

Brèves Lamy Lexel

Novembre 2008

Droit des Affaires

➤ Rupture brutale des relations commerciales établies (Cour d'Appel de Versailles 12 juin 2008)

La Cour d'Appel de Versailles a récemment jugé que la qualification de relations commerciales « établies » n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties.

En l'espèce, un négociant en vin louait un stand à la Foire de Paris depuis plusieurs années. Or, ce dernier s'est vu ultérieurement refuser l'attribution d'un emplacement pour ledit évènement.

Il a donc assigné les organisateurs de la Foire en justice au titre de la rupture de relations commerciales établies.

La Cour d'Appel a donné droit à sa demande, considérant que la location ponctuelle d'un stand sur un salon ouvert seulement dix jours par an - et ce, pendant plusieurs années - caractérisait bien un courant d'affaires constituant une relation commerciale établie.

➤ Qualification d'un contrat (Cour de Cassation, chambre commerciale - 3 juin 2008)

Une société spécialisée dans la fabrication et revente de machines pour l'imprimerie avait commandé à un fabricant des transformateurs destinés à être installés sur des rotatives.

A la suite de la défaillance des transformateurs due à une conception défectueuse, ils avaient dû être remplacés par des appareils d'une autre marque.

La Cour de Cassation considère qu'il s'agissait d'un contrat d'entreprise, car les transformateurs n'étaient pas des produits catalogues standards mais devaient répondre aux spécifications techniques du client.

Ecartant la qualification de contrat de vente, il en découle que les dommages résultant des frais de remplacement des transformateurs ne sont pas pris en charge par l'assureur du fabricant.

➤ Engagement d'exclusivité au profit d'un locataire (Cour d'Appel de Versailles - 3 juillet 2008)

En l'espèce, un bail commercial avait été conclu à usage exclusif de « vente et maintenance de matériels et fournitures de bureaux ».

Une clause dudit bail stipulait notamment que le bailleur s'interdisait d'exploiter directement ou indirectement dans ce même immeuble un commerce similaire à celui du preneur, ainsi que de louer tout ou partie de cet immeuble aux fins qu'y soit exploité un commerce identique à ce dernier.

Or, le bailleur a loué une partie de l'immeuble à une société ayant une activité similaire, mais non identique, à celle du preneur susnommé. Le preneur a donc demandé la condamnation du bailleur au titre de la clause susvisée.

Par un arrêt en date du 3 juillet 2008, la Cour d'Appel de Versailles a toutefois considéré, que par cette clause, les parties avaient clairement entendu distinguer les qualités de commerce similaire et identique. En effet, il ressort des termes de cette clause que seul le bailleur ne pouvait pas exercer une activité similaire, les locataires potentiels ne pouvant pas, quant à eux, exercer une activité identique.

Ainsi, les juges du fond rappellent que les actes juridiques ne sont en aucun cas des textes littéraires justifiant l'emploi de termes différents dans le seul but d'éviter des redondances : l'exactitude des termes utilisés demeure donc un point essentiel de la rédaction de contrats.

Propriété Industrielle et Intellectuelle – Technologies Avancées

➤ La participation des acteurs de l'Internet à la vente de produits contrefaisants : exonération ou sanction ?

La mondialisation des échanges avait déjà complexifié la protection des droits industriels, le développement des réseaux intensifie le problème.

Les plaideurs, suivis par certains juges, recherchent ainsi des moyens de lutter contre les atteintes à ces droits, notamment contre les ventes de produits contrefaisants sur Internet.

Le site de vente sur Internet eBay vient d'être lourdement condamné par les tribunaux français.

En effet, le Tribunal de Commerce de Paris, le 30 juin 2008, a rendu trois décisions condamnant eBay à approximativement quarante millions d'euros de dommages et intérêts pour sa participation à la vente de produits contrefaisants.

Les sociétés Christian Dior, Louis Vuitton Malletier et Kenzo, constatant que des produits contrefaits de leurs modèles étaient régulièrement vendus sur le site eBay ont tenté d'engager la responsabilité de la société eBay, qui se retranchait derrière la protection accordée aux hébergeurs par la Loi sur la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN) du 21 juin 2004.

