

Newsletter marchés publics – Février 2009

- Intérêt légal

Le décret n°2009-138 du 9 février 2009 fixe le taux d'intérêt légal à 3,79% pour l'année 2009. Ce taux est inférieur à celui de l'année 2008 lequel était de 3,99%.

Ainsi le taux applicable aux intérêts moratoires courant en 2009 est de :

- 5,79% s'agissant des organismes visés au 3^e de l'article 98 du Code des Marchés Publics : établissements publics de santé et établissements du service de santé des armées.
- 9,50% s'agissant des marchés passés par les organismes visés au 1^e : Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et autres que ceux mentionnés au 3^e.
- 9,50% s'agissant des marchés par les organismes visés au 2^e de l'article 98 du Code des Marchés Publics : Collectivités Territoriales et établissements publics locaux autres que ceux mentionnés au 3^e.

- Appel d'offre ouvert : suppression de la double enveloppe

L'article 57-V du Code des Marchés publics, disposition issue du décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 dispose désormais que les dossiers des candidats à des appels d'offres ouverts comportent une enveloppe comprenant les documents relatifs à la candidature et à l'offre.

Jusqu'à présent devait figurer dans la première enveloppe les éléments relatifs à la candidature et dans la deuxième les éléments relatifs à l'offre. Le défaut de respect de ces exigences pouvait conduire au rejet du candidat pour non respect de mesures formelles.

Aux termes d'un arrêt du 8 août 2008 – Ville de Marseille / Librairie Maupetit -, le Conseil d'Etat avait sanctionné la Ville de Marseille pour avoir rejeté la candidature d'une entreprise au motif que cette dernière avait placé dans sa première enveloppe un document technique complémentaire à celui qui figurait dans la deuxième enveloppe. Le décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 tire la juste conséquence de l'arrêt « Ville de Marseille c/ Maupetit ».

Liens utiles

Décret n°2009-138 du 9 février 2009

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020237409&fastPos=1&fastReqId=859014954&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019961066&fastPos=1&fastReqId=1373229829&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

Texte de la décision

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000019310002&fastReqId=765943323&fastPos=1>

Newsletter droit des sociétés – février 2009

Publication du décret finalisant la transposition en droit français de la directive communautaire relative aux [fusions transfrontalières](#) de sociétés commerciales

La loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 (ci-après la « Loi ») portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire principalement consacrée aux fusions transfrontalières, c'est-à-dire aux opérations de fusion intervenant entre des sociétés françaises et des sociétés d'autres États membres de l'Union européenne, a transposé la directive n°2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005. La loi a défini le régime juridique des [fusions transfrontalières](#) par référence au régime des fusions nationales, sous réserve des dispositions spécifiques qu'elle précise.

Le décret n°2009-11 du 5 janvier 2009 publié au Journal officiel du 7 janvier 2009 (ci-après le « Décret ») est venu fixer les mesures d'application de la Loi. Il regroupe les articles R. 236-1 à R. 236-12 du Code de commerce dans une section 1 « Dispositions générales », et crée une section 2 « Dispositions particulières aux fusions transfrontalières » regroupant les articles R. 236-13 à R. 236-20.

Tout d'abord, le Décret indique qu'un projet commun de fusion est arrêté par l'organe de gestion, d'administration ou de direction de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion transfrontalière, lequel doit contenir les indications suivantes :

- la forme, la dénomination et le siège social des sociétés participantes, ainsi que ceux de la société issue de la fusion transfrontalière,
- le rapport d'échange des titres, parts ou actions représentatifs du capital social et, le cas échéant, le montant de la soulte,
- les modalités de remise des titres, parts ou actions de la société issue de la fusion transfrontalière, la date à partir de laquelle ces titres, parts ou actions donnent droit aux bénéfices ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit
- la date à partir de laquelle les opérations des sociétés qui fusionnent seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies pour le compte de la société issue de la fusion transfrontalière,
- les droits accordés par la société issue de la fusion transfrontalière aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou des parts représentatifs du capital social, ou les mesures proposées à leur égard,
- tous avantages particuliers attribués aux experts qui examinent le projet de fusion transfrontalière ainsi qu'aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés qui fusionnent,
- les informations concernant l'évaluation du patrimoine actif et passif transféré à la société issue de la fusion transfrontalière,
- les dates des comptes des sociétés qui fusionnent utilisés pour définir les conditions de la fusion transfrontalière,
- les statuts de la société issue de la fusion transfrontalière,
- le cas échéant, des informations sur les procédures selon lesquelles sont fixées les modalités relatives à l'implication des travailleurs dans la définition de leurs droits de participation dans la société issue de la fusion transfrontalière,
- les effets probables de la fusion transfrontalière sur l'emploi.

