

Brèves Lamy Lexel

Octobre 2005

Droit des Affaires

➤ **Renforcement des pouvoirs des agents de la DGCCRF dans le domaine de la vente à distance**

L'ordonnance n°2005-1086 du 1^{er} septembre 2005, qui modifie certains articles du Code de la Consommation, renforce les pouvoirs de contrôle des agents de la DGCCRF – Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (saisies, visites, pouvoirs d'injonction...), plus spécifiquement dans les domaines de la vente à distance, du démarchage et de l'abus de faiblesse.

De plus, après accord du Procureur de la République, et tant que l'action publique n'est pas enclenchée, ces agents pourront proposer des transactions aux auteurs des contraventions définies par le livre IV du Code de la Consommation.

➤ **Droit de préemption, au profit des communes, des cessions de fonds artisanaux, de fonds de commerce et de baux commerciaux**

La loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des Petites et Moyennes Entreprises autorise désormais le conseil municipal à créer « *un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité* ». Toute cession de fonds artisanaux, de fonds de commerce et de baux commerciaux à l'intérieur de ce périmètre est soumise à déclaration préalable auprès de la commune, précisant le prix et les conditions de vente. En cas de non-respect, la cession projetée est nulle, étant précisé que l'action en nullité se prescrit par cinq ans à compter de la date de prise d'effet de la cession.

La commune a un délai de 2 mois pour notifier sa décision de préempter ou non :

- l'absence de décision dans ce délai vaut renonciation de la commune à son droit ; le cédant ne peut pas modifier son offre ;
- si la commune préempte, elle dispose d'un délai d'un an, à compter de la date de prise d'effet de la cession, pour rétrocéder ledit fonds à une entreprise immatriculée au RCS ou au répertoire des métiers ; toutefois, le bailleur doit, à peine de nullité, donner son accord ; pendant la période de transition d'un an, le statut des baux commerciaux ne s'applique pas au fonds ou bail préempté.

➤ **Retard du transporteur aérien dans l'acheminement des voyageurs**

Dans un arrêt en date du 5 juillet 2005, la Cour de Cassation vient de préciser que, sauf indication contraire dans les conditions générales de transport, les heures indiquées sur les billets ou ailleurs ne sont pas garanties et ne font pas partie du contrat.

Un passager avait subi plus de deux heures de retard par rapport à l'heure d'arrivée indiquée sur son billet d'avion, en raison de mauvaises conditions climatiques qui avaient entraîné la fermeture de l'aéroport. Les conditions générales de transport prévoyaient seulement que la compagnie « s'engage à faire de son mieux pour transporter le passager et les bagages avec une diligence raisonnable ».

Concurrence et Distribution

➤ Ouverture dominicale de certains magasins

Le repos hebdomadaire doit en principe être donné aux salariés le dimanche, ce qui ne favorise pas l'ouverture de l'établissement ce jour là.

Par exception, certains établissements sont autorisés à donner le repos hebdomadaire par roulement à ceux de leurs salariés occupés à des activités précises et peuvent donc ouvrir le dimanche.

La liste de ces établissements a été actualisée par le décret 2005-906 du 2 août 2005 ; elle vise désormais les jardineries et graineteries, ainsi que les établissements de location de DVD et de cassettes vidéo, et ce, pour toutes les activités situées dans ces établissements et directement liées à leur objet.

Droit Social

➤ Précisions complémentaires sur la fixation unilatérale de l'ordre du jour du comité d'entreprise

La société IBM a informé et consulté le comité central d'entreprise (CCE) sur un « Projet Pacific » concernant la cession partielle d'une activité de fabrication et de commercialisation d'ordinateurs personnels au niveau mondial.

Au cours de ce processus d'information/consultation, une opposition est apparue entre le président du comité central d'entreprise et son secrétaire sur l'inclusion, dans l'ordre du jour d'une réunion, de la question de la consultation du comité d'entreprise sur le « Projet Pacific ». Le secrétaire du comité central d'entreprise estimait que le CCE ne détenait pas les éléments d'information suffisants pour émettre un avis. C'est pourquoi, il a refusé d'inscrire ladite question à l'ordre du jour. Devant ce refus, le président l'a ajoutée unilatéralement.

