

## Brèves Lamy Lexel Novembre 2011

### Deal du mois... zoom sur Isotools

➤ **ISOTOOLS est cédée au groupe VISIATIV**

ISOTOOLS, société d'édition de solutions informatiques pour le e-commerce, a été cédée au groupe VISIATIV, éditeur de logiciels, dans le but d'être adossée à la filiale VDoc Software et renforcer ainsi son offre par des services complémentaires.

LAMY LEXEL Avocats Associés, et plus particulièrement Jean-Pierre Gitenay (avocat associé) et Frédéric Dupont (avocat), ont accompagné le cédant IDS dans cette opération : participation aux négociations, rédaction du protocole, mise en place de la GAP... De son côté, le groupe VISIATIV était conseillé par le cabinet Ratheaux (Gaétan de la Bourdonnaye) pour cette croissance externe.

Le closing est intervenu le 7 novembre 2011.

#### **ISOTOOLS en bref :**

- ◆ Editeur parisien, avec une implantation à Aix-en-Provence
- ◆ Produit : éditeur de logiciels pour l'e-commerce, pour sites Internet et Intranet
- ◆ 25 collaborateurs
- ◆ Créé en 1996

#### **VDOC SOFTWARE en bref :**

- ◆ Editeur de plateformes ECM personnalisable, basé à Charbonnières les Bains
- ◆ 85 collaborateurs
- ◆ 4 M€ de revenus en 2010
- ◆ 1000 clients
- ◆ Prévisionnel 2011 : 5 M€

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06  
T : 04 72 74 53 00  
F : 04 78 52 26 00

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

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

## **LE GROUPE VISIATIV en bref :**

- ◆ Groupe rhodanien créée en 1987
- ◆ 300 collaborateurs
- ◆ Répartis en 8 agences en France mais aussi à l'étranger (Maroc, Etats-Unis, Suisse)
- ◆ Prévisionnel 2011 : 40 M€

### **Contact :**

Jean-Pierre GITENAY

[jpgitenay@lamy-lexel.com](mailto:jpgitenay@lamy-lexel.com)

04 72 74 53 00

## **Droit des Affaires**

### ➤ **Rupture brutale de relation commerciale établie : actualité jurisprudentielle**

- **Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 6 septembre 2011 : l'extension du bénéfice de l'article L. 442-7 I 5° du Code de Commerce aux tiers**

Par le passé, la chambre commerciale de la Cour de Cassation avait refusé de reconnaître à un tiers la possibilité d'invoquer à son profit l'application des dispositions de l'article L. 442-7 I 5° relatives à la rupture brutale de relation commerciale établie dans la mesure où il n'est pas partie à la relation commerciale rompue (Cour de Cassation chambre commerciale, 3 novembre 2004).

Dans un arrêt du 6 septembre 2011, la chambre commerciale a jugé qu'« un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale, dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice. »

Soulignons toutefois que, dans le cas d'espèce, le tiers n'était autre qu'une société du même groupe que la société victime de la rupture brutale de la relation commerciale établie, laquelle avait demandé à l'auteur de la rupture que le fret et les commandes soient assurés par la société sœur.

La question se pose donc de savoir si la chambre commerciale de la Cour de Cassation appliquera également ce principe à un tiers absolu à la relation établie rompue. Cet arrêt est le reflet d'une jurisprudence nourissante sur les dispositions du Code de Commerce relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies.

### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

- **Cour de Cassation, Chambre commerciale, 6 septembre 2011 : notion de « relation établie »**

La société Racer, fournisseur de la société Décathlon, a assigné cette dernière en rupture brutale de relation commerciale établie lorsqu'elle a cessé de s'approvisionner auprès d'elle alors qu'elle le faisait depuis 1990.

Les juges du fonds ont refusé de reconnaître que la relation était établie, en ce qu'elle ne reposait que sur des contrats indépendants, sans accord cadre, et sans garantie de chiffre d'affaire ni d'exclusivité.

La chambre commerciale de la Cour de Cassation a censuré cette décision, considérant que de tels motifs sont impropres à établir l'absence d'une relation commerciale régulière, stable et significative entre les sociétés Racer et Décathlon.

