

Newsletter – marchés publics – Les règles relatives à la contestation du décompte général demeurent applicables même lorsque le marché public de travaux est résilié

Aux termes de sa décision n°05LY01455 du 23 octobre 2008, la Cour Administrative d'Appel de Lyon vient clarifier utilement l'interprétation extensive de l'article 13.44 du Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés publics de travaux (CCAG).

Aux termes de cet article, lorsqu'il se voit notifier son décompte général par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur dispose de 45 jours (30 jours si le délai contractuel du marché est inférieur à 6 mois) pour le revêtir de son acceptation, pour signifier des réserves ou refuser de le signer.

Si l'article 13.44 du CCAG ne souffre aucune difficulté d'application dans l'hypothèse où le marché prend fin par la réception des travaux, une interrogation pouvait exister lorsque le marché de l'entreprise était résilié.

En effet, l'article 49.4 du Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés publics de travaux prévoit que "*par exception aux dispositions du 42 de l'article 13, le décompte général du marché résilié ne sera notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux*".

En l'espèce, la Société X avait conclu un marché public de travaux avec la commune Y.

Ce marché avait été résilié et le décompte général notifié à la Société X en sa qualité d'entrepreneur le 13 mars 2001.

La question s'était posée de savoir si les dispositions relatives à la notification ainsi qu'à la forme et aux délais de contestation du décompte général étaient applicables à un marché public de travaux résilié.

Aux termes d'un arrêt du 23 octobre 2008, la Cour Administrative de Lyon est venue préciser que l'article 49.4 du CCAG devait être interprété comme ayant pour seul effet d'écarter les règles de délais relatives à la notification du décompte général, régies par l'article 13.42 du CCAG et non celles relatives à la contestation du décompte général, régies quant à elles par l'article article 13.44 du CCAG.

Liens utiles

Texte de la décision

Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés publics de travaux
http://www.minefi.gouv.fr/fonds_documentaire/daj/marches_publics/ccag/ccag_tx.htm

Newsletter droit des sociétés – janvier 2009

Entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009 des principales dispositions de la loi de modernisation sociale du 4 août 2008 (loi n°2008-776 dite « LME »)

Depuis le 1^{er} janvier 2009, les sociétés par actions n'ont plus de capital minimum obligatoire et peuvent donc être constituées par 1 euro. Par ailleurs, elles ne sont plus contraintes de nommer un commissaire aux comptes, sauf pour :

- les sociétés dépassant à la clôture d'un exercice social deux des seuils suivants fixés par décrets en Conseil d'Etat : le total de leur bilan, le montant de leur chiffre d'affaires hors taxes ou le nombre moyen de leurs salariés au cours de l'exercice,
- les sociétés qui contrôlent une ou plusieurs sociétés ou qui sont contrôlées par une ou plusieurs sociétés au sens des dispositions de l'article L. 233-13 du Code de commerce. La nomination d'un commissaire aux comptes peut également être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins 10% du capital social.

En outre, deux décrets n°2008-1419 du 19 décembre 2008 et n°2008-1488 du 30 décembre 2008 ont été pris en application de la loi LME, aux termes desquels :

- le nouveau modèle de statuts types des sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée dont l'associé unique personne physique assume personnellement la gérance a été établi. Désormais, ces statuts types s'appliquent à la société, sauf si des statuts différents ont été joints par le fondateur lors de la demande d'immatriculation ;
- les dispositions règlementaires du Code de commerce ont été adaptées pour tenir compte du fait que les personnes liées par un pacte civil de solidarité au chef d'entreprise, si elles participent régulièrement à l'activité artisanale, commerciale ou libérale, sont tenues depuis le 6 août 2008, comme les conjoints, d'opter pour l'un des statuts suivants : collaborateur, associé ou salarié (articles R. 121-6, R. 123-37 6° et R. 123-55 du code précité) ;
- l'insertion d'un avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) n'est plus requise lors de l'immatriculation des sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée et des sociétés unipersonnelles par actions simplifiées dont l'associé unique personne physique assume personnellement la gérance ou la présidence.

