

La Lettre de Lyon

Décembre 2008



- | | | |
|------------------------------------|---|--|
| ▶ Droit Social | 4 | Condamnation du Président d'une société mère anglaise pour délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise de la filiale française |
| ▶ Droit Fiscal | 5 | Déduction des charges afférentes aux prestations intragroupe Ventes en état futur d'achèvement et TVA |
| ▶ Droit des Affaires | 5 | Société d'Exercice Libérale (SEL) et dividendes |
| ▶ Propriété Industrielle | 6 | La nécessité d'exploiter la marque déposée |
| ▶ Droit Public des Affaires | 6 | Heurs et Malheurs des contrats publics |

Dossier :

"Relation Client :
les changements
issus de la **LME**" 3

Edito

Chers lecteurs,

Nous avons le plaisir de vous adresser le nouveau numéro de notre newsletter pour le mois de décembre 2008.

Les Avocats de notre Cabinet ont sélectionné pour vous , plusieurs sujets d'actualité dans chacun des domaines de spécialité traités par notre Cabinet.

Nous vous souhaitons bonne lecture.

Jérôme Lucas

Avocat Associé

lalettre@lyon.cms-bfl.com

Le dossier

"Relation Client : les changements issus de la LME"

Les apports de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 sont nombreux. Les règles du droit économique et notamment du droit de la distribution ont été largement remaniées.

Négociabilité des conditions générales de vente :

Les conditions générales de vente (CGV) représentent l'ensemble des stipulations constituant l'offre émise par un vendeur professionnel à destination des acquéreurs potentiels de ses produits.

Les dispositions antérieures à la LME prévoyaient déjà une possibilité de différencier les CGV selon les catégories d'acheteurs. Un décret devait définir les catégories en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution.

La LME supprime tout renvoi à ce décret. Le fournisseur conserve la charge de délimiter les catégories d'acheteurs, selon ses canaux de distributions (distributeurs spécialisés, grande distribution, grossiste, centrale d'achat...), sans risquer cette fois d'encourir une sanction sur le fondement de la discrimination.

Obligation de communication des conditions générales de vente :

La LME limite expressément l'obligation de communication des CGV aux seuls acheteurs de produits ou demandeurs de prestations de services d'une même catégorie. Il appartiendra donc aux fournisseurs de délimiter leurs catégories de clients, et de justifier ces distinctions, notamment par le biais des canaux de distribution.

La dépenalisation du défaut de communication introduite par la loi Chatel du 3 janvier 2008 est maintenue. Le fournisseur qui ne communiquerait pas ses CGV « à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice de l'activité professionnelle » engage sa responsabilité civile et s'oblige à réparer le préjudice causé.

Abrogation de l'interdiction des discriminations tarifaires :

Avant la LME, les discriminations tarifaires étaient prohibées entre acheteurs de même catégorie, si elles n'étaient pas justifiées par des contreparties réelles ou des services spécifiques.

La LME supprime cette interdiction. Désormais, les fournisseurs peuvent opérer des différenciations tarifaires entre leurs acheteurs même s'ils sont concurrents.

Les tarifs pourront donc être négociés individuellement avec chaque client.

Cependant, les discriminations tarifaires pourraient être incriminées sur d'autres fondements, tels que l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante) ou des pratiques abusives et/ou restrictives de concurrence.

Extension de la liste des pratiques abusives :

De nouvelles pratiques prohibées sont introduites par la LME à l'article L 442-6 I du Code de commerce.

- Il s'agit du fait de « *soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* », et le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente* ».
- Ces pratiques sont sanctionnées par la responsabilité civile de leur auteur. Ce dernier peut également se voir condamner à payer une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Cette amende peut être portée au triple des sommes qui ont été indûment versées.

