

Brèves Lamy Lexel

Décembre 2005

Droit des Affaires

➤ Ouverture de crédit : la fraction non utilisée n'est pas saisissable par les créanciers de l'emprunteur

La Cour de Cassation avait énoncé que l'ouverture de crédit, qui constituait une promesse de prêt, ne donnait naissance à un prêt qu'à concurrence des fonds utilisés par le client.

Elle tire de cette qualification juridique une application pratique importante : la fraction non utilisée de l'ouverture de crédit n'est pas saisissable par les créanciers de l'emprunteur (Cass. Civ. 2^{ème} - 18 novembre 2004).

➤ Baux : une définition plus large des «grosses réparations»

De nombreux baux commerciaux, professionnels ou d'habitation, suivent la lettre des articles 605 à 606 du Code Civil, et affectent au propriétaire la charge des grosses réparations et au locataire celle des travaux d'entretien.

La Cour de Cassation (13 juillet 2005), jusqu'alors limitative quant à la définition des « grosses réparations » (gros murs, voûte, poutres porteuses, murs de soutènement et clôtures), vient y inclure de nouveaux travaux :

- remise en état des lieux après inondations, travaux pour prévenir les risques d'inondation,
- mise en conformité des toitures et des installations électriques,
- réparation de canalisation détruite par le gel en raison d'un manque de calorifugeage, reprise de fuite en cave.

La Cour estime que ces travaux intéressent l'immeuble dans sa structure et sa solidité générale. Il faut donc être particulièrement vigilant sur la rédaction des baux, la charge des grosses réparations ainsi étendue pouvant conventionnellement être transférée au locataire.

Droit des Sociétés

➤ Indemnité de révocation d'un directeur général de SA

Lors de la désignation d'un directeur général (DG) d'une société anonyme (SA), le Conseil d'Administration (CA) avait décidé qu'en cas de révocation ou de non renouvellement du mandat de l'intéressé, après une année de présence dans l'entreprise, la société lui allouerait une indemnité de rupture d'un montant égal à douze mois de rémunération (115.000 euros).

L'année suivante, le contrôle majoritaire de la SA était cédé et le CA, lors du renouvellement du mandat du DG, a procédé à la désignation d'un nouveau DG.

L'ancien DG a donc demandé le paiement de son indemnité de rupture.

La SA n'a pas fait droit à cette demande, arguant du fait que cette indemnité était contraire au principe de libre révocabilité des mandataires sociaux (article L 225-55 du Code de Commerce).

Dans un arrêt du 14 juin 2005, la Cour de Cassation a validé la décision de la Cour d'Appel, qui avait considéré que l'indemnité présentait un caractère dissuasif pour la société et que la clause qui la prévoyait était donc nulle au regard du principe ci-dessus évoqué.

En effet, à la date de la décision de non renouvellement du mandat du DG, le résultat d'exploitation de la société était négatif à concurrence de plus de 1,5 million d'euros, son résultat pour l'exercice était négatif de plus de 3,5 millions d'euros, ses découverts et concours bancaires se chiffraient à plus de 5,6 millions d'euros.

Le fait que la société qui avait pris le contrôle de la SA dispose de capacités financières importantes n'était, compte tenu du principe de l'indépendance des personnes morales, pas à prendre en considération.

Que retenir de cette décision ?

Les indemnités de rupture (et autres « parachutes dorés ») ne sont pas nulles dans leur principe. Notons d'ailleurs que, depuis la loi Breton de juillet 2005 (*voir Brèves Lamy Lexel juillet 2005*), ces dernières sont, dans les sociétés cotées, soumises à la procédure des conventions réglementées et doivent faire l'objet d'une information particulière dans le rapport de gestion.

Elles ne deviennent nulles que dans le cas où elles constituent une atteinte au principe de la révocation ad nutum des mandataires sociaux et, notamment, lorsqu'elles ne sont pas proportionnées aux capacités financières de la société.

➤ Statut social du directeur général délégué de SA

Dans une réponse ministérielle du 19 juillet 2005, le Garde des Sceaux est venu préciser que le directeur général délégué (DGD) d'une SA était (comme le DG) soumis au régime général de la sécurité sociale : « *le directeur général délégué nommé par le conseil d'administration d'une société anonyme et percevant une rémunération en contrepartie de son activité relève du même régime de sécurité sociale que les personnes mentionnées à l'article L. 311-3-12* ».

Rappelons que cette soumission au régime général des salariés ne fait pas acquérir aux intéressés la qualité de salarié (ils sont « assimilés » salariés). Ainsi, sauf à bénéficier d'un cumul valable avec un contrat de travail, le DG (et maintenant le DGD) d'une SA n'a pas la qualité de salarié et ne bénéficie donc pas des autres avantages attachés à cette qualité, notamment l'assurance chômage.

