

Brèves Lamy Lexel

Septembre 2005

Droit des Affaires

➤ Indemnisation de l'agent commercial

L'indemnité compensatrice, due en réparation du préjudice subi lors de la rupture du contrat d'agent, intègre jusqu'alors dans son assiette les commissions d'agence commerciale.

Mais l'agent rend souvent des services accessoires à son mandant, comme la logistique, le stockage, les tâches administratives associées,...

La Cour de Cassation (5 avril 2005) a décidé que l'indemnisation doit réparer la perte de « toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties », sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature.

➤ Adaptation du Code Civil aux contrats conclus par voie électronique

L'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 vient d'adapter le Code Civil aux contrats conclus par voie électronique. Les nouvelles dispositions portent sur :

- **Les conditions de l'échange d'informations en cas de contrat électronique** : l'usage de la voie électronique ne peut pas être imposé à un particulier, il doit accepter ce moyen et solliciter expressément l'envoi des informations contractuelles par courriel. En revanche, ces dispositions ne sont pas applicables aux relations entre professionnels, dès lors que ceux-ci se sont communiqué leurs adresses électroniques.
- **L'envoi ou la remise d'un écrit par voie électronique** : l'envoi d'un courrier simple ou recommandé par voie électronique a les mêmes valeurs et effets juridiques que celui effectué par voie postale. Le destinataire de l'offre doit avoir préalablement accepté l'envoi du courriel recommandé ; il n'a de valeur probante que s'il est acheminé par un procédé répondant aux quatre exigences suivantes : il doit identifier le tiers, permettre l'identification de l'expéditeur, garantir l'identité du destinataire, établir si le courriel a été remis ou non au destinataire. L'accusé de réception détermine la date de remise effective de l'écrit électronique.
- **L'adaptation de certaines exigences de forme** : le courriel doit respecter les mêmes conditions particulières imposées par la réglementation pour l'écrit sur support papier. Par exemple, en matière de droit de la consommation, si l'écrit sur support papier est soumis à des exigences de lisibilité ou de présentation (caractère apparent de certaines clauses), le courriel doit respecter ces dispositions. De même, pour permettre au consommateur de faire jouer son droit de rétractation, il doit contenir une adresse électronique lui permettant

d'accéder à un bordereau de rétractation et de le renvoyer. Le courriel doit pouvoir être imprimé par le destinataire.

➤ **Etiquetage des denrées alimentaires**

Le décret n° 2005-944 du 2 août 2005 relatif à l'étiquetage des denrées alimentaires modifie les dispositions du Code de la Consommation et le décret n° 64-949 du 9 septembre 1964 portant application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes en ce qui concerne les produits surgelés. Les modifications, applicables à compter du 25 novembre 2005, portent sur de nombreuses dispositions, et en particulier sur :

- l'élargissement aux vins et aux œufs du champ d'application des dispositions du Code de la Consommation relatives à l'étiquetage des denrées alimentaires,
- la codification des dispositions de l'arrêté du 7 décembre 1984 relatif à l'indication de la date et du lot, de l'arrêté du 7 décembre 1984 relatif à l'indication de la quantité sur les préemballages constitués de plusieurs préemballages et aux produits dispensés de l'indication de la quantité, de l'arrêté du 7 décembre 1984 relatif aux modalités d'expression des ingrédients dans l'étiquetage des denrées alimentaires préemballées et notamment aux catégories d'ingrédients,
- l'obligation de rassembler les mentions d'étiquetage dans un même champ visuel, y compris pour les produits destinés aux collectivités,
- l'indication obligatoire de la quantité nette, le décret précisant les unités de mesure,
- la transposition de la directive CE n° 2004/77 du 29 avril 2004 en ce qui concerne l'étiquetage de certaines denrées alimentaires contenant de la réglisse ; la mention "contient de la réglisse" est désormais obligatoire et doit apparaître juste après la liste des ingrédients sur l'étiquetage des confiseries ou boissons. Ces nouvelles dispositions sont applicables seulement à compter du 20 mai 2006,
- la transposition de la directive CE n° 2003/89 du 10 novembre 2003 concernant l'indication des ingrédients présents dans les denrées alimentaires. Les modifications portent notamment sur la constitution de la liste des ingrédients, en particulier sur l'indication de l'eau, des ingrédients volatils, des mélanges de fruits et/ou de légumes ou de champignons et sur l'indication obligatoires des allergènes,
- la transposition de la directive CEE n° 89/108 du 20 décembre 1988 exigeant l'apposition de la mention "surgelé" ainsi que l'indication de la date de durabilité minimale, accompagnée de l'indication de la période durant laquelle les produits surgelés peuvent être entreposés par le destinataire.

