

Sommaire

- 1 Éditorial
- 2 CONCURRENCE : Impartialité et indépendance des Autorités Administratives Indépendantes en cas d'auto-saisine
E-commerce : une lueur d'espoir venue de l'Autorité de la concurrence pour les distributeurs en ligne contre les abus de leurs fournisseurs
- 4 DROIT COMMERCIAL : Attention à la communication des CGV aux consommateurs par lien hypertexte renvoyant vers le site Internet du fournisseur
Quelques précisions quant à la prescription commerciale de droit commun
- 6 SOCIÉTÉ : La Société Européenne (SE) : une société à l'avenir prometteur ?
- 7 DROIT SOCIAL : Le forfait jours de nouveau sur la sellette !
- 8 TÉLÉCOMS : Les fraudes aux services téléphoniques – 2^{de} partie
- 10 PROC. COLL. : Filiales et procédures collectives : que risque la mère ?
- 12 DROIT PÉNAL : Le harcèlement sexuel : quels changements apportés par la loi du 6 août 2012 ?
- 14 PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : Point d'arrêt sur vos actifs incorporels
L'hébergeur arbitre du contenu « manifestement illicite »
- 16 DROIT PUBLIC : Contrats administratifs et délais de recours contentieux : des précisions bienvenues
- 18 FISCALITÉ : Actualités fiscales
- 19 INDUSTRIES & PRODUITS DE SANTÉ : Défaillance d'un dispositif implantable et responsabilité du chirurgien implantateur : la fin d'une controverse ?
- 20 LE COIN LEXFORMATION
- 23 Vie du Cabinet

Éditorial

C'est l'automne, c'est le temps des lois de finances.

S'il ne nous appartient pas d'entrer dans un débat politique sur la pertinence des choix budgétaires, en tant que praticiens du droit, nous ne pouvons que constater et regretter l'affaiblissement d'un principe juridique pourtant essentiel au lien social : le « *consentement à l'impôt* ».

Le principe du « *consentement à l'impôt* » n'est pas le fait d'accepter ou de refuser de payer des impôts : il est humain de payer ses impôts à contre cœur, il est répréhensible de ne pas les payer. Le « *consentement à l'impôt* », sacralisé dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, est un principe autrement plus élevé dans notre système de valeurs : il signifie que les citoyens ont le droit de contrôler - donc avant tout de comprendre - les choix budgétaires décidés en leur nom par les représentants de la nation.

Or nous sommes tous les jours saisis par le nombre de

personnes qui « *ne comprennent pas pourquoi* » elles payent tel ou tel impôt, alors que d'autres contribuables ne les paient pas, ou en paient moins, ou en paient d'autres dont la légitimité pourrait tout autant être mise en défaut. Et ne nous méprenons pas : toutes les catégories sociales sont concernées, qu'elles soient fortunées ou pas.

Force est de constater que l'affaiblissement du principe de « *consentement à l'impôt* » est en grande partie dû au processus de prise de décision de nos gouvernants, qu'ils soient d'un bord ou d'un autre : annonces spectaculaires et hâtives, hésitations coupables sur le fond, décisions d'opportunité sans vision globale et pérenne, revirements soudains, rétroactivité de la loi...

Comme on l'a déjà souligné à d'autres occasions, le changement ne peut pas être compris, et donc accepté, s'il n'est perçu que comme un outil budgétaire ou une sanction. La loi doit avoir du sens, et ce n'est qu'en donnant du sens à la loi fiscale qu'on préservera le principe de « *consentement à l'impôt* ».

Bonne lecture !

Les associés



Impartialité et indépendance des Autorités Administratives Indépendantes en cas d'auto-saisine : L'apport de la décision du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012

Le 12 octobre dernier, le Conseil Constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les règles de délibération et les modalités de saisine de l'Autorité de la concurrence en cas de non-respect des injonctions et engagements issus d'une décision d'autorisation d'une opération de concentration, en l'espèce la décision autorisant le rachat de TPS par Canal Plus.

Étaient mises en cause, par les sociétés Groupe Canal Plus et la société Vivendi Universal, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, l'impartialité et l'indépendance de l'Autorité de la concurrence du fait que (i) elle ait successivement à connaître de la décision d'autorisation d'une concentration, de la sanction des manquements aux obligations dont est assortie cette décision d'autorisation, et, en cas de retrait de la décision, de la nouvelle demande d'autorisation, (ii) de la confusion des fonctions de poursuite et d'instruction et du pouvoir de sanction au sein de l'Autorité et (iii) de la faculté d'auto-saisine de l'Autorité dans le cadre du contrôle des opérations de concentration.

Le Conseil Constitutionnel a méthodiquement balayé ces trois branches du grief en retenant qu'il était de la logique même des Autorités Administratives indépendantes (AAI) de se voir conférer à la fois un pouvoir de régulation et un pouvoir de sanction et que la séparation fonctionnelle, organisée par les dispositions contestées, garantissait l'indépendance du rapporteur général de l'Autorité, autorité de poursuite et d'instruction, vis-à-vis du Collège de l'Autorité, compétent pour juger et sanctionner.

Enfin, la capacité de saisine d'office de l'Autorité pour les manquements aux engagements étant subordonnée

à la proposition du rapporteur général, le Conseil a jugé que les principes d'impartialité et d'indépendance étaient pleinement respectés.

Le Conseil a jugé bon de préciser que la décision de l'Autorité de suivre la proposition du rapporteur ne constituait, par ailleurs, en rien une forme de préjugement du manquement susceptible d'être sanctionné.

On peut s'interroger cependant sur ce dernier point, dès lors que l'on imagine mal comment l'Autorité pourrait se saisir d'office si le Collège n'était pas convaincu de la réalité des manquements à examiner.

Cette décision reste cependant compréhensible en terme de sécurité juridique et a probablement été saluée par toutes les AAI, dotées d'un pouvoir de sanction et d'auto-saisine, à qui cette décision est largement transposable.

Charlotte Tasso-de Panafieu
ctp@lexcase.com

Aurore Bouqueau
abouqueau@lexcase.com



Commerce électronique : une lueur d'espoir venue de l'Autorité de la concurrence pour les distributeurs en ligne contre les abus de leurs fournisseurs

Mis à part les distributeurs du secteur de la grande distribution, qui bénéficient d'un pouvoir de marché tel qu'ils sont à même d'imposer les conditions de leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, les distributeurs peuvent souvent se trouver dans une situation précaire vis-à-vis de leurs fournisseurs, particulièrement depuis la suppression de l'interdiction du refus de vente par la loi n°96-588 du 1er juillet 1996, dite « loi Galland » et la suppression de l'interdiction des pratiques discriminatoires par la loi n°2008-776 du 4 août 2008, dite « Loi de Modernisation de l'Economie ».

Dans ce contexte, l'avis de l'Autorité de la Concurrence, publié le 18 septembre dernier, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique est le bienvenu en ce qu'il rappelle les quelques grands principes qui régissent le droit de la distribution mais apporte surtout une lueur d'espoir pour les distributeurs en cas de pratiques discriminatoires ou abusives de leurs fournisseurs.

L'avis rappelle le principe fondateur de la liberté contractuelle et commerciale du fournisseur, en vertu de laquelle le fournisseur est libre de choisir ses partenaires commerciaux et de différencier ses tarifs entre ses distributeurs.

À cet égard, le développement de trois canaux de distribution, traditionnel ou « brick & mortar », exclusivement en ligne via les « pure players » ou multicanal appelé aussi « click & mortar », permet désormais aux fournisseurs de différencier les gammes de produits, les conditions d'approvisionnement et les conditions tarifaires selon les canaux de distribution.

Cependant, l'Autorité rappelle également les limites classiques à la liberté commerciale des fournisseurs lorsqu'un refus de vente est constitutif d'un abus de position dominante ou d'une entente anticoncurrentielle.

Au delà du rappel de ces limites, l'Autorité pose une nouvelle limite à la liberté commerciale du fournisseur, en estimant qu'« un refus de fourniture, qu'il résulte d'une pratique unilatérale ou d'un accord, décidé par un ou des opérateurs bénéficiant d'un pouvoir de marché sur leurs marchés respectifs, et susceptible, compte

tenu de sa durée, de la période de l'année à laquelle il intervient et des produits concernés, de conforter ou d'étendre ce(s) pouvoirs de marché, conduirait l'Autorité à en examiner les effets et les justifications afin d'en apprécier sa compatibilité avec le droit des pratiques anticoncurrentielles » (§248 de l'Avis).

L'Autorité admet ainsi pouvoir examiner les situations où :

- les fournisseurs sont position de pouvoir de marché, sans qu'ils soient pour autant en position dominante,
- les nouveaux produits ne sont lancés que sur un canal de distribution, souvent le canal traditionnel pendant une période de un à trois mois, les pure players ne pouvant les distribuer qu'à l'issue de cette période de moratoire,
- les gammes de produit ou les exclusivités sont réservées à certains canaux de distribution, ce qui créé une disparité entre distributeurs dans l'accès à l'intégralité du catalogue du fournisseur, comme les « exclusivités internet » pour les produits électrodomestiques,
- des restrictions volontaires sont instaurées en période de fortes ventes selon le secteur d'activité (rentrée scolaire, Noël, etc),
- des restrictions temporaires sont instaurées dans un canal de distribution dans le but d'augmenter les ventes d'un autre canal de vente.

