

# Brèves Lamy Lexel

## Juin 2005

### Droit des Affaires

#### ➤ Agence de voyage : simplification du régime

Le ministre délégué au tourisme a présenté un projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-174 du 24 février 2005 relative à l'organisation et à la vente de voyages et de séjours.

Cette ordonnance remplace les quatre régimes antérieurs en **deux régimes d'autorisation** :

- la licence d'agent de voyage, concernant les commerçants qui exercent à titre exclusif,
- la nouvelle habilitation, qui permet aux organismes locaux de tourisme, à certaines associations et à d'autres professionnels que les agents de voyage de vendre des prestations touristiques.

Pour résumer, l'ordonnance simplifie les démarches d'autorisations administratives auprès des Préfectures, déchargeant le Préfet du calcul annuel de la garantie financière et des vérifications de l'aptitude professionnelle des dirigeants des établissements secondaires ou du mandataire.

En outre, elle précise que la garantie financière couvre les forfaits touristiques et exclut la billetterie sèche en matière de transports. Elle prévoit également le recours obligatoire à une entreprise de transport routier de voyageurs utilisant des autocars classés tourisme.

L'ensemble du nouveau dispositif fera l'objet d'un décret d'application et ces nouvelles dispositions entreront en vigueur six mois après la publication du décret (non encore connu à ce jour). Nous ne manquerons pas de vous en tenir informés.

#### ➤ Nantissement de fonds de commerce et indemnité de résiliation de bail

La Cour de Cassation (3<sup>ème</sup> civ - 6 avril 2005) décide que le créancier titulaire d'un nantissement sur un fonds de commerce ne bénéficie d'aucun droit de préférence ou de suite sur l'indemnité de résiliation du bail grâce auquel est exploité le fonds de commerce.

En effet, le droit au bail n'est qu'un élément isolé du fonds, et lorsqu'un des éléments grevés par le nantissement disparaît, la sûreté ne se reporte pas automatiquement sur l'indemnité.

#### ➤ Requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agent commercial

L'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 7 juillet 2004 est l'occasion de rappeler qu'il est vain de penser échapper, pour le mandant, au versement de l'indemnité de résiliation en dénaturant le contrat d'agent.

Intitulé « contrat de promotion », « d'assistance », « de prospection », le contrat sera requalifié en contrat d'agent commercial si, dans les faits, le mandataire est chargé de façon permanente de négocier et éventuellement de conclure un contrat de vente au nom et pour le compte du mandant.

Le défaut d'immatriculation du « prestataire » au Registre Spécial des agents commerciaux demeure sans conséquence.

### ➤ **Des critères stricts pour l'extension d'une procédure collective**

La SAS Metaleurop Nord, filiale détenue à 99 % par sa société mère, la SA Metaleurop, exerçait dans le Nord de la France une activité de production et de commercialisation de zinc et de plomb. Suite à la cessation de paiements de la SAS Metaleurop Nord, en janvier 2003, l'usine a été fermée et 830 salariés licenciés.

Les mandataires ont cherché à étendre la procédure collective de la filiale, placée en liquidation judiciaire, à la société mère, notamment afin de lui faire supporter le coût de dépollution du site, en invoquant à la fois la théorie de la fictivité de la filiale et la théorie de la confusion des patrimoines des deux sociétés.

La Cour d'Appel de Douai (16 décembre 2004), a fait droit à la demande en extension de la procédure collective de la filiale à sa société mère, sur le fondement de la confusion des patrimoines.

Toutefois, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation (Cass. Com., 19 avril 2005, n°05-10.094) a rejeté l'extension de procédure collective, estimant que les relations financières anormales suivantes ne caractérisaient pas suffisamment la confusion du patrimoine :

- manque à gagner important pesant sur la filiale du fait de la gestion de la couverture risque de change et trésorerie,
- entière dépendance de la solvabilité de la filiale aux capacités financières de sa société mère,
- échanges de personnel intragroupe sans accord de mise à disposition, ni refacturation.

