

Brèves Lamy Lexel

Novembre 2005

Droit des Affaires

➤ Un contrat envoyé pour signature par la Poste est un contrat conclu « à distance »

Un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen rappelle que le formalisme prévu aux articles L. 121-16 et suivants du Code de la Consommation s'applique également au contrat conclu à distance avec un consommateur.

En l'espèce, un particulier avait contacté par téléphone un prestataire de services, lequel avait envoyé par voie postale le contrat pour signature.

La Cour d'Appel a considéré :

- qu'il s'agissait bien d'un contrat conclu à distance, les parties n'ayant jamais été en présence physique,
- les prestations de services entrent bien dans le champ d'application de la réglementation.

Par conséquent, le contrat devait prévoir l'exercice du droit de rétractation de 7 jours du consommateur à compter de l'acceptation de l'offre. Faute de respecter ce formalisme, le contrat est frappé de nullité et l'acompte versé doit être restitué.

➤ Rappel des délais de prescription applicables en matière d'indemnité de fin de contrat d'agent commercial

Dans un arrêt en date du 18 mai 2005, la Cour de Cassation rappelle, fort à propos, les délais de prescription applicables à la demande d'indemnité d'un agent commercial en fin de contrat.

Selon les dispositions de l'article L. 131-12 al. 2 du Code de Commerce, l'agent commercial dispose d'un délai d'un an à compter de la cessation du contrat pour se prévaloir de ses droits. Une demande formulée par lettre recommandée avec accusé de réception est jugée suffisante.

Puis, en cas de désaccord sur le montant de l'indemnité due, l'action en justice est, elle, soumise au délai de prescription extinctive de droit commun de 10 ans (article L. 110-4 du Code de Commerce).

Il existe ainsi un double délai : l'un de notification de l'intention (1 an) et l'autre de prescription de l'action (10 ans).

➤ Une garantie autonome peut prévoir des conditions de mise en jeu à respecter par le bénéficiaire

Une garantie est autonome si elle met à la charge du garant l'obligation, indépendante de celle du débiteur garanti, de payer le bénéficiaire sans pouvoir soulever la moindre exception : elle se distingue en cela du cautionnement.

Par deux décisions du 12 juillet 2005, la Cour de Cassation a précisé que l'on pouvait :

- obliger le bénéficiaire à joindre à sa demande de mise en jeu de la garantie des pièces justificatives,
- l'obliger de même à motiver sa réclamation.

Ces deux conditions de forme ne permettent pas au garant de discuter du bien fondé de la demande de paiement, et la garantie, même ainsi « justifiée », demeure autonome.

➤ **Sort du bail commercial au-delà de son terme**

A défaut de congé, le bail commercial qui se poursuit est à durée indéterminée et il peut y être mis fin à tout moment par un congé selon les usages du texte applicable, à savoir au moins six mois à l'avance.

La clause d'un bail commercial qui prévoit expressément que, à l'issue de la période de neuf ans, le bail se renouvellera pour une même durée, moyennant un loyer plafonné, n'est pas contraire aux statuts des baux commerciaux. Le bailleur n'a de ce fait aucune obligation de donner congé avec offre de renouvellement.

Droit des Sociétés

➤ **La location et le crédit bail de parts sociales ou d'actions**

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, dite « loi PME », institue deux nouveaux contrats spéciaux : la location et le crédit bail de parts sociales ou d'actions (articles L. 239-1 et suivants nouveaux du Code de Commerce), dont certaines modalités d'application doivent encore être fixées par décret.

Les statuts des sociétés par actions et des SARL soumises à l'impôt sur les sociétés peuvent prévoir que les actions ou parts pourront être données à bail au profit d'une personne physique.

Cette location ne peut toutefois pas porter sur des titres :

- détenus par des personnes physiques dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé lorsque les produits et plus-values bénéficient d'un régime d'exonération en matière d'impôt sur le revenu ;
- inscrits à l'actif d'une société de capital risque ou d'une société unipersonnelle d'investissement à risque ;
- détenus par un fonds commun de placement dans l'innovation ou un fonds d'investissement de proximité.

La location d'actions ne peut porter que sur des titres nominatifs non négociables sur un marché réglementé, non inscrits aux opérations d'un dépositaire central et non soumis à l'obligation de conservation prévue à l'article L. 225-197-1 en matière d'attribution gratuite d'actions ou aux délais d'indisponibilité prévus en matière de participation des salariés aux résultats de l'entreprise et aux PEE.

Les actions ou parts louées ne peuvent pas, sous peine de nullité, faire l'objet d'une sous-location ou d'un prêt de titres.

