



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**

**DROIT DES SOCIETES ..... 2**

La remise en cause des délégations de pouvoir dans les sociétés par actions simplifiées .....2

Actualités diverses en droit des sociétés .....2

**DROIT BANCAIRE ..... 3**

Obligation de mise en garde du banquier .....3

**PROCEDURES COLLECTIVES ..... 5**

Etat de cessation des paiements : précision sur le définition du passif exigible .....5

**CONCURRENCE/DISTRIBUTION ..... 5**

Première application de la notion de déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I-2° du Code de commerce .....5

**PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES ..... 6**

Notions de producteur et d'auteur prévues à l'article L. 132-31 du Code de la propriété intellectuelle .....6

Google est lourdement condamnée pour avoir numérisé des centaines de livres protégés par le droit d'auteur .....7

La responsabilité du prestataire de service de référencement .....8

**DROIT IMMOBILIER ..... 9**

DROIT DE LA CONSTRUCTION .....9

Le maître d'œuvre engage sa responsabilité en cas de sous-traitance occulte .....9

BAUX COMMERCIAUX .....9

Régime spécial de la poursuite des baux commerciaux en cours .....9

Date pour laquelle le congé doit être donné ..... 10

**DROIT SOCIAL ..... 10**

Harcèlement ..... 10

Santé au travail ..... 11

Négociation collective ..... 11

Rupture du contrat de travail et droit individuel a la formation (DIF) ..... 11

**LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET ..... 12**

## **DROIT DES SOCIETES**

### **La remise en cause des délégations de pouvoir dans les sociétés par actions simplifiées**

Plusieurs arrêts récents de Cours d'appel (notamment, CA Versailles, 14<sup>ème</sup> ch., 25 juin 2008, CA Versailles 5<sup>ème</sup> ch., 24 sept. 2009 et CA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 3 décembre 2009 et 10 décembre 2009) relatifs à la validité des délégations de pouvoirs au sein de sociétés par actions simplifiées (« SAS ») ont jugé qu'une délégation de pouvoirs dans une SAS, au profit d'un Directeur Général, d'un Directeur Général Délégué ou de toute autre personne – tiers ou associé –, ne pouvait être opposable aux tiers à la SAS que dans la mesure où (i) les statuts mentionnent expressément cette délégation de pouvoirs et sont déposés au greffe compétent et (ii) la mention de cette délégation de pouvoirs figure sur le K-bis de la société.

Tout acte conclu dans une SAS par une personne autre que le Président sur le fondement d'une délégation de pouvoirs ne respectant pas ce formalisme encoure donc la nullité.

Les Directeurs Généraux ou Directeurs Généraux Délégués, en tant que mandataires sociaux, détiennent leurs pouvoirs, non d'une délégation de pouvoirs du président de la SAS mais de leur nomination et des déclarations correspondantes au Registre du Commerce et des Sociétés (« RCS »). Aussi, comme leurs pouvoirs sont inhérents à leur mandat social, les Cours d'appel paraissent confondre les notions de Directeur Général salarié et de Directeur Général mandataire.

Ces arrêts, rendus en matière sociale, ajoutent ainsi des conditions de validité aux délégations de pouvoirs dans les SAS qui n'existent pas dans les sociétés anonymes.

Dans l'attente de la position de la Cour de cassation sur ce point, il convient (i) de respecter le formalisme (inscription au RCS et dans les statuts de la société) posé par les juges du fond pour éviter un risque de nullité des actes conclus par une personne autre que le Président, notamment les décisions de licencier les salariés d'une SAS ou (ii) de soumettre à la signature du Président tous les actes engageant la société.

### **Actualités diverses en droit des sociétés**

#### **Portée d'un engagement de soutien d'une filiale contenu dans une lettre d'intention**

Une société mère ne peut pas transformer l'obligation de résultat qu'elle avait souscrite initialement envers une banque en envoyant une seconde lettre d'intention modifiant son engagement en obligation de moyen (Cass. com., 19 janv. 2010).

#### **Initiés – Information privilégiée**

L'information selon laquelle le chiffre d'affaires d'une société cotée est supérieur aux attentes du marché constitue une information privilégiée puisqu'une telle information est précise, objective, non publique et susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours du titre (CA Paris, ch. 7-5, 23 fév. 2010).

#### **Responsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé : préjudice personnel distinct**

L'associé, n'étant pas un tiers par rapport à la société, est dispensé de rapporter la preuve d'une faute séparable des fonctions d'un dirigeant pour mettre en cause sa responsabilité. Il doit néanmoins établir un préjudice personnel distinct de celui subi par la société (Cass. com., 9 mars 2010).

#### **Clause de préemption : apport en société de titres**

Une clause de préemption visait les cas où les signataires « projeteraient de céder » leurs titres.

