

# Brèves Lamy Lexel

## Mars 2006

### Droit des Affaires

#### ➤ **Obligation de conseil**

Un entrepreneur a construit une maison située près d'une route générant des nuisances sonores importantes.

La Cour de Cassation a jugé (26 octobre 2005) que, même s'il avait respecté les normes d'isolation phonique en vigueur, cet entrepreneur n'avait pas respecté son obligation de conseil envers le maître de l'ouvrage, car l'entrepreneur était à même de se rendre compte de l'insuffisance des normes légales, à la différence de son client profane en la matière.

Cette décision pourrait avoir de nombreuses répercussions tant les normes à respecter, et à apprécier en qualité de professionnel, sont nombreuses.

#### ➤ **Garantie légale de conformité**

L'ordonnance du 17 février 2005 a introduit, au profit des acheteurs de biens meubles corporels neufs ou d'occasion, une garantie légale de conformité de 2 ans à compter de la délivrance du bien, et ce à condition que le vendeur agisse comme professionnel et que l'acheteur soit un consommateur.

Notons que sont exclues de ce nouveau régime les ventes aux enchères et les ventes réalisées dans le cadre d'un dépôt-vente.

#### ➤ **Crédit aux entreprises**

A compter du 1<sup>er</sup> juin 2006, tout concours bancaire, autre qu'occasionnel, accordé à une entreprise ne pourra être réduit que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis de 60 jours minimum, pour toutes les catégories de crédit (Décret du 30 décembre 2005, Article D. 313-14-1 du Code Monétaire et Financier).

Rappelons en outre que les prêts accordés aux personnes morales échappent à la réglementation sur l'usure, sauf s'il s'agit de découverts en compte.

### Droit des Sociétés

### ➤ **Étendue de la mission de contrôle des membres du Conseil de Surveillance d'une société holding**

Aux termes de l'article L 225-68 du Code de Commerce, dans les SA (Sociétés Anonymes) à Directoire et Conseil de Surveillance, le Conseil de Surveillance a pour mission essentielle d'exercer « *le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire* ».

En l'espèce, deux membres du Conseil de Surveillance de la société M ont demandé au Directoire de leur communiquer toutes les informations utiles à leur mission, y compris celles relatives aux sociétés dans lesquelles la société M détient des participations.

Dans un arrêt du 30 août 2005, la Cour d'Appel de Paris a rejeté la demande présentée par les deux membres du Conseil de Surveillance, au motif que leur mission de contrôle de la gestion est limitée à la société holding et ne saurait s'étendre de plein droit aux sociétés dans lesquelles la société holding possède des participations qu'il n'entre pas dans leur mission de contrôler, sauf à démontrer que des pièces précisément énumérées sont nécessaires à l'efficacité de leur contrôle de la société holding.

Pour autant, il ne faut pas en déduire que le Conseil de Surveillance d'une société holding ne peut en aucun cas faire d'investigations dans les filiales. En effet, la Cour d'Appel n'oppose pas un refus absolu à la demande de communication de pièces relatives aux filiales. Elle répond simplement que la demande présentée était trop générale. Elle aurait dû porter sur des pièces précisément énumérées, en indiquant pourquoi elles étaient réclamées, de façon à permettre au juge de s'assurer qu'elles étaient nécessaires à l'accomplissement de la mission des membres du Conseil.

Selon nous, cette décision peut être étendue aux SA dotées d'un Conseil d'Administration.

### ➤ **Étendue d'une garantie d'actif et de passif**

A l'occasion de la cession des actions d'une société organisant des foires et salons, le cédant a garanti l'existence et la validité de tous les agréments et de toutes les autorisations nécessaires à l'exercice normal des activités de la société.

Par la suite, les autorités administratives ont modifié les dates de tenue du plus important salon organisé par la société.

L'acquéreur a alors mis en jeu la garantie de passif, soutenant que cette modification avait porté une atteinte considérable au principal actif de la société et que le cédant en avait eu connaissance par un courrier de l'administration antérieur à la cession, courrier qu'il ne lui avait pas communiqué.

La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 24 juin 2005, a rejeté cette demande au motif, tout d'abord, que le cédant ne s'était engagé sur aucune date des manifestations organisées par la société.

En effet, il lui était impossible de garantir la pérennité des pratiques antérieures, tributaires de décisions de l'administration, seule maîtresse en ce domaine.

De plus, la Cour a rejeté la demande au motif que, dans le courrier que l'acquéreur reprochait au cédant de ne pas lui avoir communiqué, l'administration sollicitait simplement un entretien « *pour réexaminer à partir de l'année prochaine les dates auxquelles pourrait avoir lieu* » le salon en question. Ainsi, le courrier litigieux ne pouvait pas s'analyser comme une remise en cause des dates de tenue du salon dont le cédant aurait dû faire part à l'acquéreur et qui n'avait été imposée à la société que plusieurs mois après la cession.

