

Brèves Lamy Lexel

Janvier 2006

Droit des Affaires

➤ Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption

Dans son arrêt en date du 8 novembre 2005, il semblerait que la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation opère un revirement de sa jurisprudence relative au sort d'un cautionnement apporté au profit d'une société faisant ultérieurement l'objet d'une fusion par absorption.

Auparavant, la Cour de Cassation considérait que la sûreté ne survivait que pour les dettes antérieures à la fusion, sauf manifestation expresse de la caution de sa volonté de garantir les dettes postérieures à l'opération, ce qui était très rare en pratique (Cass. com., 3 oct. 2000, n° 96-20.778 ; Cass. com., 20 janv. 1987, n° 85-14.035).

Conformément à cette jurisprudence, la Cour d'Appel de Poitiers avait décidé que "*la fusion de la société créancière dans une personne morale nouvelle ou son absorption constituent un changement de créancier à l'égard de la caution, libérant celle-ci de ses obligations si elle n'a pas manifesté sa volonté de s'engager envers le nouveau bailleur*".

La Cour de Cassation a cassé cet arrêt au visa de l'article L. 236-3 du Code de Commerce, considérant qu'« *en cas de fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante.* »

En l'espèce, la fusion concernait une société propriétaire d'un immeuble donné à bail et d'un cautionnement garantissant le paiement des loyers. La Cour de Cassation ne s'est prononcée que sur ce cas, sans qu'il soit possible d'en conclure que sa nouvelle position s'applique à tous les cas de cautionnement.

Il convient donc d'attendre les prochaines décisions rendues en la matière pour nous éclairer davantage sur la position de la Cour de Cassation.

➤ Responsabilité du commissionnaire de transport

Le commissionnaire de transport est tenu de suivre l'opération confiée par son client et d'informer son client sur le sort de la marchandise confiée.

La Cour d'Appel de Paris (5e ch., sect. A, 12 oct. 2005, RG n° 03/12702) a considéré que commet une faute engageant sa responsabilité contractuelle, le commissionnaire de transport qui s'abstient de tout suivi dans l'exécution de l'opération qui lui est confiée, en annonçant verbalement à tort l'arrivée de la marchandise à son client et se trouve dans l'incapacité de le renseigner sur le sort des colis.

En revanche, cette faute n'a pas été qualifiée de lourde dans la mesure où les circonstances de la disparition des colis sont restées inconnues.

Droit des Sociétés

➤ Absence de transmission universelle du patrimoine à l'associé unique en cas de dissolution d'une société unipersonnelle soumise à une procédure collective

Dans deux décisions de principe (Cass. com. 12 juillet 2005), la Cour de Cassation a jugé que l'ouverture d'une procédure collective contre une société unipersonnelle fait obstacle à l'application de l'article 1844-5, alinéa 3 du Code Civil prévoyant la transmission universelle du patrimoine (TUP) à l'associé unique en cas de dissolution d'une société unipersonnelle.

Dans le premier arrêt, une EURL s'était trouvée dissoute en conséquence de la liquidation judiciaire prononcée à son encontre ; se posait la question de savoir si devait ou non s'opérer la TUP social à l'associé, ce qui aurait perturbé la mise en œuvre des droits des procédures collectives.

La Cour retient « *qu'à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables à ces procédures et que la dissolution, par l'effet de la liquidation judiciaire, de la société dont les parts sociales sont réunies en une seule main n'entraîne pas la transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique* ».

Dans un second arrêt, la Cour retiendra le même principe s'agissant d'une SCI.

Ces deux décisions n'ont pas simplement une valeur théorique. En effet, elles présentent l'intérêt majeur de faire échec aux dispositions de l'article 1844-5 alinéa 3 susvisé qui, si elles étaient appliquées à la lettre, auraient pour effet, dans le cas d'une société à responsabilité limitée, de faire supporter à l'associé unique le passif social.

