

Brèves Lamy Lexel

Mai 2005

Droit des Affaires

➤ Baux commerciaux

La Cour de Cassation (Cass 3^{ème} civ 19 janvier 2005) infléchit sa jurisprudence en matière de baux commerciaux pour des locaux dits « dépendants », car situés dans un ensemble immobilier et commercial plus vaste.

Pour que ces locaux puissent bénéficier du statut des baux commerciaux, il faut :

- un local stable et permanent,
- une clientèle propre,
- et ne pas subir de contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité.

C'est sur ce troisième critère que la solution est nouvelle : il faut désormais que le bailleur démontre que le preneur est soumis à de telles contraintes, et ce n'est plus au preneur de démontrer qu'il bénéficie d'une autonomie de gestion.

➤ Ventes en liquidation

Ces ventes, accompagnées de publicité et de réduction de prix, visent à écouler un stock de marchandises d'un établissement commercial à la suite d'une décision de cessation, ou de changement d'activité, ou encore de modification substantielle des conditions d'exploitation.

Le décret n° 2005-39 du 18 janvier 2005 a simplifié leur régime juridique :

- une déclaration doit être adressée, par lettre recommandée avec accusé de réception, 2 mois au moins avant la date prévue pour le début de la vente, au Préfet, qui doit en délivrer un récépissé de déclaration dans les 15 jours de la réception du dossier complet ; ce récépissé devra être affiché sur les lieux de vente sous peine d'amende de 1.500 € ;
- en cas de fait imprévisible, de nature à interrompre le fonctionnement de l'établissement (a priori décès, incendie, inondation, vandalisme, etc.), le délai d'envoi du dossier est réduit à 5 jours, le Préfet devant répondre immédiatement.

➤ Responsabilité du fait des produits défectueux

Le décret n° 2005-113 du 11 février 2005 vient de préciser le champ d'application de l'article 1386-2 du Code Civil relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux : le seuil minimum de dommages des atteintes aux biens autres que le produit défectueux lui-même est fixé à la somme de 500 €.

Ceci signifie que la responsabilité du fabricant du produit défectueux n'est engagée que si le défaut de sécurité du produit a causé un dommage à un bien (autre que le produit défectueux lui-même) supérieur à 500 €.

Droit des Sociétés

➤ **Appréciation des notions de vices cachés et de vices du consentement, dans le cadre d'une cession de droits sociaux**

Dans un arrêt du 16 novembre 2004, la Cour de Cassation revient sur la possibilité, pour le cessionnaire de droits sociaux, de se prévaloir de vices de consentement ou de vices cachés pour remettre en cause la cession.

En l'espèce, la cession portait sur les actions d'une société dont la situation semblait assez délicate et qui fit l'objet, quelques mois après, d'une procédure de redressement judiciaire. Face à cette situation, le cessionnaire chercha à se dégager en invoquant tant la garantie des vices cachés que le fait que son consentement à la cession avait été vicié.

Le moyen fondé sur la garantie des vices cachés est (classiquement) rejeté par la Cour : seule l'impossibilité pour la société de réaliser son objet social doit être prise en considération car l'usage normal des droits sociaux est d'en permettre la réalisation. En effet, le vice caché est celui qui empêche l'usage de la chose.

Dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt rapporté, la perte n'était pas contestée ; mais la Cour considère que, n'ayant pas mis la société dans l'impossibilité de poursuivre son objet, elle ne constituait pas un vice affectant l'usage des actions cédées.

S'agissant des vices du consentement, et contrairement aux vices cachés, les qualités substantielles du contrat doivent être appréciées subjectivement. Il y a donc lieu de prendre en compte les attentes de l'acquéreur connues ou ne pouvant être ignorées du vendeur.