La Cour de Cassation avait déjà jugé le 15 septembre 2009 que la qualification de relation commerciale établie « n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante ».

La réunion des trois critères de régularité, de stabilité et de signifiante, suffit donc à caractériser l'établissement de la relation. Il convient d'apprécier systématiquement, en cas de rupture de relations commerciales avec un partenaire, le caractère de cette relation au regard de ces critères.

## **Droit des Sociétés**

### **➤ Réitération des engagements de caution dans le cadre des fusions**

La Cour de Cassation, par un arrêt en date du 13 septembre 2011, et la Cour d'Appel de Paris, par un arrêt en date du 15 juin 2011, sont venues rappeler que, si dans le cadre d'une fusion-absorption, l'universalité du patrimoine de la société absorbée est bien transmise à la société absorbante dans l'état où il se trouve à la date de l'opération, la société absorbante ne bénéficie cependant pas systématiquement du cautionnement garantissant les créances de la société absorbée.

En effet, selon une jurisprudence constante, « en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution, qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante » (Cour de Cassation, chambre commerciale 30 juin 2009).

#### **Il convient donc de distinguer :**

- (i) les dettes nées avant l'opération de fusion, pour lesquelles la garantie est maintenue,

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

- (ii) les dettes nées postérieurement à la fusion, pour lesquelles une réitération (ou un accord exprès de la caution - dans l'acte de cautionnement initial – pour que son engagement perdure au bénéfice de la société absorbante) sera nécessaire,

tout en portant une attention particulière à la date de naissance de la créance – et réciproquement de la dette – car il convient de relever que la jurisprudence, en se prononçant sur la question du transfert du cautionnement donné en garantie du paiement du loyer lors de la fusion-absorption de la société bailleuse, a précisé que la date de naissance de la créance de loyer était fixée au jour de la conclusion du bail.

En conséquence, il convient de porter une attention particulière aux engagements de caution dans le cadre des opérations de fusion-absorption, lesquels peuvent nécessiter une réitération dudit engagement pris en faveur de la société absorbée.

### ➤ **Délégation de pouvoirs consentie par une société absorbée**

La Cour de Cassation, par un arrêt en date du 20 juillet 2011, s'est prononcée pour la première fois sur le sort d'une délégation de pouvoirs en cas d'absorption par voie de fusion de la société l'ayant consentie.

En l'espèce, un salarié, bénéficiaire d'une délégation de pouvoirs au sein d'une société absorbée par voie de fusion et de création d'une société distincte, était poursuivi pour prêt de main-d'œuvre illicite. La délégation de pouvoir accordée audit salarié précisait qu'elle lui était consentie pour la durée des responsabilités qu'il assurait au sein de la société absorbée.

La Cour de Cassation a estimé que la Cour d'Appel ne pouvait condamner le salarié du chef de prêt de main-d'œuvre illicite « sans rechercher si la fusion-absorption invoquée, qui avait donné lieu à la création d'une société distincte de la précédente et à un changement de dirigeant social, n'avait pas eu pour effet d'entraîner la caducité de la délégation de pouvoirs accordée pour la durée de la responsabilité [du salarié] au sein de la société absorbée ».

Il conviendra dès lors de veiller, dans le cadre des opérations de fusion, au renouvellement par la société absorbante des délégations de pouvoirs accordées par les dirigeants de la société absorbée.

### ➤ **Portée de la lettre d'intention**

Par un arrêt en date du 30 juin 2011, la Cour d'Appel de Versailles rappelle que, si la lettre d'intention permet de fixer un cadre juridique pour les négociations, de formaliser l'intention de négocier et d'instaurer une relation de confiance entre les parties, son caractère contraignant ressortira de son contenu, lequel peut-être très varié.

Dans le cadre d'une négociation en vue de l'entrée au capital d'un fonds d'investissement de proximité, la société de gestion dudit fonds et la société bénéficiaire des apports avaient signé un premier acte précisant, notamment, les modalités de l'entrée au capital des investisseurs, ainsi qu'une lettre d'intention détaillant les conditions de l'investissement. Cependant, c'est une autre entreprise de capital-risque qui a finalement réalisé l'opération.

