

## Sommaire

- 1 Éditorial
- 2 CONCURRENCE : Photovoltaïque : l'Autorité poursuit mais ne prononce pas de mesures d'urgence  
  
Ouverture à la concurrence du secteur du fret ferroviaire : l'Autorité rend une décision qu'elle qualifie de « structurante pour le secteur ferroviaire »  
  
L'arlésienne « Class action à la française » : un projet de loi sur le bureau de l'Assemblée
- 6 SOCIÉTÉ : Fixation du prix de cession de droits sociaux par un expert : vers la suppression de la volonté contractuelle ?
- 8 DROIT ÉCONOMIQUE : Pratique – le risque pour l'entreprise en cas de location financière avec maintenance intégrée
- 9 DROIT SOCIAL : Prudence sur la rupture conventionnelle !
- 10 DROIT PUBLIC : Flexibilité et actualités de l'achat public
- 11 DROIT DE LA SANTÉ : Décret "Transparence des conventions et avantages" du 21 mai 2013
- 12 DROIT FISCAL : Factures électroniques : une nouvelle liberté dont le prix reste à déterminer
- 13 LE COIN LEXFORMATION
- 15 Vie du Cabinet

## Éditorial

La fin de la volonté contractuelle

Le droit des contrats repose sur la liberté contractuelle, qui est la conséquence de l'autonomie de la volonté.

La liberté contractuelle est le postulat selon lequel les individus doivent être libres de définir eux-mêmes les termes de leurs contrats, sans interférence d'autrui. Elle découle directement de l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Cependant, l'autonomie de la volonté peut avoir des effets pervers dans les contrats où les rapports de force peuvent être inégaux. L'ordre public vient alors poser des règles qui ont pour but de limiter l'autonomie de la volonté afin de défendre l'intérêt du plus grand nombre ou les intérêts du plus faibles (le consommateur, le nom professionnel, ...).

Dans un arrêt du 4 décembre 2012, la cour de cassation vient à nouveau au secours des plus faibles ! Dans cette affaire,

un professionnel expert-comptable avait signé une charte d'actionnaires stipulant qu'en cas de départ, ses actions lui seraient rachetées à un prix déterminé à l'avance, sans recours à un tiers expert. Cette charte était applicable à tous les associés du cabinet d'expertise. Dans cet arrêt, la cour de cassation décrète que même si les parties n'ont pas prévu le recours à un tiers expert, cette nomination est de droit.

Cet arrêt vient en conséquence déjouer une nouvelle fois et de manière malencontreuse la volonté des parties. Pour certains auteurs, ce serait donc la fin du monde contractuel !

Vous trouverez dans la sixième édition de Lex&Case un résumé de l'actualité légale et jurisprudentielle, dont un article plus détaillé sur la décision du 4 décembre 2012, ainsi que les dernières nouvelles du cabinet.

Bonne lecture !



## *Photovoltaïque : l'Autorité poursuit mais ne prononce pas de mesures d'urgence*

Décision n°13-D-04 du 14 février 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant les pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque.

Situation classique d'un opérateur, ancien monopole d'état, dans un secteur s'ouvrant à la concurrence, EDF est suspecté par l'Autorité de la Concurrence d'avoir favorisé ses propres filiales exploitant des installations photovoltaïques, notamment ERDF (Électricité Réseau Distribution France) et RTE (Réseau de Transport d'Électricité), au détriment de ses concurrents, nouveaux opérateurs sur le marché. Les poursuites de l'Autorité interviennent dans le contexte particulier du moratoire de trois mois, imposé par le Gouvernement le 2 décembre 2010<sup>1</sup>, sur l'obligation d'achat par EDF de l'électricité produite par des opérateurs concurrents, pour « *faire face au développement incontrôlé de la filière photovoltaïque* »<sup>2</sup> et auquel a fait suite une importante baisse des tarifs d'achat.

La société SUN'R, exploitant de centrales photovoltaïques, reproche à EDF d'avoir, durant la période précédant le moratoire, (i) adopté des manœuvres dilatoires et des comportements discriminatoires au détriment de SUN'R et (ii) mis en place des pratiques de favoritisme en faveur de ses filiales photovoltaïques ayant retardé le raccordement au réseau électrique et la mise en service de ces installations concurrentes avant le moratoire,

empêchant ainsi SUN'R de bénéficier des tarifs plus avantageux.

Accessoirement à cette saisine au fond, SUN'R a sollicité de l'Autorité le prononcé de mesures conservatoires, demande rejetée par l'Autorité au motif (i) du caractère ponctuel des pratiques alléguées mises en œuvre dans un contexte réglementaire particulier n'ayant plus cours depuis plus de deux ans et faisant ainsi échec à la condition d'urgence, (ii) de la régularisation de la situation de SUN'R vis-à-vis de la conclusion des contrats d'achat, supprimant ainsi la condition d'immédiateté de l'atteinte et (iii) de l'absence de nécessité des mesures demandées.

L'affaire n'est pas pour autant close, l'Autorité ayant décidé de poursuivre l'instruction des pratiques en cause au fond.

La décision à venir est structurante pour le secteur, notamment à la suite de l'arrêt du conseil d'État validant le décret du 9 décembre 2010.