Par suite, le Décret précise que les sociétés immatriculées en France participant à l'opération de fusion doivent publier un avis relatif au projet de fusion dans un journal d'annonces légales du département de leur siège social ainsi qu'au BODACC, lequel contient les informations suivantes :

- la raison sociale ou la dénomination sociale de chaque société participante suivie, le cas échéant, de son sigle, de sa forme, de l'adresse de son siège où peut être consulté le projet de fusion, du montant de son capital, ainsi que le numéro unique d'identification et la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée,

- le registre auprès duquel chaque société participante a procédé à la publicité du projet de fusion transfrontalière,
- la raison sociale ou la dénomination sociale de la société nouvelle qui résulte de l'opération de fusion transfrontalière suivie, le cas échéant, de son sigle, de sa forme, de l'adresse de son siège, du montant de son capital ou du montant de l'augmentation du capital des sociétés existantes,
- l'évaluation de l'actif et du passif de chaque société participante dont la transmission à la société nouvelle ou absorbante est prévue,
- le rapport d'échange des droits sociaux dans chaque société participante,
- le montant prévu de la prime de fusion pour chaque société participante,
- la date du projet commun de fusion transfrontalière ainsi que, pour les sociétés participantes immatriculées en France, la date et le lieu du dépôt au registre du commerce et des sociétés du projet de fusion transfrontalière,
- l'indication, pour chaque société participante, des modalités d'exercice des droits des créanciers et, le cas échéant, des associés minoritaires ainsi que l'adresse à laquelle peut être obtenue sans frais une information exhaustive sur ces modalités.

Puis, le Décret prévoit que chaque société participant à la fusion transfrontalière remet, soit au notaire soit au greffier chargé du contrôle de la légalité de la réalisation de la fusion transfrontalière et de la société qui en est issue un dossier contenant :

- l'attestation de conformité des actes et des formalités préalables à la fusion délivrée par le greffier et datant de moins de six mois,
- le projet commun de fusion transfrontalière,
- les statuts de la société issue de la fusion transfrontalière,
- une copie des avis relatifs aux publicités requises (publicité du projet de fusion, publicité en cas d'apports de certains biens tels un immeuble, un brevet, une marque...),
- une copie du procès-verbal des Assemblées relatives à l'approbation de l'opération de fusion,
- un document attestant d'une part que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet de fusion dans les mêmes termes et d'autre part que les modalités relatives à la participation des salariés ont été fixées conformément aux dispositions du Code du travail concernant la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières.

S'agissant du notaire, le Décret précise qu'il ne doit avoir ni instrumenté, ni rédigé d'actes sous seing privé, ni donné des consultations juridiques à l'occasion de l'opération de fusion transfrontalière. Il ne doit pas exercer dans une société ou dans un office qui aurait instrumenté, rédigé des actes sous seing privé ou donné des consultations juridiques à l'occasion de cette opération.

Enfin, le dépôt au greffe du projet de fusion doit être réalisé au moins un mois avant la date de l'Assemblée générale appelée à statuer sur l'opération.

