



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

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

Nous attirons toutefois votre attention sur le fait que les articles de cette lettre d'information ne sont pas exhaustifs et n'ont pas vocation à constituer un avis juridique.

N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires et/ou questions.

**Cette lettre d'information est également disponible en anglais et en japonais**

**BERSAY & ASSOCIES**  
Société d'Avocats

31, avenue Hoche, 75008 Paris  
Téléphone 33 (0)1 56 88 30 00  
Télécopie 33 (0)1 56 88 30 01

<http://www.bersay-associés.com>  
<mailto:contact@bersay-associés.com>

**SOMMAIRE**

**DROIT DES SOCIÉTÉS..... 2**

Le non-respect des stipulations statutaires d'une SAS n'est pas nécessairement sanctionné par la nullité des actes ou les délibérations des organes de la société ..... 2

Manquement d'initié : l'obligation d'abstention d'utilisation d'une information privilégiée n'est pas absolue..... 2

Le Gérant-associé d'une SARL peut participer au vote déterminant sa rémunération ..... 3

**PROCÉDURES COLLECTIVES ..... 4**

Procédure de sauvegarde : conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde..... 4

**CONCURRENCE/DISTRIBUTION ..... 4**

Nouveau règlement de la Commission européenne relatif aux accords verticaux et aux pratiques concertées adopté le 20 avril 2010..... 4

Dans un arrêt du 7 avril 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme que le dommage à l'économie ne peut être présumé..... 5

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES..... 6**

Hébergeur versus éditeur : l'arrêt Tiscali de la Cour de cassation 14 janvier 2010. .... 6

Droit des marques et droit d'auteur : de l'interprétation restrictive des cessions de droits d'auteur ..... 6

**DROIT IMMOBILIER ..... 7**

Le bailleur ne peut se prévaloir de baux dérogatoires conclus en fraude du statut des baux commerciaux pour faire échec au droit de la propriété commerciale du preneur. .... 7

Obligation de dépollution d'une installation classée par le locataire commercial évincé..... 7

Précisions sur la définition de la qualité de sous-traitant ..... 8

Droit au paiement du locateur d'ouvrage subordonné à l'existence d'un mandat apparent.. **Erreur ! Signet non défini.**

**DROIT SOCIAL ..... 8**

Prise d'acte de la rupture et manquements de l'employeur ..... 9

Le mandat de représentant syndical prend fin lors de chaque renouvellement du comité d'entreprise ..... 9

Procédure disciplinaire : les fautes antérieures à une sanction ne peuvent plus être invoquées pour fonder une nouvelle mesure disciplinaire..... 9

Temps partiel : paiement des heures complémentaires ou remplacement par un repos ? ..... 9

CRP sans motif économique : quelle indemnité de préavis ? .. 10

**LES PÔLES D'ACTIVITÉ DU CABINET ..... 11**

## DROIT DES SOCIETES

### **Le non-respect des stipulations statutaires d'une SAS n'est pas nécessairement sanctionné par la nullité des actes ou les délibérations des organes de la société**

(Cass. com. 18 mai 2010, Société Française de gastronomie c/ Société Larzul, n° 09-14.855)

Aux termes d'une décision en date du 18 mai 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que la violation d'une clause statutaire ou du règlement intérieur d'une société commerciale n'entraîne pas la nullité de la délibération litigieuse, sauf si cette clause violée est le prolongement d'une disposition légale impérative.

En l'espèce, les statuts d'une société par actions simplifiée (« SAS ») mettaient en place un organe collégial dont l'existence n'est pas imposée par la réglementation applicable aux SAS, à savoir un Conseil d'administration chargé de contrôler la gestion de la société. Conformément aux statuts de la SAS, le Conseil d'administration devait être composé d'au moins quatre membres. En outre, aux termes du règlement intérieur de la SAS, le nombre d'administrateurs désignés par chacun des associés devait refléter leur parité dans la répartition du capital (en l'occurrence, deux représentants au Conseil d'administration pour chacun des deux associés se partageant le capital de la SAS). Or, après la démission de l'un des deux administrateurs représentant l'un des associés, le Conseil d'administration, réduit à trois membres, avait tenu deux réunions sans que son effectif soit complété au préalable.

La Cour de cassation a rejeté la demande d'annulation des délibérations ainsi prises par le Conseil d'administration en rappelant que, conformément aux termes de l'article L. 235-1 du Code de commerce, la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats. La Cour de cassation indique que « *sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci* [e.g., stipulations statutaires relatives à la convocation du Conseil d'administration d'une société anonyme, etc.], *le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* ».

Le principe avait déjà été énoncé et récemment confirmé par la Cour de cassation, en matière de société civile (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 avril 2010, n° 09-65.538 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juillet 2000, n° 98-

17.258), ainsi qu'à propos d'un groupement d'intérêt économique (Cass. com., 14 juin 2005, n° 02-18.864). En revanche, il s'agit de la première décision applicable aux SAS.

La sanction restant toujours possible en cas de non-respect d'une stipulation statutaire est la responsabilité civile de l'auteur de la violation en vue d'obtenir réparation du préjudice subi et l'octroi de dommages-intérêts.

