

Brèves Lamy Lexel

Février 2006

Droit des Affaires

➤ Inexécution d'un contrat d'entreprise et réparation en nature

Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas de défaillance du débiteur, mais le juge peut, lorsque cela est possible, ordonner une réparation en nature. Cette règle ne pose pas de problème lorsque c'est la victime qui demande la réparation en nature. En revanche, lorsque le débiteur (fauteur) de l'obligation proposait cette réparation, et que la victime s'y opposait, un doute subsistait.

La Cour de Cassation (3ème Civ. – 28 septembre 2005) énonce que l'entrepreneur, responsable des désordres de construction, ne peut pas imposer à la victime, ici le maître de l'ouvrage, la réparation en nature du préjudice subi.

➤ Indemnisation de l'agent commercial au titre de ses activités annexes

Un contrat d'agent rompu à l'initiative du mandant, sans faute grave de l'agent, donne lieu à indemnisation.

Dans le cas d'espèce, l'agent avait aussi une activité connexe d'importateur.

Cette activité, perdue du fait de la rupture des relations contractuelles, n'avait pas été incluse dans l'assiette du droit à indemnisation de l'agent, les juges ayant considéré qu'elle n'était pas accessoire au mandat.

En revanche, selon la Cour d'Appel d'Orléans (12 mai 2005), la cessation de cette activité d'importateur qui s'est exécutée pendant plusieurs années doit tout de même être indemnisée au titre de la brusque rupture des relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6, 5° du Code de Commerce.

Les activités « périphériques » d'un agent commercial, pour un même mandant, méritent d'être bien appréhendées car elles peuvent donner lieu à indemnisation à divers titres.

➤ La réception de livraison sans réserve couvre les défauts apparents de conformité

Un ensemble de matériels informatiques est réceptionné par l'acheteur, qui en a payé le prix. Un peu plus tard, il s'aperçoit que certains éléments livrés ne correspondent pas à ceux commandés (différences de marques et de références entre le bon de commande et la livraison effective) et engage une action en résolution de la vente

La Cour de Cassation (1^{ère} Civ. – 12 juillet 2005) rappelle que la réception sans réserve de la chose vendue couvre ses défauts apparents de conformité. Cette règle n'est toutefois valable que pour les défauts apparents.

Il convient donc de se montrer extrêmement vigilant lors de la réception d'une livraison, et s'il apparaît qu'elle n'est pas exactement conforme à la commande, il faut soit la refuser, soit émettre des réserves.

Droit des Sociétés

➤ Sort des cautions en cas de fusion-absorption de la société créancière ou de la société débitrice

Jusqu'à deux arrêts récents en date du 8 novembre 2005, la Cour de Cassation considérait, de manière constante, que le cautionnement était éteint (pour l'avenir) en cas de disparition de la personnalité morale du créancier bénéficiaire du cautionnement ou de l'emprunteur.

Ainsi, la caution était tenue pour les dettes nées avant l'opération de fusion mais se trouvait libérée pour les dettes nées postérieurement.

Dans une première espèce, une société de crédit-bail immobilier, bénéficiaire d'un cautionnement en garantie du paiement des loyers, a été absorbée par une autre société. Par suite de la mise en liquidation judiciaire de son débiteur, la société absorbante a actionné les cautions personnes physiques de la société débitrice. La question se posait alors de savoir si le cautionnement avait été transmis lors de la fusion-absorption de la société créancière.

La Cour de Cassation énonce « *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* ».

Dans une seconde espèce, la société débitrice, dont les engagements ont été garantis par une caution, a fait l'objet d'une fusion-absorption et, par suite, a été dissoute. La question se posait alors de savoir si le cautionnement avait été transmis lors de la fusion-absorption de la société débitrice cette fois.

Ici, la Cour maintient sa jurisprudence traditionnelle et considère que la caution demeure tenue pour les seules obligations nées avant l'opération de fusion. Mais elle précise les modalités d'application en affirmant que « *le contrat de bail en exécution duquel étaient dus les loyers avait été souscrit par la société titulaire du bail avant sa dissolution, et qu'ainsi, la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date* ».

La caution demeure donc tenue des seules dettes nées avant la dissolution de la société débitrice garantie, étant précisé qu'en cas de contrat à exécutions successives (tel que le contrat de bail), la Cour de Cassation retient désormais comme date de naissance des créances, non pas la date de chaque échéance, mais la date de conclusion du contrat.

➤ Le tutorat comme mode de transmission d'une entreprise

Depuis le 1^{er} janvier 2006, est entré en vigueur le dispositif de la loi Dutreil II du 2 août 2005 qui permet au cédant d'une entreprise commerciale, artisanale ou de services d'effectuer une prestation temporaire de tutorat, au bénéfice du cessionnaire de son entreprise, sans perdre ses droits à la retraite.

Ainsi, le texte prévoit une « *convention aux termes de laquelle le cédant s'engage à réaliser une prestation temporaire de tutorat* » visant « *la transmission au cessionnaire de l'expérience professionnelle acquise par le cédant* ». A ce titre, le tuteur pourra être rémunéré ou non et tout l'intérêt du régime réside évidemment dans le **possible cumul d'une rémunération avec le régime de retraite**.