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

En conséquence, était posée la question de la force obligatoire de la lettre d'intention pour les parties et de l'engagement de la responsabilité de la partie ne la respectant pas.

A l'appui de sa décision, la Cour d'Appel se réfère au « guide de la lettre d'intention - capital risque » édité par l'Association Française des Investisseurs en Capital (AFIC), lequel vise à refléter un état des pratiques. Elle y relève notamment qu'une lettre d'intention « n'a pas en principe valeur d'engagement des parties pour la réalisation finale de l'investissement : elle reste une expression d'intérêt et de l'intention de poursuivre les négociations en vue de trouver un accord final. Elle permet de donner un cadre sécurisé aux négociations précontractuelles, en précisant les conditions d'exclusivité et de confidentialité, le partage des frais ainsi que le choix du droit applicable et de la juridiction compétente ».

La Cour d'Appel a jugé que la convention litigieuse, qui répond aux indications de contenu des lettres d'intention telles que définies par l'AFIC, n'a pas de caractère définitivement liant.

Cette jurisprudence vient également souligner l'importance des clauses d'exclusivité dans le cadre des lettres d'intention, en soulignant qu'en l'absence d'une telle clause, la société n'a commis aucune faute contractuelle en s'engageant avec un autre investisseur.

## **Droit Social**

### **➤ Quelques précisions relatives au contrat de sécurisation professionnelle (CSP)**

Dans la continuité de notre article relatif au contrat de sécurisation professionnelle (CSP) dans les brèves du mois d'octobre 2011, il est à noter que la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle a été agréée par un arrêté en date du 6 octobre 2011. Elle est donc rendue obligatoire pour tous les employeurs et salariés mentionnés à l'article L. 5422-13 du Code du Travail.

Pour rappel, le CSP permet aux salariés licenciés pour motif économique de bénéficier d'un accompagnement renforcé et personnalisé comprenant « *un ensemble de mesures favorisant un reclassement accéléré vers l'emploi* ».

La convention du 19 juillet 2011 précise les conditions et les modalités d'application du CSP. Il y est notamment fait état des bénéficiaires du CSP, de la procédure d'acceptation du CSP, des prestations d'accompagnement, de l'allocation de sécurisation professionnelle, du suivi de l'exécution des prestations d'accompagnement du CSP, du financement du CSP et de son recouvrement.

### **➤ Le Comité d'entreprise européen et l'ordonnance du 20 octobre 2011**

Le comité d'entreprise européen (CEE) existe déjà dans le Code du Travail, mais certains articles ont été modifiés par l'ordonnance du 20 octobre 2011, transposant la directive du Parlement

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

européen et du Conseil du 6 mai 2009. Cette ordonnance améliore le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises ou groupes de dimension communautaire.

Sont concernées les entreprises ou les groupes d'entreprises qui emploient au moins 1000 salariés dans les Etats membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen, et qui comportent au moins un établissement employant 150 salariés et plus, dans au moins deux de ces Etats.

La compétence du CEE est limitée aux questions transnationales. Il s'agit plus précisément des questions « *qui concernent l'ensemble de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire ou au moins deux entreprises ou établissements de l'entreprise ou du groupe situés dans deux Etats membres.* »

L'information et la consultation des salariés doivent s'effectuer à un niveau pertinent de direction et de représentation en fonction du sujet traité. L'ordonnance donne la définition, le contenu et la procédure de l'information et de la consultation du CEE.

L'ordonnance précise comment doit s'articuler l'information et la consultation du CEE avec les instances représentatives nationales, les modalités de constitution du CEE, ainsi que les attributions et les moyens des membres du CEE.

Enfin, il est important de noter que ces nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux accords instituant un CEE conclus jusqu'au 5 juin 2011. Pour ces accords, le régime applicable reste celui de la directive de 1994 transposée par la loi du 12 novembre 1996.

