

## Brèves Lamy Lexel Janvier 2009

**Christian GUICHARD** co-anime le département Droit Fiscal.



Titulaire d'un DESS de Droit Fiscal obtenu en 1980 à l'Université de Bourgogne, il a débuté sa carrière au sein d'un petit cabinet indépendant lyonnais, qu'il a racheté au bout de huit ans et qu'il a développé ; il s'est associé en 1989 avec le cabinet Lexel alors en formation et a fusionné son cabinet avec Lexel en 1994, contribuant ainsi à l'élargissement du périmètre de Lamy Lexel.

Christian GUICHARD est un spécialiste des différentes dimensions du Droit Fiscal des Affaires ; outre les aspects traditionnels de la fiscalité des entreprises, il a développé une expertise particulière en matière de fiscalité des collectivités territoriales, de fiscalité spéciale liée au développement durable et de fiscalité spécifique des DOM-TOM.

Il accompagne également les entreprises dans leurs relations avec l'Administration Fiscale, notamment lors d'opérations matérielles de contrôle et d'enquête.

Christian GUICHARD intervient principalement pour des PME industrielles et tertiaires et pour des collectivités locales. Ses missions le conduisent aussi naturellement à accompagner les dirigeants dans les aspects patrimoniaux de leurs décisions.

Pour le contacter : [cguichard@lamy-lexel.com](mailto:cguichard@lamy-lexel.com) – 04 72 74 53 00.

## Droit Fiscal

### ➤ Remboursement anticipé des créances fiscales (Régime temporaire)

#### De quoi s'agit-il ?

Dans le cadre du plan de relance, la Loi de Finances Rectificative pour 2008 instaure un dispositif temporaire et **optionnel** de remboursement anticipé de certaines créances fiscales des entreprises sur l'État.

#### Les créances concernées

- Acomptes excédentaires d'IS
  - versés au titre d'un exercice clos au plus tard le 30 septembre 2009,
  - dès le lendemain de la clôture de l'exercice et sans attendre la liquidation du solde de l'IS,
  - lorsque les acomptes n'ont pas été modulés.
  
- Créances de carry back nées au titre :
  - de déficits antérieurs à 2008,
  - du **déficit 2008**,
  - et enfin celles acquises au titre d'un exercice clos au plus tard le **30 septembre 2009**.
  
- Créances de Crédit d'Impôt Recherche (CIR)
  - calculées au titre de dépenses de recherche exposées en 2005, 2006, 2007
  - **et 2008**.

**NB :** Les dépenses de recherche engagées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009 relèvent du régime de droit commun et **ne sont pas éligibles** au régime temporaire.

#### Cas particuliers

- Créances de carry back afférentes à des exercices clôturés entre le 30 octobre 2008 et le 30 septembre 2009
  - calculées dès la clôture de l'exercice et avant la liquidation du solde de l'IS,
  - de manière estimative au moyen d'une déclaration d'option provisoire (2039),

- avec une marge d'erreur de 20 % au-delà de laquelle s'appliquent des sanctions en sus de la restitution de l'excédent.
- Créances de CIR se rapportant à des dépenses engagées en 2008
  - calculées dès la clôture de l'exercice et avant la liquidation du solde de l'IS,
  - de manière estimative au moyen d'une déclaration d'option provisoire (2069 A),
  - avec une marge d'erreur de 20 % au-delà de laquelle s'appliquent des sanctions en sus de la restitution de l'excédent

## Modalités pratiques

### • **Restitution**

Sur présentation au Service des Impôts aux Entreprises (voire à la Direction Générale des Entreprises) d'une demande expresse de remboursement anticipé, dès le lendemain de la clôture de l'exercice :

- pour les acomptes d'IS excédentaires, au moyen d'un relevé provisoire de solde de liquidation de l'IS (2572),
- pour les créances de carry back et de CIR au moyen d'un imprimé 2573-SD, et le cas échéant, les imprimés 2039 et/ou 2069 A.

➔ Remboursement effectif non maîtrisé car dépendant de l'Administration.

C'est pourquoi l'entreprise a tout intérêt à saisir l'opportunité d'une éventuelle imputation qui aurait un effet positif immédiat sur sa trésorerie.