*Charlotte Tasso-de Panafieu*  
*ctp@lexcase.com*

*Aurore Bouqueau*  
*abouqueau@lexcase.com*

<sup>1</sup> Décret n°2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil, rétroactif au 2 décembre 2010

<sup>2</sup> Délibération de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) du 3 mars 2011 portant avis sur le projet d'arrêté fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000



## *Ouverture à la concurrence du secteur du fret ferroviaire : l'Autorité rend une décision qu'elle qualifie de « structurante pour le secteur ferroviaire »*

Décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises

Le marché français du transport ferroviaire de marchandises s'est ouvert à la concurrence le 31 mars 2006, obligeant la SNCF, en qualité d'opérateur historique, à laisser place aux nouveaux entrants comme Euro Cargo Rail (« ECR »), créé en 2005 et principal concurrent de la SNCF dans le secteur du fret ferroviaire. En 2008, l'Autorité a estimé que la SNCF ne jouait pas le jeu de la concurrence et s'est saisie d'office, tout en étant parallèlement saisie par ECR, des pratiques mises en œuvre par la SNCF.

Par une décision du 18 décembre 2012, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la SNCF à hauteur de 60,9 millions d'euros pour la mise en œuvre de deux pratiques d'abus de position dominante ayant entravé ou retardé l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché du fret ferroviaire.

Ces infractions incluent (i) l'utilisation à des fins commerciales des informations confidentielles et stratégiques obtenues par la SNCF dans le cadre de sa mission de gestionnaire d'infrastructure délégué (GID) pour le compte de Réseau Ferré de France (RFF) et lui permettant d'adapter sa stratégie commerciale, et (ii) un abus d'éviction commis par la restriction d'accès aux infrastructures essentielles que constituent les capacités ferroviaires, par des pratiques de surréservation de sillons ou de wagons à gros tonnages, créant une pénurie au détriment des

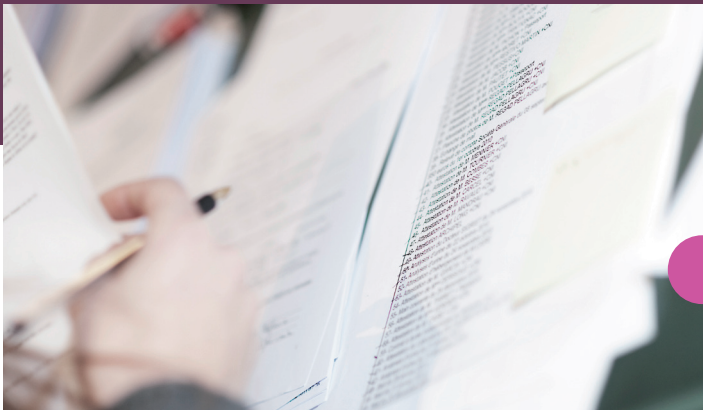
concurrents. En revanche, l'Autorité écarte le grief de prix prédateurs de la SNCF pour ses prestations de transport par train massif, tout en enjoignant à la SNCF la mise en place dans un délai de 18 mois d'une comptabilité analytique idoine.

En définitive, les pratiques sanctionnées par l'Autorité sont relativement « classiques » dans des industries de réseau, caractérisées par une infrastructure essentielle et un opérateur historique dominant. Le remède de la mise en place d'une comptabilité analytique l'est tout autant. Ces pratiques témoignent de la mise en place de freins à l'ouverture du marché à la concurrence, même si l'Autorité a insisté à la fois sur l'absence de stratégie globale d'éviction mise en œuvre par la SNCF mais aussi sur l'intérêt pour le marché que la SNCF puisse demeurer un acteur essentiel et performant sur le marché du fret ferroviaire.

*Charlotte Tasso-de Panafieu*  
*ctp@lexcase.com*

*Aurore Bouqueau*  
*abouqueau@lexcase.com*





## CONCURRENCE

### L'arlésienne « Class action à la française » : un projet de loi sur le bureau de l'Assemblée

L'action de groupe ou « class action » permet aux consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles ou de manquements d'une même entreprise au code de la consommation, de regrouper en une seule procédure leurs demandes en réparation sans avoir à se lancer individuellement dans une longue et coûteuse action en justice.

L'instauration d'une action de groupe, telle que celle qui permet aux consommateurs américains d'obtenir une réparation collective, est une idée caressée depuis de la libéralisation des prix en 1986, et avait été fortement discutée en 2008, lors de l'adoption de la Loi de Modernisation de l'Économie.

Le projet de loi Consommation adopté le 2 mai dernier en Conseil des Ministres en fait l'une des 9 mesures phares destinées à rétablir un certain équilibre entre les professionnels et les consommateurs.

Si l'objectif est louable (2), encore faut-il que le dispositif soit efficace (1).

1. En l'occurrence, le projet déposé sur le bureau de l'Assemblée Nationale limiterait le dispositif comme suit :

- seules les associations de consommateurs représentatives et agréées seraient autorisées à intenter des actions de groupe ;
- seul le préjudice économique, lié aux pratiques anticoncurrentielles et aux atteintes aux droits de la consommation, pourrait être indemnisé.

Ainsi, ne pourraient être réparés par ce moyen que les préjudices causés par les clauses abusives des contrats, les allégations mensongères, les

tromperies sur les biens et services ou les surcoûts de facturation liés aux ententes entre grosses entreprises... mais pas les préjudices corporels ou moraux, ni les préjudices environnementaux ou de santé publique.

L'action sera introduite devant l'un des Tribunaux de Grande Instance spécialisés, qui statuera sur la responsabilité du professionnel.

