

Brèves Lamy Lexel

Mai 2006

Ils sont là pour vous accompagner...

Afin que vous nous connaissiez mieux, autant d'un point de vue humain que purement technique, nous vous présenterons régulièrement les avocats du cabinet Lamy Lexel qui accompagnent votre entreprise dans ses évolutions, participent à votre réflexion stratégique, vous aident à faire aboutir vos projets...

LAMY LEXEL renforce ses compétences en Technologies Avancées grâce à l'arrivée de Paul Hébert

Paul HEBERT, 30 ans, a rejoint LAMY LEXEL Avocats Associés en qualité de collaborateur pour renforcer l'équipe transversale Technologies Avancées (biotechnologies et numérique), managée par Michel MASOËRO en coopération avec André GAST, et faire face au développement de son activité.



Paul a travaillé trois ans au sein de l'équipe Information, Technologies et Communication du cabinet Salans & Associés (Paris), puis pendant deux ans dans le cabinet Newton Law (Paris).

Il intervient à la fois en conseil et en contentieux, en matière de projets informatiques (licence, intégration, infogérance,...), de propriété intellectuelle (droits d'auteur, marques et brevets), de multimédia (Internet, presse et autres supports) et sur les problématiques spécifiques des sociétés de biotechnologie.

A titre d'exemples, Paul est notamment intervenu auprès d'une société américaine, ayant des filiales dans plusieurs pays européens, pour vérifier leur conformité aux lois de protections des données personnelles en vigueur en Europe.

Il rédige ou valide les conditions générales de sites Internet dédiés au commerce électronique.

Il accompagne des clients ou leurs prestataires dans l'externalisation de leurs services informatiques, impliquant souvent des transferts de personnel.

Il assiste des sociétés innovantes dans la défense de leur patrimoine immatériel afin de prévenir la contrefaçon de leurs brevets, marques, noms de domaines,...

Sa compétence en NTIC, tant sous l'aspect juridique que technique, lui a valu de collaborer notamment avec des sites spécialisés en droit de l'informatique (Journal du Net, Droit NTIC,...).

Paul HEBERT est titulaire d'un DEA Droit des Affaires (obtenu à Lyon) et d'un DESS Droit du numérique et des nouvelles techniques (obtenu à Paris).

Il est bilingue français – espagnol, et maîtrise l'anglais des affaires.

L'arrivée de Paul HEBERT permet au cabinet LAMY LEXEL de renforcer ses compétences en technologies de l'information, parallèlement à celles déjà développées en biotechnologies et biomédical.

LAMY LEXEL confirme ainsi sa vocation à accompagner les entreprises de technologies avancées et leurs partenaires, notamment dans le cadre des pôles français de compétitivité.

Droit des Affaires

➤ Rupture brutale de relations commerciales établies

Un grossiste en fournitures bureautiques, sans aucun préavis, abaisse le montant maximal autorisé de compte courant d'un distributeur de 137.000 € à 760 €, plaçant le distributeur devant l'impossibilité soudaine de s'approvisionner.

La Cour d'Appel de Nîmes (15 mars 2005) considère qu'un tel comportement constitue une rupture brutale de relations commerciales établies, au sens de l'article L. 442-6-I-5° du Code de Commerce.

Cette décision s'inscrit dans le fil des décisions antérieures jugeant qu'une modification brutale et sans préavis de conditions générales de vente relève d'un même comportement fautif.

➤ Sous-location d'un bail commercial

Pour être valide, une sous-location doit remplir deux conditions cumulatives (article L. 415-31 du Code de Commerce) :

- elle doit avoir été autorisée par le bailleur,
- le bailleur doit avoir été appelé à concourir à l'acte.

Cette seconde condition ne se présume pas, et n'est pas remplie par la seule autorisation de sous-louer.

Il faut par conséquent veiller à obtenir du bailleur une dispense écrite de concourir à l'acte, s'il ne souhaite pas intervenir à la signature du contrat de sous-location.

➤ Un site Internet n'est pas un point de vente

Un franchisé reprochait à son franchiseur de commercialiser des produits par Internet, alors même que le contrat de franchise accordait une exclusivité territoriale au franchisé : le franchiseur s'engageait à ne pas ouvrir d'autres points de vente sur le territoire du franchisé.

La Cour de Cassation (14 mars 2006) décide que la création d'un site Internet n'est pas assimilable à un point de vente et que la clause d'exclusivité n'est pas violée.

Cet arrêt illustre bien la nécessité de prévoir l'utilisation d'Internet comme vecteur de vente lors de la négociation de tous contrats de distributeur, pris au sens large du terme.

Droit des Sociétés

➤ Sort des contrats conclus « *intuitu personae* » en cas de fusion de sociétés

Un contrat est dit « *intuitu personae* » lorsqu'il est conclu en considération de la personne avec laquelle il est passé, tel le contrat de franchise par exemple.

Dans un arrêt en date du 13 décembre 2005, la Cour de Cassation a statué sur le sort réservé à ces contrats en cas de fusion-absorption de la société cocontractante.

En l'espèce, un concessionnaire de véhicules automobiles avait conclu un contrat de distribution - dénommé « *contrat d'agent revendeur* » - avec une société exploitant un garage. Cette dernière a ensuite été absorbée dans le cadre d'une fusion.

Or, le contrat d'agent revendeur prévoyait expressément qu'il était conclu « *intuitu personae* » et que les droits et obligations du revendeur n'étaient « *pas cessibles ou transférables que ce soit totalement ou partiellement, sans accord préalable et écrit du concessionnaire* ».

La société concessionnaire a donc notifié à la société absorbante la cessation des relations commerciales.

Cette dernière a alors intenté une action en réparation du préjudice causé par la rupture du contrat de distribution.

En effet, la société absorbante considérait que la clause du contrat subordonnant la cession ou le transfert du contrat à l'accord préalable du concessionnaire n'était pas applicable en cas de fusion emportant transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, faute pour ladite clause d'avoir expressément prévu le cas de la fusion.