### • **Imputation**

Les créances dont le remboursement anticipé a été sollicité selon les modalités ci-dessus devraient pouvoir être utilisées au paiement d'impôts professionnels (instruction 12 A-1-05 du 26 juillet 2005), notamment la TVA, les taxes annexes sur les salaires ou encore le solde de l'IS...

Pour ce faire, l'autorisation du SIE (voire DGE) doit être sollicitée expressément **30 jours au moins avant** la date d'échéance des impôts dont le paiement par compensation est envisagée, au moyen du dépôt d'un imprimé 3516-SD, volets 1 et 2.

En pratique, les volets 1 et 2 de cet imprimé seront obligatoirement joints à la demande de remboursement anticipé (ou, pour les télé-déclarants, envoyés séparément en respectant le délai de prévenance de 30 jours,)

**NB:** L'Administration peut refuser l'imputation, mais l'entreprise ne sera pas pénalisée par cette démarche dès lors qu'elle aura nécessairement déposé la demande de remboursement anticipé qui sera instruite normalement, nonobstant le refus de compensation.

Les imprimés cités à jour sont disponibles à l'adresse suivante : [www.impôts.gouv.fr](http://www.impôts.gouv.fr)

## Droit des Affaires

### ➤ Vente d'un terrain comportant une installation classée (Cour de Cassation, 3<sup>ème</sup> chambre civile - 9 avril 2008)

L'article L. 514-20 du Code de l'environnement fait obligation au vendeur d'un terrain sur lequel a été exploitée une installation soumise à autorisation d'en informer par écrit l'acheteur, ainsi que de lui en indiquer les dangers ou inconvénients pour autant qu'il les connaisse.

Faute d'avoir reçu cette information, l'acheteur peut demander la résolution de la vente ou la remise en état du terrain si le coût n'est pas disproportionné par rapport au prix de vente.

La Cour de Cassation dans son arrêt en date du 9 avril 2008 a décidé que cette obligation d'information, valable pour les installations classées dans le passé, ne s'appliquait pas à la vente d'un terrain sur lequel l'exploitation de l'installation est en cours.

Tout particulièrement, lorsque l'exploitation est en cours et que la préfecture n'a pas encore fait connaître sa décision de classement, mais que l'acheteur le sait, ce dernier peut décider d'acquiescer en supportant l'aléa du classement.

### ➤ Effet de la cession d'un bail commercial (Cour de Cassation, 3<sup>ème</sup> chambre civile - 17 septembre 2008)

Un locataire de locaux commerciaux avait sous-loué partiellement les locaux, sans en informer le bailleur, puis avait ultérieurement cédé, avec son fonds de commerce, son droit au bail.

L'acquéreur de ce droit au bail, qui quitte ensuite les locaux, se trouve en conflit avec le sous-locataire qui se voit refuser le renouvellement de la sous-location par le bailleur.

Le 17 septembre 2008, la troisième chambre civile de la Cour de Cassation, décide que la cession du droit au bail n'entraîne pas, à la charge de l'acquéreur, l'obligation d'informer le bailleur d'une sous-location intervenue antérieurement à la cession du fonds.

On distingue donc des obligations qui se transmettent à l'acquéreur du droit au bail, comme celle de réparer les dégradations causées par les précédents locataires, de celles demeurant à la charge des précédents locataires, comme d'informer le bailleur d'une sous-location.

### ➤ **Vente par Internet et distribution sélective (Conseil de la Concurrence, 29 octobre 2008)**

Le Conseil de la Concurrence par une décision en date du 29 octobre 2008, considère comme contraire au droit de la concurrence, l'interdiction, faite par la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique à ses distributeurs agréés, de vendre en ligne certains produits.

Pour le Conseil, les critères de sélection des distributeurs peuvent être adaptés au site Internet.

Interdire la vente par Internet équivaut à une interdiction de vente active et passive, et porte atteinte aux intérêts des consommateurs.

Cette position doit conduire à clarifier dans les contrats de distribution, les droits des distributeurs de vendre les produits et services du concédant par son site Internet.

## **Droit des Sociétés**

### ➤ **Contrat de travail entre une Société Anonyme et un administrateur**

L'un des administrateurs d'une société anonyme a démissionné de ses fonctions et a conclu, le même jour, un contrat de travail avec ladite société.

