

LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 8

Août 2003

Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

Comme nos précédentes lettres d'information, nous y aborderons des questions juridiques d'actualité ou liées à des problématiques que vous pourriez être amenés à rencontrer.

N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires.

Cette lettre d'information est également disponible en anglais et en italien.

DROIT DES SOCIÉTÉS/DROIT BOURSIER

Nullité des augmentations de capital et non respect des dispositions relatives aux augmentations de capital réservées aux salariés

Nous rappelons que, conformément aux dispositions de l'article L. 225-129 VII du Code de commerce, tel que modifié par la loi n° 2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, « *lors de toute augmentation de capital, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital effectuée dans les conditions prévues à l'article L. 443-5 du Code du travail* », c'est-à-dire réservée aux salariés adhérant à un plan d'épargne entreprise. Cette obligation s'impose que la société soit ou non dotée d'un tel plan.

(Suite page 2)

DANS CE NUMERO

DROIT DES SOCIÉTÉS / DROIT BOURSIER

Nullité des augmentations de capital en l'absence de proposition d'une augmentation de capital réservée aux salariés 1

DROIT DES AFFAIRES

Les obligations de l'entrepreneur principal vis-à-vis du sous-traitant dans les marchés publics et privés 5

FISCAL

- Rapport 2002 du Comité consultatif pour la Répression des Abus de Droit (« CRDA ») 4
- Mali de fusion : élargissement du champ de sa déductibilité 5

DROIT SOCIAL

- Le droit à l'« auto-licenciement » des salariés (Suite !) 6
- Véhicule de société : avantage en nature ou frais professionnels

CONTENTIEUX

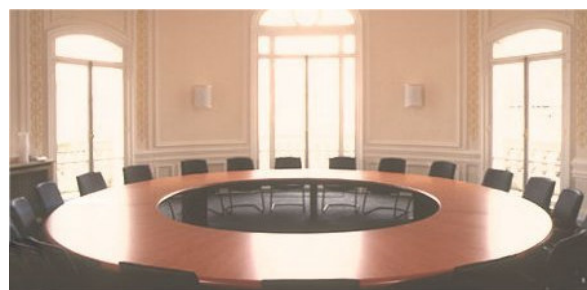
La clause de réserve de propriété 7

DROIT DE L'INFORMATIQUE

La protection des bases de données 9

INFORMATIONS PRATIQUES

12



Bersay & Associés

Société d'avocats

31, avenue Hoche

75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00

Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

Télécopie : 33 (0)1 56 88 10 49

www.bersay-associés.com

cb@cabinet-bersay.com

L'inobservation de cette consultation des actionnaires entraîne **la nullité de la décision d'augmentation de capital** (paragraphe VIII de l'article L. 225-129 du Code de Commerce).

Le Tribunal de Commerce de Bordeaux, dans un jugement du 15 novembre 2002 SA *Valbel c/SA Serma Technologies*, a fait application des dispositions de l'article L. 225-129 VII du Code de Commerce et ce, à notre connaissance pour la première fois.

En effet, saisi par les actionnaires minoritaires d'une société, en vue de l'annulation de la décision d'augmentation de capital pour non respect de l'obligation prévue par l'article L. 225-129 VII du Code de Commerce, le Tribunal de Commerce de Bordeaux a déclaré recevable l'action en estimant que la mesure impérative prévue par l'article L. 225-129 VII du Code de Commerce ayant pour objectif de promouvoir l'ouverture du capital aux salariés relève de l'ordre économique voulu par le législateur. La nullité demandée est donc une nullité absolue pour laquelle, selon une jurisprudence constante, l'associé a qualité pour agir.

En l'espèce, une société avait décidé de procéder à une augmentation de capital (sous la condition suspensive d'obtention de l'accord de la Commission des Opérations de Bourse) en vue de permettre l'introduction de ses titres à la cote du nouveau marché sans que les actionnaires de cette société se soient prononcés sur une augmentation de capital en faveur des salariés. En se fondant sur les dispositions de l'article L. 225-129 VII du Code de Commerce, des minoritaires ont alors demandé au Tribunal de Commerce de Bordeaux l'annulation de ladite assemblée.

Le Tribunal de Commerce de Bordeaux a décidé de prononcer la nullité de ladite augmentation de capital nonobstant le fait que la société avait ultérieurement tenue une autre assemblée générale au cours de laquelle les actionnaires avaient été amenés à se prononcer cette fois-ci sur une augmentation de capital réservée aux salariés.

En effet, le Tribunal de Commerce de Bordeaux a estimé que la résolution prise lors de la deuxième assemblée, ne faisant pas référence à celle prise lors de la première assemblée générale, irrégulière, **ne pouvait régulariser celle-ci**.

Aussi, lorsqu'une assemblée générale extraordinaire décide une augmentation de capital et ne se prononce pas sur une résolution relative à une augmentation de capital réservée aux salariés, **une régularisation par une nouvelle assemblée générale semble être possible. Il convient, cependant, dans la résolution, de viser expressément la décision irrégulière.**

Cette précision apportée par une décision isolée d'une juridiction de première de première instance devra être confirmée.

