

La Lettre de Lyon

Sept 2009



Dossier :

Une nouvelle
sûreté : la fiducie

Page 3

- | | | |
|------------------------------------|---|---|
| ▶ Droit Social | 4 | La réforme du travail dominical |
| ▶ Contentieux des Affaires | 4 | Les juges aussi se méfient des apparences... |
| ▶ Droit Fiscal | 5 | Taxe professionnelle : intérêt de la dissolution sans liquidation en cas de restructuration |
| | 5 | Impôt sur le revenu : régime de faveur des impatriés |
| ▶ Droit des Affaires | 5 | Abus...d'égalité |
| ▶ Droit de la Construction | 6 | Responsabilité du Vendeur en l'Etat Futur d'Achèvement |
| ▶ Droit Public des affaires | 6 | Le travail temporaire dans la fonction publique |

Edito

Chers lecteurs,

Nous avons le plaisir de vous adresser le nouveau numéro de notre newsletter pour le mois de Septembre 2009.

Nos équipes 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

Une nouvelle sûreté : la fiducie

Les récents aménagements du régime des **fiducies sûretés** semblent promettre à cette nouvelle technique de garantie un succès auprès des établissements de crédit.

Le principe de la fiducie sûreté est simple : il s'agit de transférer la propriété d'un bien dans un patrimoine spécifique lui-même affecté à la garantie d'une dette. Plus précisément, **la propriété** d'un ou plusieurs biens (immeubles, machines, etc...) quitte le patrimoine de **l'emprunteur** (nommé le « constituant ») vers le « patrimoine fiduciaire », géré de manière distincte à son propre patrimoine appelé fiduciaire ; le fiduciaire étant en l'occurrence le prêteur.

La propriété des biens ainsi transférés à ce patrimoine spécifique est dédiée exclusivement à la garantie de la dette indiquée dans le contrat de fiducie et se trouve dès lors hors d'atteinte des autres créanciers de l'emprunteur-constituant (et aussi, bien entendu, des créanciers propres du prêteur-fiduciaire). Cette sécurité offerte au prêteur-fiduciaire ne porte pas pour autant préjudice à l'emprunteur-constituant, il perd certes la propriété du bien, mais le contrat de fiducie peut prévoir que ce dernier **conservera la jouissance** et pourra donc continuer de l'utiliser.

La fiducie sûreté peut être **rechargeable**. De cette façon, un bien qui a une valeur supérieure au montant de la créance initiale peut être affecté à la garantie d'une autre créance. Ceci évite les garanties disproportionnées et permet une utilisation complète du mécanisme. Cette faculté n'est pas systématique et doit être prévue au contrat de fiducie.

La fin de la fiducie intervient dès que l'emprunteur-constituant s'est acquitté de sa dette, la sûreté n'ayant plus lieu d'être : il recouvre alors la totale propriété du bien. A défaut de remboursement, la sûreté sera mise en œuvre de deux manières possibles :

- dans un premier cas le prêteur-fiduciaire acquiert la propriété du bien qui quitte le patrimoine fiduciaire vers son propre patrimoine ;
- dans un second cas, qui doit être expressément prévu par le contrat de fiducie, le bien est évalué par un expert puis vendu et le prix, ou une partie du prix, est attribué au prêteur-fiduciaire et le solde éventuel à l'emprunteur-constituant.

Le décès de l'emprunteur-constituant ne met pas fin au contrat de fiducie sûreté.

Les aspects les plus intéressants de la fiducie sûreté apparaissent en cas de **procédures collectives**. En effet, les actifs fiduciaires n'étant plus dans le patrimoine de l'emprunteur-constituant, ils **échappent** à la liquidation judiciaire ou au plan de cession ou encore au plan de redressement et la sûreté peut alors être réalisée au profit du prêteur-fiduciaire, sans concours des créanciers de la liquidation. Le raisonnement est toutefois un peu différent dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. Le but de ces deux procédures étant le rétablissement de l'emprunteur-constituant, il n'est pas envisageable d'aggraver sa situation. En conséquence, le prêteur-fiduciaire ne pourra pas réaliser la fiducie si le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité. En pratique, la sûreté est **figée** jusqu'à l'adoption du plan de redressement ou jusqu'à la liquidation si le bien était déjà laissé à la disposition de l'emprunteur-constituant. Dans le cas contraire, la sûreté sera mise en œuvre malgré l'ouverture d'une procédure collective.