Droit des Sociétés

➤ La loi Breton du 26 juillet 2005

La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, dite « loi Breton », contient un certain nombre de modifications du droit des sociétés et, notamment, du régime des sociétés anonymes (SA).

Le rapport du président du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil et des procédures de contrôle interne mises en place par la société, n'est plus exigé que dans les seules sociétés faisant appel public à l'épargne.

La loi NRE du 15 mai 2001 a déjà autorisé, sous certaines conditions, l'utilisation de la visioconférence pour la tenue des réunions des conseils d'administration ou des conseils de surveillance. La loi Breton étend cet assouplissement à l'utilisation des moyens de télécommunication (notamment le recours à la conférence téléphonique), selon des modalités à arrêter par un décret en Conseil d'Etat.

Pour faciliter la tenue des assemblées générales, les obligations de quorum sont allégées : le quorum requis pour la validité des assemblées générales extraordinaires est désormais, sur première convocation, du quart (contre le tiers), et sur deuxième convocation, du cinquième (contre le quart). Le quorum requis pour les assemblées générales ordinaires est du cinquième (contre le quart) sur première convocation, aucun quorum n'étant requis, comme précédemment, sur deuxième convocation. Toutefois, dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés pour chaque type d'assemblée.

Dans les sociétés cotées, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux, directeurs généraux délégués, ou encore des membres du directoire, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis à la procédure de contrôle des conventions réglementées (autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance). Il en est de même pour les engagements identiques stipulés dans le contrat de travail d'un salarié lorsque l'intéressé est nommé à l'une des fonctions ci-dessus. Ces mesures sont applicables aux conventions conclues depuis le 1^{er} mai 2005.

En outre, dans les sociétés cotées ou les sociétés qui sont contrôlées par une société cotée, le rapport de gestion doit désormais décrire, en les distinguant, les éléments fixes, variables et exceptionnels composant les rémunérations et avantages de toute nature versés durant l'exercice à chaque mandataire social (y compris les administrateurs et les membres du conseil de surveillance), tant par la société où il exerce son mandat que par des sociétés contrôlées par celle-ci ou par la société qui la contrôle.

Il doit également indiquer les engagements de toutes natures pris par la société (seule visée par cette disposition) au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci. Hormis les cas de bonne foi, les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance de ces dispositions peuvent être annulés.

Les commissaires aux comptes doivent attester spécialement de l'exactitude et de la sincérité des informations ci-dessus.

Concurrence et Distribution

➤ Publication au Journal Officiel de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises est parue au JO n° 179 du 3 août 2005.

Les dispositions qui intéressent la modernisation des relations commerciales figurent dans le titre VI de la loi.

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

- donne une définition légale du contrat de coopération commerciale, dont l'objet est de fixer les conditions dans lesquelles l'acheteur s'oblige à rendre au fournisseur des services propres à favoriser la commercialisation des produits ou services de ce dernier qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente ; il renforce les exigences formelles attachées au contrat de coopération commerciale, ainsi que les sanctions,
- prévoit l'obligation de formaliser dans un contrat les services autres que de coopération commerciale rendus par le distributeur,
- ajoute les accords de gamme à la liste exemplative des abus de domination prohibés par l'article L. 420-2 du Code de Commerce,
- précise les possibilités de différenciation offertes aux opérateurs en fonction des catégories d'acheteurs (qui seront fixées par voie réglementaire) ou la spécificité des services rendus par l'acheteur à l'occasion de l'achat de produits ou de prestations (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, à partir du 1^{er} janvier 2006, les avantages financiers qui dépassent 20 % du prix net des produits, ce pourcentage étant ramené à 15% à compter du 1^{er} janvier 2007 et destiné à être réduit les années suivantes,
- énonce qu'est constitutive d'une pratique restrictive de concurrence le fait de procéder au « refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant »,

- améliore le dispositif permettant d'appréhender certaines pratiques commerciales liées au lancement d'enchères à distance, notamment les enchères inversées à distance.

Cet exposé n'est pas exhaustif mais reprend les dispositions les plus importantes, qui, pour la plupart, sont d'application immédiate. Les sanctions sont telles qu'il ne serait pas dans l'intérêt d'un opérateur de les méconnaître.