La Cour de Cassation a rejeté les prétentions de la société absorbante en considérant que, si la fusion emportait transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, les stipulations du contrat faisaient obstacle à sa transmission sans l'accord exprès du concessionnaire.

➤ Obligation d'établissement d'une liste d'initiés par les sociétés cotées

Aux termes de l'article L 621.18-4 du Code Monétaire et Financier, tel qu'issu de la loi n°2005-811 du 20 juillet 2005, les émetteurs dont les titres sont admis (ou en voie d'admission) sur un marché réglementé, doivent établir et mettre à la disposition de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) une liste mentionnant les personnes qui, en leur sein, ont accès à des informations privilégiées les concernant directement ou indirectement, ainsi que les tiers ayant accès à ces informations dans le cadre de leurs relations professionnelles avec eux.

Une information privilégiée est une information précise qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs, et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés ou celui des titres qui leur sont liés.

Aux termes de l'article 227-17 du Nouveau Règlement Général de l'AMF, les informations devant figurer sur la liste sont les suivantes :

- l'identité des personnes mentionnées,
- les motifs justifiant leur inscription,
- la date de création et d'actualisation de la liste, mise à jour qui doit intervenir en cas de modification des informations contenues dans cette liste, en cas de nouvelle personne à inscrire ou en cas de suppression d'une personne mentionnée n'ayant plus accès auxdites informations.

Selon l'AMF, les émetteurs peuvent établir des listes d'initiés permanents ou occasionnels, ou une liste unique.

Sont initiés permanents les personnes ayant un accès régulier, en raison de leur fonction, à ces informations privilégiées. Sont initiés occasionnels les personnes ayant un accès ponctuel, tels les cabinets d'avocats ou les banques par exemple.

Il est à noter que les tiers figurant sur la liste d'initiés d'un émetteur doivent également établir leur propre liste d'initiés recensant les noms de toutes les personnes qui, en leur sein, ont accès à des informations privilégiées concernant l'émetteur.

Par ailleurs, et conformément à l'article 222-22 du Règlement Général de l'AMF, l'émetteur et les tiers doivent informer les personnes concernées de leur inscription sur la liste, ainsi que des obligations d'abstention découlant de la détention d'une information privilégiée. Ces personnes doivent ainsi s'abstenir de céder ou d'acquérir des instruments financiers auxquels se rapportent ces informations.

Enfin, une fois réalisée, la liste doit être conservée par l'émetteur ou le tiers pendant au moins cinq ans après son établissement ou sa mise à jour.

Concurrence – Distribution

➤ Nouvelle confrontation entre le Droit de la Propriété Intellectuelle et le Droit de la Concurrence, nouvelles obligations pour les entreprises

Depuis le 1^{er} avril 2006, l'ensemble des accords de transfert de technologie (à savoir, les accords de licence de brevet, de savoir-faire, de dessins et modèles, de droits d'auteur sur logiciels, les

accords mixtes de licence portant sur ces droits ainsi que les accords de cession portant sur ces droits à condition que le cédant supporte une partie du risque lié à l'exploitation de la technologie) des entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États Membres doivent être conformes aux règles du Droit Communautaire de la Concurrence.

En effet, le règlement d'exemption (règlement CE n° 772/2004) en matière d'accords de transfert de technologie, adopté le 27 avril 2004 et entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, avait laissé aux entreprises une période transitoire afin de mettre en conformité les accords de transfert de technologie conclus avant le 1^{er} mai 2004 et encore en vigueur à ce jour.

Désormais, tous les contrats de ce type encore en vigueur doivent donc satisfaire aux conditions du texte susvisé pour pouvoir bénéficier de l'exemption catégorielle.

Les conditions de l'exemption

Ainsi, hors restrictions caractérisées (telles que la limitation de la production, la limitation de la capacité de l'une des parties de fixer ses prix de vente à des tiers, la répartition des marchés ou des clients), l'exemption est en principe acquise lorsque la part cumulée des parties sur le marché pertinent ne dépasse pas 20%, lorsque l'accord de transfert de technologie est passé entre concurrents et la part détenue par chacune des entreprises est de 30%, lorsque l'accord est passé entre non concurrents.

Les intérêts de l'exemption

Sauf à prouver qu'ils respectent les conditions susvisées (« *exemption catégorielle* ») ou qu'ils présentent, au terme d'un « *bilan économique* » réalisé au cas par cas, davantage de bénéfices pour les consommateurs que d'inconvénients et qu'ils ne portent pas une atteinte excessive à la concurrence (« *exemption individuelle* »), les accords anticoncurrentiels :

- sont **nuls de plein droit**,
- peuvent donner lieu au prononcé de **sanctions pécuniaires** par la Commission Européenne ou le Conseil de la Concurrence,
- peuvent donner lieu au prononcé de **dommages et intérêts** par une juridiction de droit commun ou arbitrale.

L'enjeu s'avérant significatif, il convient donc d'examiner, ou de faire examiner, dans les meilleurs délais la conformité des accords de transfert de technologie au Droit de la Concurrence.

Droit Social

➤ Un salarié qui refuse une modification de son lieu de travail ne peut obtenir la nullité du licenciement dont il a fait l'objet à la suite de son refus

En l'espèce, une salariée affectée initialement en Seine et Marne avait obtenu une mutation à Salon de Provence où elle s'était installée avec sa famille. Deux mois plus tard, son employeur lui proposait de signer un avenant à son contrat de travail faisant état du caractère temporaire de cette mutation déjà intervenue. La salariée refusait ; l'employeur lui signifiait qu'il mettait fin à son affectation et qu'il appartenait à la salariée de rejoindre son lieu de travail antérieur. A la suite de son refus, la salariée était licenciée pour faute grave, motif pris de son refus de rejoindre son ancien lieu de travail en Seine et Marne.