Jusqu'alors, la poursuite par le chef d'entreprise d'une activité rémunérée après la transmission, et donc le cumul emploi retraite, n'était possible que pour les cédants âgés de 60 à 65 ans et pour une durée maximale de 6 mois.

Désormais, une autre alternative est ouverte aux chefs d'entreprise, mais elle comporte **des restrictions**. En effet, les bénéficiaires du dispositif de la loi Dutreil sont exclusivement les « cédants d'une entreprise », c'est-à-dire les cédants d'un fonds et non les cédants de titre de sociétés. De plus, les cédants devront également avoir liquidé leurs droits à la retraite.

L'accompagnement prévu par ledit dispositif comporte un avantage supplémentaire. En effet, à condition d'assurer la prestation de tutorat et de produire l'acte de vente de l'entreprise, le cédant peut demander le **versement d'une prime de transmission** par l'État (la gestion sera assurée par les caisses d'assurance vieillesse TNS).

Il est à noter que ce dispositif permet d'assurer la réussite de la transmission de l'entreprise, mais il vient également contrecarrer tout effort d'optimisation fiscale de la transmission, puisqu'il n'est pas rare qu'une restructuration de l'activité soit effectuée avant la cession et que l'entreprise passe en société par apport du fonds. Or, dans cette hypothèse, le régime du tutorat n'est pas applicable.

Concurrence et Distribution

➤ Liste et ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence

La loi du 15 mai 2001, puis une ordonnance de novembre 2004, avaient prévu que les litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante, ententes et prix abusivement bas) seraient attribués, selon le cas, « *aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont la liste est fixée par décret* ».

La liste des juridictions spécialisées en matière de concurrence vient enfin d'être établie par un décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 qui désigne les Tribunaux de Grande Instance et les Tribunaux de Commerce de **Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris** et **Rennes** comme seuls compétents pour connaître les litiges relatifs aux règles françaises et communautaires de la concurrence.

En outre, les recours contre les décisions de ces tribunaux sont dorénavant de la compétence exclusive de la **Cour d'Appel de Paris**.

Dans le contexte de la décentralisation des règles de concurrence communautaire, la spécialisation des juridictions devrait avoir pour effet de renforcer l'effectivité du droit de la concurrence.

➤ **Le secret des affaires devant le Conseil de la Concurrence**

Lorsqu'un tiers initie une procédure devant le Conseil de la Concurrence, les parties doivent lui communiquer des pièces au vu de l'instruction du dossier, ce qui peut se révéler très problématique lorsque les pièces contiennent des informations de nature à faire gagner des parts de marché à ceux qui en ont connaissance.

Depuis le décret n°2005-1668 du 27 décembre 2005, si une personne se prévaut du secret des affaires, elle peut demander au Conseil de la Concurrence, lors de la communication de documents, leur placement en **annexe confidentielle**. Cette annexe confidentielle nouvellement créée permet de sortir du « tout ou rien » et de moduler l'accès des parties aux informations qui y figurent.

Les documents figurant dans l'annexe confidentielle ne pourront être communiqués qu'aux personnes qui en ont besoin pour l'exercice de leurs droits, par l'entreprise qui a demandé le classement de ces pièces, ou sur décision du président du Conseil de la Concurrence si cette dernière refuse.

Dans la mesure où le président du Conseil de la Concurrence ne peut refuser le classement en annexe confidentielle que si l'entreprise n'a pas respecté cette procédure, ou si cette demande de classement est manifestement infondée, ces nouvelles dispositions permettront ainsi d'assurer aux entreprises une meilleure considération du secret de leurs affaires.

Droit Social

➤ **Travail dissimulé et indemnisation du salarié**

La chambre sociale de la Cour de Cassation a opéré un revirement de jurisprudence important en matière de travail dissimulé, dans plusieurs arrêts rendus en date du 12 janvier 2006.

Les dispositions de l'article L.324-11-1 du Code du Travail prévoient que le salarié auquel l'employeur a eu recours en violation des dispositions de l'article L.324-10 du Code du Travail sur le travail dissimulé a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire de 6 mois de salaire, à moins que l'application d'autres règles légales ou de dispositions conventionnelles ne conduise à une solution plus favorable.

La Cour de Cassation a considéré que ces dispositions ne font pas obstacle au cumul de cette indemnité avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail, à la seule exception de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

La Cour revient sur la position qu'elle avait adoptée sur cette question dans un arrêt en date du 15 octobre 2002, où elle considérait que l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L.324-11-1 du Code du Travail ne pouvait se cumuler avec les autres indemnités auxquelles le salarié pourrait

prétendre au titre de la rupture de son contrat de travail, seule l'indemnisation la plus favorable devant lui être accordée. Elle ne reprend pas non plus ce qu'elle avait affirmé dans un arrêt récent en date du 25 mai 2005 où elle avait admis le cumul de cette indemnité et de l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Il apparaît que la Cour de Cassation, par le biais de cet arrêt, cherche à dissuader les employeurs de recourir à toute forme de travail dissimulé. Les employeurs doivent donc se montrer de plus en plus vigilants sur la conformité des horaires effectués avec la durée du travail en vigueur dans l'entreprise.