Le contrat de bail doit être constaté par acte authentique ou sous seings privés soumis à **enregistrement**. Il devra, sous peine de nullité, comporter les mentions dont la liste sera fixée par décret. Le bail sera rendu opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690 du Code Civil (acceptation dans un acte authentique ou signification par voie d'huissier).

Les actions ou parts louées devront faire l'objet d'une évaluation en début et en fin de contrat, ainsi qu'à la fin de chaque exercice comptable lorsque le bailleur est une personne morale. Cette évaluation sera effectuée sur la base de critères tirés des comptes sociaux et **certifiée par un commissaire aux comptes**.

Les dispositions légales ou statutaires prévoyant l'agrément du cessionnaire de parts ou d'actions sont applicables dans les mêmes conditions au locataire.

Le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartiendra au bailleur dans les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société et au locataire dans les autres assemblées.

Pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme le nu propriétaire et le locataire comme l'usufruitier. **C'est donc le locataire qui percevra les dividendes** attachés aux parts ou actions. Sauf dans le cas d'un bail à titre gratuit, **le locataire devra verser un loyer au bailleur**.

La loi PME instaure en outre une possibilité de **crédit bail de parts sociales ou d'actions** (article L. 313-4 nouveau du Code monétaire et financier) : l'opération de location telle que décrite ci-dessus est alors assortie d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers.

Droit Social

➤ **Obligation de sécurité : une obligation pour l'employeur mais aussi pour les salariés**

La Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 30 septembre 2005, rappelle que l'obligation de sécurité dans l'entreprise ne pèse pas seulement sur l'employeur mais également sur les salariés.

Selon l'article L.230-3 du Code du Travail, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail.

Depuis plusieurs mois, les juges ont élaboré une jurisprudence stricte sur l'obligation de sécurité de résultat à laquelle est soumis l'employeur. Ce nouvel arrêt de la Cour de Cassation semble tirer les conséquences de cette lourde obligation sur la gestion des salariés de l'entreprise.

En l'espèce, de nombreux manquements d'un salarié, chargé d'assurer le respect des règles de sécurité, avaient été relevés. Après plusieurs rappels, l'employeur décide de procéder à son licenciement pour faute grave.

Ce motif de licenciement est validé par la Cour d'Appel de Lyon, puis par la Cour de Cassation qui indique que, nonobstant l'absence de délégation de pouvoir, le salarié doit répondre des fautes qu'il a commises dans l'exécution de son contrat de travail.

Les juges font particulièrement référence à la « *lourde obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur* » pour justifier le licenciement prononcé.

Cette décision semble ainsi reconnaître que l'employeur ne peut pas tolérer les insuffisances ou manquements de ses salariés en matière de sécurité.

De manière extensive, il pourrait être considéré que l'employeur est tenu de sanctionner, voire de se séparer de tout salarié susceptible de mettre en danger la sécurité des autres salariés de l'entreprise.

Une telle interprétation permettrait de remédier quelque peu au déséquilibre existant entre les obligations des salariés et de l'employeur en matière de sécurité. Mais elle conduirait également à une obligation pour l'employeur de sanctionner, ou à tout le moins de rappeler formellement à l'ordre, tout manquement en matière de sécurité, quel qu'il soit. A défaut, la faute inexcusable de l'employeur, qui avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel étaient exposés les salariés, pourrait être caractérisée.

➤ Révélation d'un handicap cinq semaines après l'embauche d'un salarié : l'employeur peut-il invoquer un dol ?

Le dol se définit, selon l'article 1116 du Code Civil, comme des manœuvres frauduleuses pratiquées par l'un des co-contractants en vue d'obliger l'autre partie à contracter.

Dans cet arrêt, le médecin du travail avait préconisé, à la suite de la visite médicale d'embauche effectuée à l'issue de la période d'essai, une adaptation du poste de la salariée au handicap dont elle était atteinte en prévoyant un allègement des horaires.

L'employeur, découvrant à cette occasion le handicap de la salariée, décide alors de rompre le contrat de travail au motif que l'état de santé de la salariée ne lui permettait pas d'effectuer le travail qui lui été confié.

A tort, selon la Cour d'Appel qui a jugé que la rupture s'analysait en un licenciement nul et a condamné la société en paiement de diverses sommes.

L'employeur contestant cette décision s'est pourvu en cassation en considérant que le contrat de travail était nul du fait du dol de la salariée, qui avait dissimulé son handicap et qui avait certifié que rien ne s'opposait à l'accomplissement de sa mission.

La Cour de Cassation (Soc. 21 septembre 2005), après avoir souligné que seul le médecin du travail est habilité à recevoir les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à l'embauche, a considéré que : « *lorsque l'employeur décide que le salarié recruté avec une période d'essai prendra ses fonctions avant l'accomplissement de cet acte médical, il ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou son handicap.* »

Ainsi, selon la Cour de Cassation, il ne peut y avoir tromperie de la part du salarié dans la mesure où ce dernier n'est pas tenu de donner des informations sur son état de santé à son employeur et que de surcroît l'employeur avait décidé de faire subir la visite médicale à l'issue de la période d'essai.