Sur ce point, la Cour relève que le cessionnaire avait obtenu tous les documents souhaités et avait pu procéder à un audit comptable qui lui avait notamment permis d'obtenir une réduction du prix envisagé. Ainsi renseigné, le cessionnaire ne pouvait invoquer les vices de son consentement, sauf à établir des manœuvres caractérisées telles que la falsification de la comptabilité.

➤ **Force probante du procès-verbal de la séance d'un conseil d'administration**

Dans un arrêt du 16 novembre 2004, la Cour de Cassation apporte une précision intéressante sur la fonction probatoire des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration, dont l'article 85 du décret de 1967 requiert qu'ils soient établis sur un registre spécial coté et paraphé.

En l'espèce, une société anonyme s'était portée garante des engagements d'autrui selon des conditions telles que son président devait en être autorisé par le conseil d'administration. Pour se soustraire à ses engagements, la société a versé aux débats une attestation pour établir l'inexistence de l'autorisation du conseil d'administration.

La Cour de Cassation approuve la Cour d'Appel d'avoir décidé qu' *«en l'absence de production du registre des délibérations du conseil d'administration, la preuve de l'absence d'autorisation de celui-ci n'était pas apportée»*.

En d'autres termes, la société ne peut prouver l'existence ou l'inexistence de ses délibérations que dans les conditions énoncées par l'article 85.

Concurrence et Distribution

➤ **Dépôt du projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises sur le bureau du Sénat**

Les dispositions qui intéressent la modernisation tant annoncée des relations commerciales figurent dans le titre VI du projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises.

Suite au rapport rédigé par la commission d'experts présidée par Monsieur Guy Canivet, le projet de loi :

- donne une définition légale de la coopération commerciale et renforce les exigences formelles attachées au contrat de coopération commerciale,
- prévoit l'obligation de formaliser dans un contrat les services autres que de coopération commerciale rendus par le distributeur,
- encadre les accords de gamme,
- précise les possibilités de différenciation offertes aux opérateurs en fonction des catégories d'acheteurs (différenciation tarifaire) ou des services spécifiques rendus à l'occasion de l'achat des produits par le distributeur (conditions particulières),
- prévoit que le juge pourra ordonner l'affichage des décisions de justice sanctionnant toutes les infractions au titre IV du Code de Commerce,
- modifie le calcul du seuil de revente à perte, celle-ci demeurant une infraction pénale, en intégrant dans la fixation du prix des produits les avantages financiers qui dépassent 20 % du prix net des produits,
- améliore le dispositif permettant d'appréhender certaines pratiques commerciales liées au lancement d'enchères à distance, notamment les enchères électroniques inversées.

Il conviendrait d'ores et déjà de réfléchir à l'harmonisation des pratiques commerciales avec ces éventuelles modifications.

Droit Social

- **En cas de promotion, une nouvelle période d'essai, considérée comme insatisfaisante par l'employeur, ne lui permet pas de rompre le contrat de travail**

La jurisprudence autorise la conclusion d'une période d'essai en cours de contrat, lorsque le salarié accède à de nouvelles fonctions qui nécessitent une période probatoire.

Cette possibilité, qui constitue pour l'employeur une garantie essentielle dans le cadre des promotions internes, pouvait cependant conduire à des abus, l'entreprise ayant la possibilité de mettre un terme au contrat à tout moment et sans motif.

Certes, les juges condamnaient sévèrement ces pratiques, mais il n'en restait pas moins que le salarié se retrouvait sans emploi alors qu'il venait de bénéficier d'une promotion...

Dans trois arrêts du 30 mars 2005, la Cour de Cassation précise que la rupture d'une période d'essai, stipulée dans un nouveau contrat conclu à l'occasion d'un changement de fonction, a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

Il en résulte que la nouvelle période d'essai ne peut plus permettre une rupture du contrat de travail et qu'**en cas d'insatisfaction, le salarié devra retrouver ses précédentes fonctions.**

Cette solution, si elle semble équitable, n'est pas sans poser des difficultés. En effet, dans le cadre d'une promotion, il est courant que le poste laissé vacant soit pourvu et qu'après plusieurs mois, la réintégration du salarié sur son ancien poste ne soit plus possible.