La Cour d'Appel d'Aix-en-Provence a confirmé la décision de première instance et jugé nul le licenciement en estimant que l'employeur, « *en contraignant la salariée à rejoindre son ancien poste alors qu'il ne pouvait ignorer qu'elle était installée avec sa famille dans la région, a porté atteinte aux droits du salarié quant au maintien de son emploi tel que prévu par les relations contractuelles et quant au respect de sa vie familiale* ».

La Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 28 mars 2006, a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel : la nullité du licenciement consécutif au refus de la salariée d'accepter sa mutation géographique ne peut être invoquée en l'absence de texte et la mutation ne constitue pas une atteinte aux libertés fondamentales de l'intéressée quant au libre choix de son domicile.

Par conséquent, il ressort de cette jurisprudence que les salariés ne sauraient se placer sur le terrain de la nullité, même à supposer que l'employeur commette un abus de pouvoir, mais sur le seul terrain de l'absence de cause réelle et sérieuse pour contester la décision de l'employeur.

En tout état de cause, l'employeur ne doit pas proposer une mutation dans des « *conditions exclusives de bonne foi contractuelle* » : dans ce cas, le licenciement, motivé par le refus du salarié d'accepter sa mutation géographique, serait dénué de cause réelle et sérieuse.

➤ **La mise en œuvre de l'obligation triennale de négocier sur la Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences (GPEC)**

La loi du 18 janvier 2005 a instauré, dans le livre 3 du Code du Travail, une nouvelle obligation à la charge de l'employeur.

Ainsi, l'article L. 320-2 du Code du Travail dispose que « *l'employeur est tenu d'engager tous les trois ans une négociation portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ainsi que sur les salaires. La négociation porte également sur la mise en place d'un dispositif de GPEC ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées* ».

Cependant, le législateur n'a pas expressément prévu de date pour la tenue de la première négociation et, à défaut de disposition spécifique, le délai court jusqu'au 18 janvier 2008, soit dans la limite de 3 ans après l'entrée en vigueur de la loi.

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre, par ordonnance de référé du 18 janvier 2006, a pris position quant au moment de la mise en œuvre de cette première réunion sur la GPEC.

En l'espèce, suite à sa privatisation, EDF avait décidé la mise en œuvre d'une Prestation Globale d'Assistance Chantier (PGAC) visant à réorganiser la sous-traitance des opérations de maintenance de ses centrales nucléaires.

Dans l'une de ses demandes de suspension de la mise en application de la PGAC, la CGT avait estimé qu'EDF aurait dû entamer des négociations sur la GPEC.

Le TGI a décidé d'une part, que « *l'article L. 320-2 du Code du Travail est d'application immédiate* » et d'autre part, que « *un employeur qui envisage avant l'expiration du délai de trois ans une modification de la stratégie de l'entreprise qui risque d'avoir des effets sur l'emploi pourrait se voir imposer d'engager la négociation sur la GPEC avant l'expiration dudit délai* » ; la juridiction n'a pas fait droit à la demande de la CGT au seul motif que le changement de stratégie d'EDF était intervenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 18 janvier 2005.

Dans l'hypothèse où cette décision viendrait à être confirmée, les entreprises entrant dans le champ d'application de l'article L. 320-2 du Code du Travail se verraient alors contraintes, si elles

étaient amenées à opérer des changements de stratégie susceptibles d'avoir des incidences sur les emplois, de devoir négocier avant l'expiration du délai de trois ans, soit avant le 18 janvier 2008.

➤ **Le Contrat Nouvelle Embauche (CNE) ne doit pas servir à précariser la situation des salariés et à contourner le droit au licenciement**

Par un jugement du 20 février 2006, le Conseil de Prud'hommes de Longjumeau a rendu la première décision concernant le Contrat Nouvelle Embauche (CNE).

En l'espèce, une société avait engagé un salarié en CDI (Contrat à Durée Indéterminée), avec une période d'essai d'un mois, qu'elle a renouvelée. Le dernier jour, elle a rompu la période d'essai. Une deuxième société, détenant au même titre que la première société des parts dans une troisième société, a offert au salarié un CNE, contrat qui a été, lui aussi, rompu un peu plus tard. Le salarié a alors décidé de saisir, à l'encontre des deux sociétés, le Conseil de Prud'hommes en sollicitant des dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement et pour rupture abusive de son contrat de travail.

Le Conseil de Prud'hommes a rappelé tout d'abord que, selon la Cour de Cassation, le caractère tardif de la rupture de la période d'essai est un élément d'appréciation d'un abus de la part de l'auteur de la rupture. Or, en l'espèce, la première société n'avait renouvelé la période d'essai que le dernier jour de celle-ci, et ne l'avait rompue, là encore, que le dernier jour, date à laquelle il était proposé par la deuxième société un CNE.

La rupture de la période d'essai du salarié n'a donc pas eu pour cause le manque de compétence du salarié, mais la volonté des sociétés de soumettre le salarié à un contrat de travail précaire et d'éluider ainsi l'application du droit protecteur du licenciement.

Le Conseil de Prud'hommes a rappelé ensuite que le CNE a pour objectif de rassurer les chefs d'entreprise ayant des difficultés à anticiper l'évolution de la conjoncture économique ou à apprécier les qualités du salarié, à l'occasion d'une « *nouvelle embauche* ». Or, il ne s'agissait ici pas d'une nouvelle embauche puisque le salarié avait déjà travaillé dans la première société pendant deux mois.

Enfin, le Conseil de Prud'hommes a relevé que la deuxième société avait rompu le CNE, non pas par lettre recommandée avec demande d'avis de réception comme le texte légal le prévoit, mais par simple lettre remise en main propre contre décharge.

Le Conseil a donc fait droit à la demande du salarié et a condamné chacune des sociétés à lui verser des dommages et intérêts à hauteur de six mois de salaire.

Ce jugement permet de mettre en exergue le fait qu'un CNE ne peut servir à contourner la protection accordée par la procédure du licenciement et à précariser la situation des salariés.

Droit Fiscal

Rejoignez le Club de Réflexion Fiscale animé par les avocats fiscalistes de Lamy Lexel : une journée trimestrielle d'apport d'expertise et d'échange d'expérience...