La validité de ce contrat de travail a été contestée par l'ASSEDIC, par application de l'article L. 225-44 du Code de Commerce qui déclare nul tout contrat de travail conclu entre un administrateur et la société anonyme dont il est mandataire social.

En effet, l'ASSEDIC considérait que la cessation des fonctions au titre du mandat social lui était inopposable, faute d'avoir été publiée au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS) préalablement à la conclusion du contrat de travail.

La Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 26 juin 2008, est revenue sur sa jurisprudence antérieure et a rejeté l'argumentation de l'ASSEDIC. En effet, la Cour a considéré que n'était pas nul le contrat de travail consenti par une société anonyme à un administrateur démissionnaire avant l'accomplissement des formalités de publicité relatives à la cessation de ses fonctions

## **Concurrence et Distribution**

### ➤ **Délais de paiement: une volonté affichée de rejoindre la moyenne européenne**

Depuis l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, une succession de textes ont été adoptés par le Parlement afin d'encadrer les relations commerciales entre les différents acteurs économiques et, plus particulièrement, les délais de paiement.

La directive adoptée par le Parlement Européen et le Conseil de l'Union Européenne le 29 juin 2000 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales a, quant à elle, engendré un mouvement législatif et réglementaire dont le but est de réduire les délais de paiement en Europe.

Cette évolution s'est faite en plusieurs étapes, de la loi relative aux nouvelles régulations économiques de 2001 (1), au décret du 30 avril 2008 (3) en passant par l'instauration de délais maximaux de paiement dans certains secteurs (2), la dernière en date étant, à ce jour, la loi de Modernisation de l'Économie du 4 août 2008 (4).

### **1) La loi NRE du 15 mai 2001 ou l'instauration d'un délai de principe**

La loi relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, a institué un délai légal de paiement de principe de 30 jours qui court à compter de la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation.

Cette disposition est supplétive de volonté, à savoir qu'elle s'applique à défaut de disposition contraire, les partenaires économiques pouvant déroger à cette règle en insérant des délais plus courts mais aussi plus longs dans leurs conditions de ventes ou par un accord convenu entre les parties (C. com., art. L. 441-6).

En théorie, cette liberté était encadrée par l'interdiction des pratiques discriminatoires ou abusives (notamment, si elles sont sans rapport avec les risques liés à la solvabilité des acheteurs ou avec la rotation des stocks), l'existence de telles pratiques pouvant conduire son auteur à engager sa responsabilité civile.

En pratique, les délais pouvaient atteindre 90, voire 120 jours.

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC), instance consultative, qui veille à l'équilibre des relations entre producteurs, fournisseurs et revendeurs au regard de la législation en vigueur a émis, en 2005, une recommandation en faveur de la réduction des délais de paiement. Selon elle, il était impératif de limiter les délais de paiement abusifs. Elle entendait comme abusif le fait d'imposer un délai de règlement supérieur au délai de principe de 30 jours et ce, sans raison objective.

La CEPC n'était, toutefois, pas en faveur d'une modification législative mais préconisait une détermination des délais de paiement abusifs par secteurs d'activité, en négociation entre les organisations professionnelles de chaque filière.

C'est notamment dans ce cadre qu'un accord a été adopté le 24 janvier 2007 dans la filière automobile afin de réduire, de manière progressive, les délais de paiement.

Pour autant, une telle négociation interprofessionnelle ne s'est pas généralisée.

### **2) La mise en place de délais maximaux de paiement dans certains secteurs**

## 2.1. Le secteur des transports

La loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, a introduit, au sein de l'article L. 441-6 du Code de commerce, un délai maximal de paiement de trente jours à compter de la date d'émission de la facture pour : « *les transports routiers de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane* »

Le non respect de ce texte étant sanctionné d'une amende pouvant s'élever à 15 000 €uros, il a été rapidement pris en considération.

## 2.2. Le secteur des denrées alimentaires, du bétail sur pied et des boissons alcooliques

- Un délai maximal de paiement de « *trente jours après la fin de la décade de livraison* » a été instauré pour les livraisons de denrées périssables.