➤ **Licenciement économique pour prévenir des difficultés économiques**

Dans deux arrêts en date du 11 janvier 2006, la Cour de Cassation a décidé que *« la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, et que répond à ce critère une réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ... »*.

En l'espèce, il s'agissait de la société « Pages Jaunes » qui avait procédé à une réorganisation de son service commercial afin d'adapter ses activités traditionnelles au développement des nouvelles technologies. Elle avait mis en place un plan de sauvegarde de l'emploi prévoyant la suppression de 9 postes, la modification de plus de 900 contrats de travail et la création de 42 nouveaux postes. Dans ce contexte, plusieurs salariés avaient contesté leur licenciement, considérant que ceux-ci étaient dénués de cause réelle et sérieuse. C'est dans ces conditions que la Cour de Cassation a adopté cette position qui permet à une entreprise d'anticiper des *« difficultés économiques prévisibles »*.

Certains commentateurs y voient un revirement, mais il convient d'être prudent dans la mesure où la motivation de ces décisions était liée à une situation objective fondée sur des évolutions technologiques et qui entraînait un nombre limité de licenciements, ainsi que des créations de postes.

➤ **Faute grave et mesures conservatoires**

Le fait de ne pas prendre de mesures conservatoires avant d'engager une procédure de licenciement disciplinaire ne remet pas en cause la validité de la faute grave invoquée par l'employeur à l'appui de la mesure de licenciement.

Telle est la solution dégagée par la Cour de Cassation dans un arrêt en date du 9 novembre 2005.

En l'espèce, un salarié licencié considérait que l'absence de mesures conservatoires prises pendant la procédure de licenciement permettait automatiquement d'écarter la qualification de faute grave retenue à son encontre.

La faute grave est définie comme une faute rendant impossible toute continuation des relations de travail, même pendant la durée du préavis. A ce titre, le salarié soutenait que, si une telle faute était réellement caractérisée, l'employeur aurait dû prononcer sa mise à pied à titre conservatoire afin qu'il quitte l'entreprise pendant la procédure de licenciement.

Cet argument peut paraître logique au premier abord, mais, d'un point de vue juridique, il n'est pas fondé. En effet, faire de la mise à pied conservatoire un préalable obligatoire à tout licenciement pour faute grave aurait conduit à ajouter une condition de fond qui n'a pas lieu d'être.

Les étapes et délais de la procédure légale de licenciement sont destinés à créer, préalablement à la notification, un échange entre le salarié et l'employeur et à permettre à ce dernier de prendre sa décision en toute connaissance de cause. Cela suppose donc que l'employeur doit rester libre, pendant la procédure de licenciement, de modifier sa position, soit en l'assouplissant, soit en la durcissant. Une obligation de prévoir une mesure conservatoire dès le début de la procédure irait à l'encontre de ces principes.

Pour autant, si, selon la Cour de Cassation, il n'est pas obligatoire de prononcer une mise à pied conservatoire en cas de faute grave, une telle mesure reste fortement conseillée.

L'arrêt de la Cour de Cassation illustre bien les conclusions que peuvent tirer les salariés de l'absence de mesure conservatoire. Les juges du fond ne sont généralement pas insensibles à cet argument qui, s'il n'autorise pas un rejet automatique de la faute grave, peut fortement les influencer dans leur appréciation.

Droit Fiscal

Rejoignez le Club de Réflexion Fiscale animé par les avocats fiscalistes de Lamy Lexel : une journée trimestrielle d'apport d'expertise et d'échange d'expérience...

Pour en savoir plus...

➤ **Nouvelles limites d'exonération des indemnités de rupture de contrat**

La loi de financement pour la sécurité sociale a opéré une **réduction sensible des plafonds d'exonération de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu appliquée aux indemnités de rupture de contrat** de travail (licenciement, mise à la retraite) ou de mandat social (indemnité de cessation forcée du mandat social).

La limite d'exonération de ces indemnités, antérieurement calculée par référence au barème de l'ISF, est abandonnée pour les indemnités versées au titre des ruptures intervenues après le 1^{er} janvier 2006.

Désormais, le plafond d'exonération applicable est fixé à 6 fois le plafond annuel de la sécurité sociale en vigueur au moment du versement des indemnités, soit pour 2006, 186.408 € (rappelons pour mémoire que le précédent plafond conduisait à une exonération maximale de 366.000 €).

Les indemnités de licenciement versées en dehors d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont exonérées de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu à hauteur du plus élevé des trois montants suivants :

- le montant prévu par la convention collective applicable,
- deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié,

- 50% du montant de l'indemnité,
les deux derniers montants étant plafonnés à 6 fois le plafond annuel de la sécurité sociale.

En revanche, les indemnités versées dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont toujours exonérées en totalité.