Nous vous rappelons que l'obligation de se prononcer sur une augmentation de capital réservée aux salariés est également applicable aux sociétés en commandite par action (article L. 226-1, alinéa 2 du Code de Commerce) ainsi qu'aux sociétés par actions simplifiées (article L. 227-1 alinéa 2).

Par ailleurs, en l'absence de précision du législateur à cet égard, la consultation des actionnaires doit, selon la majorité de la doctrine, être faite même dans l'hypothèse d'une augmentation de capital différée : émission de bons de souscription d'actions, d'émission d'obligations convertibles en actions, émission de stock-options etc.

* * *

A noter : le projet de loi de sécurité financière, actuellement en discussion au Parlement (transmis à l'Assemblée Nationale le 6 juin 2003 pour deuxième lecture), prévoit de supprimer l'obligation de l'article L.225-129, VII pour certaines augmentations de capital résultant d'une émission préalable de valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres de capital (bons de souscription d'actions, obligations convertibles en actions etc.).

DROIT DES AFFAIRES

Les obligations de l'entrepreneur principal vis-à-vis du sous-traitant dans les marchés publics et privés

Les marchés, qu'ils soient publics ou privés, impliquent fréquemment le recours à la sous-traitance. La sous-traitance de marché se caractérise par l'existence d'un contrat principal d'entreprise (le marché) sur lequel vient se greffer le sous-traité, c'est-à-dire un contrat de la même nature aux termes duquel l'entrepreneur principal du marché confie à une ou plusieurs entreprises la réalisation de certaines prestations faisant l'objet du marché.

Si l'objet principal du sous-traité est la prestation de services, par opposition à la simple fourniture, le contrat de sous-traitance est alors soumis aux dispositions impératives de la loi n°75-1134 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance qui régit la relation tripartite entre maître de l'ouvrage/entrepreneur principal/sous-traitant et vise notamment à protéger le sous-traitant contre l'entrepreneur principal, en garantissant le paiement de ses prestations par différents systèmes. Cette loi impose à l'entrepreneur principal le respect de deux obligations principales.

L'obligation d'agrément du sous-traitant

Conformément à la loi de 1975 sur la sous-traitance, l'entrepreneur principal doit solliciter et obtenir du maître de l'ouvrage l'acceptation de ses sous-traitants et l'agrément de leurs conditions de paiement. Cette obligation incombe également aux sous-traitants qui confient une partie des prestations à leur charge à d'autres sous-traitants (c'est le cas de la sous-traitance en chaîne).

L'agrément est d'autant plus important que lorsque le maître de l'ouvrage est l'État, une collectivité territoriale, un établissement public ou une entreprise publique, le sous-traitant direct qui n'a pas été agréé (et à l'exclusion des sous-traitants subséquents, c'est-à-dire des sous-traitants des sous-traitants d'un marché) ne bénéficie pas de la procédure ordinaire de règlement de ses prestations, c'est-à-dire du paiement direct par le maître de l'ouvrage.

Dans les marchés privés, où la procédure de paiement direct ne s'applique pas, le défaut d'agrément empêche le sous-traitant d'exercer une action directe contre le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire de demander au maître de l'ouvrage le paiement des sommes qui lui sont dues en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

Le défaut d'agrément constitue une faute de l'entrepreneur principal, dont le sous-traitant pourra se prévaloir pour demander la résiliation du contrat de sous-traitance. Cette sanction laisse le choix au sous-traitant entre l'exécution du contrat ou l'abandon de celui-ci sans que l'entrepreneur puisse le lui opposer. Toutefois, si le sous-traitant a choisi d'exécuter les travaux sous-traités, malgré le défaut d'agrément, il reste tenu par le contrat et ne pourra pas en invoquer la résiliation. Le sous-traitant occulte pourra éventuellement engager la responsabilité civile de l'entrepreneur principal qui l'a privé d'une procédure alternative de paiement des sommes qui lui sont dues.

La sous-traitance occulte constitue également une faute contractuelle de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Dans le cadre d'un marché public, cette violation expose l'entrepreneur principal à des sanctions comme la résiliation à ses torts du marché par le maître de l'ouvrage, la mise en régie ou le prononcé de pénalités, selon les clauses des CCAG applicables. S'il s'agit d'un marché privé, le maître de l'ouvrage pourra demander la résolution du marché aux termes de l'article 1184 du code civil et, s'il y a lieu, des dommages et intérêts pour le préjudice subi.

L'obligation de fournir un cautionnement

Outre l'agrément du sous-traitant, dans les marchés privés, l'entrepreneur principal, au moment de la conclusion du sous-traité, doit soit obtenir d'un établissement qualifié une caution personnelle et solidaire soit une délégation de paiement acceptée par le maître de l'ouvrage au bénéfice du sous-traitant, garantissant le paiement de toutes les sommes qui lui sont dues. Dans un arrêt du 18 décembre 2002, la Cour de Cassation a précisé que pour être valable, la caution doit comporter le nom du sous-traitant et le montant du sous-traité garanti.

