

BREVES LAMY LEXEL

MAI 2004

DROIT DES AFFAIRES

❖ Résiliation d'un bail commercial

Le locataire d'un local commercial avait donné congé par lettre recommandée avec accusé de réception 9 mois avant la fin de la deuxième période triennale de son bail, conformément à ce qui était prévu dans le contrat de bail.

Deux mois avant l'échéance de la période triennale, le bailleur a indiqué au locataire que le congé délivré était nul, arguant des dispositions de l'article L. 145-4 du Code de Commerce disposant que le congé doit être délivré par acte extrajudiciaire (exploit d'huissier).

Le locataire demandait la condamnation du bailleur à lui verser des dommages intérêts équivalents au montant des loyers versés du fait de la continuation du bail. Il invoquait la qualité de professionnel de l'immobilier du bailleur qui aurait dû lui dire plus tôt que le congé délivré était nul, afin de lui permettre de régulariser dans les formes requises.

La troisième Chambre Civile de la Cour de Cassation (5 novembre 2003) a fait droit à ses demandes, considérant que le bailleur était un professionnel de l'immobilier et, *« même s'il n'était pas le rédacteur de l'acte, il ne pouvait pas sérieusement prétendre s'être rendu compte de l'irrégularité du congé 6 mois après sa réception alors que, par son activité, il avait nécessairement connaissance de la législation en la matière »*.

Nous attirons l'attention, tant des bailleurs que des locataires, sur les modalités impératives à respecter lors de la délivrance du congé.

❖ Obligation d'information et de conseil du fabricant

A la suite de désordres apparus sur des façades d'immeubles construits en bord de mer, un fabricant d'enduit est mis en cause par le maître de l'ouvrage. L'enduit était, semble-t-il, non adapté à un environnement marin, mais le fabricant, pour sa défense, faisait valoir la qualité de professionnel de l'utilisateur.

La troisième Chambre Civile de la Cour de Cassation (18 février 2004), s'alignant sur la jurisprudence de la Chambre Commerciale, donne tort au fabricant et précise que la compétence de l'acheteur professionnel est sans incidence lorsque le vendeur vend un produit nouveau et d'une composition inhabituelle.

Il conviendra donc de réviser les conditions générales de vente de certains fabricants, afin de se conformer à cette obligation d'information et de conseil, même à l'égard de certains professionnels.

❖ **Suppression de l'obligation d'une carte de commerçant étranger pour les ressortissants membres de l'OCDE**

Par une ordonnance n° 2004-279 en date du 25 mars 2004, le gouvernement vient de supprimer l'obligation d'avoir une carte de commerçant étranger pour les ressortissants d'un Etat membre de l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economique).

Sont notamment concernées les personnes de nationalité Américaine, Australienne, Japonaise, etc.

Cette mesure va faciliter, d'une part, les créations d'entreprises par des ressortissants d'Etats membres de l'OCDE dans la mesure où ils n'auront plus à fournir cette carte avant même la création de leurs entreprises, et d'autre part, la prise d'un mandat social par ces ressortissants dans une société commerciale française.

Cette ordonnance réforme également le régime d'autorisation préalable pour les ressortissants d'autres pays, sans toutefois supprimer les contrôles liés à l'ordre public et à la viabilité économique du projet d'entreprise.

DROIT DES SOCIETES

❖ **Règlement général de l'A.M.F.**

Le titre premier du règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (A.M.F.) a été homologué par arrêté du 23 février 2004. Il est relatif à la déontologie et aux rémunérations des membres et des experts. Parallèlement, le titre premier du règlement général du Conseil des Marchés Financiers est abrogé.

Notons que les membres de l'A.M.F. doivent informer le président des fonctions qu'ils exercent (ou ont exercé) dans une activité économique ou financière au cours des deux années précédentes, ainsi que des mandats dont ils sont (ou ont été) titulaires au sein d'une personne morale.

Les membres doivent communiquer également au président, avant le 15 février de chaque année, la liste des intérêts détenus, notamment des titres émis par des sociétés faisant appel public à l'épargne.