➤ **Les obligations de vérification en matière de prestation de services sont renforcées**

La nouvelle réglementation (décret n°2005-1334 du 27 octobre 2005) instaure le principe d'un contrôle semestriel par le donneur d'ordres, contrôle qui doit être réalisé tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat de prestation de services. Ce contrôle s'ajoute donc à celui qui doit, également, être effectué lors de la conclusion dudit contrat.

A cet effet, le décret modifie la liste des pièces que le donneur d'ordres doit se faire communiquer.

Parmi celles-ci, il convient de noter que deux documents doivent être transmis dans tous les cas, quelle que soit la situation du co-contractant dès lors qu'il est établi en France. Il s'agit :

- d'une part, d'une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'URSSAF et datant de moins de six mois ;
- d'autre part, d'une attestation sur l'honneur du co-contractant du dépôt auprès de l'Administration fiscale, à la date de l'attestation, de l'ensemble des déclarations fiscales obligatoires, ainsi que du récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un Centre de formalités des entreprises lorsque le co-contractant n'est pas tenu de s'immatriculer au RCS ou au Répertoire des métiers.

En outre, si le co-contractant emploie des salariés, le donneur d'ordres doit lui demander une attestation sur l'honneur de la réalisation du travail par des salariés employés régulièrement au regard de la législation sociale.

Ainsi, afin de ne pas voir votre responsabilité engagée, notamment en cas de travail dissimulé, il vous incombe désormais, en tant que donneur d'ordres, de vous acquitter, chaque semestre et jusqu'à la fin du contrat de prestation de services conclu, de l'ensemble de ces vérifications et de pouvoir en apporter la preuve auprès des Administrations concernées.

➤ **Les salariés ne peuvent pas renoncer au régime de prévoyance collective obligatoire**

En l'espèce, un salarié a été embauché postérieurement à la mise en place, par voie unilatérale, d'un régime de prévoyance collective obligatoire au sein de son entreprise. Il demande sa radiation de ce régime.

Les juges du fond ont fait droit à la demande du salarié au motif notamment que l'information sur ce régime, lors de la conclusion de son contrat de travail, avait été insuffisante et qu'il ne lui avait pas été indiqué sa faculté de retrait.

La Cour de Cassation (Cass. Soc. - 19 octobre 2005) casse l'arrêt en rappelant le principe selon lequel l'inobservation par l'employeur des règles relatives à l'information des salariés lors de leur embauche ne leur ouvre pas le droit de refuser leur adhésion à un régime de prévoyance obligatoire, ni de demander leur radiation.

Il en résulte que les salariés de votre entreprise, engagés postérieurement à la mise en place d'un régime obligatoire, par décision unilatérale, sont tenus d'y adhérer et d'accepter le précompte des cotisations afférentes.

Seuls les salariés embauchés avant cette mise en place sont susceptibles de la refuser (article 11 de la loi Evin du 31 décembre 1989).

➤ **L'avis médical d'inaptitude doit faire état d'un danger immédiat**

Seule la situation de danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou de celle des tiers permet d'écarter la procédure du double examen médical du salarié visant à apprécier son aptitude à reprendre ou à poursuivre son activité professionnelle (cf. article R. 241-51-1, alinéa 1, du Code du Travail).

Déjà en 2002, la Cour de Cassation avait rappelé que l'appréciation d'une telle situation relevait de la compétence exclusive du médecin du travail et non de l'employeur.

Dans deux affaires récentes (Cass. Soc. - 19 octobre 2005 – deux arrêts), la Cour réaffirme sa jurisprudence et précise la nécessité que l'avis médical comporte expressément la mention de danger immédiat ou, à défaut, la référence à l'article précité et le recours à une seule visite médicale.

En l'absence de ces mentions expresses, et même en présence de courriers ou autres documents échangés avec le médecin du travail et faisant état de la dangerosité de la situation empêchant le maintien du salarié à son poste, vous ne pouvez, en tant qu'employeur, procéder au licenciement du salarié déclaré inapte lors de cette première visite et vous exposeriez, dans un tel cas, si une procédure contentieuse était engagée par le salarié, à ce que son licenciement soit considéré comme étant nul.

En présence d'un avis médical imprécis à l'issue de la première visite, il convient donc de vous rapprocher du médecin du travail pour qu'il procède à une seconde visite médicale dans le délai de deux semaines.