Par ailleurs, depuis la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 (dite Loi Murcef), l'obligation de cautionnement incombe également au sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie d'un marché public.

DROIT FISCAL

Rapport 2002 du Comité consultatif pour la Répression des Abus de Droit

La sanction pour la violation de l'obligation de cautionnement est très sévère dans la mesure où une fois prononcée, elle entraîne la nullité avec effet rétroactif du sous-traité irrégulièrement formé. En outre, la nullité pourra être invoquée par le sous-traitant même dans le cas où le cautionnement lui a été fourni, postérieurement à la conclusion du contrat de sous-traitance.

Il s'ensuit que si le sous-traité est annulé avant l'exécution de prestations, le sous-traitant n'est pas tenu de réaliser ses prestations et l'exécution du marché risque d'être paralysée. Par ailleurs, si la nullité est prononcée en cours ou postérieurement à la réalisation des prestations sous-traitées, le sous-traitant, tout en devant restituer les sommes qui lui ont été réglées, aura droit à une indemnité qui est calculée soit selon la valeur de l'ouvrage fournie soit en fonction des sommes déboursées par le sous-traitant diminuées des éventuelles charges de l'entrepreneur.

La sanction de la nullité incite souvent les sous-traitants qui ont conclu un sous-traité à un prix forfaitaire largement inférieur à la valeur réelle des prestations fournies ou qui souhaitent se soustraire à l'application d'autres clauses contractuelles (telles que les clauses prévoyant des pénalités, le parfait achèvement, etc.) à invoquer le défaut de cautionnement. Toutefois, en dépit de l'annulation du contrat, le sous-traitant conserve une responsabilité quasi-délictuelle relative à la solidité de l'ouvrage et aux vices pouvant l'affecter.

Chaque année, la publication du rapport du Comité consultatif pour la Répression des Abus de Droit (« CRAD ») permet de connaître les nouvelles tendances en matière d'abus de droit.

Cette année encore, les 43 avis rendus concernent essentiellement des personnes physiques, redressées soit en matière de droits d'enregistrement, soit en matière d'IR.

S'agissant des droits d'enregistrement, les ventes d'immeubles dissimulant des donations, et des donations déguisées sous couvert de cessions de parts sociales font encore recette (40% des dossiers examinés).

En matière d'impôt sur le revenu, 9 affaires concernent des montages destinés à bénéficier abusivement du report d'imposition prévu par l'ancien article 160 ter -4 du CGI. Rappelons que cet article prévoyait que l'imposition de la plus-value réalisée en cas d'échange de droits sociaux résultant notamment d'apports de titres à une société soumise à l'IS pouvait être reportée à la date où l'apporteur céda les titres reçus en échange de son apport. Ainsi, un chef d'entreprise souhaitant vendre sa société avait tout intérêt à constituer une holding (soumise à l'impôt sur les sociétés), à laquelle il apportait ses titres. Lors de cet apport, la plus-value n'était pas taxée. Il ne restait plus à la holding qu'à vendre les titres qu'elle venait de recevoir.

Plusieurs affaires ont également été rendues en matière de donations de titres effectuées juste avant leur cession. Lorsque la cession intervient avant la donation de tout ou partie du produit de la cession, le cédant devra acquitter l'impôt sur le revenu au titre de la plus-value réalisée, la donation étant quant à elle taxée aux droits de mutation à titre gratuit. A l'inverse, si la donation des titres intervient avant leur cession par le donataire, aucune plus-value ne peut être imposée au nom du donateur ni même au nom du donataire dès lors que celui-ci cède les droits sociaux à la valeur déclarée dans l'acte de donation. Dans ces affaires, le CRAD s'est attaché à déterminer l'ordre chronologique exact des opérations avant de rechercher si l'intention libérale est bien réelle. Dans la négative, l'abus de droit est alors confirmé.

Enfin, signalons en matière d'impôt sur les sociétés, une affaire inédite concernant la reprise d'une société opérée dans le but exclusivement fiscal (selon le CRAD) d'utiliser les déficits de cette société via un abandon de créances assorti d'une clause de retour à meilleure fortune, au motif que cette opération n'avait eu comme seul objectif que de « rajeunir » les déficits. Toutefois, les arguments invoqués par le CRAD dans cette affaire risquent fort de ne pas être suffisants devant les tribunaux.

Mali de fusion : élargissement du champ de sa déductibilité

Dans une décision récente, le Conseil d'Etat (CE 25 avril 2003, n° 236923, société Laboratoire Merck Clévenot) donne un sévère coup de frein à la pratique de l'administration fiscale consistant à refuser, dans la plupart des cas, la déductibilité du mali de fusion.