En vertu de cette dernière, inspirée de directives communautaires, les hébergeurs de sites Internet, c'est-à-dire les sociétés qui se livrent à une activité de stockage d'informations ou de données sans prendre part à l'activité des sites « *ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.* » (LCEN article 6.2)

Toutefois, les juges ont considéré qu'eBay n'était pas un simple hébergeur au vu du fait qu'il ne se contente pas de stocker des données mais organise les ventes aux enchères, met en forme les annonces et perçoit une commission sur les ventes réalisées.

Il assume de ce fait une mission de courtage.

Sa responsabilité peut ainsi être engagée pour la mise en contact des internautes qui participent à une transaction portant sur des produits contrefaisants.

En tant que courtier, eBay aurait dû adopter les mesures nécessaires afin d'empêcher lesdites transactions et toute atteinte aux réseaux de distribution sélective.

Les juges ont, selon les arguments soulevés par les demanderesse, retenu deux types de faute à l'encontre d'eBay : l'atteinte à l'image des marques et l'atteinte aux réseaux de distribution.

Sur le premier point, les juges ont considéré qu'eBay est censé connaître les activités des internautes qu'il abrite et que sa négligence à l'égard des actes de contrefaçon a contribué à la dégradation de l'image des produits de luxe. La vente massive de produits contrefaits affecte les efforts de création et de qualité, caractéristiques essentielles de ces produits de luxe.

Concernant l'atteinte aux réseaux de distribution sélective, les juges ont estimé que la possibilité de vendre les produits de ces marques à travers le site eBay, alors que la vente sur Internet est réservée à leurs seuls distributeurs agréés, constituent une atteinte aux réseaux de distribution sélective.

De manière plus générale, cette décision mettrait en lumière l'engagement croissant de la responsabilité des prestataires sur Internet.

Toutefois, il convient de relever que cette décision est fortement critiquée sur la qualification des faits, sur le mode de calcul du préjudice et sur les sociétés mises en cause. Elle fait par ailleurs l'objet d'un appel devant la Cour d'Appel de Paris.

En parallèle, le système Google Adwords, créé par le moteur de recherche Google, ne cesse de faire débat.

Ce système permet, moyennant la réservation de mots-clefs, de faire apparaître de manière privilégiée, sous la rubrique « liens commerciaux », les coordonnées de son site en marge des résultats d'une recherche sur Internet.

Or, ce système payant peut avoir pour effet de référencer des sites concurrents avant les sites revendeurs de la marque ou même de proposer en priorité des sites de vente de produits contrefaits.

Cette utilisation de la marque par les sites référencés par Google peut-elle constituer un acte de contrefaçon engageant la responsabilité de Google?

Dans ce contexte, Google a ainsi été attiré devant de nombreuses juridictions des Etats membres de l'Union Européenne. Certaines ont refusé d'admettre la responsabilité du fournisseur de liens commerciaux sur Internet, comme les juges britanniques.

D'autres ont adopté une position mitigée. Tel est le cas des juges italiens qui ont considéré qu'il ne pouvait y avoir d'usage illégal par Google, l'utilisation sous forme de mots-clefs n'étant pas un usage permettant d'indiquer l'origine de produits ou services. Néanmoins, les juges retiennent que l'annonceur peut être poursuivi pour concurrence déloyale¹.

D'autres juges n'hésitent pas, quant à eux, à engager la responsabilité de Google pour des faits similaires. Tel est le cas des juridictions belges qui considèrent que l'usage de la marque par Google porte atteinte aux droits de son titulaire et est contraire aux usages honnêtes.

Constatant la divergence des juridictions des Etats membres sur la responsabilité de Google quant au fonctionnement du système Adwords, la Cour de Cassation a posé deux questions préjudicielles à la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) :

- le prestataire de référencement peut-il se voir directement reprocher un acte de contrefaçon en proposant ses services à des annonceurs reproduisant ou imitant une marque ?
- un prestataire de référencement bénéficie-t-il du statut exonératoire de l'hébergeur ?