Le comité central d'entreprise, s'estimant insuffisamment informé, a saisi le juge des référés aux fins de faire suspendre l'opération de transfert. Dans le cadre de ce litige, il était également demandé au juge de constater que l'inscription unilatérale à l'ordre du jour par le président du CCE constituait un trouble manifestement illicite.

Selon l'interprétation donnée par le Tribunal de Grande Instance (TGI de Nanterre - 31 mai 2005), puis par la Cour d'Appel (Versailles - 29 juillet 2005), les nouvelles dispositions légales n'ouvrent pas la possibilité pour le président ou pour le secrétaire du comité de fixer unilatéralement l'ordre du jour d'une réunion d'information/consultation.

L'inscription unilatérale ne semblerait être valable que si elle résulte de l'opposition entre le président et le secrétaire sur l'inscription d'une question à l'ordre du jour (en l'espèce, pour valider l'ordre du jour établi par le président du CCE, le juge avait relevé l'existence de plusieurs courriels du président au secrétaire pour demander l'inscription de la question de l'information sur le « Projet Pacific ») ; il est donc important de pouvoir formaliser cette opposition ou à tout le moins l'intention du président du comité (ou de son secrétaire) d'inscrire un point à l'ordre du jour.

En outre, la question doit figurer parmi les consultations obligatoires de l'instance représentative du personnel.

Cette interprétation semble restrictive des termes de l'article L.434-3 du Code du Travail qui vise la possibilité d'inscrire, de plein droit, par le secrétaire ou le président du comité, les « (...) consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou par un accord collectif de travail (...) ».

Droit Fiscal

➤ **Taxe Intérieure de consommation des Produits Pétroliers (TIPP) et restitution partielle**

La Loi de Finances pour 2005 autorise certaines entreprises à solliciter le remboursement d'une fraction de la TIPP acquittée sur le gazole utilisé.

Peuvent bénéficier de ce remboursement :

- les entreprises de transport routier de marchandises,
- les exploitants de transport public en commun de voyageurs,
- les entreprises utilisant des véhicules routiers de 7,5 tonnes et plus destinés au transport des marchandises.

Précisément, les professionnels peuvent solliciter le remboursement de la TIPP acquittée sur les consommations effectuées depuis le 21 juillet 2004.

Les demandes de remboursement doivent être établies, semestriellement, sur les imprimés idoines, édités par l'Administration des Douanes.

Précisons enfin que le remboursement s'applique à la TIPP grevant le gazole acquis en France, que le bénéficiaire soit propriétaire du véhicule, titulaire d'un contrat de crédit bail, ou bien encore locataire de ce véhicule.

➤ **TVA sur les péages et droit à déduction**

Un arrêt du Conseil d'Etat du 29 juin 2005 vient d'autoriser les sociétés d'autoroutes à émettre des factures rectificatives relativement aux péages acquittés entre le 1^{er} janvier 1996 et le 31 décembre 2000.

Rappelons qu'à cette époque, les tickets de péages délivrés aux usagers ne mentionnaient pas la TVA, et aucune déduction de TVA n'était donc permise.

Depuis 2001, la TVA grevant le péage figure sur les tickets et les usagers redevables de la TVA peuvent déduire la TVA acquittée sur les péages dans les conditions de droit commun.

Cette décision autorise ainsi les entreprises à réclamer la restitution de la TVA acquittée sur les péages au cours de la période 1996-2000, sous couvert toutefois de factures rectificatives (même une facture globale par période annuelle) préalablement obtenues des sociétés d'autoroutes.

Droit Public

➤ **Aides publiques : intérêt à agir de l'entreprise concurrente**

Le Conseil d'Etat (9 mai 2005) a considéré qu'une entreprise justifie d'un intérêt suffisant pour contester la délibération d'un conseil municipal attribuant une aide publique à l'un de ses concurrents.

Cette décision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence de la Cour Administrative d'Appel de Nancy (18 décembre 2003).

Avant de reconnaître l'intérêt à agir de l'entreprise requérante, le juge administratif vérifie de manière assez précise que les deux entreprises exercent effectivement leurs activités sur le même marché.