Pour en savoir plus...

➤ Mentions figurant sur les factures émises par les restaurateurs : le client est mis à contribution

Comme toute facture, les factures émises par les restaurateurs doivent comporter les mentions légales édictées par le Code Général des Impôts (CGI) et notamment mentionner les éléments permettant d'identifier le client : le nom du client (ou raison sociale pour les sociétés) ainsi que son adresse (ou siège social pour les sociétés).

Toutefois, afin de tenir compte des spécificités pratiques du secteur de la restauration, l'Administration Fiscale vient d'admettre, dans une Instruction en date du 10 avril 2006 (3 E-1-06), que **les restaurateurs soient dispensés d'indiquer eux-mêmes le nom et l'adresse du client pour les factures dont le montant total HT reste inférieur à 150 euros.**

Il appartient désormais au client d'apposer lui-même ces mentions, sur la facture que lui remettra le restaurateur.

Il est rappelé que cette indication s'avère nécessaire pour le client qui entend déduire la TVA ayant grevé la facture.

➤ Assouplissement des règles de TVA en matière de transmission d'une universalité totale ou partielle de biens

Commentant les dispositions nouvelles insérées dans la Loi de Finances rectificative pour 2005, une Instruction administrative en date du 20 mars 2006 (3 A-6-06) vient préciser le nouveau cas de dispense de TVA applicable lors de la transmission d'une universalité totale ou partielle de biens.

Désormais, **les livraisons de biens et les prestations de services réalisées entre redevables de la TVA à l'occasion de la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit ou sous forme d'apport à une société d'une universalité totale ou partielle de biens sont dispensées de TVA.**

Pour cela, l'Administration a indiqué qu'il était nécessaire que :

- le bénéficiaire de la transmission **poursuive l'exploitation** de l'universalité transmise,
- la transmission **intervienne entre deux assujettis redevables de la TVA** au titre de l'universalité transmise,
- l'universalité transmise constitue une entreprise ou une partie d'une entreprise **susceptible de poursuivre une activité économique autonome.**

Ainsi en est-il notamment, selon l'Administration, des apports globaux effectués dans le cadre d'une opération de fusion, d'absorption ou de scission et des apports partiels d'actifs constatés à l'occasion de la restructuration d'un groupe, des cessions et apports de fonds de commerce, des TUP (Transmissions Universelles de Patrimoine)...

Cette nouvelle règle s'applique à toutes les cessions intervenues depuis le 1er janvier 2006 et allègent les formalités traditionnellement effectuées (déclaration en double exemplaire, engagement dans l'acte de cession, TVA due sur les marchandises...) : le cédant et le bénéficiaire devront simplement mentionner ces opérations sur leurs déclarations de TVA respectives sur la ligne "Autres opérations non imposables".

Cependant, l'acquéreur n'est pas dispensé de procéder aux régularisations de TVA éventuellement exigibles en cas de revente isolée des biens composant l'universalité.

➤ **Taxe sur les véhicules de sociétés : une réforme en cours de discussion**

Devant la grogne des entreprises face au nouveau barème de la taxe sur les véhicules de sociétés, une modification du dispositif est en cours de discussion à Bercy.

Il serait question d'un projet de loi rectificatif d'ici la fin de l'été, qui devrait prévoir :

- que la taxe ne serait due par les sociétés à raison des véhicules personnels utilisés par leurs salariés à des fins professionnelles **qu'à compter de 15.000 kms parcourus** (au lieu de 5.000 actuellement),
- qu'un **abattement de 15.000 euros** serait accordé à toutes les entreprises,
- que les nouvelles dispositions instaurées par la Loi de Finance 2006 seraient étalées dans le temps.

Propriété Industrielle et Intellectuelle – Technologies Avancées

➤ **Responsabilité de l'employeur du fait de l'utilisation d'Internet par un salarié**

L'employeur est responsable des actes commis par ses salariés au moyen des outils qu'il met à leur disposition, a rappelé la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence.

Dans un [arrêt du 13 mars 2006](#), elle a ainsi confirmé le jugement du [TGI de Marseille du 11 juin 2003](#) ayant déclaré un employeur civilement responsable des agissements de son salarié qui avait mis en ligne, avec les moyens informatiques fournis par l'entreprise, un site Web dénommé « *ESCROCA* » comportant des éléments injurieux et contrefaisants à l'égard de la société d'autoroute ESCOTA.

Pour retenir la responsabilité de l'employeur, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence a considéré que le salarié n'avait pas agi :

- en dehors de ses fonctions,
- à des fins étrangères à ses attributions,
- sans autorisation de l'employeur.

Il s'agit là en effet des trois conditions cumulatives que doit démontrer l'employeur pour échapper à la mise en oeuvre de sa responsabilité prévue par l'article 1384 al. 5 du Code Civil (responsabilité des commettants du fait de leurs préposés).

Reprenant ces conditions, la Cour d'Aix a considéré que :

- M. B. a agi dans le cadre de ses fonctions car il occupait des fonctions de « technicien test » dans une entreprise dont l'activité est la construction d'équipements et de systèmes de télécommunication, pour lesquelles l'usage d'un ordinateur et d'Internet est quotidien ;
- M. B. a agi avec l'autorisation de son employeur, qui avait d'ailleurs permis à son personnel, selon une note de service, d'utiliser les équipements informatiques mis à sa disposition pour consulter d'autres sites à des fins personnelles ;
- M. B. n'a pas agi à des fins étrangères à ses attributions puisque, selon la note de service précitée, il était autorisé à disposer d'un accès à Internet, y compris en dehors de ses heures de travail.

Cette décision est très sévère pour les entreprises.

Elle aboutit à considérer l'employeur comme civilement responsable des actes de ses salariés commis au moyen de l'ordinateur et de la connexion mis à leur disposition, dès lors que l'employeur a autorisé ses salariés à utiliser librement Internet.