Cette possible remise en cause de ces pratiques est la bienvenue pour les distributeurs depuis la suppression de l'interdiction du refus de vente et des pratiques discriminatoires.

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=12A20>

Charlotte Tasso-de Panafieu
ctp@lexcase.com

Aurore Bouqueau
abouqueau@lexcase.com



Attention à la communication des conditions générales de vente aux consommateurs par lien hypertexte renvoyant vers le site Internet du fournisseur

La Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») a invalidé, par un arrêt du 5 juillet 2012¹, la pratique de nombreux sites de e-commerce, jusqu'alors acceptée par les tribunaux français, consistant à faire accepter leurs conditions générales de vente (« CGV ») par les clients en faisant cocher une case sur une page contenant uniquement un lien hypertexte vers la page du site hébergeant ces CGV.

Cette pratique est en effet désormais jugée incompatible avec la directive 97/7/CE, transposée en droit français notamment par l'article L121-9 du Code de la consommation, qui impose au professionnel de fournir au consommateur certaines informations « *par écrit ou sur un autre support durable* », puisque le commerçant peut modifier à tout moment ses CGV et qu'un tel renvoi au site ne permet pas aux consommateurs de stocker les informations pertinentes.

Il appartient donc aux e-commerçants d'adapter leurs pratiques de renvoi aux CGV par lien hypertexte. A défaut, les dispositions des CGV seront considérées comme inopposables aux consommateurs, car n'ayant pas été acceptées valablement ; en particulier, les dispositions relatives à une renonciation au droit de rétractation ne seront pas opposables aux clients.

Il convient par exemple de joindre les CGV à l'email de confirmation de la commande, ou de les intégrer directement sur la page contenant la case « accepter les Conditions Générales de Vente », sous format imprimable / enregistrable et non modifiable.

Hubert de Boisse
hdeboisse@lexcase.com

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com



Quelques précisions quant à la prescription commerciale de droit commun

• Le principe acquis depuis la réforme du 17 juin 2008 : une prescription de cinq ans

Les règles relatives à la prescription civile ont été entièrement refondues par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 qui a, en particulier, raccourci la prescription de droit commun à cinq ans.

Dans le même temps, la prescription en matière commerciale est également passée de dix à cinq ans, à l'exception des prescriptions spéciales plus courtes, qui reposent notamment sur une présomption de paiement ; cette prescription s'applique tant aux obligations contractuelles que délictuelles, dès lors qu'elles sont « *nées à l'occasion [d'un] commerce* » (art. L. 101-4 du Code de commerce).

La prescription d'une créance commence à courir à compter de la date d'échéance de celle-ci ; en matière délictuelle, elle court notamment à partir de la réalisation du dommage ou de la connaissance des faits litigieux, par extension des dispositions prévues par le Code civil (art. 2224).

• De nombreuses exceptions, dont la possibilité d'aménager conventionnellement la prescription...

La jurisprudence admet depuis de nombreuses années la possibilité de réduire la prescription (à l'époque décennale), par accord des parties.

Cette solution a été confirmée par la nouvelle loi (art. 2254 du Code civil), qui permet aux parties de réduire ou d'aménager conventionnellement la prescription quinquennale, dans les limites d'un à dix ans, voire d'ajouter des causes de suspension ou d'interruption de la prescription. Cette possibilité est exclue pour certaines actions, visant à protéger la partie « faible », telles que le paiement de salaires, de loyers, remboursement de prêts, ainsi qu'en matière d'assurance ou de consommation. De manière générale, la prescription des actions en paiement de sommes payables annuellement, mensuellement, ou périodiquement, ne peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel.

En tout état de cause, il convient d'être particulièrement

vigilant sur ce point lors de la négociation de contrats, ou dans la rédaction de conditions générales de vente.

• ... et les dispositions transitoires applicables à de nombreuses factures antérieures à la réforme de 2008

Afin de ne pas bouleverser l'économie des contrats en cours, la loi du 17 juin 2008 a encadré le régime transitoire de la prescription en cours lors de sa publication. Ainsi, pour les factures échues antérieurement à cette loi, initialement soumises à une prescription décennale, un nouveau délai de cinq ans a commencé à courir à compter du jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, soit le 19 juin 2008, sans que la durée totale de la prescription ne puisse excéder dix ans. Ainsi, une facture échue le 1^{er} janvier 2008 sera prescrite le 20 juin 2013, alors qu'une facture échue le 1^{er} janvier 2000 sera prescrite dès le 2 janvier 2010.

Dès lors, les factures arrivées à échéance entre 19 juin 2003 et le 19 juin 2008 seront toutes prescrites le 20 juin 2013, sauf aménagement conventionnel prévu dans le contrat.

Pour ne pas laisser éteindre vos créances, il vous appartient notamment (i) d'obtenir une reconnaissance de dette par le débiteur, (ii) de l'assigner en paiement de cette créance, au fond ou en référé, ou (iii) de procéder à une saisie-conservatoire, une saisie-attribution, une injonction de payer, ou toute autre mesure conservatoire ou acte d'exécution forcée prévu au Code de procédure civile (articles 2240 et suivants du Code civil), avant cette date butoir.

A défaut, l'obligation de paiement s'éteindra par prescription, par le jeu de l'article 1234 du Code civil lequel dispose pour mémoire que « *les obligations s'éteignent [...] par la prescription [...]* ».

Anticipez bien cette date du 20 juin 2013, s'agissant de vos créances anciennes, sinon...

Hubert de Boisse
hdeboisse@lexcase.com

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com



La Société Européenne (SE) : une société à l'avenir prometteur ?

La SE, dont le statut est entré en vigueur depuis 2001, pourrait devenir une véritable alternative aux sociétés anonymes franco-françaises tournées vers l'international. Elle présente de nombreux intérêts :

- donner à la société une image transnationale et européenne, en lui permettant d'exercer ses activités dans tous les États Membres de l'Union Européenne tout en étant régie par le droit français dans la mesure où son siège est en France,
- simplifier la procédure en cas de transfert du siège social dans un autre pays de l'Union Européenne, ou lors de fusion transfrontalière ou de restructuration de sociétés.

La création de SE peut résulter d'une fusion de deux sociétés anonymes, de la création d'une holding ou d'une filiale commune par deux sociétés, ou plus simplement de la transformation en SE d'une société anonyme détenant une filiale dans un autre Etat Membre depuis au moins deux ans et ayant approuvé les bilans de ses deux premiers exercices.

Points importants à noter :

- la SE doit avoir un capital minimum de 120.000 euros ;
- elle peut être cotée sur un marché réglementé,
- elle est soumise aux impôts et taxes du pays dans lequel elle dispose d'une structure (siège, filiales, succursales) ;
- les droits des salariés de la SE sont préservés dans la mesure où préalablement à la création/transformation d'une SE, un groupe spécial de négociations, composé de représentants du personnel, est constitué afin de fixer le mode et le niveau de participation des salariés à sa gouvernance.

Depuis ces dernières années, la création de SE est en plein essor, principalement dans le secteur des services, et est majoritairement intervenue par voie de transformation d'une société existante en SE. De nombreuses sociétés cotées se sont ainsi transformées en SE au cours de l'année 2012 : ATOS, GAMELOFT...

Le siège social des SE est fixé par ses statuts et doit correspondre au lieu de son administration centrale. Le transfert du siège de la SE peut intervenir relativement simplement dans tous pays de l'Union Européenne, sans devoir procéder à la dissolution d'une société existante et à la création d'une société nouvelles dans un autre Etat membre, avec toutes les conséquences fiscales que cela emporte.

En effet, en droit français, le transfert de siège d'une société anonyme nécessite l'unanimité des associés (ce qui est en pratique impossible à obtenir pour une société cotée) alors que le transfert du siège social d'une SE nécessite la majorité des deux tiers. L'adoption du statut de SE peut donc constituer un préalable au transfert. Cependant, le transfert de siège hors de France est une décision lourde de conséquence et les incidences fiscales ne sont pas nulles et doivent être analysées précisément avant toute décision. La motivation pour devenir une SE ne peut être exclusivement fiscale.

Certaines SE ont récemment franchi le pas du transfert de leur siège hors de France, pour des raisons économiques, organisationnelles ou d'optimisation fiscale, afin de bénéficier d'une plus grande stabilité juridique et fiscale.

Guillaume Pierson
gpierson@lexcase.com

Stéphanie Bideau
sbideau@lexcase.com



Le forfait jours de nouveau sur la sellette !

S'inscrivant dans la lignée des arrêts du 29 juin 2011 et du 31 janvier 2012, la Cour de Cassation, par un **arrêt du 26 septembre 2012**, a statué de nouveau sur le forfait jours. Ce nouvel arrêt invite les entreprises à être extrêmement vigilantes sur le contenu des accords collectifs permettant le recours à ce dispositif.

La Cour de cassation décide que les dispositions de la convention collective du commerce de gros, ne sont pas suffisantes pour garantir une amplitude et une charge de travail raisonnables. Les conventions conclues en application de cet accord sont donc privées d'effet.

La Chambre sociale de la cour de cassation dans un arrêt rendu le 29 juin 2011, a posé pour principe que le forfait annuel en jours doit être prévu par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires. Il s'agissait en l'espèce de dispositions conventionnelles de la métallurgie.