➤ Conditions d'octroi d'un complément de retraite au dirigeant

Dans le droit fil de la loi Breton du 28 juillet 2005, qui est venue renforcer de façon sensible les impératifs de transparence en matière de rémunération des dirigeants des Sociétés Anonymes (SA), l'arrêt du 11 octobre 2005 témoigne de l'exigence de la Cour de Cassation quant à l'appréciation des conditions d'octroi d'un complément de retraite aux dirigeants sociaux.

Dans une SA cotée, le Conseil d'Administration (CA) avait désigné un comité, composé de deux administrateurs, auquel il avait donné mandat de fixer les conditions générales de la rémunération et de la retraite du président directeur général. Les décisions adoptées par le comité avaient été confirmées par le CA.

Toutefois, ayant atteint l'âge prévu pour faire valoir ses droits à la retraite, l'ancien dirigeant s'est vu opposer un refus de la société, motif pris tant de l'irrégularité de la décision du CA que de l'absence de justification des services rendus.

Selon la jurisprudence, la procédure de fixation d'un complément de retraite varie selon qu'il est ou non analysé comme un élément de rémunération. Lorsqu'il constitue un élément de rémunération, la fixation d'un complément de retraite relève de la seule compétence du CA, ce qui a pour conséquence de tenir en échec la procédure des conventions réglementées ; cette qualification est retenue lorsque le complément de retraite est justifié par les services rendus à la société et que son montant, proportionné à ces services, ne constitue pas une charge excessive pour celle-ci (notons toutefois que, dans les sociétés cotées et depuis la loi Breton, sont désormais soumis à la procédure des conventions réglementées « *les engagements correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci* »). A l'inverse, lorsque le complément de retraite ne constitue pas un élément de rémunération, il est soumis à la procédure des conventions réglementées (autorisation préalable du CA, rapport spécial du commissaire aux comptes et approbation par l'Assemblée Générale des associés).

En l'espèce, la Cour de Cassation a considéré que « *la confirmation, par simple référence à une décision prise par deux administrateurs, même mandatés à cet effet, ne peut suppléer à la décision du conseil d'administration* ». Le comité dispose en effet d'un simple pouvoir de proposition ; le CA ne peut donc se contenter de confirmer, par simple référence, la décision prise par celui-ci.

La leçon est claire pour les dirigeants sociaux bénéficiaires de tels engagements : la plus grande vigilance est conseillée s'ils ne veulent pas, comme en l'espèce, se voir opposer un refus d'exécution par la société.

Concurrence et Distribution

➤ Distribution automobile et clauses de localisation

Les "clauses de localisation" étaient destinées à empêcher les concessionnaires d'ouvrir des points de vente hors des zones géographiques déterminées par les constructeurs, notamment dans d'autres États membres de l'Union européenne.

Celles contenues dans les contrats conclus entre les constructeurs automobiles et les concessionnaires ne sont plus, depuis le 1er octobre 2005, automatiquement exemptées des pratiques commerciales anticoncurrentielles, et ce en vertu du règlement n° 1400/2002 de la Commission européenne d'exemption par catégorie pour la distribution automobile.

A défaut d'être supprimées, elles sont susceptibles d'entraîner la qualification d'ententes anticoncurrentielles et d'être sanctionnées en tant que telles.

La suppression des clauses de localisation est ainsi la dernière étape de la réforme des règles de concurrence applicables à la distribution automobile.

➤ Agent commercial et procédures collectives

Un agent commercial n'avait pas procédé à la déclaration de sa créance de commissions au passif de son mandant, à l'encontre duquel avait été ouverte une procédure collective, considérant que, bien que les contrats au titre desquels l'agent commercial sollicitait le versement des commissions aient été conclus avant l'ouverture de la procédure collective, ils n'avaient en revanche pas été exécutés et les créances de commissions n'étaient donc pas exigibles.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 15 novembre 2005 a considéré que le fait générateur de la commission se situe au moment où le cocontractant se trouve lié au mandant, le moment de l'exécution de ce contrat ou du paiement étant indifférent.