Lorsque les manquements reprochés au professionnel auront trait aux règles de concurrence, l'action de groupe pourra être introduite dans les 5 ans du prononcé d'une sanction par les autorités de concurrence, dans une procédure dans laquelle les manquements du professionnel seront dans ce cas réputés établis.

Le juge déterminera alors le montant du préjudice pour chaque consommateur et ordonnera les mesures de publicité de sa décision.

Les consommateurs qui s'estiment victimes d'un préjudice devront adhérer au groupe, selon le mécanisme de l'*opt-in*, et le professionnel en cause les indemniser.

Le système d'*opt-in* a l'avantage d'être en conformité avec le droit processuel français, ce qui n'aurait pas été le cas de l'*opt-out*. Il est cependant bien moins efficace en raison de la passivité prévisible des consommateurs ayant subi individuellement un préjudice d'un faible montant.

Le projet prévoit enfin de laisser à l'association requérante la possibilité de participer à une médiation afin d'obtenir l'indemnisation amiable des préjudices. Un tel procédé permettra de remplir



les objectifs de célérité et de simplicité invoqués, tout en limitant l'encombrement des tribunaux.

2. Le texte qui sera soumis à l'Assemblée nationale durant la deuxième quinzaine de juin s'avère peu audacieux et finalement critiquable sur plusieurs points.

Le choix de restreindre les conditions de qualité pour agir par l'agrément d'association permet certes d'éviter la mise en œuvre de procédures abusives et de garantir une certaine sécurité juridique et économique aux entreprises. Toutefois, les possibilités pour les consommateurs d'être représentés et indemnisés s'en trouveront réduites, ce d'autant plus qu'il est à craindre que les associations de consommateurs, peu fédérées en France, ne disposent pas des moyens humains et financiers de supporter de telles actions.

L'exclusion des préjudices corporels ou les préjudices écologiques d'une action de groupe prive par ailleurs les consommateurs d'un puissant outil incitant les entreprises à la conformité et à la qualité des produits proposés.

Une dernière critique est plus fondamentale : l'enjeu de la création de l'action collective en droit français est bien de renforcer le *Public enforcement*, à savoir les sanctions infligées par les autorités de la concurrence, notamment en matière de cartels (pratiques qui tendent à limiter la baisse des prix résultant du jeu normal de la concurrence), par le *Private enforcement*, c'est à dire par l'indemnisation du préjudice qui en résulte pour le consommateur : Les montants auxquels peuvent se monter les réparations, au delà des sanctions financières prononcées, en font en effet un moyen efficace de dissuasion pour les entreprises.

Or, compte tenu de la difficulté de prouver la matérialité d'une pratique anticoncurrentielle, notamment celle d'un cartel, il est indispensable de préserver le mécanisme de clémence pour les

entreprises qui osent en révéler l'existence. Faute de prévoir un mécanisme d'exonération au moins partielle de responsabilité – y compris en matière d'indemnisation – pour l'entreprise qui choisit la voie de la clémence, il est à craindre que le projet porte finalement, en l'état, un coup fatal à une indemnisation efficace des consommateurs, en rendant encore plus rares les quelques décisions des autorités de concurrence susceptibles de fonder une action de groupe.

Le dispositif prévu en l'état peut cependant être largement amendé, pour autant que le Législateur souhaite enfin se doter d'un mécanisme aussi efficace que celui qui a déjà été adopté par nombre de nos voisins européens (la Suède, l'Allemagne, l'Italie, le Royaume Uni, les Pays-Bas, l'Espagne et le Portugal).

*Hubert de Boisse*  
*hdeboisse@lexcase.com*

*Marie-Pauline Piquet-Gauthier*  
*mppg@lexcase.com*



### *Fixation du prix de cession de droits sociaux par un expert : vers la suppression de la volonté contractuelle ?*

La chambre commerciale de la Cour de cassation vient de rendre un nouvel arrêt en date du 4 décembre 2012 qui apporte de nouveaux éléments troublants quant au champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil et à la volonté contractuelle des parties.

L'article 1843-4 du code civil dispose que « *dans tous les cas où sont prévue la cession de droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ».

Pour permettre à une partie de demander au tribunal la désignation d'un expert, il convient au préalable que la cession ou le rachat soient imposés par des règles législatives, statutaires ou extrastatutaires (Cass. Com. 4 décembre 2007) et, par ailleurs, que la contestation de l'évaluation des droits sociaux soit antérieure à la conclusion de la cession (Cass. Com. 24 novembre 2009).

L'arrêt du 4 décembre 2012 élargit le spectre de l'application de l'article 1843-4 du Code civil. Dans cette affaire, les faits étaient les suivants : un associé salarié d'une société d'expertise comptable avait acquis des titres de la société tête de groupe. Dans ce cadre, il avait signé un document intitulé « charte des associés » par lequel il s'engageait irrévocablement en cas de départ de la société à céder ses titres aux membres du conseil d'administration, selon les modalités prévues par cette charte. Suite à sa démission de son contrat de travail, les autres associés font application de la charte, mais l'associé

démissionnaire conteste le prix calculé selon les modalités convenues et sollicite la désignation d'un expert en application de l'article 1843-4 du code civil, alors que le recours à une expertise tierce avait été exclue par les parties.