Cette décision peut sembler sévère.

Il est vrai que le cédant n'avait pas formellement garanti les dates des manifestations. Il n'avait pas non plus formellement eu connaissance d'une modification des dates du principal salon organisé par l'entreprise. Néanmoins, il savait que l'administration envisageait éventuellement de les modifier.

Cette décision illustre l'attention particulière qu'il convient de porter à la rédaction des garanties d'actif et de passif à l'occasion de la vente d'une entreprise et de leur nécessaire adaptation à l'activité de celle-ci.

## **Droit Social**

### **➤ Modalités d'attribution du bonus exceptionnel de 1.000 euros**

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 a ouvert aux employeurs la possibilité de verser, du 1er janvier au 31 juillet 2006, dans certaines conditions, un bonus exceptionnel d'un montant maximum de 1 000 € par salarié, exonéré de cotisations de sécurité sociale.

La Direction de la Sécurité Sociale (DSS) a précisé, dans une circulaire du 5 janvier 2006, les modalités d'application de ce dispositif et souligné que ce bonus n'a pas la nature d'une prime d'intéressement ; il s'agit d'une mesure sui generis, non reconductible.

### **Quelles sont les entreprises bénéficiaires ?**

Sous réserve d'être couvertes par un accord de branche concernant les salaires versés en 2006 ou d'avoir conclu un accord d'entreprise en la matière concernant l'ensemble des salariés, toutes les entreprises peuvent mettre en oeuvre la mesure.

S'agissant des très petites entreprises dépourvues de délégués syndicaux ou de salariés mandatés, il leur est possible de conclure un accord salarial, incluant le cas échéant le versement de ce bonus, selon les modalités applicables à la conclusion des accords d'intéressement (négociation au sein du comité d'entreprise ou ratification à la majorité des deux tiers du personnel).

### **Quelles sont les conditions d'attribution ?**

L'attribution du bonus doit respecter les principes suivants :

- ***Non substitution***

Le bonus ne peut pas se substituer à des augmentations de rémunération ou à des primes conventionnelles prévues par l'accord salarial ou par le contrat de travail, ni à aucun des éléments de rémunération entrant dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

**- Montant modulable**

Le bonus doit être accordé à tous les salariés de l'entreprise mais son montant peut être modulé selon les salariés sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs : salaire, niveau de classification / qualification, ancienneté, durée de présence dans l'entreprise. En revanche, une modulation en fonction de la durée du travail (temps partiel, notamment) n'est pas autorisée.

**Quelles sont les modalités de versement ?**

La mise en place du bonus, son montant et ses modalités de versement doivent être décidés avant le 30 juin 2006, par un accord collectif ad hoc, dans le cadre de l'accord salarial d'entreprise applicable en 2006, ou par décision unilatérale de l'employeur. Le versement du bonus doit intervenir entre le 1er janvier et le 31 juillet 2006.

**Quel est le régime social et fiscal ?**

Sous réserve que soient respectés les modalités d'attribution et les délais de versement, et que l'employeur notifie, avant le 31 décembre 2006, à l'Urssaf le montant des sommes versées aux salariés, en précisant le montant par salarié, le bonus exceptionnel n'est pas assujéti aux cotisations de sécurité sociale.

Le bonus demeure, en revanche, soumis à la CSG et à la CRDS.

Il est également assujéti à l'impôt sur le revenu. Il convient de noter que, dans les entreprises disposant d'un plan d'épargne d'entreprise (PEE), si le salarié affecte à la réalisation de ce plan tout ou partie des sommes qui lui sont versées au titre du bonus, ces sommes sont exonérées d'impôt sur le revenu dans la limite d'un plafond de 15 534 €. Ce versement doit être effectué directement par l'employeur à la demande du salarié. Dans le cas contraire, et même si le salarié procède ultérieurement à ce versement, il ne pourra plus bénéficier de l'exonération fiscale.

**Attention !**

Si votre entreprise fait partie de celles qui ont versé ce bonus dès la publication de la loi le créant, soit avant le 1er janvier 2006, il est admis que les sommes ainsi attribuées bénéficient de l'exonération de cotisations sociales, sous réserve :

- qu'aucun autre bonus ne soit versé en 2006, le bonus ayant en effet un caractère exceptionnel ; dans l'hypothèse où vous auriez décidé de verser le bonus en deux fractions, l'une avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et l'autre après, celle versée en 2006 sera considérée comme un élément de rémunération et traitée comme tel,
- que le montant des sommes versées au titre du bonus et le montant par salarié soient notifiés à l'URSSAF avant le 31 mars 2006.