Décret n°2009-11 du 5 janvier 2009 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020040917&fastPos=1&fastReqId=157293865&categorieLien=id&oldAction=rechTexte#>

Loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019117371&fastPos=2&fastReqId=1050277392&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>

Newsletter droit des affaires – février 2009

L'ordre de payer donné par carte bancaire étant irrévocable, la banque qui contre-passe des opérations au débit du compte d'un client afin de prendre en compte des oppositions à paiement non fondées sur un des motifs limitativement énumérés par la loi, commet une faute engageant sa responsabilité

Dans le cadre de son activité de vente de billets d'avion, la Société F a souscrit auprès de la Banque X un contrat d'adhésion au système de paiement par carte bancaire ainsi qu'une convention de compte.

A la suite de la mise en liquidation judiciaire de la Société F en juillet 2005, le liquidateur a sollicité la clôture des comptes ouverts auprès de la Banque X et la résiliation des contrats en cours.

Or, postérieurement à la demande de clôture des comptes, la Banque X a enregistré des opérations de contre-passation au débit du compte de la Société F afin de prendre en compte les oppositions au paiement formées par les clients de la Société F ayant réglé leurs voyages par carte bancaire au motif que la prestation n'avait pas été fournie par la Société F à la suite de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

Le liquidateur a dès lors assigné la Banque X afin d'obtenir le remboursement des sommes ainsi débitées du compte de la Société F.

Ainsi, la Cour d'appel de Rennes a condamné la Banque X à rembourser à la Société F la somme de 24.019,61 euros outre les intérêts. La Banque X a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes.

Aux termes d'un arrêt du 20 janvier 2009, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé la décision déferée en visant les dispositions de l'article L.132-2 du Code monétaire et financier. Cet article dispose que l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte bancaire est irrévocable et que l'opposition au paiement ne peut être formée que pour des cas limitativement énumérés à savoir la perte, le vol ou l'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires du bénéficiaire.

Ainsi, la banque du porteur ne peut admettre une opposition dont le motif n'est pas prévu par la loi et la banque du bénéficiaire, lorsqu'elle est informée d'un tel motif, est tenue de procéder au rejet de l'impayé résultant de la prise en compte, par la banque du porteur, de l'opposition.

Afin de rejeter le pourvoi formé par la Banque X, la Cour a constaté qu'aucune des oppositions n'avait été formée par les clients de la Société F pour l'un des motifs limitativement prévus par la loi.

Dès lors, la Cour a considéré que s'agissant d'oppositions non autorisées par la loi, les opérations enregistrées initialement au crédit du compte de la Société F constituaient des paiements irrévocables et non des opérations en cours.

Dès lors, la Banque X, qui avait connaissance du motif invoqué pour justifier des oppositions à payer, ne pouvait pas tenir compte de ces oppositions pour débiter le compte de la Société F par contre-passation des écritures et a commis une faute engageant sa responsabilité.

Liens utiles

Texte de la décision

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020181894&fastReqId=1759547101&fastPos=1>

Article L.132-2 du Code monétaire et financier

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=5CCB368F6242BA0832C0E975B216819A.tpdjo03v_3?idArticle=LEGIARTI000018625640&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20090306

Newsletter droit pénal de l'entreprise –février 2009

Pas d'amitié dans les affaires ! Pour la Cour de Cassation, l'aide apportée par des amis dans la rénovation d'un appartement constitue le délit de travail dissimulé...

Monsieur Z souhaite rénover son appartement. Madame X, son épouse, est gérante d'une société de maçonnerie dont il est lui-même salarié. Un marché de travaux est passé entre Monsieur Z et l'entreprise dirigée par son épouse. Or, les Epoux Z se sont également fait assister bénévolement par deux amis venus prêter main forte aux salariés de l'entreprise. A la suite d'un contrôle sur le chantier, l'Inspection du travail a fait citer les Epoux Z directement devant le Tribunal correctionnel pour travail dissimulé et complicité.

Le Tribunal puis la Cour d'appel de Reims ont condamné Monsieur Z pour complicité dans l'exécution d'un travail dissimulé à 4 mois d'emprisonnement avec sursis et 2.000 € d'amende et Madame Z à 2 mois d'emprisonnement avec sursis et 2.000 € d'amende pour travail dissimulé.