L'employeur n'aurait alors comme issue que le licenciement pour insuffisance professionnelle, solution longue et incertaine..., ou bien, et ce serait sûrement regrettable, il pourrait considérer que le recrutement externe assorti d'une « vraie » période d'essai s'avère préférable à la promotion interne.

- **La mise à disposition en elle-même ne constitue pas une modification du contrat de travail**

Peut-on imposer une mise à disposition à un salarié ?

En l'espèce, un salarié, conducteur de travaux, a dans son contrat de travail une clause de mobilité, aux termes de laquelle il s'engage à accepter toute affectation pouvant entraîner un changement de résidence en France.

Une nouvelle mission lui est proposée dans le cadre d'une nouvelle affectation, consistant en sa mise à disposition d'une autre société.

Refusant de prendre en charge cette mission, il est licencié. Il saisit alors les instances judiciaires pour faire valoir que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Selon la Cour d'Appel de Metz, la clause de mobilité litigieuse signifie que le salarié doit accepter sa mobilité au sein de son entreprise ; en revanche, cette clause ne comporte aucune mention

relative à une mobilité consécutive à une convention passée par son employeur avec une autre entreprise. Dès lors, le salarié est effectivement en droit de refuser la mobilité demandée.

Dans un arrêt du 15 mars 2005, la Cour de Cassation infirme en considérant que **la mise à disposition ne constitue pas en elle-même une modification du contrat de travail.**

Cette pratique, courante notamment dans les groupes de sociétés, **peut donc être imposée aux salariés**, sans que ces derniers puissent s'y opposer.

Naturellement, il conviendra de **vérifier que la mesure n'engendre pas des effets connexes** (modification du lieu de travail, de la rémunération, des fonctions, des horaires...), qui pourraient être **qualifiés de modification du contrat de travail** et permettre alors au salarié de s'opposer à la mesure de mise à disposition dans son ensemble.

➤ **La responsabilité de la société mère en cas de non respect, par l'une de ses filiales, de ses engagements**

Une société filiale, détenue à 99% par sa société mère, se voit contrainte de présenter à son Comité d'Entreprise un plan de réduction de ses effectifs. Elle signe ensuite un accord d'entreprise aux termes duquel est prévu un certain nombre de mesures d'accompagnement du plan de restructuration, et notamment le versement d'une indemnité complémentaire à l'indemnité conventionnelle de licenciement, ainsi qu'une aide au départ volontaire.

Peu après que les salariés concernés aient été licenciés, le Commissaire aux Comptes déclenche une procédure d'alerte en invoquant notamment des pertes importantes et le fait que les mesures de restructuration en cours ne peuvent pas permettre un retour rapide à une exploitation normale.

La société mère décide alors de ne plus financer sa société filiale, ce qui entraîne le dépôt de bilan de cette dernière, puis sa mise en redressement judiciaire et sa liquidation.

Le Conseil de Prud'hommes, saisi par les salariés, condamne la société mère à leur payer des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans un arrêt du 22 mars 2005, la Cour d'Appel de Rouen souligne la responsabilité de la société mère, eu égard notamment à son *«rôle déterminant dans la gestion de sa société filiale à 99%»*, dirigée par le même représentant légal, et à *«l'absence d'autonomie de celle-ci»*.

Concernant l'appréciation du caractère réel et sérieux du motif économique des licenciements, elle se réfère au secteur d'activité du groupe, relevant qu'il réalisait des bénéfices et qu'il était prospère, et que la délocalisation du secteur à l'étranger n'était destinée qu'à accroître ces bénéfices.

