

Brèves Lamy Lexel Septembre 2009

Droit des Affaires

➤ **Loi sur les services touristiques et baux commerciaux (Loi n° 2009-888 du 12 juillet 2009)**

La loi de développement et de modernisation des services touristiques en date du 22 juillet 2009 engendre des incidences importantes sur les baux commerciaux.

Prenant en considération la crise économique sévère qui touche les réseaux d'agences de voyages, l'article 3-II de ladite loi prévoit que, pendant une durée de trois ans à compter de sa promulgation, et par dérogation aux dispositions de l'article L.145-47 du Code de Commerce, le locataire titulaire d'une licence d'agent de voyages pourra adjoindre aux activités prévues dans le bail toute activité présentant un lien avec la vente de voyages et de séjours.

L'activité nouvelle devra être compatible toutefois avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble.

Le propriétaire des locaux devra être préalablement informé par lettre recommandée avec accusé de réception de cette déspecialisation de droit.

Le bénéfice de cette mesure s'étend à l'acquéreur du droit au bail.

Lamy Lexel

➤ **Privilège du bailleur d'immeuble (Cour de Cassation, 3ème chambre civile - 24 juin 2009 - n° 08-14357)**

En garantie du paiement du loyer, le bailleur d'un immeuble bénéficie d'un privilège spécial sur le prix de tout ce qui garnit le local loué (article 2332 1° du Code Civil).

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 24 juin 2004, a rappelé le principe selon lequel le privilège du bailleur porte sur tous les meubles garnissant le local, même s'ils appartiennent à un tiers, sauf à ce que le bailleur connaisse l'origine de ces meubles. Elle a également précisé que le bailleur pouvait valablement exercer son droit même sur des marchandises vendues au locataire avec une clause de réserve de propriété.

La bonne foi du bailleur étant présumée, c'est au propriétaire revendiquant les meubles de prouver que le bailleur connaissait leur origine au moment de leur introduction dans les lieux loués.

➤ **Concurrence déloyale par détournement de clientèle (Cour d'Appel de Paris - 11 mars 2009 - n° 0614616)**

Un fournisseur de matériel informatique allemand avait, de manière soudaine, modifié les conditions de paiement appliquées à la société française qui commercialisait ses produits sur le territoire national, arguant du fait qu'il avait eu connaissance d'informations mettant en cause la solvabilité de son distributeur.

La Cour d'Appel de Paris, dans son arrêt du 11 mars 2009, a jugé que le fournisseur avait commis des actes de concurrence déloyale au motif que la modification des délais de paiement avait été décidée sans négociation préalable et sans que le distributeur puisse répercuter cette modification sur sa propre clientèle, ceci alors même qu'aucune information relative à la dégradation de la situation financière de l'entreprise française n'ait été émise.

Par cette modification des conditions de paiement applicables à son distributeur, le fournisseur s'est rendu coupable d'actes de concurrence déloyale, écartant la société française du marché et captant la clientèle de cette dernière, en la démarchant directement et bénéficiant ainsi, sans aucun coût, de l'investissement commercial effectué par le société française.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

Droit des Sociétés

➤ Nouvelles recommandations concernant les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées

L'encadrement de la rémunération des dirigeants des sociétés cotées a fait l'objet, au mois de juillet, de toutes les attentions.

Dans un premier temps, l'Autorité des Marchés Financiers a rendu public son rapport dressant le bilan de l'application des recommandations du MEDEF et de l'AFEP sur ce sujet (cf. Brèves Lamy-Lexel de novembre 2008).

Après avoir constaté, sur un échantillon de sociétés cotées, qu'un effort significatif de transparence avait été réalisé par ces dernières pour présenter une information précise, claire et individualisée sur les différents éléments de rémunération des dirigeants, l'AMF a introduit de nouvelles pistes de réflexion et a formulé plusieurs recommandations afin d'améliorer l'information donnée par les sociétés et l'application du code AFEP/MEDEF, au titre desquelles apparaissent notamment :

- **la centralisation de l'information** et des tableaux dans la partie du document de référence relative à la rémunération des dirigeants et l'utilisation de tableau récapitulatif des rémunérations perçues par les mandataires sociaux (contrat de travail, indemnités de départ et de non-concurrence, régime de retraite à prestations définies, etc.) ;