Liens utiles

Décret n° 2008-1419 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019994714&fastPos=1&fastReqId=1431264257&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

Décret n° 2008-1488 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020017254&fastPos=1&fastReqId=647890&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

Newsletter – droit des affaires – janvier 2009

La Cour de cassation rappelle que toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service y compris purement intellectuelle, ne peut être rompue brutalement

Monsieur X a exécuté, entre juin 1997 et juillet 1999, plusieurs missions consécutives d'architecte commandées par la Société Y dont il a été rémunéré pour chacune d'elles par le paiement d'honoraires.

La Société Y ayant cessé de recourir à ses prestations, Monsieur X a assigné cette dernière en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L.442-6-1 5° du Code de commerce qui dispose que « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale* ».

Aux termes d'un arrêt du 6 décembre 2007, la Cour d'appel a rejeté les demandes d'indemnisation formées par Monsieur X à l'encontre de la Société Y.

En effet, la Cour a considéré que les prestations d'architecte réalisées par Monsieur X pour le compte de la Société Y étaient une création purement intellectuelle et dès lors constituaient une activité civile exclue par nature de l'application de l'article L.442-6-1 5° du Code de commerce.

Monsieur X a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision.

Aux termes d'un arrêt du 16 décembre 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé la décision déférée aux motifs que toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6-1, 5° du Code de commerce sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature de la prestation de service ou le statut juridique du demandeur à l'action.

Liens utiles

Texte de la décision

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019966888&fastReqId=1556623392&fastPos=1>

Article L.442-6-1 5° du Code de commerce

<http://www.legifrance.gouv.fr/rechCodeArticle.do?reprise=true&page=1>

Newsletter droit pénal de l'entreprise – janvier 2009

Le faux dans l'entreprise, un délit formel

De nombreuses entreprises ont recours au faux en écritures « *de bonne foi* » qui, sans conséquence ni financière ni juridique directe, vient rectifier une erreur initiale (dans le cas de la facturation à une mauvaise personne) ou valider une décision prise sinon légalement dans la forme au moins dans l'esprit (signature a posteriori d'un administrateur absent).

Le droit pénal a développé dès son origine deux concepts permettant la prise en compte de cette réalité : l'élément intentionnel et le préjudice. Le Code pénal dispose ainsi qu' « *il n'y a point de délit sans intention de le commettre* ». En outre, l'intention délictuelle doit être spéciale c'est-à-dire que l'auteur du faux doit avoir conscience de causer un préjudice à un tiers.

D'ailleurs, l'article L.441-1 du Code pénal définit le faux comme toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée 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.

Cette théorie juridique est battue en brèche par l'évolution de la jurisprudence. Celle-ci de manière déjà ancienne affirme que la seule constatation de la matérialité du faux implique un préjudice et un élément intentionnel. Ainsi, tout faux devient punissable.

Aux termes d'un arrêt du 4 juillet 2008, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation a rappelé encore une fois cette jurisprudence stricte et constante, notamment dans l'entreprise.

En l'espèce, la Société A a adressé à la Société B une facture qui ne correspondait à aucune prestation réelle mais devait permettre le remboursement d'un prêt consenti par la Société A à la Société B.

Le destinataire de la facture en a payé le montant et l'a inscrite en comptabilité.

La Cour d'appel de Paris a condamné la Société A sur le fondement des infractions de faux et d'usage de faux.

La Société A a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision.

Aux termes d'un arrêt du 4 juillet 2008, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt attaqué et considéré que le préjudice, élément constitutif du délit de faux, résultait de l'atteinte portée à la force probante reconnue aux écritures comptables et aux pièces les justifiant.

Dès lors, la Cour de cassation considère que le faux en écritures est bien un délit formel, un risque souvent méconnu en entreprise.