L'article L.443-1 du Code de commerce précise les denrées qui sont considérées comme périssables :

- produits alimentaires périssables ;
- viandes congelées ou surgelées ;
- poissons surgelés ;
- plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables à l'exception des achats de produits saisonniers visés aux articles L.326-1 à L.326-3 du Code rural pour lesquels une liberté de négociation des délais de paiement a été maintenue.

- En vertu du même article L 443-1 du Code de commerce, le délai maximal de paiement prévu pour les achats de bétail sur pied destinés à la consommation et de viandes fraîches dérivées est, quant à lui, de vingt jours après le jour de livraison.

- Plusieurs délais maximaux ont été instaurés en matière de boissons alcooliques et sont repris à l'article L 443-1 du Code de commerce.

- Un délai maximal de paiement de « *trente jours après la fin du mois de livraison* » pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévues à l'article 403 du CGI (savoir les alcools dits « forts »).

- Un délai maximal de paiement de soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de raisins et de moûts destinés à l'élaboration de vins ainsi que de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du CGI (savoir vins mousseux, champagne...). Ce délai s'applique à défaut d'accords interprofessionnels rendus obligatoires par voie réglementaire et a été réduit conformément à la loi LME (cf infra).

- En cas de non respect par le professionnel des obligations prévues par l'article L. 443-1 du Code de commerce, le professionnel encourt une amende pouvant atteindre 75 000 €uros.

## **3) Les marchés publics**

Un décret, entré en vigueur le 29 avril 2008, a instauré un délai maximum de paiement dans les marchés publics lorsque la personne publique se trouve en position d'acheteuse.

Le décret a été codifié au sein du Code des marchés publics en son article 98.

Ainsi, depuis cette date, les délais de paiement maxima autorisés sont les suivants :

- Trente jours pour l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et autres que ceux mentionnés au 3° ;
- Quarante-cinq jours pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux autres que ceux mentionnés au 3° ;
- Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées.

Le non-respect de ces délais ouvre de plein droit et sans formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Le régime des marchés publics ouvrirait la voie à une généralisation de la réduction.

#### **4) La loi LME du 4 août 2008 ou la volonté affichée de rejoindre la moyenne européenne de 57 jours**

##### **4.1. La réduction légale du délai maximum**

La loi de modernisation de l'économie, dite LME, prévoit en son article 21 une réduction des délais de paiement.

Ainsi, le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues, pour les produits et services non visés par des textes spéciaux (cf supra 2 et 3), ne pourra pas dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs, pourront décider conjointement de réduire le délai de paiement en dessous de ce nouveau seuil et de proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services demandée comme point de départ de ce délai et non la date d'émission de la facture. Les accords conclus par les organisations professionnelles pourront être étendus à l'ensemble des entreprises du secteur par décret.

La loi prévoit, également, la possibilité de dérogations exceptionnelles pour une durée limitée, afin de tenir compte des spécificités sectorielles et de permettre une bonne application de cette réforme. En effet, un accord interprofessionnel peut définir un délai de paiement maximum, supérieur au seuil fixé par la loi, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

- le dépassement du délai légal devra être motivé par des raisons économiques objectives et spécifiques à ce secteur (notamment, en raison des délais de paiement constatés dans le secteur en 2007 ou de la situation particulière de rotation des stocks) ;
- l'accord devra prévoir la réduction progressive du délai dérogatoire vers le délai légal ;
- la durée de l'accord ne devra pas dépasser le 1<sup>er</sup> janvier 2012 ;
- l'accord devra être reconnu, comme satisfaisant ces conditions, par décret pris après avis du Conseil de la concurrence

Un tel accord dérogatoire a notamment été adopté par les professionnels du bricolage et du jouet.

Par ailleurs, la loi prévoit de porter le taux minimal des pénalités de retard fixé par les parties de 1,5 fois le taux d'intérêt légal à 3 fois ce taux.

A défaut de convention entre les parties, le taux de pénalités de retard serait égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré non plus de 7 points, mais de 10 points.

Enfin, par principe et sauf clause contraire, le délai légal de paiement reste fixé à trente jours à compter de la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation et ce, depuis la loi NRE (cf supra 1).

#### 4.2. Application de ce nouveau dispositif dans le temps et dans l'espace

Sauf pour ce qui concerne ainsi la possibilité de dérogations exceptionnelles par accords professionnels, le nouveau délai maximum de règlement est applicable aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et, pour les commandes ouvertes, aux appels de commande postérieurs à cette date.

