



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-associes.com>  
<mailto:contact@bersay-associes.com>

**SOMMAIRE**

<b>DROIT DES SOCIETES</b> .....	2
Sanction de la communication d'informations inexactes sur le marché : le manquement est constitué même en l'absence d'élément intentionnel .....	2
Conditions de mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des actionnaires : une simple faute suffit .....	2
Sociétés cotées : amélioration de l'exercice des droits des actionnaires par voie électronique .....	3
<b>CONTENTIEUX</b> .....	4
L'arrêt Faurecia : la fin de la « saga » jurisprudentielle sur les clauses limitatives de responsabilité ?.....	4
<b>PROCEDURES COLLECTIVES</b> .....	5
Projet de réforme de la procédure de sauvegarde : la création d'une « procédure de sauvegarde financière expresse ».....	5
Revendication des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété.....	5
<b>CONCURRENCE / DISTRIBUTION</b> .....	6
Point sur les échanges d'informations anticoncurrentiels entre entreprises.....	6
<b>PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES</b> .....	7
Noms de domaines : limitation de la compétence des juridictions françaises en matière de contrefaçon par des sites Internet étrangers.....	7
Droit des marques : la responsabilité d'un moteur de recherche en matière d'affichage d'annonces publicitaires.....	8
Droit des brevets : proposition de loi visant à modifier le système de rémunération des salariés au titre de leurs inventions .....	8
<b>DROIT IMMOBILIER</b> .....	9
La responsabilité du maître d'ouvrage délégué.....	9
Le cautionnement ne peut être mis en œuvre en l'absence de réception des travaux .....	9
L'indice des loyers d'activités tertiaires invalidé par le Conseil constitutionnel .....	9
<b>DROIT SOCIAL</b> .....	10
Le dossier disciplinaire peut-il être pris en compte pour apprécier les qualités professionnelles du salarié au moment de déterminer l'ordre des licenciements ?.....	10
Mise en garde sur le caractère disciplinaire du courriel faisant des reproches au salarié .....	10
Quand lever la clause de non-concurrence en l'absence de délais conventionnels ou contractuels ?.....	11
<b>LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET</b> .....	12

## **DROIT DES SOCIETES**

### **Sanction de la communication d'informations inexactes sur le marché : le manquement est constitué même en l'absence d'élément intentionnel**

(Cass. com. 15 juin 2010, n° 09-14968)

L'article 632-1 du Règlement de l'AMF interdit à toute personne « *de communiquer, ou de diffuser sciemment, des informations (...) qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications inexactes, imprécises ou trompeuses sur des instruments financiers (...) alors que cette personne savait ou aurait dû savoir que les informations étaient inexactes ou trompeuses* ». L'inobservation de ces dispositions est susceptible d'entraîner le prononcé d'une sanction pécuniaire par l'AMF.

Un arrêt rendu le 15 juin 2010 par la Cour de cassation vient de préciser que la sanction de la communication d'informations inexactes n'exige pas que soit établi le caractère intentionnel de ladite communication.

En l'espèce, dans le cadre d'une levée de fonds par émission d'actions à bons de souscriptions d'actions (« ABSA ») en octobre 2004, la société Prologue Software avait communiqué des informations laissant croire que grâce à cette levée de fonds et à l'exercice ultérieur des BSA, ses problèmes de liquidités seraient définitivement réglés. Or, le 2 novembre 2004, la société Prologue Software a déclaré l'état de cessation de ses paiements. La commission des sanctions de l'AMF a prononcé, le 28 février 2008, à l'encontre de la société et de son dirigeant des sanctions pécuniaires à hauteur de 100.000 euros.

Pour se dégager de sa responsabilité, le dirigeant de la société Prologue Software soutenait devant la Cour de cassation qu'il avait été de bonne foi.

La Cour de cassation a rejeté son argumentation en précisant que les dispositions de l'article 632-1 du Règlement de l'AMF : « *n'exigent pas que soit établi le caractère intentionnel de la communication* ». La juridiction suprême inclut ainsi dans le périmètre du manquement les comportements de négligence et impose à celui qui communique une information de vérifier sa véracité. Dès lors que l'auteur de la communication « *aurait dû savoir* » que l'information communiquée était inexacte, le manquement peut être retenu, abstraction faite de la connaissance ou non de cette inexactitude.

Il convient de préciser que cette solution s'applique exclusivement à la **communication** d'information, qui s'entend de l'information primaire émanant de l'émetteur ou de son dirigeant.

En revanche, la **diffusion**, qui consiste pour un tiers de rendre publiques des informations dont il n'est pas à l'origine, ne peut donner lieu à sanction que si elle est effectuée « *sciemment* », c'est-à-dire en connaissance de cause du caractère erroné des informations.