La Cour de cassation considère qu'une telle clause doit être interprétée strictement.

L'apport des titres à une société échappe ainsi à l'application de cette clause de préemption qui régit exclusivement la cession (Cass. com. 15 déc. 2009).

#### **Différend en cas de cession de droits sociaux : clause de fixation de prix ou clause compromissoire**

Le protocole d'accord soumettant le calcul du complément de prix de cession à un tiers en cas de désaccord s'analyse en une clause de fixation de prix et non pas en une clause compromissoire, dès lors que le tiers estimateur a pour mission de parfaire un contrat incomplet en se fondant sur des éléments de faits et non pas en statuant en droit.

L'intérêt de cette qualification réside dans le régime des voies de recours. En effet, si la sentence arbitrale est susceptible d'appel, la décision rendue par le tiers estimateur est sans recours (Cass.com 16 fév. 2010).

## **Société par actions simplifiée : nullité d'une promesse de cession d'actions**

Si la jurisprudence autorise les promesses de cession d'actions en cas de licenciement d'un actionnaire salarié, un tel engagement s'analyse non en une clause de rupture mais en une clause d'exclusion qui dans les sociétés par actions simplifiées doit être prévue dans les statuts pour être licite. En l'absence de stipulations statutaires la promesse de cession d'actions est donc illicite et doit être annulée (TGI Paris 4 mars 2009 ch. 9-2 RG 07/17033).

## **Le salarié licencié pour faute grave ne peut pas être privé du bénéfice de ses stock-options**

En cas de licenciement pour faute grave, la privation de la faculté pour le salarié licencié d'exercer ses stock-options constitue une sanction pécuniaire prohibée qui ne pouvait être prévue dans le plan de stock-options (Cass. soc. 21 oct. 2009).

## **DROIT BANCAIRE**

### **Obligation de mise en garde du banquier**

La jurisprudence a progressivement dégagée une obligation de mise en garde à la charge du banquier dispensateur de crédit au bénéfice de l'emprunteur non averti contre les risques d'endettement liés à un crédit excessif.

La responsabilité de l'établissement de crédit peut ainsi être recherchée à trois conditions :

- 1) que l'emprunteur soit « non averti », ce caractère étant apprécié, que l'emprunteur soit un particulier ou un professionnel, en fonction de ses capacités à mesurer le risque pris et en fonction de la complexité de l'opération ;
- 2) que le crédit soit excessif, c'est à dire qu'il conduise à l'endettement dans la mesure où il dépasse les facultés financières de l'emprunteur ;
- 3) que le banquier n'ait pas alerté l'emprunteur du risque d'endettement né de l'octroi des prêts, en s'étant préalablement renseigné sur la viabilité du projet financé et sur les capacités financières de l'emprunteur

Ces derniers mois, plusieurs arrêts de la Cour de Cassation sont venus préciser le régime de l'action en responsabilité à l'égard du banquier pour manquement à cette obligation de mise en garde.

### **➤ Un arrêt de la chambre commerciale du 20 octobre 2009 (n°08-20.274) a d'abord précisé la définition du préjudice né du manquement à l'obligation de mise en garde.**

La Cour de cassation énonce que « *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter* ».

Elle casse ainsi l'arrêt d'appel qui, pour condamner le prêteur à une indemnité égale au montant de la dette, avait considéré que le préjudice consistait pour le prêteur à devoir faire face au remboursement du prêt qui lui était consenti. Cette solution postulait nécessairement que si le banquier avait convenablement exécuté son obligation, l'emprunteur n'aurait pas conclu le contrat, alors qu'en réalité, l'emprunteur peut toujours décider de ne pas suivre le conseil qui lui a été prodigué.

- **Dans un arrêt du 19 novembre 2009 (n°08-13.601), la première chambre civile de la Cour de cassation est ensuite venue préciser les conditions de mise en œuvre de la responsabilité bancaire.**

La Cour de cassation confirme que le devoir de mise en garde du banquier n'existe qu'à la condition que le crédit consenti soit excessif.

Il suffit que le prêt consenti soit adapté aux capacités financières de l'emprunteur pour que la banque soit dispensée de son devoir de mise en garde.

- **Dans deux autres arrêts du mois de novembre 2009 (n°08-70.197 et n°07-21.382), la Cour de cassation a précisé le régime de la preuve du manquement du banquier à son devoir de mise en garde.**

En matière de manquement à l'obligation de mise en garde du banquier, la charge de la preuve est renversée. Dans un arrêt du 17 novembre 2009 (n°08-70.197), la chambre commerciale a ainsi précisé que la preuve de la qualité d'emprunteur averti ou non averti incombe à l'établissement de crédit car c'est à lui de démontrer qu'il était en droit de ne pas exercer son devoir de mise en garde.