### **Manquement d'initié : l'obligation d'abstention d'utilisation d'une information privilégiée n'est pas absolue**

(Cass. com. 23 mars 2010, n° 09-11.366)

L'article 622-1 du Règlement de l'AMF impose au détenteur d'une information privilégiée une obligation d'abstention d'utiliser cette information en acquérant ou en cédant les instruments financiers auxquels elle se rapporte aussi longtemps que l'information n'aura pas été rendue publique. Cette interdiction s'appuie sur une présomption irréfragable d'existence du manquement dès lors que les faits matériels sont établis. En pareil cas, l'initié ne pourra éviter la sanction prévue par ce texte qu'en justifiant d'un motif impérieux.

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 23 mars 2010 vient préciser, *a contrario*, la notion de motif impérieux.

En l'espèce, au cours de l'été 2005, à la suite des pertes subies par la société Cyberdeck (« Cyberdeck »), ses dirigeants avaient préparé une augmentation de capital réservée à la société Casalva Germany GmbH (« Casalva »), pour un prix plus de deux fois et demi inférieur au cours de bourse. L'assemblée générale de Cyberdeck avait approuvé cette augmentation en novembre 2005, alors qu'en octobre 2005, avant même que le projet d'augmentation de capital ne soit rendu public, le dirigeant et associé unique de Casalva avait procédé à la cession de 1.143.447 actions de Cyberdeck pour le compte de Casalva. Compte tenu du prix de l'augmentation de capital, cette cession a permis à Casalva de réaliser une plus-value de 375.161 euros. Estimant que le manquement d'initié était constitué dès lors qu'étaient établis d'une part, la connaissance de l'information privilégiée et, d'autre part, son utilisation par la cession des actions sur le marché, la commission des sanctions de l'AMF a prononcé à l'encontre du dirigeant et associé unique de Casalva une sanction pécuniaire de 1.200.000 euros.

Le dirigeant de Casalva a soutenu devant la Cour de cassation qu'il avait procédé à la cession des titres de Cyberdeck, non pas dans un intérêt personnel, mais afin d'obtenir les fonds nécessaires à l'augmentation

du capital, elle-même destinée à assurer la pérennité de Cyberdeck.

La Cour de cassation rejette son argumentation en précisant que : « *dès lors qu'est établie la matérialité du manquement défini par l'article 622-1 du règlement général de l'AMF, il appartient à la personne mise en cause à ce titre de démontrer que l'opération incriminée a été justifiée par un motif impérieux* ». La Haute juridiction approuve par conséquent la Cour d'appel qui avait décidé que la nécessité d'obtenir des fonds pour pouvoir souscrire à l'augmentation du capital de Cyberdeck ne pouvait pas constituer un tel motif et ce, même si elle avait été réalisée pour un intérêt autre que personnel.

### **Le Gérant-associé d'une SARL peut participer au vote déterminant sa rémunération**

(Cass. com. 4 mai 2010, n° 09-13.205)

Conformément aux termes de l'article L. 223-19 du Code de commerce, les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre une société à responsabilité limitée (« SARL ») et l'un de ses gérants ou associés (conventions dites « réglementées ») sont en principe soumises à l'approbation de l'assemblée générale des associés, le gérant ou l'associé intéressé ne pouvant pas prendre part au vote. Par exception, cette procédure n'est pas applicable aux conventions portant sur des opérations courantes à condition que celles-ci soient conclues à des conditions normales.

Il en résulte que s'il devait être considéré que la rémunération du Gérant est une convention réglementée au sens de l'article L. 223-19 du Code de commerce, le Gérant-associé ne devrait pas participer au vote relatif à sa détermination.

Dans un arrêt en date du 26 février 2008, la Cour d'appel de Poitiers avait rejeté la demande d'annulation des délibérations d'une assemblée ayant statué sur la rémunération du Gérant de la société, en estimant que le Gérant-associé pouvait participer au vote dans la mesure où sa rémunération constituait une opération courante conclue à des conditions normales (le même raisonnement avait été retenue par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 25 janvier 2007, n° 05-24853). Une telle solution ne mettait pas totalement les délibérations relatives à la rémunération des gérants à l'abri de la nullité puisque le caractère « *normal* » de la rémunération pouvait toujours être contesté.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation dans cette affaire a une importance pratique dans la mesure où, tout en validant la décision de la Cour d'appel de Poitiers, la Cour de cassation substitue le motif de droit retenu en précisant que : « la détermination de la rémunération du Gérant d'une société à

responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le Gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote ». En écartant purement et simplement l'application des dispositions relatives aux conventions réglementées, la Cour de cassation permet ainsi d'éviter les discussions sur le caractère « *normal* » de la rémunération.

S'agissant des associés minoritaires, le moyen restant à leur disposition pour contester la rémunération d'un Gérant - associé majoritaire, est celui de l'abus de majorité.

## PROCEDURES COLLECTIVES

### Procédure de sauvegarde : conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde

(Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch. 9, 25 février 2010)

La Cour d'appel de Paris a rétracté des jugements d'ouverture de procédures de sauvegarde estimant que les sociétés débitrices n'avaient pas éprouvé de « difficultés » au sens de l'article L.620-1 du Code de commerce.