Par cet arrêt, la Cour de Cassation pose des critères très stricts à l'extension d'une procédure collective, protégeant ainsi le patrimoine des sociétés mères in bonis.

## **Droit des Sociétés**

### ➤ **Projet de loi « Jacob » en faveur des PME**

Le projet de loi « Jacob », tendant à favoriser le financement et le développement des PME, contient un certain nombre de dispositions importantes en matière de droit des sociétés.

Il prévoit notamment la création d'une forme sociale nouvelle avec la **société civile artisanale à responsabilité limitée**, destinée à offrir un cadre juridique plus adapté aux besoins des artisans et à inciter ces derniers, globalement attachés à l'entreprise individuelle, à faire le choix de créer une société qui permettra notamment la séparation du patrimoine personnel de l'entrepreneur et celui de l'entreprise.

Au niveau des EURL, lorsque l'associé unique est également gérant de la société, le projet de loi prévoit que le dépôt au registre du commerce et des sociétés du rapport de gestion, de l'inventaire et des comptes annuels, dûment signés, vaudra approbation des comptes. La rédaction d'un procès-verbal des décisions de l'associé unique ne semblerait donc plus nécessaire.

S'agissant des sociétés d'exercice libéral (SEL), le projet de loi encadrerait les possibilités d'investissement financier dans les SEL.

### ➤ **L'irrévocabilité de la démission d'un dirigeant de société**

Les statuts d'une société à responsabilité limitée (SARL) prévoyaient que les gérants pouvaient renoncer à leurs fonctions, mais seulement en prévenant chacun des associés trois mois à l'avance.

En l'espèce, le gérant avait notifié aux associés et à la société sa décision de démissionner de ses fonctions de gérant, puis, deux mois plus tard, était revenu sur sa décision. Ce revirement était contesté par la société.

Dans un arrêt du 22 février 2005, la Cour de Cassation considère que la démission d'un gérant de société produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société. La clause statutaire susvisée a uniquement pour objet de donner aux associés le temps de prendre, à la suite de la démission du gérant, les mesures indispensables à la continuité de la gestion sociale et n'a pas pour effet d'instituer au bénéfice du gérant démissionnaire un délai de réflexion ou de rétractation durant lequel il peut revenir sur sa décision.

Mais l'originalité de cette décision réside surtout dans sa portée : la réponse se veut générale et concerne donc l'ensemble des dirigeants de société, quelle que soit la forme sociale. **Tout dirigeant de société, dès lors qu'il a donné sa démission, ne peut plus se rétracter.**

## Concurrence et Distribution

### ➤ **L'analyse de la CEPC sur la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées**

Saisie par le directeur de la DGCCRF (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes), la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) a rendu un avis (n° 04-08) sur la conformité au droit des pratiques d'enchères électroniques inversées.

Ce procédé permet aux demandeurs de biens ou de services de mettre en concurrence, via une place de marché, plusieurs offreurs. Selon que les enchères sont fermées ou ouvertes, une présélection des offreurs admis à participer à l'enchère est effectuée ou non. Les offreurs sont invités à une séance d'enchères en ligne, à la date et à l'heure préalablement communiquées.

A la différence de l'enchère classique, le prix de départ fixé par l'initiateur de l'enchère est un prix maximum et les enchères se font à la baisse. La procédure d'enchère peut aboutir à la conclusion d'un contrat avec l'enchérisseur le moins coûtant ou le mieux disant.

Dans l'attente de l'adoption du projet de loi sur les petites et moyennes entreprises, ces pratiques ont été examinées par la CEPC sous le prisme du droit de la concurrence (applicable si la pratique a des effets en France) et du droit des contrats (applicable seulement si le droit français est applicable) compte tenu de l'absence de dispositions françaises spécifiquement consacrées aux enchères électroniques inversées (à l'exception de codes de bonne conduite établis par certains secteurs d'activité).