Dans un second arrêt du 19 novembre 2009 (n°07-21.382), la première chambre civile a rappelé qu'il incombe également à l'établissement de crédit de rapporter la preuve de l'adaptation du crédit aux capacités financières de l'emprunteur. Cependant, le fait que les premières échéances du crédit aient été honorées sans difficulté constituera le plus souvent une preuve à posteriori de l'adaptation du crédit.

Pour rapporter la preuve de l'adaptation du crédit, le banquier devra démontrer qu'il a accordé le crédit au vu des renseignements dont il a demandé la communication et auxquels il est en droit de se fier. A cet égard, un arrêt du 8 décembre 2009 (n°08-14.848) de la première chambre civile a ainsi rappelé que : « *n'est pas fondé à reprocher à la banque un manquement à son devoir de mise en garde l'emprunteur non averti qui fait preuve de déloyauté vis-à-vis de celle-ci pour l'inciter à lui accorder son concours* ». La déloyauté de l'emprunteur efface ainsi le manquement du banquier à son devoir de mise en garde.

- **Dans un dernier arrêt du 26 janvier 2010 (n°08-18.354), la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé le point de départ de l'action en responsabilité à l'encontre du banquier pour manquement à son obligation de mise en garde.**

La Cour de cassation énonce : « *La prescription de l'action en responsabilité à l'encontre du banquier court à compter de la date de réalisation du dommage ou à la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits.* »

En pratique, en effet, l'emprunteur prend conscience qu'un crédit est excessif et qu'en conséquence son banquier a pu manquer à son devoir de mise en garde au jour de sa première échéance impayée. Si le défaut de paiement intervient plusieurs années après que le crédit ait été accordé, le crédit ne peut être considéré comme excessif car les premières échéances ont été payées sans difficultés.

## PROCEDURES COLLECTIVES

### Etat de cessation des paiements : précision sur le défnition du passif exigible

En application de l'article L.631-1 du Code de commerce, une procédure de redressement judiciaire est ouverte à tout débiteur exerçant une activité commerciale qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.

Aux termes d'un arrêt rendu le 9 février 2010 (Cass. com., 9 février 2010, n°09-10.880), la Cour de cassation a jugé qu'une créance dont le sort définitif est subordonné à une instance pendante est une créance litigieuse, dépourvue d'un caractère certain et qui ne peut donc être incluse dans le passif exigible du débiteur.

Dans cette affaire, une société avait été assignée en liquidation judiciaire par un de ses créanciers sur le fondement d'une créance faisant l'objet d'une procédure devant la Cour d'appel, à la suite d'une décision prononcée en référé. L'ordonnance de référé avait été contestée en appel par la société débitrice et le sort de la créance n'avait pas encore été définitivement tranché.

Le Tribunal de commerce avait alors sursis à statuer dans l'attente de la décision définitive des juges du fond sur le bien fondé de la créance.

La Cour d'appel avait infirmé cette décision et ordonné le redressement judiciaire du débiteur, en considérant que l'ordonnance de référé obtenue par le créancier conférait d'ores et déjà à la créance litigieuse les caractères d'une créance certaine, liquide et exigible, autorisant son admission au passif exigible de la société débitrice.

Cette décision est cassée par la Cour de cassation qui juge qu'une telle créance est dépourvue de caractère certain dès lors que son sort définitif est subordonné à une instance pendante devant les juges du fond.

## CONCURRENCE/DISTRIBUTION

### Première application de la notion de déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I-2° du Code de commerce

L'article L. 442-6, I- 2° du Code de commerce dispose : « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur ou commerçant (...) de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Le Tribunal de commerce de Lille a rendu la première décision appliquant cette disposition introduite par la LME du 4 août 2008 en sanctionnant un distributeur pour déséquilibre manifeste (T. com. Lille, 6 janvier 2010, n°2009-05184, Min. éco c/ SAS Castorama France).

Sur assignation du Ministre de l'Economie, le Tribunal de commerce de Lille a jugé que certaines pratiques mises en place par le distributeur constituaient une pratique commerciale abusive au sens de l'article L. 442-6, I- 2° du Code de commerce. Il a ainsi jugé que caractérisaient un déséquilibre significatif les pratiques suivantes :

- 1- le paiement mensuel d'acomptes sur des remises différées,
  - 2- l'imposition d'une pénalité de retard à un taux journalier de 1% du montant réglé,
  - 3- le caractère automatique et unilatéral du paiement par virement, sans possibilité de compensation.
- et
- 4- l'absence de modification des acomptes en cours de contrat en cas de baisse du volume d'affaires.

Prenant prétexte de la réduction des délais de paiement imposée par la loi LME qui plafonne les délais de paiement conventionnels depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, le distributeur avait modifié les délais de paiement des acomptes de remises différées (ou « ristournes de fin d'année ») afin d'améliorer sa propre trésorerie. Le distributeur a ainsi prévu des acomptes mensuels payables en fin de mois pour le versement de ristournes conditionnelles.