La fiducie sûreté accorde donc une sécurité attractive pour le prêteur-fiduciaire tout en préservant les intérêts de l'emprunteur constituant. Elle confère donc au prêteur-fiduciaire une situation particulièrement enviable. ■

Droit Social

La réforme du travail dominical

Alors que le débat s'étend à d'autres pays européens, la loi du 10 août 2009 modifie sensiblement le régime du repos dominical (hormis en Alsace-Moselle). Elle maintient dans le Code du travail, le bénéfice du **repos hebdomadaire** le dimanche « **dans l'intérêt des salariés** » tout en élargissant les exceptions à ce principe d'ordre public.

Ainsi, tous les commerces de vente au détail situés notamment dans les communes **d'intérêt touristique ou thermales** dont la liste est établie par le préfet, peuvent désormais **de droit**, donner le repos hebdomadaire **par roulement** à tout ou partie du personnel sur l'année.

La circulaire DGT du 31 août 2009 prévoit toutefois pour les zones déjà classées, le respect des règles de modification du contrat de travail et la consultation des représentants du personnel. Les partenaires sociaux sont invités à négocier des contreparties lorsqu'aucun accord ne couvre déjà la branche ou l'entreprise. **En cas d'échec des négociations, aucune contrepartie n'est prévue par la loi.** Dans les **grandes agglomérations** pour les salariés volontaires, une nouvelle dérogation, dont le décret d'application va être publié, est réservée aux établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens ou des services dans un **périmètre d'usage de**

consommation exceptionnel (PUCE). En ce sens, le 8 septembre dernier, le Préfet de la région Ile de France a établi le périmètre et la liste des communes de l'unité urbaine de Paris.

L'agglomération lyonnaise ne devrait **pas** être concernée puisqu'elle ne remplit pas tous les critères de l'unité urbaine.

Contrairement aux communes et zones dites touristiques, en l'absence d'accord collectif, un minimum correspondant au **double de leur rémunération** ainsi qu'un repos compensateur sont garantis aux salariés.

Dans les commerces de détail, le nombre d'ouverture dominicale reste de 5 dimanches par an, sous réserve de l'articulation de cette exception avec l'ouverture de plein droit par exemple dans les zones touristiques. Enfin, les commerces de détail alimentaires, qui bénéficient d'une dérogation permanente, pourront ouvrir le dimanche jusqu'à 13 heures, même s'ils sont situés dans une commune touristique ou un PUCE.

La question du travail le dimanche se posera donc de **manière individualisée pour chaque société** et nécessitera une analyse précise de chaque situation. ■

Guillaume Bossy
Marianne Salvetat-Bernard

Contentieux des Affaires

Les juges aussi se méfient des apparences...

La présomption issue du caractère **massif du débauchage** de salariés **ne suffit pas** à caractériser des agissements constitutifs de concurrence **déloyale**.

C'est ce que vient récemment de réaffirmer la Cour d'Appel de LYON, dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Une société industrielle avait été lourdement condamnée, en première instance, sur la base d'un rapport d'expertise accablant, pour concurrence déloyale suite au débauchage massif de salariés d'une entreprise directement concurrente (six personnes, en l'espace de trois semaines, représentant 25 % des effectifs).

Malgré l'impact de l'importance et de la rapidité du débauchage, la Cour d'Appel a jugé que « contrairement à ce que les premiers juges ont estimé, la société X n'a pas rapporté **la preuve** de la mise en place par la société Y **d'un processus organisé** destiné à débaucher massivement son personnel de production alors qu'en application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, **l'embauche simultanée de salariés non soumis à une obligation de non concurren-**

rence ne suffit pas à justifier une action en concurrence déloyale ».