L'arrêt du 4 décembre 2012 marque un tournant extrêmement important dans la jurisprudence car la cour de cassation décide que :

- la désignation d'un expert peut être demandée même si le rachat forcé résulte d'une disposition extrastatutaire (en l'espèce une charte d'associés) ;
- même si aucune disposition ne prévoit de faire appel à un expert en cas de contestation sur l'évaluation des actions rachetées, la nomination d'un expert est de droit. En d'autres termes, que les statuts ou un pacte prévoient ou non le recours à un expert n'a aucune incidence sur la possibilité, pour une partie contestataire, de demander la désignation d'un expert.

La décision de la cour de cassation est extrêmement préjudiciable au regard de la volonté contractuelle des parties. En effet, la plupart des pactes d'associés prévoient dès l'origine, les modalités de rachat de certains actionnaires majoritaires ou minoritaires. Dire aujourd'hui que l'application de l'article 1843-4 du code civil est de droit pour toute personne contestant le prix de rachat de ses actions vient réduire à néant la volonté des parties. L'avenir des clauses de « *good leaver* » ou de « *bad leaver* » insérées dans bon nombre de pacte d'associés est donc plus qu'incertain.

## DROIT DES SOCIÉTÉS

L'intervention de l'article 1843-4 du code civil vient en conséquence déjouer la volonté des parties, même si elles n'ont pas prévu de recourir à ce texte. En plus, il convient de rappeler que l'expert de l'article 1843-4 du code civil est totalement libre dans la détermination de sa méthode d'évaluation et n'est aucunement tenu par les directives qu'auraient pu donner les parties.

Depuis 2007, la cour de cassation n'a de cesse que d'étendre le domaine d'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil. Les tribunaux cherchent de plus en plus à protéger les associés minoritaires à qui on aurait imposé le rachat de leurs droits sociaux sans qu'ils puissent discuter de leur valorisation. Faire application de cette jurisprudence revient cependant à nier la volonté d'origine des parties.

On en vient alors à se demander s'il est possible d'échapper à l'évaluation d'un expert en cas de contestation d'une partie dans le cadre d'une cession forcée de droits sociaux.

En l'état de la jurisprudence, plusieurs solutions sont envisageables pour tenter d'y échapper :

Dans le cadre d'une SAS, il est nécessaire que les statuts prévoient les modalités de détermination du prix de cession pour faire échec, en vertu de l'article L. 227-18 du Code de commerce, à l'application de l'article 1843-4 ;

Prévoir le rachat forcé au travers d'une promesse de vente au profit de la société ou des associés. En effet, dès lors que l'option de la promesse est levée, les tribunaux considèrent alors que la vente est parfaite et donc que la condition de contestation préalable prévue par l'article 1843-4 n'est pas remplie (Cass. Com. 24 novembre 2009) ;

On pourrait également penser à prédéterminer la valeur des droits sociaux cédés mais une fois de plus, la Cour d'appel de Paris a le même jour (i.e. 4 décembre 2012) considéré qu'un tel procédé tendait à

faire échec à l'application de l'article 1843-4 et devait en conséquence être annulé.

Enfin, une partie de la doctrine suggère de prévoir l'application de l'article 1592 du Code civil qui permet d'organiser contractuellement une expertise. A notre sens, cette solution est vouée à l'échec dans la mesure où l'article 1843-4 est d'ordre public (il n'est pas possible d'y déroger par contrat).

En tout état de cause, au regard de cette nouvelle jurisprudence de la cour de cassation, la rédaction des pactes et autres conventions extrastatutaires devra faire l'objet d'une attention toute particulière.

*Guillaume Pierson*  
[gpierson@lexcase.com](mailto:gpierson@lexcase.com)

*Florent Faurisson*  
[ffaurisson@lexcase.com](mailto:ffaurisson@lexcase.com)





## *Pratique – le risque pour l'entreprise en cas de location financière avec maintenance intégrée*

La crise actuelle est le révélateur de certains risques juridiques occultés lors de la signature de contrats et dont les conséquences pratiques et financières sont bien souvent lourdes pour l'entreprise. Tel est par exemple le cas des contrats de location de matériels ou de logiciels informatiques assortis d'un contrat de maintenance.

Nous sommes en effet régulièrement saisis de difficultés à ce sujet où le locataire se retrouve contraint d'assumer un contrat de location, souvent long, sans pouvoir bénéficier des prestations souscrites lors de sa signature. Les talents des commerciaux, très prompts à mettre en avant un loyer financier mensuel ou trimestriel, plutôt que le montant total de ce que l'on voulait acquérir, dissimule constamment un écueil potentiel, lorsqu'un contrat de maintenance est inclus dans l'offre et, in fine, dans le loyer payé: il s'agit des conséquences qu'engendrent l'impossibilité de fournir la prestation de maintenance sur le loyer payé.

Prenons un cas pratique très simple :

- il est acquis auprès d'une société locale X des imprimantes de la marque Y dont elle est le revendeur.
- Or, le coût des imprimantes étant bien souvent résiduel, l'essentiel de la charge induite par ce matériel résulte des consommables et de la maintenance des machines. C'est pourquoi le commercial avec lequel vous contractez propose toujours un contrat dont le cout inclus les consommables fournis tout au long de la durée de vie du contrat et la maintenance des imprimantes.
- en marge du contrat signé pour le matériel, les consommables et la maintenance, il est régularisé un contrat de location avec un organisme financier spécialisé dans ce type de produits.