### ➤ **Prudence ! Une promotion assortie d'une augmentation de salaire nécessite l'accord exprès du salarié.**

Au cours de l'exécution du contrat de travail, l'employeur peut décider de modifier les conditions d'emploi des salariés. Dans ce cas, lorsqu'un élément essentiel du contrat de travail (la rémunération, la durée du travail,... telles que mentionnées au contrat de travail) est modifié, l'employeur doit préalablement recueillir l'accord du salarié.

S'agissant plus particulièrement de la rémunération du salarié, la rémunération contractuelle ou son mode de calcul ne peuvent être modifiés sans l'accord du salarié. La Cour de Cassation a, d'ailleurs, affirmé que l'employeur doit aussi avoir l'accord du salarié même si le nouveau mode de rémunération est plus avantageux (Cour de Cassation chambre sociale. 5 mai 2010 n°07-45409).

Dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de Cassation, par un arrêt du 24 mai 2011, la Cour d'Aix en Provence précise qu'une promotion accompagnée d'une augmentation de salaire emporte la modification du contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur doit donc recueillir **l'accord exprès du salarié**. La Cour rappelle qu'« *un tel accord ne peut résulter de la seule poursuite du contrat aux conditions modifiées unilatéralement par l'employeur* ».

Une telle exigence retenue par la Cour d'appel se révèle contraignante pour l'employeur. Toutefois, en attendant des précisions de la Cour de cassation, il est préférable que les employeurs veillent à recueillir l'accord exprès des salariés par la conclusion d'avenants au contrat de travail.

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

## ➤ L'importance des statuts des syndicats catégoriels pour apprécier leur capacité à présenter des listes dans d'autres collèges

Pour être représentatives, les organisations syndicales doivent satisfaire « aux critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail et obtenir 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants » (L. 2122-1 du Code du travail).

Concernant les syndicats catégoriels de cadres, avant la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation admettait qu'ils puissent établir leur représentativité à l'égard de l'ensemble de l'entreprise. Depuis la réforme du 20 août 2008, les syndicats catégoriels affiliés à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale (CFE-CGC) doivent recueillir au moins 10% des suffrages exprimés dans le collège dans lequel ils ont vocation à présenter des candidats (L. 2122-2 du Code du Travail).

Dans un attendu de principe, le 28 septembre 2011 (n°10-26693), la chambre sociale de la Cour de Cassation énonce qu'« *un syndicat peut présenter des candidats dans les collèges que ses statuts lui donnent vocation à représenter.* » Un syndicat catégoriel peut donc présenter des candidats dans les collèges que ses statuts lui donnent vocation à représenter.

Toutefois, cette possibilité a des conséquences en termes de représentativité. La chambre sociale précise, en effet, que « *lorsqu'un syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale présente, en conformité avec son champ statutaire, des candidats dans plusieurs collèges, sa représentativité est établie en fonction des suffrages recueillis dans l'ensemble de ces collèges.* » Dans ce cas, pour savoir si le syndicat a recueilli au moins 10% des suffrages exprimés, il faudra prendre en compte les différents collèges concernés.

Lors des prochaines élections professionnelles au sein de votre entreprise, il conviendra donc de vérifier les statuts des organisations syndicales catégorielles afin de savoir si elles peuvent présenter des listes dans d'autres collèges et d'en tirer les conséquences pour le calcul de la représentativité.

## ➤ L'évaluation professionnelle des salariés : des critères objectifs et transparents

Dans le cadre de son pouvoir de direction né du contrat de travail, l'employeur a le droit d'évaluer le travail des salariés à partir de critères objectifs et transparents. Toutes les méthodes et tous les critères d'évaluation des salariés ne peuvent donc pas être employés. C'est d'ailleurs ce que viennent préciser deux arrêts de Cours d'Appel.

Ces arrêts permettent de guider les entreprises dans le choix des méthodes et des critères à mettre en place au sein des entreprises. D'une part, la Cour d'Appel de Versailles apporte des précisions sur **le système d'évaluation des salariés fondé sur le ranking par quotas** établis à l'avance. Ce système consiste à imposer à l'évaluateur le classement des salariés dans différents groupes en fonction de pourcentages prédéterminés et non sur des critères objectifs de compétence.

### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

Par un arrêt du 8 septembre 2011, la Cour précise que ce système est illicite dès lors qu'il ne repose pas seulement sur l'analyse des compétences et du travail du salarié, mais contraint le notateur à classer dans le groupe des moins performants des salariés qui ont rempli leurs objectifs et donné satisfaction. Ce système est considéré comme étant « *illicite dans la mesure où elle (l'évaluation) n'est pas fondée sur des critères objectifs et transparents.* »

Toutefois, si l'utilisation du ranking par quotas est illicite, encore faut-il que les évaluateurs soient contraints de respecter les pourcentages proposés. En l'espèce, les évaluateurs ont été simplement invités à « *se référer à des propositions de répartition des salariés entre les différents groupes mais (ils n'ont pas été) contraints de respecter strictement les pourcentages pour chaque groupe.* » La Cour d'Appel de Versailles considère, dès lors, qu'un système de classement préconisant une répartition non contraignante pour les évaluateurs est licite si ces derniers apprécient en priorité de manière objective les performances et compétences individuelles des salariés.

En attendant des précisions de la Cour de Cassation sur la licéité de tels procédés d'évaluation, il est conseillé d'être vigilant dans l'utilisation de ces méthodes d'évaluation, sauf à ce que la méthode choisie ne soit pas imposée aux évaluateurs et corresponde aux exigences d'objectivité et de transparence posées par le Code du Travail.

D'autre part, par un arrêt du 21 septembre 2011, la Cour d'Appel de Toulouse précise que **les critères reposant sur le comportement** peuvent être utilisés dans l'évaluation professionnelle des salariés si ces critères sont « *exclusivement professionnels et suffisamment précis pour permettre au salarié de l'intégrer dans une activité concrète et à l'évaluateur de l'apprécier avec la plus grande objectivité.* »

La Cour estime que le critère qui consiste à « *agir avec courage* » revêt « *une connotation morale (qui) rejaillit sur la sphère personnelle* ». Ce critère ne permet pas une évaluation objective du salarié par l'évaluateur.

Une prudence particulière s'impose donc dans le choix des critères comportementaux à utiliser lors de l'évaluation des salariés. Les critères choisis doivent permettre l'évaluation des aptitudes professionnelles des salariés.

### ➤ Arrêt de travail pour maladie : l'obligation de loyauté subsiste mais...

Lorsque le salarié est en arrêt de travail pour maladie, son contrat de travail est suspendu. Toutefois, la relation contractuelle entre l'employeur et le salarié étant maintenue, le salarié reste tenu d'une obligation de loyauté envers son employeur.

L'employeur peut-il sanctionner ou licencier un salarié qui exerce une autre activité professionnelle pendant ledit arrêt ?

Par un arrêt du 12 octobre 2011, la Cour de Cassation rappelle que « *l'inobservation par le salarié de ses obligations à l'égard de la sécurité sociale ne peut justifier un licenciement* ». Elle précise que « *l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt* ».

Puis, la Cour de Cassation apporte une précision importante : pour que le licenciement soit fondé, « *l'acte commis par le salarié durant la suspension du contrat de travail (doit) causer un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise.* »

#### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

Cette formulation inédite ne change pas la position de la chambre sociale en la matière. Il faut donc retenir que le simple fait de démontrer que le salarié a violé des obligations à l'égard de la sécurité sociale ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'employeur ne pourra envisager un licenciement que s'il a subi un préjudice qui pourra être caractérisé par l'exercice d'une activité concurrente ou le fait, pour le salarié, de nuire à l'image ou au fonctionnement de l'entreprise.

### ➤ **Harcèlement sexuel commis hors de l'entreprise : l'employeur peut sanctionner**

Dans un arrêt important du 19 octobre 2011, la Cour de Cassation vient de clore un débat sur la possibilité de sanctionner des actes de harcèlement sexuel commis hors de l'entreprise.