Les juges déduisent alors de ces considérations, ainsi que du *«revirement»* de la société mère *«dans le soutien accordé à sa société filiale pour la sauver»* et de son non-respect des engagements souscrits dans l'accord collectif d'entreprise, que cette société mère a eu un *«comportement déloyal»* et a fait preuve de *«légèreté blâmable»* ; ils la condamnent à payer aux salariés les sommes dues au titre de leur licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Si l'analyse du motif économique du licenciement est conforme à une jurisprudence constante, qui se réfère au secteur d'activité, non pas seulement de l'entreprise, mais aussi du groupe auquel l'entreprise appartient, c'est **l'une des premières fois qu'une société mère voit sa responsabilité engagée dans le cadre du plan social de sa société filiale.**

Dans l'attente de la position que retiendront les juges suprêmes de la Cour de Cassation, les sociétés mères doivent d'ores et déjà se montrer vigilantes quant aux effets que peuvent avoir les liens, qu'elles établissent ou qu'elles suppriment, avec leurs sociétés filiales.

Droit Fiscal

➤ **Télédéclarations des revenus par Internet : de nouveaux délais**

Suite au succès de la télédéclaration et, corrélativement, aux problèmes d'accès au site du MINEFI (Ministère de l'Economie et des Finances) rencontrés par les internautes contribuables, le Ministère a une nouvelle fois allongé le délai pour déclarer les revenus 2004.

Désormais, les contribuables ont, quel que soit leur lieu de résidence, **jusqu'au 15 mai pour effectuer leur déclaration via Internet.**

➤ **Publication des commentaires relatifs au « crédit d'impôt prospection commerciale »**

La récente publication par l'Administration d'une instruction commentant le dispositif du « crédit d'impôt prospection commerciale » est l'occasion de rappeler les conditions de mise en oeuvre de ce dispositif, créé par la Loi de Finances pour 2005, et dont l'objet est de **favoriser le développement des exportations en dehors de l'espace économique européen.**

Ce crédit d'impôt bénéficie aux sociétés :

- constituant une PME au sens communautaire (salariés < 250 ; CA < 50 M€ HT ou Total Bilan < 43 M€), dont le capital est détenu à 75% au moins par des personnes physiques, soit directement soit indirectement ;
- qui ont recruté un salarié (ou ont recours à un volontaire international en entreprise) dont la mission consiste à développer des exportations de services, de biens et de marchandises en dehors de l'espace économique européen ;
- qui ont en conséquence exposé, dans les 24 mois suivant l'embauche, certaines dépenses de prospection commerciale, limitativement énumérées par la loi fiscale, telles que, par exemple, les dépenses visant à réunir des informations sur les marchés et les clients situés en dehors de l'espace économique européen.

Ce crédit d'impôt, égal à 50% des dépenses de prospection commerciale engagées, est cependant plafonné à 40.000 €.

Il s'imputera sur l'impôt sur les sociétés dû au titre de l'année ou de l'exercice au cours duquel la société a exposé les dépenses de prospection commerciale.

➤ **Transmission d'entreprise par donation : un projet de loi envisage d'en alléger le coût**

Un projet de loi, présenté par le Ministre des PME, propose d'étendre aux donations en nue-propriété le dispositif de faveur qui permet aux donataires d'être imposés sur la moitié de la valeur de l'actif transmis, lorsqu'ils ont préalablement conclu un pacte de conservation des titres sociaux.

En effet, depuis la loi Dutreil, les titres de sociétés ou les entreprises individuelles qui font l'objet d'un engagement de conservation ouvrent droit à une réduction d'assiette de 50% lors du calcul des droits de donation exigibles (ou le cas échéant des droits de succession).

Ce **dispositif**, initialement prévu pour les donations en pleine propriété, serait **étendu aux donations réalisées en nue-propriété**.

De même, **la réduction d'assiette de 50% serait portée à 75%**.

Enfin, les dons familiaux, dans la limite de 30.000 €, destinés à financer une opération de création ou de reprise, pourraient être réalisés en franchise de droits de mutation.

