



Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

Comme nos précédentes Newsletters, nous y aborderons des questions juridiques d'actualité ou liées à des problématiques que vous pourriez être amenés à rencontrer.

Nous attirons toutefois votre attention sur le fait que les articles de cette lettre d'information ne sont pas exhaustifs et n'ont pas vocation à constituer un avis juridique.

N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires et/ou questions.

Cette lettre d'information est également disponible en anglais et en japonais

BERSAY & ASSOCIES
Société d'Avocats

31, avenue Hoche, 75008 Paris
Téléphone 33 (0)1 56 88 30 00
Télécopie 33 (0)1 56 88 30 01

22, rue Croix-Baragnon, 31000 Toulouse
Téléphone 33 (0)5 62 26 20 79
Télécopie 33 (0)5 62 26 08 34

<http://www.bersay-associes.com>
<mailto:contact@bersay-associes.com>

SOMMAIRE

DROIT DES SOCIETES / DROIT FINANCIER 2

La validité de la délégation de pouvoir à l'épreuve de la dissociation des fonctions de président et directeur général 2

Sanction de l'obligation d'information pesant sur le bénéficiaire d'une garantie d'actif et de passif : la déchéance de la garantie 2

CONTENTIEUX ARBITRAGE 3

Incompatibilité des injonctions « *anti-suit* » en matière d'arbitrage avec le Règlement 44/2001... 3

Effet de la clause de médiation préalable 3

Les nouvelles exigences de la Cour de cassation en matière de recherche de la preuve sur requête 4

CONCURRENCE/DISTRIBUTION 4

Rupture des relations commerciales : confirmations jurisprudentielles 4

DROIT IMMOBILIER 5

Réponse ministérielle précisant le calcul du délai de congé du locataire 5

Retour sur la définition de la convention d'occupation précaire 5

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT 6

Instauration d'une nouvelle catégorie d'installations classées soumises à enregistrement 6

DROIT SOCIAL 7

Les obligations de l'employeur dans le cadre de la pandémie grippale 7

PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES 9

Promulgation de la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet 9

Internet : le Tribunal de grande instance de Paris considère que l'adresse IP est une donnée personnelle identifiante 9

LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET 10

DROIT DES SOCIÉTÉS / DROIT FINANCIER

La validité de la délégation de pouvoir à l'épreuve de la dissociation des fonctions de président et directeur général

La loi « nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001 (dite loi « NRE ») avait imposé aux sociétés anonymes d'opter entre le système de la direction générale assumée par le président du conseil d'administration et celui de la direction générale assumée par un directeur général, le président du conseil d'administration ne représentant plus la société à l'égard des tiers dans ce dernier cas.

Par ailleurs, la validité des délégations de pouvoir pour déclarer les créances de personnes morales était soumise par la jurisprudence au principe de continuité des délégations. Ainsi, la Cour de Cassation considérait que la délégation demeurait valable en dépit du changement du dirigeant qui l'avait donnée, tant que cette délégation n'était pas révoquée (Cass. com., 15 mars 2005 ; Cass. com., 8 juillet 2008).

En cas d'option pour la dissociation entre le président et le directeur général décidée par la société en application de la loi « NRE », la question se posait de savoir si la délégation octroyée par le président avant cette mesure remettait en cause la validité de cette délégation, le président n'ayant plus la capacité de représenter légalement la société vis-à-vis des tiers à la suite du changement de gouvernance.

Dans un arrêt rendu le 3 juin 2009 par sa Chambre commerciale portant sur la validité d'une déclaration de créance effectuée par un préposé (Cass. Com., 3 juin 2009, n°08-13.335), la Cour de cassation a jugé que la délégation donnée par le président à ce préposé avant le changement de gouvernance résultant de la mise en œuvre de la loi « NRE » demeurait valable, dès lors que cette délégation a été valablement consentie au jour de son établissement et qu'elle a été maintenue jusqu'au jour de la déclaration litigieuse.