❖ Deux engagements : une signature

Il est fréquent qu'un dirigeant de société intervienne à propos d'un même acte comme représentant légal de la société et à titre personnel.

Dans un arrêt du 8 octobre 2003, la Cour de Cassation a considéré que la double qualité de la personne ne suffit pas à imposer une double signature comme condition de validité de l'acte.

En pratique, une seule signature suffit pour engager la société représentée et son dirigeant à titre personnel, à la condition toutefois que le rédacteur de l'acte ou de la convention ait pris le soin de stipuler expressément la double qualité du signataire.

❖ Loi relative à la prévention des risques technologiques et naturels

La loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003, relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, est passée quelque peu inaperçue.

Elle renforce l'arsenal législatif et a, en particulier, des incidences notables dans le domaine du droit des entreprises, notamment pour celles qui se livrent à l'exploitation d'installations classées pour la protection de l'environnement :

- les dirigeants de sociétés anonymes exploitant une ou plusieurs installations classées « Seveso seuil haut » devront faire part à leurs actionnaires, dans le rapport de gestion annuel, d'un certain nombre de données (rappelons que les sociétés anonymes cotées doivent déjà communiquer dans le rapport de gestion des informations environnementales à leurs actionnaires) : politique de prévention du risque d'accident technologique menée par la société, capacité de couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de ses installations, moyens prévus pour assurer la gestion et l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité, etc. ;
- la loi tente aussi de renforcer l'assise financière des entreprises qui doivent assurer la dépollution de leur site industriel : elle impose la constitution de

garanties techniques et financières aux installations classées soumises à autorisation, garanties qui devront être vérifiées par le Préfet avant délivrance de l'autorisation ; reste à savoir si ce dernier sera très exigeant sur les conditions de ces garanties, dans la mesure où le texte ne précise pas à concurrence de quelle proportion la garantie devra correspondre au coût estimé de remise en état du site.

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION

❖ Droit des ententes et règle de minimis

Inspirée du droit communautaire de la concurrence, la *règle de minimis non curat praetor* a été consacrée par un texte en droit français de la concurrence. En application de cette règle, seules les restrictions sensibles de concurrence sont sanctionnées.

L'ordonnance du 25 mars 2004 énonce les seuils en dessous desquels une entente est présumée non restrictive de concurrence.

Le Conseil de la Concurrence pourra décider, sur le fondement de l'article L 464-6 du Code de Commerce, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre lorsque **la part de marché cumulée** détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ne dépasse pas :

- **10%** sur l'un des marchés affectés par l'accord lorsque les parties sont des **concurrents** existants ou potentiels sur l'un de ces marchés,
- **15%** sur l'un des marchés affectés par l'accord lorsque les parties **ne sont pas des concurrents** existants ou potentiels sur l'un de ces marchés.

Ce non lieu à poursuivre ne sera cependant pas prononcé si l'accord engendre une **restriction caractérisée de concurrence** telle qu'une répartition de marchés ou des clients ou une fixation concertée des prix.

Sont expressément exclues du champ de la réglementation **les pratiques visant des contrats passés en application du code des marchés publics.**

Pour en savoir plus :

<http://www.lamy-lexel.com/actualite/lirearticle.php?id=49>

DROIT SOCIAL

❖ **Entretien préalable à un licenciement pendant un temps de repos**

Dans un arrêt du 7 avril 2004, la Cour de Cassation précise que la convocation à un entretien préalable en dehors du temps de travail du salarié ne constitue pas une irrégularité de procédure. Dans cette espèce, le salarié avait été convoqué à un entretien préalable pendant un jour de congé.

La Cour de Cassation rend une décision conforme aux termes de l'article L. 122-14 du Code du Travail car aucune obligation n'est faite à l'employeur de convoquer un salarié, dont le licenciement est envisagé, pendant son temps de travail.