➤ **Nouvelles normes comptables et commentaires administratifs**

L'Administration Fiscale a publié le 30 décembre 2005 deux instructions fondamentales relatives aux implications fiscales de la mise en oeuvre des nouvelles normes comptables IFRS :

- l'une aborde les conséquences fiscales de la nouvelle méthode de comptabilisation et d'amortissement des éléments d'une immobilisation (dite méthode par composant),
- l'autre précise les implications fiscales des nouvelles règles comptables applicables aux opérations de fusion et assimilées.

➤ **Récupération de la TVA sur les péages (1996-2000)**

Aux termes d'une « saga » juridique qui aura duré près de sept ans, les usagers des autoroutes qui ont, au cours des années 1996 à 2000, acquitté des frais de péage sont désormais autorisés à **solliciter des sociétés d'autoroute des factures rectificatives** en vue de la **restitution de la TVA qui grevait ces péages**.

Rappelons pour mémoire que la délivrance de ces factures avait été interdite par l'Administration Fiscale et que cette interdiction a été jugée illégale par le Conseil d'Etat, dans le courant de l'année 2005.

A la fin de l'année 2005, le législateur avait projeté une mesure visant à proscrire la délivrance de factures rectificatives en cette matière.

Le Conseil Constitutionnel a censuré cette disposition législative et les usagers sont donc en droit :

- de solliciter les factures rectificatives, dans un premier temps,
- puis de réclamer auprès de l'Administration Fiscale le remboursement de la TVA grevant les péages.

Compte tenu des règles de prescription commerciale éventuellement applicables, il est possible que les sociétés d'autoroute invoquent la prescription des factures émises il y a plus de 10 ans et refusent la délivrance des factures rectificatives de factures initiales prescrites.

Dans ces conditions, il semble donc opportun d'interrompre le cours de la prescription, en assignant en justice lesdites sociétés d'autoroute afin qu'elles délivrent les factures rectificatives.

Soulignons en guise de conclusion que cette faculté est ainsi ouverte à **tous les usagers assujettis à la TVA** (et pas seulement aux transporteurs routiers) **qui ont acquitté des péages au cours de la période 1996 -2001**.

Pour en savoir plus, n'hésitez pas à contacter Jérôme CHETAIL (04 26 84 31 23 ou jchetail@lamy-lexel.com).

➤ **Abaissement du seuil de chiffre d'affaires à partir duquel les entreprises ont l'obligation de télé-déclarer et télé-régler la TVA**

A compter du 1^{er} janvier 2006, les entreprises ont l'obligation de souscrire leur déclaration TVA par la voie électronique et de régler leur TVA par la voie électronique, lorsque leur chiffre d'affaires hors taxes de l'exercice précédent est supérieur à 1.500.000 €.

Cette nouvelle obligation s'applique donc pour la première fois à la déclaration du mois de février, portant sur la TVA du mois de janvier 2006.

A compter du 1^{er} janvier 2007, le seuil de chiffre d'affaires concerné est abaissé à 760.000 €.

En cas de non respect de cette obligation de télé-déclaration et de télé-règlement de la TVA, l'administration pourra appliquer une majoration de 0,2% du montant des droits correspondant aux déclarations non déposées par la voie électronique ou du montant des sommes dont le versement n'a pas été effectué par la voie électronique.

Propriété Industrielle et Intellectuelle – Technologies Avancées

➤ **PME : crédit d'impôt pour dépenses d'équipement en nouvelles technologies**

Les PME peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt égal à 20% du montant des dépenses d'équipement en nouvelles technologies réalisées entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2007.

Sont notamment concernées les dépenses engagées dans l'intérêt direct de l'exploitation pour la mise en place :

- de systèmes de protection des réseaux Intranet et Extranet,
- d'un accès Internet à haut débit.

Le crédit d'impôt ne concerne que les dépenses de première acquisition ou de première installation et non celles liées à une modification, extension, ou à un renouvellement d'un réseau existant.

Pour bénéficier de ce crédit d'impôt, les PME doivent annexer une déclaration spéciale à leur déclaration annuelle de résultat.

➤ **Noms de domaines : seul le nom de domaine distinctif est susceptible de protection**

La Cour d'Appel de Paris (25 mai 2005) a refusé d'interdire en référé l'utilisation du nom de domaine « servicesfuneraires.fr » à son concurrent direct qui utilisait le nom de domaine « service-funeraire.fr ».

L'arrêt rappelle le principe selon lequel un « *nom de domaine est susceptible de protection par application de l'article 1382 du Code Civil* » pour éviter tout risque confusion. Mais il ajoute qu'il est nécessaire que

le nom de domaine concerné soit distinctif et non pas générique, pour bénéficier de cette protection.

Constatant que les noms de domaines susvisés n'étaient pas distinctifs, la Cour a refusé d'interdire l'usage de l'un au profit de l'autre.

S'il renforce la protection des noms de domaines ayant un caractère distinctif, cet arrêt risque d'affaiblir la protection juridique des noms de domaines dont les termes seraient génériques. Or, force est de constater que ces noms de domaines « génériques » sont légion sur le réseau des réseaux.