En conséquence, la délégation de pouvoir reste valable dès lors que le président (à l'époque président-directeur général) avait, en cette qualité, tout pouvoir pour procéder à une telle délégation et que ladite délégation n'avait pas fait l'objet d'une révocation ou d'une annulation, à la suite de la dissociation des fonctions opérée par la société.

Sanction de l'obligation d'information pesant sur le bénéficiaire d'une garantie d'actif et de passif : la déchéance de la garantie

Les clauses de garantie d'actif et de passif (« GAP ») prévues dans le cadre des cessions de droits sociaux prévoient habituellement une obligation d'information aux termes de laquelle l'acquéreur (bénéficiaire de la garantie) s'engage à informer le cédant (garant), dans des conditions précises de forme et de délai, de tout événement susceptible d'entraîner la mise en jeu de la garantie. Les parties conviennent, très souvent, d'assortir cette obligation d'information d'une sanction de déchéance du bénéfice de la garantie.

Dans la pratique, la GAP peut cependant ne pas expressément prévoir la déchéance de la garantie pour sanctionner le manquement du bénéficiaire à son obligation d'information du garant. En pareil cas, certaines juridictions retiennent la déchéance automatique de la garantie, même en l'absence de clause en ce sens, tandis que d'autres considèrent que la déchéance ne peut alors être prononcée qu'à condition de démontrer que le manquement du bénéficiaire a causé un préjudice au garant.

Dans un arrêt rendu le 9 juin 2009 (Cass. Com., 9 juin 2009, n°08-17.843), la Cour de Cassation a confirmé le premier courant jurisprudentiel.

En l'espèce, la GAP stipulait que le garant serait tenu informé de tout événement générateur de la garantie, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans les dix jours suivant la date à laquelle le bénéficiaire en aurait eu connaissance.

Or, le bénéficiaire a informé le garant d'une action engagée par un tiers contre la société après l'expiration de ce délai. Saisie en appel de ce litige, la Cour d'appel de Bordeaux avait rejeté la demande de garantie, faute d'avoir respecté les conditions de sa mise en œuvre.

Le garant a formé un pourvoi en cassation contre cette décision en soutenant que le délai de dix jours n'était assorti d'aucune sanction de déchéance de la garantie. La Cour de cassation a rejeté son argument en considérant que « (...) c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la volonté des parties, rendue nécessaire par l'imprécision du contrat, que la cour d'appel a décidé que l'inexécution par les cessionnaires de leur obligation d'informer le cédants, dans le délai convenu, par lettre recommandée avec accusé de réception, de toute réclamation, de toute action contentieuse et de tout fait et événement générateur de la garantie de passif, faisait à elle seule obstacle à ce qu'ils invoquent le bénéfice de celle-ci ».

Les parties auront cependant tout intérêt à préciser expressément la sanction encourue en cas d'inobservation de l'obligation d'information à la charge du bénéficiaire, afin d'éviter tout litige ultérieur sur ce point.

CONTENTIEUX ARBITRAGE

Incompatibilité des injonctions « *anti-suit* » en matière d'arbitrage avec le Règlement 44/2001

Fruit de la Common Law, le mécanisme des « *anti-suit injunctions* » permet à un magistrat d'interdire à une partie d'introduire ou de poursuivre une action en justice devant une juridiction à l'étranger, en violation d'une clause attributive de compétence, ou, en matière d'arbitrage, en violation d'une clause compromissaire.

La Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE ») a été saisie d'une question préjudicielle relative à la validité de ce mécanisme en matière d'arbitrage au regard de l'application du Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Par un arrêt en date du 10 février 2009 (*Affaire C-185/07 Allianz SpA c/ West Tankers Inc.*), la CJCE a jugé ainsi que : « *l'adoption, par une juridiction d'un Etat membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre Etat membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement (CE) n°44/2001* ».