Droit Social

L'été 2005 a été riche en réformes d'importance. En effet, le gouvernement et le législateur n'ont pas hésité à adopter différents textes modifiant en profondeur la législation sociale. Il s'agit, d'une part, de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, et d'autre part, des ordonnances n°2005-892 et 2005-893 du 2 août 2005.

Ces dispositions, entrées en vigueur le 4 août 2005, ont :

- soit introduit des nouveautés dans le Code du Travail, comme en ce qui concerne :
 - le travail à temps partagé
 - le contrat « nouvelles embauches »
- soit remodelé des règles préexistantes, comme celles touchant à :
 - la prolongation du mandat des élus du personnel
 - les modalités de décompte des effectifs
 - l'extension du forfait annuel en jours à certains salariés non cadres.

➤ Introduction des « entreprises de travail à temps partagé »

La loi du 2 août 2005 vient de créer aux articles L. 124-24 à L. 124-32 du Code du Travail un régime spécial de travail temporaire. Désormais, une entreprise peut opter pour le travail à temps partagé.

Le nouvel article L. 124-24 définit l'entreprise de travail à temps partagé comme : *« toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive consiste... à mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes à raison de leur taille ou de leur moyens. Les salariés mis à disposition le sont pour des missions qui peuvent être à temps plein ou à temps partiel. »*

Les textes obligent, pour chaque mise à disposition individuelle d'un salarié, la signature d'un contrat entre l'entreprise de travail à temps partagé et l'entreprise cliente. Ce contrat doit préciser le contenu et la durée estimée de la mission, la qualification professionnelle du salarié, les caractéristiques particulières du poste de travail ou des fonctions occupées, le montant de la rémunération et ses différentes composantes.

En parallèle à ce contrat de mise à disposition, un contrat de travail doit être signé entre le salarié mis à disposition et l'entreprise de travail à temps partagé, comportant les clauses habituellement insérées dans les contrats, clauses auxquelles il convient d'ajouter, en cas de mise à disposition hors du territoire métropolitain, une clause de rapatriement à la charge de la société de travail à temps partagé.

Si un tel dispositif est attractif de prime abord pour les entreprises ayant pour objet de mettre à disposition du personnel chez leurs sociétés clientes, il est important de noter que, bien que les missions puissent être à durée déterminée, le contrat entre l'entreprise et son salarié sera « réputé être à durée indéterminée » et non pas pour la durée d'une seule mission.

➤ **Création du contrat de travail « nouvelles embauches »**

L'ordonnance n°2005-893 du 2 août 2005 ouvre la possibilité pour les employeurs, pour toute nouvelle embauche, de conclure un contrat de travail intitulé contrat « nouvelles embauches » (CNE) dont la particularité réside dans sa grande flexibilité.

Cette possibilité, ouverte aux entreprises employant au plus vingt salariés (selon les nouvelles modalités de décompte du personnel - cf. ci-après), permet de pourvoir à tout poste, hormis les emplois visés à l'alinéa 3 de l'article L. 122-1-1 du Code du Travail, à savoir les emplois saisonniers ou d'usage.

Le CNE, qui doit faire l'objet d'un écrit, est un contrat « sans détermination de durée », se transformant en CDI classique au bout de deux ans.

Pendant cette période de deux ans, l'article 2 de l'ordonnance prévoit que l'employeur, tout comme le salarié, est libre de rompre le contrat à tout moment et sans motif. Les règles légales de protection des femmes enceintes, des salariés protégés et d'interdiction de la discrimination sont toutefois applicables à la rupture du CNE.

La rupture doit être notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception, ce qui permet, lorsqu'elle est à l'initiative de l'employeur, de fixer le point de départ du préavis qui est dû au salarié, sauf faute grave ou force majeure. La durée de ce préavis est de deux semaines si le CNE est conclu depuis moins de six mois et d'un mois s'il est conclu depuis au moins six mois. Par ailleurs, l'employeur qui met un terme au contrat doit régler au salarié, au plus tard à l'expiration du préavis et sauf faute grave, une indemnité égale à 8% du montant total de sa rémunération brute, ainsi qu'aux ASSEDIC une indemnité égale à 2% de cette rémunération.

Si ce dispositif se révèle être plus souple qu'un CDD, il n'en demeure pas moins qu'en cas de rupture du CNE pendant le délai de deux ans, la possibilité de conclusion d'un nouveau CNE avec le même salarié n'est possible que moyennant un délai de carence de 3 mois.