La Cour, par son Arrêt, illustre l'importance pour une partie d'imposer à ses juges une clé de lecture du dossier, un postulat juridique fort dont dépendra tout le bien fondé de sa ligne de défense.

Ici, il s'agissait de faire admettre, contre un rapport d'expertise et des apparences très défavorables, qu'une présomption, aussi forte soit-elle, n'est pas suffisante à contredire le **principe de licéité du débauchage**.

Dès lors que la Cour a admis ce postulat, elle en a fait le point de départ effectif de son raisonnement, et, pour servir ce dernier, a même exploité les éléments du rapport d'expertise, qui, à peine une année avant, avait nourri la démonstration du Tribunal dans une direction diamétralement opposée...

Le droit prévaut encore sur l'équité. Il y a lieu de s'en souvenir. ■ (CA LYON, 11 juin 2009)

Laurence Bremens
Guillaume Belluc

Droit Fiscal

▮ Taxe professionnelle : intérêt de la dissolution sans liquidation en cas de restructuration

Une décision du Conseil d'Etat du 1^{er} juillet 2009 (n° 285718, 9^e et 10^e s.-s., SA Supra) apporte des précisions intéressantes, et **favorables au contribuable**, en ce qui concerne l'évaluation, pour l'établissement de la TP, des immobilisations corporelles acquises par une société à l'occasion de la dissolution sans liquidation d'une société dont elle est devenue l'unique associée (opération également appelée « confusion de patrimoine »).

Dans cette décision, le Conseil d'Etat étend, aux confusions de patrimoine, sa jurisprudence selon laquelle le prix de revient des immobilisations apportées à la société confondante s'entend de la valeur nette comptable, et non de la valeur d'ori-

gine dans les comptes de la société dissoute. Par ailleurs, la juge de l'impôt considère que la règle de la valeur locative plancher ne s'applique pas à ces opérations.

Ces précisions confèrent, en matière de TP, un **avantage à l'opération de dissolution sans liquidation par rapport à la fusion**. Cet avantage devrait toutefois disparaître en 2010 dans le cadre de la réforme de la taxe professionnelle, amenée à être remplacée par la cotisation locale d'activité. ■

Pierre Devis
Jérémy Duret

Droit Fiscal

▮ Impôt sur le revenu : régime de faveur des impatriés

Afin d'encourager l'installation en France de cadres, le législateur a institué un régime **d'exonération partielle** d'impôt sur le revenu, ouvert aux salariés et aux dirigeants **appelés de l'étranger à occuper un emploi** dans une entreprise établie en France.

Les intéressés bénéficient de ce nouveau régime au titre des années à raison desquelles ils ont en France leur foyer ou leur lieu de séjour principal et y exercent leur activité professionnelle, sous ré-

serve de ne pas avoir été fiscalement domiciliés en France au cours des cinq années civiles précédant celle de leur prise de fonctions. L'administration a commenté ce régime dans une récente instruction 5 F-13-09 du 30 juillet 2009. ■

Pierre Devis
Jérémy Duret

Droit des Affaires

▮ Abus...d'égalité

La Cour de Cassation vient de rappeler que l'abus d'égalité est sanctionnable au même titre que l'abus de minorité et de majorité.

L'associé égalitaire qui, sans se prévaloir d'un intérêt légitime, fait obstacle systématiquement à une opération essentielle pour la Société dans le seul but de nuire et sans considération de l'intérêt social, peut être condamné au versement de **dommages et intérêts**.

Plus encore si le Juge entend lever le blocage, il peut désigner un mandataire ad hoc chargé d'exercer, **en lieu et place** de l'associé égalitaire, ses droits de **vote** lors d'une assemblée générale tenue à cet effet.

Ainsi, un gérant égalitaire dont l'associé refuse de voter à son profit une juste rémunération au re-

gard de son implication et de son talent, pourra toujours saisir le Juge pour voir réparer son dommage passé mais surtout rétablir une situation normale pour l'avenir.

Reste à voir l'efficacité pratique d'une telle solution.

Elle ne fera jamais disparaître les causes profondes d'un conflit qui trouvera, à coup sûr, toutes les occasions pour s'exprimer à nouveau.