L'agent commercial a donc l'obligation de déclarer ses créances de commissions, même si elles ne sont pas exigibles au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective.

A défaut, ses créances seront considérées comme éteintes.

➤ **Circulaire Dutreil II**

La circulaire "Dutreil II" relative aux relations commerciales a été adoptée le 8 décembre 2005.

Pour l'essentiel, il semble que le principal apport de la circulaire ait consisté à préciser les règles d'affectation de la rémunération des services rendus par produit, les modalités de calcul du seuil de revente à perte, ainsi que le champ d'application de différentes dispositions du Code de Commerce dans l'espace et la charge de la preuve.

Le ministre a indiqué que pour la première année d'application du nouveau dispositif, soit 2006, la DGCCRF (Direction Générale de la Consommation, de la Concurrence et de la Répression des Fraudes) recevrait des consignes de souplesse concernant la date d'établissement des contrats uniques ou contrats-cadres de coopération commerciale, fixée par la loi au 15 février et qui serait officieusement repoussée jusqu'au 15 mars 2006.

Néanmoins, il est opportun de remarquer que cette circulaire, à vocation interprétative, a été adoptée quelques semaines après que le Tribunal de Commerce de Nanterre ait lourdement condamné la centrale de référencement Galec pour avoir conclu avec ses fournisseurs des « protocoles d'accords transactionnels » censés réparer la discrimination qu'elle aurait subie dans ses conditions d'achat par rapport à d'autres distributeurs. Ces protocoles ont été requalifiés de contrats de coopération commerciale rétroactifs ne correspondant à aucun service rendu.

Droit Social

➤ **La réduction du temps de travail justifie une différence de salaire**

Nouvelle étape de l'élaboration de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur le principe "à travail égal, salaire égal" : les juges ont été conduits à apprécier la validité des indemnités différentielles liées à la réduction du temps de travail, accordées en application d'un accord d'entreprise.

En l'espèce, un accord d'entreprise sur la réduction du temps de travail prévoyait l'octroi d'une indemnité différentielle destinée à compenser la baisse du salaire de base des salariés présents dans l'entreprise en raison de la réduction de leur durée de travail de 39 heures à 35 heures par semaine.

Ce dispositif conduit à une différence de traitement entre, d'une part, les salariés présents dans l'entreprise lors de la conclusion de l'accord, qui bénéficient de l'indemnité différentielle et, d'autre part, les salariés embauchés postérieurement, sur une base hebdomadaire de 35 heures, qui donc ne bénéficient pas de l'indemnité différentielle.

Dans un arrêt du 1^{er} décembre 2005, la Cour de Cassation valide cette mesure, en indiquant que le salarié, engagé postérieurement à la mise en œuvre d'un accord collectif de réduction du temps de travail, ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord.

Les juges considèrent donc comme justifié l'octroi d'une indemnité différentielle liée à la réduction du temps de travail aux seuls salariés présents lors de cet événement.

Cette position jurisprudentielle permet d'assurer une sécurité juridique aux dispositifs mis en place à l'occasion du passage à 35 heures dans l'entreprise et prévoyant une compensation salariale par le biais d'une indemnité différentielle.

Elle constitue également un léger assouplissement de l'interprétation stricte par les juges du principe "à travail égal, salaire égal", selon lequel une différence de salaire ne peut être justifiée que par des éléments objectifs liés à la seule nature du travail réalisé.

Il convient en effet de rappeler que, dans une circonstance quelque peu analogue, la Cour de Cassation avait censuré une différence de politique salariale appliquée en fonction de la présence des salariés dans l'entreprise lors de la dénonciation d'accords et d'usages (Cass. Soc. - 25 mai 2005).

➤ **Modalités de computation du délai de 5 jours entre la convocation et la tenue de l'entretien préalable**

Dans un arrêt en date du 11 octobre 2005, la Cour de Cassation précise les modalités d'application du délai de 5 jours qui doit être respecté entre la convocation à l'entretien préalable et la tenue de cet entretien.