➤ **Extension du forfait annuel en jours à certains salariés non cadres**

Jusqu'alors, les entreprises pouvaient, sous certaines conditions, pour les seuls salariés cadres, apprécier leur durée de travail dans le cadre d'un forfait annuel en jours.

La loi du 2 août 2005 élargit le bénéfice de ce dispositif aux salariés non cadres dès lors qu'il s'agit de salariés « dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées. »

En plus de ces deux conditions cumulatives, à savoir l'absence de prédétermination de la durée de travail et l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps, et à l'instar des salariés cadres, les salariés non cadres doivent avoir, préalablement à la mise en place du forfait, donné individuellement leur accord par écrit.

Il convient de préciser que cette extension n'est naturellement envisageable que si une convention ou un accord collectif le prévoit.

➤ Allongement du mandat des élus du personnel

La loi du 2 août 2005 prévoit que la durée du mandat des délégués du personnel, des élus du comité d'entreprise, du comité d'établissement, du comité central d'entreprise et du comité de groupe, est portée à quatre ans au lieu de deux ans à compter des prochaines élections. Ne sont pas concernés les membres du CHSCT ni du comité d'entreprise européen.

Toutefois, un accord collectif de branche, de groupe ou d'entreprise peut, par dérogation, limiter cette durée entre deux et quatre ans.

En outre, la loi met à la charge de l'employeur l'obligation d'organiser des élections partielles de délégués du personnel si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre de délégués titulaires est réduit de moitié ou plus.

➤ Aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises

Aux termes de l'ordonnance n°2005-892 du 2 août 2005, l'article L. 620-10 du Code du Travail dispose désormais que *« le salarié embauché à compter du 22 juin 2005 et âgé de moins de vingt-six ans n'est pas pris en compte, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt-six ans, dans le calcul des effectifs du personnel de l'entreprise dont il relève, quelle que soit la nature du contrat qui le lie à l'entreprise. »*

Ce nouveau dispositif aura des incidences sur la mise en place des institutions représentatives du personnel, bien que les nouvelles modalités de décompte ne puissent avoir pour effet la suppression d'une institution représentative du personnel ou d'un mandat de représentant du personnel. Des conséquences se feront aussi sentir en ce qui concerne la participation légale aux résultats de l'entreprise embauchant plus de cinquante salariés.

Attention : cette exclusion est provisoire ; en effet, le nouvel alinéa de l'article L. 620-10 n'est applicable que jusqu'au 31 décembre 2007.

Droit Fiscal

➤ Donation et création d'activité

La loi en faveur des petites et moyennes entreprises récemment adoptée instaure une exonération des droits de donation, dans la limite de 30 000 €, en faveur des dons de sommes d'argent :

- consentis à un de ses descendants (ou à un de ses neveux ou nièces à défaut de descendant),

- lorsque les sommes sont affectées dans les deux ans qui suivent soit à la souscription au capital d'une PME, soit à l'acquisition de biens affectés à l'exploitation d'une entreprise individuelle,
- réalisés entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2010.

Autrement dit, les parents dont un des enfants envisage la création d'une entreprise individuelle, ou la constitution d'une société dans laquelle il exercera son activité, peuvent donner en franchise de droits une somme de 30 000 €.

Précisons que cette faculté est réservée à chacun des parents et s'applique pour chacun des enfants, petits enfants ou arrière petits enfants bénéficiaires.

Rappelons pour mémoire que les dons exceptionnels institués par la loi du 9 août 2004, qui permettent à toute personne de donner la somme de 30 000 € à leurs enfants et/ou petits enfants, peuvent être réalisés jusqu'au 31 décembre 2005 .

➤ **Transmission à titre gratuit d'entreprise**

La loi en faveur des petites et moyennes entreprises assouplit le dispositif d'exonération des droits de mutation (donation ou succession) calculés alors que les associés de la société concernée ont souscrit un engagement de conservation.

Concrètement, l'exonération de droits est portée à 75% (au lieu de 50%), et elle peut s'appliquer aux donations consenties avec réserve d'usufruit.

Au plan pratique, les chefs d'entreprise, qui ont souscrit des engagements collectifs de conservation des titres dans le cadre du dispositif actuel, pourront désormais bénéficier d'une exonération de 75% :

- des droits de donation calculés lors de la donation desdits titres,
- ou bien lorsque ces titres sont compris dans une succession, pour le calcul des droits de succession.