Aujourd'hui, la Cour de cassation décide que l'accord de branche du commerce de gros, ne répond pas à ces exigences.

En l'espèce, un salarié directeur comptable soumis à un forfait annuel en jours demandait le paiement d'une indemnité pour non respect du forfait jours.

Pour la Cour de cassation, les garanties conventionnelles en cause ne sont pas suffisantes, car elles se limitent à prévoir, s'agissant de la charge et de l'amplitude de travail du salarié, un entretien annuel avec son supérieur hiérarchique et s'agissant de l'amplitude des journées de travail et de la charge qui en résulte, un examen trimestriel.

La Cour confirme que c'est bien l'accord collectif instaurant le forfait jours qui doit garantir aux salariés une amplitude et une charge de travail raisonnables.

Un suivi trimestriel du salarié n'est pas suffisant, elle opère donc un contrôle de plus en plus strict des stipulations conventionnelles.

Quels enseignements tirer de cet arrêt ?

Il est essentiel de vérifier si l'accord de branche comporte des dispositions de nature à protéger la santé et la sécurité des salariés en forfaits jours et prévoit une amplitude et une charge de travail raisonnables. Si l'accord de branche prévoit des dispositions insuffisantes, il est nécessaire de conclure un accord d'entreprise, ou d'établissement qui s'appliquera alors en lieu et place de l'accord de branche et qui comportera des mesures de suivi et de contrôle adéquates. Si un accord d'entreprise existe dans votre entreprise mais se révèle insuffisant, une révision de cet accord doit être envisagée.

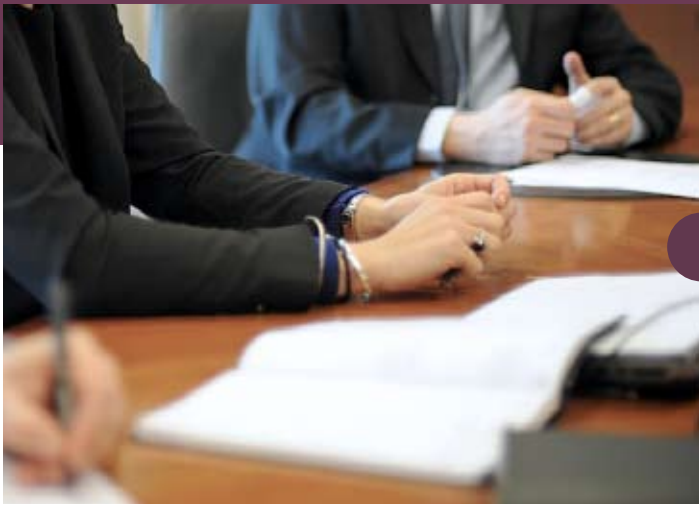
Une convention individuelle avec le salarié ne peut à elle seule régulariser la situation.

À défaut d'accord collectif suffisamment protecteur, **la convention de forfait peut être privée d'effet**, les salariés ayant alors la possibilité de demander paiement des heures supplémentaires dans la limite de 5 ans.

Florence Drapier-Faure
fdrapierfaure@lexcase.com

David Lachassagne
dlachassagne@lexcase.com





Les fraudes aux services téléphoniques – 2^{nde} partie ¹

Comment gérer les irrptions illicites sur le réseau téléphonique de l'utilisateur ?

Les utilisateurs de services téléphoniques ne doivent pas relâcher leur vigilance quant aux fraudes potentielles, malgré le développement des abonnements par ADSL ou fibre optique, lesquels limitent d'autant les possibilités de détournement frauduleux de la connexion internet de l'utilisateur vers des numéros surtaxés ou internationaux.

Les fraudes ou détournement des Services à Valeur Ajoutée (« SVA ») sont en effet parallèlement en constante augmentation : spam par SMS, *ping call* (court appel d'un numéro en 089 par automate), détournement du micro-paiement par SVA pour accéder à des contenus payants sur internet. Ce dernier mécanisme permet de payer l'accès à du contenu numérique sur internet (parfois prohibé par les règles déontologiques applicables aux SVA) par le truchement d'un appel vers un numéro surtaxé ou d'un SMS+, la fraude étant caractérisée notamment si aucun service n'est délivré à l'abonné en contrepartie.

En outre, le détournement des services de communications électroniques vers des numéros surtaxés ou à l'international perdure, par le biais de la ligne téléphonique de l'utilisateur.

Ces agissements peuvent s'avérer coûteux, si répétés, pour les utilisateurs, l'existence d'une fraude s'accompagnant souvent d'une mise en œuvre industrielle, ce qui peut conduire, parfois, à une facturation de plusieurs dizaines de milliers d'euros...

Si la dénonciation des agissements fautifs auprès du numéro dédié au spam téléphonique, le 33700, permet la suspension et/ou la fermeture du numéro supportant le service frauduleux (plus de 800 numéros fermés depuis sa création), elle permet également à la DGCCRF ou à l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (« OCLCTIC ») de débiter des enquêtes pouvant mener à une sanction civile ou pénale de l'éditeur des services en question. Ces enquêtes sont souvent peu concluantes, du fait de la difficulté d'appréhender des auteurs qui sont situés dans des pays leur garantissant une certaine impunité.

Cette dénonciation ne permet en revanche pas l'indemnisation de l'utilisateur spolié, qui devra alors agir en justice, si l'importance de son préjudice le justifie, sur le fondement de la responsabilité civile, ce qui nécessite que l'éditeur indélicat soit identifié et solvable.

Faute de pouvoir poursuivre l'auteur de la fraude, l'utilisateur peut être enclin à se retourner contre son opérateur ou contre son installateur.

Quelles sont les règles de partage de responsabilité à ce titre ?

L'utilisateur est, de jurisprudence constante, responsable de sa prise téléphonique et de son installation téléphonique. Il ne pourra se retourner contre son opérateur, voire que si la fraude est intervenue lors de l'acheminement des appels, mais non dans le cas le plus fréquent de l'appel téléphonique litigieux émis ou détourné au niveau de son propre équipement.

¹ Dans le précédent numéro de Lex&Case, nous avons abordé ces questions de fraude sous l'angle des relations entre opérateurs et éditeurs de services

La jurisprudence marque ainsi la frontière de responsabilité entre l'abonné et son opérateur au niveau du lieu où se trouve l'intrusion (en amont ou en aval de la prise téléphonique).

Ainsi, lorsque l'intrusion a lieu au sein de l'installation téléphonique du client, en aval de la prise téléphonique du local par rapport au réseau de l'opérateur, le client reste redevable des communications passées, quel que soit leur caractère frauduleux. Le client ne saurait en particulier opposer l'origine des appels, ou encore le fait qu'ils n'ont pas été passés par ses soins.

Les tribunaux ont à ce titre eu l'occasion de rappeler que « *L'abonné est responsable de l'utilisation qui est faite, même à son insu, du service téléphonique à partir du poste installé chez lui* » (Tribunal de commerce de Paris, 5^e ch., 8 avril 1994 - France Telecom c/ Société Seroi ; Petites Affiches du 24 novembre 1995 n° 141, page 4).

Il convient à ce titre de préciser que l'opérateur bénéficie, bien qu'il lui appartienne de prouver l'existence et le montant de sa créance, d'une présomption de bonne foi par la seule production du relevé de communications téléphoniques (Cass. 1^{ère} civ. 23 janv. 2003, pourvoi n°00-17553).

Afin de se prémunir contre ce risque, les entreprises doivent charger contractuellement leurs équipementiers et intégrateurs téléphoniques d'installer toutes les protections nécessaires contre les *malwares* et autres intrus, au niveau de leurs PABX (firewall, etc.).

Il est donc nécessaire de renforcer les cahiers des charges que prescrivent les entreprises aux

installateurs, de renforcer la sécurité des équipements (PABX, terminaux, systèmes de messagerie, et de renforcer les clauses contractuelles qui énoncent la responsabilité assumée par les installateurs.

Hubert de Boisse
hdeboisse@lexcase.com

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com



Brèves

Attention au délit d'entrave au fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données (« STAD »)

L'article 323-2 du Code pénal définit ce délit de manière très large, comme le fait « d'entraver ou de fausser le fonctionnement

d'un STAD ». Il convient donc de prendre toutes les précautions nécessaires lorsqu'une entreprise hébergeant des serveurs dans son Datacenter décide d'interrompre les services permettant à un serveur de fonctionner (liaisons Internet, énergie, climatisation, etc.), fut-

ce pour mettre fin à un piratage du serveur en question. En particulier, le fait de prévoir une clause d'interruption des services en cas d'attaque contre les serveurs hébergés prémunit l'hébergeur contre tout risque d'une telle qualification pénale.



Filiales et procédures collectives : que risque la mère ?

Crise économique mondiale durablement installée, perspectives futures très incertaines, croissance française atone, les raisons sont nombreuses pour des groupes français ou étrangers de ne plus pouvoir soutenir une filiale située en France dont la rentabilité n'est plus, la trésorerie exsangue et le poids de la dette insupportable.

Voir une filiale liquidée n'est pas en soi un acte répréhensible pour la société mère, dès lors que la décision est murement réfléchie et la situation irrémédiablement compromise, mais l'actualité récente a démontré que bien souvent l'émotivité emportait sur la rationalité, occultant une décision de saine gestion, au profit d'une médiatisation empliée de contre-vérité et de sanctions hâtives, surtout lorsque la société mère demeure profitable.