Là où le bât blesse vient du fait que l'on ne prête pas attention au contrat de location signé, pensant en

toute bonne foi que celui-ci reprend strictement les termes du ou des bons de commande signés avec le revendeur: malheureusement à ce moment là le mal est fait puisque les conditions générales de location, remisee dans un coin et jamais lues par le signataire, excluent de manière quasi systématique la maintenance et les consommables du contrat, celui-ci ne faisant à chaque fois référence, non pas au bon de commande signé, mais au matériel commandé.

Si dans un monde parfait, cela peut ne pas prêter à conséquence, on ne peut ignorer qu'il arrive au revendeur, en charge de la fourniture des desdits consommables et de la maintenance, de passer de vie à trépas et de disparaître, emportant avec lui ses engagements. La conséquence est lourde pour l'entreprise puisqu'à compter de ce moment là, elle va être tenue de payer une location financière englobant l'ensemble des prestations jusqu'au terme du contrat de location alors même que les prestations accessoires, nécessaire à l'utilisation du matériel ne lui sont plus fournies et que donc, celui-ci est inutilisable.

On pourrait croire que la jurisprudence vienne au secours de l'entreprise abusée, mais il n'en est rien puisque les Tribunaux (hormis quelques exceptions rarissimes dans une jurisprudence abondante) font systématiquement application d'une lecture rigoriste du contrat et refusent de tirer la moindre conséquence pour l'entreprise, contrainte d'assumer des loyers sans contrepartie.

Il convient donc d'être extrêmement attentif lors de la signature de contrats de location financière pour circonscrire autant que possible ce risque loin d'être théorique.

*Amaury Dumas-Marze*  
*adumasmarze@lexcase.com*





## Prudence sur la rupture conventionnelle !

Le succès de la rupture conventionnelle n'est plus à démontrer, selon les dernières statistiques du ministère du Travail, le nombre de ruptures conventionnelles conclues en 2012 n'a cessé d'augmenter, pour atteindre les 260 000 ruptures homologuées fin octobre 2012.

Le contentieux judiciaire reste assez faible par rapport au nombre de ruptures conventionnelles signées, mais ne cesse de s'amplifier.

Afin d'éviter des déconvenues, il convient de se tenir informé des décisions récentes en la matière, et des décisions attendues de la Cour de cassation qui devraient intervenir à la fin de ce trimestre.

Une semaine après avoir statué sur le cas d'une rupture conventionnelle conclue dans un contexte de harcèlement moral (Cass. soc., 30 janv. 2013, n° 11-22.332), la Cour de cassation se prononce pour la première fois, sur les conséquences de la non-délivrance au salarié d'un exemplaire de la convention de rupture conclue avec l'employeur.

Elle estime «*que la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, dans les conditions prévues par l'article L. 1237-14 du code du travail, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause*».

A défaut, la convention est atteinte de nullité et la rupture doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans cette affaire, l'employeur n'avait pas remis d'exemplaire de la convention de rupture au salarié, arguant, à juste titre, que le Code du travail ne

prévoit pas l'établissement de la convention en double exemplaire. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel de Lyon s'était fondée sur l'article 1325 du Code civil disposant que les conventions contenant des obligations réciproques, ce qui est le cas de la convention de rupture, ne sont valables que si elles ont été établies en autant d'originaux qu'il y a de parties (CA Lyon 23 septembre 2011 n° 10-09122).

Sans faire expressément référence à l'article 1325 du code civil, la Cour justifie l'exigence du double exemplaire, par la nécessité que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention et de garantir le libre consentement du salarié en lui permettant d'exercer son droit de rétractation en connaissance de cause.

Si cette formalité n'est pas remplie, la convention de rupture est atteinte de nullité. Cette nullité conduit à ce que la rupture soit analysée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec toutes les conséquences indemnitaires qui en découlent.

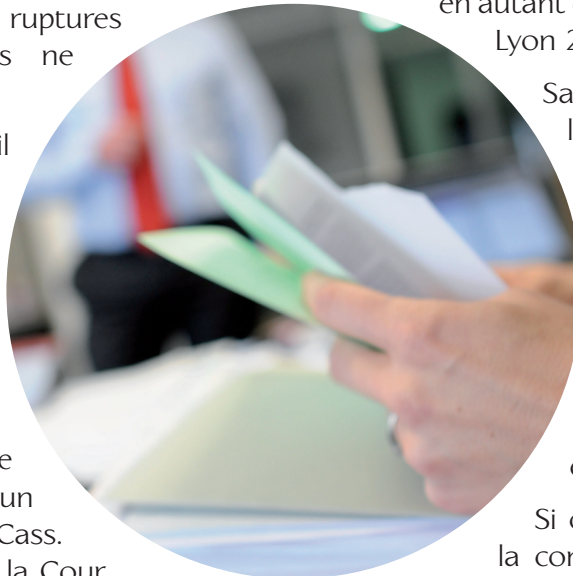
### Quels enseignements tirer de cet arrêt ?

En pratique, il est donc requis d'établir la convention de rupture en trois exemplaires : le premier conservé par l'employeur, le deuxième remis au salarié et le troisième qui est transmis à la Direccte compétente chargée d'homologuer la rupture.