En définitif, cette mesure vient conforter s'il en était besoin l'intérêt du mécanisme des engagements collectifs de conservation qui, rappelons-le, permet de diminuer de manière significative les droits de succession ou de donation exigibles sur les transmissions d'entreprise et de se prémunir, en l'absence de donation, du risque d'un décès accidentel du chef d'entreprise.

➤ **Choix entre fusion et transmission universelle de patrimoine : le réflexe taxe professionnelle**

Une décision récente, rendue par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, est venue éclairer les règles applicables en matière de taxe professionnelle aux établissements provenant d'une filiale dissoute sans liquidation.

Pour mémoire, l'article 1518B du Code Général des Impôts dispose qu'en matière de cession d'établissement, les actifs transférés doivent être déclarés au regard de la taxe professionnelle par la société bénéficiaire pour un montant qui ne peut être inférieur à 80% de la valeur déclarative constatée l'année précédente chez l'ancien propriétaire.

Pour la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, l'assujettissement au plancher d'évaluation des immobilisations ne s'applique pas aux transmissions universelles de patrimoine (TUP), et la mère confondante est en conséquence autorisée à calculer sa taxe professionnelle en fonction de la valeur comptable desdites immobilisations.

Or, l'application des nouvelles normes comptables IFRS conduit à réaliser les opérations de TUP sur la base des valeurs nettes comptables desdites immobilisations.

Autrement dit, les immobilisations transmises par une filiale dissoute à sa mère confondante sont impérativement valorisées pour leur valeur résiduelle, après amortissements.

En conséquence, la position entérinée par la Cour Administrative de Bordeaux autorise le contribuable, bénéficiaire d'une TUP, à calculer sa taxe professionnelle en retenant les valeurs des immobilisations égales aux valeurs nettes comptables (et non égales à 80% de la valeur que ces immobilisations avaient dans la société dissoute).

La position du Conseil d'État en cette matière est donc très attendue et devrait intervenir prochainement.

Cette jurisprudence, si elle vient à être confirmée, risque de faire pencher définitivement la balance en faveur des TUP, au détriment des fusions, pour les opérations de restructuration intra groupe.

En effet, dans les hypothèses où le rapprochement envisagé concerne deux sociétés dont l'une est la filiale exclusive ou quasi exclusive de l'autre, les implications fiscales de la fusion et de la TUP sont sensiblement identiques, et les conséquences en matière de Taxe Professionnelle pourraient devenir un critère décisif du choix de la restructuration à opérer.

Droit Public

➤ Communes : droit de préemption étendu aux fonds de commerce, baux commerciaux et fonds artisanaux

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises instaure un droit de préemption, au profit des communes, sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux.

Deux nouveaux articles L. 214-1 à L. 214-3 du Code de l'Urbanisme, une modification de l'article L. 145-2 du Code de Commerce et de l'article L. 2122-22 du Code Général des Collectivités Territoriales permettent désormais au conseil municipal de créer un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, à l'intérieur duquel les cessions de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux sont soumises au droit de préemption.

Avant toute cession, le cédant devra procéder à une déclaration préalable précisant le prix et les conditions de la cession. A défaut, celle-ci sera frappée de nullité.

Un silence de la commune pendant deux mois à compter de la réception de la déclaration vaut renonciation à son droit.

Une fois la préemption réalisée, la commune aura un an pour rétrocéder le fonds ou le bail à une entreprise immatriculée au RCS ou au Répertoire des métiers *« en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné »*.

Durant cette année de transition, l'article L. 145-2 du Code de Commerce modifié précise que le statut des baux commerciaux ne sera pas applicable au fonds ou au bail préempté. Quant à la rétrocession d'un bail commercial, elle sera subordonnée, à peine de nullité, à l'accord préalable du bailleur.

➤ **Marchés publics et appels d'offres : pondération des critères**

L'article 53, II du Code des Marchés Publics prévoit que *« pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché »*.

Si, compte tenu de l'objet du marché, la personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère doit être le prix.

Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés. »

Le Conseil d'Etat a précisé dans une récente décision que c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation.

➤ **Marchés publics : intérêts moratoires**

Le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics, en son article 5-II, prévoit que le taux des intérêts moratoires est référencé dans le marché. Ce taux est celui de l'intérêt légal en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir, augmenté de deux points. Pour 2005, ce taux est donc de 2.05% + 2 points, soit **4.05%**.