Le décalage entre les délais de paiement pratiqués par le distributeur et ceux exigés pour le paiement des acomptes (de 2 à 3 mois) a été défavorable au fournisseur, ces délais n'étant ni symétriques ni véritablement négociés.

L'obligation de paiement par virement, sans possibilité de compensation entre les factures renforce le caractère déséquilibré des conditions de paiement alors que le distributeur se réservait pour sa part le droit de pratiquer la compensation. Le Tribunal a en outre relevé que « *le choix du paiement doit rester une liberté économique négociable* ».

Le Tribunal a relevé que cette pratique d'acomptes mensuels a provoqué une dégradation du fonds de roulement des fournisseurs, qui n'a pas été compensée, et a créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en faveur du distributeur.

Les juges de première instance ont de plus considéré que le fait d'imposer, sans concertation, des pénalités de retard à ses fournisseurs à un taux journalier qualifié d'usuraire de 1% du montant réglé, en opérant de plus un règlement par une compensation automatique de ces pénalités avec les sommes dues par le distributeur à ses fournisseurs, avait aggravé le déséquilibre de la relation en défaveur du fournisseur.

En outre, le distributeur, en mettant en place ces pratiques, ne respectait pas l'accord dérogatoire de branche qui lui était applicable.

Enfin, les conditions d'achat ne contenaient aucune clause prévoyant la modification du montant des remises en cas de variation d'activité. Des demandes d'avoirs étaient en effet adressées par anticipation par le distributeur, sans que leurs montants ne soient ensuite adaptés au volume d'affaires réellement constaté.

Le déséquilibre significatif entre les parties était renforcé par le fait que les pratiques n'étaient ni réciproques ni symétriques puisque les conditions de paiement applicables au fournisseur et au distributeur étaient différentes.

Le Tribunal a ordonné la cessation des pratiques et a prononcé une amende civile de 300.000 euros à l'encontre du distributeur, s'écartant toutefois de la demande du Ministre de l'Economie qui avait souhaité une amende de 2 millions d'euros.

Le Ministre de l'Economie, en faisant délivrer neuf assignations à la fin de l'année 2009, a démontré sa volonté de voir appliquer le texte de l'article L. 442-6, I- 2° du Code de commerce. La décision qui sera rendue en appel, ainsi que les décisions rendues sur les huit autres dossiers, permettront de préciser davantage les contours d'un texte faisant appel à des notions subjectives (telle que « *déséquilibre* », ou son caractère « *significatif* »).

## **PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES**

### **Notions de producteur et d'auteur prévues à l'article L. 132-31 du Code de la propriété intellectuelle**

Le contrat de commande pour la réalisation d'une œuvre publicitaire doit être formalisé par écrit en application des dispositions de l'article L. 132-31 du Code de la propriété intellectuelle (le « CPI »).

Cet article L. 132-31 du CPI prévoit que « *le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation, de l'importance et de la nature du support* ». Dans l'hypothèse où ces conditions ne sont pas réunies, le droit commun des contrats régit les relations contractuelles entre les parties.

La question de la qualification juridique du « producteur » et surtout de l'« auteur » fait depuis plusieurs années l'objet d'un intense débat doctrinal et jurisprudentiel. Certains juristes considèrent que l'auteur de l'œuvre publicitaire ne peut être qu'une personne physique et que le producteur doit donc être considéré comme une agence de publicité. A l'inverse, d'autres considèrent que l'auteur peut être également une personne morale et que le producteur doit donc être considéré comme un annonceur.

Dans un arrêt du 8 décembre 2009 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 décembre 2009, N° de pourvoi : 08-18360), la première chambre civile de la Cour de cassation s'est, pour la première fois, prononcée sur la question de la qualification du producteur et de l'auteur au regard de l'article L. 132-31 du CPI.

En l'espèce, une société de transports avait confié à une agence de publicité la réalisation de l'ensemble de ses campagnes publicitaires. Les termes de leur accord étaient formalisés par un devis et une facture. Après rupture du contrat, l'agence avait reproché à son client d'utiliser, sans son autorisation, les œuvres réalisées, alors qu'elle considérait que les droits d'exploitation ne lui avaient pas été cédés, et a assigné son client en paiement des droits d'exploitation sur le fondement de l'article L. 132-31 du CPI.

Dans cette affaire, la Cour d'appel de Lyon avait considéré que l'article L. 132-31 du CPI s'appliquait aux relations contractuelles entre les parties, considérant que le client devait être qualifié de producteur au sens de cet article, et qu'aucune stipulation contractuelle restreignait la possibilité d'exploiter l'œuvre publicitaire que le client avait commandé auprès de l'agence de publicité.