Les magistrats aideront, par leurs décisions, à apprécier l'étendue de ces nouvelles restrictions. ■

Laurent Romano
Alice Bornand

Droit Social

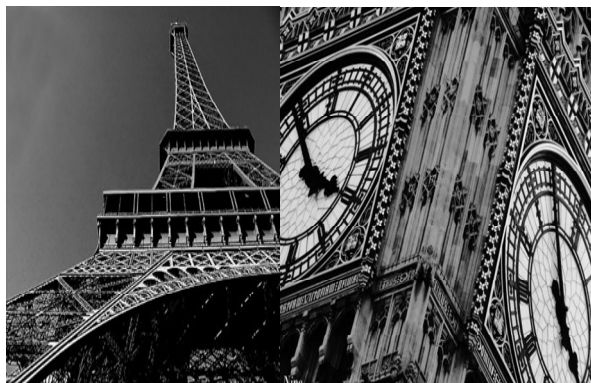
Condamnation du Président d'une société mère anglaise pour délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise de la filiale française

La chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la condamnation du président du conseil d'administration de la société Marks & Spencer UK, du chef de délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité central d'entreprise (Cass. crim., 28 octobre 2008, n° 05-86.264 FD).

Le président du conseil d'administration de la société Marks & Spencer U. K était poursuivi pour délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, pour avoir, suite à une annonce effectuée à la bourse de Londres le 29 mars 2001 et une simple information des membres du comité central d'entreprise, en méconnaissance des prescriptions des articles L. 2323-6 et suivants du Code du travail, omis d'informer et de consulter le comité central d'entreprise de la société Marks & Spencer France avant toute mesure de nature à affecter le volume et la structure des effectifs et la marche générale de l'entreprise dans l'ordre économique, en l'espèce la fermeture des dix-huit magasins implantés en France.

Pour déclarer l'infraction établie, **la Cour d'appel de Paris**, dans un arrêt du **10 octobre 2005**, avait notamment retenu :

- que **l'annonce de cessation d'activité et de fermeture des magasins**, communiquée le 29 mars 2001 aux membres du comité central d'entreprise, réunis de manière informelle et sans qu'aient été respectées les prescriptions légales en matière de délais de convocation et de fixation de l'ordre du jour, n'apparaît pas comme une simple déclaration d'intention mais constitue bien une **décision ferme et définitive**, ce que confirme le courriel adressé le lendemain aux salariés français par le prévenu ;
- qu'il **importe peu que des réunions d'information et de consultation du comité central d'entreprise se soient tenues ultérieurement**, dès lors qu'il ne s'agissait là que de simples modalités de mise en œuvre de la décision annoncée le 29 mars 2001 et prise avant toute consultation et information du comité central d'entreprise ;
- qu'en agissant ainsi, **les dirigeants de Marks & Spencer France n'ont pas satisfait à leur obligation de consulter préalablement le comité central d'entreprise** sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise dans l'ordre économique,



et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume et la structure des effectifs, et que **le président du groupe, a, en tant qu'auteur de la décision, personnellement participé à la commission de l'infraction.**

La Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 28 octobre 2008 confirme en tout point la décision de la Cour d'appel de Paris.

Une décision, même prise à l'étranger, ayant des conséquences directes en France peut donc conduire un dirigeant étranger à être condamné pénalement en France pour délit d'entrave au fonctionnement régulier du Comité d'entreprise. ■

François Coutard
Guillaume Bossy

Droit Fiscal

▼ Déduction des charges afférentes aux prestations intragroupe

Dans un arrêt du 16 mai 2008 (n°288101 « Selafa Géomat »), le Conseil d'Etat a précisé les règles qui gouvernent la contestation par l'administration fiscale du niveau de la facturation de services intragroupe. Aussi fait-il supporter **au contribuable la preuve du caractère déductible de la charge et de sa réalité**. En revanche, le Conseil d'Etat fait supporter à l'administration fiscale la preuve du caractère excessif de la rémunération versée en contrepartie de la prestation. Il a ainsi jugé que lorsque la réalité de la prestation n'est pas contestée, l'administration ne peut pas en critiquer le prix au motif que son coût ne devrait pas dépasser, selon elle, le prix de revient majoré d'une marge fixée en l'espèce à 10 %.