➤ Saisie contrefaçon : nullité du procès-verbal de saisie pour absence d'indépendance de l'expert

La Cour d'Appel de Paris a prononcé la nullité d'un procès verbal de saisie contrefaçon aux motifs que l'Expert assistant l'huissier instrumentaire n'était pas indépendant. En l'espèce, il s'agissait du conseil en propriété industrielle habituel du saisissant propriétaire d'un brevet.

La partie adverse avait soulevé que le conseil assistant l'huissier était nécessairement dans « *une position de subordination ou de dépendance économique, même involontaire* », ce qui nuisait à son impartialité.

Cet arrêt va à l'encontre de la jurisprudence antérieure qui était plutôt libérale quant à l'appréciation de l'indépendance de l'Expert. Il avait été admis que ce dernier puisse être le requérant lui-même, un de ses mandataires ou salariés, voire un conseil en propriété intellectuelle dont le rôle est d'assister l'huissier et non de se substituer à lui.

La Cour de Cassation (Cass. Com. - 8 mars 2005) avait également estimé que le conseil en propriété intellectuelle, fut-il le conseil habituel du saisissant, exerçait une profession indépendante dont le statut était compatible avec sa désignation en qualité d'Expert pour les opérations de saisie contrefaçon.

➤ Droit d'auteur : l'acquéreur d'un DVD a le droit d'en réaliser une copie privée numérique

La Cour d'Appel de Paris a rendu le 22 avril 2005 l'un des tout premiers arrêts en matière d'arbitrage entre les dispositifs de protection des œuvres et le droit de tout un chacun de réaliser une copie d'une œuvre légitimement acquise pour son usage privé.

En l'espèce, un particulier avait acheté un DVD qu'il n'avait pas pu copier numériquement suite à une mesure technique de protection. Il avait assigné le producteur du DVD pour avoir porté atteinte à son exception de copie privée prévue aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de Propriété Intellectuelle.

L'un des intérêts de cet arrêt (outre la clarté du raisonnement opéré par les magistrats) est de reconnaître que l'exception de copie privée s'applique quel que soit le support sur lequel l'œuvre est copiée (numérique ou analogique). Les magistrats font application du principe selon lequel "*là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer*".

La Cour a par ailleurs été sensible à l'argument selon lequel le prix du DVD comportait déjà une part de la rémunération légale destinée à l'auteur au titre de la reproduction de son œuvre (art. L. 311-1 du Code de la Propriété Intellectuelle).

Droit Public

➤ « Acheter vert » : la Commission Européenne publie un nouveau guide des marchés publics

La commission européenne a publié un manuel « Acheter Vert ». Il s'agit d'un manuel sur les marchés publics écologiques, dont l'objectif est d'expliquer comment intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics.

Ce guide est divisé en six chapitres relatifs aux stratégies d'achat écologique, à l'organisation des marchés publics, à la définition des exigences du marché, à la sélection des fournisseurs, prestataires de services ou contractants, à l'attribution du marché et aux conditions d'exécution du marché.

A titre introductif, il rappelle que les acheteurs du secteur public sont tenus à une obligation plus stricte que les acheteurs du secteur privé d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix et de garantir des procédures de passation de marchés équitables. Le meilleur rapport qualité/prix n'exclut pas les considérations environnementales. Par équitable, il faut entendre offrir l'égalité des chances et garantir la transparence.

S'agissant de la sélection des candidats, il précise qu'il est possible d'exclure des entreprises ayant commis des actes contraires à la législation et à la réglementation environnementale, dans la mesure où cela affecte leur moralité professionnelle.

S'agissant des critères relatifs à la capacité technique, l'expérience acquise par une entreprise et les qualifications professionnelles de son personnel représentent un bon moyen d'inclure des considérations écologiques. Afin de vérifier si les soumissionnaires sont à même de s'acquitter des mesures de gestion environnementale imposées par le marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent leur demander de démontrer leur capacité technique à cet égard.

L'application de critères d'attribution environnementaux est permise, pour autant que ceux-ci soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés dans l'avis de marché et le cahier des charges, et respectent les principes fondamentaux du droit de l'UE.

Le Code des Marchés Publics 2004 avait intégré le critère environnemental comme critère de choix des offres dans son article 53 aux termes duquel : « *Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, **ses performances en matière de protection de l'environnement**, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations.* »

➤ Dossier d'appel d'offres : des précisions sur le calcul des frais de reprographie

Dans une réponse ministérielle en date du 10 janvier 2006, le Ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales répondait à la question de savoir comment sont calculés les frais de reprographie qui sont demandés aux candidats à des marchés publics lors du retrait de dossiers d'appel d'offres.

Selon le ministre, l'article 41 du Code des Marchés Publics dispose que « *les pièces nécessaires à la consultation des candidats à un marché leur sont remises gratuitement. Toutefois, la personne publique peut décider que les pièces nécessaires à la consultation des candidats à un marché leur sont remises contre paiement des frais de reprographie* ».