Pour casser cet arrêt, la Cour de cassation énonce clairement que l'article L. 132-31 du CPI ne s'applique pas aux rapports entre l'annonceur et l'agence de publicité (personnes morales), car cette disposition régit uniquement les « *contrats consentis par l'auteur, personne physique, dans l'exercice de son droit d'exploitation* ».

## **Google est lourdement condamnée pour avoir numérisé des centaines de livres protégés par le droit d'auteur**

Dans le cadre d'une procédure particulièrement médiatisée, le Tribunal a reconnu que Google s'était rendue coupable de contrefaçon en numérisant des centaines d'œuvres littéraires protégées et en mettant à la disposition du public via sa plate-forme « Google Recherche de Livres », sur le site Internet « [www.books.google.fr](http://www.books.google.fr) ».

Google a donc été condamnée à régler des dommages et intérêts d'un montant de 300.000 euros. De même, elle s'est vue interdire de poursuivre l'exploitation des textes litigieux et ce, sous astreinte de 10.000 euros par jour.

Au-delà de l'ampleur des condamnations prononcées, cette décision est importante en ce qu'elle a tranché deux questions de droit, connexes à l'objet premier de ce dossier.

**1.** La première de ces questions concerne la recevabilité à agir de syndicats professionnels.

En l'espèce, parmi les demanderessees figuraient, outre les maisons d'édition cessionnaires des droits sur les ouvrages reproduits sans autorisation, le Syndicat National de l'Édition (le « SNE ») et la Société des Gens de Lettres (la « SGDL »).

Google a contesté la recevabilité à agir de ces deux syndicats dans la mesure où ils n'étaient pas cessionnaires des droits d'auteur sur les ouvrages numérisés.

Le Tribunal a toutefois estimé que le SNE était recevable à agir dans la mesure où l'article L. 331-1 alinéa 2 du CPI prévoit que les organismes de défense professionnelle « *ont qualité pour ester en justice pour la défense des droits dont elles ont statutairement la charge* ».

S'agissant de la SGDL, le Tribunal l'a déclarée recevable à agir dans la mesure où, même si seules six œuvres de son répertoire avaient été numérisées, en application de l'article 31 du Code de procédure civile, une « *association déclarée peut réclamer en justice réparation des atteintes portées aux intérêts collectifs de ses membres* ».

**2.** La seconde et plus épineuse question concerne la loi applicable. Or, cette question se pose bien souvent dans des délits complexes, à savoir des litiges relatifs à une contrefaçon transnationale (ce qui est très souvent le cas via le réseau Internet).

Google a soutenu que ce litige relevait de la seule loi américaine, aux motifs que « *la loi applicable en matière de délits complexes commis sur le réseau Internet serait celle de l'Etat sur le territoire duquel se sont produits les agissements litigieux, sauf à établir une proximité particulièrement étroite avec la France, ce qui serait impossible en l'espèce dès lors que le processus de numérisation des ouvrages considérés a été effectué aux Etats-Unis* ».

Cet argument est délicat dans la mesure où il implique de déterminer quelle interprétation il convient de faire des termes « *territoire sur lequel se sont produits les agissements litigieux* ».

En effet, ce territoire peut s'entendre soit comme celui sur lequel l'acte de reproduction (qui sert de fondement au délit de contrefaçon) a eu lieu (en l'espèce, les Etats-Unis), soit comme celui sur lequel le fait dommageable s'est produit (en l'espèce, la diffusion en France en français).

Le Tribunal a toutefois estimé que la loi française était applicable, dans la mesure où il présentait « *une proximité suffisante avec la France* », aux motifs que :

- le litige concernait des œuvres d'auteurs français numérisées pour être accessibles aux internautes français sur le territoire français,
- la majorité des sociétés demanderessees étaient établies en France,
- le nom de domaine permettant l'accès au site Internet « [www.books.google.fr](http://www.books.google.fr) » a une extension en « .fr »,
- le site internet « [www.books.google.fr](http://www.books.google.fr) » est rédigé en langue française.

Il importe désormais de voir si la Cour d'appel de Paris, d'ores et déjà saisie de ce dossier, confirmera cette analyse.

## **La responsabilité du prestataire de service de référencement**

Dans un arrêt rendu le 23 mars 2010, la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE ») s'est prononcée (a) sur la légalité de l'emploi, en tant que mots clés dans le cadre d'un service de référencement sur internet, de signes correspondant à des marques, sans que les titulaires de celles-ci n'aient donné leur consentement et (b) sur la responsabilité du prestataire du service de référencement qui en découle.

En l'espèce, la société Google, proposant un service de référencement dénommé « AdWords » était assignée par plusieurs sociétés dont Louis Vuitton, pour atteinte à leur droit de marque respectif.

En effet, lors de l'utilisation du moteur de recherche, la saisie par les internautes des termes constituant ces marques faisait apparaître des liens commerciaux vers des sites proposant des imitations de produits ou des produits concurrents.