- l'insertion de mentions explicites dans le document de référence et, notamment, **l'engagement *a minima* d'examiner les cas de cumul** d'un contrat de travail et d'un mandat social lors du renouvellement des mandats ;

- la publication d'une information individuelle et complète sur les droits potentiels ouverts dans le cadre des **régimes de retraite supplémentaires** ;

- la définition précise et explicite des **critères qualitatifs utilisés pour la détermination de la partie variable de la rémunération**, sauf cas particuliers où la société mentionne explicitement que, pour des raisons de confidentialité, certains critères non publics ont été préétablis et définis de manière précise.

La rémunération des dirigeants des sociétés cotées a également intéressé la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale qui a adopté un rapport formulant seize propositions visant à durcir, à nouveau, les règles qui encadrent désormais la rémunération des mandataires sociaux.

Parmi ces propositions, nous soulignerons essentiellement sa volonté,

(i) de donner un **statut légal aux Comités des rémunérations**,

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

- (ii) d'obliger les conseils d'administration ou de surveillance à **consulter** les assemblées générales **sur l'intégralité des éléments de rémunération** des dirigeants mandataires sociaux,
- (iii) de **limiter à trois le nombre de mandat sociaux** pouvant être détenu par une même personne physique dans les SA ayant leur siège social en France et qui présenteraient un certain montant de chiffre d'affaire,
- (iv) **d'interdire le cumul** entre mandat social et contrat de travail afin d'empêcher tout cumul d'indemnités de départ,
- (v) de substituer aux régimes de retraite complémentaire à prestations définies un système de **retraite par capitalisation** sur la base des cotisations personnelles pendant la durée du mandat social.

Compte tenu de l'actualité de ce sujet, il ne serait pas étonnant que certaines des propositions susvisées fassent l'objet de dispositions législatives dans les prochains mois ...

Contentieux, Arbitrage, Médiation

➤ **Le juge national doit examiner d'office le caractère abusif d'une clause incluse dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel**

Dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat d'abonnement téléphonique, une juridiction hongroise a interrogé la Cour de Justice sur l'interprétation de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

La question vise à savoir si le juge national doit se prononcer, d'office, sur le caractère abusif d'une clause attributive de compétence figurant dans les conditions générales du contrat litigieux dans le cadre de l'examen de sa compétence.

Dans la mesure où le juge national saisi doit assurer l'effet utile de la protection voulue par la directive, son rôle ne doit pas se limiter, selon la Cour, à la simple faculté de se prononcer sur la nature abusive d'une clause contractuelle, mais comporte l'obligation de l'examiner d'office, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne doit pas l'appliquer sauf si le consommateur s'y oppose.

Le juge français devra tenir compte de l'obligation qui pèse sur lui, au-delà de la simple faculté qui lui est reconnue par l'article L. 141-4 du Code de la Consommation, de soulever d'office une clause abusive contenue dans un contrat liant un professionnel au consommateur.

Il conviendra de se demander si une telle solution doit s'étendre à d'autres types de protection dans les rapports contractuels encadrés par les directives communautaires.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

➤ **Le taux réduit de TVA est définitivement étendu à de nouveaux services**

Le Conseil a adopté une directive autorisant à titre permanent, mais de manière facultative, les États membres à appliquer les taux de TVA réduits aux services locaux à forte intensité de main d'œuvre mais qui n'induisent pas de concurrence déloyale entre les prestataires européens.

Toutefois, le taux réduit qui va s'appliquer doit représenter au moins 5 % de la valeur du service presté ou du bien fourni.

Sont visés les services suivants :

- service de petite réparation (cordonnerie, bicyclette...)
- nettoyage de logements privés
- soin à domicile
- coiffure
- rénovation de logements privés
- restauration
- vente de livres quel que soit le support

Cette directive est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2009. La France a fait application du taux réduit à 5,5 % dans la restauration dès le 1^{er} juillet 2009.

Droit Social

➤ **Les dérogations au repos dominical sont élargies**

La loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe, adoptée le 23 juillet, a été publiée au Journal Officiel du 11 août 2009.

