

# Brèves Lamy Lexel

## Novembre 2007

### Ils sont là pour vous accompagner...

Alexandre Bideau a été coopté par les associés du cabinet LAMY LEXEL en tant que nouvel associé.

**Alexandre BIDEAU**, 31 ans, a rejoint LAMY LEXEL en juillet 2000 pour un stage de Droit des Affaires à Lyon ; il est resté dans l'équipe en tant que juriste, puis comme avocat en janvier 2001 une fois son CAPA en poche, et n'a cessé depuis d'évoluer au sein du département Droit des Affaires.



Titulaire d'un DJCE, il gère principalement des dossiers de fusions acquisitions, d'opérations en capital et de droit des sociétés, et intervient surtout auprès de moyennes et grosses PME.

La maturité technique, l'autonomie et les facultés de développement commercial qu'il a démontrées lui ont permis de progresser très rapidement au sein de LAMY LEXEL et l'ont naturellement conduit à l'association.

**LAMY LEXEL se réjouit de cette nomination, qui valorise la performance de son vivier de collaborateurs et témoigne de la confiance du cabinet envers un jeune avocat de talent.**

Pour le contacter : [abideau@lamy-lexel.com](mailto:abideau@lamy-lexel.com) – 04 72 74 53 00

# Droit des Affaires

## ➤ Information précontractuelle du franchisé

L'obligation d'information précontractuelle (article L. 330-3 du Code de Commerce) que le franchiseur doit au candidat à la franchise concerne notamment l'état et les perspectives de développement du marché concerné.

La Cour d'Appel de Versailles (7 juin 2007) nous apporte quelques précisions à ce sujet :

- le franchiseur n'est pas tenu de fournir une étude du marché local, le franchisé devant procéder lui-même à une analyse d'implantation. En revanche, si le franchiseur présente cette étude, elle doit être sincère ; à défaut, il engage sa responsabilité.
- le franchiseur peut établir des comptes d'exploitation prévisionnels. S'il le fait, il est alors tenu d'une obligation de moyens et n'engage sa responsabilité que dans le cas où les prévisions seraient grossièrement erronées ou établies dans le but de tromper le franchisé.

**En définitive, il faut donc veiller à ne pas « sur-assister » le candidat franchisé sur lequel pèse une obligation de diligence quant aux études du marché local et aux comptes prévisionnels.**

## ➤ Limitation de garantie

Entre professionnels de même spécialité, les clauses portant sur la garantie des vices cachés d'un bien sont licites. Cependant, cette limitation de garantie n'est opposable à l'autre partie que si celle-ci est réputée l'avoir acceptée.

Le vendeur supporte la charge de cette preuve, et la mention de la limitation de responsabilité inscrite au verso du bon de commande est souvent contestée (pas lisible, pas d'acceptation expresse ...).

**La solution est donc de faire contresigner et accepter expressément cette limitation de garantie (entre professionnels seulement) sur le bon de commande, en plus de la signature du bon de commande lui-même.**

## ➤ Contrat de location ou de sous-traitance

Une entreprise met à la disposition d'une autre un engin de chantier avec son conducteur.

Le chantier est arrêté et du même coup le matériel immobilisé : faut-il payer les jours d'immobilisation du matériel sans chercher à savoir si chaque partie a exécuté les obligations mises à sa charge ?

La Cour de Cassation répond par l'affirmative : la mise à disposition de matériel et de personnel chargé de diriger une opération ne suffit pas à caractériser un contrat de sous-traitance et par

conséquent, les jours d'immobilisation doivent être payés. **Il s'agit d'une simple location dans la mesure où le conducteur de l'engin ne reçoit pas d'ordre de son entreprise d'origine** : il n'y a donc pas de réalisation d'une prestation en toute indépendance par rapport au donneur d'ordre.

## Droit des Sociétés

### ➤ Devenir d'une Garantie d'Actif et de Passif lors d'une fusion-absorption de la société bénéficiaire

Dans le cadre de la cession de contrôle d'une société A, la convention de Garantie de Passif prévoyait que les époux B, cédants, feraient leur affaire personnelle des conséquences possibles d'une plainte déposée par un concurrent.