Cet article précise en effet : « *il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur (...) qui, sans être en cessation des paiements justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

Dans cette affaire « *Cœur Défense* », le Tribunal de commerce de Paris avait ouvert des procédures de sauvegarde à l'égard de la société française Heart of La Défense (« Hold ») et de son actionnaire unique, la société luxembourgeoise Dame Luxembourg. Le principal créancier de ces sociétés, un fond commun de titrisation (le « FCT »), avait formé tierce opposition à l'encontre de ces jugements, considérant que ces procédures étaient instrumentalisées afin de paralyser la mise en œuvre de ses suretés.

Le FCT invoquait principalement le fait que ces deux sociétés ne justifiaient pas de difficultés suffisamment sérieuses pour motiver l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. La société Hold ne faisait pas état de difficultés opérationnelles dans son activité de location immobilière et son actionnaire unique n'était garante qu'à concurrence de la valeur de ses actions Hold, affectées en nantissement.

Le FCT a été débouté en première instance mais la Cour d'appel a fait droit à sa demande du créancier et a rétracté les jugements d'ouverture. La Cour a relevé que Hold ne justifiait pas de « difficultés » au sens de l'article L.620-1 du Code de commerce car la composition de l'actionnariat de Hold n'était pas de nature à avoir un impact sur son activité.

La Cour rappelle ainsi que la procédure de sauvegarde n'a pas pour objectif de protéger les intérêts des actionnaires, mais seulement l'activité de la société.

## CONCURRENCE/DISTRIBUTION

### Nouveau règlement de la Commission européenne relatif aux accords verticaux et aux pratiques concertées adopté le 20 avril 2010

Le 20 avril 2010, la Commission européenne a adopté le règlement n°330/2010 qui présume la conformité des accords verticaux (accords conclus entre fournisseurs et distributeurs) au droit des ententes, à condition que ces accords respectent certains seuils et ne contiennent pas de restrictions de concurrence caractérisées (le « Règlement »).

Ce règlement et les lignes directrices qui l'accompagnent sont entrés en vigueur le 1er juin 2010 et seront valables jusqu'en 2022. Cependant, ces règles ne s'appliqueront aux contrats en cours qu'au terme d'une période transitoire qui prendra fin le 31 mai 2011. Ce nouveau texte vise à prendre en compte de manière plus efficace la puissance d'achat des distributeurs dans l'analyse concurrentielle et encourager la vente en ligne.

#### *(a) L'appréciation de la puissance d'achat des distributeurs dans l'analyse concurrentielle*

La règle prévue à l'article 3 du Règlement, qui fixe le seuil de 30% au-dessous duquel l'exemption par catégorie s'applique, a été modifiée.

L'ancien règlement prévoyait que seule la part de marché détenue par le fournisseur devait être prise en compte afin de savoir si l'accord pouvait bénéficier du règlement.

En vertu des nouvelles règles, tant les parts de marché détenues par les fournisseurs que celles détenues par les acheteurs doivent être prises en considération dans le calcul de ce seuil. Il s'agit de tenir compte du fait que certains revendeurs peuvent détenir un pouvoir de marché susceptible d'avoir des effets restrictifs de concurrence.

Dans son communiqué de presse du 20 avril 2010, la Commission annonce que ces nouvelles règles devraient profiter aux petites et moyennes entreprises « qui pourraient autrement se voir exclues du marché de la distribution ». L'Autorité de la concurrence française, dans son communiqué de presse du 20 avril 2010, considère que ce nouveau règlement assurera un « contrôle plus efficace de la grande distribution ». Elle affirme qu'en ce sens il rejoint les priorités de l'Autorité, qui s'est récemment auto-saisie pour avis de plusieurs questions concernant la grande distribution.

*(b) La vente en ligne encouragée par la Commission européenne*

La Commission rappelle que la vente en ligne ne peut être interdite de façon absolue par les fournisseurs aux distributeurs membres de leur réseau.

La Commission donne toutefois des indications relatives aux tempéraments à apporter à ce principe, et des exemples de certains comportements pouvant être considérés comme des restrictions caractérisées dans le domaine de la vente en ligne (points 52 et 54 des nouvelles lignes directrices).

Ainsi, toute obligation pour le distributeur de réorienter (« re-router ») automatiquement les clients situés en dehors de leur territoire, ou d'interrompre les transactions des consommateurs sur Internet si leurs données de carte de crédit indiquent une adresse qui n'est pas dans le territoire du distributeur, constitue une restriction caractérisée. Il en est de même quand le fabricant limite la proportion de ventes globales qu'un distributeur peut effectuer sur Internet ou demande au distributeur de payer un prix d'achat plus élevé pour des unités vendues en ligne.

L'Autorité de la concurrence a salué ces évolutions qu'elle considère « au service de l'économie réelle » et garantes de « davantage de sécurité juridique aux fournisseurs et aux distributeurs qui le pratiquent, au bénéfice d'une plus grande concurrence par les prix ».

**Dans un arrêt du 7 avril 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme que le dommage à l'économie ne peut être présumé.**

(Cass. Com., 7 avril 2010, n°09-12.984)

Cet arrêt a été rendu dans le cadre de trois pourvois formés respectivement par la société Bouygues Télécom, la société SFR et la société Orange France contre un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 11 mars 2009.