L'article L.122-14 du Code du Travail, tel que modifié par l'ordonnance du 24 juin 2004, prévoit que l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de 5 jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation.

Les juges précisent les modalités d'application de ce délai :

- En cas d'envoi de la convocation par courrier recommandé avec accusé de réception, le délai commence à courir à compter de la "première présentation" du courrier.

Il en résulte que, d'une part, il est indifférent que le salarié ne réceptionne pas ce courrier le jour même ou ne vienne pas le réclamer et, d'autre part, il est essentiel de prendre en considération le délai d'acheminement par la Poste dans le calcul du délai.

La remise en main propre contre décharge, qui ne laisse aucun doute sur la date de réception de la convocation, est vivement recommandée.

- Le délai de convocation est exprimé en jours ouvrables et expire le dernier jour à 24 heures.

Il convient donc de respecter un délai minimum d'une semaine complète entre la date de remise ou de présentation de la convocation et la date de l'entretien préalable. Pour une convocation remise le mercredi, l'entretien ne peut se tenir avant le mercredi de la semaine suivante. Naturellement, en présence de jours fériés, ce délai doit être prolongé en conséquence.

Droit Fiscal

➤ Amortissements par composants : l'instruction administrative ne devrait plus tarder

Depuis le règlement du CRC n°2002-10 en date du 12 décembre 2002, les sociétés ont l'obligation comptable, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2005, d'**amortir de manière séparée les éléments principaux d'une immobilisation corporelle pouvant être qualifiés de "composants"**.

Cette obligation comptable est **devenue une obligation fiscale** depuis le décret du 14 novembre 2005.

Pour être qualifié de "composant", l'élément doit avoir une durée réelle d'utilisation différente de celle de l'immobilisation corporelle principale et doit être remplacé au cours de la durée d'utilisation de cette immobilisation.

Dès lors qu'il remplira ces conditions, le composant devra **être comptabilisé à l'actif du bilan séparément de l'immobilisation corporelle principale**. Cette comptabilisation distincte devra être effectuée non seulement lors de l'acquisition du composant mais également lors de son remplacement.

Il devra également faire l'objet d'un plan d'amortissement distinct.

Une instruction devrait être adoptée par l'administration d'ici à la fin de l'année pour commenter les modalités d'application de la méthode d'amortissement par composants.

Nous savons d'ores et déjà, depuis la loi de finances rectificative pour 2004, que la majoration ou la minoration du bénéfice imposable du premier exercice ouvert à compter du 1^{er} janvier 2005, qui résulterait de l'application de la méthode par composants, bénéficierait d'un régime d'étalement.

➤ Du nouveau pour les véhicules de société

Actuellement, les sociétés peuvent être sujettes à deux taxes à raison des véhicules qu'elles possèdent ou qu'elles utilisent :

- une taxe différentielle sur les véhicules à moteur
- et une taxe sur les véhicules de société d'un montant de 1.130 € lorsque le véhicule a moins de 7 CV et de 2.240 € pour les autres véhicules.

Le projet de loi de finances, tel qu'il a été adopté par le Parlement, prévoit tout d'abord de **supprimer la taxe différentielle sur les véhicules à moteur.**

Dans un deuxième temps, il prévoit de **modifier le tarif de la taxe sur les véhicules de société.**

Désormais, si le véhicule a été mis en circulation à compter du 1^{er} juin 2004 et qu'il n'a pas été possédé ou utilisé par la société avant le 1^{er} janvier 2006, une véritable enquête devra être menée par les gestionnaires des flottes de véhicules dans la mesure où le tarif applicable est fonction du taux d'émission de dioxyde de carbone.

Pour les autres véhicules, cinq taux, allant de 750 € à 4.500 €, seront applicables en fonction de la puissance du véhicule.

Enfin, cette taxe, actuellement réservée aux véhicules immatriculés en France, sera également **étendue aux véhicules immatriculés à l'étranger** dès lors qu'ils sont utilisés en France.