➤ **La CNIL refuse d'autoriser les traitements de contrôle d'accès et de gestion des horaires reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales**

La Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) distingue, lorsqu'elle est amenée à apprécier les dispositifs de contrôle des salariés dans les entreprises, le type de biométrie utilisé : biométrie « à traces » ou biométrie « sans traces », c'est-à-dire selon qu'il existe ou non la possibilité de récupérer une donnée biométrique à l'insu de la personne.

Dans le cas des biométries « à traces », parmi lesquelles figurent les empreintes digitales, la CNIL apprécie le mode de stockage des données (fichier ou support individuel) au regard de l'existence ou non d'un impératif particulier de sécurité. Elle estime en effet que *« le traitement, sous une forme automatisée et centralisée, des empreintes digitales ne peut être admis, compte tenu à la fois des caractéristiques de l'élément d'identification physique retenu, des usages possibles de ces traitements et des risques d'atteintes graves à la vie privée et aux libertés individuelles en résultant, que dans la mesure où des exigences impérieuses en matière de sécurité ou d'ordre public le justifient »*. Autrement dit, il faut que la mesure soit adaptée et proportionnée au but recherché.

C'est la raison pour laquelle, dans sa séance du 12 janvier dernier, et peu important que le motif soutenu par l'entreprise concernée soit légitime, elle n'a pas autorisé la mise en place de trois dispositifs de contrôle d'accès et d'un dispositif de contrôle des horaires reposant sur le traitement, dans une base de données, des empreintes digitales.

### ➤ **Cadre dans lequel doit être mise en œuvre l'obligation de réintégration**

En cas de licenciement pour motif économique, il est de jurisprudence constante de considérer que la situation doit s'apprécier, pour ce qui est du motif économique justifiant une telle mesure, dans la branche d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise et, pour ce qui est de l'obligation de reclassement à mettre en œuvre préalablement au licenciement, dans l'ensemble de ce groupe.

Mais, jusqu'à présent, aucune décision n'était venue préciser le cadre dans lequel devait s'opérer la réintégration d'un salarié licencié pour motif économique, mais dont le licenciement avait été purement et simplement annulé pour insuffisance de plan social : l'employeur devait-il rechercher un poste dans l'entreprise au sein de laquelle travaillait le salarié antérieurement à la rupture de son contrat de travail ou devait-il, étant supposé que l'ancien poste du salarié n'était plus vacant, étendre ses recherches dans le groupe ?

La Cour de Cassation a tranché cette question dans un arrêt du 15 février 2006 : l'obligation de réintégration ne s'étend pas au groupe ; elle a, pour seul cadre, l'entreprise.

Cette décision s'explique par le fait que la nullité d'un licenciement implique obligatoirement la poursuite du contrat de travail comme si celui-ci n'avait jamais été interrompu.

En revanche, elle ne facilitera probablement pas la réintégration du salarié, dans la mesure où il ne sera pas nécessairement aisé, dans une période de réorganisation et de suppression de postes, de proposer, dans le seul cadre de l'entreprise, un poste au salarié licencié.

## **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...

### ➤ Le récent guichet fiscal unique des entreprises annonce le guichet fiscal unique pour les particuliers

Le **guichet fiscal unique pour les entreprises** ou « Service des Impôts des Entreprises » (SIE) est effectif depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

Ce guichet fiscal unique devient l'interlocuteur unique des PME, des professions libérales, des commerçants et des artisans pour l'ensemble de leurs démarches fiscales.

Ces derniers vont désormais s'adresser à ce guichet pour effectuer la déclaration et le paiement de leurs impôts professionnels et n'auront plus à déterminer vers lequel des cinq anciens services compétents (le centre des impôts, la recette des impôts, la trésorerie, le centre départemental d'assiette, la direction des services fiscaux) ils doivent adresser leurs demandes.

Seules la taxe professionnelle et la taxe foncière restent gérées par les trésoreries, jusqu'au transfert programmé pour 2008.

Le Gouvernement a l'intention, d'ici 2008, d'étendre progressivement ce dispositif à l'ensemble des contribuables pour l'essentiel de leurs démarches fiscales.

Ainsi, un interlocuteur fiscal unique devrait remplacer les actuels *centres des impôts* et *trésoreries* en permettant aux contribuables de traiter en une seule démarche l'essentiel de leurs demandes (par exemple, rectifier une déclaration d'impôt, payer un impôt, informer l'administration fiscale d'un changement d'adresse...).

