

Brèves Lamy Lexel Juin 2009

Droit des Affaires

➤ **Pénalités de retard dues par le titulaire d'un marché public : Cour Européenne - 29 décembre 2008 - n° 296930**

Le Conseil d'Etat opère un revirement de jurisprudence et a jugé que, à l'instar des marchés privés et du pouvoir du juge judiciaire de modérer ou d'augmenter les pénalités manifestement excessives ou dérisoires dues au titre d'une clause pénale et ceci en application des dispositions de l'article 1152 du Code Civil, **le juge administratif peut lui aussi réduire le montant de la clause pénale.**

Dans l'arrêt susvisé, il est vrai que le cocontractant retardataire devait un total de 56,2% du marché global au titre des pénalités de retard...

➤ **Obligation de reprise des relations contractuelles en cas de rupture abusive : Cour d'Appel de Paris - 28 janvier 2009 - n° 08-17748**

Un fournisseur d'acier, lié par un contrat annuel à un client, avec des prix fixés pour l'année, invoque la flambée des prix du minerai de fer pour augmenter unilatéralement ses prix de 30 % en cours d'année.

Le client refuse cette hausse et le fournisseur cesse dès lors toute livraison.

La Cour d'Appel de Paris, statuant en référé, ordonne au fournisseur de reprendre les relations contractuelles qu'il avait cessées de manière illicite.

La Cour souligne qu'**une partie ne peut modifier unilatéralement les conditions d'un contrat**, serait-ce au motif d'un changement des circonstances économiques.

Ainsi, même en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés a la possibilité de prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, et dont fait partie la poursuite d'un contrat.

Droit des Sociétés

➤ Cession de parts sociales : défaut d'écrit et manquement à l'obligation de délivrance

Dans un arrêt en date du 07 avril 2009, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation est venue préciser que, **en l'absence de tout écrit signé par les parties** et constatant la cession des parts sociales, le cédant avait **manqué à son obligation de délivrance**.

En l'espèce, le cédant a cédé au cessionnaire ses parts sociales dans une société à responsabilité limitée (SARL). Toutefois, aucun écrit n'a été rédigé entre eux. Le cédant a seulement fourni au cessionnaire la quittance de paiement du prix des parts litigieuses cédées. Le cessionnaire a alors assigné le cédant en **remboursement de la somme versée et en paiement de dommages et intérêts**.

Le cédant faisait valoir le fait qu'il avait remis au cessionnaire une quittance du paiement du prix des parts sociales, ce qui, à son sens, valait constatation écrite de la cession. Il ajoutait qu'il appartenait à la partie la plus diligente d'inviter l'autre à l'établissement de l'écrit et qu'il n'avait reçu aucune mise en demeure du cessionnaire en ce sens.

La Cour de Cassation a refusé de considérer que la quittance du paiement du prix des parts puisse être assimilée à l'acte de cession lui-même. De même, elle n'a pas considéré que le cessionnaire devait adresser au cédant une mise en demeure en vue de la rédaction d'un écrit.

La Cour fait ici une application stricte de l'article L. 221-14 du Code de Commerce (qui concerne les sociétés en nom collectif mais qui est applicable par renvoi aux SARL) et selon lequel « *la cession de parts sociales doit être constatée par écrit* ». En effet, celui-ci est nécessaire pour que la cession soit opposable à la société, l'acte de cession devant lui être signifié, et à l'égard des tiers, l'acte de cession devant également faire l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés.

La Cour de Cassation a donc confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel de Colmar et prononcé la résolution de la cession pour manquement du cédant à son obligation de délivrance en vertu de l'article 1610 du Code Civil, **l'acte de cession étant seul à même de permettre au cessionnaire d'apparaître comme le titulaire des droits sociaux au regard de la société et des tiers**.

➤ La rémunération des dirigeants des entreprises publiques ou des entreprises aidées par l'Etat

Le décret n° 2009-348 du 30 mars 2009, complété par la loi n° 2009-431 et le décret n° 2009-445 du 20 avril 2009, est venu encadrer la rémunération des dirigeants des entreprises publiques ou des entreprises aidées par l'Etat (banques et entreprises de la filière automobile).

Le dispositif mis en place est **applicable jusqu'au 31 décembre 2010**, mais, selon le communiqué de presse du Premier ministre, pourra être « *prolongé si cela est nécessaire* ».