Liens utiles

Texte de la décision

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?oldAction=rechJurijudi&idTexte=JURITEXT00019822423&fastReqId=623357197&fastPos=1>

Article L.121-3 du Code pénal

<http://www.legifrance.gouv.fr/rechCodeArticle.do?reprise=true&page=1>

Article L.441-1 du Code pénal

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006418753&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20090120&fastPos=1&fastReqId=1315205412&oldAction=rechCodeArticle>

Newsletter droit de la propriété intellectuelle – janvier 2009

La copie privée n'est pas un droit reconnu au consommateur mais une exception légale qu'il ne peut invoquer en justice que pour se défendre

Un consommateur qui avait acquis auprès de la Société FNAC un disque compact (CD) de l'artiste Phil Collins produit par la Société Warner Music France (ci-après la Société Warner) se trouvait dans l'impossibilité de l'utiliser sur son ordinateur portable en raison de la mise en place sur ledit CD d'une mesure technique de protection contre la copie numérique.

Ainsi, il ne pouvait ni lire le CD sur son ordinateur portable, ni enregistrer son contenu sur le disque dur, ni même le graver sur un support numérique vierge.

Le consommateur, s'estimant lésé dans ses droits, a assigné les sociétés Warner et FNAC. L'Union fédérale des consommateurs « Que Choisir » (ci-après dénommée « UFC »), ayant reçu de nombreuses plaintes similaires, s'est jointe à l'action.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris, dans un jugement en date du 10 janvier 2006, a considéré que ces mesures techniques de protection affectaient le disque d'un vice caché limitant la lecture du CD et a jugé par ailleurs que l'utilisation d'un dispositif anti-copie sur un CD devait être compatible avec l'exception de copie privée, qui autorise la reproduction par un individu d'une œuvre protégée dès lors que cette reproduction est strictement destinée à son usage privé. Le Tribunal a alors fait interdiction à la société Warner d'utiliser des dispositifs anti-copie sur le CD de Phil Collins.

La société FNAC a fait appel de ce jugement.

Par un arrêt en date du 20 juin 2007, la Cour d'appel de Paris a infirmé le jugement du Tribunal en réaffirmant (comme elle l'avait déjà fait un mois auparavant dans l'affaire « Mulholland Drive ») que la copie privée n'est pas un droit reconnu au consommateur mais seulement une exception légale au droit exclusif de l'auteur d'interdire ou d'autoriser la reproduction de son œuvre. Elle a ainsi conclu à la licéité des mesures techniques de protection.

Par ailleurs, elle a constaté que, faute pour les plaignants de rapporter la preuve que l'impossibilité de lire le CD provenait du CD lui-même et non du matériel de lecture utilisé en l'espèce, l'ordinateur portable, il n'était pas possible d'établir qu'un vice caché entachait le produit d'autant plus que figurait sur le CD une indication relative à la présence d'un dispositif anti-copie.

Le consommateur et l'UFC ont formé un pourvoi contre cet arrêt.

La Cour de cassation, rejetant le pourvoi, a validé l'arrêt de la Cour d'appel. Elle a jugé que, « *la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire des droits d'auteur* », avant d'affirmer que « *la cour d'appel en a justement déduit qu'une telle copie, si elle pouvait être opposée pour défendre à une poursuite, notamment en contrefaçon, ne pouvait être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal* ».

Ainsi donc, la Cour de cassation, en qualifiant la copie privée d'exception, refuse de reconnaître un droit au consommateur. Du fait de cette exception, le consommateur ne peut demander en justice à un éditeur de lui fournir un CD pouvant être reproduit sur tous supports. En revanche, le consommateur peut invoquer cette exception de copie privée pour échapper à une condamnation pour contrefaçon.

Liens utiles

Texte de la décision

<http://www.legalis.net/>

article L122-5 du Code de la propriété intellectuelle

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

Newsletter droit social – janvier 2009

La lettre de convocation à un entretien préalable au licenciement qui informe le salarié d'une possibilité d'assistance qui n'existe pas est irrégulière et cause un préjudice au salarié

M. X a été engagé le 13 janvier 2003 par la société Y en qualité de directeur de développement, puis licencié pour faute grave le 3 novembre 2004.