Les sanctions à l'encontre d'une société mère, jugée responsable de liquidation de sa filiale, n'étant pas rares, elles ne peuvent être ignorées, raison pour laquelle les fondements d'une mise en jeu de la responsabilité de la mère doivent être connus, pour identifier chez la fille les risques potentiels cas de procédure collective de celle-ci.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Action classique du liquidateur judiciaire à l'encontre du dirigeant fautif, cette action en responsabilité civile peut être mise en œuvre dans le cadre d'un groupe de sociétés dès lors qu'est démontré l'existence d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la filiale.

Il y a donc deux préalables impératifs qui sont (i) l'existence d'une insuffisance d'actif, c'est à dire que l'actif recouvré par le liquidateur judiciaire ne suffise pas à couvrir le passif déclaré et (ii) la démonstration

de la faute de gestion, bien qu'en la matière les Tribunaux aient une appréciation relativement large, qui leur permet de lier aisément la faute reprochée et l'insuffisance d'actif qui en a découlé.

Très enclin à démontrer le peu d'autonomie de la filiale, la gestion de fait ou l'immixtion caractérisée dans les affaires de sa fille, le liquidateur judiciaire est très prompt à agir contre une société mère bien souvent plus fortunée que son administré, afin de la voir contribuer à la diminution du passif déclaré entre ses mains.

Compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont disposent les juges, la jurisprudence rendue au titre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est abondante. Le juste contrôle d'une société demeure donc affaire d'équilibriste et nécessite pour la mère une attention de tous les instants.

La confusion de patrimoine

Autre action classique en matière de procédures collectives, la confusion de patrimoine qui vise à démontrer que les patrimoines de la mère et de la fille se confondent et s'imbriquent de manière inextricable (confusion de comptes, flux financiers anormaux, ...), de sorte que la procédure de la fille doit être étendue à la mère et le patrimoine des deux sociétés réunis en un seul.

Contrairement à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, les tribunaux font ici une application très restrictive de cette action en responsabilité et attendent que soient démontrées à la fois l'ampleur et la systématicité des actes conduisant à retenir la confusion.

Hormis le cas de la société mère fictive, la

structuration des groupes protège généralement efficacement contre une telle action, mais la société mère devra toujours veiller à ce qu'une frontière étanche soit maintenu entre chaque personne morale ou que les opérations passées résulte de process normés (convention de trésorerie, de management fees, ...) et ordonné (comptabilité claire et distincte des deux sociétés, ...).

L'action en soutien abusif

Action classiquement initiée à l'encontre des banques et des fournisseurs indécents, elle trouve également à s'appliquer dans les relations qu'entretiennent mère et fille. Bien que la loi de la modernisation de l'économie, dite loi LME, et la jurisprudence aient quelque peu compliqué sa mise en œuvre, les critères retenus par l'article L650-1 du Code de Commerce, et notamment l'immixtion caractérisée, sont applicables aux groupes de sociétés.

On voit souvent une société mère volontaire soutenir sa fille, soit par ce qu'elle croit en sa capacité à se développer, soit pour l'aider à traverser des difficultés qu'elle pense passagères. Le problème est de savoir quand ce soutien financier franchit la ligne rouge pour devenir abusif.

De la même manière on peut retenir le soutien abusif dans le cadre de relation fournisseur-client que pourrait entretenir mère et fille. En effet, on constate souvent que la mère renonce à exiger de sa fille le paiement de factures émises au titre de

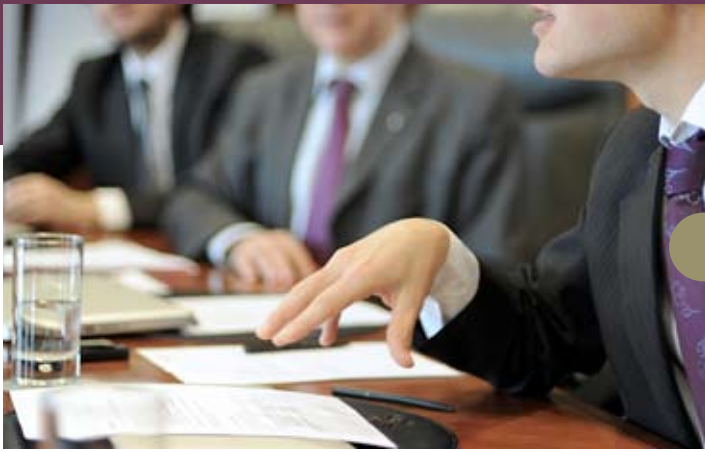
la fourniture de services ou de biens, dès lors que celle-ci n'est pas en mesure de le faire.

Or, en agissant ainsi en laissant se pérenniser cette situation, il peut être reproché à la société mère d'avoir conféré à sa filiale une apparence trompeuse de solvabilité en retardant une cessation des paiements acquise depuis plusieurs mois, voir années. Si cette apparence trompeuse de solvabilité a convaincu les créanciers de la société de s'engager avec elle, contribuant à une aggravation du passif, la mère peut être poursuivie pour voir le préjudice né de sa faute réparer.

Il y a peu d'exemples d'une société mère sanctionnée au titre du soutien abusif, dès lors que l'action en insuffisance d'actif est d'application plus large, de mise en œuvre plus aisée et aboutit à un résultat finalement plus convainquant. Si la sanction à ce titre est donc plus théorique, que réelle, il ne convient pas de l'écarter de l'éventail des actions qui peuvent être engagées à l'encontre de la société mère.

Amaury Dumas-Marze
adumasmarze@lexcase.com





Le harcèlement sexuel : quels changements apportés par la loi du 6 août 2012 ?

Suite à la décision 2012-240 QPC du 4 mai 2012 le Conseil Constitutionnel avait censuré la définition du harcèlement sexuel ainsi que ses sanctions pénales. La nouvelle loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel a modifié le Code pénal, le Code du travail et la loi 83-654 relative aux droits et obligations des fonctionnaires. Une circulaire du 7 août 2012 est venue, également, présenter les principales modifications de droit pénal et de la procédure pénale.

Qu'est-ce qui a changé ?

L'ancien article 222-33 du Code pénal disposait que « *le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Désormais, la nouvelle définition du harcèlement sexuel est plus détaillée et plus large.

En effet, l'article 222-33 du nouveau Code pénal dispose que le harcèlement sexuel est « *I. le fait d'imposer à une personne de façon répétée des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ; II. Est assimilé au harcèlement sexuel le fait même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ».

Les faits liés au harcèlement sexuel et mentionnés aux I et II, sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende. Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende en cas de circonstances aggravantes (relation d'autorité,

victime mineur de 15 ans ou vulnérable...).

Quels actes sont visés ?

Le délit de harcèlement sexuel est une infraction intentionnelle qui est appréciée en fonction du comportement matériel de son auteur. Il ressort de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation que les actes susceptibles d'être qualifiés de harcèlement sexuel – cités ici à titre d'exemples – peuvent être :

- des propos à caractère sexuel par l'envoi de messages électroniques ;
- une multiplication de cadeaux, d'appels et de messages téléphoniques ;
- des promesses de promotions (Cass. Crim., 20 novembre 2002) ;
- des gestes déplacés ayant une connotation sexuelle ;
- le fait d'exercer sur ses salariés une pression quasi quotidienne par des allusions à connotation sexuelle (Cass. Crim., 30 septembre 2009) ;
- le fait d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles ;
- la tentative d'un cadre d'embrasser une salariée contre son gré, sur le lieu de travail, de l'emmener à son domicile en renouvelant des avances de nature sexuelle, de l'appeler fréquemment par téléphone en dénigrant la relation affectueuse que celle-ci entretient avec un tiers ;
- refuser de tenir compte de manifestations de «refus clair et dénué d'ambiguïté» de la victime, et de se livrer à des gestes et contacts «non désirés par elle» et «contre sa volonté» (Cass. crim., 21 novembre 2007).

En outre, il ressort des articles L. 1153-1 à L. 1153-6 du Code du travail concernant les salariés, qu'est également assimilée au harcèlement sexuel toute forme de « *chantage sexuel* ».

Par ailleurs un autre apport de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 concerne la répression des discriminations susceptibles d'être commises à l'encontre des victimes de harcèlement sexuel désormais prévu à l'article 225-1-1 du Code pénal qui vise : « *toute discrimination opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 du Code pénal ou témoigné sur de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au 1 du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés* ». Ces discriminations sont sanctionnées par les dispositions de l'article 222-33-2 du Code pénal et non plus par l'article L. 1155-2 du Code du travail.

La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 contient également des dispositions concernant le harcèlement moral (article 2) et sanctionne toutes discriminations fondées sur l'identité sexuelle de la personne (article 4).

Concernant les cas de harcèlement moral, il s'agit :

- d'une part de faits répétés, et d'autre part d'agissements qui entraînent une dégradation des conditions de travail et donc une altération de la santé de la victime ; peu importe que ces actes soient intentionnels ou non (Cass. Ch. soc., 10 novembre 2009) ;

Il est intéressant de noter que la jurisprudence pénale a considéré récemment qu'un dirigeant pourrait être victime de harcèlement moral de la part de son subordonné ! (Cass. Crim., 6 décembre 2011).