D'une manière générale, le procédé des enchères électroniques inversées n'est pas considéré comme étant contraire au droit des contrats ni au droit de la concurrence.

Néanmoins, selon la CEPC, la licéité du mécanisme des enchères électroniques inversées n'exclut pas pour autant tout risque de dérives.

### **La sélection des participants à l'enchère**

La participation à l'enchère peut être libre ou filtrée. La sélection pourrait être appréhendée par la prohibition des pratiques discriminatoires prévue à l'art. L. 442-6-I 1° du Code de Commerce si les conditions de ce texte étaient satisfaites.

### **L'exigence d'une participation financière des enchérisseurs**

L'assujettissement de la participation aux enchères au paiement d'une contribution financière est susceptible de contrevenir à plusieurs dispositions :

- l'art. L. 442-6-I 3 ° du Code de Commerce paraît exclure que soit réclamé le versement d'une participation financière à tout enchérisseur indépendamment du résultat de l'enchère et de la conclusion d'un contrat avec celui-ci. L'art. L. 442-6-II b du Code de Commerce prévoit d'ailleurs spécialement la nullité des clauses ou contrats instituant la possibilité "*d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande*";
- l'art. L. 442-6- I 2 a du Code de Commerce s'appliquerait dans le cas où le montant réclamé est hors de proportion avec la possibilité d'accéder à une enchère inversée ;
- l'art. L. 442-6-I 2° b du Code de Commerce concernant l'abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat pourrait également permettre d'appréhender l'exigence d'une participation sans rapport avec le service rendu.

### **L'information à délivrer aux candidats à l'enchère**

Au regard des principes du droit commun des contrats, le consentement doit être donné en connaissance de cause, de manière libre et éclairée, ce qui implique que certaines informations soient loyalement portées à la connaissance des candidats à l'enchère, de façon claire et précise et suffisamment tôt pour leur permettre de les apprécier, à savoir : le mécanisme de l'enchère électronique inversée, sa finalité (conclusion d'un contrat, sélection de fournisseurs, effectuer un test...), ses modalités (les conditions de participation, la durée prévue ainsi que les facultés de prorogation éventuelle, le mode d'évaluation des offres, le prix de départ, le seuil de baisse...), l'ensemble des éléments contribuant à la formation du prix, et notamment les différentes caractéristiques de la demande.

A défaut, une action en nullité serait envisageable.

### **Le déroulement de l'enchère**

Il existe un risque de collusion entre les acteurs (introduction de "lièvres" qui présentent des offres artificiellement basses, collusion entre les enchérisseurs avec des offres de couverture...), ce qui est susceptible d'être appréhendé par l'interdiction des ententes anticoncurrentielles (article L. 420-1 du Code de Commerce) ou l'article L. 443-2 du Code de Commerce, qui punit de sanctions pénales (deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende) le fait de jeter sur le marché des offres destinées à troubler les cours ou des sur-offres faites aux prix demandés par les vendeurs.

### **Conséquences produites par les pratiques d'enchères inversées**

Quant aux conséquences produites par les pratiques d'enchères inversées, le prix mérite une attention particulière : outre la vérification de sa rectitude, notamment au regard de la prohibition de l'abus de position dominante ou de dépendance économique, il importe d'envisager son incidence sur une demande éventuelle de communication du tarif et des conditions de vente et d'admettre la possibilité de sa révision éventuelle en cas de demande de prestations additionnelles.

En outre, s'il est possible que la procédure d'enchères inversées soit seulement un mode de collecte de plusieurs sollicitations concurrentes, une rupture fautive des pourparlers ou encore le non-respect des règles énoncées par l'initiateur lui-même en amont de l'enchère, peuvent être sanctionnés.

Enfin, si l'existence d'une relation commerciale établie n'exclut pas la mise en concurrence du partenaire, par l'organisation d'enchères électroniques inversées, il convient de respecter un délai de préavis suffisant.