### **Conditions de mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des actionnaires : une simple faute suffit** (Cass. com. 9 mars 2010, nos 08-21.547 et 08-21.793, n° 294)

Pour la première fois, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que la « *mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales* ».

La société Gaudriot, cotée en mai 2000 sur le nouveau marché, aujourd'hui remplacé par Alternext, avait procédé à trois augmentations de capital par émission de titres au public, dont la dernière en juillet 2002.

Un audit effectué en décembre 2003 avait soulevé une irrégularité dans l'évaluation du poste « produits non encore facturés » tel qu'il était présenté dans les comptes de l'exercice 2002, qui faisait ressortir un chiffre d'affaires largement surestimé.

Après la mise en redressement judiciaire de la société suivi de l'adoption d'un plan de cession de ses actifs, l'action de la société avait été radiée de la cote par Euronext en 2005. Ayant subi un préjudice lié à ce revirement de fortune, certains actionnaires ont assigné l'ancien président du conseil d'administration ainsi que d'anciens administrateurs de la société en invoquant notamment leur droit de dédommagement au titre de l'article L225-251 du Code de commerce. Ils faisaient valoir qu'ils avaient été incités à investir au capital de la société Gaudriot et à conserver leurs actions au vu de la diffusion d'informations fausses et trompeuses, la rétention d'information et la présentation de comptes inexacts par les dirigeants.

Condamnés par la Cour d'appel au paiement de dommages et intérêts, les dirigeants se sont pourvus en cassation arguant que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement ; que la faute est séparable lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales...* ».

La Cour de Cassation a rejeté ce moyen de pourvoi.

Cette décision tend à harmoniser la jurisprudence sur la question de la nécessité de prouver l'existence d'une faute détachable des fonctions sociales pour engager la responsabilité civile des dirigeants envers les actionnaires. Elle en conclut par une réponse négative.

## **Sociétés cotées : amélioration de l'exercice des droits des actionnaires par voie électronique**

Le décret n°2010-684 du 23 juin 2010 transpose pour partie la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées.

Dans l'objectif d'améliorer l'information des actionnaires des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé (ci-après les « Sociétés Cotées »), le décret prévoit une série de mesures concernant (1) la mise en ligne d'informations relatives à l'Assemblée Générale, (2) le contenu des avis de réunion publiés au Bulletin des Annonces Légales Obligatoires (« BALO ») et (3) les modalités de représentation des actionnaires.

### **1. Mise en ligne d'informations relatives à l'Assemblée Générale**

Les Sociétés Cotées sont désormais tenues de disposer d'un site Internet afin de satisfaire à leurs obligations d'information de leurs actionnaires (nouvel article R. 210-20 du Code de commerce).

#### **1.1. Mise en ligne d'informations préalablement à l'Assemblée**

Pendant une période ininterrompue commençant au plus tard le 21<sup>ème</sup> jour (15<sup>ème</sup> jour en période d'OPA) précédant l'Assemblée, les Sociétés Cotées devront publier sur leur site Internet prévu pour la communication aux actionnaires, les informations et documents suivants (nouvel article R. 225-73-1 du Code de commerce) :

- l'avis de réunion,

- le nombre de droits de vote existant et le nombre d'actions composant le capital social, par catégorie d'actions,
- les documents qui doivent être présentés aux actionnaires lors de l'Assemblée Générale (e.g., rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, rapports des commissaires aux comptes, etc.),
- le texte des projets de résolutions présentées par le conseil d'administration ou le directoire (le texte des projets de résolutions présentées, le cas échéant, par des actionnaires, devra être publié sans délai à sa réception),
- les formulaires de vote par correspondance et de vote par procuration ou le document unique de vote, sauf si la société adresse ces formulaires à tous ses actionnaires.

#### **1.2. Mise en ligne d'informations postérieurement à l'Assemblée**

Dans les quinze jours suivant l'Assemblée Générale, les Sociétés Cotées devront publier sur leur site Internet prévu pour la communication aux actionnaires, un résultat des votes comprenant au moins les indications suivantes (nouvel article R. 225-106-1 du Code de commerce) :

- le nombre d'actionnaires présents ou représentés à l'Assemblée,
- le nombre de voix des actionnaires présents ou représentés à l'Assemblée,
- pour chaque résolution, le nombre total de voix exprimées en détaillant le nombre d'actions et la proportion du capital social qu'elles représentent, le nombre et le pourcentage de voix favorables à la résolution, ainsi que le nombre et le pourcentage de voix défavorables à la résolution, y compris les abstentions.