Contrairement à la Cour d'Appel de Versailles qui s'était placée sur le terrain de la vie personnelle du salarié, la chambre sociale affirme que « *les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées du salarié à l'égard de personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail ne relevaient pas de sa vie personnelle.* »

Désormais, l'employeur peut sanctionner pour faute grave des actes de harcèlement sexuel commis hors du temps et du lieu de travail à la condition que les faits concernent des salariés avec lesquels le harceleur est en contact en raison de son travail. Dès lors que les victimes sont des collègues de travail, les employeurs peuvent se situer sur le terrain de la vie professionnelle et, par conséquent, utiliser leur pouvoir disciplinaire à l'égard dudit salarié.

## Arbitrage, Contentieux, Médiation

### **Le cautionnement solidaire : une protection pour le sous-traitant**

La caution solidaire ne peut exiger du créancier poursuivant qu'il mette d'abord en œuvre les moyens lui permettant de se faire payer par le débiteur principal.

Le créancier peut ainsi réclamer paiement à la caution solidaire sans s'adresser d'abord au débiteur garanti.

### ➤ **Obligation pour l'entrepreneur principal de fournir une caution bancaire au sous-traitant**

*Il y a sous-traitance lorsqu'un entrepreneur fait exécuter, par un autre, tout ou partie du contrat d'entreprise, ou une partie du marché conclu avec le maître de l'ouvrage.*

*La loi du 31 décembre 1975, qui constitue le droit commun de la sous-traitance, met en place un régime protecteur à l'égard du sous-traitant.*

**Cette loi impose notamment, à peine de nullité du sous-traité, la fourniture par l'entrepreneur principal d'une caution personnelle et solidaire d'un établissement qualifié, garantissant toutes les sommes dues par l'entrepreneur** (article 14 de la Loi du 31 décembre 1975).

*Ce régime est d'ordre public : les parties ne peuvent pas déroger à cette loi, même par accord exprès, et le sous-traitant ne peut renoncer au régime de protection qui lui est accordé.*

**Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

## ➤ Etendue de l'acte de cautionnement : la totalité des sommes dues au sous-traitant

Le cautionnement personnel et solidaire obtenu par l'entrepreneur principal doit couvrir l'intégralité des sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant.

La caution doit être un établissement financier agréé qui s'engage à garantir le paiement des sous-traitants dans les mêmes conditions que l'entrepreneur principal.

Il n'est pas possible de réduire l'étendue de la garantie dont bénéficie le sous-traitant.

### **Par exemple :**

*Les clauses interdisant le jeu de la caution en cas de procédure collective (liquidation, redressement ou sauvegarde judiciaire) de l'entrepreneur principal sont nulles.*

## ➤ Le moment de la mise en place du cautionnement : dès la conclusion du contrat de sous-traitance

Conformément à une jurisprudence constante, le cautionnement doit être fourni dès la conclusion du contrat de sous-traitance.

Dès lors, la nullité du contrat de sous-traitance peut être prononcée en l'absence de cautionnement lors de sa conclusion.

En l'absence d'un écrit, la date à prendre en considération est celle de la date précise de commencement des travaux.

## ➤ Contenu de l'acte de cautionnement

La jurisprudence impose une certaine précision du contenu de l'acte de cautionnement, impliquant la mention :

- du nom du sous-traitant,
- du montant du marché garanti.

### **Article 14 al 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1975 :**

*« A peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275 du Code Civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant. »*

### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06  
T : 04 72 74 53 00  
F : 04 78 52 26 00

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

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

## ➤ Obligations du maître d'ouvrage

Aux termes de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, le maître de l'ouvrage est tenu d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie :

- de l'obtention de la caution,
- de la communication par lui au sous-traitant de l'identité de l'organisme de caution et des termes de cet engagement.

### **Par exemple :**

*Il peut arriver que l'entrepreneur principal fasse appel à des sous-traitants sans en informer le Maître d'ouvrage.*

*Or si ce dernier a connaissance d'un sous-traitant sur son chantier, il doit s'assurer que l'entrepreneur principal a bien respecté ses obligations vis-à-vis de ce sous-traitant :*

- en termes de caution
- en termes d'agrément (voir Brèves d'octobre 2011)

*A défaut, sa responsabilité pourra être engagée : il pourra ainsi être amené à indemniser le sous-traitant en lui versant le coût des travaux effectués.*

*La sanction peut être lourde pour le Maître d'ouvrage car en cas de redressement ou liquidation judiciaire de l'entrepreneur, il pourra être amené à payer deux fois une même prestation :*

- une première fois à l'entrepreneur principal sous forme de prix,
- une seconde fois au sous-traitant sous forme de dommage et intérêts.