Rappelons que dans le cadre d'une fusion, la moins-value résultant de l'annulation des titres de la société absorbée, appelée « mali de fusion » peut avoir deux origines :

- elle peut soit résulter d'une véritable perte mesurée par comparaison de la valeur de l'actif de la société absorbée et du prix d'acquisition de ses titres ; cette perte, qualifiée de « vrai mali de fusion » suit au plan fiscal le régime des moins-values à court ou long terme selon la nature des titres détenus (titres de participation, titres de placement) et leur durée de détention ;
- à l'inverse, un « faux mali de fusion » est susceptible d'apparaître lorsqu'une fusion est réalisée à une valeur inférieure au coût d'acquisition des titres de la société absorbée par la société absorbante, mais sans que cette valeur soit justifiée par une perte de la valeur réelle de la société absorbée. Il en est ainsi lorsque la fusion se fait d'après les valeurs nettes comptables des immobilisations de la société absorbée, ou encore lorsque la fusion se fait sur la base de valeurs arbitraires et sous évaluées. Dans tous les cas, ce faux mali ne peut donner lieu à aucune déduction sur le plan fiscal.

Se fondant sur un arrêt du Conseil d'Etat (CE, 16 mai 1975, n°92372), l'administration fiscale a considérablement étendu le champ du « faux mali », notamment dans le cas de fusions intervenant peu de temps après l'acquisition des titres de la société absorbée.

Dans cette décision, se prêtant à une analyse économique de l'opération, le Conseil d'Etat avait admis que, dans la première phase de l'opération, les titres de participation aient été acquis pour un prix élevé tenant compte non seulement de la valeur des actifs des sociétés concernées, mais aussi de l'avantage que procurait à l'acquéreur le contrôle de leur activité. En revanche, lorsque dans une deuxième phase, la société participante vient à absorber lesdites sociétés, elle n'est pas en droit de constater une perte.

En effet, dans ces circonstances, le conseil d'Etat a estimé que le prix payé lors de l'acquisition des titres correspondait en réalité « *non seulement à la valeur intrinsèque des titres, mais également à l'augmentation de valeur que la société X procurait à son propre fonds de commerce en s'assurant un contrôle total sur l'activité d'entreprises jusque-là indépendantes* ». Cette augmentation de valeur ne pouvait avoir disparu du seul fait des fusions, et devait par conséquent figurer au nombre des éléments d'actifs incorporels de la société absorbante.

Dans sa décision récente, le Conseil d'Etat fait une application très stricte de cette jurisprudence, ce qui devrait empêcher l'administration d'y avoir systématiquement recours à l'avenir.

En effet, l'administration se doit désormais d'établir que le prix d'acquisition était supérieur à la valeur de la filiale et correspondait pour partie à une revalorisation du fonds de commerce de l'acquéreur, et donc, à l'acquisition d'un élément d'actif incorporel. A défaut, le mali constaté est un vrai mali dont la déductibilité ne peut être écartée.

DROIT SOCIAL

Le droit à « l'auto-licenciement » des salariés (suite !)

Dans notre dernière Newsletter, nous avons attiré votre attention sur la jurisprudence de la Cour de Cassation, largement critiquée par la doctrine, concernant le droit à « l'auto-licenciement » des salariés.

En vertu de cette jurisprudence, un salarié, arguant de manquements de son employeur, pouvait acter de la rupture du contrat de travail qui s'analysait alors en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et ce, quel que soit le bien-fondé des motifs invoqués par le salarié (Cass.Soc. 26 septembre 2002 Mocka / Centre sportif de Boyardville).

De nombreux salariés souhaitant rompre leur contrat de travail s'étaient alors retranchés derrière cette jurisprudence qui leur permettait de sortir du lien contractuel tout en bénéficiant d'une indemnisation au titre de l'assurance chômage.

Cependant, par une série d'arrêtés rendus le 25 juin 2003, la Haute Cour est revenue sur cette jurisprudence en posant le principe suivant :

« Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission ».

En conséquence, tout salarié qui entend désormais se prévaloir de manquements de l'employeur pour dénoncer un contrat de travail devra démontrer le bien-fondé de ses allégations. A défaut, sa démarche produira les effets d'une démission, ce qui aura notamment pour conséquence de le priver de tout bénéfice aux allocations chômage.

Cette nouvelle jurisprudence a le mérite de responsabiliser le salarié puisque les juges du fond devront désormais apprécier le bien fondé de ses allégations.

Véhicule de société : avantage en nature ou frais professionnels ?

Nombreux sont les employeurs qui souhaitent mettre à la disposition de certains de leurs salariés un véhicule de société.

L'usage de ce véhicule peut être qualifié d'avantage en nature si le salarié utilise le véhicule de façon permanente, à des fins tant professionnelles que privées. En revanche, s'il n'utilise le véhicule qu'à des fins professionnelles, il s'agira de frais professionnels.

En effet, ces deux régimes sont définis de la façon suivante :

- l'avantage en nature consiste dans la fourniture ou la mise à disposition d'un bien ou service, permettant au salarié de faire l'économie de frais qu'il aurait dû normalement supporter ;
- les frais professionnels s'entendent des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du salarié que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions.