(a) *Sur l'emploi de mots clés correspondant à des marques d'autrui dans le cadre d'un service de référencement sur internet :*

Rappelant que l'usage de signes correspondant à des marques, sans que les titulaires de celles-ci n'aient donné leur consentement, viole le droit exclusif que tire le titulaire de sa marque lorsqu'il est fait par l'utilisateur dans le cadre de sa propre communication commerciale, la Cour a considéré que tel n'était pas le cas du prestataire d'un service de référencement. En effet, celui-ci permet à ses clients (les annonceurs) de faire usage de signes identiques ou similaires à des marques, mais ne fait pas lui-même un usage desdits signes.

Dès lors, seuls les annonceurs commettent un acte de contrefaçon à l'égard des marques en utilisant les signes d'un concurrent pour proposer des produits ou services similaires ou identiques, dans le cadre de leur propre communication commerciale.

Le titulaire de la marque est alors habilité à interdire cet usage par l'annonceur si celui-ci est susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque.

En l'espèce, la CJUE considère qu'il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque quand l'annonceur ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'un tiers, ce qu'il incombe à la juridiction nationale d'apprécier.

Le titulaire de la marque est également habilité à interdire à un annonceur l'usage d'un signe identique à sa marque lorsque cet usage porte atteinte à la fonction de publicité de la marque, élément de

promotion des ventes ou instrument de stratégie commerciale.

En l'espèce, la CJUE estime que l'usage d'un signe identique à une marque d'autrui dans le cadre d'un service de référencement tel que Google AdWords n'est pas susceptible de porter atteinte à la fonction de publicité des marques. En effet, l'affichage « gratuit » qui fait apparaître le site du titulaire de la marque dans l'un des premiers rangs de la liste de résultats « naturels » assure une visibilité pour l'internaute des produits ou services du titulaire.

(b) *Quant à la responsabilité du prestataire de service de référencement :*

La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 (« commerce électronique ») limite la responsabilité des prestataires intermédiaires de services de la société de l'information.

La CJUE estime qu'un prestataire de services de référencement sur internet peut en bénéficier à condition que son comportement soit celui d'un intermédiaire neutre ayant une activité purement technique et passive. Ceci implique que le prestataire n'ait ni la connaissance, ni le contrôle des données qu'il stocke.

Il appartient aux juridictions nationales de déterminer si un prestataire de référencement est susceptible de voir sa responsabilité limitée à ce titre.

En revanche, la CJUE souligne que Google, dans le cadre de son activité de référencement, joue un rôle dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés, élément susceptible de remettre en cause le bénéfice d'une limitation de sa responsabilité.

En conclusion, la responsabilité des annonceurs peut être engagée, celle du prestataire de service de référencement ne pouvant être recherchée que dans le cas où son comportement est celui d'un intermédiaire actif contrôlant les données qu'il stocke.

## **DROIT IMMOBILIER**

### **DROIT DE LA CONSTRUCTION**

#### **Le maître d'œuvre engage sa responsabilité en cas de sous-traitance occulte**

Aux termes de l'article 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, le maître d'ouvrage doit, s'il a connaissance sur le chantier d'un sous-traitant qui ne lui a pas été présenté et dont il n'a pas agréé les conditions de paiement, mettre en demeure l'entrepreneur principal de faire accepter son sous-traitant et agréer ses conditions de paiement.

A défaut, il engage sa responsabilité.

Dans ce cas, peut-il appeler en garantie le maître d'œuvre qui avait également connaissance de la présence du sous-traitant en situation irrégulière sur le chantier ?

Dans un premier arrêt de 2008, la Cour de cassation a considéré que le maître d'œuvre qui a informé le maître d'ouvrage de la présence du sous-traitant sur le chantier, à une période où le maître d'ouvrage avait encore la faculté de faire procéder à la régularisation du sous-traitant, ne peut voir sa responsabilité engagée (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 mars 2008, 07-13.651).

Dans un nouvel arrêt du 10 février 2010, la 3<sup>ème</sup> Chambre de la Cour de cassation a réaffirmé sa position en retenant la responsabilité du maître d'œuvre, pour manquement à son obligation de conseil, qui n'a pas alerté en temps utile le maître d'ouvrage sur la présence sur le chantier d'un sous-traitant non accepté et dont les conditions de paiement n'ont pas été agréées.

Dans cette espèce, le maître d'ouvrage avait fait édifier un ensemble immobilier comprenant un hôtel et des commerces. Il avait confié le lot "charpente couverture" à une entreprise, laquelle avait sous-traité la fourniture et la pose de lauzes de Luzern en guise de toit apparent.

L'entreprise principale ayant été mise en redressement judiciaire, le sous-traitant a assigné le maître d'ouvrage en paiement du solde restant dû sur le fondement de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975.