La décision qui sera prise par la CJCE aura le mérite de créer une solution unique et stable au sein de l'Union Européenne.

En rapprochant tant les décisions eBay précédemment évoquées que les décisions relatives aux moteurs de recherche tels que Google, il semblerait que soit manifestée une volonté de responsabilisation accrue des prestataires de l'Internet.

Reste à voir si la CJCE et la Cour d'Appel de Paris lui donneront la substance juridique nécessaire à sa concrétisation ou la freineront.

A suivre avec grand intérêt....

Droit des Sociétés

¹ Mila, 15 octobre 2007, Key 21 c/ Multitutility et Google Italy

Recommandations concernant les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées

Les récentes recommandations du MEDEF et de l'AFEP sont venues durcir un peu plus les règles qui encadrent désormais la rémunération des dirigeants mandataires sociaux de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

Il est souhaité que ces recommandations soient également mises en application par les sociétés cotées sur Alternext et par les sociétés non cotées en tout ou partie en les adaptant à leurs spécificités, comme c'est déjà le cas pour d'autres règles de gouvernement d'entreprise.

➤ Mettre un terme au contrat de travail en cas de mandat social

Cette recommandation serait applicable :

- au Président, au Président Directeur Général, au Directeur Général dans les sociétés dotées d'un Conseil d'Administration,
- au Président du Directoire, au Directeur Général unique dans les sociétés dotées d'un Directoire et d'un Conseil de Surveillance,
- au Gérant dans les sociétés en commandite par actions.

Cette recommandation ne vise pas les collaborateurs qui, au sein d'un groupe de sociétés, exercent des fonctions de mandataire social dans une filiale du groupe.

Le niveau élevé des rémunérations des dirigeants mandataires sociaux se justifie notamment par la prise de risque, ce qui est incompatible avec le cumul des avantages d'un contrat de travail. Il est alors recommandé, lorsqu'un dirigeant devient mandataire social, de mettre fin à son contrat de travail, soit par rupture conventionnelle, soit par démission.

Cette recommandation est applicable aux mandats confiés après sa publication ou lors du renouvellement de mandats confiés antérieurement sur appréciation du Conseil d'Administration ou du Conseil de Surveillance.

➤ Les parachutes dorés

Les conditions de performances fixées par les Conseils et auxquelles sont conditionnées les indemnités de départ doivent être exigeantes et doivent n'autoriser l'indemnisation d'un dirigeant qu'en cas de départ contraint et lié à un changement de contrôle ou de stratégie.

Ainsi, le versement d'une indemnité de départ à un dirigeant mandataire social doit être exclu s'il quitte à son initiative la société pour exercer de nouvelles fonctions, s'il change de direction à l'intérieur d'un groupe, ou encore s'il a la possibilité de faire valoir ses droits à la retraite à brève échéance.

L'indemnité de départ (fixe et variable) ne doit alors pas excéder deux ans de rémunérations. Ces règles et ce plafond ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des indemnités de départ et incluent notamment celles éventuellement versées en application d'une clause de non-concurrence. Tout

gonflement artificiel de la rémunération dans la période précédant le départ est bien évidemment à proscrire.

➤ Encadrement des régimes de retraite supplémentaire

Sont concernées notamment les retraites complémentaires à prestations définies bénéficiant aux mandataires sociaux ou aux salariés de l'entreprise.