A défaut de la mention de ce taux dans le marché, le taux applicable est égal au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement principal la plus récente, effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points.

Ce taux marginal est de 2,05 % au 30 juin 2005. Le taux des intérêts moratoires en résultant est donc de 9,05 % au 1er juillet 2005.

Rappelons que, pour les marchés sans formalités préalables, la mention du taux des intérêts moratoires est facultative ; le taux applicable reste le taux d'intérêt légal en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir, augmenté de deux points

➤ Associations : simplification du régime de dons et legs

L'ordonnance n° 2005-856 du 28 juillet 2005 prévoit que les donations faites aux associations et fondations bénéficieront d'un régime de libre acceptation.

Le Ministre de l'Intérieur a présenté une ordonnance, élaborée en concertation avec des représentants du monde associatif et des fondations. Elle prévoit trois types de simplification.

En premier lieu, les donations et legs faits aux associations, fondations et congrégations, qui étaient soumis à un régime d'autorisation administrative préalable, bénéficient désormais d'un régime de libre acceptation.

Les libéralités seront simplement déclarées à l'administration par les notaires. Cette simplification permettra d'éviter chaque année, en moyenne, la prise de 10000 arrêtés préfectoraux et de 50 décrets en Conseil d'État ; les organismes bénéficiaires devraient donc recevoir les fonds ou les biens transmis beaucoup plus rapidement.

L'administration ne pourra s'opposer à la libéralité que si le bénéficiaire n'est pas en mesure d'utiliser celle-ci conformément à son objet statutaire.

En deuxième lieu, les formalités de déclaration des associations en préfecture ou sous-préfecture sont simplifiées.

En troisième lieu, les associations et fondations recevant des libéralités, des dons fiscalement déductibles ou des subventions d'un montant excédant un seuil fixé par décret sont soumises à une même obligation comptable : la tenue de comptes annuels selon un modèle unique.

Elles assureront également, dans des conditions qui seront précisées par décret, la publicité et la certification de leurs comptes.

➤ Associations : rapport au Premier Ministre vers un contrôle renforcé de la gestion financière

Le Député Jean-Pierre DECOOL a adressé au Premier Ministre un rapport intitulé « *Des associations en général... Vers une éthique sociétale* », dans lequel il rappelle les principales caractéristiques d'une association et émet des propositions relatives au fonctionnement de la vie associative, à la sécurité juridique, à la lisibilité et à la reconnaissance des associations, à la gestion financière et au financement public, à la délégation de service public et enfin à l'éthique associative.

Il propose notamment, pour assurer la sécurité juridique, d'imposer un commissaire aux comptes à toute association prétendant à l'intérêt sociétal et souhaitant délivrer un reçu fiscal dès le premier euro de don, condition nécessaire mais pas suffisante pour l'obtention du statut d'intérêt sociétal.

En matière de financement public, il suggère d'attribuer les subventions sur le projet associatif, d'inciter à la transparence dans l'attribution des subventions : publications officielles régulières, rapports des ministères, suivi des versements, de relancer les conventions pluriannuelles d'objectifs...

➤ **Environnement : l'obligation de remise en état d'une installation classée se prescrit par trente ans**

Le Conseil d'État vient d'ériger la prescription trentenaire, édictée par l'article 2262 du Code Civil, au rang de « principe général du Droit ».

Appliquant ce principe général à l'obligation de remise en état qui pèse sur l'exploitant d'une installation classée, son ayant droit ou celui qui s'y est substitué, le Conseil d'État annule la décision d'une Cour Administrative d'Appel qui avait jugé que l'obligation, pour l'ancien exploitant, de prendre en charge la remise en état du site serait insusceptible d'être prescrite.

La remise en état d'une installation classée ne peut donc être imposée par l'Administration lorsque plus de trente ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à sa connaissance, sauf dans le cas où les dangers ou inconvénients présentés par le site auraient été dissimulés.

➤ **Environnement : lutte contre la pollution aquatique**

Le programme national d'action contre la pollution des milieux aquatiques par certaines substances dangereuses, pris en application du décret n° 2005-378 du 20 avril 2005, a été approuvé.

Ce programme, établi en application de la directive 76/464/CEE, a pour objectif la réduction des émissions dans les milieux aquatiques de certaines substances (liste II de cette directive). Il permet notamment la mise en conformité du droit français avec la directive 2000/60/CE.