Droit Public

➤ **Un Code en 2001, un Code en 2004 et un nouveau Code des Marchés Publics en 2005 ?**

Le Code des Marchés Publics a déjà fait l'objet de nombreuses critiques, qui ont notamment conduit à l'annulation de l'article 3-5 et du premier alinéa de l'article 30. En conséquence, **deux décrets sont en préparation**.

Le premier devrait être édicté en réaction à une décision par laquelle le Conseil d'Etat (CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres) annulait l'article 3-5 du Code des Marchés Publics permettant d'exclure les contrats d'emprunt du champ d'application du Code, et donc des règles de mise en concurrence et de publicité.

Le Conseil d'Etat estimait que ces contrats sont soumis pour leur passation aux obligations de publicité et de mise en concurrence édictées par la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

En réaction, et afin de maintenir le dispositif existant, le Ministère des Finances devrait prochainement édicter un décret qui permettra, pour les contrats d'emprunts, de déroger aux règles de mise en concurrence.

Le second devrait apporter des modifications à la fois sur la forme et le fond du Code des Marchés Publics. La numérotation des articles devrait en principe être refondue et le texte réglementaire devrait transposer, entre autre, de nouvelles directives européennes sur les marchés publics.

➤ Hausse du coût des matières premières et prix dans les marchés publics

Les ministres de l'Economie et de l'Equipeement ont rédigé une instruction invitant les acheteurs publics à **rompre avec la «culture du prix ferme»**.

L'objectif est d'aider les entreprises du bâtiment et des travaux publics à faire face à la hausse du coût des matières premières. Il est donc conseillé aux acheteurs publics de limiter l'utilisation des marchés à prix fermes *«aux marchés de courte durée et mettant en oeuvre des matériaux dont les prix peuvent être raisonnablement considérés comme durablement stables»*.

L'instruction du 25 janvier 2005 rappelle que le marché doit obligatoirement prévoir une clause d'actualisation et recommande le recours aux clauses d'ajustement ou de révision de prix, dans les conditions prévues aux articles 2 et 3 du décret n° 2001-738 du 23 août 2001. L'index choisi doit être adapté *«au cas particulier que constitue chaque marché»*.

En outre, elle invite les acheteurs publics à proscrire la pratique de l'ordre de service unique de commencement des travaux, qui pénalise les entreprises intervenant en milieu ou en fin de chantier.

➤ Sous-traitance : refus d'agrément abusif et indemnité

L'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit que l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage. **Chaque sous-traitant fait donc l'objet d'un agrément par le maître de l'ouvrage.**

Le refus d'agrément d'un sous-traitant par une personne publique peut être qualifié d'abusif et ouvrir droit à des dommages ; le juge doit alors rechercher si les motifs de ce refus, dont le caractère discrétionnaire est limité par un éventuel abus de droit, ne sont pas fallacieux et fabriqués avec des moyens frauduleux.

Ainsi, si les personnes publiques disposent du pouvoir discrétionnaire de rejeter un candidat, ce droit est cependant limité par l'abus de droit. **Les maîtres d'ouvrages doivent donc justifier de motifs valables pour refuser de délivrer l'agrément à un sous traitant.**

➤ SEM et contrat "In House" : suite du feuilleton

Dans une décision récente, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) avait conclu que les contrats passés par les collectivités locales avec les SEM (Sociétés d'Economie Mixte) ne pouvaient être qualifiés de contrats « In House ».

Le Code des Marchés Publics définit ces contrats comme ceux dans lesquels les collectivités locales exercent sur leur cocontractant un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, le cocontractant réalisant l'essentiel de ses activités pour elle, contrats qui sont en conséquence exclus du champ d'application des règles de mise en concurrence et de publicité.