Par ailleurs, ce texte étant d'ordre public, le dispositif est, naturellement, applicable lorsque le droit français est applicable à la relation.

En outre, il est envisageable qu'elle soit reconnue comme étant une loi de police et soit, de ce fait, appliquée par une juridiction française alors même que le droit français ne serait pas applicable. De nouveaux développements, notamment jurisprudentiels, sont attendus sur ce sujet dans les prochaines semaines.

#### 4.3. Sanction

Tout délai de règlement supérieur au délai maximal prévu par le présent projet de loi sera considéré comme abusif et donc susceptible d'entraîner la responsabilité civile de celui qui l'aurait ainsi fixé, ce qui lui pourrait lui faire encourir une amende civile d'un montant maximum de deux millions d'euros.

Par ailleurs, les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes devront publier des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients suivant des modalités fournies par décret.

En outre, ces informations feront l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes qui l'adressera au Ministre de l'Économie (DGCCRF) s'il apparaît des manquements significatifs et répétés aux nouvelles dispositions.

Le décret est attendu pour préciser les conditions de cette « information ». Dans l'immédiat, il est étonnant de constater que le dispositif est nettement alourdi au détriment des sociétés dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes.

#### 4.4. Conséquences de la réduction

La réduction des délais de paiement sera loin d'être anodine pour les acteurs économiques.

Elle conduira indéniablement à harmoniser les délais de paiement en permettant d'éviter des discriminations à l'égard de certains partenaires économiques, à renforcer la compétitivité des entreprises françaises et à permettre aux créanciers de réaliser d'importants gains de trésorerie.

Toutefois, il convient de s'assurer que cette réduction des délais de paiement ne favorise pas démesurément les acheteurs jouissant d'une grande puissance économique, lesquels seront tentés d'imposer, en contrepartie, une réduction des prix d'achat et ce, dans le but de compenser le déséquilibre de leur trésorerie.

A l'inverse, les distributeurs, dont l'activité nécessite d'avoir un stock conséquent et dont la rotation des produits est longue, tels que les libraires, pourraient se voir contraindre d'emprunter afin de pouvoir honorer leurs factures d'achat dans les délais imposés. Leur dette en serait augmentée d'autant, ce qui freinerait le développement de leur activité et la création d'emplois. Par là même, ils pourraient se voir contraints d'augmenter les prix, ce qui aurait un impact direct sur le consommateur final.

Pour pallier cet effet vicieux d'un dispositif pourtant vertueux, les fournisseurs pourraient subir une pression accentuée pour approvisionner les magasins en flux tendus...ou être tentés d'échapper à une disposition française.

Une attention toute particulière devra donc être accordée à la mise en œuvre de ce nouveau dispositif, notamment dans le contexte économique actuel qui n'avait pas pu être pris en compte, à sa juste mesure, dans le cadre des débats parlementaires.

## Contentieux, Arbitrage, Médiation

### ➤ Baux commerciaux : cas d'une indemnité d'éviction

**En cas de congé avec offre de paiement d'une indemnité d'éviction, le locataire n'est pas tenu par la prescription de deux ans.**

L'article L.145-9 du Code de Commerce prévoit en son dernier alinéa :

*« Le congé donné par acte extrajudiciaire doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné et indiquer que le locataire qui entend soit contester le congé soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit, à peine de forclusion, saisir le Tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné ».*

Il s'agit donc du cas où un congé est donné par le bailleur qui envisage de négocier un nouveau bail, dans un local différent ou pour un loyer différent.

La procédure est fréquente, notamment dans les baux commerciaux des Centres Commerciaux.

Le bailleur délivre congé et prend le temps de la négociation avec son locataire, négociation qui excède souvent deux ans. Pendant ce temps, le locataire ne lance pas un procès en fixation et paiement d'une indemnité d'éviction : il négocie.

Prend-il le risque de se voir opposer la forclusion de deux ans prévue par l'article L.145-9 du Code de Commerce ?