## ➤ Le choix entre délégation et cautionnement

L'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 permet à l'entrepreneur principal de déléguer le maître de l'ouvrage au sous-traitant, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant, au lieu de fournir une caution au sous-traitant.

L'entrepreneur principal (délégant) peut donc demander au maître de l'ouvrage (délégué) de payer au sous-traitant (délégataire) ce que le maître de l'ouvrage doit à l'entrepreneur au titre des travaux réalisés par le sous-traitant.

Il existe deux formes de délégation :

- la délégation simple,
- la délégation novatoire.

La délégation simple est la plus favorable pour le débiteur : elle permet l'addition d'un nouveau débiteur (ici, le maître de l'ouvrage) à celui que possédait déjà le sous-traitant (en général, l'entrepreneur principal).

### ***Qu'est-ce qu'une délégation ?***

La délégation est une opération par laquelle une personne (le délégué), sur l'ordre d'une autre (le délégant), accepte de s'obliger envers une troisième (le délégataire) qui l'agrée, c'est-à-dire qui la reconnaît comme son débiteur.

### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

Le sous-traitant peut alors se tourner vers le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal pour recevoir paiement de sa prestation.

**La délégation novatoire substitue le maître de l'ouvrage au débiteur que possédait déjà le sous-traitant** : dans ce cas, **seul le maître de l'ouvrage est alors tenu de payer le sous-traitant** et l'entrepreneur principal n'a alors plus aucune dette envers le sous-traitant.

### ➤ La sanction du défaut de fourniture d'une caution ou de délégation

A défaut de caution ou de délégation, le sous-traitant pourra invoquer la nullité du contrat de sous-traitance.

L'entrepreneur ne pourra alors pas se prévaloir du contrat de sous-traitance à son encontre.

Ainsi, par exemple, si sa responsabilité est mise en cause par le maître de l'ouvrage, il ne pourra pas se retourner contre le sous-traitant pour **engager à son tour la responsabilité** de celui-ci.

## Droit Fiscal

### ➤ Plan d'équilibre des finances publiques, nouvelles annonces du gouvernement

A l'occasion du Conseil des Ministres exceptionnel de ce lundi 7 novembre, le Premier Ministre a présenté le « **plan d'équilibre des finances publiques** » pour les années 2012 et suivantes, qui consacre un effort supplémentaire **d'économies ou de recettes nouvelles de 17,4 milliards d'euros**.

Ce plan se compose de douze mesures dont certaines concrétisent des modifications significatives du paysage fiscal français, redoutées depuis quelques mois.

Nous reprenons ci-dessous trois mesures en matière d'imposition des dividendes, en matière de TVA et en matière d'IS, illustrant l'importance de ces augmentations :

#### - **Création d'un taux intermédiaire de TVA**

Le taux de TVA serait porté à 7% à partir du 1er janvier 2012 pour les produits aujourd'hui soumis au taux de 5,5%, y compris les produits de la restauration rapide, à l'exception des seuls produits de première nécessité.

Ne seraient donc pas concernés à ce jour : les produits alimentaires, les abonnements au gaz et à l'électricité, ainsi qu'à des réseaux de fourniture d'énergie, et les équipements et services à destination des personnes handicapées.

#### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

- **Hausse des prélèvements forfaitaires libératoires sur les intérêts et les dividendes**

Le taux des prélèvements forfaitaires libératoires sur les produits de placement à revenu fixe et les dividendes serait porté de **19 à 24%** (soit 37,5% avec les prélèvements sociaux) à compter du 1er janvier 2012.

- **Majoration exceptionnelle d'impôt sur les sociétés pour les grandes entreprises**

Il est proposé, à titre exceptionnel, d'instaurer une majoration de 5% du montant de l'IS dû par les entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros. Cette mesure concernerait l'impôt payé en 2012 et 2013 au titre des exercices 2011 et 2012.

**Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)