Cet arrêt, prononcé sur renvoi après cassation, confirmait une décision du Conseil de la concurrence (n°05-D-65) du 30 novembre 2005 (devenu Autorité de la concurrence) qui condamnait ces trois opérateurs pour entente en vertu des articles L.420-1 du code de commerce et 81 du Traité de la Communauté européenne (devenu article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Selon le Conseil de la concurrence, cette entente se caractérisait d'une part par des échanges réguliers d'informations confidentielles relatives au marché, entre 1997 et 2003, de nature à réduire l'autonomie commerciale de chacune d'elles et d'altérer ainsi la concurrence sur ce marché oligopolistique et, d'autre part, par la stabilisation de leurs parts de marché

respectives autour d'objectifs définis en commun pendant les années 2000 à 2002.

Le Conseil de la concurrence avait infligé à ces entreprises des sanctions pécuniaires allant de 16 à 41 millions d'euros pour les premiers faits et de 42 à 215 millions d'euros pour les seconds.

La Cour de cassation a rejeté les moyens des parties, portant notamment sur le calcul global de la sanction et la qualification des échanges, à l'exception du moyen de la société Orange relatif au montant de la sanction.

La Cour d'appel avait confirmé que l'appréciation faite par le Conseil de la concurrence du dommage à l'économie était exacte, en considérant que l'existence d'un dommage à l'économie devait être « présumé[e] dans le cas d'une entente ».

La Cour de Cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point en soulignant qu'en vertu de l'article L.464-2 du code de commerce « le montant de la sanction d'une pratique, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie » et par conséquent, « que ce dommage ne saurait être présumé ».

A cet égard, la Cour de Cassation considère que l'importance de la taille du marché et le fait que la totalité des opérateurs intervenant sur ce marché ait participé à l'échange d'informations ne sont pas des éléments suffisants pour mesurer l'importance du dommage causé à l'économie. Selon elle, « la sensibilité de la demande au prix » aurait dû être prise en compte dans l'appréciation du dommage.

## PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES

### Hébergeur versus éditeur : l'arrêt Tiscali de la Cour de cassation 14 janvier 2010.

L'affaire concerne la reproduction non autorisée de bandes dessinées sur les pages personnelles d'un internaute accessibles depuis un site Internet exploité par la société Tiscali Media.

Ayant connaissance de cette utilisation frauduleuse, les sociétés éditrices des bandes dessinées en question ont demandé à Tiscali communication de la fiche d'identification de l'auteur du site litigieux. Ces données s'étaient révélées fantaisistes et de fait inexploitables, elles ont assigné Tiscali Media en contrefaçon et pour non respect de l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986, telle que modifiée par la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, qui impose aux fournisseurs d'accès et aux fournisseurs d'hébergement de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires<sup>1</sup>.

En première instance<sup>2</sup>, le Tribunal a confirmé la fonction technique de fournisseur d'hébergement de Tiscali et a retenu la responsabilité de cette dernière pour manquement à son obligation légale découlant de l'Article 43-9 visé ci-dessus.

La Cour d'appel<sup>3</sup> a confirmé le jugement de première instance mais est allé plus loin en qualifiant Tiscali d'éditeur. La Cour a considéré en effet que « *son intervention ne saurait se limiter à cette simple prestation technique dès lors qu'elle propose aux internautes de créer leurs pages personnelles à partir de son site* » et qu'elle exploite commercialement son site en proposant aux annonceurs de mettre en place des espaces publicitaires payants directement sur les pages personnelles, telle la page litigieuse, sur laquelle apparaissent différentes manchettes publicitaires. Dans ces conditions, ne bénéficiant plus du régime d'exclusion de responsabilité des hébergeurs<sup>4</sup>, Tiscali a été reconnue coupable d'actes de contrefaçon, au-delà des manquements à son

obligation de détention et de conservation des données.

L'arrêt de la Cour de cassation, sans mentionner expressément le terme d'éditeur, justifie l'arrêt de la Cour d'appel en décidant que les services fournis excédaient les simples fonctions techniques de stockage, de sorte que Tiscali ne pouvait invoquer le bénéfice de l'Article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986.

Bien que cet arrêt ait été rendu sous l'empire de la loi du 30 septembre 1986 désormais abrogée, la solution qu'il dégage conserve son actualité et sa portée dans la mesure où la loi pour la confiance dans l'économie numérique, qui régit les obligations et le régime de responsabilité des hébergeurs depuis lors, n'a pas fondamentalement remis en cause les principes dégagés par l'ancien texte.

En confirmant l'arrêt qui avait qualifié Tiscali d'éditeur et en écartant l'application à cette dernière du régime de responsabilité atténuée des hébergeurs, la Cour de cassation remet en cause la séparation des fonctions d'hébergeur et d'éditeur et crée une confusion qui, si elle devait être confirmée, pourrait se révéler dangereuse pour les prestataires techniques de l'Internet.

### Droit des marques et droit d'auteur : de l'interprétation restrictive des cessions de droits d'auteur

(Cass. com., 16 février 2010, pourvoi n°09-12.262)

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venu préciser deux points importants sur le droit des marques.