L'objectif de simplification des démarches fiscales pour les entreprises et les contribuables est donc clairement affiché et commence à se mettre en place.

### ➤ Des délais plus longs pour la déclaration des revenus de 2005

Cette année, pour la première fois, les déclarations pré identifiées des revenus perçus en 2005 que recevront les contribuables à leur domicile, ou qui seront mises en ligne sur Internet en cas de télé déclaration, seront pré remplies.

Cette déclaration pré remplie sera adressée aux contribuables dans le courant du mois de mai prochain : les principaux revenus des contribuables seront d'ores et déjà indiqués sur leur déclaration. Il s'agit en réalité des revenus dont l'Administration Fiscale a pu avoir connaissance par ailleurs, et notamment des salaires, des retraites, des allocations chômage, des indemnités journalières de maladie...

Il appartiendra ensuite au contribuable, d'une part, de vérifier la justesse des montants pré indiqués et, au besoin, de les corriger et, d'autre part, de déclarer les revenus qui n'auraient pas été mentionnés.

Puis, tout comme l'année dernière, le contribuable aura le choix entre :

- **adresser par courrier sa déclaration**

Dans cette hypothèse, chaque contribuable aura jusqu'au **mercredi 31 mai minuit au plus tard** pour déposer sa déclaration sous forme papier au centre des impôts de son domicile.

- **télé déclarer sur le site Internet des impôts**

Il est alors accordé aux contribuables qui choisissent de télé déclarer leurs revenus un **délai supplémentaire** dont le terme dépend de la zone dans laquelle se situe leur domicile (et outre **la merveilleuse réduction de 20 euros** qui est reconduite) :

- pour les contribuables qui résident dans la **zone C** (académies de Bordeaux, Créteil, Paris, Versailles, Guadeloupe, Guyane, Martinique) : jusqu'au **13 juin minuit**,
- pour les contribuables qui résident dans la zone **B** et **la Corse** (académies d'Aix-Marseille, Amiens, Besançon, Dijon, Lille, Limoges, Nice, Orléans-Tours, Poitiers, Reims, Rouen, Strasbourg) jusqu'au **20 juin minuit**,
- pour les contribuables qui résident dans la zone **A** et **la Réunion** (académies de Caen, Clermont-Ferrand, Grenoble, Lyon, Montpellier, Nancy-Metz, Nantes, Rennes, Toulouse) : jusqu'au **27 juin minuit**.

**Dispositions particulières pour les sociétés civiles immobilières**

En outre, par décision ministérielle, la date de dépôt des déclarations 2072 (sociétés civiles immobilières non soumises à l'IS) a été **prorogée au 31 mars 2006** (au lieu du 28 février).

## **Propriété Industrielle et Intellectuelle – Technologies Avancées**

- **Conditions générales de vente (CGV) jointes à un formulaire d'abonnement : la signature sous une mention préimprimée suffit à intégrer les CGV dans le champ contractuel**

La Cour de Cassation (Cass. Civ. - 15 novembre 2005) vient d'exprimer une solution dont personne ne doutait vraiment, mais dont l'enjeu s'avère considérable en pratique.

Elle a confirmé que, dans un contrat d'adhésion, une personne physique était valablement engagée par les conditions générales de vente en signant sous une mention préimprimée qui déclarait : « *Je reconnais avoir pris connaissance et accepté les conditions générales de service figurant au verso (...)* ».

Il est vrai qu'en pratique, il n'est pas rare que ces conditions générales ne soient pas lues dans leur intégralité. La plupart du temps, la signature du client n'implique pas de sa part un consentement éclairé et réfléchi.

Certaines décisions, bien que rares et isolées, ont pu considérer que la signature d'un bon de commande ou d'un abonnement n'emportait pas l'adhésion à toutes les clauses.

Cependant, ce récent arrêt vient rappeler avec force le principe selon lequel les documents contractuels et acceptés comme tels font loi entre les parties.

### ➤ Noms de domaines : application de la règle "premier arrivé premier servi"

Un diamantaire belge a pris de vitesse la SNCF en demandant la réservation du nom de domaine « eurostar.eu » qui correspondait à sa marque déposée « Eurostar Diamond Traders ». Cette demande a été enregistrée six minutes avant celle de la SNCF et de ses partenaires anglais qui avaient déposé la célèbre marque « Eurostar ».

La société Eurostar UK Ltd et la SNCF ont saisi le Tribunal de Commerce de Paris statuant en référés pour lui demander d'ordonner au diamantaire belge de retirer sa demande d'enregistrement et lui interdire de fournir les preuves justificatives à l'appui de sa demande. Les demandeurs se fondaient sur un accord de coexistence passé en 2004 par les sociétés en question sur leurs marques.