### **2. Contenu de l'avis de réunion publié au BALO**

Le contenu de l'avis de réunion au BALO, qui doit être publié 35 jours au moins avant l'Assemblée (15 jours en période d'OPA) par toute Société Cotée et par toute société dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative, et devra désormais mentionner les informations complémentaires suivantes (article R. 225-73 du Code de commerce, modifié) :

- l'ensemble des mentions devant figurer dans l'avis de convocation conformément à l'article R. 225-66 du Code de commerce (e.g., dénomination sociale, forme de la société, montant du capital social, siège, jour, heure et lieu de l'Assemblée, etc.),
- une description des procédures à suivre par les actionnaires afin de participer et voter à l'Assemblée (en particulier, modalités de vote par procuration, par correspondance ou par voie électronique, etc.),

- une description des modalités d'exercice des facultés de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution et de poser par écrit des questions au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas (en particulier, l'adresse postale et, le cas échéant, l'adresse électronique où peuvent être adressés les projets de résolutions et les questions écrites, le délai imparti pour leur transmission, etc.),
- les lieux et les conditions, notamment de délais, dans lesquels les formulaires de vote peuvent être obtenus et retournés par les actionnaires,
- l'adresse du site Internet prévu pour la communication aux actionnaires (pour les Sociétés Cotées exclusivement) et, le cas échéant, l'adresse du site aménagé pour permettre aux actionnaires de voter par des moyens électroniques,
- la date d'enregistrement comptable des titres permettant de justifier du droit de participer à l'Assemblée, en précisant que seuls pourront participer les actionnaires remplissant à cette date les conditions prévues par l'article R. 225-85 du Code de commerce,
- le texte des projets de résolution qui seront présentés à l'Assemblée par le conseil d'administration ou le directoire,
- le lieu et la date de mise à disposition du texte intégral des documents destinés à être présentés à l'Assemblée et des projets de résolution présentés, le cas échéant, par les actionnaires,
- le cas échéant, l'obligation de soumettre les résolutions à l'avis, à l'accord ou à l'approbation, selon le cas, des assemblées spéciales des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote et des masses des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital.

### **3. Représentation des actionnaires à l'Assemblée**

Les Sociétés Cotées devront désormais permettre la notification de la désignation et de la révocation du mandat de représentation par voie électronique (article R. 225-79 alinéa 6 nouveau du Code de commerce).

Par ailleurs, l'article R. 225-79 alinéa 5 nouveau du Code de commerce précise que le mandat de représentation d'un actionnaire à l'Assemblée Générale est révocable dans les mêmes formes que celles requises pour la désignation du mandataire (écrit, le cas échéant électronique).

\* \* \*

Le décret prévoit également l'allongement du délai minimum de convocation de la deuxième Assemblée Générale tenue en cas de défaut de quorum. Le délai entre la date de convocation et la date de cette

deuxième Assemblée devra être de 10 jours, au lieu de 6 jours actuellement (le délai prévu en cas de deuxième convocation dans le cadre d'une OPA, à savoir 4 jours, demeure inchangé). Contrairement aux mesures visées ci-dessus, ces nouvelles dispositions s'appliquent également aux sociétés anonymes non cotées.

\* \* \*

Les dispositions du décret s'appliquent aux Assemblées Générales qui se tiendront à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2010. Elles doivent donc être d'ores et déjà prises en compte pour la préparation des Assemblées dont la tenue est prévue à compter de cette date.

## **CONTENTIEUX**

### **L'arrêt Faurecia : la fin de la « saga » jurisprudentielle sur les clauses limitatives de responsabilité ?**

(Cass. Com. 29 juin 2010, n°09-11.841)

Dans un arrêt rendu le 29 juin 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a souhaité clarifier la question de la validité des clauses limitatives de responsabilité qui avait fait l'objet de nombreux revirements jurisprudentiels, depuis le célèbre arrêt « Chronopost » rendu en 1996, avec lequel elle renoue aujourd'hui.

En l'espèce, un prestataire de services, la société Oracle, s'était engagée à installer un logiciel chez un industriel, la société Faurecia. Les deux sociétés avaient conclu un contrat de mise en œuvre du logiciel, ainsi que des contrats annexes de licences, de maintenance et de formation. N'ayant pas été livrée, la société Faurecia a cessé de régler les redevances, puis a assigné la société Oracle pour dol ou résolution pour inexécution de l'ensemble des contrats signés par les parties.

Le premier arrêt de la Cour de cassation rendu dans cette affaire avait considéré que la société Oracle avait commis un « *manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation* » (Cass. Com. 13 février 2007, n°05-17.407), et avait partiellement cassé l'arrêt d'appel. La Cour d'appel de renvoi, résistant à la Cour de cassation, avait ensuite refusé d'écarter la clause limitative de responsabilité.