Cass. Soc., 6 février 2013 ; n°11-27.000

Florence Drapier Faure  
fdrapierfaure@lexcase.com

David Lachassagne  
dlachassagne@lexcase.com





## Flexibilité et actualités de l'achat public

Ces derniers mois ont été l'occasion de quelques évolutions notables en droit des marchés publics : le juge poursuit son œuvre vers davantage de souplesse et de pragmatisme. Trois arrêts récents illustrent cette tendance :

**Peut-on limiter le nombre de lots attribués à chaque candidat ?** (CE 20/02/2013 *Sté Laboratoires Biomnis*, req. n°363656)

Oui, si le pouvoir adjudicateur impose et indique au préalable cette limitation dans les documents de la consultation (DCE). Ce choix peut être fait pour favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence ou pour mieux satisfaire les besoins de l'acheteur. C'est aussi et surtout aujourd'hui une nécessité de plusieurs acheteurs publics (hôpitaux, écoles, SDIS) d'assurer une sécurité de leur approvisionnement. En l'espèce, le marché était scindé en trois lots géographiques, les soumissionnaires ne pouvant, selon le règlement particulier de la consultation, se voir attribuer plus d'un lot.

Dans le cas où des candidatures peuvent être présentées pour un nombre de lots supérieur à celui pouvant être attribué à un même candidat, les modalités d'attribution (pour le cas où un candidat arrive en tête dans plusieurs lots) doivent être indiquées et se fonder sur des critères objectifs et non discriminatoires.

Il revient à l'acheteur public de déterminer les modalités d'attribution (par exemple, l'ordre d'attribution) des lots du marché.

Enfin, si le DCE limite le nombre de lots attribuables à un candidat, la question était posée de savoir si un opérateur évincé d'un lot pouvait remettre en

cause la procédure dans sa globalité et contester les attributions relatives aux autres lots alors qu'il n'avait pas candidaté sur ces derniers.

Pour le Conseil d'Etat, s'il est établi « *qu'un candidat n'ayant pas présenté sa candidature pour l'attribution de l'ensemble des lots d'un marché, n'est, en principe, recevable à demander au juge du référé précontractuel que l'annulation de la procédure d'attribution du ou des lots pour lesquels il s'est porté candidat ; cependant (le candidat évincé) bien qu'ayant présenté une offre pour le seul lot n° 1, est recevable à demander l'annulation de la procédure de passation des autres lots de ce marché dès lors qu'en vertu des dispositions du règlement de la consultation interdisant à tout candidat de se voir attribuer plus d'un des trois lots du marché, il doit être regardé comme ayant été privé de la possibilité de présenter utilement sa candidature à l'ensemble des lots du marché* ».

La décision rendue valide ici une limitation dans l'attribution de lots géographiques portant sur la même prestation. Si la répartition géographique n'est pas toujours possible, d'autres clés d'allotissement d'une même prestation peuvent être envisagées (ex : un lot commandes urgentes/un lot commandes normales). Dans le cadre de marchés à bons de commande ou d'accords-cadres, il importe toutefois que l'objet des différents lots comporte toujours un élément différenciant afin de respecter les règles d'exclusivité propres à ce type de marchés.

**Vers un assouplissement des conditions d'admission des critères d'insertion sociale** (CE, 25/03/2013, *Dpt de l'Isère*, req. n°364950)

L'actualité des marchés publics avait donné de nombreux exemples de l'impossible obligation de justifier du lien

## DROIT PUBLIC

entre le critère social utilisé pour la sélection des offres et l'objet du marché public concerné.

Dans sa décision Département de l'Isère, le Conseil d'Etat reconnaît explicitement que le critère social peut être en lien avec un marché de travaux portant sur le renouvellement, le renforcement des chaussées, l'entretien des voies vertes et des abords des bâtiments publics. Le Conseil d'Etat fixe pour cela trois conditions : (i) que l'objet du marché soit susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, (ii) que ce critère ne soit pas discriminatoire c'est à dire qu'il ne représente pas un obstacle au libre accès à la commande publique et (iii) que ce critère permette à l'acheteur public d'analyser objectivement les offres remises.

**Le pouvoir adjudicateur peut-il contraindre un groupement à se constituer sous forme de groupement solidaire ?** (CAA Nancy 18/02/2013, *Clear Channel*, req. n°11NC01821)

Il est possible d'imposer dans le DCE la transformation du groupement attributaire en groupement solidaire à la condition que l'exécution du marché rende nécessaire une telle exigence de transformation.

Cette solution est reprise à l'article 51 du code des marchés publics.

Mais la condition fixée est parfois trop souvent oubliée et pourtant elle est aussi rappelée dans le corps même de la directive communautaire 2004/18/CE en son article 4 : " [...] 2. *Pour la présentation d'une offre ou d'une demande de participation, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché.* ».

Il convient donc pour la sécurité des procédures d'achats que l'exigence de solidarité entre les membres des groupements candidats soit clairement justifié désormais dans les pièces de la consultation.

*Alain de Belenet*  
[adebelenet@lexcase.com](mailto:adebelenet@lexcase.com)

*Raphaël Apelbaum*  
[rapelbaum@lexcase.com](mailto:rapelbaum@lexcase.com)

## DROIT DE LA SANTÉ

### *Décret "Transparence des conventions et avantages" du 21 mai 2013*

Conférence donnée en partenariat avec l'API (Association des Pharmaciens de l'Industrie) le 18 juin 2013 avec la participation de Maîtres Alain GORNY et Diane BANDON-TOURRET.