Les SDAGE (Schémas Directeurs d'Aménagement et de Gestion des Eaux) doivent être conformes à ce programme.

Contentieux – Arbitrage – Médiation

➤ **La fin de non recevoir tirée de la méconnaissance d'une clause de conciliation préalable peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel**

La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation (22 février 2005, inédit) a décidé qu'une clause, prévoyant une conciliation obligatoire préalablement à toute procédure judiciaire, peut être invoquée en tout état de cause – en l'espèce en appel - dans la mesure où la méconnaissance d'une telle clause constitue une fin de non recevoir, soumise aux dispositions des articles 122 et 123 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Dans cette affaire, un bailleur et son locataire avaient conclu un protocole d'accord, qui contenait une clause stipulant que *« toutes les contestations qui s'élèveraient entre les parties relativement à l'interprétation et à l'exécution du protocole seront soumises préalablement à toute instance judiciaire à un conciliateur »*.

Néanmoins, le bailleur avait directement assigné le locataire en paiement des loyers, lequel n'a pas soulevé le moyen tiré de l'inexécution de la clause de conciliation et a été condamné au paiement des loyers.

Le locataire a interjeté appel de cette décision et a invoqué l'existence de la clause de conciliation devant la Cour d'Appel, qui a toutefois décidé que cette fin de non recevoir ne pouvait pas être soulevée pour la première fois en cause d'appel, et a donc confirmé la condamnation.

La Cour de Cassation a pourtant cassé cet arrêt en toutes ses dispositions, au motif que la fin de non recevoir pouvait être soulevée en tout état de cause, y compris pour la première fois en cause d'appel.

D'un point de vue pratique, cette solution permet au débiteur condamné en première instance d'échapper à cette condamnation en obligeant, même en appel, le créancier à recourir à la conciliation.

Toutefois, cette solution n'est satisfaisante ni sur le plan juridique, les parties qui ont eu recours à une procédure judiciaire ayant décidé de défaire ce qu'elles avaient initialement prévu contractuellement, en renonçant à cette clause, ni sur le plan pratique, l'intérêt d'une conciliation après une procédure judiciaire étant nécessairement très faible.

La limite la plus évidente de cette jurisprudence devrait être le montant des dommages et intérêts qui ne manqueront pas d'être accordés par les Cours d'Appel en raison du caractère dilatoire de la fin de non recevoir ainsi soulevée.

➤ Les cautions simples bénéficient des effets d'un plan de continuation

La Chambre commerciale de la Cour de Cassation (23 novembre 2004, arrêt n°1679) vient de préciser « *qu'il résulte de l'article L.621-65 du Code de Commerce que les cautions non solidaires peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire* ».

Cette décision est fondée sur une lecture *a contrario* du Code de Commerce, qui prévoit en son article L.621-65 alinéa 1 que le jugement qui arrête le plan de continuation en rend ses dispositions opposables à tous, tandis que le second alinéa de ce même article prévoit que les cautions solidaires et les co-obligés ne peuvent pas s'en prévaloir.

Cette interprétation privilégie donc la finalité de la garantie au détriment de la règle de l'accessoire, qui permet en principe de faire bénéficier à la caution de tous les avantages consentis au débiteur principal.

Néanmoins, cette décision se justifie difficilement sur un plan juridique, puisqu'elle met en évidence une différence de régime entre la caution simple (qui bénéficie des effets du plan de continuation) et la caution solidaire (qui n'en bénéficie pas), alors qu'aucune raison ne permet d'opérer une telle différence en matière de procédures collectives.

La nouvelle loi sur les procédures collectives devrait mettre en place des solutions plus rationnelles.

➤ Eléments d'actualité sur les baux commerciaux

Forme du congé

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 9 mars 2005, a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Chambéry, qui avait considéré comme valable le congé donné par les bailleurs par lettre recommandée.

S'il est encore besoin de le rappeler, la forme du congé est toujours et encore impérativement celle de l'acte authentique délivré par exploit d'huissier, et ce quel que soit l'intérêt ou l'accord des parties.

Manquement à une obligation contractuelle d'une condition du bail

La Cour de Cassation rappelle que le non respect d'une des conditions fixées par le bail, laquelle peut entraîner une résiliation de celui-ci, doit être formalisé par acte d'huissier. Le constat de l'absence de mise en demeure préalable par acte extrajudiciaire d'avoir à cesser le manquement au bail emporte la cassation de l'arrêt d'appel.