Le maître d'ouvrage a appelé en garantie le maître d'œuvre.

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry, le 25 novembre 2008, en considérant que le maître d'œuvre qui n'a pas informé le maître d'ouvrage de la présence du sous-traitant en temps utile doit le garantir, dans une proportion laissée à l'appréciation du juge du fond.

Dans les deux arrêts de la Cour de cassation de 2008 et de 2010, le maître d'œuvre était investi d'une mission de maîtrise d'œuvre complète incluant la direction des travaux et leur coordination et il entrait dans sa mission d'alerter le maître d'ouvrage sur la présence sur le chantier d'une sous-traitance occulte.

En conclusion, le maître d'œuvre, investi d'une mission de maîtrise d'œuvre complète, qui ne prévient pas en temps utile le maître d'ouvrage de la présence d'un sous-traitant irrégulier, peut être appelée en garantie par le maître d'ouvrage condamné à indemniser le sous-traitant sur le fondement de l'article 14-1 du 31 décembre 1975.

### **BAUX COMMERCIAUX**

#### **Régime spécial de la poursuite des baux commerciaux en cours**

La réforme apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 a mis fin à une controverse sur l'articulation des articles L. 622-13, L. 622-14 et L. 631-14 du Code de commerce en ce qui concerne la poursuite du contrat de bail soumis aux statuts des baux commerciaux.

Auparavant, le bailleur pouvait mettre en demeure l'administrateur judiciaire de prendre parti sur la poursuite du bail et obtenir sa résiliation en l'absence de réponse de celui-ci.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a toutefois exclu cette faculté pour les procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ouvertes depuis le 15 février 2009.

La question de l'efficacité d'une telle mise en demeure demeurait cependant pour les procédures ouvertes depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2006, compte tenu de la solution ambiguë apportée sur ce point par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005.

Par un arrêt de principe de la chambre commerciale du 2 mars 2010 (Com. 2 mars 2010, n°09-10.410), la Cour de Cassation a tranché cette difficulté en jugeant que, dans le cas d'un redressement judiciaire du locataire au cours de cette période, l'envoi par le bailleur à l'administrateur judiciaire d'une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du bail est sans effet et que le bail n'est pas de plein droit résilié par l'absence de réponse à une telle mise en demeure.

En l'espèce, par jugement du 8 novembre 2006, le locataire de locaux commerciaux au titre d'un bail renouvelé avait été mis en redressement judiciaire. Le bailleur avait alors mis en demeure l'administrateur judiciaire du preneur de prendre parti sur la poursuite du bail, par courrier du 20 décembre 2006.

### **Date pour laquelle le congé doit être donné**

La loi du 4 août 2008 a modifié la rédaction de l'article L. 145-9 du Code de commerce relatif à la date du congé. Désormais, « *les baux de locaux (...) ne cessent que par l'effet d'un congé donné pour le dernier jour du trimestre civil et au moins six mois à l'avance* ».

Le 28 janvier 2010, la 18<sup>ème</sup> chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris a précisé le champ d'application de cette disposition, estimant qu'elle ne s'applique que dans le cadre d'une tacite prorogation.

En l'espèce, un bail commercial à effet du 16 février 2004, d'une durée de neuf ans, prévoyait une faculté de résiliation triennale pour le preneur seul, moyennant un préavis de sept mois.

Le preneur a délivré un congé par acte extrajudiciaire le 6 juillet 2009, aux termes duquel « *ledit contrat de bail stipule expressément que le preneur aura la faculté de donner un congé à l'expiration de chaque période triennale, par acte extrajudiciaire délivré au moins six mois avant l'expiration de la période triennale en cours* », reprenant ainsi les termes de la loi du 4 août 2008, et que le congé était donné pour le 15 février 2010.

Si la date de délivrance du congé était régulière, cet acte avait toutefois été signifié au mandataire du bailleur, et non à celui-ci, ce qui devait entraîner sa nullité.

A l'occasion de cette affaire, le Tribunal de grande instance de Paris a énoncé que : « *les nouvelles dispositions de l'article L.145-9 du Code de commerce, découlant de la loi du 4 août 2008, en ce qui concerne la date pour laquelle le congé doit être donné, lorsque l'échéance contractuelle n'est pas celle d'un trimestre civil, ont vocation à s'appliquer en cas de tacite prorogation du bail, mais non à l'occasion d'un congé donné en fin de période triennale* ».

## **DROIT SOCIAL**

### **Harcèlement**

#### **Une obligation de résultat de sécurité pèse sur l'employeur**

Dans deux arrêts (*Cass. Soc., 3 février 2010, n°08-44019 ; Cass. Soc., 3 février 2010, n°08-40144*), deux salariées avaient été victimes de harcèlement sexuel et moral de la part d'autres salariés.