Des règles complémentaires ont été édictées afin de prévenir tout abus :

- la valeur de cet avantage doit être pris en compte dans la fixation globale de la rémunération sur la base des principes généraux énoncés ci-avant ;
- le groupe de bénéficiaires potentiels doit être sensiblement plus large que les seuls mandataires sociaux ;
- les bénéficiaires doivent satisfaire à des conditions raisonnables d'ancienneté dans l'entreprise, fixées par le Conseil d'Administration ou le Directoire ;
- les droits potentiels ne doivent représenter, chaque année, qu'un pourcentage limité de la rémunération fixe du bénéficiaire ;
- la période de référence prise en compte pour le calcul des prestations doit être de plusieurs années et tout gonflement artificiel de la rémunération sur cette période à la seule fin d'augmenter le rendement du régime de retraite est à proscrire ;
- les systèmes donnant droit immédiatement ou au terme de peu d'années à un pourcentage élevé de la rémunération totale de fin de carrière sont à exclure.

➤ Options d'achat ou de souscription d'actions et attribution d'actions de performance

A l'exception des structures particulières (telles les *start-up*), l'attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions doit correspondre à une politique d'association au capital, c'est-à-dire d'alignement des intérêts des bénéficiaires avec la part d'aléa qui s'y attache.

Les modalités d'exercice des options doivent donc être adaptées en ce sens, à savoir :

- si l'attribution d'options ne bénéficie pas à l'ensemble des salariés, il conviendrait de prévoir un autre dispositif d'association aux performances de l'entreprise (intéressement, accord de participation dérogatoire, attribution d'actions gratuites, etc.),
- les attributions d'actions aux dirigeants mandataires sociaux doivent être soumises à des conditions de performance,
- il est proposé de supprimer la décote pour l'ensemble des attributaires et d'interdire tous les instruments de couverture des options.

Les sociétés qui ne suivraient pas ces recommandations devraient expliquer les raisons pour lesquelles elles ne les appliquent pas dans leur rapport de gestion.

Droit Social

➤ L'effectif à prendre en compte pour l'élaboration d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE) s'apprécie en France (Cour de Cassation, chambre sociale - 23 septembre 2008)

Une société italienne décide de fermer sa succursale parisienne et de licencier ses vingt-huit salariés.

L'effectif des salariés de cette succursale est inférieur à cinquante salariés ; dès lors, aucun PSE n'est élaboré.

Saisie, la Cour d'Appel de Paris annule les vingt-huit licenciements en raison de l'absence de PSE, estimant que la succursale ne dispose d'aucune personnalité juridique autonome, ne constitue pas une filiale et qu'il convient donc de prendre en compte « *la globalité de l'entreprise et l'ensemble de la communauté des salariés en dépendant, que ce soit en France ou à l'étranger* » pour apprécier la nécessité ou non d'élaborer un PSE.

La Cour de Cassation casse l'arrêt, considérant qu'en vertu du principe de territorialité de la loi française, seuls les salariés rattachés à l'activité de l'employeur en France bénéficient des lois françaises, de sorte que l'effectif à prendre en compte pour déterminer la nécessité ou non d'élaborer un PSE est constitué « *par les seuls salariés relevant des établissements de la société situés en France* ».

Par conséquent, le décompte des effectifs s'apprécie au regard des activités exercées en France et des salariés qui y sont affectés.

➤ La renonciation d'un employeur, dans un PSE, à se prévaloir d'une clause de non concurrence est insuffisante (Cour de Cassation, chambre sociale - 23 septembre 2008)

Un employeur mentionne, dans le PSE mis en place dans l'entreprise, que la clause de non concurrence est systématiquement levée, ce afin de faciliter la recherche d'emploi par les salariés faisant l'objet d'un licenciement.

Saisie par un salarié, la Cour d'Appel de Pau considère que celui-ci n'allègue pas, et a fortiori ne démontre pas, qu'il n'a pas eu connaissance de cet engagement, la lettre de licenciement faisant explicitement état des consultations du Comité d'Entreprise.

La Cour de Cassation casse l'arrêt au motif que la mention dans le PSE de la renonciation de l'employeur à se prévaloir de la clause de non concurrence est insuffisante pour lever ladite clause car elle ne constitue pas une manifestation claire et non équivoque de sa volonté de ne pas restreindre la liberté de travail.