Par la suite, le cessionnaire, la société C (bénéficiaire de la garantie), et la société cédée (la société A) ont fait l'objet d'une fusion-absorption par la société D.

La société absorbante D, venant aux droits de la société absorbée A, a été condamnée à payer des dommages et intérêts au concurrent du fait de l'action en concurrence déloyale.

La société D a alors assigné les époux B en exécution de la Garantie de Passif souscrite.

Les cédants font grief à la Cour d'Appel de Montpellier, dans un arrêt du 15 février 2005, d'avoir accueilli cette demande, au motif que « la Garantie de Passif accordée à une société dénommée ne peut bénéficier à une nouvelle société issue d'une fusion-absorption qu'en cas de manifestation expresse du garant de s'engager envers une personne morale nouvelle. »

La Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 10 juillet 2007, a néanmoins confirmé la position de la Cour d'Appel en affirmant que, **même en l'absence de mention de la clause de Garantie de Passif dans le traité de fusion, la société absorbante a été de plein droit substituée dans l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée par l'effet de la fusion-absorption.**

En l'absence de stipulations contractuelles contraires, la société absorbante pouvait se prévaloir de la clause de Garantie de Passif stipulée en faveur de la société absorbée.

### ➤ Cession des parts d'une EURL ayant pour dénomination le patronyme de l'associé unique

Après avoir cédé l'intégralité des parts sociales qu'il détenait dans une EURL ayant pour dénomination sociale son patronyme, l'associé cédant a intenté une action en justice afin qu'il soit fait interdiction au cessionnaire d'utiliser son nom dans la dénomination sociale de l'EURL.

En effet, il faisait valoir que son nom patronymique n'avait pas été transmis à l'occasion de la cession.

La Cour d'Appel de Bordeaux avait accueilli cette demande, au motif que les parties avaient envisagé de conserver le nom litigieux et avaient précisé qu'il en serait fait mention dans l'acte de cession, ce qui n'avait pas été fait.

La Cour d'Appel en avait alors déduit, dans le silence des parties, la volonté d'exclure l'usage du nom du champ de la cession.

La Cour de Cassation a censuré cet arrêt au motif que le nom litigieux constituait un signe distinctif de la société cédée et que l'associé cédant n'en avait pas interdit l'utilisation dans l'acte de cession de ses parts.

Il s'agit là d'une jurisprudence constante de la Cour de Cassation mais il n'est pas inutile de rappeler que **l'associé qui cède sa société et qui souhaite voir son patronyme supprimé de la dénomination sociale doit, soit faire la modification avant la cession, soit contractualiser sa volonté dans l'acte de cession.**

## Droit Social

### ➤ La mise à pied des représentants du personnel ne suspend pas leur mandat (Cour de Cassation, Chambre Criminelle - 11 septembre 2007)

*« La mise à pied d'un représentant du personnel, qu'elle soit de nature conservatoire ou disciplinaire, n'a pas pour conséquence de suspendre l'exécution de son mandat ».*

Ainsi a jugé, le 11 septembre 2007, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, venant aligner sa décision sur la position de la Chambre Sociale qui, depuis 1999, considère que la mise à pied d'un représentant du personnel (élu ou désigné), qu'elle soit de nature conservatoire ou disciplinaire, n'a pas d'incidence sur son mandat.

Ce revirement de la Chambre Criminelle a le mérite d'assurer, désormais, une cohérence et une homogénéité de la jurisprudence.

**Par conséquent, le représentant du personnel dont le contrat de travail est suspendu en raison d'une mise à pied doit pouvoir continuer à exercer ses fonctions représentatives, ce qui signifie que l'employeur ne peut pas s'opposer à ce que le représentant du personnel accède aux locaux et participe aux réunions le concernant. Son crédit d'heures de délégation doit lui être accordé.**

A défaut, l'employeur encourt le risque d'une condamnation pour délit d'entrave.