Il a contesté son licenciement devant les juridictions prud'homales et demandé, notamment, des dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement. A l'appui de cette demande, le salarié invoquait le fait que son employeur avait mentionné, dans la lettre de convocation à entretien préalable, la faculté pour le salarié de se faire assister par une personne de son choix appartenant obligatoirement au personnel de l'entreprise ou par une personne extérieure à l'entreprise figurant sur la liste préfectorale auprès de services dont il a précisé l'adresse.

Or l'article L. 1232-4 du code du travail prévoit qu'en présence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié ne peut se faire assister que par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.

La cour d'appel a fait droit à la demande de dommages et intérêts du salarié pour irrégularité de la procédure, alors même que le salarié ne s'était pas rendu à l'entretien préalable. L'employeur s'est pourvu en cassation.

La Cour de cassation, aux termes d'un arrêt en date du 19 novembre 2008, a rejeté le pourvoi au motif que la lettre de convocation ouvrait au salarié une option qui n'existait pas et constituait de ce fait une irrégularité qui causait un préjudice au salarié.

Il est donc important d'adapter la rédaction de la lettre de convocation à entretien préalable à la présence ou non d'institutions représentatives du personnel dans la société.

Texte de la décision :

Lien utile

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019782328&fastReqId=1703628818&fastPos=1>

Newsletter droit immobilier – janvier 2009

INDICE DES LOYERS COMMERCIAUX :

Sous la pression d'organisations représentatives de propriétaires et de locataires, la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008 officialise l'Indice des Loyers Commerciaux comme alternative à l'Indice du Coût Construction (ICC), dont l'emballage a suscité de nombreuses critiques.

Ainsi, l'article L 112-2 du Code monétaire et financier, qui encadre le choix des indices par les parties à un contrat, admet désormais qu'une convention relative à un immeuble bâti soit indexée sur la variation de l'ILC, pour des activités commerciales définies par décret.

Les articles L 145-34 et L 145-38 du Code de commerce, relatifs au calcul du plafonnement à l'occasion de la révision ou du renouvellement du loyer, se réfèrent, dans leur nouvelle rédaction, à la variation de l'ICC ou, s'il est applicable, à l'ILC.

Le décret n°2008-1139 du 4 novembre 2008 précise la définition et le champ d'application de l'ILC.

L'ILC est donc entré en vigueur depuis le 5 novembre 2008 et les parties à un contrat peuvent s'y référer dans le cadre d'une clause d'indexation.

Publié par l'INSEE, l'ICL est constitué de la somme pondérée de l'indice des prix à la consommation hors tabac et hors loyers (50%), de l'indice du coût de la construction (25%) et de l'indice de l'évolution du chiffre d'affaires du commerce de détail (25%).

Afin d'éviter les à coups constatés dans l'évolution de l'ICC, le calcul de l'ILC se fait sur la moyenne de chaque indice sur un an.

Par ailleurs, aux termes de l'article D 112-2 du Code monétaire et financier, modifié par le décret, l'ILC est applicable aux activités commerciales, y compris celles exercées par les artisans.

En revanche, l'ICL ne s'applique ni aux activités commerciales exercées dans des locaux à usage exclusif de bureaux, y compris les plates-formes logistiques, ni aux activités industrielles de manufacture, de commission et de transport par terre ou par eau.

A noter cependant que les acteurs économiques concernés auraient engagé des discussions en vue de la création d'un indice des loyers de bureaux (ILB).

En l'état, les locaux de bureaux restent exclusivement soumis à l'ICC.

Enfin, l'ILC ne doit pas être confondu avec l'IRL, Indice de Référence des Loyers, qui est devenu l'indice de référence obligatoire en matière de baux d'habitation depuis la loi du 8 février 2008.

Liens utiles :

Loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050>

Article L 112-2 du Code monétaire et financier :

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

Articles L 145-34 et L 145-38 du Code de commerce

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

Décret du 4 novembre 2008 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019728717>

Article D 112-2 du Code monétaire et financier

<http://www.legifrance.gouv.fr/>