Si la réponse est nécessairement positive lorsque le congé ne comporte pas d'offre d'indemnité d'éviction, il n'en va pas de même lorsqu'il y a une offre en présence telle que cette dernière. La jurisprudence considère, de façon constante depuis 1985, qu'en offrant le paiement de l'indemnité dans le congé, le bailleur a reconnu nécessairement le droit du locataire à l'obtenir.

Il ne peut pas y avoir de forclusion à un droit offert.

Le locataire peut donc, dans ce cas, négocier sans crainte de se voir opposer la forclusion.

Si le congé n'a pas visé d'offre d'indemnité d'éviction, l'article L.145-9 du Code de Commerce s'applique et la forclusion sera opposable au locataire après le délai de deux ans de la date pour laquelle le congé est donné.

## Droit Social

### ➤ Licenciement économique : périmètre de reclassement

Selon l'article 1233-4 du Code du travail, l'employeur qui projette de licencier des salariés pour motif économique doit leur proposer tous les postes disponibles correspondant à leur catégorie professionnelle et à défaut ceux des catégories inférieures tant dans l'entreprise que dans le groupe, y compris, selon la jurisprudence, à l'étranger dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi des salariés étrangers.

Dans un arrêt du 24 juin 2008, la Cour de cassation avait considéré que l'employeur ne respectait pas son obligation de reclassement en se basant sur la volonté présumée des salariés pour limiter ses recherches (*Cass. Soc. 24 juin 2008 n° 06-45.870 FB-PB*).

En l'espèce, des salariés en poste à Lyon avaient refusé leur reclassement à Paris. Par la suite, l'employeur ne leur avait pas proposé des postes disponibles à l'étranger, considérant qu'ils avaient ainsi manifesté leur volonté de ne pas s'éloigner de la région lyonnaise.

Plus récemment, la Cour de cassation, tout en confirmant qu'un employeur ne peut se fonder sur la volonté présumée d'un salarié, a considéré qu'il peut en revanche tenir compte des souhaits émis par celui-ci.

En l'espèce, une salariée menacée de licenciement avait refusé une première proposition de reclassement en expliquant que pour des raisons familiales, elle ne souhaitait pas s'éloigner de son domicile. Conformément à ses souhaits, l'employeur a, ensuite, limité ses recherches en fonction du périmètre défini par la salariée et en l'absence de poste disponible en rapport avec les compétences de l'intéressée, a prononcé son licenciement.

La salariée a contesté celui-ci en considérant le manque de loyauté de l'employeur faisant valoir qu'il ne lui avait pas proposé tout emploi disponible équivalent à celui qu'elle occupait.

A tort selon la Cour de cassation qui a confirmé la décision de la Cour d'appel. Ainsi, la Cour d'appel qui ne s'est pas fondée sur une volonté présumée de la salariée, a pu déduire que l'employeur n'a pas manqué à son obligation de reclassement en constatant que d'une part, dans le cadre de l'exécution de son obligation de reclassement, l'employeur avait proposé un poste à la salariée, que celle-ci avait refusé en invoquant son souhait pour des raisons familiales de ne pas s'éloigner de son domicile pour l'exercice de son activité professionnelle et, d'autre part, que l'employeur qui avait fait des recherches dans ce périmètre géographique

justifiait de l'absence de poste disponible en rapport avec les compétences de l'intéressée. (*Cass. Soc. 13 novembre 2008 Boncristiano c/Sté Créditpar n° 06-46.227*).

### ➤ **Clause de non concurrence : versement de la contrepartie financière à un salarié partant à la retraite**

Un salarié, reprochant à son employeur la modification de son contrat de travail et des discriminations de salaire, a saisi le Conseil de Prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail.

N'obtenant pas gain de cause, il a fait appel de la décision et parallèlement a pris acte de la rupture de son contrat de travail et fait valoir ses droits à la retraite. Son contrat de travail prévoyant une clause de non concurrence, le salarié a demandé à son employeur de lui verser la contrepartie financière.

Dans un premier temps, la Cour d'appel a rejeté cette demande, considérant qu'un salarié partant à la retraite, n'est pas en situation de recherche d'emploi. A tort selon la Cour de cassation qui a considéré que l'obligation de paiement de l'indemnité compensatrice de non concurrence qui est liée à la cessation d'activité du salarié, au respect de la clause de non concurrence et à l'absence de renonciation de l'employeur, ne peut être affectée par des circonstances de la rupture du contrat de travail et la possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle.