Chaque employeur avait alors pris, dans les deux cas, des mesures afin de faire cesser ces agissements – notamment en éloignant les salariés les uns des autres – et ce, dès que les faits avaient été portés à sa connaissance. Pour autant, les salariées avaient pris acte de la rupture de leur contrat de travail aux torts exclusifs de leur employeur.

La Cour de cassation requalifie ces prises d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse, en considérant que les employeurs avaient manqué à leur obligation de résultat de sécurité s'agissant de la santé physique et mentale de leurs salariées.

#### **Harcèlement moral et prescriptions de la médecine du travail** (*Cass. Soc., 28 janvier 2010, n°08-42616*)

Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que le fait pour un employeur de ne pas aménager le poste d'une salariée et ce, au mépris des prescriptions et des préconisations du médecin du travail, caractérise le harcèlement moral.

En l'espèce, la salariée occupait le poste de responsable de rayon, ce qui supposait, selon l'employeur, l'accomplissement de tâches de manutention lourde. Or, à la suite d'un accident du travail, le médecin du travail avait considéré que la salariée ne devait pas supporter de charges lourdes.

Pour autant, l'employeur n'avait pas tenu compte de ces préconisations et avait proposé, à plusieurs reprises, d'autres postes à la salariée mais de niveau inférieur, eux-mêmes incompatibles avec les préconisations du médecin du travail.

## Santé au travail

### **Restructuration et obligation de sécurité de résultat** (Cass. Soc., 17 février 2010, n°08-44298)

A la suite d'une restructuration, une salariée avait vu son état de santé considérablement altéré.

Bien qu'ayant averti l'employeur du lien de causalité, celui-ci n'avait pris aucune mesure de nature à assurer son rétablissement. La salariée était finalement déclarée inapte à tout poste par le médecin du travail.

A cet égard, la Cour de cassation considère que la restructuration a imposé de nombreuses pressions sur la salariée, et notamment la dégradation de ses conditions de travail.

Ce faisant, la Cour a jugé que l'employeur avait manqué à son obligation de résultat de sécurité s'agissant de la protection de la santé et de la sécurité de ladite salariée.

## Négociation collective

### **Une union syndicale peut constituer une section syndicale** (Cass. Soc., 13 janvier 2010, n°09-60155)

Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle qu'une union de syndicats a la même capacité civile que les syndicats. En outre, la Cour considère que l'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat pour, notamment, constituer une section syndicale.

En conséquence, une union de syndicats, en l'espèce la Confédération autonome du travail (CAT), peut créer une section syndicale et désigner un représentant syndical de cette section et ce, même en l'absence d'adhérents dans l'établissement considéré.

### **Précisions sur la représentativité des syndicats pendant la période transitoire de la Loi du 20 août 2008** (Cass. Soc., 10 mars 2010, n°09-60246 et n°09-60065)

Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation apporte des précisions sur l'appréciation de la représentativité des syndicats dont l'affiliation à une des 5 grandes confédérations nationales est intervenue postérieurement à la Loi portant rénovation de la démocratie sociale.

Pour rappel, depuis le 21 août 2008 et jusqu'au 21 août 2013, les 5 grandes organisations syndicales (CGT, FO, CFDT, CFTC, CFE-CGC) bénéficient d'une présomption irréfragable de représentativité au niveau national. Durant cette période transitoire, tout syndicat ayant été affilié à une de ces organisations, antérieurement à la Loi du 20 août 2008, bénéficie d'une présomption de représentativité dans l'entreprise jusqu'à l'organisation de nouvelles élections professionnelles dans l'entreprise.

Mais quid des syndicats dont l'affiliation est intervenue postérieurement à cette loi ?

Par ces deux arrêts, la Cour de cassation étend également, pendant la période transitoire, cette présomption aux syndicats dont l'affiliation à l'une des 5 organisations est intervenue postérieurement.

Pour ce faire, la Cour rappelle que l'accès à la négociation collective s'inscrit dans le principe constitutionnel qui consacre la liberté syndicale. Il appartiendra donc à ces syndicats, dont l'affiliation est postérieure, de confirmer leur représentativité en obtenant une audience suffisante aux prochaines élections professionnelles.

## Rupture du contrat de travail et droit individuel à la formation (DIF)

### **Attention particulière sur les mentions obligatoires relatives au DIF :**

**1/ La lettre de licenciement doit mentionner les heures acquises au titre du DIF par le salarié sauf à lui causer nécessairement un préjudice** (Cass. Soc., 17 février 2010, n°08-45382).

**2/ Le certificat de travail doit obligatoirement mentionner le solde du nombre d'heures acquises au titre du DIF, la somme correspondant à ce solde, et l'organisme collecteur paritaire agréé (OPCA) compétent** (Décret n°2010-64 du 18 janvier 2010, J.O. du 19 janvier 2010).



**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)