Tout risque de dérives n'étant pas exclu, il convient de s'assurer de la conformité de la pratique envisagée, et ce avant chaque mise en œuvre d'une procédure d'enchères électroniques inversées. Ceci sera rendu d'autant plus nécessaire après l'adoption du projet de loi sur les petites et moyennes entreprises, notamment ses articles 33 et 34.

## **Droit Social**

➤ **Un manquement réitéré à l'obligation de sécurité peut justifier un licenciement pour faute grave**

Le chef d'entreprise doit prendre les mesures nécessaires pour assurer et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de son entreprise. Les salariés, quant à eux, sont tenus de respecter toutes les mesures préconisées dans ce domaine par leur employeur. En outre, il leur incombe également de prendre soin de leur sécurité et de leur santé, ainsi que de celles des autres personnes concernées, par leurs actes ou leurs omissions au travail (cf. article L. 230-3 du Code du Travail). A défaut, ils commettent une faute passible de sanctions disciplinaires.

Dans la présente affaire, un chef de chantier est licencié pour faute grave en raison de son refus réitéré de porter le casque de sécurité obligatoire.

Ce salarié fait alors valoir que le manquement à des règles de sécurité ne peut justifier qu'un licenciement pour cause réelle et sérieuse et non pour faute grave.

La Cour d'Appel reconnaît aux faits reprochés au salarié le caractère de faute grave en invoquant son refus réitéré de porter le casque.

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation (23 mars 2005), confirme la solution mais en se fondant, non plus sur le refus, mais sur le manquement du salarié à son obligation personnelle de prendre soin de sa sécurité et de sa santé pour justifier la faute grave et en déduire qu'il engage, à ce titre, sa responsabilité.

Il convient de rappeler que, pour autant, cette obligation du salarié de prendre soin de sa sécurité n'affecte pas le principe de responsabilité pénale de l'employeur qui demeure seul responsable des infractions aux règles de sécurité prescrites par le Code du Travail.

En effet, compte tenu de l'obligation de résultat qui pèse sur l'employeur en matière de sécurité, le seul manquement du salarié à son obligation de sécurité n'exonère pas l'employeur de sa responsabilité pénale, sauf à ce qu'il soit en mesure de démontrer notamment que la faute du salarié est la cause unique et exclusive de l'accident, ou qu'il a eu une attitude irréprochable.

➤ **La mise en œuvre d'un accord collectif ne peut être soumise à un engagement individuel**

L'arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation (5 avril 2005) pose la question de la validité d'un accord transactionnel signé avec des salariés visés par un licenciement pour motif économique dans le cadre d'un plan de sauvegarde pour l'emploi.

Afin de sécuriser les licenciements collectifs pour motif économique, une entreprise conclut un accord collectif qui prévoit notamment que les salariés, remplissant des conditions d'âge et licenciés pour motif économique, percevront une indemnité transactionnelle globale et forfaitaire correspondant à 65% du salaire brut jusqu'à l'acquisition de leurs droits à la retraite.

Des salariés, ayant signé un accord transactionnel dans les conditions sus-visées, saisissent néanmoins le Conseil de Prud'hommes pour demander, d'une part, l'annulation de la transaction, et d'autre part, le paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour d'Appel déclare ces demandes irrecevables, estimant que, du fait de la nature transactionnelle donnée, par les partenaires sociaux, à l'indemnité, les salariés se sont engagés à renoncer expressément à toute contestation à la fois sur la procédure, et sur la réalité et le sérieux du motif du licenciement prononcé à leur encontre.

La Cour de Cassation censure cet arrêt en énonçant que « *la mise en œuvre d'un accord collectif dont les salariés tiennent leurs droits ne peut être subordonnée à la conclusion de contrats individuels de transaction* ».