Autrement dit, la contrepartie est due, même si le retraité n'a, a priori, plus l'intention d'exercer une activité professionnelle (*Cass. Soc. 24 septembre 2008 n° 07-40.098 P + B*).

### ➤ **Projet de loi en faveur de l'épargne salariale (adoption le 27 novembre 2008)**

Le projet de loi en faveur de l'épargne salariale, adopté le 27 novembre dernier, comporte trois parties : une partie relative à l'épargne salariale, une partie relative aux négociations salariales et une partie relative au SMIC.

Parmi les dispositions ayant trait à l'épargne salariale, il convient de noter les mesures suivantes :

- les salariés, qui sont bénéficiaires de la participation aux résultats de l'entreprise, auront la possibilité d'opter chaque année entre le blocage et le versement immédiat de leurs droits, lequel pourra donc intervenir dès la répartition de la réserve ;
- le développement de l'intéressement dans les entreprises sera encouragé par l'octroi d'un crédit d'impôt aux entreprises versant des primes d'intéressement en vertu d'un nouvel accord ou d'un avenant à un accord conclu entre la date de publication de la loi et le 31 décembre 2014, dans la limite de 20% desdites primes en cas de premier accord ou de l'augmentation de celles-ci en cas d'avenant ;

- les entreprises, concluant un accord d'intéressement ou modifiant celui en vigueur au plus tard le 30 juin 2009, pourront verser à leurs salariés une prime exceptionnelle de 1500 euros maximum jusqu'au 30 septembre 2009, prime bénéficiant du même régime social que les primes versées dans le cadre d'un accord d'intéressement ;
- les accords d'intéressement pourront être renouvelés par tacite reconduction s'ils le prévoient.
- les PERCO pourront être mis en place par décision unilatérale de l'employeur et non plus seulement par voie d'accord collectif.

S'agissant des négociations salariales, il est notamment prévu d'inciter les entreprises à respecter leur obligation de négociation annuelle sur les salaires. Il s'ensuit que celles n'observant pas cette obligation supporteront une réduction, voire la suppression, de certains allègements de cotisations patronales.

Enfin, pour ce qui est du SMIC, il sera, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010, revalorisé au 1<sup>er</sup> janvier et non plus au 1<sup>er</sup> juillet de chaque année, étant précisé qu'un groupe d'experts sera chargé de se prononcer sur cette évolution.

Le projet de loi devrait être promulgué et publié dans les prochaines semaines.

### ➤ Nouveaux formulaires pour les procès-verbaux des élections professionnelles

Un Décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008 a déterminé les modalités de recueil et de consolidation des résultats aux élections professionnelles. Ces résultats doivent servir à fixer la liste des organisations syndicales reconnues représentatives par branche professionnelle et des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel.

Aussi, le décret fait obligation à l'employeur de transmettre un exemplaire du procès-verbal des élections des délégués du personnel, comité d'entreprise, délégation unique du personnel selon le cas ou un exemplaire du procès-verbal de carence au prestataire agissant pour le compte du Ministre chargé du travail. L'opérateur désigné est le SMSI, LEBOURG, 15220 SAINT MAMET – LA SALVETA.

A cet effet, les nouveaux formulaires CERFA de saisie des résultats des élections ainsi qu'une notice ont été élaborés. Ainsi, pour chaque mandat électif, les procès-verbaux devront donc être remplis en trois exemplaires. L'employeur devra transmettre, dans les 15 jours suivants l'élection, outre, un exemplaire à l'opérateur ci-dessus désigné, deux exemplaires à l'Inspecteur du travail compétent.

La transmission des procès-verbaux des résultats des élections devra s'effectuer globalement à l'issue de l'élection pour l'ensemble des collèges et des deux tours et non séparément après chaque tour. En toute hypothèse, les résultats du premier tour devront être renseignés même si le quorum n'a pas été atteint.

Vous pouvez nous faire part de vos remarques et suggestions à l'adresse : [breves@lamy-lexel.com](mailto:breves@lamy-lexel.com)

**Retrouvez d'autres informations économiques et fiscales (taux, indices...) ainsi que les anciennes brèves archivées sur : <http://www.lamy-lexel.com>**