Tout en réaffirmant que le repos est donné en principe le dimanche, la loi élargit les dérogations à ce principe.

La loi crée une nouvelle dérogation temporaire, sur autorisation administrative, dans les zones dites « périmètres d'usage de consommation exceptionnel » (les PUCÉ), zones situées à proximité des agglomérations de plus de 1 million d'habitants (soit Paris, Lyon, Aix-Marseille et Lille à ce jour). Ces zones devront être délimitées par le Préfet.

Les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services situés dans un périmètre d'usage de consommation exceptionnel peuvent désormais donner le repos hebdomadaire par roulement. Cette possibilité est subordonnée à autorisation administrative, valable pendant 5 ans. Cette autorisation ne pourra être accordée que s'il existe préalablement dans l'entreprise un accord collectif ou, à défaut, une décision unilatérale de l'employeur approuvée par référendum organisant le travail dominical et prévoyant toute une série de

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

garanties : travail sur la base du volontariat, octroi de contreparties, prise en compte de la situation personnelle.

Concernant les zones touristiques et thermales, la loi modifie l'article L. 3132-25 du Code du Travail en élargissant les possibilités de travailler le dimanche : dans les communes d'intérêt touristique ou thermal et dans les zones d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente, tous les établissements de vente au détail peuvent, de droit, donner le repos hebdomadaire par roulement pour tout ou partie du personnel.

Cette possibilité n'est plus subordonnée ni à autorisation du préfet, ni aux seules périodes d'activités touristiques. Le statut des salariés n'est pas aussi protecteur que celui accordé à ceux qui travailleront le dimanche dans les PUCE : en effet, ceux-ci ne peuvent prétendre légalement aux contreparties en argent ou en temps spécialement instituées dans les PUCE, ne peuvent refuser de travailler le dimanche et ne peuvent prétendre à la prise en compte de leur situation personnelle, sauf dispositions plus favorables prévues par l'employeur.

La dérogation permanente de droit de l'article L. 3132-13 du Code du Travail permettant à l'employeur dans le commerce de détail alimentaire de donner le repos hebdomadaire à partir de midi le dimanche, est étendue jusqu'à 13 heures.

➤ Des mesures spécifiques sont prises en matière de pandémie grippale

Une circulaire DGT 2009/16 du 3 juillet 2009 relative à la pandémie grippale vient compléter la circulaire du 18 décembre 2007 en matière de continuité de l'activité des entreprises dans le secteur privé en cas de pandémie grippale. Elle se présente sous la forme de questions/réponses et est susceptible à tout moment d'évoluer en fonction de la situation. Les mesures contenues dans la circulaire sont relatives à l'hygiène et la sécurité dans l'entreprise (port de masques, rôle du médecin du travail, droit de retrait...) et à l'organisation du travail dans l'entreprise (aménagement du temps de travail, télétravail...).

Il est également à noter qu'une circulaire du 26 août 2009 vient organiser la gestion des ressources humaines dans la fonction publique en cas de pandémie grippale.

La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) s'est aussi saisie de la question dans une série de préconisations du 11 août 2009, relative au plan de continuité que les pouvoirs publics recommandent aux entreprises d'établir dans la perspective d'une épidémie grippale. En effet, dans le cadre de ce plan, les entreprises peuvent être amenées à demander à leurs salariés certaines informations personnelles. D'après la CNIL, ces demandes d'information sont légitimes mais doivent être faites avec précaution : communication des informations sur la base du volontariat, garantie de confidentialité dans le traitement et l'utilisation des données collectées, déclaration à la CNIL.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

➤ **Le juge ne peut, à la demande d'un salarié victime de harcèlement moral, ordonner à l'employeur de modifier ou de rompre le contrat de travail de l'auteur des agissements fautifs**

Dans un arrêt du 1^{er} juillet 2009 rendu par la Chambre sociale de la Cour de Cassation, il était question de deux salariés victimes de harcèlement moral de la part de leur directrice, qui demandaient devant le juge prud'homal, d'une part la condamnation de leur employeur à des dommages et intérêts, d'autre part d'ordonner à l'employeur la mise à l'écart de la directrice responsable des agissements fautifs.