Le premier concerne l'articulation entre le droit d'auteur et le droit des marques en matière contractuelle. Le second concerne l'épineuse question du point de départ du délai de prescription.

**1.** La première question tranchée par cette décision était de savoir si, en l'absence de clause expresse autorisant le dépôt d'une œuvre à titre de marque dans un contrat de cession de droits d'auteur, le cessionnaire pouvait déposer l'œuvre à titre de marque.

En l'espèce, l'auteur d'un dessin avait cédé certains de ses droits à L'Oréal, afin que cette dernière le reproduise sur des étuis et emballages de parfum. L'Oréal a par la suite procédé au dépôt à titre de marque figurative dudit dessin.

En considérant que cet acte de dépôt de la marque et l'apposition de ce signe sur un vêtement outrepassait le cadre de la cession de droits, l'auteur de dessin a assigné L'Oréal en contrefaçon de droit d'auteur et atteinte à l'intégrité de son œuvre.

En défense, L'Oréal a fait valoir qu'« *eu égard à la suite que l'usage donne d'après sa nature à l'obligation contractée par l'auteur qui a cédé ses droits sur un dessin aux fins de reproduction de celui-*

<sup>1</sup> L'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 a été abrogé par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui reprend cette obligation de détention et de communication dans des termes similaires.

<sup>2</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> section, 16 février 2005.

<sup>3</sup> CA Paris, 7 juin 2006.

<sup>4</sup> L'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 prévoyait que les hébergeurs ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu qu'ils hébergent que si, ayant été saisis par une autorité judiciaire, ils n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu.

*ci sur des étuis et emballages de produits destinés à être exploités commercialement, sauf clause expresse l'interdisant, le dépôt à titre de marque d'un emballage reproduisant ledit dessin pour désigner les produits pour lesquels sa reproduction a été autorisée ne constitue pas un acte de contrefaçon* » (souligné par nous).

Quant à elle, la Cour de cassation, confirmant l'arrêt rendu par la Cour d'appel, a énoncé qu'« *aucun usage n'impose qu'à elle seule et sauf clause contraire expresse, la cession des droits de reproduction d'une œuvre sur des étuis et emballages implique cession du droit de déposer ce dessin en tant que marque* ».

L'enseignement de cet arrêt est que, selon la Cour de cassation, pour que le droit de déposer une œuvre à titre de marque soit cédé, il est nécessaire qu'une stipulation expresse figure dans le contrat de cession des droits d'auteur.

La cession de ce droit ne peut donc pas être implicite.

**2.** Le second point tranché par cette décision concernait l'épineuse question du point de départ du délai de prescription de l'action en contrefaçon.

L'article 2270-1 du Code civil (dans sa rédaction antérieure à la loi du 18 juin 2008) énonçait que le délai de prescription de dix ans courrait à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle la victime en a eu connaissance.

Visant ce texte, la Cour d'appel a estimé que le demandeur ne pouvait pas avoir eu connaissance du dépôt de la marque litigieuse à compter de l'enregistrement de cette dernière, mais uniquement lorsqu'il avait demandé à l'Institut National de la Propriété Industrielle une copie de cette marque.

La Cour de cassation a toutefois sanctionné cette interprétation, en jugeant que l'action en contrefaçon visant l'enregistrement d'une marque se prescrit à compter de l'accomplissement des formalités d'enregistrement des marques (visées à l'article R. 712-23 du CPI), qui rendent cet enregistrement public et opposable aux tiers.

Cette solution, si elle a le mérite de trancher une question longuement débattue et ayant donné lieu à des décisions contradictoires, peut paraître sévère, dans la mesure où peu de gens consultent régulièrement le registre d'enregistrement des marques.

Cette solution a néanmoins le mérite d'offrir une sécurité juridique renforcée dans la mesure où elle évite tout débat sur la preuve du moment de la connaissance effective de l'enregistrement litigieux.

Le nouveau délai de prescription (réduit à 5 ans, aux termes de l'article 2224 du Code civil) nécessite une vigilance accrue et une surveillance régulière du registre d'enregistrement des marques.

## **DROIT IMMOBILIER**

### **Le bailleur ne peut se prévaloir de baux dérogatoires conclus en fraude du statut des baux commerciaux pour faire échec au droit de la propriété commerciale du preneur.**

(Cass. Civ 3<sup>ème</sup>, 8 avril 2010, n°08-70.338)

L'article L.145-5 du Code de commerce prévoit que « *les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre [statut des baux commerciaux] à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à deux ans* ».

Dans cette espèce, à l'expiration d'un premier bail d'une durée de 23 mois conclu avec une société commerciale, un bailleur avait signé un nouveau bail dérogatoire d'une durée de 23 mois avec l'associé majoritaire de cette même société, qui continuait d'exploiter son fonds de commerce dans les lieux loués sous la même enseigne. A l'issue de ce deuxième bail, le bailleur avait conclu à nouveau avec la précédente société un autre bail dérogatoire de 23 mois.

La Cour de cassation a sanctionné cette fraude du bailleur en autorisant la société locataire de se prévaloir du statut des baux commerciaux, pourtant écarté dans le contrat de bail.