Propriété Industrielle et Intellectuelle – Technologies Avancées

➤ Supports numériques de stockage : modification des montants dus au titre de la rémunération pour copie privée

La commission dite "copie privée" a modifié les sommes dues au titre de la rémunération pour copie privée concernant les mémoires, disques durs intégrés à un baladeur MP3 et les appareils de salon permettant la lecture d'œuvres fixées sur des phonogrammes (lecteurs DVD, CD...).

Ces sommes, qui sont perçues par certaines sociétés de gestion (notamment SACEM, SACD, ADAMI, SSCP...), sont destinées à compenser le préjudice subi par les ayants droit du fait de l'impossibilité technique de contrôler la copie de leurs œuvres.

Le nouveau barème, dont les critères sont plus précis que ceux fixés en 2002, tient compte des récentes évolutions technologiques, des matériels disponibles, mais également des usages de consommation et des pratiques d'enregistrement des œuvres (en particulier le développement du *peer to peer* et des baladeurs MP3).

Ce barème est dorénavant le suivant :

Capacité d'enregistrement (en Mo et Go)	Rémunération en euros
Jusqu'à 128 Mo	1
Au-delà de 128 et jusqu'à 256 Mo	2
Au-delà de 256 et jusqu'à 384 Mo	3

Au-delà de 384 et jusqu'à 512 Mo	4
Au-delà de 512 et jusqu'à 1 Go	5
Au-delà de 1 Go et jusqu'à 5 Go	8
Au-delà de 5 Go et jusqu'à 10 Go	10
Au-delà de 10 Go et jusqu'à 15 Go	12
Au-delà de 15 Go et jusqu'à 20 Go	15
Au-delà de 20 Go et jusqu'à 40 Go	20

➤ Un dispositif de protection d'une œuvre peut constituer un vice caché

La Cour d'Appel de Versailles a jugé dans un arrêt du 15 avril 2005 que l'impossibilité d'écouter un CD audio sur un autoradio constituait un vice caché dès lors qu'il n'y avait pas d'avertissement explicite sur la pochette de l'album.

En l'occurrence, la pochette de l'album contenait un avertissement selon lequel le CD contenait «*un dispositif technique limitant la copie*», ce qui selon la Cour ne laissait pas penser qu'il existait une réserve sur la possibilité de lire l'œuvre sur certains types de lecteurs.

La Cour a également rappelé que la preuve de l'existence d'un vice caché peut être rapportée par tout moyen.

Cette décision intervient au moment où les parlementaires débattent du projet de loi «*Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*» (DADVSI).

Le projet de loi DADVSI (qui fait l'objet de nombreuses polémiques) devrait notamment rendre légales les "mesures techniques de protection" des œuvres permettant aux auteurs et ayants droit (producteurs, artistes interprètes...) de protéger ou d'apporter des restrictions d'accès à leurs œuvres (limitation du nombre de copies, interdiction d'accéder à l'œuvre via certains matériels, etc.).

➤ CNIL : recommandation sur l'archivage électronique des données personnelles dans les entreprises

Dans une recommandation adoptée le 11 octobre 2005, la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) fait le point sur les bonnes pratiques en matière d'archivage.

Les entreprises doivent en effet archiver de nombreuses données conformément à la réglementation en vigueur (opérations effectuées avec leurs clients, fournisseurs, pièces comptables, déclarations sociales et fiscales, contrats...). Ces informations peuvent comporter des données à caractère personnel et sont, dès lors, protégées par les dispositions de la loi du 6 janvier 1978.

La recommandation adoptée par la CNIL distingue trois types d'archives :

- **archives courantes** : données utilisées couramment par les services concernés dans les entreprises (par exemple base de données concernant les clients ou fournisseurs) ;

- **archives intermédiaires** : données qui présentent pour les services concernés un intérêt administratif ou un intérêt en cas de contentieux, et dont les durées de conservation sont fixées par des règles de prescription (contrats, factures...);
- **archives définitives** : données présentant un intérêt historique, scientifique ou statistique justifiant qu'elles ne fassent l'objet d'aucune destruction.