La Chambre commerciale a suivi cette solution dans l'arrêt rendu le 29 juin 2010. Elle a en effet considéré, en premier lieu, que « *seule est considérée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ».

En second lieu, la Cour a considéré que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* ».

Ainsi, pour être écartée, une clause qui aménage la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle doit contredire la portée de l'engagement du débiteur, c'est-à-dire vider l'obligation de sa substance.

Le critère ne réside plus seulement dans la nature de l'obligation – essentielle ou non – mais également dans l'effet que produit la clause sur l'obligation.

En cela, la solution adoptée par la Cour de cassation renforce la liberté contractuelle en la matière, tant il est vrai que ce type de clauses limitatives sont souvent le fruit d'une répartition des risques d'inexécution librement négociée entre les parties. C'est d'ailleurs ce qu'à en l'espèce jugé la Cour de cassation, en considérant que la clause limitative résultait d'une libre négociation, que son plafond n'était pas dérisoire, et qu'elle avait bien une contrepartie.

Enfin, le seul manquement à une obligation essentielle ne suffit pas à caractériser une faute lourde. Cet arrêt marque un retour à une conception subjective de la faute lourde, traditionnellement définie comme une négligence d'une extrême gravité confinante au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle. Ainsi, à titre de sanction, un débiteur ayant gravement manqué à son obligation contractuelle ne peut tirer profit d'une clause du même contrat venant limiter sa responsabilité.

## PROCEDURES COLLECTIVES

### **Projet de réforme de la procédure de sauvegarde : la création d'une « procédure de sauvegarde financière expresse »**

Un nouveau projet de réforme de la procédure de sauvegarde a été remis pour consultation à la Chancellerie le 27 juillet 2010, avec pour proposition phare la création d'une « *procédure de sauvegarde financière expresse* ».

Dans le cadre d'une procédure amiable (conciliation, mandat ad hoc), il est indispensable de réunir l'unanimité des créanciers sur le plan de restructuration de l'entreprise. Lorsque la solution proposée recueille l'accord d'une très large majorité de créanciers, mais pas l'unanimité, la seule solution pour le dirigeant est de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Le projet prévoit, aux côtés de la procédure de sauvegarde traditionnelle, la création d'une « *procédure de sauvegarde financière expresse* », qui pourrait être ouverte à la demande d'un débiteur ayant recueilli, à l'issue de la procédure de conciliation (préalable obligatoire), le soutien de la majorité de ses créanciers.

Les effets de cette procédure seraient alors limités aux seuls créanciers financiers, sans conséquence pour les partenaires commerciaux du débiteur dont les créances ne seraient pas gelées mais réglées conformément aux délais contractuellement prévus.

Cette nouvelle procédure de sauvegarde serait donc plus souple d'un point de vue opérationnel et permettrait de perturber le moins possible les relations commerciales des entreprises qui ont su anticiper leurs difficultés financières en ayant recours à la conciliation.

### **Revendication des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété** (Cass. Com, 8 juin 2010, n°09-14.408)

Lorsqu'il est établi que des marchandises vendues avec réserve de propriété existaient dans le patrimoine du débiteur à la date du jugement d'ouverture, le débiteur qui les a revendues postérieurement au jugement d'ouverture peut être condamné à en payer le prix au vendeur.

L'article L.624-16 du Code de commerce, alinéa 2, (ancien article L.624-124) prévoit que « *peuvent également être 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* ».

Que faire dans l'hypothèse où les marchandises qui existaient en nature dans le patrimoine du débiteur au moment du jugement d'ouverture ont ensuite été revendues à un tiers postérieurement au jugement d'ouverture ?

Dans cette espèce, dans une telle hypothèse, le vendeur avait, à défaut de pouvoir obtenir la restitution en nature de ses marchandises, sollicité du tribunal qu'il condamne le débiteur à en payer le prix, sur le fondement de l'ancien article L.624-124 du Code de commerce.

La Cour d'appel avait rejeté la demande du vendeur au motif que, les marchandises ayant été revendues à un tiers acquéreur, l'action en revendication du vendeur ne pouvait s'exercer qu'entre les mains du sous-acquéreur pour la partie du prix de revente de ces marchandises qui éventuellement n'aurait pas encore été payée au débiteur.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'à partir du moment où le vendeur rapporte la preuve qui lui incombait de la présence en nature des marchandises au jour de l'ouverture de la procédure, c'est au débiteur de fournir des explications quant au sort des marchandises litigieuses.

## **CONCURRENCE / DISTRIBUTION**

### **Point sur les échanges d'informations anticoncurrentiels entre entreprises**

A l'occasion de la publication, le 6 juillet 2010, de son Rapport d'activité 2009, l'Autorité de la concurrence a consacré une étude thématique aux échanges d'informations anticoncurrentiels.