A l'appui de cette décision, la CJCE s'est notamment fondée sur les dispositions prévues à l'article II.3 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales signée à New York le 10 juin 1958, qui disposent que : « *le Tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* ».

Aux termes de l'arrêt *West Tankers*, la CJCE affirme que les procédures d'« *anti-suit injunctions* » ne respectent pas le principe général selon lequel chaque juridiction détermine elle-même, en vertu des règles qui lui sont applicables, si elle est compétente pour trancher le litige qui lui est soumis. A cet égard, il convient de rappeler que le Règlement (CE) n°44/2001 n'autorise pas, en dehors de quelques exceptions limitées, le contrôle de la compétence d'une juridiction d'un Etat membre par une juridiction d'un autre Etat membre.

Cette décision met donc fin aux mesures « *anti-suit injunctions* » dans l'espace européen.

En pratique, cette décision affecte principalement les arbitrages dont le siège se situe en Angleterre, dans la mesure où les juridictions des autres Etats membres ne prononcent habituellement pas de telles injonctions. Cette décision apporte un certain désavantage concurrentiel que Londres va subir par

rapport à d'autres centres d'arbitrage internationaux situés en dehors de l'Union Européenne, tels que New York et Singapour, lesquels peuvent toujours prononcer ces injonctions.

Effet de la clause de médiation préalable

Dans la continuité de la loi n°95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui tendait à favoriser l'essor de la conciliation et de la médiation, la Cour de cassation a récemment réaffirmé son attachement au développement des modes alternatifs de règlement des litiges.

Aux termes d'un arrêt en date du 8 avril 2009 (*Cass. 1^{ère} civ., 8 avr. 2009, n°08-10866*), la Cour de cassation a affirmé ainsi que le non-respect d'une clause de médiation préalable à une action en justice constituait une fin de non-recevoir (« *la saisine du tribunal de commerce ne pouvait intervenir qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à de simples allégations dénuées d'offre de preuve, en a déduit que la société MGC International ne pouvait, par avance, refuser une procédure de médiation qui n'avait pas encore été mise en œuvre* »).

Cette décision n'est autre que la transposition de la décision, aujourd'hui bien établie, rendue par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 14 février 2003 à propos des clauses de conciliation préalable (*Cass. ch. mixte., 14 févr. 2003, Bull. Civ. n°1*). Aux termes de cet arrêt de principe, la Cour de cassation avait affirmé, d'une part, qu'« *il résulte des articles 122 et 124 du Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées* » et, d'autre part, que « *la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* ».

Par conséquent, il est à présent acquis que les clauses de conciliation et de médiation, c'est-à-dire les clauses qui obligent les parties à tenter de se concilier avant de porter leur litige devant le juge, constituent toutes deux des fins de non-recevoir qui s'imposent au juge si elles résultent d'un accord formel des parties.

Il convient en outre d'ajouter qu'aux termes de l'article 2238 du Code civil tel que modifié par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, le législateur a également souhaité dynamiser l'essor des procédures de médiation et de conciliation. L'article 2238 du Code civil prévoit en effet : « *la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation (...)* ».

Les nouvelles exigences de la Cour de cassation en matière de recherche de la preuve sur requête

En matière de contrefaçon ou de concurrence déloyale, la demanderesse peut être contrainte de recueillir des preuves de la contrefaçon et de son préjudice avant d'initier un contentieux.

Pour ce faire, une partie peut solliciter du Président de la juridiction compétente (Tribunal de grande instance ou Tribunal de commerce), par requête non contradictoire, la désignation d'un huissier de justice devant se rendre dans les locaux de l'adversaire ou dans les locaux d'un tiers afin de rechercher et recueillir des éléments de preuve.

L'article 495 du Code de procédure civile, qui prévoit qu'une « copie de la requête et de l'ordonnance est laissée à la personne à laquelle elle est opposée », vient d'être interprété de manière extensive par la Cour de cassation.