Il convient de rappeler que le licenciement fondé sur l'état de santé est discriminatoire et est donc nul. En l'espèce, la salariée n'ayant pas demandé sa réintégration, la Cour de Cassation a estimé que le salarié avait droit à des dommages et intérêts (au moins égaux à 6 mois de salaire) réparant l'intégralité de son préjudice résultant du caractère illicite de son licenciement.

Droit Public

➤ Contrôle de légalité et marchés non formalisés

Dans une réponse ministérielle publiée le 4 octobre 2005 sous le numéro 67666, le Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire était interrogé sur la question de savoir si les décisions de maires intervenues sur délégation du conseil municipal et portant approbation d'un marché passé sans formalité préalable en raison de son faible montant doivent faire l'objet d'une transmission au contrôle de légalité.

Le ministre a rappelé qu'aux termes des dispositions de l'article L2122-22 du code général des collectivités territoriales « *le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat... de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget* ». Il s'est ensuite fondé sur les dispositions de l'article L. 2131-2-4 du code général des collectivités territoriales modifié par l'article 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi MURCEF) pour conclure que les conventions relatives aux marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant sont dispensées de l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité.

Ce principe a été confirmé par le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2005 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'État et des collectivités territoriales qui ajoute un paragraphe V à l'article 28 du code des marchés publics et prévoit que « *les marchés sans formalité préalable mentionnés dans le code général des collectivités territoriales et le code de la santé publique sont les marchés d'un montant inférieur aux seuils fixés au II, 1er alinéa, au III et au IV de l'article 28* ».

Ainsi il n'y a plus de doute possible sur le fait que les marchés de moins de 230 000 euros, quelle que soit la procédure utilisée pour les passer, n'ont pas à être transmis au contrôle de légalité.

➤ Concession de services publics et mise en concurrence : l'affaire « Parking Brixen »

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a rendu le 13 octobre 2005 un arrêt «Parking Brixen» (C-458/03) qui concerne à nouveau la délicate question de la mise en

concurrence lors de l'attribution, par les communes, de concessions de services publics à des sociétés dans lesquelles elles détiennent une participation majoritaire.

En l'espèce, une commune italienne (Brixen) avait conclu avec une société, dont elle était l'unique actionnaire, une convention portant sur la gestion d'un parking, sans procéder à une mise en concurrence.

La Cour a tout d'abord souligné qu'il s'agissait d'une concession de services publics et que la directive sur les procédures de passation des marchés publics de services n'était pas applicable. Elle a cependant rappelé que l'autorité concédante était tenue de respecter les règles générales du traité CE et en particulier les principes d'égalité de traitement et de transparence.

Ces principes impliquaient de garantir à tous les soumissionnaires potentiels un degré de publicité adéquat, sauf si la société concessionnaire pouvait être considérée, pour la commune, comme une structure de gestion interne (in house) du service. Selon une jurisprudence bien établie, cette exception au principe de mise en concurrence nécessite que le contrôle exercé par la commune sur la société concessionnaire soit analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

En l'espèce, la Cour a jugé que la société concessionnaire jouissait d'une large autonomie qui excluait un contrôle de la commune analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Les activités de la société avaient ainsi été étendues à toute l'Italie et son capital devait être ouvert prochainement à d'autres actionnaires. La Cour a considéré que, dans ces conditions, l'absence totale de mise en concurrence était contraire au droit communautaire.

Cet arrêt a suscité une vive désapprobation du Conseil des Communes et Régions d'Europe. Son Secrétaire Général, Jeremy Smith, a critiqué la « *nouvelle lignée inquiétante de décisions de la Cour de Justice, qui érodent le droit de nos municipalités de décider de la meilleure manière de prester leurs services dans leurs propres circonscriptions et à leurs propres citoyens* ».

L'arrêt «Parking Brixen» s'inscrit, en effet, dans le prolongement des arrêts «Stadt Halle» du 11 janvier 2005 et «Coname» du 21 juillet 2005. La Cour avait jugé qu'une participation privée, même minoritaire, au capital de la société concessionnaire empêchait d'assimiler celle-ci à une structure de gestion interne et d'écarter les règles de mise en concurrence.

➤ **Le Conseil d'Etat précise la notion de «publicité adéquate» en matière de procédure adaptée : la publication doit être efficace.**

Aux termes de l'article 28 du Code des marchés publics, la personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure dite adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé.

Ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux qui s'imposent à elle, de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Par un arrêt du 7 octobre 2005, le Conseil d'Etat, après avoir noté la spécificité de l'objet du marché, à savoir la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, comprenant un bâtiment muséographique et des annexes, pour laquelle l'avis d'appel à la concurrence exigeait des candidats la présentation de «*références récentes en matière de conception et de programmation de grands musées*», décide que la région a méconnu les obligations de publicité et de

mise en concurrence qui lui incombait et annule les actes relatifs à la procédure de passation du marché.

En effet, pour passer ce marché d'un montant prévisionnel de 35.000 euros, selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du Code des marchés publics, la région a choisi d'envoyer à la publication dans le journal régional « La Voix du Nord » un avis d'appel public à la concurrence le 7 janvier 2005 et de diffuser cet avis par la voie de son site Internet pendant quinze jours.

Or, compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès des programmistes ayant vocation à y répondre, de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande et d'égalité de traitement des candidats.

Ainsi, en matière de procédure adaptée, la publicité ne doit pas être faite le plus largement possible, mais doit être faite sur le support le mieux approprié à la cible visée.

➤ **Les récentes adaptations du droit de l'environnement**

La loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement vient transposer la Directive n° 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003, qui devait être transposée au plus tard au 14 février 2005.

La loi donne l'accès aux citoyens à l'information en matière d'environnement et organise cette communication "quel qu'en soit le support". Elle pourra donc concerner les mesures environnementales comprises dans les délégations de service public et marchés publics.

Ces dispositions sont une déclinaison particulière de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, organisant une obligation générale de communication des documents administratifs.

Ce texte comprend également un toilettage du code de l'environnement, notamment concernant l'étude d'impact, et intègre les dispositions du protocole de Kyoto relatives aux cessions et acquisitions d'unités.

Contentieux – Arbitrage – Médiation

➤ **Entreprises en difficulté : l'étendue du dessaisissement du débiteur personne physique en liquidation judiciaire**

Dans un arrêt de principe, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation (Cass. Com. 4 octobre 2005) confirme la prédominance du droit des procédures collectives en jugeant que le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire et marié sous le régime de la communauté s'étend à l'ensemble des biens communs du couple.

En l'espèce, une épouse commune en biens avec son époux placé en liquidation judiciaire a consenti un bail sur un terrain et un bâtiment dépendant de la communauté de biens. Le

liquidateur judiciaire de l'époux a demandé la nullité du bail. La Cour de Cassation confirme l'arrêt d'appel qui avait déclaré nul et inopposable à la liquidation judiciaire le bail ainsi conclu.

En pratique, cet arrêt signifie tout d'abord que le débiteur qui fait l'objet de la procédure collective, mais également son conjoint, sont totalement dessaisis de leur pouvoir de gestion relatif aux biens communs. En conséquence, aucun acte d'administration ou de disposition concernant un bien commun ne peut être conclu par l'un des époux.

Les biens communs du couple, qui sont inclus dans la procédure collective, sont donc uniquement administrés par le liquidateur, de même que les droits et actions des époux, de sorte que le dessaisissement est complet.

Par ailleurs et surtout, cela implique également que les créanciers du conjoint *in bonis* ne peuvent plus recouvrer directement leur créance sur les biens communs, et n'ont d'autre solution que de déclarer leur créance à la procédure s'ils veulent y participer.

Il est donc plus que jamais recommandé d'opter pour un régime matrimonial conventionnel, de préférence de séparation de biens, pour éviter toute difficulté à cet égard.

➤ **Droit pénal : un bulletin de paie peut constituer le support d'un faux en écritures**

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (Cass. Crim. 7 septembre 2005) vient de juger que le bulletin de salaire peut constituer le support d'un faux en écritures.

En l'espèce, un employeur avait indiqué sur un bulletin de paie qu'un salarié était en congés payés, alors qu'il était en arrêt maladie.

La Cour de Cassation confirme l'arrêt qui avait relevé que l'employeur, dans cette situation, était l'auteur d'un délit de faux et usage de faux.

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation applique donc les dispositions de l'article 441-1 du Code Pénal relatives aux faux en écritures privées, en jugeant que le bulletin de paie est, selon ces dispositions, un « *écrit qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* ».

Il convient donc de se montrer particulièrement vigilant dans l'établissement des bulletins de salaire, créateurs de droit.

➤ **Saisie contrefaçon : le conseil en propriété intellectuelle de la partie saisissante peut valablement assister l'huissier instrumentaire en qualité d'expert**

Un conseil en propriété intellectuelle, fût-il le conseil habituel de la partie saisissante, peut être désigné en qualité d'expert du saisissant pour assister l'huissier instrumentaire dans le cadre d'une procédure de saisie contrefaçon, préalable à l'action en contrefaçon.