Par ailleurs, cet arrêt semble aller à l'encontre des recommandations de la Commission Informatique et Libertés et de la jurisprudence en matière d'utilisation par les salariés de la messagerie à des fins privées.

Plus que jamais, les entreprises devront veiller à encadrer strictement l'utilisation par les salariés des moyens informatiques mis à leur disposition, au moyen d'une charte informatique ou en modifiant le règlement intérieur.

➤ **Prospection commerciale : la collecte d'adresses email sur le Web est contraire à la loi « Informatique et Libertés »**

Dans un [arrêt rendu le 14 mars 2006](#), la Cour de Cassation confirme un jugement rendu par la Cour d'Appel de Paris à l'encontre d'un chef d'entreprise en mai 2005. Celui-ci avait été condamné à 3.000 euros d'amende pour avoir constitué un fichier d'adresses électroniques de personnes physiques à leur insu, en utilisant les logiciels aspirateurs de mails « Robot Mail » et « Freeprospect ».

Les juges de première instance avaient relaxé le gérant, dès lors que ces données étaient accessibles à tous sur des espaces publics et n'impliquaient pas l'usage d'un procédé frauduleux pour leur collecte.

La Cour d'Appel était revenue sur cette décision et avait condamné le gérant de la société.

Dans un arrêt du 18 mai 2005, les juges avaient estimé que le prévenu était coupable du délit prévu à l'article 226-18 du Code Pénal. En effet, ils relevaient qu'il avait collecté des adresses de courrier électronique, qui sont des données nominatives, de façon déloyale en ce qu'elles avaient été utilisées sans rapport avec l'objet de leur mise en ligne.

Les juges avaient ajouté que les titulaires des adresses n'avaient pas donné leur consentement, alors que le droit d'opposition dont ils disposaient supposait qu'ils soient avisés de ce que les informations nominatives les concernant pouvaient faire l'objet d'un traitement.

Dans son arrêt du 14 mars 2006, la Cour de Cassation confirme la condamnation prononcée par la Cour d'Appel.

D'une part, elle estime que « *constitue une collecte de données nominatives le fait d'identifier des adresses électroniques et de les utiliser, même sans les enregistrer dans un fichier, pour adresser à leurs titulaires des messages électroniques* ».

D'autre part, la Cour de Cassation apporte des précisions sur la notion de « collecte déloyale ». Pour les juges suprêmes, « *est déloyal le fait de recueillir, à leur insu, des adresses électroniques personnelles de personnes physiques sur l'espace public d'Internet, ce procédé faisant obstacle à leur droit d'opposition* ».

Cette position est conforme à la position actuelle de la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés).

Bien que cet arrêt se prononce au regard de la Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978, il conserve son intérêt avec la modification législative opérée le 6 août 2004, laquelle impose explicitement le consentement préalable des personnes concernées au traitement de leurs données.

➤ **CNIL : publication du rapport d'activité 2005**

A l'occasion de la publication de son [rapport annuel 2005](#), la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) présente les résultats chiffrés d'une activité croissante.

En 2005, la CNIL a ainsi :

- enregistré 80 677 nouveaux traitements de données nominatives (+20% par rapport à 2004),
- reçu 3834 plaintes (+6% de plaintes par rapport à 2004),
- effectué 96 contrôles (+113% de contrôles par rapport à 2004),
- adressé 36 mises en demeure (nouvelle compétence de la CNIL depuis 2004),
- prononcé 10 avertissements (record d'avertissements sur une année ; la liste des établissements ayant reçu un avertissement figure dans le rapport public...).

Ce rapport permet également de dresser un bilan des refus d'autorisation de traitements de données personnelles prononcés par la CNIL. Ils concernent essentiellement la biométrie, la géolocalisation et les traitements relatifs aux sondages d'opinion.

Enfin, ce rapport fait un premier bilan sur le Correspondant Informatique et Libertés (CIL) depuis son institution par le décret du 20 octobre 2005. A ce jour, 170 organismes ont désigné un CIL. Certains ayant désigné le même correspondant, le nombre de correspondants est de 79. La quasi-totalité des correspondants désignés sont des salariés de l'organisme ou du groupe de sociétés auquel appartient l'organisme. On constate une grande majorité de professionnels de l'informatique et de la sécurité, suivie de profils plus juridiques, mais également de personnes issues des métiers de la conformité, du contrôle qualité et de l'audit.

➤ **CNIL : une procédure simplifiée de déclaration pour les recherches biomédicales**

La CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) a mis en place une procédure simplifiée de déclaration pour les traitements de données personnelles mis en œuvre dans le cadre des recherches biomédicales.

Un seul engagement de conformité, adressé directement à la CNIL, sera nécessaire dès lors que le traitement mis en œuvre est conforme à la [méthodologie de référence MR 001](#).

Sont notamment concernés les fichiers réalisés dans le cadre des recherches biomédicales soumises aux dispositions des articles L. 1121-1 et suivants du Code de la Santé Publique, c'est-à-

dire les recherches biomédicales portant sur des médicaments, dispositifs et produits en vue de l'obtention de l'AMM ou de sa modification.

Si la méthodologie préconisée par la CNIL est respectée, il sera possible de procéder à une déclaration simplifiée.

En particulier, la norme précise que les données collectées directement auprès des patients et des investigateurs ne doivent pas contenir de données directement personnelles, les patients devant figurer sous forme d'un numéro d'ordre ou d'un code. La norme définit également la durée de conservation de ces données et les impératifs de sécurité à respecter.

Enfin, seules les informations cryptées ou « anonymisées » pourront faire l'objet d'un transfert hors UE.

Droit Public

➤ Constatation des infractions au Code de l'Urbanisme

Dans une récente réponse ministérielle, le Ministre de l'Équipement a précisé les conditions dans lesquelles les procès verbaux d'infraction au Code de l'Urbanisme peuvent être établis lorsqu'il est nécessaire d'entrer dans les lieux occupés par les propriétaires ou les locataires.