Mais aux yeux du Tribunal de Commerce de Paris, cet accord de coexistence concernait les usages de la marque "Eurostar" mais ne contenait aucune disposition relative aux noms de domaine qui existaient déjà en 2004 (Eurostar.com ou Eurostar.fr). Il a donc rejeté les demandes de la Eurostar UK Ltd et de la SNCF (Ord. Référé Paris - 10 janvier 2006).

### ➤ Contrats B to C : vers l'application de la seule loi du consommateur ?

La Commission Européenne vient de rendre publique une proposition de règlement destinée à harmoniser les règles relatives au droit applicable dans les contrats internationaux conclus par des personnes ou entreprises établies en Europe.

Aujourd'hui, pour déterminer la loi applicable aux contrats, il faut se référer à la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui consacre le principe de la « loi d'autonomie ». Selon ce principe, et sauf fraude à la loi, les parties sont libres de désigner la loi applicable au contrat.

Cette liberté de choix est limitée lorsque le contrat s'adresse aux consommateurs. En effet, la loi choisie ne peut avoir pour effet de priver le consommateur des protections impératives qui lui sont accordées par la loi du pays dans lequel il réside (article 5.2 de la convention précitée). Cependant, cette disposition posait parfois des problèmes d'interprétation sur la notion de « règle impérative ».

Devant ces difficultés, la Commission apporte une nouvelle solution : les contrats de consommation seront régis par la loi de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

Le projet précise que cette loi sera applicable à la condition que l'activité du commerçant (par exemple un site Internet de vente en ligne) soit dirigée vers l'État du consommateur.

Toutefois, il ne suffira pas que le site Internet soit simplement accessible depuis le pays du consommateur, mais « *qu'il invite à la conclusion de contrats (...) et qu'un contrat soit effectivement conclu à distance par tout moyen* » selon les propres termes de la Commission.

Si ce projet aboutissait, les commerçants souhaitant vendre leurs produits ou services en ligne devraient veiller à respecter l'ensemble des lois nationales des consommateurs.

# Droit Public

## ➤ **Expulsion d'un locataire du domaine privé d'une commune et compétence du juge : pourquoi faire simple ?**

Le Conseil d'Etat a précisé la répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives concernant les litiges pouvant naître entre une commune et un locataire d'une dépendance du domaine privé.

En l'espèce, une commune louait un logement dans un bâtiment déclassé du domaine public et anciennement occupé par une école. Elle proposait aux locataires, entrés dans les lieux avant le déclassement, d'acquérir le bien. Un compromis de vente était signé, cependant les occupants n'obtenaient pas le prêt escompté. La commune leur notifiait leur congé et leur enjoignait de quitter les lieux dans un délai de deux mois. Les locataires refusant de quitter le logement, la commune saisissait le Tribunal Administratif d'une demande d'expulsion.

Le juge des référés du Tribunal Administratif, après avoir retenu que le logement faisait désormais partie du domaine privé de la commune, et que le contrat de location litigieux était un contrat de droit privé dans la mesure où il ne comportait aucune clause exorbitante du droit commun, se déclarait incompétent.

A l'inverse, le Conseil d'Etat a considéré que les clauses du contrat, permettant de faire libérer le logement dans un délai de deux mois sur simple préavis et sans aucune indemnité, constituaient des clauses exorbitantes du droit commun ; il a qualifié en conséquence le contrat de location de contrat de droit public et rappelé que, lorsque les parties ne sont plus liées par ce contrat (ce qui advient lorsqu'il est résilié), la demande d'expulsion doit être portée devant le juge judiciaire car portant sur l'occupation d'une dépendance du domaine privé.

Concrètement, cela signifie que, si le locataire veut contester la décision de résiliation (liée au contrat), il doit saisir le Tribunal Administratif, mais que si, dans le même temps, la commune veut obtenir son expulsion, elle doit saisir le Tribunal de Grande Instance. On peut sérieusement douter de l'opportunité d'une telle répartition des compétences...

Affaire à prendre avec beaucoup de recul par ailleurs, car du fait du déclassement du logement, et de l'absence d'affectation au service public, il n'est pas du tout sûr, de notre point de vue, que la commune pouvait maintenir un contrat de droit public pour la location de ce qui constituait alors ni plus ni moins qu'un logement privé, la loi de 1989 qui régit les baux d'habitation étant d'ordre public et s'imposant aux personnes publiques sur leur domaine privé.