Ce dispositif prévoit, outre la conclusion d'une convention avec l'Etat (ou la Société de Prise de Participations de l'Etat), l'interdiction d'un certain nombre de pratiques (octroi de stock-options ou d'actions gratuites au profit des dirigeants) et l'obligation faite au Conseil d'Administration (ou au Conseil de Surveillance), s'agissant des **éléments variables de la rémunération**, de les autoriser pour une période déterminée (laquelle ne peut excéder un an) et en **fonction de critères de performances quantitatifs et qualitatifs préétablis** qui ne doivent pas être liés au cours de bourse. En outre, interdiction est faite d'attribuer ou de verser ces éléments de rémunération variable si la situation de l'entreprise la conduit à procéder à des « *licenciements de forte ampleur* ».

Un **système de suivi et de contrôle**, via le Ministère de l'Economie et l'AMF, est mis en place.

De plus, l'encadrement des rémunérations des dirigeants des autres entreprises a été précisé par une lettre des Ministres de l'Économie et du Travail. Afin d'éviter « *des erreurs de comportement de certains dirigeants d'entreprise qui, tout en recourant à des plans sociaux d'ampleur ou à du chômage partiel massif, continuent à bénéficier d'éléments de rémunération disproportionnés, sous forme notamment de rémunération variable* », la lettre susvisée invite l'AFEP et le MEDEF à **instaurer un « comité des sages »**.

Ce comité, constitué en mai et dont la compétence semble se limiter aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, aura pour fonctions de (i) **répondre aux interrogations des mandataires sociaux** sur les dispositions à prendre lorsqu'ils sont confrontés à de telles situations ; (ii) **adresser**, sur son initiative ou sur saisine par les Conseils d'Administration ou les Assemblées Générales, chaque fois que nécessaire, **une recommandation aux mandataires sociaux** intéressés.

Contrats, Concurrence et Distribution

➤ Agence commerciale : un aperçu de la jurisprudence récente

- **Cour de Cassation, chambre commerciale - 3 mars 2009 : la mise en œuvre du commissionnement indirect**

A la rupture de son contrat, un agent a assigné son mandant en paiement d'un rappel de commissions. En effet, l'agent considérait que l'un des clients de son mandant, une centrale d'achat, était situé dans son secteur et que, conformément à l'article L.134-6 du Code de Commerce, il avait droit à une commission pour les opérations réalisées avec ce client.

Situé à Paris, le siège social de la centrale d'achat n'était pas localisé sur le secteur de l'agent. En revanche, l'une de ses plates-formes logistiques y était installée.

La Cour de Cassation a jugé que « *lorsque le client est une personne morale, il faut rechercher le lieu de ses activités commerciales effectives pour déterminer si ce client appartient ou non au secteur dévolu à l'agent.* »

En l'espèce, le client avait comme seules activités commerciales celles de l'établissement situé dans le secteur de l'agent commercial où avaient été commandés et livrés les produits. Par conséquent, l'agent avait droit au commissionnement indirect pour ces opérations.

Une **définition précise dans le contrat du secteur confié à l'agent** est donc vivement recommandée.

- **Cour de Cassation, chambre commerciale - 10 février 2009 : fixation de l'indemnité de l'agent et clients préexistants**

Un mandant avait développé une clientèle sur un secteur avant de le confier à l'agent. Était donc insérée dans le contrat une clause précisant que « *l'agent aurait droit à une indemnité de clientèle pour la part lui revenant personnellement dans l'importance en nombre et en valeur dans la clientèle apportée, créée ou développée par lui* ».

La Cour d'Appel de Rennes puis la Cour de Cassation ont jugé que « *l'indemnité prévue par l'article L.134-12 du Code de Commerce a pour fonction de réparer le préjudice subi par l'agent commercial du fait de la rupture du contrat et il doit être tenu compte à cet égard de tous les éléments de la rémunération de l'agent pendant l'exécution du contrat, sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle provient de clients préexistants au contrat ou au contraire apportés par l'agent* »

Cet arrêt confirme que **l'indemnité de fin de contrat n'est pas une indemnité de clientèle, mais une indemnité compensatrice du préjudice subi du fait de la rupture**, et que toute clause qui serait contraire à la réglementation applicable serait donc nulle.

Il convient donc de bien anticiper les conséquences de cette réglementation afin de construire une relation économique équilibrée, en distinguant les taux de commission par exemple.