A titre d'exemple, la CNIL recommande notamment que :

- l'accès aux archives intermédiaires soit limité à un service spécifique (par exemple un service du contentieux) et qu'il soit procédé à un isolement des données archivées au moyen d'une séparation logique (gestion des droits d'accès et des habilitations) ;
- des dispositifs de traçabilité des consultations des données archivées soient mis en place au sein des entreprises.

La recommandation prévoit également qu'en cas d'utilisation de données dites « sensibles » (données faisant apparaître l'origine raciale, religieuse, syndicale, etc.), il sera nécessaire de recourir à des procédés d'anonymisation de ces données.

Texte intégral : [Délibération n° 2005-213 du 11 octobre 2005 portant adoption d'une recommandation concernant les modalités d'archivage électronique, dans le secteur privé, de données à caractère personnel.](#)

Droit Public

➤ Le gouvernement veut encourager les PPP - Partenariats Public Privé

Le Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie a fait paraître au Journal Officiel, le 15 décembre 2005, une circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, exprimant ainsi la volonté du gouvernement de donner une nouvelle impulsion aux contrats de partenariat.

A ce jour, 35 projets pilotes, émanant de 8 ministères, ont été identifiés comme pouvant faire l'objet de contrats de partenariat couvrant tous les cas de figure, de la rénovation à l'extension ou à la construction de bâtiments, en passant par la fourniture d'équipements spécialisés, la production – distribution de fluides ou la mise à disposition de prestations informatiques. La circulaire souligne que le contrat de partenariat n'est pas réservé aux grandes collectivités territoriales, côté public, ni aux grandes entreprises, côté privé, le premier contrat ayant été passé par une commune de 6000 habitants au profit d'une entreprise d'éclairage de taille moyenne.

La circulaire reprend la définition du contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 et les conditions de mise en œuvre. En outre, elle précise les domaines dans lesquels ce type de contrat peut être envisagé, à savoir : les infrastructures scolaires (collège, lycée), les bâtiments et services sanitaires et sociaux (hôpitaux, crèches...), l'éclairage public et la signalisation tricolore, la voirie, le stationnement et le transport, l'informatisation des services publics locaux, les équipements culturels et sportifs, les projets d'aménagement urbain ou touristique, certaines infrastructures dans le domaine de l'eau, de l'assainissement ou des déchets (stations d'épuration, incinérateurs...).

➤ Réforme des autorisations d'urbanisme : une simplification des procédures

L'ordonnance n°2005-1527 du 8 décembre 2005 réforme de manière très importante la réglementation relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme, dans le but de clarifier le droit de l'urbanisme en réduisant le nombre des autorisations et en simplifiant les procédures. Cette ordonnance entrera en vigueur à des dates fixées par décret en Conseil d'État et au plus tard le 1^{er} juillet 2007.

Les onze régimes d'autorisations existants (permis de construire, permis de démolir, autorisation pour les installations et travaux divers, autorisation d'aménager un terrain de camping, autorisation de stationnement des caravanes, autorisation d'aménager un parc résidentiel de loisir, autorisation de coupe et abattage d'arbres, autorisation de lotir, autorisation spéciale de travaux dans les secteurs sauvegardés, autorisation spéciale de travaux dans les périmètres de restauration immobilière et autorisation des remontées mécaniques et d'aménagement des pistes de ski) **et les quatre régimes de déclarations** (déclaration de travaux, déclaration de clôture, déclaration en cas de division de terrain non soumise à autorisation de lotir, déclaration en cas de division de terrain non destiné à l'implantation de bâtiments) **sont fondus en quatre régimes :**

- **le permis de construire,**
- **le permis d'aménager,**
- **le permis de démolir,**
- **la déclaration préalable.**

De plus, l'instruction des dossiers sera commune à toutes les autorisations (compétences, délais, traitement de la demande) et devra être réalisée dans un délai impératif, donc prévisible et garanti, à savoir un mois pour les déclarations, deux mois pour les maisons individuelles et trois mois pour les autres constructions. Une majoration de ce délai ne sera opposable que si elle a été notifiée au plus tard un mois après le dépôt du permis et ne pourra pas être modifiée ultérieurement.