Ainsi, aux termes d'un arrêt en date du 9 avril 2009 (Cass. 2^e civ., 9 avril 2009, n° 08-12503), la Cour de cassation a jugé qu'il était nécessaire de porter la requête et l'ordonnance à la connaissance de la personne à l'encontre de laquelle un procès pourrait être engagé. A défaut, la défenderesse pourrait, dans le cadre de la procédure, soulever la nullité du procès-verbal dressé par l'huissier de justice.

Si la Cour impose désormais cette information à la personne qui risque d'être assignée, elle ne précise pas quand et comment elle doit intervenir.

Par définition, lorsqu'une opération de recherche de preuve dans le cadre d'un précontentieux est accordée par le juge, l'effet de surprise doit prévaloir. La signification de la mesure ne peut donc intervenir qu'à partir du moment de son exécution.

Il peut également être envisagé de demander au juge de préciser, dans l'ordonnance, que la signification de la requête et de l'ordonnance interviendra une fois les opérations réalisées.

Enfin, si un litige est susceptible d'impliquer de nombreuses personnes, il faudra les identifier à l'avance et les informer des opérations en cours simultanément.

CONCURRENCE/DISTRIBUTION

Rupture des relations commerciales : confirmations jurisprudentielles

- La responsabilité de l'auteur d'une rupture d'une relation commerciale établie sans préavis écrit est bien de nature délictuelle.

La nature délictuelle de cette responsabilité fait encore l'objet de quelques débats en doctrine. D'un point de vue pratique toutefois, il apparaît que la jurisprudence est clairement établie sur ce point, comme le confirment des décisions récentes.

La Cour de cassation, qui s'était déjà prononcée à cet égard, l'a rappelé dans une décision du 13 janvier 2009 (Cass. com., 13 janvier 2009, n° 08-13971). Elle a ainsi cassé l'arrêt d'appel qui avait appliqué la clause attributive de juridiction qui figurait au contrat de distribution conclu entre les parties, en retenant que « le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée des relations commerciales (...) engage la responsabilité délictuelle de son auteur ».

Cette solution a reçu deux autres applications lors du premier semestre 2009 (CA Lyon, 15 janvier 2009, n°07/07181, Monsieur Store/Mauchamp Gobert ; CA Nancy, 18 mars 2009, n°08/03053, ICD/Axa France).

Les dispositions contractuelles sont donc privées d'efficacité. Cette solution est d'une importance particulière dans la mesure où elle a une portée générale. Au-delà de la seule question des clauses attributives de compétence, l'ensemble des dispositions contractuelles est concerné. Les juges ne sont pas ainsi liés par la durée du préavis convenu entre les parties dans leur contrat, même si, en pratique, certains tribunaux ont parfois pu en tenir compte partiellement.

Ceci affecte également la question des inexécutions contractuelles. En effet, il reste possible, aux termes de l'article L.442-6.I.5° du Code de commerce de rompre une relation commerciale sans préavis, dans l'hypothèse où son partenaire commercial serait responsable d'inexécutions contractuelles. La jurisprudence exige toutefois que ces inexécutions soient substantielles (ex : CA Lyon, 5 mars 2009, n°08/00074, Salesky Rhône-Alpes/Rezoli). Il a dès lors pu paraître tentant de définir par contrat les fautes qui constitueraient de telles inexécutions contractuelles. De telles stipulations ne semblent cependant pas possible du fait de la responsabilité engagée et du caractère d'ordre public de cet article.

- Si le cocontractant notifie sa décision de recourir à un appel d'offres, le préavis court à compter de la notification du recours à cette procédure d'appel d'offres.

Dans un tel cas, la question était de savoir si le préavis courait à compter de la notification du recours à une procédure d'appel d'offres ou à compter de la notification du rejet de la candidature du partenaire commercial.