Cette jurisprudence, qui traduit l'attachement de la Cour de Cassation à l'intérêt collectif du mandat, s'inscrit dans celle plus générale ayant institué le principe selon lequel la suspension du contrat de travail (par exemple en matière d'absence pour maladie ou accident, de dispense de préavis, pour fait de grève...) n'entraîne pas celle du mandat du représentant du personnel, quel qu'il soit (délégué du personnel, membre du Comité d'entreprise, membre du Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail...).

➤ **La Cour de Cassation donne une nouvelle définition de la faute grave (Cour de Cassation, Chambre Sociale - 27 septembre 2007)**

Un salarié en contrat emploi consolidé a, après avoir été mis à pied à titre conservatoire, vu son contrat rompu de façon anticipée pour faute grave. L'employeur lui a toutefois accordé 15 jours de préavis rémunérés, préavis qu'il a été dispensé d'exécuter.

Le fait que l'employeur ait versé l'indemnité compensatrice de préavis disqualifie-t-il la faute grave ?

La thèse défendue par le salarié s'appuyait sur une jurisprudence classique, selon laquelle la faute grave « *résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis* ».

Cependant, le salarié n'a obtenu gain de cause ni devant la Cour d'Appel, ni devant la Cour de Cassation réunie en formation plénière, laquelle a considéré que la faute grave est celle « *qui peut seule justifier une mise à pied conservatoire [...] et qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* ».

**Désormais, le versement de l'indemnité de préavis ne disqualifie pas la faute grave dès lors que la rupture est immédiate dès la constatation de la faute. Ainsi, la constatation de la faute grave se conjugue avec le départ du salarié : si l'employeur continue à faire travailler l'intéressé, il n'y a pas faute grave.**

➤ **L'indemnité de précarité est due quand le CDD est requalifié en CDI (Cour de Cassation, Chambre Sociale - 3 octobre 2007)**

*« L'indemnité de précarité prévue par l'article L. 122-3-4 du Code du Travail est due lorsqu'aucun CDI pour occuper le même emploi ou un emploi similaire n'a été proposé au salarié à l'issue du CDD ».*

Dès lors, si l'employeur a laissé passer le terme du CDD sans proposer un CDI correspondant au même emploi ou à un emploi similaire, avec une rémunération identique, la requalification en CDI doit s'accompagner du versement de l'indemnité de précarité.

**Cette solution doit toutefois être circonscrite à l'hypothèse selon laquelle la requalification en CDI s'explique par le dépassement du terme du CDD.**

➤ **Un accord différent du projet négocié avec l'ensemble des syndicats est nul (Cour de Cassation, Chambre Sociale - 10 octobre 2007)**

Dans la présente affaire, à la suite d'une réunion de négociations sur un projet d'accord, les organisations syndicales avaient refusé de signer un procès-verbal de désaccord, de sorte que les négociations étaient interrompues mais non achevées.

Dès lors, la Cour de Cassation a jugé que le texte signé ultérieurement par deux syndicats, différent de celui négocié, était nul.

Autrement dit, si la jurisprudence admet qu'un projet d'accord soit modifié par l'employeur après la dernière séance de négociations, lorsque le texte est ouvert à la signature, **ce même comportement n'est pas loyal s'il se produit alors que les négociations sont toujours en cours**. Les syndicats peuvent demander, le cas échéant, la réouverture des négociations (Cour de Cassation, Chambre Sociale - 12 octobre 2006).

Cette affaire permet à la Chambre Sociale de faire le point sur ce qu'implique l'exigence de loyauté lors d'une négociation collective : la « *nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises en situation de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue par celle-ci* ».

## Contentieux – Arbitrage - Médiation

### ➤ Le référé préventif de plus en plus utilisé en matière de construction immobilière

La construction d'un édifice dans une zone déjà dense en constructions rend problématique les dégâts collatéraux causés aux immeubles en place.

Il en va souvent ainsi de la construction près d'un immeuble ancien en ville ou à proximité d'immeubles déjà construits. Les indispensables fondations, parfois profondes, peuvent amener des déstabilisations des parties construites à l'immédiate proximité.

Comment prévenir ou diminuer les effets des sinistres qui pourraient intervenir sur les immeubles voisins ?