Dès lors, cet arrêt confirme que toute clause de non concurrence doit impérativement être notifiée individuellement, par l'employeur aux intéressés, lors de la rupture du contrat de travail

et, en tout état de cause, selon les modalités et dans les délais prévus contractuellement ou conventionnellement.

Il est rappelé que la possibilité pour l'employeur de renoncer à l'application d'une clause de non concurrence et, ainsi, de se dégager de son obligation de verser une contrepartie financière, ne vaut que pour autant qu'elle est prévue par le contrat de travail ou, à défaut, par la convention collective ; en l'absence de précisions, l'accord du salarié est requis.

➤ **L'indemnité de non-concurrence reste due que le salarié reprenne ou non une activité concurrentielle (Cour de Cassation, chambre sociale - 24 septembre 2008)**

Un VRP prend acte de la rupture de son contrat de travail et réclame la contrepartie financière prévue par la clause de non-concurrence.

Il est débouté de sa demande de prise d'acte : la rupture s'analyse donc en une démission.

Dès lors, l'intéressé décide de prendre sa retraite.

Les juges le déboutent alors, également, de sa demande de contrepartie financière au motif qu'en qualité de retraité, il lui est interdit d'exercer une activité professionnelle rémunérée.

La Cour de Cassation rejette cette analyse, considérant que l'indemnité compensatrice de non concurrence, qui est liée à la cessation d'activité du salarié, au respect de la clause de non-concurrence et à l'absence de renonciation de l'employeur, ne peut être affectée par les circonstances de la rupture du contrat de travail et la possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle.

Par conséquent, quel que soit le motif de la rupture, l'employeur ne peut se libérer de son obligation de payer la contrepartie, sauf à libérer le salarié de son obligation de non concurrence.

➤ **Une cotisation maladie serait due sur les revenus non imposables en France en cas de double activité (Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2009)**

Actuellement, en vertu des conventions internationales sur le plan fiscal, les revenus perçus à l'étranger sont imposables dans le pays où ils ont été perçus, n'étant imposables en France que les revenus perçus en France.

Il s'ensuit que les personnes ayant une double activité et qui sont imposables en France pour la part des revenus perçus en France, bénéficient en France de l'intégralité des prestations du régime d'assurance maladie auquel elles sont assujetties en raison de leurs revenus français, mais sans qu'elles ne supportent la CSG et la CRDS sur l'intégralité de leurs revenus.

Le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 prévoit, notamment, de faire acquitter une cotisation d'assurance maladie, par les personnes travaillant à la fois en France et à l'étranger, sur la part de leurs revenus non imposables en France

La cotisation ainsi due serait fixée par décret.

Droit Fiscal

➤ Limitation de la déductibilité des pénalités : Instruction 4 C-0-08 du 16 octobre 2008-10-29

La Loi de Finance pour 2008 a limité la possibilité de déduction fiscale des sanctions pécuniaires et des pénalités.

Sont notamment visées les contraventions aux dispositions légales en matière de législation fiscale, douanière, du travail, de la concurrence et des prix.

L'Administration apporte des précisions, aux termes d'une instruction en date du 16 octobre 2008, quant aux sanctions et pénalités concernées par cette interdiction de déduction, notamment :

- les pénalités d'assiette et de recouvrement en matière fiscale
- les intérêts de retard
- les sanctions pour défaut ou retard de déclaration
- les diverses sanction infligées par les Autorités Administrative Indépendantes (la CNIL, Autorité des Marchés Financiers (AMF), le Conseil de la Concurrence...)
- les sanctions ou pénalités infligées en cas de non respect de la réglementation communautaire

En revanche, restent déductibles les pénalités contractuelles dues dans le cadre de relations commerciales, telles que les intérêts dus à un fournisseur en cas de retard de paiement.

➤ Projet de Loi de Finance pour 2009

- Réforme du régime de la location en meublée professionnelle

Le gouvernement envisage de limiter certaines « niches fiscales » parmi lesquelles figure le régime de la location meublée.

Les modifications prévues concernent à la fois les conditions du régime et le traitement fiscal de la location meublée.