➤ **Marchés publics : indemnisation du candidat évincé**

Le juge administratif a fixé les conditions d'indemnisation des entreprises irrégulièrement écartées d'un marché public ou d'une délégation.

La première des conditions exigées par le juge administratif consiste à examiner si l'offre du candidat évincé était conforme à l'avis de publicité et au cahier des charges du maître d'ouvrage. Dans la négative, le requérant aura peu de chances de recevoir une indemnité.

Dans l'affirmative, le juge examine alors la probabilité qu'aurait eue l'entreprise de remporter le marché. Cette analyse repose sur une appréciation qualitative du projet et l'examen du

déroulement de la procédure, pour savoir comment le maître d'ouvrage a sélectionné le cocontractant.

Un candidat malheureux qui avait répondu, dans la forme, correctement, et qui aurait été irrégulièrement évincé, pourra se faire indemniser au moins des frais de participation à la procédure de sélection.

Si, de surcroît, le juge estime qu'il devait remporter le marché, son indemnité pourra être fixée en rapport avec son préjudice économique réel.

➤ **Marchés publics : un nouveau DC8**

Le Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie entreprend actuellement une refonte des formulaires de marchés publics. Après avoir modifié le DC4 et le DC5 en mai dernier, il vient de modifier le DC8 (acte d'engagement).

Désormais, un seul DC8 peut être utilisé pour plusieurs lots. Le candidat doit simplement préciser s'il s'engage sur le marché en cas de lot unique ou préciser les lots sur lequel il porte sa candidature.

Concernant le délai d'exécution, le DC8 nouvelle version permet au candidat d'indiquer si ce délai démarre à compter de la date de notification du marché ou de l'ordre de service.

Une autre modification concerne les marchés de fournitures "réseaux" pour lesquels les candidats sont invités maintenant à préciser en pourcentage la part de chaque provenance : "pays de l'Union Européenne, France comprise"; "pays membres de l'Organisation Mondiale du Commerce signataires de l'accord sur les marchés publics (Union Européenne exclue)", et "autres".

Enfin, les cadres réservés au nantissement et à la cession de créance ont été placés en fin de formulaire, après ceux réservés à la notification : une inversion par rapport au document daté du 7 novembre 2002.

➤ **Marchés publics et DCE : coûts pouvant être mis à la charge des entreprises candidates**

Le Ministre de l'Economie a précisé quels sont les frais qui peuvent être mis à la charge des candidats pour obtenir le dossier de consultation des entreprises :

« Le principe posé par l'article 41 du code des marchés publics est la remise gratuite par la personne publique des pièces nécessaires à la consultation des candidats. Toutefois, la personne responsable du marché peut décider que ces pièces sont remises aux candidats contre paiement des frais de reprographie.

L'article 2 du décret n° 2001-493 du 6 juin 2001 pris pour l'application de l'article 4 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 et relatif aux modalités de communication des documents administratifs dispose, pour sa part, à son premier alinéa, qu'à l'occasion de la délivrance d'un document, des frais correspondant au coût de la reproduction et, le cas échéant, d'envoi de celui-ci peuvent être mis à la charge du demandeur. Ce texte distingue donc les frais de reproduction stricto sensu des frais d'envoi qui peuvent être mis à la charge des demandeurs.

L'article 41 du code des marchés publics ne mentionne pour sa part que les seuls frais de reprographie.

Dès lors, la remise contre paiement des frais de reprographie des pièces nécessaires à la consultation doit être entendue de manière restrictive et être limitée à ces seuls frais à l'exclusion des dépenses d'affranchissement. (...)»

Ainsi, si des frais de reprographie peuvent être demandés aux entreprises lors du retrait d'un dossier de consultation, les frais d'affranchissement ne peuvent pas, en revanche, être mis à la charge des candidats.

➤ **Marchés publics : avenants et marchés sans formalités préalables**

L'avis de la commission d'appel d'offre doit être recueilli lorsqu'un projet d'avenant a pour effet d'augmenter de plus de 5% le montant d'un marché. La circonstance qu'il s'agisse d'un marché sans formalités préalables est sans incidence.