Aux termes d'un arrêt du 20 janvier 2009, la Chambre criminelle de Cour de cassation a validé le raisonnement des juges du fond relevant à l'encontre de Madame Z, gérante, que les travaux effectués par les deux amis des Epoux Z ont été facturés à son mari et à l'encontre de Monsieur Z, qu'il avait organisé la venue sur le chantier de ces deux « *travailleurs* » dissimulés.

Toutefois, la qualification de travail dissimulé suppose le recours à des travailleurs salariés. Ainsi, il convient d'établir l'existence d'un lien de subordination et accessoirement d'un salaire préalablement à toute condamnation. La Cour de cassation essaie de répondre à cet impératif en relevant la facturation des travaux effectués à l'aide de ces amis par l'entreprise dirigée par Madame Z.

Cela correspond-il bien au flux financier propre à établir le lien de subordination et le salaire du travailleur ? Si les travaux effectués par les deux amis ont bien été payés par Monsieur Z, maître d'ouvrage, à la société dirigée par Madame X, cela implique-t-il que sur le chantier ils aient été soumis à une subordination de l'entrepreneur ?

Cela est tout sauf évident. On imagine en effet mal un pouvoir disciplinaire des Epoux Z sur leurs amis qui sont manifestement présents sur le chantier par pure libéralité. De même, il est certain que même si en l'espèce il y a une certaine confusion de personnes entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, les « *travailleurs dissimulés* » venaient bien plus aider le maître d'ouvrage que l'entrepreneur.

Le paiement des travaux implique-t-il par ailleurs que ceux-ci aient reçu un salaire occulte ? Aux termes de l'arrêt du 20 janvier 2009, la Cour de cassation indique que l'un des amis a été « *rétribué* » par le prêt d'une camionnette de chantier, ce qui au mieux est un petit service entre amis, au pire un abus de bien social, mais ne saurait en aucun cas établir un salaire et un travail dissimulé.

L'autre fait partie de la famille, ce qui présuppose l'intention libérale...

En conclusion, pas de salaire, pas de lien de subordination établi mais deux condamnations pour avoir confondu qu'en affaires, il n'y a pas d'amitié qui vaille. L'inspection du Travail et la Cour de Cassation en sont convaincues.

Liens utiles

Texte de la décision

www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?oldAction=rechExpJurijudi&idTexte=JURITEXT000020256010&fastReqId=498357308&fastPos=18

Article L.8221-5 du Code du Travail

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006904819&idSectionTA=LEGISCTA00006189999&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20090220>

Newsletter droit de la propriété intellectuelle – février 2009

L'exploitation d'une marque à des fins publicitaires ne saurait être considérée comme un usage sérieux au sens de la directive

Aux termes d'un arrêt en date du 15 janvier 2009, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) est venue préciser la notion d' « usage sérieux » de la marque exigé en droit des marques pour échapper à la déchéance.

Une société autrichienne (ci-après la Société X) exerçant une activité dans le domaine de la fabrication et de la commercialisation de vêtements, est titulaire de la marque verbale « WELLNESS », enregistrée au registre des marques de l'Office des Brevets autrichien. Cette marque a été enregistrée notamment pour les classes 25, relative entre autres aux vêtements, et 32, portant sur des boissons non alcooliques.

La Société Y, société concurrente, active dans la commercialisation de boissons non alcooliques, a sollicité la radiation de ladite marque pour non usage pour la classe 32 (visant les produits non alcooliques).

Pour sa défense, la Société X a argué qu'à l'occasion de la commercialisation de ses vêtements, elle a diffusé des boissons non alcooliques dans des bouteilles portant l'inscription « WELLNESS-DRINK », en les offrant en cadeau aux consommateurs qui achetaient ses vêtements.

En revanche, la Société X n'a pas apposé sa marque sur des boissons vendues seules.