### **Obligation de dépollution d'une installation classée par le locataire commercial évincé**

(Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mai 2010, n°09-15.255)

La restitution matérielle des lieux loués par un locataire ne constitue pas nécessairement une restitution juridique des lieux et ce, d'autant plus, lorsque la location s'inscrit dans le cadre d'une installation classée pour la protection de l'environnement.

En pareil cas, le locataire ne sera réputé avoir restitué les lieux loués qu'après s'être acquitté, en sa qualité de « dernier exploitant », de son obligation de dépollution.

Aux termes d'un arrêt en date du 19 mai 2010, la chambre civile de la Cour de Cassation a ainsi précisé que cette obligation de dépollution s'imposait également au preneur dont le bail a été résilié en vertu d'un congé délivré par le bailleur, emportant refus de renouvellement.

En l'espèce, le locataire qui s'était vu notifier un congé par son bailleur avec offre d'une indemnité d'éviction exploitait un garage automobile avec station-service. Il avait, à la suite de cette

notification, quitté les lieux sans satisfaire aux dispositions d'un arrêté du 22 juin 1998, qui lui imposait la neutralisation définitive de l'installation.

N'ayant satisfait à ces dispositions qu'un an après son départ des lieux loués, la Cour a confirmé qu'il était redevable d'une indemnité d'occupation jusqu'à la date à laquelle il avait justifié s'être conformé aux dispositions de cet arrêté.

### **Précisions sur la définition de la qualité de sous-traitant**

(Cass. 3ème civ., 14 avril 2010, n°09-12.339)

Aux termes de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975, il est fait obligation à l'entrepreneur principal de présenter au maître d'ouvrage les sous-traitants auxquels il fait appel pour l'exécution du marché aux fins d'acceptation et d'agrément de leurs conditions de paiement.

Si l'entrepreneur principal manque à cette obligation, le maître d'ouvrage, qui aurait connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant, doit mettre en demeure l'entrepreneur principal de procéder à la présentation de ce sous-traitant (article 14-1).

A défaut, le maître d'ouvrage engage sa responsabilité et peut être condamné au paiement de dommages et intérêts au profit du sous-traitant, correspondant au montant du solde de son marché non payé.

Une entreprise peut bénéficier de ce statut protecteur, si elle remplit les critères de la définition de sous-traitant donné par l'article 1er alinéa 1 de la loi : « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage* ».

Au visa de cet article, un arrêt de la 3ème Chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 avril 2010 réaffirme cette définition du sous-traitant et en précise les contours.

Dans le cadre de l'exécution d'un marché, un entrepreneur principal avait conclu un contrat de sous-traitance avec une entreprise pour la fabrication de pieux en béton. Cette entreprise avait été acceptée et ses conditions de paiement agréées par le maître d'ouvrage.

L'entrepreneur principal a fait cependant une erreur en implantant les pieux et a dû commander de nouveaux pieux à son sous-traitant. Un second contrat a ainsi été conclu.

Par la suite, l'entrepreneur principal a été mis en liquidation. Le maître d'ouvrage a payé le sous-traitant en application du premier contrat, mais a refusé de payer les sommes correspondant à la nouvelle commande.

La Cour d'appel a condamné le maître d'ouvrage qui, en connaissance de la présence de l'entreprise sur le chantier, aurait dû exiger qu'elle lui soit présentée conformément à l'article 14-1 de la loi.

La Cour de cassation casse cependant cette décision au motif que, dans le cadre de la nouvelle commande, l'entreprise fabricante de pieux ne pouvait être qualifiée de sous-traitant du marché initialement conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal.

En effet, la Cour considère que la nouvelle commande correspondait à un nouveau marché qui avait pour objet, non pas les travaux définis dans le marché initialement conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, mais à des travaux de reprises imputables à une erreur d'implantation de l'entrepreneur principal.

Ainsi, la qualité de sous-traitant n'est acquise que si l'entreprise peut démontrer que les travaux confiés avaient pour objet l'exécution d'une partie des travaux visés par le contrat d'entreprise principal et non la seule réparation d'erreurs de l'entrepreneur principal.

## **DROIT SOCIAL**

### **Prise d'acte de la rupture et manquements de l'employeur**

(Cass. Soc., 30 mars 2010, n°08-44236)

Dans cette affaire, un salarié avait pris acte de la rupture de son contrat de travail au motif que l'employeur n'avait pas répondu à la demande de validation de son projet de reclassement externe dans le délai prévu par le Plan de sauvegarde de l'emploi. La Cour de cassation constate le manquement de l'employeur, mais considère que celui-ci n'était pas de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail.

En effet, selon la chambre sociale de la Cour de Cassation, seul un « *manquement suffisamment grave* » est de nature à justifier la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail, qui produit alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le plus souvent, un tel manquement est caractérisé lorsque l'employeur impose au salarié une modification de son contrat de travail, notamment de sa rémunération (*voir encore récemment Cass. Soc., 24 mars 2010, n°08-43996*).