Concernant les conditions, il est prévu de limiter le statut de loueur en meublé professionnel aux personnes qui, inscrites au Registre du Commerce et des Sociétés, réalisent des recettes annuelles :

- excédant 23 000 euros
- **et** représentant plus de 50 % des revenus du foyer fiscal.

Ces conditions sont à ce jour alternatives et devraient être prochainement cumulatives, ce qui aurait pour effet de restreindre très largement le nombre de contribuables pouvant en bénéficier.

Notons que, pour les personnes qui appliquent d'ores et déjà le statut de loueur en meublé professionnel, des dispositions seraient prises afin d'assurer une transition en douceur entre le régime actuel et le nouveau régime, relativement à l'appréciation du seuil de 50 % des revenus du foyer fiscal.

Concernant le traitement fiscal, l'exonération totale de plus-values après cinq ans d'activité serait désormais réservée aux loueurs meublés professionnels dont les recettes n'excèdent pas 90 000 euros (contre 250 000 euros actuellement).

La possibilité d'imputer les déficits générés par l'activité sur leur revenu global serait ouverte, pour les loueurs en meublé non professionnels, dans la limite de 10 700 euros par an.

- **Plafonnement des avantages fiscaux au titre des investissements réalisés outre-mer**

Le gouvernement envisage, à compter de 2009, de limiter le montant total des réductions d'impôt pour les investissements réalisés outre-mer à 15 % du revenu imposable du foyer (montant plafonné à hauteur de 40 000 euros), pour chaque année.

Cette limitation ne serait pas applicable aux investissements opérés en 2008, et ne pourrait donc pas réduire l'impôt sur le revenu 2008 payé en 2009.

➤ **Réduction d'impôt et obligations formelles (Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-section - 16 juillet 2008)**

La législation fiscale prévoit de nombreuses réductions d'impôt qu'elle subordonne aux respects de certaines formalités déclaratives par le contribuable.

Dans cette espèce, l'Administration Fiscale avait remis en cause la réduction d'impôt prévue en cas de souscription de parts d'un fonds commun de placement pour l'innovation faite pour le bénéficiaire de s'être engagé à conserver ses parts pour une durée de cinq ans minimum, tel que prévu par décret.

Le Conseil d'Etat, adopte une position beaucoup plus favorable au contribuable et considère que les obligations déclaratives prévues par décret ne peuvent avoir pour effet d'interdire au contribuable de régulariser sa situation dans le délai de réclamation.

➤ **Cadeaux d'affaires et déduction de la TVA : décision de rescrit 9-9-2008**

L'Administration Fiscale ajoute, aux termes de ce rescrit, une exception supplémentaire à l'exclusion du droit à déduction des biens cédés sans rémunération.

La TVA grevant les objets et matériels de nature publicitaire offerts par une entreprise à ses clients peut désormais être déduite sous trois conditions.

- ❶ Le coût des biens remis sans rémunération doit être supporté par l'entreprise qui fabrique ou commercialise les produits à la distribution desquels contribue le bénéficiaire des biens offerts ;

② Les biens offerts sont destinés à la promotion, la vente, le rangement ou la présentation de ces produits :

③ La remise de ces biens doit apparaître justifiée par les besoins de l'activité commerciale de l'entreprise.

La TVA pourra ainsi être récupérée sur un nombre important de cadeaux d'affaires, au titre desquels les tireuses de bières pour les brasseurs, les matériels de terrasse pour les fournisseurs de boissons, les stands de vente pour les parfumeurs, les enseignes, affiches panonceaux, meubles de rangements, présentoirs pour les professionnels de l'industrie textile...

NB : La TVA grevant les cadeaux faits aux clients restent déductibles, à condition que leurs montants par an et par bénéficiaire soient inférieurs à 60 euros HT.

Vous pouvez nous faire part de vos remarques et suggestions à l'adresse : breves@lamy-lexel.com

Retrouvez d'autres informations économiques et fiscales (taux, indices...) ainsi que les anciennes brèves archivées sur : <http://www.lamy-lexel.com>