La jurisprudence a déjà considéré que les agissements de harcèlement moral constituent une faute grave et que l'employeur peut donc en tirer toutes les conséquences pour sanctionner le salarié coupable de harcèlement dans son entreprise (Cour de Cassation, chambre sociale - 5 mars 2002 - n°00-40717).

Si l'employeur reste passif alors que le harcèlement a été reconnu, le salarié victime de harcèlement peut demander la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur (Cour d'Appel de Nancy - 23 mars 2007 - n°04-3752). Cette solution se justifie par l'obligation qui pèse sur l'employeur en application de l'article L. 1152-4 du Code du Travail : il doit prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.

Les salariés souhaitaient ici que le juge ordonne à l'employeur d'écarter de ses fonctions la directrice fautive. A tort, selon la Cour de Cassation, qui considère qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge de modifier le contrat de travail du salarié. Il n'a pas à se substituer au pouvoir de gestion de l'employeur.

➤ **La différence de traitement résultant de l'attribution par un accord collectif d'avantages plus favorables aux cadres doit être justifiée par des éléments objectifs et pertinents**

Sur la base du principe d'égalité de traitement, la jurisprudence a déjà considéré qu'un employeur ne pouvait réserver le bénéfice de titres restaurants à ses seuls salariés non-cadres, au motif que la différence de traitement devait reposer sur des raisons objectives, qu'il appartient au juge de contrôler (Cour de Cassation, chambre sociale - 20 février 2008 - n°05-45601).

Un salarié non cadre d'une entreprise avait saisi le juge prud'homal afin d'obtenir le paiement d'un rappel d'indemnité de congés payés. En effet, en application de l'accord collectif, les salariés cadres et non-cadres ne bénéficiaient pas du même nombre de jours de congés payés, et ce, sur la seule base de leur différence de catégorie professionnelle. Le salarié souhaitait donc obtenir un rappel de salaire équivalent aux jours de congés supplémentaires dont bénéficiaient les cadres.

La Cour de Cassation confirme, dans son arrêt du 1^{er} juillet 2009, sa solution, en reprenant le même attendu de principe que dans son arrêt de 2008 : *« la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence. »*.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

La différence entre ces arrêts tient à la source de l'avantage : dans l'arrêt de 2008, il était question d'une décision unilatérale de l'employeur alors que, dans celui de 2009, il s'agit d'un accord collectif d'entreprise.

Quoi qu'il en soit, la Cour interdit la fixation d'avantages en fonction des seules catégories professionnelles. Il faut que la différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes.

Il convient donc de vérifier le contenu des accords d'entreprise, des usages et de tout autre avantage fondé sur le critère de la catégorie professionnelle, qui, au regard de la jurisprudence, n'est plus légitime.

Droit Fiscal

➤ Les contours de la réforme de la taxe professionnelle : à l'Ouest, rien de nouveau

Comme il l'a été annoncé par le Président de la République en février dernier, la taxe professionnelle va être supprimée....enfin plus exactement remplacée.

En effet, la suppression de la taxe professionnelle va s'accompagner de la création d'une nouvelle cotisation dénommée « cotisation économique territoriale ».

Cette « cotisation économique territoriale » n'a pas encore été adoptée par les parlementaires. Cependant, un avant-projet de loi a été établi et transmis aux représentants des collectivités locales, aux dirigeants des organisations patronales et aux parlementaires de la commission des finances.

Au terme de ce projet, il apparaît que le régime de la cotisation locale d'activité reste très proche de celui de l'ancienne taxe professionnelle, tant en ce qui concerne :

- le champ d'application ;
- le régime des exonérations ;
- la période de référence ;
- le lieu d'imposition.

La principale différence réside dans le fait que la base d'imposition de cette cotisation sera constituée de la **seule valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière, à l'exclusion des équipements et biens mobiliers.**

Cette valeur locative serait calculée comme en matière de taxe foncière ; il convient de s'interroger dès à présent sur les possibilités d'avoir une exacte appréciation de cette valeur par l'Administration fiscale, en examinant vos avis de taxe foncière et taxe professionnelle.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

Notons que les gains attendus de cette réforme ne seront pas sans conséquence pour les assujettis qui, en l'état du projet, seraient tenus de verser, au plus tard le 31 décembre 2010, un acompte exceptionnel d'impôt sur les sociétés correspondant à ce gain.