Ainsi, le Ministre de l'Economie a précisé :

« L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent d'adapter ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de substituer un nouveau contrat au contrat initial, soit parce que l'économie de ce dernier en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même. La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat. Cependant, ces sujétions doivent constituer des difficultés imprévues et exceptionnelles, et ne pas être imputables aux parties.

En dehors de cette situation, il y a lieu de considérer qu'un avenant qui augmenterait de 15% à 20% ou plus le prix d'un marché est susceptible d'être regardé par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat et donc comme irrégulier. En ce qui concerne l'intervention de la commission d'appel d'offres, la loi n° 95-127 du 8 février 1995 dispose que tout projet d'avenant à un marché de fournitures, de travaux ou de services entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5% doit être soumis à cette instance.

Cette procédure concerne tous les marchés, quel que soit leur montant. L'avis de la commission doit donc être recueilli lorsqu'un projet d'avenant a pour effet d'augmenter de plus de 5% le montant d'un marché sans formalités préalables en application du code des marchés publics du 7 mars 2001 ou selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés publics issu du décret du 7 janvier 2004. »

➤ **Environnement : installations classées**

Le décret n°2005-1170 du 13 septembre 2005 vient modifier le précédent décret d'application n°77-1133 du 21 septembre 1977 de la loi n°76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

Le nouveau texte précise notamment les règles procédurales qui gouvernent à l'installation et à l'arrêt définitif des installations.

Contentieux – Arbitrage – Médiation

➤ **Entreprises en difficulté : critère de l'atteinte à l'intérêt social justifiant la poursuite du dirigeant**

Les dispositions de l'article L.624-5 du Code de Commerce prévoient que le dirigeant d'une société qui fait l'objet d'une procédure collective encourt de lourdes sanctions – la mise en redressement ou en liquidation judiciaire personnelle – s'il fait des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles, ou pour favoriser une personne morale dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement.

A cet égard, il est à noter qu'à compter du 1^{er} janvier 2006, le dirigeant concerné pourra être condamné à payer tout ou partie des dettes sociales (loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005).

En l'espèce, le dirigeant d'une société avait présenté au paiement vingt trois lettres de change non causées pour un montant de plus de 210 000 euros.

La Cour d'Appel a considéré que le dirigeant ne pouvait pas être poursuivi, n'ayant pas fait usage des biens ou du crédit de la société à des fins personnelles, puisque ses agissements n'avaient pour seul objectif que de créer de la trésorerie au profit de la société.

La Cour de Cassation (Cass. Com. - 21 juin 2005) a censuré cette décision, au motif que ces agissements pouvaient exposer la société et son dirigeant à un risque anormal de poursuites pénales et fiscales et, ainsi, porter atteinte au crédit et à la réputation de la société.

La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation reprend ainsi la définition de l'atteinte à l'intérêt social donnée par la Chambre Criminelle de la Haute Juridiction (Cass. Crim. - 27 octobre 1997), en matière d'abus de biens sociaux pénalement répréhensibles.

Il convient donc en pratique d'être particulièrement vigilant, sachant que l'avantage financier qui peut être procuré à la société, à court terme, ne sera pas pris en considération par les Tribunaux dans le cadre d'une procédure d'extension du passif à un dirigeant.

➤ **Entreprises en difficulté : suspension des poursuites contre la caution d'une entreprise en redressement judiciaire**

La Cour de Cassation (2 arrêts - Cass. Com. - 24 mai 2005) vient de trancher sur les divergences existant entre les Cours d'Appel quant aux procédures à engager à l'encontre des cautions d'entreprises en redressement judiciaire, à la suite de mesures conservatoires prises à l'encontre de celles-ci.

Les dispositions de l'article L.621-48 du Code de Commerce permettent aux créanciers d'une société en redressement judiciaire de prendre à l'encontre des cautions de celle-ci des mesures conservatoires, sachant que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire interdit, jusqu'au jugement arrêtant un plan de continuation ou la liquidation, d'engager des poursuites contre les cautions.

Or, si le créancier bénéficiaire d'une caution qui a pris une mesure conservatoire contre celle-ci n'engage pas, dans le délai d'un mois qui suit l'exécution de cette mesure, une procédure judiciaire ni n'accomplit les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire, la mesure conservatoire devient caduque.