Sont également prévues par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, des mesures protectrices de prévention du harcèlement sexuel au sein de l'entreprise :

- Par l'obligation d'affichage et des actions de prévention dans l'entreprise. L'employeur pourra faire figurer dans le document unique pour la

prévention des risques professionnels les mesures mises en place pour la prévention du harcèlement sexuel (article L. 1153-5 du Code du Travail) ;

- Par le renforcement du rôle et des pouvoirs de la médecine du travail, des délégués du personnel et de l'inspection du travail en la matière (article 7).

- Par l'obligation faite à l'employeur d'afficher l'article 222-33-2 du Code pénal relatif au harcèlement sexuel et au harcèlement moral sur les lieux de travail, comme le prévoit l'article L. 1152-4 du Code de travail. Ce texte doit également être affiché dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche comme l'impose l'article L. 1153-5 du Code de travail.

- De plus, dans le cadre des relations de travail, la protection contre le harcèlement est étendue aux personnes en stage ou en formation (article L. 1153-2 du Code du travail).

Enfin, qui dit harcèlement sexuel ne dit pas toujours agression sexuelle. Les deux infractions doivent être soigneusement distinguées, et comme le précise la circulaire, c'est pour prévenir le recours à la qualification de harcèlement dans des cas d'agressions sexuelles que la définition du délit assimilé au

harcèlement sexuel utilise uniquement l'expression de pressions graves, et non pas les termes de menace ou de contrainte qui, vu les autres dispositions du Code pénal, caractérisent le viol ou les agressions sexuelles.

Nicolas Kéramidas
nkeramidas@lexcase.com





Point d'arrêt sur vos actifs incorporels

Votre entreprise utilise-t-elle un logo ? Conçoit-elle des produits informatiques ou issus d'un savoir faire particulier, de design, ou commercialisés sous une marque phare ? Dispose-t-elle d'un site web ? Fait-elle appel à des prestataires extérieurs ?

Si vous avez répondu oui à au moins l'une de ces questions, vous êtes concerné par un audit PI.

L'audit PI peut vous aider à sécuriser vos actifs incorporels et à définir vos priorités d'action. Son but n'est en effet pas seulement de vérifier l'existence d'un certain nombre de droits mais surtout la cohérence et l'adéquation de la politique de votre entreprise relative à ses actifs incorporels avec sa stratégie commerciale. L'audit PI vous permet également de mettre les choses en ordre avant une éventuelle cession de l'entreprise.

1. En amont :

- Vérifiez l'opportunité de déposer vos éléments incorporels à titre de marques, dessins et modèles ou brevets ;
- Identifiez précisément sur quoi devra porter chacun des titres (territoire, activité etc ..)
- Interrogez vous sur le titulaire desdits droits (personne physique dirigeant ou société, auquel cas des contrats de licence ou de cession sont à régulariser)
- Effectuez des recherches d'antériorités pour les marques et noms de domaines ;
- Prémunissez-vous vis à vis de vos salariés et prestataires en vous faisant céder leurs droits d'auteur sur les créations que votre entreprise entend exploiter par la suite.

2. Au cours de l'exploitation de vos droits :

- Pour les marques, dessins et modèles ou brevets déposés : surveillez les échéances de renouvellement et veillez à payer vos redevances et annuités en temps utile, sous peine de perdre vos droits ;
- Pensez à exploiter vos marques pour ne pas encourir la déchéance ;
- Évaluez la pertinence des titres déposés par rapport à l'activité de la société (ex : en matière de marque).

- Posez-vous les bonnes questions : Ré-actualisation des marques déposées (ex : une marque semi-figurative obsolète, la charte graphique ayant évolué), sont-elles suffisamment exploitées ? Avez-vous mis en place une veille de marque afin de pouvoir les défendre contre toute nouvelle marque identique ou pouvant entraîner un risque de confusion ?

- Les droits d'auteur existant et créés par des salariés ou prestataires ont-ils été valablement cédés à l'entreprise ?

- Vérifiez si toutes les formalités légales associées à votre site internet ont été faites (notamment à l'égard de la CNIL) ;

- Auditez les contrats en cours :

- Vérification des droits d'exploitation dont vous êtes réellement titulaire :

- N'octroyez jamais plus de droits à un tiers que ceux dont vous êtes réellement titulaire: vérifiez l'étendue de vos droits sur vos actes d'enregistrement (*territoire concerné, classes d'enregistrement etc.*) et actes de cession de droits d'auteur, vérifiez l'étendue des licences de droits que vous avez déjà concédées (*exclusivité etc.*) ;

- Faites attention à ne pas exploiter plus de droits que ceux qui vous ont été octroyés: vérifiez ainsi les licences de droits qui vous ont été concédées (*objet, durée, territoire etc.*).

- Sont-ils opposables au tiers ?

3. Échéance et transmission :

- Vérifiez l'opportunité ou non de renouveler vos enregistrements lorsque l'échéance arrive (ex. : *marque non réellement exploitée*) ;

- Pour les marques, dessins et modèles ou brevets déposés, pensez à inscrire tout acte affectant la propriété ou la jouissance de ces droits (cession, licence etc.) auprès de l'INPI ou de l'organisme concerné (ex.: *OHMI pour les marques et dessins ou modèles communautaires*).

- Valorisez les actifs incorporels dans le cadre d'une cession.

Anne-Sophie Ucello-Jammes
asjammes@lexcase.com



L'hébergeur arbitre du contenu « manifestement illicite »

Depuis la Loi pour la confiance dans l'économie numérique n°2004-575 du 21 juin 2004 (LCEN), la responsabilité de l'hébergeur peut être engagée lorsque ce dernier n'a pas retiré promptement un contenu à caractère manifestement illicite alors qu'il aurait été informé d'un tel caractère par le biais d'une notification établie selon les modalités visées à l'article 6 I 5° LCEN (*informations sur le demandeur, description des faits litigieux, motifs de retrait etc.*).

Pour le Conseil constitutionnel, ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'aurait pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers, si celle-ci ne présente pas *manifestement* un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par le juge (décision n°2004-496 du 10 juillet 2004).

C'est ainsi que les hébergeurs ont parfois dû arbitrer malgré eux du caractère « manifestement » illicite devant justifier un retrait ou une suppression d'accès, ces actes pouvant potentiellement porter atteinte à la liberté d'expression ou conduire à créer un dommage pour leur auteur et/ou éditeur. S'est donc posée la question de savoir si l'hébergeur pouvait voir sa responsabilité engagée après qu'il eut supprimé un contenu reconnu postérieurement comme non illicite et ce, malgré sa croyance qu'il l'eut été.

La jurisprudence elle-même semble avoir du mal à s'accorder sur la notion de contenu « manifestement » illicite.

Deux courants semblent en effet s'opposer :

- Une définition restreinte se limitant aux contenus objectivement illicites tels que l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, la pornographie infantile, l'incitation à la violence ou les atteintes à la dignité humaine (*TGI Béziers, 8 avril 2011, Jean-Marc D. c/ JFG Networks : la victime d'abus de langage et de propos calomnieux sur un forum doit s'adresser au juge et non à l'hébergeur pour obtenir le retrait de contenus litigieux mais non « manifestement » illicites*).

- Une définition élargie, l'hébergeur devant se rapporter à la notification qui lui est faite et aux preuves qui lui sont apportées par le plaignant pour déterminer si le contenu litigieux constitue un véritable manquement à

une règle du droit positif (*CA Paris, 14^e ch. Sect. A, 12 déc. 2007, Google c/ Benetton France : les intimées ont fourni les justifications nécessaires du caractère manifestement illicite du contenu dénoncé et notamment les pièces témoignant de leur droits sur leur marques et de ce que les photographies figurant sur le blog litigieux étaient celles de leur catalogue => condamnation de Google à une provision de 15.000 euros à valoir sur l'indemnisation du préjudice des intimées*).

L'hébergeur serait ainsi seul responsable pour apprécier la légitimité des prétentions en cause. Il semblerait au vu de la jurisprudence que l'hébergeur doit retirer le contenu litigieux lorsque :

- la notification adressée à l'hébergeur comporte l'ensemble des exigences visées à l'article 6 I 5° LCEN et que le contenu est apparemment « manifestement illicite ». A défaut, il engage sa responsabilité (*CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 14 avril 2010, Omar S., Fred. T c/ Dailymotion : Dailymotion condamnée à verser 30.000 euros aux appelantes pour leur préjudice moral et 20.000 euros pour leur préjudice patrimonial, la mise en demeure lui ayant été adressée en vue de retirer les contenus litigieux étant, selon la Cour, « exempte de toute critique »*) ;

- l'hébergeur estime que sa responsabilité « peut être » engagée et donc que le contenu est manifestement illicite (*TGI Lille, Ord. 6 déc. 2010, OVH c/ Wikileaks : l'hébergeur doit dans ce cas suspendre lui-même l'hébergement du site, sans nécessité d'une autorisation judiciaire pour ce faire*)

Il est ainsi clair que l'hébergeur est tenu pour responsable s'il n'agit pas.

Aucune jurisprudence sur la mise en cause de la responsabilité d'un hébergeur trop zélé ne semble en revanche avoir été rendue. Hébergeurs, faites donc preuve de diligence et de réactivité, cela ne pourra a priori pas vous l'être reproché.