Saisie d'une nouvelle affaire (Affaire C-458/03 Parking Brixen GmbH c/Gemeinde Brixen et Stadstwerke Brixen AG), dans laquelle une commune a conclu, sans avoir préalablement procédé à un appel d'offres, un contrat avec une société anonyme issue de la transformation de ses

propres services, la CJCE doit se prononcer sur la question de savoir si celui-ci peut être qualifié d'opération passée par un pouvoir adjudicateur avec sa propre filiale.

La transformation des services propres d'une collectivité locale en société anonyme, de même que l'obligation légale d'ouvrir le capital de la société à la participation de tiers, suffisent-elles à elles seules à exclure que le pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ?

Faut-il rechercher si l'entreprise réalise effectivement l'essentiel de son activité pour le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent ?

Le commissaire du gouvernement a conclu en l'espèce qu'il s'agissait d'un contrat « In House ». A surveiller donc...

International

➤ Sécurité des produits

Un arrêt du Conseil d'Etat (25 octobre 2004) considère que, lorsqu'une directive européenne a autorisé la libre circulation d'un produit, le Ministre français ne peut ordonner son retrait du marché français pour des raisons de sécurité en l'absence d'éléments nouveaux établissant un danger inconnu au moment de l'adoption de la directive.

Cet arrêt rappelle la **force obligatoire des directives communautaires**, en l'espèce à propos d'un engrais impliqué dans la catastrophe AZF de Toulouse.

Pour pouvoir suspendre ou interdire un produit objet d'une réglementation communautaire, le Ministre français doit :

- soit démontrer l'existence d'éléments nouveaux prouvant une dangerosité jusqu'ici inconnue,
- soit demander la modification de la norme communautaire.

➤ Concurrence équitable dans les transports routiers européens

Une proposition de règlement, relative à l'harmonisation de certaines dispositions en matière sociale dans le domaine des transports par route, vient d'être votée par le Parlement européen.

Cette nouvelle législation européenne répond à trois objectifs : l'harmonisation des critères de concurrence sur le marché des transports, l'amélioration des conditions de travail des conducteurs et le renforcement de la sécurité routière.

Le présent règlement devrait être adopté avant la fin de l'année, après conciliation entre le Conseil des ministres et le Parlement.

Les innovations qu'il introduit sont les suivantes :

- le temps de conduite maximal des chauffeurs routiers est fixé à 56 heures par semaine, point sur lequel était muet le règlement CEE 3820/85 ;

- un temps de repos d'au moins 45 heures d'affilée toutes les 2 semaines est introduit, en sus du repos journalier de 12 heures pour lequel il est maintenant précisé qu'il doit se terminer au plus tard 24 heures après le repos précédent ;
- le conducteur doit respecter une pause d'au moins 30 minutes, et non plus seulement 15 minutes, toutes les 3 heures de conduite maximum ;
- désormais, ce sont les entreprises de transport, en co-responsabilité avec les chargeurs, qui sont responsables des infractions aux dispositions du règlement commises, dans leur intérêt, par leurs conducteurs, et non plus seulement ces derniers ;
- les Etats membres pourront sanctionner les infractions au règlement alors même qu'elles seraient commises sur le territoire d'un autre Etat membre et pourront aller jusqu'à décider l'immobilisation du véhicule contrevenant en cas d'infraction grave.

Pour renforcer l'efficacité de ces mesures, le Parlement propose également l'adoption d'une directive afin d'augmenter la fréquence des contrôles routiers d'ici 2011 de 1% à 3% des jours de travail effectués par les conducteurs.

Ce dispositif réglementaire européen ainsi mis en place permettra à terme d'établir un ensemble de règles communes qui seront interprétées d'une façon uniforme dans toute l'Union Européenne. Il facilitera l'établissement de conditions de concurrence égales en réduisant les incertitudes sur la manière dont l'application des règles pourra être assurée au cours d'un transport international sur le territoire de l'Union.

Grâce aux nouvelles mesures, les entreprises qui ont tendance à contourner la loi et à fausser ainsi le jeu de la concurrence ne penseront plus pouvoir le faire sans risque.