Cette possibilité de mettre les frais de reprographie à la charge des candidats aux marchés publics résulte de la volonté d'éviter un coût excessif pesant sur les acheteurs publics, notamment dans l'hypothèse où un grand nombre d'entreprises demande les documents de la consultation sans formuler d'offre par la suite.

Cela étant, les acheteurs publics ne peuvent mettre à la charge des candidats que les frais de reprographie et non les frais d'acheminement par exemple.

Aucune disposition particulière ne précise les modalités de calcul de ces frais de reprographie ; il y a donc lieu de se reporter au décret n° 2001-493 du 6 juin 2001 relatif aux modalités de communication des documents administratifs et à l'arrêté du 1^{er} octobre pris pour son application.

En application de l'arrêté du 1^{er} octobre 2001, il revient à l'autorité administrative qui assure la délivrance de la copie de fixer ces coûts. Il appartient ainsi à l'acheteur, et non au prestataire auquel il a recours le cas échéant, de fixer le montant mis à la charge de chaque entreprise. Le décret du 6 juin 2001 précise que, pour le calcul des frais de reproduction, sont pris en compte le coût du support fourni au demandeur, le coût d'amortissement et de fonctionnement du matériel utilisé pour la reproduction du document, et que le montant fixé doit rester dans la limite du coût déterminé dans l'arrêté du 1^{er} octobre 2001, soit 0,18 euro par page A4, 1,83 euro pour une disquette, 2,75 euros pour un cédérom.

➤ **Quelle signature pour les permis de construire ?**

Aux termes de l'article 4 de la loi du 12 avril 2004 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, les décisions administratives doivent comporter « *la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité* » du signataire.

L'application de cette disposition au permis de construire donne lieu à des décisions jurisprudentielles contradictoires.

En effet, le Tribunal Administratif de Strasbourg a jugé irrégulier un permis de construire signé «le Maire» dans une décision du 4 mars 2004. Dans un arrêt du 3 mai 2005, la Cour Administrative d'Appel de Nantes a admis la validité de cette même signature.

La même Cour a jugé illégal le permis signé «Pour le Maire, l'Adjoint délégué» au motif que la mention d'une délégation ne peut suffire à identifier le signataire de l'acte (24 mai 2005).

Enfin, la Cour Administrative d'Appel de Nancy a annulé un permis de construire délivré par le Maire et qui comportait seulement sa qualité, mais ni son nom ni son prénom (17 novembre 2005).

Le Conseil d'Etat devra donc trancher entre la lettre de la loi et son esprit.

Droit Immobilier

➤ Vente d'immeuble et absence de transmission des droits et actions à fin de dommages et intérêts

En vendant son appartement, un propriétaire qui avait engagé une action à l'encontre de divers intervenants (pour des malfaçons apparues à la suite de travaux de rénovation) transmet-il à l'acquéreur le bénéfice de l'action judiciaire en dommages et intérêts intentée ?

La Cour de Cassation (Cass. Civ. 3 – 17 novembre 2004) répond négativement en rappelant le principe selon lequel la vente d'un immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur des droits et actions à fin de dommages et intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur en raison des dommages affectant l'immeuble antérieurement à la vente.

En pratique, il est donc conseillé d'insérer dans l'acte de vente une clause réservant à l'acquéreur la poursuite ou la transmission de cette action, d'autant qu'à défaut d'une telle clause, le défendeur ne manquera pas de soulever le défaut de qualité à agir de l'acquéreur.

➤ Conditions d'indemnisation du locataire commercial ayant effectué des travaux incombant au bailleur

En cas de non-respect par le bailleur commercial de son obligation d'entretien des lieux loués, le preneur ne peut obtenir remboursement des frais engagés qu'à la double condition d'avoir mis son cocontractant en demeure de réaliser les travaux et, en cas de refus d'intervenir ou en l'absence de réponse de sa part, d'avoir été autorisé en justice à agir en ses lieu et place (i.e. à réaliser les travaux).

En cas d'urgence (en l'espèce, une mise en demeure adressée par la commission de sécurité et d'accessibilité de réaliser certains travaux dans un délai imparti), le preneur peut-il être dispensé de ces deux conditions et effectuer les travaux de son propre chef, se substituant ainsi au bailleur défaillant?

La Cour de Cassation (Cass. Civ. 3 – 11 janvier 2006) répond par la négative en affirmant qu'en l'absence de mise en demeure adressée au bailleur d'avoir à effectuer les travaux et de décision de justice autorisant le preneur à les exécuter, le bailleur n'était pas tenu d'en supporter la charge.

Une telle solution est classique et n'apparaît pas contestable dans la mesure où le preneur pressé et prudent pourra obtenir rapidement devant le juge des référés l'autorisation d'exécuter les travaux.

En pratique, malgré le caractère d'urgence, il convient de respecter les conditions ci-dessus.