Bien que la distinction ne soit pas toujours évidente en pratique, il est de l'intérêt de tout employeur d'opérer cette distinction car elle entraîne notamment les conséquences suivantes :

- sur les cotisations sociales : l'avantage en nature constitue un élément de la rémunération qui, au même titre que le salaire proprement dit, doit donner lieu à cotisation, ce qui n'est pas le cas des frais professionnels ;
- sur la période de préavis lorsque le salarié est dispensé de l'effectuer : lorsque le bénéficiaire d'un véhicule de société s'analyse en un avantage en nature, l'employeur ne peut exiger du salarié la restitution du véhicule avant le terme du préavis (Cass. soc. 8 mars 2000 Volmers c/ SA Lafarge couverture). En revanche, lorsque l'usage du véhicule donne lieu à l'application du régime des frais professionnels, l'employeur peut solliciter la restitution du véhicule dès le début du préavis lorsque le salarié en est dispensé, et cela sans avoir à verser la moindre indemnité compensatrice (Cass. soc. 21 février 1979 Sté des Laboratoires Nicholas c/ Gacon).

CONTENTIEUX

La clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété a pour objet de différer le transfert de propriété à l'acheteur jusqu'à une date déterminée qui correspond généralement à la date du paiement intégral du prix.

Outre le fait qu'elle garantit le paiement de la marchandise livrée, l'intérêt de cette clause réside essentiellement dans sa mise en œuvre dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de l'acheteur alors que celui-ci n'a pas encore réglé intégralement le prix de cette marchandise.

En effet, l'article L 621-122 du Code de commerce¹ consacre l'opposabilité de cette clause aux créanciers dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective, sous réserve de remplir certaines conditions (1) et de se conformer aux dispositions qui régissent la procédure de demande en revendication (2).

1. Les conditions d'opposabilité de la clause de réserve de propriété

a) Objet de la clause

La clause doit être expresse dans la mesure où elle doit être « *convenue* » entre les parties. Elle doit donc être issue d'un accord de volonté entre l'acheteur et le vendeur sur cette modalité de vente. Il appartiendra au vendeur qui se prévaut de son existence d'en rapporter la preuve.

b) Forme de la clause

Aucune forme spéciale n'est imposée par les textes. En pratique, tous documents commerciaux peuvent constituer l'écrit exigé par la loi (correspondance échangée entre les parties, bons de commande ou de livraison, accusé de réception, factures...). La clause peut également être insérée dans un contrat-cadre organisant l'ensemble des relations contractuelles.

¹ Article L 621-122 alinéa 2 : « *Peuvent être également revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écartier ou de la modifier* ».

Plusieurs décisions considèrent que l'usage d'une langue étrangère dans la rédaction de la clause est valable si cette langue est d'un usage courant et découle naturellement de la nationalité d'un contractant², sous réserve d'apporter la preuve, en cas de litige, que l'acheteur l'a bien comprise. Enfin, l'écrit pourra revêtir la forme de données reproduites sur un support informatique, sous les mêmes conditions³.

c) Accord de l'acheteur

En cas de litige, il appartient au vendeur de rapporter la preuve de cet accord. L'acceptation de la clause par l'acheteur peut être établie de façon expresse (par exemple, signature ou cachet sur une commande ou une correspondance) mais n'est pas subordonnée à l'acceptation écrite de sa part⁴. Elle peut donc être considérée comme acceptée par l'exécution du contrat en connaissance de cause.

Comme les clauses attributives de juridiction, la jurisprudence admet plus facilement l'opposabilité de la clause de réserve de propriété si celle-ci a été stipulée de façon très apparente et ressort clairement des autres stipulations afin d'attirer l'attention du lecteur⁵.

d) Clauses contraires

La question de clauses contraires stipulées d'une part dans les conditions générales du vendeur et, d'autre part, dans celles de l'acheteur devait être réglée par la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, ayant précisé : « *Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écartier ou de la modifier* ». Toutefois ce texte est encore très ambigu et la jurisprudence n'a pas encore tranché cette difficulté dans un sens ou dans un autre. Il est donc fortement conseillé au vendeur de s'assurer de l'accord exprès et écrit de l'acheteur sur la mise en œuvre de la clause en cas de stipulation visant le rejet de la clause dans les conditions générales de celui-ci.

² CA Paris, 28 janvier 1986, CA Douai, 4 mars 1999

³ Cf. Loi n° 2000-230, 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

⁴ Cass. com., 13 octobre 1998.

⁵ Il est donc conseillé de faire figurer la clause en caractères différents des autres stipulations, surtout si la clause ne figure que dans des CGV en petits caractères. La clause peut faire aussi l'objet d'une mention sur le bon de livraison (par exemple : « *vendu sous réserve de propriété* »).