### **Le mandat de représentant syndical prend fin lors de chaque renouvellement du comité d'entreprise**

(Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.347)

La jurisprudence considérait jusqu'à présent que la durée des mandats des représentants syndicaux au comité d'entreprise était indépendante de celle des membres élus et que les premiers étaient ainsi désignés pour une durée indéterminée, à l'instar des délégués syndicaux.

Par cet arrêt en date du 10 mars 2010, la Cour de cassation considère désormais que le mandat des représentants syndicaux au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres élus de cette institution. La durée des deux mandats est donc dorénavant alignée.

En conséquence, « *tout intéressé* » (l'employeur comme les autres organisations syndicales) est fondé à faire constater l'expiration du mandat du représentant syndical qui demeurerait en place après l'élection des membres élus du comité, sans que puisse lui être opposé le délai de forclusion de 15 jours visé à l'article R. 2324-24 du Code du travail, relatif à la contestation de la régularité de l'élection ou de la désignation des représentants syndicaux.

Cette solution devrait s'appliquer même si, à la différence de cette espèce, le syndicat qui avait désigné le représentant syndical conservait des élus au comité, à la suite du nouveau scrutin. Le syndicat devrait alors procéder à une nouvelle désignation, portant le cas échéant sur la même personne.

En revanche, il n'est pas certain que cette solution soit transposable aux entreprises de moins de 300 salariés, dans lesquelles les délégués syndicaux, qui sont désignés sans limitation de durée, sont, de droit, représentants syndicaux au comité d'entreprise.

### **Procédure disciplinaire : les fautes antérieures à une sanction ne peuvent plus être invoquées pour fonder une nouvelle mesure disciplinaire**

(Cass. Soc., 16 mars 2010, n° 08-43.057)

L'employeur qui a connaissance de faits fautifs commis par un salarié est tenu de tous les sanctionner en une seule fois. Il ne peut pas décider d'en sanctionner certains et, dans un deuxième temps, même si les faits ne sont pas prescrits, en sanctionner d'autres. En notifiant une première sanction, l'employeur reconnaît implicitement que les autres faits ne justifiaient pas d'être sanctionnés. En pareil cas, l'employeur est considéré comme avoir « *épuisé son pouvoir disciplinaire* ».

Cette décision ne remet toutefois pas en cause la possibilité pour l'employeur de prendre en compte des faits déjà sanctionnés à l'appui d'une nouvelle sanction, en cas de persistance du comportement fautif du salarié ou si celui-ci commet des faits nouveaux de même nature, sous réserve que la sanction antérieure ne soit pas prescrite (après 3 ans) ou amnistiée.

Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation n'empêche pas l'employeur de sanctionner des faits postérieurs à une précédente sanction ou des faits qui, bien qu'antérieurs, n'étaient à l'époque pas connus de l'entreprise.

### **Temps partiel : paiement des heures complémentaires ou remplacement par un repos ?**

(Cass. Soc., 17 février 2010, n° 08-42.828)

En dépit d'une pratique souvent constatée, la Cour de cassation relève qu'en l'absence de disposition légale l'envisageant, l'employeur ne peut pas remplacer le paiement des heures complémentaires effectuées par un travailleur à temps partiel par l'octroi d'un repos.

La solution diffère donc de celle d'un salarié employé à temps plein pour lequel la loi prévoit, sous certaines conditions, la possibilité de substituer la majoration de salaire par un repos compensateur, en cas d'accomplissement d'heures supplémentaires.

### **CRP sans motif économique : quelle indemnité de préavis ?**

(Cass. Soc., 5 mai 2010, n°08-43.652)

Dans notre dernier *Flash social*, il était fait état de plusieurs arrêts aux termes desquels la Cour de cassation exigeait de l'employeur qu'il expose le motif économique de la rupture envisagée du contrat de travail au salarié, au plus tard au moment où celui-ci adhère à une convention de reclassement personnalisé (« CRP »). A défaut, la rupture est analysée comme un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

En cas d'adhésion à la CRP, la somme correspondant au maximum à deux mois de préavis ne doit pas être versée au salarié, mais au Pôle Emploi, sous forme d'allocation spécifique de reclassement. Lorsque le préavis normalement dû au salarié est supérieur à deux mois, l'employeur est en revanche tenu de lui verser une indemnité compensatrice correspondant à cette fraction supérieure.

Aux termes de ce nouvel arrêt, la Cour de cassation décide que, lorsque la CRP est dépourvue de cause (notamment en l'absence d'énonciation du motif économique), le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis dont il a été privé au profit du Pôle Emploi, ainsi qu'aux congés payés y afférents.

Cette décision peut être rapprochée des cas où le salarié a pris acte de la rupture du contrat de travail pour des faits qui le justifiaient, ou conteste avec succès son licenciement pour inaptitude. En effet, dans ces hypothèses également, bien que le salarié n'ait pas accompli de préavis, l'employeur est tenu de lui verser une indemnité compensatrice, à titre de sanction supplémentaire.



**LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET**

• **FUSIONS ET ACQUISITIONS**

Ingénierie de reprise et du montage juridique approprié, audit juridique, opérations de restructuration, *joint ventures*, obtention des autorisations administratives nécessaires, rédaction et négociation des actes (lettres d'intention, conventions de cession, garanties d'actif et de passif, garanties bancaires, pactes d'actionnaires, etc.), opérations de fusion, reprises d'entreprises en difficultés ou dans le cadre d'une procédure collective.