Absence de nécessité d'un congé en cas d'accord sur le renouvellement dans le bail antérieur

Le bail ne prend fin que par la délivrance du congé. Toutefois, les parties peuvent se dispenser d'une telle formalité si elles ont fixé la date d'achèvement du bail initial, ainsi que le début et les conditions dans lesquelles commencerait et s'exécuterait le suivant.

La Cour de Cassation juge qu'il y a eu accord des parties pour un renouvellement après constat implicite de la fin du précédent bail et non poursuite par tacite reconduction. Une stipulation contractuelle s'impose prévoyant le renouvellement pour une nouvelle période.

International

➤ La Société Européenne : du rêve à la réalité...

La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, dite « Loi Breton », en date du 26 juillet 2005, a introduit en droit français les dispositions nécessaires à la constitution et au fonctionnement de la société européenne (« SE ») en France.

La SE a été instaurée par le Règlement CE n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, complété par une Directive n°2001/86/CE du Conseil du même jour, ayant pour objet d'instaurer les mécanismes propres à assurer l'implication des travailleurs des sociétés parties à un projet de constitution de SE.

La transposition de cette Directive en France devait en principe intervenir le 8 octobre 2004 au plus tard, correspondant à la date d'entrée en vigueur du Règlement précité. Les propositions de loi déposées dans cette perspective en 2003 et 2004 n'ayant jamais été examinées par le Parlement, la participation effective d'une société française à un projet de constitution de SE était restée théorique.

L'entrée en vigueur de la Loi Breton sur ce point, sous réserve de l'adoption des décrets d'application, autorise dorénavant la mise en oeuvre d'un tel projet.

Avantages de la SE

La SE permet aux entreprises de dimension communautaire de réorganiser leurs activités à l'échelon européen et d'agir sous la forme d'une seule société, régie par un corps de règles communes et opérant sur le territoire communautaire par le biais d'établissements (en lieu et place de filiales soumises à une multitude de droits nationaux différents).

Elle devrait par ailleurs faciliter le rapprochement d'entreprises communautaires (notamment par voie de fusion) et par là même, le maintien de leur compétitivité dans un contexte croissant de mondialisation.

Elle autorise enfin, au plan juridique, le transfert du siège social d'un État membre à un autre, sans dissolution et sans perte de la personnalité morale.

La SE est donc un outil permettant de simplifier le fonctionnement opérationnel et juridique de l'entreprise et de réduire les coûts y afférents.

Enjeux de la SE

En vertu du principe communautaire de la liberté d'établissement, la SE choisit librement la localisation de son siège, et par là même le droit national qui lui est applicable.

L'attractivité des réglementations nationales, au plan juridique, social et fiscal, sera très certainement un facteur décisif de choix.

Caractéristiques et modalités de création de la SE

La SE emprunte la forme d'une société anonyme relevant du droit de l'État membre de son siège et doit, en principe, disposer d'un capital minimal de 120.000 euros.

La SE peut résulter de :

- la fusion de deux ou plusieurs SA,
- la création d'une holding à l'initiative de SA ou SARL,
- la création d'une filiale commune à toutes sociétés ou entités juridiques de droit public ou privé,
- la transformation d'une SA possédant au moins une filiale dans un autre État membre depuis au moins 2 ans.

A noter que la SE peut constituer une ou plusieurs filiales sous forme de SE, y compris unipersonnelles.

Fonctionnement de la SE

Au plan juridique, la SE est dotée des mêmes organes qu'une SA, mais dont les règles de composition et de fonctionnement sont quelque peu différentes :

- la direction de la SE peut être moniste (de type Conseil d'administration) ou dualiste (de type Directoire et Conseil de surveillance) ;
- l'assemblée générale des actionnaires doit se réunir au moins une fois par an, dans les 6 mois de la clôture, pour statuer sur les comptes de l'exercice clos.

Au plan fiscal et en l'absence d'harmonisation européenne à ce jour, la SE subit le sort de toute multinationale : elle reste donc soumise à une multitude de régimes fiscaux (régime du siège social et de chacune des succursales).

Au plan social, la Directive subordonne tout projet de constitution d'une SE à une négociation avec les représentants des salariés des sociétés concernées en vue d'organiser leurs droits (d'information, de consultation et de participation) au sein de la SE. A défaut d'accord dans le

délai imparti (1 an au plus), le dispositif annexé à la Directive s'applique. Pour l'essentiel, il détermine l'organe de représentation du personnel et ses pouvoirs.