2. L'action en revendication du bien vendu sous clause de réserve de propriété⁶

a) Définition et champ d'application

L'action en revendication est exercée par le propriétaire lorsque le détenteur est en redressement ou en liquidation judiciaire. Cette action tend à faire reconnaître le droit de propriété et demander la restitution du bien vendu sous clause de réserve de propriété. Il convient toutefois de préciser que cette action ne peut être exercée que si le bien n'a pas subi une transformation empêchant son identification ou s'il n'a pas été immobilisé empêchant alors sa restitution.

b) Forme et délai

La demande en revendication doit être exercée par le propriétaire du bien ou par tout préposé ayant pouvoir ou mandataire de son choix, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au représentant des créanciers (en cas de redressement judiciaire) ou au liquidateur (en cas de liquidation judiciaire).

Elle doit être impérativement exercée dans le délai de trois mois suivant la publication au Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales (« BODACC ») du jugement ouvrant la procédure collective.

c) Procédure

Le représentant des créanciers ou le liquidateur dispose alors d'un délai maximum d'un mois pour répondre à la demande. A défaut de réponse dans ce délai d'un mois ou en cas de rejet de la demande, le demandeur doit, sous peine de forclusion, saisir le juge-commissaire en charge de la procédure collective, par voie de requête déposée au greffe du Tribunal, dans un délai identique d'un mois à compter de l'expiration du délai de réponse du mandataire.

d) Déclaration de créance

La déclaration de créance n'est pas une condition de la revendication des biens vendus avec une clause de réserve de propriété mais il est vivement conseillé de procéder à cette déclaration. En effet, si la demande en revendication est rejetée, la créance serait définitivement éteinte faute d'avoir procédé à la déclaration de créance dans les délais.



⁶ Cette procédure n'est pas applicable lorsque le contrat portant sur le bien a fait l'objet d'une publicité (exemple du crédit bail, contrat de location...). Dans ce cas, il convient d'exercer une demande en restitution qui suit un régime autonome par rapport à la demande en revendication.

DROIT DE L'INFORMATIQUE

La protection des bases de données

Plusieurs affaires récentes ont démontré l'intérêt de la protection juridique spécifique des bases de données introduite en droit français par une loi du 1^{er} juillet 1998, qui transpose en droit interne la directive européenne du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données. Il est donc utile de faire le point sur cette protection.

Les bases de données, désormais définies par la loi (A), bénéficient d'une double protection, par droit d'auteur, d'une part, et par un droit spécifique ou *sui generis*, d'autre part (B). Sa portée varie selon le mode de protection (C).

A. Définition légale des « bases de données »

Au sens du Code de la propriété intellectuelle, une base de donnée est un "recueil d'ouvrages, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés d'une manière systématique ou méthodique, et individuellement accessible par des moyens électroniques ou par tout autre moyen" (article L 112-3 al. 2 CPI).

Cette définition est très large, et ne se limite pas aux bases de données sous forme électronique. Un « fichier manuel », voire une bibliothèque, peuvent donc parfaitement bénéficier de la protection accordée aux bases de données.

Cette définition large permet également d'envisager l'application de la protection aux sites web, pour autant que leur contenu informationnel soit développé et révèle un véritable investissement de la part de leur éditeur.

Par contre, il est déduit des dispositions de la directive du 11 mars 1996 que la définition légale ne s'applique pas à une œuvre littéraire, artistique ou musicale autrement protégée par la loi (un film, une musique, une encyclopédie par exemple).

Cette exclusion permet de ne pas ajouter à la protection par droit d'auteur de ces éléments une autre protection spécifique au bénéfice du producteur. Dans le même sens, les logiciels servant à faire fonctionner ou à interroger une base de donnée électronique ne sont protégés qu'à titre de logiciel, et ne bénéficient pas de la protection spécifique.

La directive indique également que les CD musicaux (compilations de musiques ou albums) ne sont pas couverts par la définition légale. Il devrait en être de même des DVD, à moins qu'ils consistent en des recueils d'œuvres (de courts-métrages par exemple) disposés d'une manière systématique ou méthodique. Certaines œuvres multimédia sur CD-Rom pourraient satisfaire à cette définition (du moins dans leur partie « recueil de données »). Certains jeux vidéo font également appel, dans leur fonctionnement, à des bases de données intégrées, qui peuvent bénéficier de la protection de la loi.

On notera que les bases de données des services publics peuvent bénéficier de la double protection, comme les bases de données privées.

B. La double protection

Les bases de données, ainsi définies, bénéficient d'une double protection :

- une protection au titre du droit d'auteur « classique » sur la base de données elle-même (le contenant) ou de l'un de ses éléments constitutifs d'une part,
- et une protection spécifique, conférée au producteur de la base, d'autre part.

Ces deux protections sont indépendantes l'une de l'autre (art. L.3411 CPI).

La protection au titre du droit d'auteur « classique » ne concerne que les bases de données « originales ». Le critère d'originalité est le critère général de protection par droit d'auteur. Il semble cependant relativement inadapté à la protection des bases de données. En effet, l'originalité d'une œuvre est traditionnellement définie en droit français comme constituée par « l'empreinte de la personnalité de l'auteur », critère difficile à appliquer dans l'hypothèse d'un élément purement technique comme une base de données.