Pour autant, cette décision ne doit pas conduire à convoquer, de manière systématique, les salariés pendant leurs jours de repos. En effet, ils ne pourront pas, du fait de cet arrêt, prétendre à l'indemnisation prévue par les articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du Code du Travail. Toutefois, ils pourront être indemnisés du préjudice subi par le caractère contraignant d'un tel entretien (par exemple indemnisation des frais de déplacement pour rejoindre le lieu de l'entretien,...).

❖ **Obligation de reclassement en cas d'inaptitude non professionnelle à tout emploi**

La Cour de Cassation, par un arrêt du 10 mars 2004, consacre le principe selon lequel, nonobstant l'avis médical d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise confirmé par la déclaration du salarié, l'employeur doit impérativement satisfaire à son obligation de reclassement dans le groupe.

Si la Chambre Sociale pose clairement le principe de l'interdiction pour l'employeur de s'exonérer totalement de son obligation de reclassement du salarié inapte, la question reste entière pour un salarié qui déclarerait refuser tout reclassement ou certaines solutions de reclassement en cas de licenciement pour motif économique.

En effet, le Conseil d'Etat a admis qu'un employeur pouvait être dispensé de rechercher une solution de reclassement hors de France en cas de refus du salarié de travailler à l'étranger (CE 4 février 2004).

DROIT FISCAL

❖ **Amortissements exceptionnels Internet haut débit par satellite**

Les terminaux d'accès à Internet haut débit par satellite acquis entre le 1er janvier 2004 et le 31 décembre 2006 peuvent faire l'objet d'un amortissement sur douze mois à compter de leur mise en service.

❖ **Taxe de 3 % sur les immeubles**

Les personnes morales françaises ou étrangères qui possèdent au 1er janvier de l'année d'imposition, directement ou indirectement, des immeubles ou des droits réels immobiliers situés en France, sont, sauf exonération, redevables d'une taxe de 3 % de leur valeur vénale et doivent à ce titre souscrire une déclaration 2746 au plus tard le 17 mai 2004.

❖ **Marchand de biens**

Les cessions de titres de sociétés immobilières, au sens défini par la loi de finances pour 2004, réalisées par un marchand de biens sont désormais exonérées de TVA dès lors que la société n'est pas une société d'attribution et qu'elle ne met pas en fait à la disposition de l'associé marchand de biens la jouissance de l'immeuble dont elle est propriétaire.

❖ **Droits de mutation à titre gratuit**

Les droits de mutation à titre gratuit acquittés lors de la transmission d'une entreprise individuelle sont immédiatement déductibles du bénéfice professionnel de l'héritier ou du donataire.

❖ **Redevance de concession de brevets**

L'administration donne un caractère facultatif au dispositif légal selon lequel les sommes versées au titre des redevances de brevet entre sociétés dépendantes sont taxées au taux réduit et déduites du résultat du concessionnaire pour une fraction limitée.

PROPRIETE INTELLECTUELLE – TECHNOLOGIES AVANCEES

❖ Adoption par le Sénat du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique

Le Sénat a adopté en deuxième lecture, le 8 avril 2004, le texte modifié du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, dont l'objectif premier est de donner une nouvelle impulsion au commerce électronique et à la sécurité des transactions électroniques.

Les nouvelles règles qu'il met en œuvre visent à améliorer la sécurité des échanges électroniques tout en renforçant la lutte contre la cybercriminalité.

Ce texte doit aussi permettre de transposer plusieurs directives communautaires, dont celle du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Parmi ses principales dispositions, on notera que :

- Le texte voté aboutit à la définition d'un droit de l'Internet distinct du droit de l'audiovisuel.
- Il élargit le champ des responsabilités des exploitants de sites marchands.
- L'obligation de filtrage par les fournisseurs d'accès et l'obligation de surveillance *a priori* pour les hébergeurs ont été supprimées.
- La prospection directe en ligne (les «spams» ou pourriels) ne nécessiterait le consentement des destinataires que pour les personnes physiques.
- Les collectivités locales pourraient devenir opérateurs pour la gestion des infrastructures haut débit après qu'ait été constatée l'insuffisance des initiatives privées.
- L'ensemble des communications téléphoniques devrait être facturé à la seconde.
- Le contrôle sur les tarifs de France Télécom par l'ART (Autorité de Régulation des Télécommunications) serait allégé et n'aurait plus lieu qu'*a posteriori*.