Un échange d'informations peut constituer le support d'une entente anticoncurrentielle prohibée par l'article 101 paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») et par l'article L.420-1 du Code de commerce, quand il permet à des opérateurs économiques, généralement concurrents, d'adopter des mécanismes facilitant la coordination de leurs politiques commerciales.

Dans cette étude, l'Autorité rappelle les principaux éléments à prendre en compte dans l'analyse concurrentielle des échanges d'informations. L'appréciation des effets anticoncurrentiels d'un échange d'informations s'effectuant au cas par cas, elle suppose de prendre en compte, de façon combinée, la nature des données échangées, les standards de preuves, la structure du marché, le caractère public des données ainsi que les modalités des échanges.

#### **1. Le contenu des échanges**

En présence d'un échange d'informations, il convient tout d'abord de vérifier si l'objet de l'échange est en lui-même anticoncurrentiel. Tel peut être notamment le cas lorsque les informations échangées portent sur des données futures ou si les communications sont destinées uniquement à des concurrents (à l'exclusion des consommateurs ou des entreprises clientes).

S'il est établi que l'échange d'informations n'a pas d'objet anticoncurrentiel, ses effets doivent être analysés au cas par cas en tenant compte « *des circonstances concrètes* » dans lesquelles ils s'insèrent.

Les échanges d'informations portant sur les prix, les volumes et les coûts sont plus susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels que l'échange d'informations d'autre nature. Une distinction sera faite entre concurrents qui récoltent des informations sur des éléments de tarification et en discutent avec leurs clients ou des tiers, et ceux qui discutent d'éléments de tarification ou d'évolution des prix avec d'autres concurrents.

#### **2. Les standards de preuve**

Selon les autorités de concurrence, les entreprises qui participent à une concertation sont présumées avoir un comportement anticoncurrentiel.

Elles sont ainsi présumées tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur propre comportement sur le marché. La transmission délibérée de données inexactes visant à tromper ses concurrents ne renverse pas la présomption de la participation de l'entreprise à un échange d'informations prohibé.

Cette présomption ne peut être renversée que si l'entreprise qui a pris part aux échanges démontre que sa participation aux accords anticoncurrentiels a cessé et qu'elle s'est distancée expressément et par écrit de l'objet et du contenu de ces discussions. En outre, comme le souligne la Commission européenne, « *l'entreprise impliquée dans de telles pratiques doit apporter des preuves* » que la concertation n'a eu aucun effet sur son comportement sur le marché.

### 3. La structure du marché

L'Autorité de la concurrence rappelle que la transparence entre opérateurs économiques sur un marché bénéficie aux consommateurs tandis que la concentration sur un marché est de nature à favoriser les ententes entre entreprises.

L'existence d'importantes barrières à l'entrée d'un marché, l'évolution de la demande, l'intensité de la concurrence ou encore la possibilité de représailles sont autant de critères que l'Autorité de la concurrence prend en compte pour l'analyse de la structure du marché.

### 4. Le caractère public des données échangées

En principe, l'échange de données qui sont déjà publiques ne constitue pas une violation de l'article 101 paragraphe 1 du TFUE ou L.420-1 du Code de commerce. Le caractère public des données est apprécié au regard de la difficulté et du coût de leur acquisition.

### 5. Les modalités de l'échange

La pratique d'échange d'informations anticoncurrentielles est retenue, que les informations soient transmises directement aux concurrents, par l'intermédiaire d'une structure tierce telle qu'une association professionnelle ou qu'elles le soient de manière clandestine ou connue de tous. La fréquence et le caractère systématique des échanges sont également des éléments d'appréciation importants, même si la faible fréquence ou l'irrégularité des échanges ne suffira pas, à elles seules, à exclure leur caractère anticoncurrentiel.

Il est également rappelé que l'accès des consommateurs aux informations échangées peut, à certaines conditions, militer en faveur du caractère pro-concurrentiel de l'échange. Tel pourrait être le cas, notamment, quand ces informations permettent de comparer les offres des vendeurs et les incite ainsi à se faire concurrence de manière plus intense.

## PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES

### Noms de domaines : limitation de la compétence des juridictions françaises en matière de contrefaçon par des sites Internet étrangers

(Cass. com. 9 mars 2010, pourvoi n°08-16.752)

Il est établi depuis longtemps que les juridictions françaises peuvent être compétentes pour statuer sur des contrefaçons commises par des sites Internet étrangers s'il est possible de démontrer que les faits dommageables se sont produits en France.

En pratique, afin d'attirer une société étrangère contrefaisant une marque française devant un tribunal français, il convenait de faire dresser un procès-verbal de contrefaçon en France pour démontrer que le site Internet étranger était accessible en France.