Anne-Sophie Ucello-Jammes
asjammes@lexcase.com



Contrats administratifs et délais de recours contentieux : des précisions bienvenues

La chronologie peut souvent être de toute première importance dans le contentieux administratif. Les délais sont en effet un élément substantiel pour faire valoir ses droits devant toute Administration ou juridiction administrative.

En la matière, les règles générales, fixées pour partie par le code de justice administrative, sont, sauf exceptions, les suivantes :

- le délai de recours contentieux pour contester une décision administrative (y compris les décisions de rejet des réclamations portées devant l'administration) est de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision attaquée ;
- ce délai n'est opposable par l'administration que si la notification de la décision litigieuse comporte la mention des voies et délais de recours ;
- la formulation d'un recours administratif (gracieux ou hiérarchique) permet de proroger le délai de recours contentieux.

Dans quelle mesure ces règles sont-elles applicables dans le cadre du contentieux contractuel ?

Deux décisions récentes du Conseil d'État apportent quelques réponses bienvenues à cette question.

Les mesures d'exécution du contrat ne sont pas des décisions administratives au sens de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative

Dans le cadre d'une convention d'occupation domaniale aéroportuaire, une CCI avait décidé de résilier de manière anticipée le titre de l'occupant (un bar hôtel restaurant) en considérant divers manquements aux obligations contractuelles.

L'occupant avait formé un recours en annulation de la décision de résiliation devant le juge administratif plus de deux mois après la notification de la décision qui toutefois ne comportait pas la mention des voies et délais de recours.

La question était donc celle de l'opposabilité du délai de

recours contentieux, sachant que conformément à la règle posée par le Conseil d'État dans sa décision dite Béziers II (CE, 21 mars 2011, *commune de Béziers*, n°304806), le délai de recours contentieux est en principe de 2 mois à compter de la notification de la décision de résiliation.

Le Conseil d'État (CE, 11 avril 2012, *Société Prathôtels*, n°355356) considère que le délai de deux mois était opposable au requérant nonobstant l'absence de notification au préalable des voies et délais de recours par l'administration.

La Cour Administrative d'appel de Douai avait déjà annoncé cette solution en 2011 en jugeant « *qu'aucun principe ni aucune disposition, notamment pas celles de l'article R. 421-5 du code de justice administrative, qui ne sont pas applicables à un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles, n'imposent qu'une mesure de résiliation soit notifiée avec mention des voies et délais de recours* » (CAA DOUAI, 20 septembre 2011, *Cne d'Ailly sur Noye*, req. n°10DA00906).

Pour justifier cette solution, le Conseil d'État considère que la décision de résiliation est une mesure d'exécution du contrat...et non une décision administrative au sens de l'article R. 421-1 du code de justice administrative.

Pour rappel c'est l'article R.421-1 CJA qui commande que « *la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée* ».

Par conséquent, le juge administratif en déduit que les dispositions de l'article R. 421-5 du même code, relatives à la notification des voies et délais de recours, ne pouvaient être utilement invoquées.

Ce faisant, pour le Conseil d'État, les règles générales du contentieux administratif en matière de délai, fixées par le code de justice administrative, ne seraient pas applicables aux « mesures d'exécution du contrat », dont fait partie la décision de résiliation.

Cela n'était pas évident. Le Conseil d'État l'affirme pour la première fois par référence à la catégorie des mesures d'exécution du contrat qui ne saurait d'ailleurs se limiter aux seules décisions de résiliation.

L'exercice d'un recours administratif contre la décision de résiliation ne saurait proroger le délai de recours contentieux

Par un second arrêt, le Conseil d'État juge que l'exercice d'un recours administratif ne permet pas de prolonger le délai de recours contentieux à l'encontre de la décision de résiliation du contrat (CE 30 mai 2012, *SARL Promotion de la restauration touristique* (PRORESTO), req. n° 357151).

Le cocontractant qui forme un recours administratif contre la décision de résiliation n'interrompt pas le délai de recours contentieux dans lequel le cocontractant peut contester la validité de la décision de résiliation et solliciter la reprise des relations contractuelles.

Ainsi le Conseil d'État précise-t-il « *qu'eu égard aux particularités de ce recours contentieux, à l'étendue des pouvoirs de pleine juridiction dont le juge du contrat dispose (...), l'exercice d'un recours administratif pour contester cette mesure, s'il est toujours loisible au cocontractant d'y recourir, ne peut avoir pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux ; qu'il en va ainsi quel que soit le motif de résiliation du contrat et notamment lorsque cette résiliation est intervenue en raison des fautes commises par le cocontractant* ».

Quel délai de recours en cas de rejet d'une réclamation contractuelle indemnitaire ?

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) types, applicables en matière de marchés publics, comportent des clauses de recours préalables obligatoires avant toute présentation au juge d'une réclamation indemnitaire (ex : article 37 du CCAG FCS ; article 50 du CCAG Travaux).

Au terme de cette procédure dite de règlement des différends, l'administration contractante statue sur la réclamation indemnitaire présentée par son cocontractant et prend, ce faisant, une décision qualifiable de mesure d'exécution du contrat (cf. en ce sens, TA Lille, 10 avril 2012, Société Hitronetic, n°0801349).

De quel délai dispose alors le cocontractant pour saisir le juge administratif de sa réclamation indemnitaire lorsque l'administration n'y a pas fait droit ?

En dehors du cas particulier des réclamations portant sur le décompte général d'un marché de travaux, pour lesquelles le CCAG correspondant fixe un délai de 6 mois, ce délai n'est pas précisé dans les CCAG.

Doit-on alors considérer qu'aucun délai ne s'applique ou que les règles générales de délai fixées aux articles R. 421-1 et suivants du code de justice administrative sont applicables par défaut (délai de 2 mois ; obligation de notification de voies et délais de recours) ?

Cette dernière solution est régulièrement appliquée par certaines juridictions administratives (cf. CAA Bordeaux, 15 décembre 2011, *Société SERCO*, n°10BX01087 ; CAA Lyon, 11 octobre 2012, *SARL Les Indiens Blancs*, n°11LY02524)

Pour autant les décisions précitées du Conseil d'État qui écartent l'application des articles R. 421-1 et R. 421-5 du code de justice administrative aux mesures d'exécution du contrat (donc au rejet des réclamations indemnitaires) vont à l'encontre d'une telle conclusion.

Cette ambiguïté, que l'on retrouve également pour les mesures d'exécution prises par l'administration dans le cadre d'autres types de contrats administratifs (ex : délégation de service public), mériterait, compte tenu de l'importance de ses conséquences pratiques, d'être définitivement éclaircie.

Dans cette attente, et par prudence, il ne peut qu'être recommandé de considérer que toute décision explicite de rejet d'une réclamation indemnitaire présentée à l'administration dans un cadre contractuel doit, sauf stipulation contractuelle contraire, être contestée dans un délai de deux mois, même si les voies et délais de recours ne sont pas mentionnés et sans qu'un recours administratif ne puisse proroger ce délai.

Alain de Belenet
adebelenet@lexcase.com

Raphaël Apelbaum
rapelbaum@lexcase.com





Actualités fiscales

De nombreuses réformes fiscales seront votées dans les prochains mois (loi de finances pour 2013, 3^e loi de finances rectificative pour 2012, loi sur la compétitivité des entreprises). Nous vous proposons, au stade actuel des débats parlementaires et des annonces du gouvernement, un état des lieux des mesures fiscales qui devraient voir le jour prochainement.

Impôt sur le revenu/ISF

- Le gel du barème progressif de l'impôt sur le revenu serait maintenu pour l'imposition des revenus 2012, et le barème serait complété d'une tranche d'imposition supplémentaire pour la fraction des revenus supérieure à 150.000 € par part (taux de 45%).
- Une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus serait instaurée au titre des revenus 2012 et 2013. Cette contribution s'appliquerait aux personnes physiques dont le montant total des revenus professionnels excède 1 M€ par bénéficiaire, et porterait à 75% le taux marginal d'imposition des revenus excédant ce seuil.
- À compter de l'imposition des revenus 2013, le plafonnement global des avantages fiscaux serait réduit à un montant forfaitaire de 10.000 € (réductions d'impôt en faveur des investissements outre-mer non prises en compte).
- Un nouveau dispositif d'encouragement à l'investissement locatif serait instauré (dispositif « Duflot »).
- Dès 2012, les dividendes et produits de placement à revenu fixe seraient obligatoirement soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Un dispositif de prélèvement forfaitaire à la source serait instauré en 2013 à titre d'acompte de l'impôt sur le revenu (assorti d'un mécanisme de dispense selon les revenus de contribuable).
- Le taux d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières réalisées en 2012 serait porté de 19% à 24%. À compter de 2013, ces plus-values (sauf cas particulier du PEA, et des titres souscrits en exercice de BSPCE) seraient soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Un dispositif général d'abattement pour durée de détention serait introduit à compter de 2013. Enfin, sur option et sous conditions, les associés « entrepreneurs »

pourraient continuer à bénéficier d'une imposition au taux forfaitaire de 19%, y compris sur 2012.