Au programme :

- > Qui est concerné et pour quels produits ?
- > Comment tracer, traiter, restituer l'information ?
- > Que déclarer ? (Le périmètre, les avantages

indirects, l'Europe...)

- > Où, quand et quoi publier ?
- > L'actualisation des SDEA (safety data exchange)
- > Exemples concrets
- > Sanctions

Pour toute information et inscription : [www.lexcase.com/actualites/](http://www.lexcase.com/actualites/).



## Factures électroniques : une nouvelle liberté dont le prix reste à déterminer

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, la transposition de la directive européenne n°2010/45/UE du 13 juillet 2010 élargit considérablement la possibilité, pour les entreprises, de recourir à la « facturation électronique ».

Pour rappel, jusqu'au 31 décembre 2012, seules les factures signées électroniquement ou émises sous forme de messages structurés (procédure EDI) satisfaisaient aux conditions posées par le droit français. La nouvelle définition de la facture électronique introduite par la directive – qui fait référence au contenu, et non à une norme technique ou informatique – place désormais sur un pied d'égalité les « factures papier » et les « factures électroniques », et libéralise le recours à la facturation électronique. Sous réserve de respecter toutes les mentions obligatoires, et de recueillir l'accord préalable du client, l'entreprise peut aujourd'hui librement choisir d'établir ses factures sur format papier, ou par voie électronique sur format image (ex : PDF, JPEG, etc.) ou structuré (ex : EDIFACT, XML, etc.).

Cette « libéralisation » de la facturation électronique sera nécessairement accueillie très favorablement par les entreprises. Toutefois, force est de constater que cette liberté ne sera pas acquise sans contrepartie.

En effet, si les entreprises peuvent désormais déterminer librement le format de leur facturation électronique, elles demeurent soumises à l'obligation de démontrer que le procédé utilisé garantit l'authenticité de l'origine de la facture, sa lisibilité, et l'intégrité de son contenu.

Les entreprises ayant recours aux modalités de facturation électronique admises jusqu'alors (signature électronique et procédure EDI) seront présumées remplir ces trois conditions. En revanche, s'agissant des entreprises utilisant tout autre mode de facturation

électronique, cette preuve devra être apportée par la mise en place de « contrôles documentés et permanents » permettant d'établir « une piste d'audit fiable entre la facture et une livraison de biens ou de services ». En pratique, ces contrôles internes devront permettre d'établir un lien certain entre les devis, les bons de commande, les bons d'expédition ou de livraison, les factures, les avoirs éventuels et le règlement de la facture.

A ce stade, nous restons dans l'attente des commentaires de l'administration fiscale sur ce point, afin d'apprécier la portée pratique de ces obligations (niveau de contrôle exigé, fréquence, formalisation, obligations subséquentes en terme d'archivage, etc.). C'est en fonction du niveau d'exigence de l'administration que les entreprises pourront déterminer l'intérêt pratique de l'utilisation de ces nouvelles modalités de facturation.

Philippe Drouillot  
[pdrouillot@lexcase.com](mailto:pdrouillot@lexcase.com)

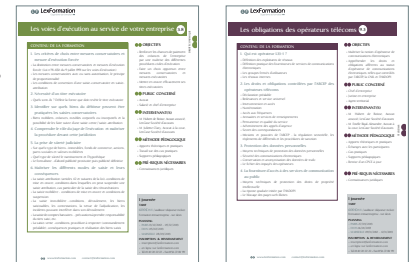
Matthieu Philippe  
[mphilippe@lexcase.com](mailto:mphilippe@lexcase.com)

## LE COIN LEXFORMATION



Vous trouverez dans notre catalogue des fiches de présentation des 93 formations proposées par le cabinet, dans tous les domaines et secteurs que nous couvrons.

Nous vous présentons ci-dessous une sélection des formations proposées au cours des trois prochains mois :



### JUIN 2013

PARIS	Ma 4	Le droit pénal des affaires : appréhender les principes et phases d'une procédure pénale (4.7)
	Me 5	Le droit pénal des affaires : appréhender les principes et phases d'une procédure pénale (4.7)
	J 6	Comment protéger ses marques ? (8.4)
	J 6	Sécuriser la rupture de vos contrats de travail (6.8)
	Ma 11	TVA intracommunautaire (7.8)
	J 13	La sous-traitance et la cotraitance dans les marchés publics (5.10)
	Ma 18	Le droit de la fibre optique (9.6)
LYON	Ma 11	Les sociétés cotées (2.5)
	J 13	Notification de concentrations (1.4)
	Ma 18	Les rendez-vous des DRH (6.4)
	J 20	Statut des commerciaux : agent, VRP, apporteur d'affaires : mieux identifier pour mieux distribuer (3.15)
	Ma 25	La négociation dans les marchés publics (5.8)
	J 27	Les produits frontière (11.8)
MARSEILLE	Ma 4	Les clauses abusives (3.12)
	J 6	Les compléments alimentaires (11.6)
	V 7	Domaine public - définition, principes, règles d'occupation (5.6)
	Ma 11	Commerce électronique : vendre ses produits ou ses services sur internet (3.11)
	J 13	Intégration fiscale (7.6)
	J 27	Les rendez-vous des DRH (6.4)

### JUILLET 2013

PARIS	Ma 2	Exécution des marchés publics (5.7)
	J 4	Les rendez-vous des DRH (6.4)
	Ma 9	Facturation : appréhender les règles juridiques et fiscales, et maîtriser le formalisme (7.4)
	Ma 16	La passation des contrats de partenariat (5.9)