Droit Social

➤ **L'activité partielle de longue durée (Décret n°2009-478 - 29 avril 2009)**

Le décret 2009-478 du 29 avril 2009 a fixé le nouveau régime de « l'activité partielle de longue durée » visant à **permettre une meilleure indemnisation des salariés subissant une réduction d'activité en dessous de la durée légale du travail pendant une longue période.**

Il fait suite à une convention conclue entre l'Etat et l'Unédic le 15 avril 2009, prévoyant la mise en place, face aux difficultés économiques rencontrées par les entreprises, d'un dispositif d'activité partielle de longue durée, alternatif au chômage partiel, fonctionnant sur la base de

conventions conclues avec les branches professionnelles ou les entreprises jusqu'au 31 décembre 2009.

Elle définit par ailleurs les modalités de recouvrement de la participation financière du régime d'assurance chômage à ces conventions d'activité partielle, dont le montant pour 2009 est de 150 millions d'euros.

Le nouveau régime de l'« activité partielle de longue durée », financé partiellement par l'Etat et l'Unédic, **se substitue ainsi à l'ancien dispositif du « temps réduit indemnisé de longue durée »**.

- **La convention d'activité partielle**

L'application du dispositif est subordonnée à la conclusion d'une convention entre une organisation professionnelle ou interprofessionnelle ou une entreprise et le ministre chargé de l'emploi ou le préfet ou, par délégation de celui-ci, par le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Les conventions d'activité partielle permettront d'indemniser les salariés en activité partielle subissant une réduction d'activité en dessous de la durée légale pendant une période de longue durée, dans la limite du contingent annuel d'heures indemnissables, pour une période de trois mois minimum renouvelable, sans que la durée totale de la convention ne puisse excéder douze mois.

- **L'allocation complémentaire d'activité partielle**

Pendant la durée de la convention d'activité partielle, l'employeur versera à ses salariés une garantie d'indemnités horaires égale à 75% de la rémunération horaire brute.

L'entreprise percevra une allocation complémentaire de :

- 1.90 € par heure indemnisée, prise en charge par l'Etat sur les 50 premières heures ;
- 3.90 € par heure indemnisée, prise en charge par l'Unédic au-delà de la 50^{ème} heure.

Cette allocation viendra **en complément de l'actuelle allocation spécifique de chômage partiel** dont le montant s'élève à 3.84 € pour les entreprises d'au plus 250 salariés et à 3.33 € pour les autres.

- **Contreparties à la charge des employeurs**

En contrepartie des allocations complémentaires d'activité partielle versées par l'Etat et l'Unédic, les entreprises s'engagent à **maintenir les salariés dans l'emploi pendant une « durée équivalente au double de celle de la convention d'activité partielle »**.

Par ailleurs, l'employeur remboursera, le cas échéant, les sommes perçues pour chaque salarié subissant une réduction d'activité et dont le contrat est rompu pendant cette période pour motif économique, départ ou mise à la retraite dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Enfin, l'employeur s'engage à proposer aux intéressés **un entretien de professionnalisation** en vue notamment d'examiner les actions de formation ou de bilans qui pourraient être engagées dans la période d'activité partielle.

➤ **L'Inspecteur du travail compétent pour le règlement intérieur unique d'une entreprise avec plusieurs établissements (Circulaire de la Direction Générale du Travail, n° 2009-09 - 17 avril 2009)**

Une circulaire de la Direction générale du travail (DGT) du 17 avril 2009 précise **la compétence territoriale de l'Inspecteur du travail saisi d'un règlement intérieur unique.**

Si l'article L. 1321-4 du Code du Travail prévoit que le règlement intérieur doit être communiqué à l'Inspecteur du travail, il ne précise néanmoins pas si l'Inspecteur compétent est celui de l'établissement ou du siège de l'entreprise.

Or, la circulaire DRT n° 5-83 du 15 mars 1983 et la jurisprudence constante du Conseil d'Etat avaient adopté deux positions contraires sur ce point. En effet, selon la première, c'est l'Inspecteur du travail compétent pour l'établissement qui doit se prononcer, après avoir recueilli les observations de l'Inspecteur du travail du siège social. Le Conseil d'Etat considère pour sa part que seuls l'Inspecteur du lieu du siège social et le directeur régional dont il dépend sont compétents pour connaître de la validité d'un tel règlement (CE, 22 avril 1998, n°85.139).