En outre, un décret d'application devrait fixer la liste exhaustive des pièces pouvant être demandées. L'administration disposera d'un mois après le dépôt d'une demande en mairie pour demander les pièces complémentaires si le dossier n'est pas complet.

La parution des décrets d'application est prévue pour juin 2006.

➤ Parution du nouvel avant-projet de décret portant code des marchés publics

Un nouveau Code des Marchés Publics, assurant la transposition des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, doit intervenir au plus tard le 31 janvier 2006.

Dans cette perspective, le Ministère de l'économie et des finances a publié le 30 novembre dernier un nouvel avant-projet de décret portant code des marchés publics.

Cette nouvelle version s'efforce de conserver la numérotation actuelle et comprend trois parties :

- Les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs que sont l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics.
- Les dispositions applicables aux entités adjudicatrices, c'est-à-dire aux opérateurs de réseaux.
- Les dispositions particulières.

Sur le fond, le projet prend en compte les **nouveaux seuils applicables à compter du 1^{er} janvier 2006**, à savoir :

- Marchés de fournitures et de services de l'État : 135.000 € HT (au lieu de 150.000 € HT).
- Marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales : 210.000 € HT (au lieu de 230.000 € HT).
- Marchés de travaux : 5.270.000 € HT (au lieu de 5.900.000 € HT).
- Marchés des opérateurs de réseaux : 420.000 € HT.

En pratique, cela signifie que tout avis envoyé à la publication après le 31 décembre 2005, ou toute consultation dispensée de publication et engagée après cette même date, devra prendre en compte les nouveaux seuils et prévoir les procédures adéquates.

Les nouvelles dispositions relatives aux marchés à procédures adaptées précisent que les modalités de publicité sont fixées notamment « *en fonction du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre* ».

Enfin, une nouvelle rédaction de l'article 30 prévoit des dispositions dérogatoires pour les marchés de services juridiques, sanitaires et sociaux, récréatifs, culturels et sportifs, d'éducation et de qualification et d'insertion professionnelle, dont la liste sera fixée par décret.

Le texte de l'avant-projet de décret portant code des marchés publics est disponible à l'adresse suivante : <http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/publique4/index.htm>

Contentieux – Arbitrage – Médiation

➤ **Contrat de franchise : la cession du réseau de franchise**

La Cour de Cassation (28 juin 2005) vient de se prononcer sur les effets de la cession d'un réseau de franchise, et plus particulièrement sur le sort des franchisés.

En l'espèce, après avoir été informé de la cession du réseau de franchise auquel il appartenait, un des franchisés a refusé d'agréer le cessionnaire choisi par le franchiseur, contrairement à la majorité des membres du réseau.

La Cour de Cassation décide qu'en l'absence de précision contractuelle sur ce point, le contrat entre ce franchisé devenu minoritaire et le franchiseur devait se poursuivre suivant les termes initiaux du contrat.

Or, elle constate que le franchiseur n'a pas exécuté correctement ses obligations, notamment concernant l'approvisionnement du franchisé et la réalisation d'opérations promotionnelles, et que, eu égard à ces manquements contractuels graves et répétés, le contrat de franchise devait être résilié aux torts du franchiseur.

Dès lors, il convient de se montrer particulièrement vigilant, dès la conclusion des contrats de franchise, sur les conditions d'une éventuelle cession ultérieure. Le franchiseur a ainsi tout intérêt

à insérer dans les contrats une stipulation autorisant la libre cession de son réseau, moyennant une information préalable des franchisés.