## ➤ **Incidence d'une décision du Comité Consultatif de Règlement Amiable des litiges sur le solde du marché**

Par un arrêt du 4 novembre 2005, le Conseil d'Etat a jugé :

- que le fait qu'un entrepreneur accepte la décision du maître d'ouvrage prise sur l'avis du Comité Consultatif de Règlement Amiable des litiges rend définitif le décompte général du marché,
- que le juge ne peut statuer sans rechercher si le maître d'ouvrage a fait part de sa décision sur l'avis du Comité lorsque cela est soutenu devant lui.

### ➤ **Fixation du taux d'intérêt légal pour l'année 2006**

Le Décret n° 2006-117 du 31 janvier 2006 fixe le taux de l'intérêt légal pour l'année 2006 à 2.11%.

### ➤ **Contrôle du respect de l'emploi des travailleurs handicapés par les candidats aux marchés publics**

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a modifié, en le complétant, l'article 44-1° du Code des Marchés Publics : « *Au titre de ces capacités professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement et sur le respect de l'obligation d'emploi mentionnée à l'article L. 323-1 du code du travail* ».

Ainsi, cet article prévoit désormais qu'à l'appui des candidatures, et afin d'évaluer les capacités professionnelles du candidat, peuvent figurer des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi mentionnée à l'article L. 323-1 du Code du Travail.

Le Code des Marchés Publics impose désormais aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier la recevabilité des candidatures à un marché public au regard de cette obligation.

Monsieur le Ministre de l'Economie a été interrogé sur les modalités permettant le respect de l'emploi des travailleurs handicapés par les candidats, dont il n'est exigé aujourd'hui qu'une attestation sur l'honneur.

La réponse ministérielle précise que l'attestation sur l'honneur fournie, dûment datée et signée, certifiant que le candidat a satisfait aux obligations prévues par les articles précités du Code du Travail, permet à elle seule d'évaluer les capacités professionnelles du candidat quant au respect de l'obligation d'emploi mentionnée.

## **Droit Immobilier**

### ➤ **Les nouveaux contours du régime de l'inscription au Registre du Commerce et des Sociétés des co-preneurs à bail commercial**

Une jurisprudence constante décide, sous le visa de l'article L 145-1 alinéa 1 du Code de Commerce, que le défaut d'immatriculation de l'un des co-titulaires du bail prive l'ensemble des co-preneurs du bénéfice du statut des baux commerciaux pour le droit au renouvellement du bail.

En l'espèce, la société bailleuse avait invoqué le défaut d'immatriculation d'un des trois preneurs d'un fonds de commerce pour délivrer un congé sans formuler d'offre de renouvellement et sans avoir à verser d'indemnité d'éviction.

La Cour d'Appel, faisant une application stricte de l'article L 145-1 du Code de Commerce, avait considéré ce congé valable.

La Cour de Cassation (Cass. Civ. 3<sup>e</sup> - 15 juin 2005) casse l'arrêt de la Cour d'Appel en relevant que le co-preneur, bien que non commerçant, était immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés en qualité de propriétaire non exploitant.

Les co-preneurs n'ayant pas, ou n'ayant plus, la qualité de commerçant doivent donc faire preuve de la plus grande vigilance. C'est le cas notamment du commerçant qui prend sa retraite tout en restant copropriétaire du fond, du commerçant qui cède l'usufruit à son enfant ou des époux séparés de bien qui, à la suite d'un divorce, restent propriétaires du fond.

Si le co-preneur qui cesse d'exploiter le fonds se fait radier du Registre du Commerce sans prendre une nouvelle immatriculation, le congé délivré par le bailleur sans offre de renouvellement ni indemnité d'éviction sera valable.

En pratique, il est donc **conseillé au co-preneur d'un bail commercial n'ayant pas ou plus la qualité de commerçant de prendre la précaution de se faire inscrire au Registre du Commerce et des Sociétés en qualité de copropriétaire non exploitant**, de sorte que tous les preneurs puissent bénéficier du statut des baux commerciaux, surtout au moment de demander le renouvellement du bail.

## Contentieux – Arbitrage – Médiation

### ➤ La réforme de la procédure civile par le décret du 28 décembre 2005

Le 1<sup>er</sup> mars 2006, entre en vigueur le décret du 28 décembre 2005, qui modifie certaines dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC).

Ce texte de 89 articles comporte **deux mesures qui revêtent une importance particulière : les contrats de procédure, et la possibilité de radier une affaire en appel si la décision de première instance assortie de l'exécution provisoire n'est pas exécutée.**

Les contrats de procédure sont organisés dans le cadre de la procédure de mise en état devant le Tribunal de Grande Instance.