Précisons également que le remplacement de la taxe professionnelle s'accompagne également du remplacement de la cotisation minimale de taxe professionnelle par une cotisation complémentaire. Cette cotisation complémentaire devrait suivre le même régime que la cotisation minimale de taxe professionnelle, sous réserve d'un champ d'application élargi.

Précisément, elle serait due par toutes les personnes exerçant une activité imposable à la cotisation locale d'activité dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 500.000€ (contre 7.600.000€ pour la cotisation minimale, en vigueur actuellement).

Affaire à suivre, au fil des débats parlementaires relatifs à la loi de finances.....

➤ **La réforme de la location meublée : publications des commentaires de l'Administration sur ce régime**

A la suite de l'adoption de la Loi de finances pour 2009, le régime de la location meublée avait été profondément modifié, se traduisant par un durcissement des conditions d'accès au régime.

De nombreuses modifications ont ainsi été apportées en ce qui concerne, pêle-mêle, les conditions d'accès au régime des micro-entreprises, la possibilité de bénéficier d'un régime d'exonération de plus-value lors de la revente du bien loué, les conditions de déduction des déficits liés à cette activité sur le revenu global.

Les nouvelles conditions d'accès au régime de loueur en meublé professionnel constituent l'un des points essentiels de cette réforme.

Précisément, le statut des loueurs en meublés professionnels est désormais ouvert aux seuls contribuables qui sont :

- inscrits au registre du commerce et des sociétés en cette qualité ;
- réalisent un montant de recettes annuelles excédant :
 - 23.000€**ET**
 - les autres revenus professionnels du foyer fiscal.

Rappelons qu'auparavant, pouvaient bénéficier du statut de loueur en meublé professionnel, les contribuables qui :

- étaient inscrits au registre du commerce et des sociétés en cette qualité ;
- réalisait un montant de recettes annuelles excédant :
 - 23.000€**OU**
 - les autres revenus professionnels du foyer fiscal.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

Dans ce cadre, une question restait en suspens en ce qui concerne la définition des revenus professionnels à prendre en compte pour apprécier l'éligibilité au régime.

Faut-il inclure, au titre des revenus professionnels, les pensions et rentes viagères ?

Dans la négative, il était évident que le régime de la location meublée professionnelle conservait tout son attrait pour les personnes sans revenu ou retraitées.

Dans cette hypothèse, la seule inscription au RCS et la réalisation de recettes supérieures à 23.000€ permettaient aux retraités de bénéficier du régime de la location meublée (s'ils ne disposaient d'aucun autre revenu par ailleurs) alors qu'un contribuable exerçant une activité professionnelle devait, en plus, percevoir des recettes provenant de la location pour un montant supérieur à 50% de ses autres revenus professionnels.

L'instruction du 28 juillet 2009 commentant l'ensemble de ce nouveau régime est venue lever le doute sur ce point.

N'apportant guère d'assouplissements aux nouvelles conditions d'éligibilité au régime de loueur en meublé, l'Administration a confirmé que les revenus professionnels du foyer fiscal incluent les pensions et les rentes viagères.

Ainsi, pour être considéré comme loueur en meublé professionnel, il appartient au contribuable :

- d'être inscrit au Registre du commerce et des sociétés en cette qualité ;
- d'avoir des recettes provenant de cette location (appréciées au niveau du foyer fiscal) :
 - o supérieures à 23.000€
 - o et excédant les autres revenus d'activité du foyer fiscal soumis à l'impôt sur le revenu (IS y compris les pensions et rentes viagères, BIC, BNC, BA, rémunération gérant article 62).

En définitive, la réforme du régime des locations meublées professionnelles durcit considérablement les conditions d'accès au régime et restreint de facto les cas dans lesquels les contribuables peuvent valablement en bénéficier.

Vous pouvez nous faire part de vos remarques et suggestions à l'adresse : brevess@lamy-lexel.com

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

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69006 Lyon
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24