- Les gains tirés de la levée d'option de souscription d'actions ou de l'attribution d'actions gratuites seraient eux aussi soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu (pour les attributions d'options ou d'actions gratuites réalisées depuis le 28 septembre 2012).
- En matière d'ISF, à compter de 2013, le nouveau barème serait assorti d'un mécanisme de plafonnement (limitation de l'ISF dû de sorte que l'impôt sur le revenu et l'ISF n'excèdent pas ensemble 75% des revenus du redevable).

Impôt sur les sociétés

- Un dispositif de limitation de la déductibilité des charges financières s'appliquerait aux entreprises dont les charges financières excèdent 3 M€. Le taux de déductibilité des charges financières nettes serait limité à 85% pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2012, puis à 75% pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2014.
- Pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2012, la quote-part de frais et charges imposable sur les plus-values de cession de titres de participation serait désormais calculée sur le montant de la plus-value brute réalisée, et non sur le montant des plus-values nettes de l'exercice (i.e, la quote-part de 10% serait calculée avant imputation des moins-values sur titres de participation).
- Pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2012, le plafond d'imputation des déficits fiscaux reportés en avant serait réduit à 1 M€ majoré d'un montant égal à 50% du bénéfice de l'exercice (au lieu de 60% en 2011).
- Pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2013, l'obligation de calculer le dernier acompte d'impôt sur les sociétés de l'exercice par référence au bénéfice de l'exercice en cours (règle dite du « 5^e acompte ») s'appliquerait désormais aux entreprises ayant réalisé un chiffre d'affaires de plus de 250 M€ au cours du dernier exercice clos.

- La contribution exceptionnelle d'impôt sur les sociétés de 5% serait reconduite pour deux ans (soit une application pour les exercices clos jusqu'au 30 décembre 2015).
- Une alternative à l'imposition immédiate des plus-values latentes en cas de transfert du siège social à l'étranger serait proposée aux entreprises, sous forme d'une option pour l'étalement de l'imposition de ces plus-values.
- Les entreprises bénéficieraient dès 2013 d'un crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi, calculé en fonction de la masse salariale brute de l'entreprise sur les salaires compris entre 1 et 2,5 fois le SMIC.

TVA

- À compter de 2014, les taux de TVA applicables en

France métropolitaine (5,5% ; 7% et 19,6%) seraient respectivement portés à 5%, 10% et 20%.

Procédure fiscale

- Différentes mesures visant à éviter la fraude et à favoriser la transparence fiscale des contribuables seraient adoptées : renforcement des pouvoirs de contrôle de l'administration, encadrement de certains « montages fiscaux » (apport-cession, donation-cession, cession temporaire d'usufruit).

Philippe Drouillot
pdrouillot@lexcase.com

Matthieu Philippe
mphilippe@lexcase.com

INDUSTRIES & PRODUITS DE SANTÉ

Défaillance d'un dispositif implantable et responsabilité du chirurgien implanteur : la fin d'une controverse ?

Qui du fabricant ou de l'hôpital doit réparer les dommages causés par un dispositif médical utilisé sur un patient ? Alors que les juridictions administratives retenaient la responsabilité sans faute des hôpitaux « utilisateurs » ou « fournisseurs » en cas de défaillance d'un produit, la CJUE fut saisie le 4 octobre 2010 d'une question préjudicielle tendant à interpréter les dispositions de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Loin de dissiper les interrogations, par arrêt du 21 décembre 2011, la CJUE a seulement dit pour droit que ladite directive n'englobait pas la responsabilité des prestataires de soins, et qu'ainsi les États Membres étaient libres de prévoir un régime spécifique de responsabilité dans cette hypothèse¹. L'intervention de la Haute juridiction française était donc nécessaire.

Par arrêt du 12 juillet 2012, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a dissipé les doutes relatifs au partage de responsabilité entre médecin et fabricant, en cas de défaillance d'un dispositif implantable. En l'espèce, suite au déplacement d'une prothèse qui lui avait été implantée, un patient avait dû subir une première intervention chirurgicale. Ladite prothèse

ayant « éclaté » quelques temps après au cours d'une activité sportive, une deuxième intervention dut avoir lieu. Le patient engagea donc la responsabilité du fabricant du dispositif et celle du chirurgien ayant pratiqué les interventions. Les juges du fond ont ainsi raisonné en terme de responsabilité solidaire, conformément à la tendance jurisprudentielle antérieure à l'arrêt précité de la CJUE. Cette position a été censurée par la Cour de cassation. Désormais la solution est affirmée : selon la Cour suprême « *les prestataires de soins ne peuvent être assimilés à des distributeurs de produits ou de dispositifs médicaux* », hormis le cas où ils en sont les producteurs dans la mesure où leurs prestations « *visent essentiellement à faire bénéficier les patients des traitements et techniques les plus appropriés à l'amélioration de leur état* ». Dès lors, leur responsabilité ne relève pas du champ des articles 1386-4 et suivants du Code civil portant transposition de la directive précitée, et ne peut être recherchée que pour faute.

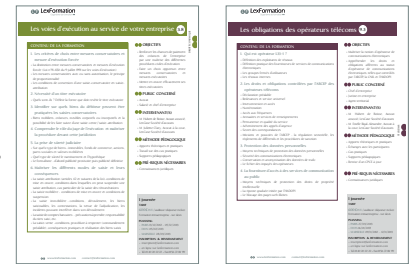
Alain Gorny, Mathilde Merckx
agorny@lexcase.com, mmerckx@lexcase.com

¹ Voir A. Gorny et A. Lerolle, « *La responsabilité des fabricants de dispositifs médicaux utilisés ou fournis à l'Hôpital* », disponible dans notre onglet « publication ».



Comme annoncé dans notre dernière édition (*Lex&Case n°4, août 2012*), nous venons d'éditer le catalogue des formations proposées par le cabinet via notre organisme de formation partenaire, LexFormation.

Vous trouverez dans ce catalogue des fiches de présentation des 93 formations proposées par le cabinet, dans tous les domaines et secteurs que nous couvrons.



Nous vous présentons ci-dessous une sélection des formations proposées au cours des trois prochains mois :

JANVIER 2013		
PARIS	Ma 8	La dénonciation calomnieuse : quels moyens d'action ?(4.1)
	Me 9	Le Service Universel des télécommunications (9.5)
	J 10	Les clauses sensibles du contrat de travail (6.3)
	Ma 15	Les sociétés cotées (2.5)
	Me 16	Les allégations nutritionnelles et de santé (11.5)
	J 17	Le droit de la facturation, du paiement et du recouvrement (3.6)
	Ma 22	Détermination du résultat fiscal (7.3)
	J 24	Dépendance économique, déséquilibre de la relation commerciale (3.2)
Ma 29	La responsabilité pénale des personnes morales et de leurs dirigeants (4.5)	
LYON	Ma 8	Actualité juridique des marchés publics (5.1)
	Me 9	Le créancier face à l'entreprise en procédures collectives (12.3)
	J 10	Publicité, droit de la consommation : bonnes pratiques et gestion des risques DGCCRF (3.5)
	L 14 & Ma 15	Signature électronique, nouvelle lettre recommandée électronique (3.10)
	Me 16	Les obligations des opérateurs télécoms (9.3)
	J 17	Comment protéger ses marques ? (8.4)
	Ma 22	La motivation des salariés et des dirigeants (2.3)
	Me 23	Maîtriser le cadre juridique du droit d'auteur (8.3)
	J 24	La victime : faire valoir ses droits et obtenir réparation (4.3)
	V 25	Gestion fiscale des flux intragroupes dans un contexte international / prix de transfert (7.5)
Ma 29	Les modes de règlement des litiges : action en justice, médiation, conciliation, arbitrage (3.9)	
Me 30	Correspondant CNIL : répondre à vos obligations légales (10.3)	
J 31	Délégation de service public (5.5)	
MARSEILLE	Ma 8	Acquisitions de sociétés ou de fonds de commerce (2.1)
	Me 9	Les marchés publics de NTIC et le CCAG TIC (5.18)
	Me 9 & J 10	Les contrats informatiques : maîtriser les risques juridiques (10.1)
	V 11	Sécuriser ses contrats de propriété intellectuelle (8.1)
	Ma 15	Droit de la concurrence (1.1)
	Me 16	Les marchés publics et le CCAG Prestations Intellectuelles (PI) (5.16)
	J 17	Actualité fiscale (7.1)
	V 18	Connaître les différentes procédures et catégories de marchés publics (5.3)
	Ma 22	L'inaptitude du salarié (6.1)
	J 24	La RC Produit (11.3)
	L 28	Techniques contractuelles : optimisation de la rédaction de vos contrats, clauses essentielles (3.1)
	Ma 29	La pharmacovigilance, la qualité et la RC Produit (11.1)
J 31	Le traitement amiable des difficultés ou le placement sous un régime de protection d'une procédure collective (12.1)	