La nouvelle circulaire, tirant les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat, met à jour celle de 1983 sur ce point et précise que **l'Inspecteur du travail du siège de l'entreprise est compétent pour apprécier la validité du règlement intérieur.**

La circulaire précise, par ailleurs, les modalités du **contrôle administratif.**

- Lorsque l'Inspecteur du travail compétent sur un établissement est saisi d'un règlement intérieur ou d'une note de service, il doit s'assurer auprès de la direction de l'établissement :
 - **de l'origine et du champ d'application de la ou des mesures édictées**, afin d'établir ou de décliner sa compétence. En effet, certains établissements insèrent directement dans leur règlement intérieur des consignes émanant du siège pour tous les établissements ;
 - que l'établissement ne présente pas, au regard des articles L. 1321-1 à L. 1321-3 du Code du Travail, des particularités exigeant l'édition de dispositions propres.

Après avoir effectué ces vérifications, s'il apparaît que le document est un règlement intérieur unique, l'Inspecteur du travail doit le transmettre pour attribution, sans délai, à l'Inspecteur du travail du siège de l'entreprise, ainsi que ses observations, notamment quant à la consultation du CHSCT sur les matières relevant de sa compétence.

- Lorsque l'Inspecteur du travail du siège est directement saisi d'un règlement intérieur unique, il lui appartient, avant de statuer, de solliciter les Inspecteurs du travail des établissements respectifs afin de recueillir leurs observations et de s'assurer que le CCE et les CHSCT ont bien été consultés sur les matières relevant de leur compétence.

➤ **Les primes discrétionnaires soumises au principe « à travail égal, salaire égal » (Cour de Cassation, chambre sociale - 30 avril 2009, n° 07-40.527)**

Un salarié, analyste financier, bénéficiait, à l'instar de ses collègues de travail, d'une prime variable, qualifiée par l'employeur, de « prime exceptionnelle », « prime de résultats » ou « bonus », et fixée discrétionnairement par celui-ci.

A la différence des autres salariés de son service, ce salarié vit sa prime diminuer progressivement d'année en année, avant qu'elle ne soit finalement supprimée par l'employeur.

Ayant été licencié, il réclame un **rappel de salaire au titre de son « bonus », dénonçant une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal ».**

La Cour d'Appel de Paris déboute le salarié de sa demande au motif que « *contrairement à une prime résultant d'un engagement unilatéral de l'employeur ou d'un usage d'entreprise, accordé selon des conditions précises, cette prime était purement discrétionnaire ; il était par suite vain de chercher à appliquer le principe « à travail égal, salaire égal »* ».

Cet arrêt a été censuré par la Cour de Cassation.

En effet, la Haute Juridiction rappelle qu' « *il appartient à l'employeur d'établir que la différence de rémunération constatée entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale est justifiée par des **éléments objectifs et pertinents** que le juge contrôle* ».

Elle ajoute qu'en l'espèce l'employeur ne pouvait dès lors « *opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente une différence de rémunération* ».

Il s'ensuit qu'une **prime dont le montant est laissé à la libre appréciation de l'employeur n'échappe pas au contrôle du juge** et doit reposer sur des éléments objectifs, pertinents et matériellement vérifiables, l'employeur ne pouvant opposer son pouvoir discrétionnaire au principe « à travail égal, salaire égal ».

➤ **Le salarié dispensé de préavis a droit à des jours de RTT (Cour de Cassation, chambre sociale - 8 avril 2009, n° 07.44.068)**

Un salarié, licencié pour insuffisance professionnelle, a été dispensé par l'entreprise d'exécuter son préavis. Il saisit le Conseil de Prud'hommes et demande notamment **un rappel des jours de RTT relatifs à la période de préavis.**

La Cour d'Appel de Chambéry a rejeté la demande du salarié, au motif que « *si, aux termes de l'accord de 35 heures, certaines absences étaient assimilées à du temps de travail effectif, tel n'était pas le cas du préavis rémunéré mais non effectué* ». Ainsi, selon les juges du fond, le salarié dispensé de préavis n'avait acquis aucun jour de RTT au cours de cette période et ne pouvait, en conséquent, prétendre au paiement d'un rappel de RTT.

Cette argumentation n'a pas été retenue par la Cour de Cassation, laquelle a considéré que :

« Attendu que la dispense de l'exécution du préavis par l'employeur n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçu s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, qu'il s'en déduit que l'employeur ne peut priver le salarié du bénéfice des jours de RTT auxquels celui-ci aurait pu prétendre s'il avait travaillé durant le préavis ».

La Haute Juridiction précise ainsi, pour la première fois, dans cet arrêt du 8 avril 2009, que **le salarié a droit, au titre des mois de préavis dont il est dispensé, aux jours de réduction du temps de travail.**

Vous pouvez nous faire part de vos remarques et suggestions à l'adresse : 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>