Il convient de rappeler que la mise en place d'une convention de prestations n'est pas suffisante par elle-même pour établir la réalité des services rendus. Cette preuve pourra généralement être établie lorsque la société mère dispose des moyens nécessaires à l'accomplissement des prestations à la filiale et lorsque la filiale peut produire tout document susceptible de justifier de besoins précis et identifiés. Enfin la circonstance que les parties appartiennent au même groupe ne les autorise pas à s'écarter de la normalité des prix facturés entre elles. Il convient toujours de s'assurer que la société prestataire reçoit une juste rémunération pour les services rendus et que la société bénéficiaire supporte un juste coût. ■

Pierre Devis
Jérémy Duret

▼ Ventes en état futur d'achèvement et TVA

Jusqu'à présent, et conformément aux dispositions de l'article 252 de l'annexe II au CGI, le paiement sur les encaissements entraînait l'impossibilité pour le vendeur d'obtenir un remboursement de taxe avant que la totalité du prix n'ait été payée. L'administration fiscale a indiqué dans un rescrit du 17 juin 2008 (n°2008/15 FI) que le

vendeur pourra désormais présenter une **demande de remboursement de crédit de TVA dans les conditions de droit commun** sans attendre le versement du dernier encaissement. ■

Pierre Devis
Jérémy Duret

Droit des Affaires

▼ Société d'Exercice Libérale (SEL) et dividendes

L'article 22 du projet de loi pour le financement de la Sécurité Sociale vient mettre un terme à une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation en ce qui concerne le régime social et fiscal des dividendes perçus par des **professionnels libéraux** exerçant dans le cadre d'une SEL relevant du régime de l'impôt sur les sociétés.

Désormais, la part de ces dividendes dépassant « **10 % du capital social, des primes d'émission et des sommes versées en compte courant détenus en toute propriété ou en usufruit** » par ce professionnel libéral, son conjoint, son partenaire lié par PACS ou leurs enfants mineurs non émancipés, sera prise en compte pour le calcul de ses cotisations sociales obligatoires.

Cette part ne sera donc plus qualifiée de dividende du point de vue fiscal et social mais de revenus de l'activité professionnelle.

En revanche, **la part ne dépassant pas ce montant** conservera la qualification fiscale et sociale de dividende selon le régime habituel (prélèvements sociaux 12,10 % et impôt sur le

revenu proportionnel ou forfaitaire).

Un **décret** en Conseil d'Etat doit préciser la nature des apports retenus pour la détermination du capital social au sens de cette disposition ainsi que les modalités de prise en compte des sommes versées en compte courant.

Le projet de loi de financement de la Sécurité Sociale 2009 a fait l'objet d'un recours devant le Conseil Constitutionnel qui vient de le valider.

Ces dispositions sont applicables en 2009 pour les « *revenus* » 2008.

Précision importante, elles visent uniquement les SEL et les sociétés de participations financières de professions libérales. ■

Jérôme Lucas



Propriété industrielle

La nécessité d'exploiter la marque déposée

Dans le cadre d'actions en contrefaçon de marque, les défenseurs demandent souvent, à titre reconventionnel, la déchéance de la marque.

Dans un arrêt du 21 octobre 2008, la Cour de Cassation a rappelé qu'une marque « fait l'objet d'un usage sérieux lorsqu'elle est utilisée conformément à sa fonction essentielle, qui est de garantir l'identité d'origine des produits ou services pour lesquels elle a été enregistrée, ce qui suppose l'utilisation de celle-ci sur le marché pour désigner les produits ou services protégés ». En l'espèce, la Cour de Cassation a considéré que l'exploitation du signe «Lafite » n'était pas démontrée par les pièces versées aux débats, à savoir des articles de presse désignant, en abrégé, le domaine viticole, l'exploitation, le château, ou le vin produit qui était en fait commercialisé sous



la marque "Château Lafite Rothschild ". La Cour de cassation a donc considéré que c'est à bon droit que la déchéance de la marque «Lafite » de la société Château Lafite Rothschild avait été prononcée.■