Or, par son arrêt en date du 9 mars 2010, la Cour de cassation a restreint cette solution aux seuls sites Internet qui visent spécifiquement le public français, soit en ce qu'ils sont accessibles en langue française, soit en ce qu'ils permettent de commander des produits depuis la France.

La Cour de cassation a ainsi tranché une question ayant donné lieu à des décisions divergentes de la Cour d'appel de Paris.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 26 avril 2006, la Cour d'appel de Paris avait estimé que les tribunaux français ne pouvaient être compétents que s'il était démontré un « *lien suffisant, substantiel et significatif* » avec le public français.

A l'inverse, aux termes d'un arrêt en date du 2 décembre 2009, cette même juridiction avait abandonné ce critère au simple motif que le site Internet litigieux était accessible en France, adoptant de ce fait une approche plus souple de la compétence des tribunaux français en matière de sites Internet étrangers.

Il sera désormais nécessaire de caractériser que les internautes français sont bien visés par le site Internet étranger contrefacteur pour donner compétence aux tribunaux français.

## **Droit des marques : la responsabilité d'un moteur de recherche en matière d'affichage d'annonces publicitaires**

(Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n°06-20.230)

Google avait été poursuivi pour contrefaçon des marques « Louis Vuitton » et concurrence déloyale à l'encontre de cette société, au titre du service publicitaire AdWords qu'elle a développé et qu'elle propose à ses clients.

Ce système AdWords permet aux annonceurs, par le biais d'achat de mots clefs, de créer des liens associés à des marques (souvent déposées par des tiers). Bien souvent, ces liens renvoient sur des sites Internet proposant à la vente des produits contrefaisants.

Dans un arrêt en date du 28 juin 2006, la Cour d'appel de Paris avait confirmé le jugement condamnant Google (TGI Paris, 4 février 2005). En effet, elle a refusé d'admettre que Google puisse bénéficier du régime spécifique de responsabilité instauré par la loi du 30 septembre 1986, ainsi que le soutenait Google.

En application de ce texte, Google prétendait qu'elle ne proposait à ses clients qu'une simple activité de prestataire de stockage d'informations. Google soutenait en outre que cette activité ne pouvait générer de responsabilité à son encontre que si, saisie par une autorité judiciaire, elle n'avait pas agi rapidement pour interdire l'accès au contenu litigieux.

La Cour de cassation, saisie par Google, a toutefois cassé l'arrêt d'appel dans la mesure où celui-ci ne précisait pas en quoi la prestation fournie par Google constituait une publicité relevant du champ d'application de l'article L. 121-1 du Code de la consommation (qui définit les pratiques commerciales trompeuses).

Cette affaire a donc été renvoyée une nouvelle fois devant la Cour d'appel de Paris, qui devra qualifier spécifiquement la nature de la prestation fournie par Google pour éventuellement confirmer sa responsabilité.

## **Droit des brevets : proposition de loi visant à modifier le système de rémunération des salariés au titre de leurs inventions**

(Proposition de loi en faveur de la recherche et de l'innovation salariée, n°2288 du 5 février 2010)

Une proposition de loi déposée le 5 février 2010 et en cours d'examen par l'Assemblée Nationale, pourrait modifier substantiellement le régime de rémunération des salariés du fait de leurs inventions.

Le régime actuel (énoncé à l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle) prévoit que les inventions dites de mission (à savoir celles créées par un salarié dans le cadre d'un contrat de travail comportant une mission inventive) sont la propriété de l'employeur. Ce même régime prévoit que la rémunération du salarié au titre de cette invention est déterminée par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail.

Aux motifs que ce régime n'encourage pas les ingénieurs salariés à innover, des députés ont soumis une proposition de loi visant à ériger en principe la règle de rémunération proportionnelle des salariés.

Cette règle, déjà existante pour les inventions dites hors mission (créées par les salariés en dehors de la mission qui leur est confiée aux termes de leur contrat de travail), permettrait donc aux salariés de prétendre à une rémunération proportionnelle à l'exploitation commerciale qui sera faite de son invention.

Il convient d'attendre la mouture finale de ce texte, telle qu'elle aura été votée par le Parlement, pour savoir précisément comment il conviendra de modifier les clauses de propriété intellectuelle figurant dans les contrats de travail.

## **DROIT IMMOBILIER**

### **La responsabilité du maître d'ouvrage délégué** (CAA Paris, 2 juillet 2010)

Dès lors que le maître d'ouvrage délégué est le mandataire du maître d'ouvrage, il agit au nom et pour le compte de celui-ci. Aussi, les obligations contractuelles découlant des contrats conclus entre le maître d'ouvrage délégué, au nom de son mandant, et les entreprises incombent au seul maître d'ouvrage.

