d'une rédaction très précise et complète des garanties d'actif et de passif consenties dans le cadre d'une cession d'entreprise**.

Contentieux, Arbitrage et Médiation

➤ **Les effets d'un contrat peuvent être étendus aux tiers non signataires**

Un contrat peut avoir des effets à l'égard de ceux qui ne le signent pas ...

Un contrat, en théorie, n'a d'effet qu'entre ceux qui l'ont signé (théorie de l'effet relatif des contrats). Mais la Cour de Cassation, dans un arrêt d'Assemblée plénière qui fera probablement l'objet de nombreux commentaires, vient de rappeler qu'un contrat constitue aussi, pour les tiers non parties au contrat, un "fait juridique" susceptible d'avoir pour eux des effets conséquents.

En l'espèce, des acheteurs potentiels d'un bien immobilier avaient visité ce bien en compagnie de l'agent immobilier chargé de la vente en lui donnant un faux nom. Ensuite, sous leur vrai nom, ils se sont rapprochés du propriétaire avec lequel ils ont conclu directement, évitant ainsi de payer un surcoût lié à la commission de l'agent immobilier.

L'agent immobilier, qui n'avait pourtant de contrat qu'avec les vendeurs (un mandat exclusif de vente), a assigné non pas les vendeurs, mais les acheteurs, pour obtenir le paiement de sa commission.

La Cour de Cassation, dans cet arrêt d'Assemblée plénière du 9 mai 2008, donne raison à l'agent immobilier en estimant *"que, même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier, par l'entremise duquel il a été mis en rapport avec le vendeur qui l'avait mandaté, doit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation à cet agent immobilier de son préjudice"*.

Cette solution, qui fait peser une responsabilité civile délictuelle (par opposition à la responsabilité civile contractuelle) sur des personnes non parties à un contrat mais pour lesquelles ce contrat constitue un fait juridique, peut parfaitement être transposée à toutes sortes de situation : **une personne non partie à un contrat qui commet, en connaissance de cause on l'imagine, une faute générant un préjudice à l'une des parties au contrat, pourra voir sa responsabilité engagée.**

➤ **Droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux**

Après deux ans d'attente, la loi n° 2005-882 en faveur des petites et moyennes entreprises relative aux **droits de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux**, va enfin pouvoir s'appliquer après la publication de son décret.

Désormais, les communes qui ont délimité un "périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité", peuvent exercer un droit de préemption sur les fonds dont la cession est envisagée et qui se trouvent dans ce périmètre.

Le commerçant qui envisage de céder son fonds de commerce, son fonds artisanal ou son bail commercial situé dans ce "périmètre", doit désormais déposer une déclaration préalable auprès de sa commune afin de permettre à celle-ci de se prononcer quant à l'exercice ou non de ce nouveau droit de préemption.

Cette déclaration préalable doit être déposée conformément à un formulaire enregistré par la Direction générale de la modernisation de l'Etat, disponible sur le site du Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durable <http://www.developpement-durable.gouv.fr>.

Cette déclaration préalable doit contenir, outre des informations liées à l'identification du fonds, des informations concernant le chiffre d'affaires, le prix de vente envisagé, le montant des loyers, Certaines de ces informations, selon les situations, sont facultatives.

Le défaut de déclaration du projet de cession sera lourdement sanctionné, puisqu'il est prévu qu'il entraînera la nullité de la cession. Le texte ne précise toutefois pas la nature de cette nullité : absolue (invocable par tous) ou relative (invocable par un nombre réduit de personnes). La tâche de préciser la nature de cette nullité reviendra donc probablement aux tribunaux.

De son côté, la mairie disposera d'un délai de deux mois pour notifier sa décision.

Droit Fiscal

➤ Dividendes : prélèvements sociaux et prélèvement forfaitaire libératoire de 18%

Rappel :

La loi de finances pour 2008 a institué, pour les dividendes éligibles à l'abattement de 40%, une **option** pour un prélèvement forfaitaire libératoire d'impôt sur le revenu (18%) **et** une **obligation** de paiement à la source des prélèvements sociaux (11%).

Ainsi, les sociétés qui ont mis en paiement des dividendes depuis le 1^{er} janvier 2008 au profit de personnes physiques ont l'obligation de reverser au Trésor 11% du montant des distributions, voire 29% en cas d'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire des contribuables concernés.

Le reversement au Trésor doit intervenir dans les 15 jours du mois suivant la distribution.

Un délai exceptionnel de paiement a cependant été accordé, sous certaines conditions, aux PME procédant à des distributions entre le 1^{er} janvier et le 31 mai 2008 : ces entreprises ont jusqu'au 15 juillet 2008 pour procéder à la déclaration et au paiement des sommes correspondantes auprès du Trésor Public.

Modalités à suivre :

A ce jour, pour procéder à cette déclaration, les entreprises doivent utiliser le formulaire n°2777, qui doit être adressé à la Recette principale des non résidents, accompagné du paiement correspondant.

A compter du 1^{er} juillet 2008, un formulaire simplifié (n°2777 D « *simplifié* ») sera mis à la disposition des entreprises qui « déclarent et payent le prélèvement forfaitaire libératoire et/ou les prélèvements sociaux relatifs aux seuls revenus distribués éligibles à l'abattement de 40 % et/ou à des intérêts de comptes courants d'associés à l'exclusion de tout autre produit de taux ».

Concernant ces entreprises, le paiement des contributions et du prélèvement forfaitaire libératoire serait à adresser au **Service des Impôts des Entreprises (SIE)** dont elles dépendent et non plus au centre des non résidents.

L'administration devrait préciser dans les jours à venir, par deux instructions, ces nouvelles modalités de déclaration.

➤ **Projet de loi de modernisation de l'économie**

Présenté au Conseil des ministres du 28 avril, le projet a été déposé à l'Assemblée Nationale et devrait être examiné par les sénateurs au cours du mois de juin.

Les principales dispositions fiscales prévoient :

- une simplification du régime des micro-entreprises, qui pourraient à l'avenir se libérer de leurs charges sociales et de l'impôt sur le revenu au moyen d'un prélèvement forfaitaire calculé en pourcentage du chiffre d'affaires ;
- la possibilité pour certaines sociétés de capitaux d'opter pour le régime des sociétés de personnes ;
- la modification du montant des droits de mutation dus sur les cessions d'entreprises et de fonds de commerce. Ainsi, le taux des droits de mutation frappant les cessions d'actions et parts sociales serait **uniformisé à 3%**, plafonné, uniquement pour les cessions d'actions, à 5.000 €. L'abattement de 23.000 € en cas de cession de parts sociales serait maintenu. Les cessions de participations dans des sociétés à prépondérance immobilière resteraient soumises à un droit de 5%.