L'Office des Brevets autrichien, par une décision en date du 7 novembre 2006, a radié la marque litigieuse pour la classe 32. La Société X a interjeté appel contre cette décision. C'est dans le cadre de cet appel que la Chambre suprême des brevets et des marques (Oberster Patent- und Markensenat) a posé à la CJCE la question préjudicielle suivante :

«L'article 10, paragraphe 1, et l'article 12, paragraphe 1, de la [directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'une marque fait l'objet d'un usage sérieux lorsqu'elle est utilisée pour des produits (en l'espèce, des boissons non alcooliques) que le titulaire de la marque offre gratuitement, après conclusion du contrat de vente, aux acquéreurs d'autres produits qu'il commercialise (en l'espèce, des vêtements)?»

La CJCE répond par la négative en énonçant que « la notion d' 'usage sérieux' au sens de la directive doit s'entendre d'un usage effectif, conforme à la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine d'un produit ou d'un service, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance ».

Elle précise que le maintien de la protection conférée par la marque pour une classe donnée est conditionné à l'utilisation sur le marché des produits ou services de cette classe, et rappelle que cette condition n'est pas remplie lorsque des objets publicitaires sont distribués pour récompenser et promouvoir l'achat de produits d'une autre classe.

Elle en conclut que « lorsque le titulaire d'une marque appose celle-ci sur des objets qu'il offre gratuitement aux acquéreurs de ses produits, il ne fait un usage sérieux de cette marque pour la classe dont relève lesdits objets ».

Ainsi donc, la CJCE refuse de voir dans la distribution gratuite de produits un usage sérieux et effectif de la marque dans la mesure où celle-ci ne « contribue ni à créer un débouché » pour les produits en cause « ni même à les distinguer des produits provenant d'autres entreprises ». Dès lors, une entreprise ne saurait, en vue d'échapper à la déchéance de sa marque pour une classe de produits, distribuer lesdits produits gratuitement à titre promotionnel ou publicitaire.

Liens utiles

Texte de la décision

<http://curia.europa.eu/fr/transitpage.htm>

Directive 89/104/CEE du 21 décembre 1988

<http://www.oami.europa.eu/fr/mark/aspects/direc/direc.htm>

Newsletter droit social – février 2009

La Cour de Cassation fixe les limites du contrôle des effets personnels d'un salarié par son employeur

Monsieur X a été employé le 11 avril 1988 dans la Société Z en qualité d'aide raffineur et occupait en dernier lieu les fonctions de chef de poste.

Au cours d'un contrôle inopiné par le chef de fabrication, en présence du directeur de l'usine, le sac de Monsieur X a été fouillé devant lui. Son contenu a révélé la présence de 300 sachets plastiques servant au conditionnement des produits de l'entreprise.

Monsieur X a reconnu les faits lors de l'entretien préalable à son licenciement, avant de se rétracter.

La Société Z lui a notifié son licenciement pour faute grave motivé par le vol de matériel appartenant à l'entreprise.

Monsieur X a saisi la juridiction prud'homale afin de contester la légalité du contrôle dont il avait fait l'objet et, en conséquence, son licenciement. Le Conseil des prud'hommes a considéré que le licenciement pour faute grave de Monsieur X était justifié, tout comme la Cour d'appel de Douai qui a jugé que le contrôle dont Monsieur X avait fait l'objet avait été effectué en sa présence et avec son consentement. Ainsi, selon la Cour d'appel, en l'absence de contrainte, l'opération de contrôle des effets d'un salarié ne saurait être entachée d'illégalité.

Monsieur X s'est pourvu en cassation.

Aux termes d'un arrêt du 11 février 2009, la Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai en se fondant notamment sur l'article L.1121-1 du Code du travail, qui dispose que « l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles ou collectives des salariés que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ».

En application de cette disposition, la Cour de Cassation énonce que l'employeur ne peut « sauf circonstances exceptionnelles, ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin. ».

Il est donc indispensable, sauf circonstances exceptionnelles, qui restent à définir par la jurisprudence, avant de procéder à la fouille des effets d'un salarié, d'obtenir l'accord de ce dernier, et de l'avertir de son droit de s'opposer à cette fouille d'une part, et, d'autre part, d'exiger la présence d'un témoin.