On rappellera en conséquence toute l'importance de la rédaction d'un **pacte entre associés** destiné à résoudre les conflits et à apaiser les éventuelles tensions. ■

Jérôme Lucas
Arnaud Bogeat

Droit de la Construction

Responsabilité du Vendeur en l'Etat Futur d'Achèvement

La responsabilité du vendeur en VEFA au titre des dommages intermédiaires **n'est plus** une responsabilité **sans faute**.

Traditionnellement, la responsabilité du constructeur peut être recherchée pour faute prouvée pendant dix ans à compter de la réception des travaux pour les dommages intermédiaires.

Les **dommages intermédiaires** sont les vices cachés à la réception mais qui ne répondent pas aux critères du désordre biennal ou décennal.

Depuis un arrêt de la 3^{ème} Chambre civile du 31 mars 1999 (jurisprudence Chalet des Pierres Plantes), le vendeur d'immeuble en l'état futur d'achèvement pouvait voir sa responsabilité engagée pour des désordres en dehors de toute faute, sur

le fondement du manquement à l'obligation de délivrance.

Le vendeur pouvait alors être condamné à indemniser les acquéreurs sans pouvoir exercer un recours contre les entrepreneurs s'il échouait à démontrer leur faute !

Par arrêt du 4 juin 2009, la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de Cassation opère un **revirement** face au principe qu'elle avait posé en mars 1999 **en obligeant les acquéreurs à démontrer la faute du vendeur ayant causé directement le désordre qualifié d'intermédiaire**.■

Jean Guillaume Monin
Rafia Boughanmi

Droit public des affaires

Le travail temporaire dans la fonction publique

Dans l'attente d'une refonte du statut général, la loi sur la mobilité et les parcours professionnels dans la fonction publique se propose de rénover le cadre statutaire actuel. Si les principales et nouvelles mesures visent à favoriser la mobilité des agents publics entre les différentes fonctions publiques, l'une d'entre elles autorise les administrations à recourir aux services d'entreprises de travail temporaire et de salariés intérimaires. En modifiant le statut général de la fonction publique et le code du travail pour donner un cadre légal au recours à l'intérim par des organismes publics, la loi ouvre une **nouvelle brèche dans le monopole** de la fonction publique sur les emplois de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements hospitaliers, et des établissements publics administratifs. Applicable aux trois fonctions publiques, cette mesure serait motivée par la volonté de limiter la reconstitution d'un volant d'emplois précaires dans les administrations.

Les trois lois portant statuts de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière prévoient en conséquence que ces administrations peuvent avoir recours aux services des entreprises de travail temporaire pour des tâches non durables. **Cette faculté est limitée**, en ce qui concerne les collectivités territoriales, aux missions de rempla-

cement qui ne peuvent être assurées par le centre départemental de gestion dont elles relèvent, limitation sur laquelle on peut s'interroger au regard du droit de la concurrence applicable aux personnes publiques. D'autres précisions inscrites dans le code du travail portent notamment sur les cas dans lesquels ces missions pourront être données à des salariés intérimaires. Il s'agit du **remplacement** des agents **absents** pour différents motifs limitativement énumérés (congé maladie, maternité,...), de la **vacance temporaire d'un emploi**, d'un **accroissement temporaire d'activité**, ou d'un besoin **occasionnel** ou **saisonnier**. Selon les cas, la durée du contrat est limitée à 9, 12, 18 ou 24 mois et ne peut faire l'objet que d'un seul renouvellement à l'intérieur de ces durées. Si le salarié est employé au delà de la durée de son contrat, il est réputé lié à la collectivité publique par un contrat de trois ans.

Enfin, si ce dispositif déroge aux principes de la fonction publique, il reste soumis, en tant que prestation de service, à ceux de la commande publique, plus précisément aux règles du code des **marchés publics** pour la passation des contrats à conclure entre les sociétés spécialisées et leurs nouveaux clients publics (loi n° 2009-872 du 3 août 2009, art. 21).■

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

CMS 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