L'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose : « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instructions légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé* ».

Sur le fondement de cet article, **il est possible d'obtenir du Juge du Tribunal de Grande Instance la désignation d'un expert avant même le début des travaux**. L'avantage de l'expertise, le but premier et principal du référé préventif et de l'expertise à laquelle elle aboutit, est d'éviter un sinistre. L'expert se rendra sur place, visitera les immeubles voisins, détectera d'éventuelles difficultés et proposera les travaux et modifications nécessaires par rapport aux prévisions techniques initiales.

Cela ne permet évidemment pas d'éviter le sinistre, mais le rapport d'expertise préalable à tous travaux permettra d'**identifier l'état exact des constructions parfois anciennes qui bordent les chantiers**. Il ne sera ainsi pas mis à la charge du maître d'ouvrage, voir des entreprises intervenantes à l'acte de construire, les désordres qui apparaîtront à la suite des travaux.

Cette procédure permet d'éviter les interminables discussions devant déterminer si les désordres sont apparus avant ou à la suite des travaux, notamment de fondations du nouvel immeuble qui

vient s'insérer. **Ce type de référé est applicable aux constructions d'immeubles, mais aussi aux ouvrages d'art et aux travaux publics. Il est particulièrement préconisé en site urbain.**

Son coût initial, qui est relativement peu élevé, est largement compensé par les discussions et les procès qu'il permet d'éviter sur l'origine de fissures que les propriétaires voisins ont tendance à imputer aux travaux qui viennent de se réaliser...

Il est donc vivement recommandé aux maîtres d'ouvrage et aux entreprises de constructions.

## Droit Immobilier

### ➤ **Contours et incidences de la notion d'habitation principale sur l'applicabilité de la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation (Cour de Cassation – 3<sup>ème</sup> Chambre Civile - 21 mars 2007)**

En l'espèce, une personne physique avait pris à bail des locaux à usage d'habitation en 1990 ; son bail faisait ainsi référence aux dispositions de la loi du 6 juillet 1989. En 2002, le bailleur avait fait délivrer à la locataire un congé pour le terme contractuel. La locataire contestait la validité de ce congé qui avait été donné dans les formes du droit commun, sans respecter les dispositions de la loi du 6 juillet 1989. La société propriétaire avait par conséquent assigné la locataire en validité du congé et en expulsion, et obtenu gain de cause devant le Tribunal d'Instance et la Cour d'Appel.

L'affaire est néanmoins portée devant la Cour de Cassation. C'est l'occasion pour la Haute Juridiction de statuer sur deux points : sur les conditions pour bénéficier du statut des baux d'habitation prévu par la loi du 6 juillet 1989, notamment du droit au renouvellement, et sur la possibilité d'adopter volontairement le régime des baux d'habitation.

Sur le premier point, la loi du 6 juillet 1989 énonce dans son article 2 que **ces dispositions s'appliquent aux locations de locaux à usage d'habitation principale**. En l'espèce, si le logement avait constitué la résidence principale de la locataire entre 1990 et 1997, ce n'était plus le cas lors de la délivrance du congé. Ainsi, la locataire ne justifiant pas « d'une résidence principale » dans les locaux loués à cette date, elle avait perdu, selon l'analyse de la Cour de Cassation, son droit à bénéficier du statut des baux d'habitation et notamment son droit au renouvellement du bail.

Sur le second point, il s'agissait pour les juges de savoir si le simple fait que le bail mentionne qu'il est conclu sous l'empire des dispositions de la loi du 6 juillet 1989 était suffisant pour en déduire une adoption volontaire au régime des baux d'habitation. La Cour y répond par la négative. Il résulte de cet arrêt que **la soumission volontaire du bail au statut des baux d'habitation doit résulter de manière certaine de l'expression de la volonté des parties**.

**Cette décision confirme donc que le statut des baux d'habitation ne profite qu'au locataire qui occupe les lieux pour son habitation principale. Par ailleurs, il envisage implicitement et pour la première fois la possibilité d'adopter volontairement ce statut, à condition d'introduire une clause expresse dans le bail.**