Liens utiles

Texte de la décision

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?oldAction=rechJurijudi&idTexte=JURITEXT000020256991&fastReqId=399061526&fastPos=1>

Article L.1121-1 du Code du travail

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

Newsletter droit de l'immobilier – février 2009

Bail commercial – suppression de la référence aux usages locaux pour l'appréciation de la fin du congé

Dans sa rédaction d'origine, l'article 5 du décret du 30 septembre 1953, devenu l'article L.145-9 du Code de commerce, disposait que « *par dérogation aux articles 1736 et 1737 du code civil, les baux de locaux soumis aux dispositions du présent chapitre ne cessent que par l'effet d'un congé donné suivant les usages locaux et au moins six mois à l'avance* ».

La référence aux usages locaux, variable selon les villes ou les régions, entraînait une grande disparité en pratique, les délais pouvant aller de 6 mois au minimum à 18 mois.

Ainsi, en Provence, les congés devaient être signifiés avant Pâques (dont la date varie) pour la Saint-Michel (le 29 septembre) ; dans la Sarthe, le terme d'usage était fixé au 1^{er} mai et au 1^{er} novembre.

La loi dite de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008 a mis fin à ces incertitudes en supprimant la référence au terme d'usage.

Ainsi, l'article L.145-9 modifié du Code de commerce dispose que les baux commerciaux « ... ne cessent que par l'effet d'un congé donné pour le dernier jour du trimestre civil et au moins six mois à l'avance. ».

Désormais, les baux doivent expirer le dernier jour du trimestre civil – ce qui correspond à l'usage parisien- et ce, quand bien même le terme contractuel ne coïnciderait pas avec la fin du trimestre.

A titre d'exemple, en présence d'un bail ayant pris effet au 29 mai 2000 pour se terminer le 28 mai 2009, le congé devrait être donné pour la fin du trimestre civil, soit le 30 juin 2009.

Toutefois, les auteurs s'interrogent sur les conséquences que pourraient avoir un congé délivré pour une date postérieure au terme contractuel lorsque celle-ci ne coïncide pas avec la fin du trimestre civil. Ils relèvent des défauts de cohérence des textes au sein même du Code de commerce, conduisant à de nouvelles incertitudes.

Ainsi, l'alinéa 2 de l'article L.145-4 dudit Code, non modifié par la loi LME, dispose que « *le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, dans les formes et délais de l'article L.145-9.* »

L'absence de référence expresse, dans ce texte, à la fin du trimestre civil combinée au renvoi aux délais prévus par l'article L.145-9 du Code de commerce, qui s'y réfère désormais, pourrait conduire à des difficultés d'application.

Cette situation conduit certains auteurs à réclamer la suppression de toute référence au trimestre civil dans l'article L.145-9 du Code de commerce, pour ne conserver que le délai de préavis de 6 mois. D'autres suggèrent de saisir la Cour de Cassation en interprétation.

La réforme est trop récente pour que la jurisprudence se soit prononcée sur ces difficultés.

En l'état, il semble que la pratique fasse prévaloir la fin du trimestre civil sur le terme contractuel, à tout le moins pour les congés donnés pour le terme du bail.

Liens utiles

Article L.145-9 du Code de commerce

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

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

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050&fastPos=2&fastReqId=827528805&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>

Article L.145-4 du Code de commerce

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

Newsletter droit fiscal – février 2009

Incompatibilité du régime d'intégration fiscale français et de la liberté d'établissement

La Société mère française A détenait 100% du capital d'une Société néerlandaise B laquelle détenait 99.99% d'une Société française C. La Société mère A a opté, au titre des exercices de 1989 à 1991, pour le régime de l'intégration fiscale des articles 223 A et suivants du Code général des impôts (CGI) et inclus dans le périmètre d'intégration la société C ainsi que des filiales françaises de la société C.

L'Administration fiscale a refusé à la Société A le bénéfice du régime de l'intégration fiscale au motif qu'un groupe intégré ne peut être constitué de sociétés détenues par l'intermédiaire d'une société résidente d'un autre Etat membre de la Communauté européenne non soumise à l'impôt sur les sociétés en France.