Contentieux – Arbitrage – Médiation

➤ **Le droit de retrait litigieux s'applique même en cas de cession d'un ensemble de créances**

Le droit de retrait litigieux, prévu par les dispositions de l'article 1699 du Code Civil, permet au débiteur d'une créance litigieuse – c'est-à-dire faisant l'objet d'une contestation au fond et d'un procès – cédée à un tiers cessionnaire, de se faire tenir quitte de la créance en payant entre les mains de celui-ci le montant du prix de cession de la créance, augmenté des « *frais et loyaux coûts, avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession* ».

L'exercice du droit litigieux, outre qu'il limite la spéculation sur les cessions de créances litigieuses, permet de mettre fin rapidement à une procédure judiciaire sur ces créances.

Néanmoins, le retrait litigieux peut-il être exercé dans le cas d'une cession globale de créance, selon un prix global calculé statistiquement ?

En l'espèce, une société MCS s'était fait céder par la société Volkswagen Finance un ensemble de créances, pour un prix calculé selon une méthode statistique, dont une créance litigieuse d'une personne physique au titre d'une location avec option d'achat, laquelle, s'étant vu signifier la cession de sa créance, avait décidé d'exercer son droit de retrait litigieux.

Après avoir rejeté sa demande tendant à se faire communiquer par le cédant et le cessionnaire le prix de la cession, au motif que la cession était intervenue « pour un prix global calculé statistiquement et non créance par créance », la Cour d'Appel l'a condamnée à payer un prix qu'elle contestait.

La Cour de Cassation (Cass. Civ. 1^{ère} - 12 juillet 2005) a cassé cet arrêt pour refus d'application de l'article 1699 du Code Civil, en considérant que l'exercice du droit de retrait litigieux est possible même dans cette hypothèse.

Ainsi, lorsqu'une créance fait l'objet d'une contestation au fond dans le cadre d'une procédure judiciaire, le débiteur qui se voit signifier la cession de cette créance litigieuse à un tiers cessionnaire peut toujours désintéresser celui-ci en payant entre ses mains le prix de cession de la créance et de ses accessoires, et ce quel que soit le mode de calcul de ce prix.

➤ **Copropriétaires : attention aux délais !**

Un arrêt de la Cour de Cassation (Cass. Civ. 3^{ème} – 12 octobre 2005) sonne le glas de toute la jurisprudence considérant que le délai de deux mois imparti pour exercer un recours en annulation d'assemblée générale ne s'appliquait pas au copropriétaire opposant ou défaillant qui n'avait pas été convoqué ou avait été irrégulièrement convoqué (il bénéficiait jusqu'alors d'un délai de dix ans pour engager une action en contestation).

Désormais, le délai de deux mois à compter de la notification du procès verbal d'assemblée générale s'applique à tous.

➤ **Bail commercial : bailleur et obligation d'entretien décent**

Un arrêt de la Cour de Cassation (Cass. Civ. 3^{ème} – 28 juin 2005), sévère pour le preneur, rappelle que le bailleur est seulement tenu de l'entretien des lieux loués en l'absence de stipulations particulières.

La Cour d'Appel avait en l'espèce sanctionné un bailleur qui avait failli à son obligation de maintien en état décent de l'immeuble, sur le fondement de la faute contractuelle (article 1719 du Code Civil) justifiant l'octroi d'une indemnisation pour le preneur.

International

➤ **L'exclusion tacite de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises doit être consciente**

Dans le cadre d'une vente internationale de marchandises, une société portugaise a vendu à une société française, par l'intermédiaire d'une autre société française et d'une société tunisienne, 80.000 litres de produit dés herbant.

Les produits ayant présenté à réception des vices cachés imputables au fabricant, les rendant impropres à leur usage, les acheteurs ont demandé la condamnation du fabricant sur le fondement des articles 1641 et suivants du Code Civil français, relatifs à la garantie des vices cachés.

Le fabricant a fait grief à la Cour d'Appel de Rennes (28 janvier 1999) d'avoir statué selon le droit français alors que, selon lui, s'agissant d'une vente internationale de marchandises, le juge aurait dû appliquer, même d'office, les articles 35 à 40 de la Convention de Vienne.

La Cour de Cassation (Cass. Civ. 1^{ère} – 25 octobre 2005) a rappelé tout d'abord le principe selon lequel la Convention de Vienne constitue le droit substantiel français et s'impose dès lors au juge qui est tenu d'en faire application. Ce rappel souligne la place importante qu'occupe aujourd'hui la Convention de Vienne en droit interne français.

La Cour de Cassation a toutefois ajouté que les parties peuvent exclure, même tacitement, l'application de la Convention de Vienne, comme le prévoit l'article 6 de ladite convention, pour autant que « *toutes les parties aient, en connaissance du caractère international des ventes qu'elles avaient conclues, volontairement placé la solution de leurs différends sous le régime du droit interne français de la vente.* »

En l'espèce, le fait d'invoquer et de discuter sans réserve la garantie des vices cachés définie aux articles 1641 et suivants du Code Civil démontrait le choix tacite des parties d'exclure l'application de la Convention de Vienne.