DROIT PUBLIC

❖ Création d'un département Droit Public à Lyon

De plus en plus d'entreprises sont amenées à contractualiser avec la personne publique ; le développement de ces relations privé / public et l'importance des enjeux qui y sont liés ont conduit Lamy Lexel à décider d'accompagner ses clients rhônalpins sur le champ du Droit Public, comme il le fait déjà à Paris.

Philippe NUGUE, 37 ans, a ainsi rejoint Lamy Lexel début janvier en tant qu'associé, pour développer en Rhône-Alpes une activité de Droit Public des Affaires. Il intervient aussi bien en conseil qu'au contentieux, en droit des contrats et marchés publics (passation, attribution, exécution, règlement financier), droit de l'urbanisme, dommages de travaux public, partenariats public privé, droit immobilier (droit de la construction, marchés privés, responsabilité des constructeurs, gestion des baux) et droit de la fonction publique.

❖ Marchés publics : se faire payer avant le décompte

Encore très récemment, le Conseil d'Etat rappelait que l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde, arrêté lors de l'établissement du décompte définitif, détermine les droits et obligations définitifs des parties.

Cette règle faisait jusqu'alors obstacle à ce qu'un titulaire de marché puisse réclamer en justice une condamnation du maître d'ouvrage au paiement avant le débat éventuel s'instaurant sur le décompte final.

Le Conseil d'Etat a abandonné cette position, par une décision de décembre 2003 qu'il vient de confirmer à deux reprises, en énonçant qu'il était possible de faire condamner un maître d'ouvrage **en cours de marché** à verser au titulaire **une provision** au titre d'une obligation non sérieusement contestable, notamment, lorsque le maître de l'ouvrage ne procède pas au versement d'acomptes auxquels a droit le titulaire du marché, alors même que le décompte général et définitif n'aurait pas encore été établi. Le Conseil d'Etat a même admis la recevabilité d'une telle demande pour le paiement de **travaux supplémentaires**.

Ce revirement présente le double avantage pour les titulaires de pouvoir solliciter une condamnation avant présentation du décompte, et de surcroît dans le cadre d'une procédure de référé beaucoup plus rapide qu'une procédure au fond.

❖ Nouveau Code des marchés publics : candidatures

Un arrêté du 26 février 2004 fixe la liste des documents pouvant être demandés au candidat à un marché public, en application de l'article 45 du Code des marchés publics.

Cette liste est limitative, le texte précisant que la personne publique ne peut demander «*que les renseignements ou l'un des renseignements et les documents ou l'un des documents*» énumérés (déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices ; certificats de qualifications professionnelles ; échantillons des matériaux réalisés, etc), le tout dans la mesure où ils sont **nécessaires à l'appréciation des capacités** des candidats.

CONTENTIEUX – ARBITRAGE - MEDIATION

❖ **Qualité exigée pour se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances, née du fait que le liquidateur n'a pas recueilli les observations du débiteur**

La Cour de Cassation (Cass. Com. 19 novembre 2003) décide que « *seul le débiteur a qualité pour se prévaloir de l'irrégularité de la procédure de vérification des créances née du fait que le liquidateur n'a pas recueilli ses observations* », à l'exclusion de toute autre personne, en l'occurrence un ancien administrateur poursuivi en paiement des dettes sociales.

Dans le cadre d'une procédure collective, il faut ainsi être attentif à ce que le débiteur ait pu valablement présenter ses observations, sachant que lui seul peut agir en annulation de l'état des créances.

❖ **Délai pour déclarer la créance résultant d'un contrat en cours non continué par l'administrateur**

Depuis la réforme par la loi du 10 juin 1994 de l'article L.621-28 du Code de Commerce, l'administrateur, mis en demeure par un co-contractant du débiteur de prendre position sur la poursuite d'un contrat en cours, doit donner sa réponse dans un délai d'un mois ; un défaut de réponse au terme de ce délai emporte refus de continuation.