Droit Fiscal

Une première mouture du projet de loi de finances rectificatives pour 2005 vient d'être publiée sur le site du Ministère des Finances.

➤ **Plus-values sur cession de droits sociaux : des mesures en demi teinte**

Les plus-values réalisées par les actionnaires lors de la cession de leurs droits sociaux seraient exonérées d'impôt sur la plus-value (mais pas des prélèvements sociaux qui resteraient applicables sur la totalité du montant de la plus-value).

Toutefois, le bénéfice de cette réforme fiscale ne devrait être effectif qu'en 2012 avec un plein effet en 2014.

Le principe : il faudra attendre 2014 pour bénéficier de la mesure

Les détenteurs de droits sociaux seront exonérés totalement de l'impôt sur la plus-value générée par la cession de leurs titres dès lors qu'ils **les détiendront depuis plus de 8 ans au jour de la cession.**

Toutefois la durée de détention n'est décomptée qu'à partir du 1^{er} janvier 2006 : concrètement cela signifie que les actionnaires qui détiennent leurs titres au 1^{er} janvier depuis plus de 8 ans ne pourront pas bénéficier de la réforme (sauf à remplir les conditions d'application immédiate de la mesure exposées plus loin).

En outre, il est prévu un **dispositif d'exonération partielle** pour les dirigeants qui céderaient leurs titres alors qu'ils ne les détiendraient pas depuis 8 ans :

- seuls les deux tiers du montant de la plus-value seront imposables si les dirigeants détiennent leurs titres depuis 6 années complètes décomptées à partir du 1^{er} janvier 2006 ;
- seul le tiers du montant de la plus-value sera imposable si les dirigeants détiennent leurs titres depuis 7 années complètes décomptées à partir du 1^{er} janvier 2006.

L'exception : une exonération possible dès 2006 pour les dirigeants qui partent en retraite

Toutefois, il est prévu une **application immédiate, dès le 1^{er} janvier 2006**, du dispositif d'exonération pour les **dirigeants de PME qui cèdent leurs titres au moment de leur départ à la retraite, si les conditions suivantes sont remplies :**

1. La **cession** porte sur la **totalité** des titres de la société ou sur **plus de 50%** du capital ;
2. La société dont les titres sont cédés répond à la définition de la **PME** (elle doit employer moins de 250 salariés et réaliser un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros ou un total de bilan inférieur à 43 millions d'euros) ;
3. Le cédant devra avoir **exercé** de manière continue **au cours des 5 années** précédant la cession **une fonction de direction** ou de gestion au sein de la société dont les titres sont cédés ;
4. Le cédant devra avoir **détenu au cours des 5 années** précédant la cession **au moins 25% des droits de vote** ou des droits financiers de la société cédée.

L'exonération sera totale si le cédant détient ses titres depuis plus de 8 ans au 1^{er} janvier 2006. Si la détention est comprise entre 6 et 8 ans, l'exonération ne sera que partielle, conformément aux dispositions générales.

➤ La pérennisation prévisible du dispositif d'exonération des plus-values constatées lors de la cession des fonds de commerce

La loi de soutien à la consommation et à l'investissement du 9 août 2004 avait mis en place un dispositif permettant d'exonérer les plus-values constatées lors de la cession d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale lorsque la valeur des éléments de la branche complète d'activité cédée servant d'assiette aux droits d'enregistrement n'excédait pas 300.000 euros.

Le projet de loi de finances rectificatives prévoit de **pérenniser ce dispositif** et de **l'étendre à toutes les transmissions d'entreprises** (transmissions à titre gratuit, transmissions de parts de société présentant un caractère professionnel, de fonds donnés en location gérance).

Il prévoit également de **le renforcer** en mettant en place **une exonération partielle** de l'impôt sur la plus-value **lorsque la valeur des éléments cédés est comprise entre 300.000 et 500.000 euros.**

Enfin, il serait envisagé d'instaurer un régime de **taxation avantageux** applicable lors de la **cession de biens immobiliers** ou de droits immobiliers affectés à l'exercice d'une activité professionnelle : ce régime consisterait en un abattement de 10% par année de détention au-delà de la 5^{ème}.

Ces dispositions seraient applicables aux cessions réalisées à compter du 1^{er} janvier 2006.

Propriété Industrielle et Intellectuelle – Technologies Avancées

➤ Comment enregistrer son nom de domaine sous la nouvelle extension européenne .EU ?

A partir du 7 décembre 2005, il sera possible d'enregistrer son nom de domaine sous l'extension « .eu ». Pendant une période de quatre mois, seuls les titulaires de droits antérieurs (marques, noms de sociétés ou d'organismes publics, etc.) pourront procéder à cet enregistrement. Cette période, appelée « période sunrise », a pour but de protéger les détenteurs de droit contre d'éventuels « cybersquatteurs ».