Jean Guillaume Monin
Solène Vilfeu

Droit public des affaires

Heurs et malheurs des contrats publics

La question de la sécurité des contrats passés avec les personnes publiques (diverses administrations de l'Etat, collectivités territoriales et établissements publics) connaît de nouveaux rebondissements. En effet, il incombe au juge d'arbitrer entre le nécessaire contrôle de la légalité de ces contrats, notamment au regard des règles de passation auxquelles ils sont soumis pour la plupart d'entre eux (marchés publics, délégations de service public, conventions d'aménagement,...), et l'indispensable sécurité des relations contractuelles à laquelle peuvent légitimement prétendre les partenaires de l'Administration. **Dans le cadre du référé précontractuel**, s'inscrit délibérément en faveur de la stabilité des contrats publics la décision du Conseil d'Etat qui limite les griefs qui peuvent être formulés en matière de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence et qui sont susceptibles, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, de léser l'entreprise requérante, même de façon indirecte, tout en avantageant une entreprise concurrente. Ce principe a notamment pour but de réduire les effets des recours contestant certaines erreurs « simples » dans la **rédaction des avis d'appel public à la concurrence**. La sécurité des relations contractuelles en sort indéniablement renforcée.

En revanche **du côté des avenants** aux mêmes contrats, le juge communautaire semble avoir privilégié la légalité, ou tout au moins ses objectifs, au détriment de la stabilité des contrats. Il est tout d'abord rappelé que des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pen-

dant sa durée de validité constituent une nouvelle passation lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantielles différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché. La CJCE a considéré que la modification est substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue. **La Cour considère en conséquence que la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné**, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple, au titre de la sous-traitance. **Pour la Cour, un changement s'opérant sous la forme d'une cession de parts sociales à un tiers serait ainsi susceptible de constituer une nouvelle passation de marché**. La Cour adopte ainsi une position plus restrictive que celle du Conseil d'Etat qui, en 2000, avait admis cette possibilité sous certaines conditions et sans remise en cause des contrats conclus (CE, 3 oct. 2008, SMIRGEOMES, n° 305420 ; CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06).■

Yves Delaire

Avertissement légal

Ce bulletin d'information ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

Titularité des droits

Ce bulletin d'information est la propriété de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

Directeur de la publication

Jérôme Lucas

© CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

C'M'S BUREAU FRANCIS LEFEBVRE LYON

174, rue de Créqui, 69396 Lyon Cedex 03, France

Tel. : +33 4 78 95 47 99 - 04 72 61 84 27

CMS Bureau Francis Lefebvre est membre de CMS, regroupement de 9 grands cabinets d'avocats européens indépendants offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 4600 collaborateurs, dont plus de 2200 avocats et 595 associés, CMS s'appuie sur 48 implantations dans le monde.

Cabinets membres de CMS : CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, CMS Bureau Francis Lefebvre, CMS Cameron McKenna LLP, CMS DeBacker, CMS Derks Star Busmann, CMS von Erlach Henrici, CMS Hasche Sigle, CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Implantations mondiales principales et secondaires des cabinets membres de CMS : **Amsterdam, Berlin, Bruxelles, Londres, Madrid, Paris, Rome, Vienne, Zurich**, Aberdeen, Alger, Anvers, Arnhem, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Cologne, Dresde, Düsseldorf, Edimbourg, Francfort, Hambourg, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo, Moscou, Munich, New York, Pékin, Prague, Sao Paulo, Sarajevo, Séville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Utrecht, Varsovie et Zagreb.

Les cabinets membres de CMS, en association avec The Levant Lawyers, sont présents à Beyrouth, Abu Dhabi, Dubaï et Koweït.

www.cms-bfl.com