En conséquence, l'action en responsabilité engagée à l'encontre du maître d'ouvrage délégué par une entreprise n'est pas fondée.

En l'espèce, un maître d'ouvrage public avait confié à une société la maîtrise d'ouvrage déléguée des travaux de transformation d'un immeuble.

A l'issue d'un appel d'offres infructueux, le maître d'ouvrage délégué, agissant au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, a conclu avec un groupement d'entreprises un marché négocié pour la réalisation de travaux.

Après la réception des travaux, le groupement d'entreprises a fait état de surcoûts et a adressé au maître d'œuvre un mémoire en réclamation, qui a fait l'objet d'une décision expresse de rejet de la part du maître d'ouvrage.

Le groupement a alors introduit une requête devant le Tribunal administratif de Paris tendant à obtenir la condamnation solidaire du maître d'ouvrage et du maître d'ouvrage délégué au montant de sa réclamation.

Le Tribunal administratif a fait droit à la demande de condamnation solidaire du maître d'ouvrage et du maître d'ouvrage délégué mais a minoré le montant des condamnations sollicitées.

La Cour d'administrative d'appel de Paris a censuré la décision du Tribunal administratif en indiquant qu'en agissant au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, le maître d'ouvrage délégué ne peut voir sa responsabilité recherchée par une entreprise, juridiquement liée au seul maître d'ouvrage.

### **Le cautionnement ne peut être mis en œuvre en l'absence de réception des travaux** (Cass. 3ème civ., 13 avril 2010, n°09-11.172)

En application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971, le paiement des acomptes dans les marchés privés peut s'accompagner d'une retenue de garantie légale de 5% du montant des sommes dues. Cette retenue a pour objet de garantir l'exécution des travaux permettant la levée des réserves émises lors de la réception. Cette retenue ne peut donc être mise en œuvre qu'en cas de réception des travaux.

Toutefois, cette retenue peut être remplacée par une caution bancaire fournie par l'entrepreneur et émanant d'un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret (Décret n°71-1058 du 24 décembre 1971).

En l'espèce, le maître d'ouvrage avait confié à un entrepreneur plusieurs lots d'un marché de travaux.

L'entrepreneur avait fourni une caution bancaire du montant de la retenue de garantie. L'entrepreneur ayant abandonné le chantier, le maître d'ouvrage a procédé à un constat de l'état de la qualité des travaux en l'absence de l'entrepreneur, et a assigné la caution en paiement du montant de la retenue.

La Cour d'appel a condamné la banque au paiement de la retenue de garantie au motif que cette dernière ne s'applique pas aux seuls travaux mal exécutés mais également aux inexécutions des travaux promis.

La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans la mesure où la retenue de garantie vise à garantir exclusivement l'exécution des travaux ayant fait l'objet de réserves et non la bonne fin de chantier. En outre, elle considère que le constat de l'état de la qualité des travaux ne vaut pas procès-verbal de réception. Ainsi, en l'absence de réception des travaux, le cautionnement ne peut être mis en œuvre.

### **L'indice des loyers d'activités tertiaires invalidé par le Conseil constitutionnel**

Après l'indice des loyers commerciaux (« ILC »), un accord interprofessionnel avait été dégagé lors du Mipim de mars 2009 pour créer l'indice des loyers d'activités tertiaires (« ILAT ») devant s'appliquer aux activités exclues du champ de l'ILC.

Ce nouvel indice, qui avait pour vocation d'être plus stable que l'indice du coût de la construction (« ICC »), était destiné à l'indexation des baux relatifs aux plateformes logistiques, aux activités industrielles, aux locaux à usage exclusif de bureaux et à ceux des professions libérales.

Il s'agissait d'un indice composite structuré de la façon suivante :

- 50 % de la moyenne annuelle de l'indice des prix à la consommation,
- 25 % de la moyenne annuelle de l'ICC et
- 25 % de la moyenne annuelle du produit intérieur brut en valeur.

Cet accord interprofessionnel qui requérait une consécration législative a été intégré à la loi de finance pour 2010.

Il a été censuré une première fois par le Conseil constitutionnel au motif qu'il n'avait pas sa place dans une loi relative aux finances publiques.

Il a par la suite été intégré à la loi concernant « *l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* », adoptée par l'Assemblée nationale et le Sénat.

Saisi par plus de 60 parlementaires, le Conseil constitutionnel a de nouveau invalidé la disposition qui prévoyait la création de l'ILAT au motif que cet article est dépourvu de tout lien avec l'objet initial du projet de loi.

Afin de voir un jour cet indice s'appliquer aux baux commerciaux, il conviendra de l'intégrer dans un nouveau projet de loi et de le soumettre à nouveau au vote des parlementaires.