Ainsi, sans pour autant se prononcer sur la validité juridique des protocoles transactionnels dans le cadre des plans de sauvegarde pour l'emploi, la Chambre Sociale refuse de subordonner un engagement pris par l'employeur dans le cadre d'un accord collectif à un engagement individuel du salarié licencié, estimant qu'en application de l'accord collectif, un tel engagement est de droit pour le salarié licencié pour motif économique.

### ➤ **Convention de reclassement personnalisé : en vigueur au 1er juin 2005**

La Loi de Cohésion Sociale du 18 janvier 2005 prévoit un nouveau dispositif, la Convention de Reclassement Personnalisé (CRP), qui vise à remplacer le Plan d'Aide au Retour à l'Emploi (PARE) anticipé, en vue d'assurer le reclassement accéléré des salariés licenciés pour motif économique dans les entreprises de moins de 1 000 salariés.

Ce dispositif vient de faire l'objet d'un accord interprofessionnel du 5 avril 2005, modifié le 27 avril par les partenaires sociaux.

L'entrée en vigueur du dispositif est prévue pour le 1<sup>er</sup> juin prochain ; toutefois, à la date de rédaction des Brèves, le décret et l'arrêté ne sont toujours pas parus au Journal Officiel. Dès leur publication, une note d'information sur ce nouveau dispositif vous sera adressée.

## **Droit Fiscal**

### ➤ **Déclaration ISF 2005 : la date limite d'envoi des déclarations approche**

Les personnes redevables de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF) ont jusqu'au 15 juin prochain pour souscrire leur déclaration ISF 2005 et l'adresser, accompagnée du chèque correspondant à l'impôt dû, à la recette des impôts dont ils dépendent.

Cette année, la déclaration ISF comporte une nouveauté consistant en la revalorisation des tranches du barème d'imposition.

Désormais, aucun impôt ne sera dû au titre de l'ISF si le montant net du patrimoine est inférieur à 732.000 € (au lieu de 720.000 € l'année précédente).

Quant aux autres tranches du barème, elles ont également été revalorisées et il est prévu qu'elles le soient chaque année.

En outre, le dispositif d'exonération totale des titres de PME souscrits à la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital continue de s'appliquer.

### ➤ **Titres de PME pouvant être exonérés d'ISF**

Depuis l'année 2004, les contribuables qui souscrivent au capital de certaines PME peuvent être exonérés d'ISF sur les titres souscrits.

Ils doivent remplir les conditions suivantes :

- le contribuable doit souscrire lui-même au capital de la société, soit à sa constitution, soit à l'occasion d'une augmentation de capital ;
- la souscription doit être réalisée par le biais d'apports en numéraire ou en nature (sous réserve néanmoins que les biens apportés ne soient pas des immeubles, des valeurs mobilières ou des biens non nécessaires à l'exercice de l'activité de la société) ;
- la société à laquelle le contribuable souscrit doit répondre à la définition communautaire de la PME, doit avoir son siège dans un État membre de la Communauté Européenne et doit exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

Par conséquent, si la société exerce une activité de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières ou de location d'immeubles, l'exonération n'est pas applicable.

Lorsque ces conditions sont remplies, l'exonération d'ISF porte sur la totalité des droits sociaux détenus ; autrement dit, les contribuables concernés n'auront pas à déclarer la valeur de ces titres dans leur déclaration ISF.

### ➤ **Allègement des formalités en matière d'option à la TVA des locaux nus à usage professionnel**

En principe, les locations portant sur des locaux nus à usage professionnel sont exonérées de TVA.

Néanmoins, le Code Général des Impôts prévoit que le bailleur a la possibilité d'opter pour l'assujettissement de la location à la TVA.

Les conditions de formulation de l'option pour l'assujettissement viennent d'être modifiées par une Instruction administrative en date du 23 mai 2005.

Auparavant, le bailleur devait effectuer auprès du service des impôts une déclaration écrite, à laquelle il devait joindre une copie du contrat de bail et de ses avenants.