Certaines Cours d'Appel jugeaient que ces actions ou formalités devaient être engagées dans le délai d'un mois suivant l'exécution de la mesure conservatoire, les instances engagées restant quant à elles suspendues jusqu'au dénouement de la procédure collective, par un plan de continuation ou une liquidation.

D'autres Cours d'Appel, au contraire, appliquaient strictement le principe d'interdiction des poursuites à l'encontre de la caution, et considéraient que le délai d'un mois était prorogé jusqu'au jugement arrêtant un plan de continuation ou prononçant la liquidation judiciaire.

La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation met fin à cette divergence en décidant que le créancier privilégié est tenu d'obtenir un titre exécutoire à l'encontre de la caution, pour convertir une mesure conservatoire, et que l'instance engagée à cet effet est suspendue jusqu'au jugement constatant la fin de la procédure de redressement.

➤ **Propriété intellectuelle : preuve de la contrefaçon**

Le Code de la Propriété Intellectuelle comporte des dispositions tendant à démontrer la preuve de l'existence de la contrefaçon. Il s'agit de la procédure dite de saisie contrefaçon.

Toutefois, la Cour de Paris rappelle (20 avril 2005) que la preuve de la contrefaçon peut être apportée par tous moyens. Ainsi, l'huissier qui n'a pas constaté personnellement la présence des objets contrefaisants à l'intérieur du magasin, ni leur achat par le titulaire des droits, mais qui, au sortir du magasin et sur demande du titulaire des droits, se voit remettre les objets avec la preuve de leur achat - le tout produit au débat avec le Procès Verbal de l'huissier - constitue une preuve valable des faits de contrefaçon.

➤ **Baux commerciaux : clause relative à l'exécution de travaux**

Le bailleur doit, par application des dispositions de l'article 1719 du Code Civil, délivrer au preneur la chose louée, entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et en laisser jouir le preneur paisiblement pendant la durée du bail.

Le bailleur ne peut donc, sous prétexte qu'il doit réaliser d'importants travaux de quelque nature que ce soit, refuser d'indemniser son preneur pour la non exploitation de son fonds en raison de l'existence d'une "clause relative à l'exécution de travaux".

Cette stipulation est contraire à l'article 1719 du Code Civil.

International

➤ **Précisions sur le détachement transnational de travailleurs**

La loi du 2 août 2005 en faveur des Petites et Moyennes Entreprises intervient dans un contexte social européen où le spectre de la venue d'une main d'œuvre étrangère "bon marché" en provenance des dix nouveaux Etats membres demeure bien présent.

Elle achève la transposition de la Directive 96/71 sur le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, en modifiant les dispositions du Code du Travail et du Code de la Sécurité Sociale relatives au détachement transnational de travailleurs.

Ce dispositif, qui entrera en vigueur lors de la publication d'un prochain décret d'application, est intéressant dans la mesure où il vient définir des notions qui pouvaient paraître imprécises jusqu'à présent.

La loi nouvelle définit tout d'abord **4 cas de détachement temporaire** de salariés sur le territoire français par un employeur établi hors de France, dans lesquels le "noyau dur" de la législation française (c'est-à-dire les dispositions relatives notamment au temps de travail, à la rémunération, au travail illégal, aux conditions de mise à disposition...) doit être impérativement appliqué.

Elle donne ensuite une **définition du "salarié détaché"**, définition qui n'existait pas auparavant en droit français. Il s'agit de tout *"salarié d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France et qui, travaillant habituellement pour le compte de celui-ci, exécute son travail à sa demande pendant une durée limitée sur le sol français dans l'une des 4 catégories de détachement prévues par la loi"*.

Elle met également en place **un système de surveillance**, par le biais des déclarations préalables, des entreprises étrangères et notamment des entreprises étrangères de travail intérimaire.

Enfin, il est important de noter que ce régime s'applique aux salariés des **entreprises de transport** établies hors de France qui, à la demande de leur employeur, exécutent leur travail pendant une durée limitée sur le sol français dans le cadre d'**opérations de cabotage**.