En cas de refus exprès de continuation ou de silence de l'administrateur, le contrat est résilié de plein droit, ce qui fait courir le délai supplémentaire d'un mois pour

déclarer la créance du co-contractant sans qu'il soit obligatoire de demander au juge commissaire de constater cette résiliation.

En l'espèce, le co-contractant qui avait déclaré sa créance dans le délai d'un mois suivant non pas la décision de refus de l'administrateur, mais la décision du juge commissaire qu'il avait ensuite saisi constatant la résiliation du contrat, a été jugé comme étant forclos (Cass. Com. 18 mars 2003).

Il convient donc de déclarer la créance, résultant de la résiliation de plein droit d'un contrat en cours, dans un délai d'un mois à la suite du refus de continuation ou du silence gardé par l'administrateur pendant un mois.

❖ Responsabilité pénale de la société absorbante

Une société avait fait l'objet de poursuites dans le cadre d'un accident du travail ayant causé la mort d'un salarié. En cours de procédure, la société prévenue a été absorbée par une autre société, contre laquelle la procédure pénale a été poursuivie, et qui a été finalement condamnée pour homicide involontaire.

La Cour de Cassation (Cass. Crim. 14 octobre 2003), rappelant le principe selon lequel en matière pénale « *nul n'est responsable que de son propre fait* », a cassé l'arrêt qui avait retenu la responsabilité pénale de la société absorbante, l'absorption ayant fait cesser la personnalité morale de la première société.

❖ Requalification par le juge d'un contrat inexactement dénommé

Une société de location de voitures avait confié à une personne physique des tâches déterminées « en tant qu'agent commercial indépendant ». La société rompt le contrat et refuse de verser à son co-contractant une indemnité découlant du statut d'agent commercial, au motif que les activités de celui-ci ne lui permettent pas de bénéficier de ce statut.

La Cour de Cassation (Cass. Com. 10 décembre 2003) a fait droit à l'argumentation de la société, au motif que « *l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leurs conventions, mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée* ».

Pour que le statut d'agent commercial soit applicable, il convient donc de vérifier que les conditions d'exercice de l'activité correspondent à la définition donnée par les dispositions de l'article L.134-16 du Code de Commerce, le juge n'étant pas lié par la volonté des parties s'agissant de l'appellation du contrat.

INTERNATIONAL

❖ Harmonisations législatives dans le cadre de l'adhésion de la Pologne à l'Union Européenne

L'entrée de la Pologne dans l'Union Européenne le 1^{er} mai implique une harmonisation de sa législation avec le droit communautaire, déjà réalisée en grande partie.

En matière de brevet

La Pologne ayant adhéré à la Convention sur le brevet européen depuis décembre 2003, les entreprises polonaises peuvent solliciter le brevet européen qui permet une protection de leurs produits ou technologies au sein des 28 Etats composant l'Organisation Européenne des Brevets.

En droit du travail

Depuis janvier 2004, certaines dispositions du Code du Travail ont été modifiées et adaptées à la législation communautaire, visant notamment à :

- modifier de manière significative les règles en matière de temps de travail (la durée normale étant de 40 heures par semaine...), d'emploi à temps partiel, d'emploi à durée déterminée et de dénonciation des contrats de travail ;
- renforcer la protection juridique contre la discrimination sur le lieu de travail ;
- introduire des normes sur le harcèlement sexuel et le mobbing (acharnement psychique sur le salarié) ;
- régir les principes de protection des données personnelles des salariés.

En matière d'acquisition de biens immobiliers

La loi sur l'acquisition de biens immobiliers par les étrangers a été modifiée en mars 2004.

Auparavant, une telle acquisition nécessitait une autorisation du Ministre de l'Intérieur et de l'Administration...

Désormais, les ressortissants et les entreprises des pays membres de l'espace économique européen en sont dispensés, sauf quelques très rares exceptions.