La Société A a d'abord contesté les redressements consécutifs devant le Tribunal administratif de Paris lequel l'a débouté de ses demandes par un jugement du 9 février 2004, puis devant la Cour administrative d'appel de Paris, laquelle n'a prononcé qu'une décharge partielle desdits redressements par un arrêt du 24 juin 2005. La Société A s'est alors pourvue en cassation devant le Conseil d'Etat lequel, par décision du 10 juillet 2007, a décidé de surseoir à statuer et a saisi la Cour de Justice de la Communauté Européenne de deux questions préjudicielles, lesquelles sont, en substance, les suivantes :

Question 1(i) : Le régime de l'intégration fiscale des articles 223 A et suivants du CGI constitue t'il une restriction à la liberté d'établissement posée par le Traité instituant la Communauté Européenne (Traité CE) compte tenu de l'impossibilité d'inclure dans le périmètre d'intégration une sous-filiale française détenue par l'intermédiaire d'une filiale résidente d'un autre Etat membre de la Communauté européenne non soumise à l'IS français ?

Question 2 (ii) : Dans l'affirmative, une telle restriction peut-elle être justifiée par la nécessité de maintenir la cohérence du système de l'intégration fiscale ou par toute autre raison impérieuse d'intérêt général ?

(i) Sur la première question, la CJCE relève que les dispositions des articles 223 A et suivants du CGI ont pour objectif d'assimiler le plus possible la société mère, ses filiales et sous filiales à une entreprise ayant plusieurs établissements et que cet objectif peut être atteint que les sous-filiales soient détenues par l'intermédiaire d'une filiale résidente ou non du même Etat membre. En conséquence, les dispositions en cause du CGI créent une inégalité de traitement selon le lieu de situation de la filiale et défavorise ainsi les situations communautaires par rapport aux situations internes. Les dites dispositions portent donc atteinte au principe de la liberté d'établissement posé par le Traité CE.

(ii) Sur la seconde question, en premier lieu, la CJCE relève que l'objet de la question préjudicielle n'est pas de savoir si une filiale non résidente du même Etat membre que la société mère peut relever du régime d'intégration fiscale. En conséquence, la restriction portée à la liberté d'établissement ne saurait être justifiée par la nécessité de préserver la répartition du pouvoir d'imposition des Etats membres.

En second lieu, la CJCE accueille l'argumentation du Gouvernement français selon laquelle les dispositions en cause du CGI sont de nature à garantir la cohérence du régime de l'intégration fiscale et du système de neutralisation des opérations intragroupes, lequel permet d'éviter le double emploi des pertes. Ainsi, si une société mère était autorisée à constituer un groupe intégré avec une sous-filiale détenue par l'intermédiaire d'une filiale non résidente du même Etat, les pertes enregistrées par la sous-filiale seraient doublement prises en compte. En effet, la filiale non résidente n'appartenant pas au groupe intégré, les opérations internes ne seraient pas neutralisées. En conséquence, les pertes de la sous-filiale seraient à la fois prises en compte sous forme de pertes directes au niveau de la sous-filiale et sous forme de provision constituée par la société mère pour dépréciation de sa participation dans la filiale.

Néanmoins la CJCE relève que l'objectif d'éviter le double emploi des pertes peut être atteint par des mesures moins restrictives de la liberté d'établissement. En effet, les autorités fiscales disposent des moyens suffisants pour contrôler ce risque.

Or, compte tenu des dispositions en cause du CGI, les sociétés mères françaises ne sont pas autorisées à prouver l'absence de double emploi des pertes dans le cadre du régime de l'intégration fiscale.

En conséquence, l'atteinte portée à la liberté d'établissement par lesdites dispositions ne peut être justifiée par la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal de l'intégration dès lors qu'elles vont au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet.

Les conditions d'existence du groupe fiscalement intégré devraient donc être adaptées pour être compatibles avec la liberté d'établissement.

Liens utiles :

Texte de la décision *Sté Papillon*, CJCE, 27 novembre 2008, C-418/07

<http://eur-lex.europa.eu>

Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne - article 43 T.CE

<http://eur-lex.europa.eu>