Aux termes des dispositions de l'article L.480-1 du Code de l'Urbanisme, les infractions au Code de l'Urbanisme sont constatées par tous les officiers ou agents de police judiciaire, ainsi que par tous les fonctionnaires et agents de l'État et des collectivités publiques qui sont commissionnés à cet effet par le maire ou le ministre chargé de l'urbanisme, suivant l'autorité dont ils relèvent, et assermentés.

Le ministre a indiqué que les personnes visées par les dispositions précitées « ne sauraient exercer leurs attributions de police judiciaire que dans les strictes limites des pouvoirs accordés par le Code de l'Urbanisme, qui limitent ceux-ci à la seule constatation des faits ». Ainsi, si une visite des locaux s'avère nécessaire, « l'agent verbalisateur doit préalablement rechercher l'accord manuscrit de l'occupant ou recueillir son accord verbal et le consigner dans le procès-verbal. En cas de refus d'accès à la propriété, l'agent doit consigner le refus opposé par l'occupant dans le procès-verbal et transmettre celui-ci au Ministère Public, qui peut ordonner une enquête préliminaire, voire saisir le Juge d'Instruction en vue d'ordonner une visite domiciliaire sur commission rogatoire délivrée aux officiers de police judiciaire ».

➤ Dons et legs consentis à une fondation

Le Conseil d'État a récemment rendu un arrêt précisant l'étendue du contrôle du Juge Administratif sur les décisions autorisant l'exécution d'un don ou d'un legs.

Il convient de rappeler au préalable que, en application des dispositions de l'article 910 du Code Civil, dans sa rédaction en vigueur à la date du décret attaqué, et des dispositions législatives et réglementaires sur la tutelle administrative des associations, fondations et congrégations, que les établissements d'utilité publique peuvent recevoir des dons et legs, sous réserve d'une autorisation qui, en cas de réclamation des familles, doit être donnée par décret en Conseil d'État.

En l'espèce, les requérants demandaient l'annulation du décret du 22 mars 2005 autorisant l'exécution en France du legs consenti à une fondation monégasque par un testament olographe de Mme Drappier.

Le Conseil d'Etat a considéré que *« il n'appartient pas aux juridictions administratives de se prononcer sur la validité d'une libéralité consentie par une personne privée à un tiers ; que ces juridictions peuvent, en revanche, connaître à l'occasion de recours pour excès de pouvoir dirigés contre des décisions administratives autorisant l'exécution d'un legs, de moyens tirés de ce que ces décisions seraient contraires à la volonté du testateur ; que, toutefois, en cas de difficultés sérieuses, il appartient à la seule autorité judiciaire d'interpréter cette volonté »*.

Or en l'espèce, concernant les charges grevant le legs, les juges relèvent que *« le testament olographe de Madame Drappier en date du 15 octobre 1990 énonce clairement que le legs consenti est grevé de trois charges distinctes »* mais le décret attaqué *« ne fait état que de deux charges [...] et omet de mentionner la troisième charge »*. Le juge estime *« que par cette omission, le décret attaqué méconnaît la volonté de la testatrice et est entaché d'excès de pouvoir »*.

Il convient de noter que cette solution devrait rester inchangée, en dépit de la simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations réalisée par l'ordonnance du 28 juillet 2005.

➤ Une nouvelle décision relative à la publicité dans les marchés publics

Le Tribunal Administratif de Montpellier était appelé à connaître de la régularité de la procédure de passation d'un marché de travaux inférieur à 5 900 000 euros HT et plus particulièrement du caractère suffisant de la publicité réalisée.

Il convient de rappeler l'article 40 IV du Code des Marchés Publics, aux termes duquel *« la personne publique apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs utile pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1er du présent Code »*.

En l'espèce, afin de répondre aux obligations édictées à l'article 40 IV du Code, qui impose au moins la publication dans un journal d'annonces légales, la collectivité avait publié un avis dans deux journaux d'annonces légales, à savoir "Le Midi Libre" et "L'Indépendant".

Toutefois, par une ordonnance en date du 14 mars 2006, le juge a considéré que ces deux publicités n'étaient pas suffisantes pour être conformes aux dispositions édictées par le Code des Marchés Publics. Il a jugé que la publicité était inefficace eu égard à l'objet du marché et à son montant, estimé à 3.500.000 euros TTC.

Le Tribunal Administratif a considéré que la collectivité aurait dû également publier un avis dans un journal spécialisé du secteur économique considéré et ayant une audience nationale.

Cette décision s'inscrit donc dans la continuité de la jurisprudence dite "Louvre bis"

➤ Priorité du droit de préemption de la commune sur celui de la SAFER

Dans une récente réponse ministérielle, le Ministre des Transports, de l'Équipement, du Tourisme et de la Mer était interrogé sur l'articulation du droit de préemption des SAFER et du droit de préemption urbain des communes lorsque ceux-ci se superposent.

A titre préliminaire, il convient d'indiquer que cette situation est assez peu courante eu égard à l'objet très différent de ces droits de préemption.

Le ministre a rappelé les dispositions de l'article L. 143-4 5° du Code Rural, aux termes desquelles le droit de préemption des SAFER ne peut être exercé sur les acquisitions de terrains destinés à la construction, ce qui est le cas des terrains situés en zones urbaines ou à urbaniser des plans locaux d'urbanisme dans lesquels peut être instauré le DPU (Droit de Préemption Urbain).