Par cet arrêt, la Cour de Cassation a fait une application restrictive de l'article 6 de la Convention de Vienne et a encadré les possibilités d'exclusion tacite de la Convention, s'alignant ainsi sur la position de nombreuses juridictions étrangères du fond.

➤ **Nécessité d'une acceptation claire et précise de toute clause attributive de juridiction**

L'article 23 du Règlement Communautaire n° 44/2001 du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, prévoit que les parties peuvent convenir de déroger aux règles communautaires de détermination de la juridiction compétente.

Cette convention attributive de juridiction peut prendre trois formes :

- écrite ou verbale avec confirmation écrite,
- conforme aux habitudes des parties,
- ou conforme à un usage connu et régulièrement observé dans ce type précis d'opérations.

En l'espèce, la clause attributive de juridiction était inscrite dans les conditions générales de vente d'une des parties figurant au verso du bon de commande avec :

- une phrase de renvoi aux conditions générales de vente, indiquée au recto en bas du document, en dessous de l'indication du siège social et en petits caractères d'imprimerie ;
- la signature et le timbre du client portés au recto en haut à droite du bon de commande, c'est-à-dire à l'opposé de la phrase de renvoi susmentionnée.

Compte tenu de ces éléments, la Cour d'Appel de Versailles (23 juin 2005) a considéré que la clause attributive de juridiction ne respectait pas l'exigence de l'écrit imposée par le Règlement précité, dans la mesure où le renvoi à la clause attributive de juridiction figurant au recto du bon de commande n'était pas suffisamment apparent.

Ce faisant, la Cour a ajouté aux conditions posées par le Règlement et transposé aux situations régies par le règlement précité le formalisme de l'article 48 du Nouveau Code de Procédure Civile français qui exige que la clause soit spécifiée « *de façon très apparente* » afin de vérifier que la partie à laquelle la clause attributive de juridiction est opposée y a effectivement consenti.

➤ **Le fabricant, qui est présumé connaître le défaut du produit vendu, ne peut se prévaloir de la déchéance du droit à conformité pour non dénonciation du défaut dans un délai raisonnable**

Une société italienne a vendu à une société française des pièces détachées métalliques devant répondre à certaines spécifications techniques, dont le respect était notamment prouvé par la production d'un procès-verbal d'analyse du métal employé. Lors de la troisième livraison, ledit certificat n'a pas été livré avec les marchandises, qui ont pourtant été réceptionnées sans réserve par la société française.

Deux ans après cette livraison litigieuse, une société acheteuse de certaines des pièces détachées a constaté des défauts qui se sont avérés, suite à expertise, liés à une non conformité du métal aux spécifications techniques requises, des matières ayant été mélangées au cours du coulage du métal.

Afin d'échapper à sa responsabilité, la société italienne fabricante des pièces avait invoqué les articles 38 et 39 de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises. Ces articles prévoient en particulier que l'acheteur doit, premièrement, examiner les marchandises dans un délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances et, deuxièmement, dénoncer tout défaut de conformité dans un délai raisonnable et au plus tard dans un délai de deux ans à compter de la réception des marchandises.

La Cour de Cassation (Cass. Civ. 1^{ère} – 4 octobre 2005) a rejeté cet argument en se fondant sur l'article 40 de la Convention de Vienne qui dispose que « *le vendeur ne peut pas se prévaloir des dispositions des articles 38 et 39 lorsque le défaut de conformité porte sur des faits qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer et qu'il n'a pas révélés à l'acheteur.* »

En l'espèce, la Cour de Cassation a considéré que le vendeur, par ailleurs fabricant des pièces, ne pouvait pas ignorer le vice, qu'il avait d'ailleurs délibérément caché à l'acheteur en ne produisant pas le procès-verbal d'analyse du métal.

➤ **L'interdiction de gérer prononcée par une juridiction française à l'encontre d'un dirigeant est susceptible de concerner la direction d'une société étrangère**

Le dirigeant d'une société française ayant déposé le bilan peut, dans certaines conditions, être déchu du droit de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ainsi que toute entreprise ayant toute autre activité indépendante (article L 625-2 et L 625-8 du Code de Commerce). Toute infraction à cette déchéance est pénalement sanctionnée.

La Cour d'Appel de Douai (22 septembre 2005) vient de préciser que pouvait être sanctionné pour une telle violation l'ancien dirigeant d'une société française, condamné à l'interdiction de gérer et qui avait pris la direction d'une société portugaise tout en exerçant ses fonctions à partir de son domicile français.

Cette décision est motivée par le fait que :

- les dispositions du Code de Commerce en la matière ne limitent pas la déchéance qu'elles édictent à la direction des seules sociétés françaises,
- en conséquence, toute infraction à cette déchéance peut être sanctionnée, quelle que soit la nationalité de la société concernée, à partir du moment où l'infraction peut être constatée en France,
- au cas particulier, il avait pu être démontré que les décisions de gestion concernant la société portugaise avaient été prises par le dirigeant à partir du territoire français, ce qui permettait de localiser la commission de l'infraction sur ce territoire.