Il devait également justifier de sa qualité de bailleur au moyen soit d'un bail afférent à tout ou partie de l'immeuble loué, soit de tout document écrit permettant de justifier de la réalité des liens juridiques noués avec le preneur.

Ces formalités viennent d'être considérablement simplifiées puisque désormais le bailleur n'a plus qu'un seul document à adresser au service des impôts territorialement compétent : une lettre simple formalisant son intention de soumettre à la TVA son activité de location de locaux nus à usage professionnel.

# Droit Public

## ➤ **Ventes d'immeubles : un nouveau diagnostic ?**

Le 14 avril 2005, le Sénat adoptait le projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques.

L'article 22 dudit projet modifie l'article L.1331-11-1 du Code de la Santé publique : « *Toute promesse de vente, tout acte authentique de vente de tout ou partie d'un immeuble à usage d'habitation à un acquéreur non professionnel comprend un diagnostic du respect par cet immeuble ou cette partie d'immeuble des prescriptions techniques applicables aux installations d'assainissement non collectif ou un certificat de raccordement au réseau collectif. Ce diagnostic ou ce certificat doit avoir été établi depuis moins d'un an à la date de la promesse de vente ou de l'acte authentique de vente.* ».

Le projet imposerait donc au vendeur d'un logement de produire soit un diagnostic relatif aux installations d'assainissement, soit un certificat de raccordement au réseau collectif.

Les députés devraient débattre de la question courant juin.

## ➤ **Urbanisme commercial : nouvelle circulaire d'instruction des demandes d'autorisation d'équipement commercial**

Le Ministère des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation, par une circulaire du 7 mars 2005, précise les modalités d'instruction des demandes d'AEC (Autorisation d'Equipement Commercial) par les Commissions Départementales d'Equipement Commercial (CDEC), avec pour but de tenir compte des évolutions légales et jurisprudentielles récentes sur plusieurs points.

Les services instructeurs doivent veiller

- à ce que la zone de chalandise délimitée par le demandeur privilégie le critère du temps de déplacement maximum nécessaire à la clientèle pour accéder au magasin concerné (limiter la pratique selon laquelle les demandeurs d'autorisation excluent fréquemment de la zone de chalandise du magasin qu'ils envisagent d'implanter certaines communes proches du site concerné mais dotées d'équipements commerciaux de nature à dissuader leurs habitants de fréquenter le magasin projeté) ;
- au respect des règles de la concurrence, et notamment que la réalisation du projet ne compromette pas l'équilibre souhaitable entre les différentes formes de commerce et ne provoque pas l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux ;
- à ce que le demandeur complète son dossier par une étude complémentaire si le projet concerne des magasins «discount» ou «d'usine», afin d'évaluer l'impact de l'ensemble commercial concerné s'il n'était pas composé de tels établissements ;
- à la compatibilité du projet avec les schémas de cohérence territoriale /les schémas directeurs et les schémas de développement commercial.

## ➤ **Droit de l'environnement : transposition des directives communautaires en droit interne**

Dans un communiqué du 20 avril 2005, le Ministre délégué aux Affaires Européennes a présenté un projet de loi qui transpose en droit interne plusieurs textes communautaires dans le domaine de l'environnement ; il comporte quatre séries de dispositions :

- l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ;
- le droit d'accès des citoyens aux informations en matière d'environnement, en veillant à satisfaire aux exigences de la Cour de Justice des Communautés Européennes (mesure d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement) ;
- la protection de l'environnement par le droit pénal : définition des peines encourues par les personnes morales pour certaines atteintes à l'environnement, et en augmentant les peines encourues dans le domaine du nucléaire ;
- le contrôle des produits chimiques.

Il prévoit également la ratification de l'ordonnance 2004-1199 du 12 novembre 2004 qui transpose la directive relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement.

## ➤ **Marchés publics et délit de favoritisme**

Le Ministère de la Justice a publié une circulaire (22 février 2005) relative au délit de favoritisme et destinée aux magistrats.