Les tribunaux ont tendance à appliquer ce critère de manière souple, considérant comme originale toute base de donnée dans laquelle le classement des données procède d'un travail de sélection, d'organisation et de structuration (jugé ainsi du répertoire d'entreprises constitué par l'INSEE - CE, 10 juillet 1996 ; Cour d'appel de Lyon, 22 juin 2000).

Par contraste, ont été jugées non originales certaines bases de données sous la forme d'annuaires et, de manière générale les simples compilations d'informations.

La protection spécifique revêt donc une importance particulière pour cette dernière catégorie. La protection du contenu accordée au producteur de la base est une protection spécifique, sans préjudice des droits des auteurs sur les œuvres premières incluses dans la base. Aucune condition d'originalité n'est exigée pour cette protection. La seule condition posée par la loi est que « la constitution, la vérification ou la présentation [du contenu de la base] attestent d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel »

Ce critère est satisfait dès lors qu'il est possible de démontrer que des dépenses importantes ont été engagées dans la constitution de la base (V. par ex., pour l'annuaire de France Telecom, Trib. Com. Paris 28 oct. 1998). Il a cependant été jugé que la simple publication d'annonces légales, sans vérifications particulières, et sans action commerciale spécifique, n'est pas constitutive de l'investissement substantiel nécessaire à la protection (Cour d'appel de Paris, 18 juin 1999).

La protection spécifique n'est soumise à aucun dépôt ni aucune formalité. Il convient de noter cependant que la protection n'est pas accordée sur une base aussi large aux producteurs étrangers de bases de données ; elle est cependant assurée pour les producteurs ressortissants d'un Etat membre de l'UE ou de l'EEE.

C. Les droits conférés

Ces droits sont conférés, pour les bases de données protégées par droit d'auteur, à l'auteur de la base, dans les conditions du droit commun. Il en est déduit qu'une cession de la part de l'auteur au producteur est en principe nécessaire, même lorsque l'auteur est son employé et a constitué la base en exécution de son contrat de travail.

Cependant, dans de nombreux cas, la notion d'« œuvre collective » (catégorie d'œuvres réalisées par plusieurs auteurs sur l'initiative d'une personne, sans lesquelles les contributions individuelles ne peuvent être distinguées) permet à l'employeur (le producteur de la base) d'être titulaire initial des droits sur la base de données, sans qu'une cession particulière soit prévue dans le contrat de travail ou de commande des auteurs de la base.

Les droits issus de la protection spécifique sont accordés au producteur de la base, défini comme celui « qui prend l'initiative et le risque des investissements ». Il s'agira le plus souvent d'une personne morale.

Nous distinguerons les droits exclusifs (1), les exceptions aux droits exclusifs (2), la durée de protection (3) et les sanctions (4).

1. Les droits exclusifs

S'agissant de la protection par droit d'auteur, la loi ne prévoyant aucune règle spécifique, les droits exclusifs sont ceux accordés à tout auteur d'une œuvre protégée : droit de reproduction (incluant le droit d'adaptation) et droit de communication au public (incluant la transmission en ligne).

Par contraste, les droits conférés par le droit spécifique sont définis de manière plus étroite. Le producteur peut interdire :

- les actes d'extraction, c'est-à-dire « le transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base de données sur un autre support » ;
- la réutilisation du contenu de la base, c'est-à-dire « la mise à disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle de la base de données » ;
- « L'extraction ainsi que la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base, lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normales de la base de données » (Cf. Art. L.341-2 à L.341-3 du CPI).

La notion de partie « quantitativement ou qualitativement substantielle » a pu être précisée par la jurisprudence récente, mais se révèle assez incertaine dans son application.

Sous les deux protections, les droits exclusifs peuvent être cédés, en tout ou partie, ou faire l'objet de licences.

2. Les exceptions

Les exceptions au droit d'auteur comprennent les exceptions de droit commun, et notamment l'exception pour représentation privée et gratuite dans le cercle de famille, et l'exception pour courtes citations. L'exception pour copie privée est cependant exclue pour les « bases de données électroniques » (art. L.122-5 2°).

La loi préserve également les droits des utilisateurs légitimes des bases de données en ajoutant à la liste légale des exceptions « les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue au contrat » (art. L.122-5 5°).

Une procédure spécifique de saisie-contrefaçon existe en matière de bases de données, calquée sur la saisie-contrefaçon en matière de logiciels.

* * *

Les **exceptions au droit spécifique** sont assez importantes. L'article L. 342-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que lorsqu' une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire :

- L' extraction ou la réutilisation d' une partie substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès (toute clause contraire étant réputée nulle);
- L' extraction à des fins privées d' une partie substantielle ou quantitativement substantielle du contenu d' une base de données non électronique sous réserve du respect des droits d' auteur ou des droits voisins sur les oeuvres ou éléments incorporés dans la base.

3. La durée de la protection

La protection par droit d'auteur est conférée pour une durée de 70 ans après la mort de l'auteur ou à compter de la date de publication si la base de données est une œuvre collective.