Par suite, le ministre en conclut que « *dans les cas de possible concurrence, le droit de préemption de la commune (qui) prime.* »

Droit Immobilier

➤ Les innovations apportées par l'ordonnance du 23 mars 2006 en Droit des Sûretés Immobilières

Outre des dispositions consacrées aux sûretés mobilières et personnelles, l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du Droit des Sûretés simplifie le régime de l'hypothèque et **crée deux nouveaux dispositifs en matière de sûretés réelles immobilières** :

- **l'hypothèque dite rechargeable**, qui constitue l'une des principales innovations de l'ordonnance : elle permettra à un débiteur qui a déjà constitué une hypothèque de ne pas avoir à en constituer une nouvelle pour garantir soit le même créancier soit un autre. L'ordonnance fixe également les modalités de présentation de l'offre de crédit, de conclusion de l'opération et les modalités du remboursement anticipé ou non ;

- **le prêt viager hypothécaire**, qui existe déjà en Grande-Bretagne et aux États-Unis : il est destiné aux personnes désirant tirer profit de leur logement sans avoir à le vendre. Il consiste en un prêt, sous la forme d'un capital ou d'une rente viagère, garanti par une hypothèque. Seuls les biens à usage exclusif d'habitation peuvent être offerts en garantie. Sa mise en place suppose une modification du décret de 1955 relatif à la publicité foncière, qui fera l'objet d'un décret à venir.

En pratique, **l'hypothèque rechargeable facilitera grandement les refinancements**, en simplifiant très nettement le processus qui jusque là s'avérait assez lourd.

Contentieux – Arbitrage – Médiation

➤ **Responsabilité contractuelle : attention aux clauses limitatives de responsabilité dans les chaînes de contrats**

La Cour de Cassation vient de rappeler que, dans le cadre d'une chaîne de contrats, l'acquéreur final d'une chose ne peut pas se voir opposer par le vendeur initial une clause de non garantie stipulée par un vendeur intermédiaire à l'égard d'un des acquéreurs intermédiaires.

En l'espèce, un vendeur A (une commune) avait vendu un terrain à une société B, qui l'avait ensuite vendu à une société C (un marchand de bien), qui l'avait elle-même vendu à une société D (société de crédit).

Une clause évasive de garantie avait été stipulée dans le contrat de vente conclu entre les sociétés B et C.

Or, après avoir découvert la présence d'hydrocarbures dans le terrain et avoir diligenté des recherches pour en rechercher l'origine, la société D a engagé une action en garantie des vices cachés à l'encontre du vendeur A, la commune.

La commune a opposé à l'acquéreur final la clause évasive de responsabilité stipulée dans le contrat de vente conclu entre les sociétés B et C, raisonnement qui a été suivi par la Cour d'Appel de Colmar, laquelle a, dans un arrêt du 16 octobre 2003, rejeté l'action en garantie de l'acquéreur final au motif qu'elle était exclue et bloquée au niveau d'un acquéreur intermédiaire.

La Cour de Cassation (Troisième Chambre Civile - 16 novembre 2005) a cassé partiellement cette décision, au motif qu'« *une clause de non-garantie opposable par un vendeur intermédiaire à son propre acquéreur ne peut faire obstacle à l'action directe de l'acquéreur final contre le vendeur originaire, dès lors qu'aucune clause de non-garantie n'a été stipulée lors de la première vente* ».

L'acquéreur final exerce ainsi ses droits d'acquéreur à l'encontre du vendeur initial selon les termes du premier contrat de vente : dès lors qu'aucune clause de non-responsabilité n'a été stipulée dans le contrat de vente initial, le vendeur initial ne peut pas l'opposer à quelque acquéreur ou sous-acquéreur que ce soit, nonobstant l'existence d'une telle clause dans la chaîne des contrats de vente successifs qui ont suivi le bien vendu.

La solution aurait été différente, si l'on suit la logique de la Cour de Cassation, si la clause de non-garantie avait été stipulée à l'encontre du vendeur initial.

Dans ces conditions, il convient pour l'acquéreur d'un bien d'être particulièrement vigilant, en ayant systématiquement recours à un audit juridique pour éviter toute difficulté.

➤ **L'exécution provisoire a toujours lieu aux risques et périls de celui qui la poursuit**

Les dispositions de l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991 prévoient que celui qui procède à l'exécution forcée d'une décision de justice assortie de l'exécution provisoire le fait à ses risques et périls : si le titre est modifié ultérieurement, il sera tenu d'en réparer les conséquences dommageables, sans qu'il soit besoin de relever l'existence d'une faute à sa charge.

En l'espèce, un commerçant à qui était reprochée une concurrence interdite avait été condamné à cesser son activité commerciale, par ordonnance de référé, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard.

Le défendeur défaillant s'était exécuté dès que l'ordonnance de référé lui avait été signifiée, en cessant son activité et en demandant de surcroît sa radiation du Registre du Commerce et des Sociétés, sans qu'aucune mesure d'exécution forcée n'ait été engagée contre lui.

La Cour de Cassation (Assemblée Plénière - 24 février 2006) décide que, même en l'absence d'exécution forcée de la décision, la responsabilité sans faute du poursuivant doit être retenue, dès lors que la décision assortie de l'exécution provisoire a été signifiée.

Cette décision est particulièrement intéressante si on la met en perspective avec les nouvelles dispositions du décret du 28 décembre 2005, qui permettent à l'intimé de demander la radiation d'un appel aussi longtemps que la décision de première instance assortie de l'exécution provisoire n'aura pas été exécutée (article 526 modifié du Nouveau Code de Procédure Civile).

Ainsi, si l'intimé prend l'initiative de demander la radiation du rôle d'un appel pour inexécution du jugement, et que ce jugement est ensuite infirmé, la jurisprudence devra déterminer si la responsabilité de celui-ci pourra être engagée dans cette hypothèse.

En effet, au même titre que l'astreinte, la radiation du rôle est un moyen de pression couramment utilisé pour faire exécuter une décision de justice.

En tout état de cause, il convient pour le poursuivant d'être particulièrement prudent dans la poursuite de l'exécution provisoire d'une décision de justice, puisqu'en cas de modification ultérieure de celle-ci, sa responsabilité sans faute sera toujours retenue, même en cas d'exécution spontanée du défaillant.

International

➤ De la Société Européenne à la Fusion Transfrontalière Européenne

A l'issue d'une vingtaine d'années de négociations, la directive communautaire sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux a vu le jour le 26 octobre 2005. Elle constitue un arsenal complémentaire, voire alternatif, à la récente instauration de la Société Européenne (SE), bien qu'il soit à craindre que l'absence d'harmonisation fiscale à l'échelon européen et la lourdeur des procédures mises en place au plan social ne viennent constituer un frein, d'ores et déjà éprouvé concernant la SE...