Ainsi, les nouvelles dispositions de **l'article 764 du NCPC** reprennent ce qui était déjà la pratique de certaines juridictions, à savoir le calendrier de procédure, dit également « *contrat de procédure* », qui consiste à fixer des dates pour le dépôt des conclusions, la clôture de la procédure, les plaidoiries, etc.

Par ailleurs, le juge de la mise en état peut, à la demande des avocats, autoriser que les dossiers des parties soient déposés sans plaidoirie, s'il lui apparaît que les affaires en question n'en requièrent pas.

Les nouvelles dispositions de **l'article 526 du NCPC** prévoient désormais que, lorsqu'une partie est condamnée avec exécution provisoire et interjette appel du jugement, la partie intimée peut demander la radiation de l'affaire du rôle de la Cour d'Appel si la condamnation n'a pas été exécutée.

L'affaire peut néanmoins être réinscrite au rôle sauf si, dans les deux ans qui suivent le retrait du rôle, la voie de l'appel devient fermée en raison de l'acquisition de la péremption.

Toutefois, ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer si l'appelant qui n'a pas exécuté la décision frappée d'appel justifie l'existence de conséquences manifestement excessives ou de son impossibilité d'exécuter la décision.

Notons que toutes les dispositions du décret sont applicables depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006 aux procédures en cours à cette date, à l'exception de quelques dispositions mineures.

Un tour d'horizon complet de cette réforme sera mis en ligne sur le site Internet du cabinet.

## International

### ➤ Fusion transfrontalière et liberté d'établissement

Par un arrêt du 13 décembre 2005, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) sanctionne une disposition du droit allemand visant à interdire l'inscription au Registre du Commerce et des Sociétés allemand d'une société issue de la fusion entre une société allemande et une société luxembourgeoise et ce, en application du principe de la liberté d'établissement des personnes morales au sein de l'Union Européenne (articles 43 et 48 CE).

Les justifications avancées par l'État allemand au cours de cette procédure, notamment la volonté d'empêcher que des sociétés étrangères – soustraites au système social de la cogestion – ne s'implantent en Allemagne par cette voie, n'ont pas emporté la conviction de la CJCE, considérant la mesure d'interdiction comme disproportionnée et discriminatoire.

La position de la Cour, aujourd'hui relayée par la Directive n° 2005/56 du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, devrait aboutir à la levée progressive des freins – encore nombreux au sein de l'UE – empêchant la réalisation pratique de fusions transfrontalières dans un certain nombre de pays européens.

### ➤ Contrôle des investissements étrangers en France

Le décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005, encore appelé « décret anti-OPA » (car adopté suite aux rumeurs d'OPA hostile de Pepsi sur Danone) vient modifier la réglementation des investissements étrangers soumis à l'autorisation préalable du Ministère de l'Économie et des Finances (MINEFI). Pris en application de l'article L 151-3 du Code Monétaire et Financier (CMF), il est codifié aux articles R. 153-1 à R. 153-12 de ce code. Il se substitue ainsi au précédent décret n° 2003-196 du 7 mars 2003, lequel est expressément abrogé.

Les objectifs essentiels de ce décret sont, d'une part, de redéfinir plus précisément les activités dites « sensibles » pour lesquelles l'autorisation préalable du MINEFI est demandée, en

différenciant les investisseurs dits communautaires (auxquels sont assimilés les investisseurs ressortissants des pays membres de l'Espace Economique Européen, i.e. Norvège, Islande, Lichtenstein, Suisse) de ceux provenant de pays tiers et, d'autre part, de préciser la procédure à respecter en vue de l'obtention de cette autorisation.

## **Champ d'application de l'obligation d'autorisation préalable du MINEFI**

### ***Notion d'investissement étranger***

Constitue un investissement étranger, quel que soit son pays de provenance, le fait pour un investisseur :

- d'acquérir le contrôle, au sens de l'article L 233-3 du Code de Commerce (direct ou indirect), d'une entreprise dont le siège social est en France,
- ou d'acquérir, directement ou indirectement, tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est en France.

Par ailleurs, et pour les seuls investisseurs de pays tiers, constitue également un investissement étranger le fait de franchir le seuil de 33.33 % de détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est en France.

La notion d'investissement étranger reste donc définie de manière relativement large et englobe à la fois les investissements directs et indirects.

### ***Activités dites « sensibles »***

*Pour les investisseurs de pays tiers*

Sont soumis à l'autorisation du MINEFI les investissements réalisés dans les onze domaines d'activité limitativement listés à l'article R 153-2 du CMF, et concernant principalement les jeux d'argent, la sécurité (interception d'information, sécurité des systèmes informatiques, cryptologie, etc...), la défense nationale et l'armement. A noter toutefois que la santé publique n'y figure plus.