➤ **Droit des sûretés : le caractère autonome de la garantie**

La Cour de Cassation (deux arrêts du 12 juillet 2005) continue de préciser le régime juridique de la garantie et l'autonomie qui la caractérise.

Contrairement au cautionnement, la garantie est autonome par rapport au contrat initial conclu par le garanti et indépendante de l'obligation garantie. Dès lors, le garant ne peut pas soulever la moindre exception pour s'opposer à l'appel en garantie et ainsi échapper à son obligation au paiement.

Face à ce régime juridique contraignant, tout l'enjeu pour certains garants consiste à contester le caractère autonome de l'engagement qu'ils ont souscrit, afin d'échapper à la qualification juridique de garantie et à l'obligation de paiement sans contestation possible.

Ainsi, dans une première espèce, une banque soutenait que la stipulation contractuelle qui obligeait le garanti à joindre à sa demande le montant de la créance, appuyée de toutes pièces justificatives, écartait tout caractère autonome à l'engagement ainsi souscrit.

Dans la seconde espèce, une banque tentait d'exclure la qualification de garantie autonome en se fondant sur le fait que la réclamation devait être motivée par le donneur d'ordre, cette exigence remettant en cause, selon elle, l'autonomie de l'obligation de payer.

La Cour de Cassation décide pourtant que l'obligation de motiver l'appel ou de produire des pièces mise à la charge du bénéficiaire de la garantie ne permet pas au garant de contester le bien fondé de l'appel en garantie, et ne remet aucunement en cause la qualification de garantie autonome. En conséquence, l'appel en garantie suivant les conditions de forme prescrites oblige le garant au paiement.

L'encadrement de l'appel en garantie par les exigences de motivation ne constitue donc pas pour autant une faculté de discuter le bien fondé de la garantie et de s'opposer à son paiement.

➤ **Effets du contrat : stipulations contractuelles et comportement antérieur des parties**

La Cour d'Appel de Paris (15 juin 2005) vient de juger que des usages répétés entre des parties commerçantes peuvent prévaloir sur des stipulations contractuelles écrites prévues entre celles-ci.

En l'espèce, une entreprise de commerce en gros d'habillement avait commandé début octobre 2001 différents produits à son fournisseur, avec lequel elle entretenait des relations d'affaires depuis six mois, la facture de cette commande ayant été émise mi-octobre.

Or, fin octobre, l'entreprise de commerce en gros avait décidé, conformément aux usages établis entre les deux partenaires, de retourner une partie des marchandises commandées et ne s'estimait débitrice que de la somme correspondant à la différence entre le montant de la facture initiale et le montant des marchandises retournées.

A l'inverse, le fournisseur réclamait le paiement de l'intégralité de la facture en se fondant sur une stipulation contractuelle selon laquelle, passé un délai de 48 heures, aucune marchandise ne pouvait être retournée sans son accord exprès.

Face à ce conflit opposant les stipulations contractuelles aux usages des parties, la Cour d'Appel de Paris s'est exprimée clairement en faveur de ces derniers.

Pour ce faire, elle s'est référée aux nombreux avoirs que le fournisseur avait accordés à son partenaire depuis le début de leur relation, concernant des retours de marchandises effectués au-delà du délai de 48 heures fixé contractuellement. Pour la Cour, il était donc établi qu'il existait un usage entre les deux partenaires concernant la reprise du surplus de livraison, et ce bien au-delà du délai contractuel invoqué par le fournisseur.

Ainsi, la Cour d'Appel de Paris a considéré que le refus du fournisseur de reprendre les marchandises fournies en trop grand nombre et la réclamation sans plus de précisions de l'application stricte des termes du contrat constituaient une rupture brutale et sans raison objective de l'usage qui s'était établi entre les parties.

Il convient en conséquence de demeurer particulièrement vigilant sur l'application des conditions générales, de façon à ne pas laisser s'établir un usage contraire qui pourrait, le cas échéant, prévaloir.