## JUILLET 2013

LYON	Ma 9	Le démarchage : une pratique commerciale règlementée (3.13)
	Me 10	Le droit pénal des affaires : appréhender les principes et phases d'une procédure pénale (4.7)
	J 11	Le droit pénal des affaires : appréhender les principes et phases d'une procédure pénale (4.7)
	Ma 16	Les conflits d'intérêts (11.7)
MARSEILLE	J 4	Promouvoir ses ventes en toute sécurité (3.14)
	V 5	Promouvoir ses ventes en toute sécurité (3.14)
	Ma 9	Présider et animer le CE (6.7)
	J 11	Opérations de restructuration (7.7)
	V 12	Le droit de la téléphonie mobile (9.7)
	Ma 16	Les politiques tarifaires en droit de la concurrence (1.3)
	V 19	Sécuriser la rupture de vos contrats de travail (6.8)
	Ma 23	Les accords-cadres et marchés à bons de commande (5.11)
	Ma 30	Les produits frontière (11.8)

## SEPTEMBRE 2013

PARIS	Ma 10	Acquisitions de sociétés ou de fonds de commerce (2.1)
	J 12	Techniques contractuelles : optimisation de la rédaction de vos contrats, clauses essentielles (3.1)
	Ma 17	Règlementation sectorielle des télécoms (9.1)
	Me 18	La pharmacovigilance, la qualité et la RC Produit (11.1)
	J 19	Notification de concentrations (1.4)
	Ma 24	Les contrats informatiques : maîtriser les risques juridiques (10.1)
	Me 25	Les contrats informatiques : maîtriser les risques juridiques (10.1)
	J 26	Actualité juridique des marchés publics (5.1)
LYON	Ma 10	L'inaptitude du salarié (6.1)
	Me 11	Le traitement amiable des difficultés ou le placement sous un régime de protection d'une procédure collective (12.1)
	J 12	Sécuriser ses contrats de propriété intellectuelle (8.1)
	Ma 17	La passation des contrats de partenariat (5.9)
	J 19	Actualité fiscale (7.1)
	Ma 24	Les rendez-vous des DRH (6.4)
	J 26	Dépendance économique, déséquilibre de la relation commerciale (3.2)
MARSEILLE	Me 4	Statut des commerciaux : agent, VRP, apporteur d'affaires : mieux identifier pour mieux distribuer (3.15)
	V 6	La négociation dans les marchés publics (5.8)
	Ma 10	La dénonciation calomnieuse : quels moyens d'action ? (4.1)
	Me 11	TVA intracommunautaire (7.8)
	V 13	La sous-traitance et la cotraitance dans les marchés publics (5.10)

## VIE DU CABINET

- **LexCase Société d'avocats aux côtés des repreneurs de Sipa Press.**

LexCase : conseil exclusif des repreneurs dans l'affaire SIPA PRESS dont le dénouement, formalisé le 21 mars, va permettre à la célèbre agence de photos de presse de poursuivre ses activités et de relancer son développement. Cette opération a été menée par Guillaume Pierson, associé, pour la partie « structuration pré et post deal » et par Amaury Dumas-Marze, associé, pour la partie « entreprise en difficulté ».

- **LexCase renforce son département droit social**

Dans le cadre du développement et du renforcement de son département droit social, le cabinet LexCase est heureux d'annoncer l'arrivée de Marina Chassany qui rejoint le cabinet en qualité de collaboratrice.



 **LexCase**  
Société d'Avocats ●●  
[www.lexcase.com](http://www.lexcase.com)  
[contact@lexcase.com](mailto:contact@lexcase.com)

**PARIS**  
17, rue de la Paix 75002 Paris  
Téléphone : +33 1 40 20 22 22  
Télécopie : +33 1 56 72 84 99

**LYON**  
24, rue Childebert 69002 Lyon  
Téléphone : +33 4 37 23 11 11  
Télécopie : +33 4 37 23 11 00

**MARSEILLE**  
50, rue Paradis 13001 Marseille  
Téléphone : +33 4 91 33 22 22  
Télécopie : +33 4 91 33 20 85

*Cette lettre d'information a été conçue uniquement afin de donner des informations générales sur la réglementation et la jurisprudence, ainsi que sur la vie du Cabinet, de ses membres et de leurs activités. Les informations contenues dans cette lettre ne constituent pas une consultation juridique et ne doivent pas être interprétées comme l'établissement d'une relation entre avocat et clients. Les personnes destinataires sont encouragées à consulter un avocat pour toutes leurs problématiques juridiques.*

*Dans l'hypothèse où vous ne souhaiteriez plus recevoir la présente lettre d'information, nous vous invitons à nous l'indiquer à l'adresse [contact@lexcase.com](mailto:contact@lexcase.com).*

Directeur de la publication : Nicolas Kéramidas, Avocat associé, LexCase - Crédits photos : Jean-Jacques Bernard & Anne Bouillot - Maquette : une bonne com - Mise en page : Véronique Girot  
LEXCASE, SELARL D'AVOCATS INSCRITS AUX BARREAUX DE PARIS, DE LYON ET DE MARSEILLE, AU CAPITAL DE 400.000 EUROS, IMMATRICULÉE SOUS LE NUMÉRO 512 642 950 RCS PARIS.