Dans l'intervalle, les professionnels du tertiaire devront encore subir les variations incertaines de l'ICC.

## **DROIT SOCIAL**

### **DISCIPLINE ET CONTRAT DE TRAVAIL**

#### **Le dossier disciplinaire peut-il être pris en compte pour apprécier les qualités professionnelles du salarié au moment de déterminer l'ordre des licenciements ?**

(Cass. Soc., 19 mai 2010, n°09/40103)

Si l'article L.1233-5 du Code du travail permet de tenir compte des qualités professionnelles des salariés pour fixer l'ordre des licenciements dans le cadre de licenciements collectifs pour motif économique, la Cour de Cassation précise dans cette espèce l'un des éléments possible d'appréciation de ce critère.

En effet, la Cour admet que le dossier disciplinaire puisse être pris en compte dans l'évaluation des qualités professionnelles, dès lors que :

- les sanctions visées au dossier disciplinaire ne sont pas prescrites (3 ans - article L.1332-5 du Code du travail),
- le dossier disciplinaire ne constitue pas le seul critère d'évaluation des qualités professionnelles (en l'espèce, l'arrêt retient que ce dossier « *n'était qu'un élément à côté de l'aptitude et la polyvalence* » des salariés),
- il n'y a pas de détournement de procédure.

#### **Mise en garde sur le caractère disciplinaire du courriel faisant des reproches au salarié**

(Cass. Soc., 26 mai 2010, n°08-42893)

Cet arrêt est l'occasion de rappeler l'importance des termes choisis par l'employeur lorsqu'il adresse un courriel à l'un de ses salariés.

En l'espèce, un employeur avait adressé à l'une de ses salariées un courriel par lequel il faisait état de nombreuses critiques et exigeait un changement radical. Or, dès le lendemain, cette salariée était convoquée à un entretien préalable puis licenciée pour les mêmes motifs que ceux invoqués dans le courriel.

Invoquant son pouvoir de direction, l'employeur soutenait que le courriel litigieux n'était pas une sanction et que, partant, les griefs invoqués dans celui-ci pouvaient fonder le licenciement de la salariée en cause.

Sans s'attacher au support utilisé, la Cour de Cassation rappelle que le fait d'adresser divers reproches à une salariée, l'invitant de façon impérative à un changement radical, matérialise la sanction d'un comportement estimé fautif par l'employeur et doit être qualifié d'avertissement, et donc empêche un licenciement sur ce même fondement.

La Cour de cassation s'attache au caractère écrit des observations faites par l'employeur. L'assimilation du courrier électronique à la lettre est d'autant plus caractérisée que la Cour de Cassation n'hésite pas, en l'espèce, à utiliser, le terme « *lettre* » lorsqu'elle évoque le courriel litigieux.

## **CLAUSE DE NON CONCURRENCE**

### **Quand lever la clause de non-concurrence en l'absence de délais conventionnels ou contractuels ?**

(Cass. Soc., 13 juillet 2010, n°09-41626)

La Cour de Cassation opère un revirement de jurisprudence en jugeant désormais qu'en l'absence de délai fixé par la convention collective applicable ou le contrat de travail, la clause de non-concurrence doit être levée « **au moment du licenciement** », et non plus dans un délai raisonnable, comme elle jugeait auparavant.

A défaut, elle estime que le salarié demeure « *dans l'incertitude quant à sa liberté de travailler* ».

C'est pourquoi, dans cet arrêt, la Cour de cassation a sanctionné par la nullité la clause permettant à l'employeur de renoncer unilatéralement à l'application de la clause de non-concurrence pendant toute la durée d'exécution de l'obligation de non-concurrence (24 mois). En l'espèce, la clause avait été levée près de deux mois et demi après la notification du licenciement.

En conséquence, en l'absence de dispositions conventionnelles, il conviendra de veiller, dans la rédaction de la clause contractuelle fixant le délai de renonciation à l'obligation de non-concurrence, au respect de ce délai nouvellement dégagé par la jurisprudence. En cas contraire, l'employeur pourrait être empêché de lever cette clause et être tenu de verser la contrepartie financière pendant l'intégralité de la durée de cette obligation de non-concurrence.

Toutefois, la Cour de Cassation laisse planer une incertitude quant à la notion de « *moment du licenciement* ». Se réfère-t-elle au jour de la notification du licenciement ou à celui de l'expiration du préavis ? En attendant que la Cour de cassation le précise, il nous semble plus prudent de retenir la date de notification du licenciement.



**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 contrat 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-associés.com](http://www.bersay-associés.com)  
[contact@bersay-associés.com](mailto:contact@bersay-associés.com)