Les difficultés liées à la procédure et aux règles applicables pour enregistrer un « .eu » demeurent nombreuses. En effet, le risque de se voir refuser l'attribution d'un nom de domaine est loin d'être négligeable compte tenu de trois facteurs.

Premièrement, la **procédure d'enregistrement est très formaliste** (nécessité de fournir des pièces justificatives établissant l'antériorité des droits, multiplicité des interlocuteurs, délais courts...), et son non respect entraîne le rejet de la demande.

Deuxièmement, le **choix du nom de domaine que l'on souhaite déposer est très limité** compte tenu de la règle de l'enregistrement du nom complet tel que figurant sur les documents justificatifs. Le choix d'un nom non justifié par des droits antérieurs entraîne également le rejet de la demande.

Troisièmement, l'enregistrement se fait selon le **principe du « premier arrivé, premier servi »** et il n'est pas impossible que plusieurs demandeurs soient amenés à revendiquer un même nom de domaine sur le fondement de droits différents.

Pour toutes ces raisons, il est indispensable d'anticiper les difficultés et de préparer une véritable stratégie en terme d'enregistrement.

Si vous souhaitez en savoir plus sur ce sujet, cliquez sur le lien :

<http://www.lamy-lexel.com/actualite/lirearticle.php?id=121>

➤ **Le correspondant informatique et libertés : un acteur nouveau au sein des entreprises**

Les entreprises et les administrations peuvent désormais alléger considérablement leurs formalités auprès de la CNIL en désignant un correspondant dont la mission sera de veiller au respect, au plan local, de la loi « informatique et libertés » (Loi du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004).

La désignation de ce correspondant est facultative et entièrement libre. Le choix de celui-ci peut se faire soit parmi les ressources internes de l'entreprise (membre du personnel), soit en ayant recours à l'externalisation (consultant, avocat...). Au-delà de certains seuils, le correspondant doit nécessairement être nommé en interne. A noter qu'aucune exigence de diplôme n'est fixée par le décret du 20 octobre 2005 pris en application de la loi informatique et libertés.

Une fois le correspondant désigné, les entreprises concernées seront exonérées de certaines formalités préalables leur incombant. En particulier, seuls les traitements soumis à autorisation ou avis préalable de la CNIL devront continuer à être déclarés.

International

➤ **En cas d'application d'un droit étranger dans un contrat international, le juge français doit s'informer sur le droit positif étranger**

En matière de contrats internationaux, le juge français qui reconnaît applicable un droit étranger doit en rechercher la teneur, soit d'office, soit à la demande d'une partie.

La Cour de Cassation précise que le juge doit non seulement appliquer, quand il y a lieu, le texte étranger, mais s'informer sur le droit positif étranger, c'est-à-dire sur l'interprétation et l'application de ce texte faites dans le pays considéré.

Il vaut donc mieux, lorsque l'on peut choisir contractuellement un droit applicable dans un contrat international, élire un droit accessible et « connu ».

➤ **Vente internationale : non validité d'une clause limitative de responsabilité en cas de mauvaise foi du vendeur**

La Cour d'Appel de Paris (25^{ème} chambre, 25 février 2005) décide que les professionnels, parties à un contrat de vente de marchandise soumis à la Convention de Vienne, sont libres de limiter la responsabilité contractuelle du vendeur.

Elles peuvent aussi restreindre le délai d'action en défaut de conformité (qui est de deux ans selon la Convention).

Ces limitations peuvent toutefois céder devant la mauvaise foi ou les manœuvres dolosives du vendeur, notamment si l'acheteur peut prouver que le vendeur avait la connaissance de l'usage et de la destination des marchandises acquises, ou de la non-conformité alléguée.

➤ **Vente « CPT » : après remise de la marchandise au premier transporteur, le vendeur n'est plus responsable de l'exécution de la prestation de transport**

L'incoterm « Carriage Paid To », ou « CPT », est une vente au départ dans laquelle le transfert des risques s'opère lorsque le vendeur remet la marchandise au premier transporteur.

Après cette remise, le vendeur n'est plus responsable de l'exécution de la prestation de transport. Un transporteur avait par exemple déchargé les marchandises dans des cuves inappropriées à la conservation des produits, le vendeur expéditeur se trouvant hors de cause.

C'est ici l'occasion de rappeler l'importance des Incoterms, qui contiennent de véritables obligations contractuelles, et de les choisir en toute connaissance de cause.