Après avoir rappelé les principales dispositions de la réforme du Code des Marchés Publics intervenue par Décret du 7 janvier 2004, la circulaire aborde les incidences de cette réforme sur la poursuite et la caractérisation du délit de favoritisme et rappelle les éléments jurisprudentiels de nature à faciliter l'exercice des poursuites du chef de favoritisme.

D'une part, la circulaire aborde les poursuites pénales dans le cadre de la passation de marché selon une procédure adaptée (MAPA).

Elle indique que le recours injustifié au MAPA par le fractionnement illicite d'une même opération en plusieurs pourra, comme par le passé, être poursuivi pénalement.

Elle ajoute que, pour rechercher l'existence d'un éventuel délit de favoritisme dans le cadre de cette procédure, les magistrats devront apprécier non pas la violation d'obligations formelles et précisément définies par le Code des Marchés Publics, mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public se sera fixées.

A cette fin, elle suggère de retenir comme conforme aux principes généraux de la commande publique les MAPA ayant fait l'objet de publicité permettant une mise en concurrence effective.

D'autre part, la circulaire rappelle la définition de l'élément intentionnel du délit de favoritisme retenue par la Cour de Cassation (Cass crim. – 14 janvier 2004) pour qui cet élément est caractérisé *«par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public»*.

Elle évoque également une décision de la Cour de Cassation (Cass. crim, 28 janvier 2004) qui approuve une Cour d'Appel ayant admis la constitution de partie civile d'une société évincée, au motif que l'attribution irrégulière desdits marchés avait eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'être déclarée attributaire.

## Contentieux – Arbitrage – Médiation

### ➤ **Marque : déchéance des droits pour défaut d'exploitation**

L'usage sérieux d'une marque suppose la nécessaire utilisation de celle-ci sur le marché pour désigner des produits ou des services protégés.

La Cour de Cassation a récemment jugé que ne constitue pas un tel usage, pour une société de services proposant des composants électroniques fabriqués par des tiers, l'apposition de la marque litigieuse sur des documents publicitaires et commerciaux dès lors que la marque n'est pas apposée sur les produits vendus par ses soins.

### ➤ **Bail commercial, procédure collective et déclaration de créances**

Le bailleur qui n'est pas payé de ses loyers commerciaux, avant redressement judiciaire ou liquidation, dispose d'une créance privilégiée.

La Cour de Cassation (7 décembre 2004) a jugé qu'il importait au représentant des créanciers, professionnel averti, en fonction des pièces jointes, de déduire si la créance se trouve nécessairement assortie d'un privilège et ce, par la double application de l'article 2102 du Code Civil et L621-31 du Code de Commerce.

### ➤ **Vente immobilière : sort du bail et du cautionnement garantissant les loyers**

En cas de vente d'un immeuble donné en location, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur, par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1195, 2013 et 2015 du Code Civil.

## International

### ➤ **Détachement de travailleurs... polonais : mode d'emploi**

La venue de travailleurs étrangers en France a de tous temps permis, et permet encore, à l'économie nationale d'effectuer d'importantes avancées.

Alors que cette question est actuellement largement débattue au plan politique, LAMY LEXEL Avocats Associés tient à préciser qu'au plan juridique, la question relève de textes européens et nationaux, parfaitement identifiés, et d'application aisée.

Ainsi, quelques jalons peuvent être schématiquement posés :

- les missions confiées auxdits travailleurs ne peuvent être que temporaires ; en l'absence de définition légale, la mission devra être identifiée au mieux ;
- les détachements de travailleurs font l'objet de **déclarations** préalables auprès des services de **l'Inspection du Travail** du lieu d'exécution de la mission ; l'opération s'effectue donc en toute transparence ;
- les travailleurs sont soumis aux dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche, établies en France ; aucun «**dumping social**», par exemple quant au salaire, n'est donc légalement possible.