• **CAPITAL INVESTISSEMENT ET LBO**

Intervention pour des fonds d'investissement, des sociétés émettrices ou cibles ou des dirigeants, tant en phase d'audit que de conseil et de négociations.

• **DROIT DES SOCIETES**

Opérations de « haut de bilan », augmentations de capital, émissions de valeurs mobilières composées (obligations convertibles ou remboursables en actions, bons de souscription d'actions, certificat d'investissements, actions à dividende prioritaire etc.), plans de souscription ou d'achat d'actions (« *stock-options* »), plans de bons de parts de créateur d'entreprises, groupements momentanés d'entreprises, *management fees* et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

• **DROIT BOURSIER**

Introduction en bourse, opérations préalables à une introduction en bourse, rédaction de prospectus, secrétariat juridique des sociétés cotées, relations avec les autorités de marchés, contentieux boursier.

• **BANQUE ET FINANCE**

Conseil en matière de contrats de prêts, de financement, de garanties et sûretés, de syndication, de réglementation bancaire, de financement d'acquisitions et de financements structurés d'actifs (notamment immobiliers).

• **CONTRATS COMMERCIAUX / DROIT ECONOMIQUE**

Conseil et contentieux en matière de contrats commerciaux notamment de prestations de services, de vente, de distribution, de concession, de franchise, d'agence commerciale, de relations distributeurs/fournisseurs, de conditions générales de vente et d'achat, de partenariats commerciaux, de contrats de fabrication et de sous-traitance, de cession et location-gérance de fonds de commerce, de droit de la consommation, de marchés publics et privés.

• **DROIT SOCIAL**

Conseil et contentieux en matière collective et individuelle ainsi qu'en droit de la sécurité sociale et en droit pénal du travail.

• **CONTENTIEUX / ARBITRAGE INTERNATIONAL**

L'activité du Cabinet en matière de Contentieux et d'Arbitrage recouvre l'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, 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.

• **DROIT IMMOBILIER**

Conseil et contentieux en matière de droit de la construction, de baux commerciaux, audits immobiliers, acquisitions et ventes d'immeubles et de sociétés à prépondérance immobilière, financement d'acquisitions immobilières, promotion immobilière.

• **PROCEDURES COLLECTIVES**

Procédure d'alerte, restructuration et redressement, mandat ad hoc et conciliation. Redressement judiciaire, plans de redressement, plans de cession et de sauvegarde, liquidation.

• **DROIT DE LA CONCURRENCE ( FRANÇAIS ET COMMUNAUTAIRE )**

Conseil et contentieux en matière d'accords de coopération industrielle et de structuration de réseaux de distribution. Représentation devant les autorités de concurrence et les juridictions en matière de cartels, de pratiques anticoncurrentielles, d'abus de position dominante et de concurrence déloyale. Contrôle des concentrations (réalisation d'études de faisabilité, constitution de dossiers de notification, négociation avec les autorités de contrôle nationales et communautaire), aides d'Etat.

• **INFORMATIQUE**

Développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels ; infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, expertises relatives à l'examen de la conformité des prestations informatiques ; lutte contre le piratage.

• **COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES**

Domaine réglementaire ; construction de réseaux, colocalisation d'installations, conventions et conditions générales de fournitures de services, conventions d'accès et d'interconnexion ; contentieux judiciaires ou administratifs (contre les décisions de l'autorité de régulation).

• **INTERNET**

Création et hébergement de sites, affiliations, partenariats ; audits de sites web ; dépôt et défense de noms de domaine ; places de marchés ; ventes aux enchères sur Internet ; licences ASP.

• **MEDIA**

Publicité (protection, exploitation) et marketing ; sponsoring ; réglementation de la radiodiffusion et des services de communication électronique (TV, télévision sur mobile, sur Internet, vidéo à la demande etc.).

• **PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES ET VIE PRIVEE**

Relations avec la CNIL ; réglementation spécifique aux communications électroniques (services de géolocalisation, conservation des données de trafic etc.) ; atteinte à la vie privée, diffamation.

• **PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, DROITS D'AUTEUR ET DROITS VOISINS**

Protection et valorisation des droits d'auteur et droits voisins ; production et coproduction audiovisuelle (cinéma, télévision) et multimédia (jeux vidéos en ligne et off line, cd-roms, etc.) ; réglementation cinématographique ; licences de distribution (télévision, merchandising, distribution vidéo, droits dérivés) ; droits des artistes interprètes, droit du sport ; contentieux de la contrefaçon (saisies en douanes, saisies contrefaçon, procédures devant les juridictions civiles et pénales).

• **PROPRIETE INDUSTRIELLE**

Conseil et contentieux en matière de marques, de brevets et/ou de dessins et modèles ; transferts de technologie et/ou de know-how ; concurrence déloyale et parasitaire.

**UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS**

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  
Phone : 33 (0)1 56 88 30 00  
Fax: 33 (0)1 56 88 30 01  
[www.bersay-associes.com](http://www.bersay-associes.com)  
[contact@bersay-associes.com](mailto:contact@bersay-associes.com)