FÉVRIER 2013

PARIS	Ma 5	Cadre général des marchés publics (5.2)
	Me 6	L'issue de la procédure collective et la responsabilité du dirigeant (12.4)
	J 7	Facturation : appréhender les règles juridiques et fiscales, et maîtriser le formalisme (7.4)
	Ma 12	La protection de l'image et de la réputation de son entreprise (3.4)
	Me 13	Les contrats entre opérateurs télécoms (9.4)
	J 14	Contentieux des marchés publics (5.4)
	Ma 19	La procédure devant l'Autorité de la concurrence (1.2)
	J 21	Les pactes (2.4)
	J 21	Les risques pénaux liés à la vie des affaires (4.6)
	V 22	Les risques pénaux liés à la vie des affaires (4.6)
	Ma 26	Commerce électronique : vendre ses produits ou ses services sur internet (3.11)
	Me 27	Les compléments alimentaires (11.6)
	LYON	Ma 5
Me 6		La protection du jeu vidéo par le droit de la propriété intellectuelle (10.4)
J 7		La publicité (11.2)
Ma 12		La vie juridique des sociétés (2.2)
J 14		Les clauses abusives (3.12)
V 15		Les principales infractions de la vie des affaires (4.4)
Ma 19		La pratique du référé et des procédures d'urgence (3.7)
Me 20		Intégration fiscale (7.6)
J 21		Domaine public - définition, principes, règles d'occupation (5.6)
V 22	Le point sur la réforme des produits de santé (11.4)	
MARSEILLE	V 1	Réglementation sectorielle des télécoms (9.1)
	Ma 5	Le risque routier (6.2)
	Me 6	Le droit de la fibre optique (9.6)
	J 7	L'optimisation du recouvrement, la gestion du risque client (3.3)
	V 8	La garde à vue : comment y faire face (4.2)
	L 11	L'entreprise en période d'observation (12.2)
	Ma 12	Contrôle et contentieux fiscal (7.2)
	Me 13	Typologie et étude des contrats informatiques (10.2)
	J 14	Valoriser et défendre ses droits de propriété intellectuelle (8.2)
	V 15	Concurrence et santé : repérer et éviter les comportements dangereux au quotidien (1.5)
MARS 2013		
PARIS	Ma 19	Les modes de règlement des litiges : action en justice, médiation, conciliation, arbitrage (3.9)
	Me 20	Les conflits d'intérêts (11.7)
	J 21	Gestion fiscale des flux intragroupes dans un contexte international / prix de transfert (7.5)
	V 22	Le créancier face à l'entreprise en procédures collectives (12.3)
	Ma 26	Délégation de service public (5.5)
	Me 27	Les obligations des opérateurs télécoms (9.3)
	J 28	La victime : faire valoir ses droits et obtenir réparation (4.3)

MARS 2013

LYON	Ma 12	Les politiques tarifaires en droit de la concurrence (1.3)
	Me 13	Le droit de la facturation, du paiement et du recouvrement (3.6)
	J 14	La responsabilité pénale des personnes morales et de leurs dirigeants (4.5)
	V 15	Présider et animer le CE (6.7)
	Ma 19	Les rendez-vous des DRH (6.4)
	Me 20	Le Service Universel des télécommunications (9.5)
	J 21	Connaître les différentes procédures et catégories de marchés publics (5.3)
	V 22	Le droit de la téléphonie mobile (9.7)
	Ma 26	Promouvoir ses ventes en toute sécurité (3.14)
	Me 27	La RC Produit (11.3)
	J 28	Opérations de restructuration (7.7)
MARSEILLE	Ma 5	Le démarchage : une pratique commerciale règlementée (3.13)
	Me 6	Les allégations nutritionnelles et de santé (11.5)
	J 7	Publicité, droit de la consommation : bonnes pratiques et gestion des risques DGCCRF (3.5)
	V 8	Exécution des marchés publics (5.7)
	Ma 12	Détermination du résultat fiscal (7.3)
	Me 13	Les contentieux devant l'ARCEP (9.2)
	J 14	Maîtriser le cadre juridique du droit d'auteur (8.3)
	V 15	Correspondant CNIL : répondre à vos obligations légales (10.3)
	Ma 19	La motivation des salariés et des dirigeants (2.3)
	Me 20 & J 21	Signature électronique, nouvelle lettre recommandée électronique (3.10)
	J 21 & V 22	Les risques pénaux liés à la vie des affaires (4.6)
	Ma 26	Les clauses sensibles du contrat de travail (6.3)
	Me 27	Comment protéger ses marques ? (8.4)
	J 28	Les voies d'exécution au service de votre entreprise (3.8)
	V 29	Les rendez-vous des DRH (6.4)

1. DROIT DE LA CONCURRENCE 

2. DROIT DES SOCIÉTÉS 

3. DROIT ÉCONOMIQUE 

4. DROIT PÉNAL DES AFFAIRES 

5. DROIT PUBLIC DES AFFAIRES 

6. DROIT SOCIAL 

7. DROIT FISCAL 

8. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 

9. TÉLÉCOMS 

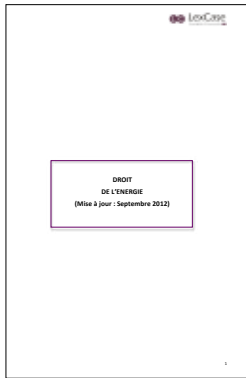
10. INFORMATIQUE / JEUX VIDÉOS 

11. DROIT DE LA SANTÉ 

12. PROCÉDURES COLLECTIVES 



• **Édition du code de l'Énergie (novembre 2012)**



À l'instar du Code des Postes et des Communications Électronique (CPCE), publié en septembre 2011, que nous avons pu offrir à nos clients intervenant dans le secteur postal ou dans les télécoms et mis en ligne sur notre site internet, LexCase édite ce mois-ci un Code de l'Énergie qui rassemble les textes applicables (loi, décrets, arrêtés, délibérations, décisions,

communications et avis), ainsi qu'un certain nombre de décisions de la Commission de Régulation de l'Énergie, d'arrêts de la Cour d'appel de Paris saisie sur recours contre des décisions du CoRDiS, d'arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

Forts de notre expertise dans ce secteur dans lequel nous accompagnons de nombreux acteurs dans les différentes filières (RTE, gaz, photovoltaïque, éolien), et en qualité de Conseils de la Commission de Régulation de l'Énergie dans un certain nombre de dossiers devant la Cour d'appel de Paris, nous avons pris cette initiative pour faire bénéficier nos clients de cet outil de travail qui leur permet de disposer d'un code à jour, que n'offrent pas les grandes maisons d'édition.

Merci de nous contacter pour une transmission papier, ou de le consulter en ligne sur le site du Cabinet (<http://www.lexcase.com/publications/nos-newsletters-publications>).

• **Les départements Corporate et Restructuring de LexCase** (Guillaume Pierson et Amaury Dumas-Marze) ont assisté le Groupe Poralu (basé dans l'Ain) dans le cadre du rachat de l'activité "Menuiserie Bois" de la société Altrima, basée à Alex (74).

• **Le département Fusion-Acquisition de LexCase** (Guillaume Pierson – Philippe Drouillot) a assisté le Groupe Siparex et le Crédit Agricole dans le cadre de leur investissement au capital du Groupe F2A, un équipementier de niche au sein du marché de l'aéronautique. Les départements Droit des sociétés, Fiscalité, Social et Contrat ont été fortement impliqués dans l'audit du Groupe F2A et dans la rédaction de la documentation juridique.

• **Le département Droit des Sociétés** (Guillaume Pierson – Stéphanie Bideau) a assisté le Voyagiste Ailleurs dans le cadre de la cession de son groupe d'agences de voyage Ailleurs (55 agences de voyage en France, cinq plateaux d'affaires) au profit du tour-opérateur Marietton Investissements.

• **Les départements Droit des Sociétés / Procédure Collective** (Guillaume Pierson - Amaury Dumas-Marze) ont assisté différentes sociétés dans le cadre de rachat d'entreprises en difficultés financières.

• **LexCase reçoit le Trophées d'argent 2013 de la Firme nationale de l'année dans la catégorie des cabinets multi-bureaux** : Après le trophée d'argent de la firme entrepreneuriale de l'année au niveau national, obtenu en 2011, LexCase est une nouvelle fois distingué. Les Trophées du Droit récompensent les meilleures compétences et pratiques juridiques des praticiens du droit, en cabinet ou en entreprise, sur la base du travail de jurys composés de professionnels.

Nous nous félicitons de cette distinction qui récompense la création et le développement, depuis 2009, de notre structure intégrée présente à Paris, Lyon et Marseille, et qui distingue aujourd'hui le cabinet parmi de prestigieux cabinets français ayant, comme LexCase, une présence nationale.

LC LexCase
Société d'Avocats ●●
www.lexcase.com
contact@lexcase.com

PARIS
17, rue de la Paix 75002 Paris
Téléphone : +33 1 40 20 22 22
Télécopie : +33 1 56 72 84 99

LYON
24, rue Childebert 69002 Lyon
Téléphone : +33 4 37 23 11 11
Télécopie : +33 4 37 23 11 00

MARSEILLE
50, rue Paradis 13001 Marseille
Téléphone : +33 4 91 33 22 22
Télécopie : +33 4 91 33 20 85

Cette lettre d'information a été conçue uniquement afin de donner des informations générales sur la réglementation et la jurisprudence, ainsi que sur la vie du Cabinet, de ses membres et de leurs activités. Les informations contenues dans cette lettre ne constituent pas une consultation juridique et ne doivent pas être interprétés comme l'établissement d'une relation entre avocat et clients. Les personnes destinataires sont encouragées à consulter un avocat pour toutes leurs problématiques juridiques.

Dans l'hypothèse où vous ne souhaitez plus recevoir la présente lettre d'information, nous vous invitons à nous l'indiquer à l'adresse contact@lexcase.com.