*Pour les investisseurs communautaires*

Sont soumis à l'autorisation du MINEFI les investissements réalisés dans les domaines 8° à 11° inclus, définis à l'article R 153-2 du CMF, concernant principalement la cryptologie, la défense nationale et l'armement.

Sont également soumis à l'autorisation du MINEFI, les investissements réalisés dans les domaines 1° à 7° visés à l'article précité, mais définis de manière beaucoup plus stricte.

### ***Dispense***

Sont toutefois dispensés d'autorisation préalable du MINEFI :

- les investissements au sein d'un groupe de sociétés (sauf lorsqu'ils aboutissent à transférer à l'étranger tout ou partie de l'activité concernée),
- les investisseurs déjà autorisés à acquérir le contrôle de la société et qui franchissent le seuil de 33.33% de détention du capital ou des droits de vote de cette même société.

## **Procédure d'obtention de l'autorisation préalable du MINEFI**

### ***Interrogation préalable du MINEFI***

L'investisseur a aujourd'hui la possibilité d'interroger par écrit le MINEFI avant de réaliser son projet d'investissement pour savoir si celui-ci relève du régime de l'autorisation préalable. Il s'agit là d'une simple faculté.

Le MINEFI dispose d'un délai de deux mois pour répondre à cette demande. A noter qu'en l'absence de réponse du MINEFI dans le délai précité, l'investisseur étranger n'est pas dispensé de requérir l'autorisation du MINEFI.

#### ***Demande d'autorisation du MINEFI***

L'autorisation peut être demandée au MINEFI sur papier libre, moyennant l'envoi de l'ensemble des éléments d'information et des documents demandés. Un arrêté devrait prochainement fixer cette liste, étant précisé que, jusqu'à l'adoption de cet arrêté, il convient de se référer à l'article 4 de l'arrêté du 7 mars 2003.

Le MINEFI dispose d'un délai de deux mois à compter de la réception d'un dossier complet pour statuer. Comme auparavant, l'absence de réponse expresse dans ce délai vaut autorisation.

#### ***Autorisation sous conditions suspensives***

Le MINEFI peut subordonner son autorisation à la réalisation de conditions suspensives propres à permettre la préservation des intérêts nationaux, fixées dans le respect du principe de proportionnalité. Parmi ces conditions suspensives, figure notamment la cession de l'activité stratégique concernée à une entreprise nationale lorsque celle-ci est exercée à titre accessoire.

De manière générale, l'objectif poursuivi est d'assurer la préservation de la pérennité des activités, des capacités industrielles et de recherche et développement ou des savoir-faire associés, la sécurité des approvisionnements ou l'exécution d'obligations contractuelles à la charge de l'entreprise française concernée.

#### ***Motivation du refus d'autorisation du MINEFI***

Le MINEFI a l'obligation de motiver son refus d'autorisation, ce qui tend à favoriser la sécurité juridique. Les principales raisons de son refus sont :

- la présomption sérieuse que l'investisseur étranger risque de commettre une infraction, telle que trafic de stupéfiants, blanchiment d'argent, terrorisme, corruption, etc.,
- le risque de non préservation des intérêts nationaux.

La décision de rejet du MINEFI peut bien sûr faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir devant les juridictions administratives, mais également d'un recours de plein contentieux, en cas de préjudice subi.

#### ***Sanctions en cas de défaut d'autorisation***

Le MINEFI peut enjoindre à l'investisseur :

- de stopper la réalisation de son projet d'investissement,
- de le modifier
- ou de faire rétablir la situation antérieure aux frais de ce dernier dans un délai imparti d'un an au maximum.

L'investisseur dispose alors d'un délai de quinze jours à compter de la réception de cette mise en demeure pour présenter ses observations.

En cas de non-respect de l'injonction du MINEFI, l'investisseur étranger peut être condamné à une sanction pécuniaire, calculée en fonction de la gravité des manquements, et pouvant aller jusqu'à deux fois le montant total de l'investissement.

Par ailleurs, tout acte réalisant, directement ou indirectement, l'investissement litigieux est nul. S'agissant d'une nullité d'ordre public, tout intéressé peut en demander la constatation.

A noter que ce décret a – dès sa parution – fait l'objet de vives critiques de la part des instances de la Communauté Européenne, qui considèrent les avancées réalisées par la France en matière d'ouverture du marché national aux investissements communautaires comme s'avérant insuffisantes au regard des exigences communautaires.

Elles ont d'ores et déjà annoncé leur intention d'ouvrir une procédure pour infraction si le gouvernement français ne devait pas prochainement répondre de manière suffisamment motivée aux préoccupations de Bruxelles.

Affaire à suivre...