La protection par le droit spécifique est plus courte, et expire 15 ans après le 1er janvier de l'année civile qui suit celle de l'achèvement de la base, ou celle de sa mise à disposition du public si elle a eu lieu pendant ce délai. Cependant, il convient de noter qu'un nouveau délai de protection de 15 ans court à chaque fois que la base de données protégées fait l'objet d'un nouvel « investissement substantiel ». La durée de protection est donc potentiellement illimitée, pour peu que des investissements substantiels soient régulièrement effectués.

4. Les sanctions

Les sanctions des atteintes aux droits des producteurs de bases de données « originales » protégées par droit d'auteur sont celles de la contrefaçon.

L'atteinte au droit spécifique est également sanctionnée pénalement, par deux ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende.

LES DEPARTEMENTS DU CABINET

- Le conseil en droit des sociétés et droit boursier

Acquisitions et fusions d'entreprises, audit juridique, propositions de montage juridique approprié, opérations de restructuration, introduction en bourse, opérations sur le « haut de bilan », augmentations de capital, capital risque, pacte d'actionnaires, apports partiels actif, émissions de valeurs mobilières composées, plans de souscription ou d'achat d'actions (« stock-options »), joint ventures, groupements momentanés d'entreprises, management fees et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

- Le conseil en droit des affaires et contrats commerciaux

Distribution (produits matériels et logiciels), concession, franchise, agence commerciale, commissionnaire, VRP, relations clients/fournisseurs, conditions générales de vente et d'achat, prestations de services, partenariats, contrats de fabrication, de façonnage, de sous-traitance, cession et location-gérance de fonds de commerce, crédit et garanties, droit bancaire, consommation, marketing et publicité, concurrence (droit national et communautaire), marchés publics et privés.

- Le contentieux en droit des affaires, droit des sociétés et droit boursier

L'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, tels que visés ci-dessus, ainsi que les procédures collectives et le droit pénal des affaires. Le Cabinet intervient à tous les stades de l'évolution du litige, à savoir précontentieux, contentieux judiciaire et arbitral, mesures conservatoires et voies d'exécution.

- Le conseil et le contentieux en droit social

Tant en conseil qu'en contentieux en matière collective (notamment : mise en place, fonctionnement, information et consultation des institutions représentatives du personnel, droit syndical, négociation avec les syndicats, relations avec les inspections du travail, les directions départementales du travail et les organismes de sécurité sociale, restructurations et licenciements collectifs, « loi sur les 35 heures », mise en place d'accords d'intéressement et de participation, grève) et en matière individuelle (notamment : contrats de travail, licenciement, transactions, représentation devant les juridictions prud'homales et sociales) ainsi qu'en droit de la sécurité sociale (redressements URSSAF, accidents du travail et maladies professionnelles) et en droit pénal du travail (prêt de main

d'œuvre illicite, travail dissimulé, délit d'entrave, réglementation relative à la durée du travail et en matière d'hygiène et de sécurité, accidents du travail).

- Le conseil et le contentieux en droit des nouvelles technologies et de la propriété intellectuelle

Tant en conseil qu'en contentieux, notamment en informatique (développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels, infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, piratage de logiciels), dans le domaine des nouvelles technologies (multimédia, internet, commerce électronique), des télécommunications, ainsi qu'en propriété industrielle (brevets, marques, modèles).

- Le conseil et le contentieux en droit de l'audiovisuel et du multimédia

Contrats de production, d'édition, de coproduction, de distribution et d'exploitation, en France et à l'étranger, d'œuvres cinématographiques et/ou audiovisuelles et multimédia et contrats accessoires. Réglementation audiovisuelle et cinématographique. Financement.

- Le conseil et le contentieux en droit fiscal

Dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises, tant sur un plan national (IS, TVA, taxe professionnelle, etc.) que sur un plan international (flux transfrontaliers, application des traités internationaux etc.). Gestion courante des affaires fiscales. Opérations d'acquisition (audit pre-acquisition ou « due diligence »), de fusion et de restructuration. Contrôles fiscaux, contentieux devant le juge de l'impôt. En fiscalité individuelle, le cabinet intervient également en matière d'ingénierie patrimoniale.

Un important réseau de correspondants étrangers

Le Cabinet a tissé un important réseau de correspondants à l'étranger, dans la plupart des pays industrialisés et dans certains pays en voie de développement.

Iso 9001

Le Cabinet a été le premier cabinet d'avocats parisien à être certifié ISO 9001 et ce, dès 1998.

31, avenue Hoche, 75008 Paris
Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00
Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01
www.bersay-associés.com
cb@cabinet-bersay.com

© Bersay & Associés. Tous droits réservés. Cette lettre d'information est exclusivement destinée aux clients et contacts de la SCP Bersay & Associés. Toute reproduction ou diffusion, totale ou partielle, est interdite, sauf autorisation écrite de la SCP Bersay & Associés.

BERSAY & ASSOCIES
Société d'Avocats

Notes