Tout comme les textes relatifs à la SE, cette directive a pour ambition de favoriser le rapprochement d'entreprises communautaires nécessaire à la sauvegarde de leur compétitivité au plan international. A cet effet, elle met en place différents outils destinés à lever les obstacles juridiques à la réalisation d'opérations de fusions transfrontalières et qui sont encore rémanents dans de nombreux pays européens (notamment aux Pays-Bas, en Suède, en Finlande, en Allemagne et en Autriche) malgré l'existence d'un certain niveau d'harmonisation des règles internes relatives aux fusions nationales depuis la Directive Communautaire du 9 octobre 1978.

Aspects juridiques

Tout comme les textes relatifs à la SE, la présente directive définit un certain nombre de règles matérielles homogènes (contenu du projet de traité de fusion, principales étapes du calendrier de

fusion, modalités de contrôle de la légalité, effets de la fusion) et renvoie pour le principal aux règles nationales propres à chaque entité participant à l'opération de fusion (notamment la protection des créanciers, des salariés et des actionnaires, les organes compétents pour arrêter les termes du projet de traité de fusion, les règles d'opposabilité aux tiers du transfert de certains éléments d'actif).

A noter que les règles juridiques communes instaurées par la présente directive sont très similaires à celles de nos fusions nationales, elles-mêmes directement inspirées de la directive du 9 octobre 1978 précitée.

En ce qui concerne plus spécifiquement le contenu du projet de traité de fusion et outre les mentions habituelles, celui-ci doit comporter l'exposé des effets probables de la fusion sur l'emploi, les statuts de la société issue de la fusion et les procédures selon lesquelles seront fixées les modalités relatives à l'implication des salariés au sein de la société issue de la fusion.

En ce qui concerne le rapport à destination de l'assemblée générale et devant être établi par l'organe de direction compétent, il doit – indépendamment des aspects juridiques et économiques de la fusion – expliquer les conséquences de la fusion pour les associés, les créanciers et les salariés. Il doit par ailleurs être communiqué aux représentants des salariés et, à défaut de représentation, aux salariés eux-mêmes, au moins un mois avant l'assemblée générale. Quant à ou aux experts indépendants chargés d'établir un rapport sur les modalités de la fusion, la directive autorise les associés de l'ensemble des sociétés participantes à ne pas y recourir sur décision unanime de leur part.

Partant du principe que la réalisation d'une fusion transfrontalière ne doit pas – en principe – être traitée de manière discriminatoire par rapport à une fusion nationale, que ce soit de manière négative ou positive, la directive précise que la fusion transfrontalière ne sera possible qu'entre types de sociétés de capitaux autorisés à fusionner en application de leur loi nationale.

La validité de la fusion est par ailleurs subordonnée au vote concordant des assemblées générales des sociétés participant à la fusion, ainsi qu'à la délivrance, par l'autorité désignée par chaque État membre, d'un certificat attestant du respect par chaque société concernée de la procédure nationale qui lui est applicable et d'un certificat de l'autorité compétente de l'État dont la société issue de la fusion relève, attestant de la réalisation définitive de la fusion.

A l'image de ce qui existe déjà en France, en matière de fusions nationales et de constitution de SE, il est probable que l'établissement du premier certificat soit confié au Greffe du Tribunal de Commerce dont relève la société concernée et l'établissement du second certificat à un notaire.

La date d'effet juridique de la fusion est déterminée par la loi applicable à la société issue de la fusion, étant précisé qu'elle ne peut être antérieure à la réalisation de l'ensemble des formalités de contrôle précitées.

A noter que la présente directive est destinée à régir les fusions sous toutes leurs formes (avec la possibilité de mettre en place une procédure allégée en cas de fusion simplifiée). Elle pourrait également être de nature à faciliter la réalisation des transmissions universelles du patrimoine au sein de l'Union Européenne.

Enfin, et afin de sécuriser de manière définitive la réalisation d'une fusion transfrontalière, la directive interdit le prononcé de toute nullité au-delà de la date d'effet juridique de la fusion.

Aspects sociaux

Tout comme pour le vote des textes relatifs à la SE, le volet social a constitué au cours des négociations le volet le plus sensible par crainte de « *dumping social* ».

Il a donc été choisi de retenir le mécanisme prévu pour la constitution d'une SE dans l'hypothèse où l'une des sociétés participant à la fusion bénéficierait, dans son pays d'origine, d'un dispositif de participation des salariés à la gestion, lui-même non prévu ou insuffisamment prévu par l'État dont relève la société issue de la fusion.

Il en est de même lorsque l'une des sociétés parties à la fusion compte plus de 500 salariés et est gérée par un régime de participation des salariés. Dans cette hypothèse, un groupe spécial de négociation devrait être institué dans l'objectif de parvenir à un accord sur l'implication des salariés. A défaut d'accord dans le délai imparti, les règles du droit interne le plus favorable de l'une des sociétés participant à la fusion s'appliqueront.

En dehors de ces situations, les règles en la matière seront régies par l'État dont relève la société issue de la fusion.

Entrée en vigueur

Comme toute directive, son entrée en vigueur reste subordonnée à sa transposition en droit interne préalablement à l'expiration du délai imparti à cet effet (i.e. 15 décembre 2007) par l'ensemble des États concernés par une opération de fusion transfrontalière.

D'ici là, les États sont « *invités* » par la Cour de Justice des Communautés Européennes à ne pas traiter les fusions transfrontalières de manière discriminatoire, en vertu du principe de libre établissement (cf. arrêt du 13 décembre 2005, mentionné dans notre précédente édition et par lequel la Cour a sanctionné les juridictions allemandes pour avoir refusé l'inscription d'une fusion transfrontalière au Registre National du Commerce alors qu'une telle inscription aurait été reçue si toutes les sociétés parties à l'opération de fusion avaient été de nationalité allemande).