En faveur de la seconde solution, certains pensaient que le recours à un appel d'offres ne pouvant pas préjuger de son résultat - sauf à entériner le fait que l'appel d'offres serait fictif - le préavis ne pouvait courir qu'à compter du jour où la rupture devient certaine. Les tribunaux ont toutefois considéré que la notification du recours à un appel d'offres caractérisait la remise en cause des relations commerciales.

Cette solution a notamment été posée dans une décision de la Cour de cassation du 18 décembre 2007 (Cass. com., 18 décembre 2007, n° 05-15.970). La Cour d'appel de Dijon en a fait application dans un arrêt du 16 avril 2009, en relevant que « *la notification par le contractant de sa décision de recourir à un appel d'offres équivaut à l'information de sa volonté de ne pas poursuivre les relations contractuelles et constitue le point de départ du préavis* » (CA Dijon, 16 avril 2009, n°08/00742, Carrefour/Tancarville).

DROIT IMMOBILIER

Réponse ministérielle précisant le calcul du délai de congé du locataire

En application des articles L. 145-4 et L. 145-9 du Code de commerce et depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, le preneur d'un local commercial doit donner congé au bailleur « *pour le dernier jour d'un trimestre civil et au moins six mois à l'avance* », sans tenir compte désormais des « usages locaux », l'objectif étant d'uniformiser ces délais sur l'ensemble du territoire français.

Une réponse ministérielle (Rep. Min. n°43709, 5 mai 2009, p. 4236) a précisé que le délai de six mois, doit au minimum être respecté et augmenté, le cas échéant, du délai nécessaire pour atteindre la fin d'un trimestre.

A titre d'exemple, si un preneur fait délivrer son congé le 4 avril 2009, la date d'effet de son préavis sera le 31 décembre 2009 (délai de six mois, du 4 avril au 4 octobre, augmenté du délai pour atteindre la fin du trimestre civil).

Retour sur la définition de la convention d'occupation précaire

La conclusion d'une convention d'occupation précaire permet aux parties contractantes d'exclure l'application du statut des baux commerciaux. La jurisprudence a toujours veillé à ce que la qualification de cette convention soit justifiée par un motif légitime de précarité.

Depuis deux arrêts rendus les 19 novembre 2003 et 9 novembre 2004 par la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation, la convention d'occupation précaire doit être caractérisée par des circonstances particulières, autres que la seule volonté des parties, constituant un motif légitime de précarité en rendant incertaine la durée de la convention.

Dans un arrêt rendu par la même chambre (Cass. 3^e civ., 29 avril 2009, n° 08-13.308), la Cour confirme ces principes, en dépit du fait qu'aucune convention n'ait été rédigée entre les parties. Dans cette espèce, les juges ont considéré que le preneur avait bénéficié d'une mise à disposition d'un local à titre précaire pendant trois mois dans l'attente de la construction d'un nouveau local et de l'accord des créanciers hypothécaires de la société propriétaire des locaux, qui avait été soumise à une procédure collective, pour la conclusion d'un nouveau bail.

Il est toutefois fortement conseillé aux parties de rédiger un acte précisant expressément les circonstances particulières ayant conduit à la conclusion d'une telle convention d'occupation précaire.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Instauration d'une nouvelle catégorie d'installations classées soumises à enregistrement

L'Ordonnance instaurant la nouvelle catégorie d'installations classées (ICPE) soumises à enregistrement, à peine adoptée et avant même tout décret d'application, fait déjà l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat (Ordonnance n° 2009-63 du 11 juin 2009 ; JORF n° 0134 du 12 juin 2009).

L'Ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), a instauré une cinquième catégorie d'ICPE. Après celles soumises à déclaration (D), celles soumises à déclaration avec une obligation de contrôle périodique (DC), celles soumises à autorisation (A) et celles soumises à autorisation avec la constitution de servitudes (AS), cette nouvelle catégorie, se situant entre les installations de type DC et A, concerne des ICPE qui devront s'enregistrer.

Cette nouvelle procédure, préconisée dans le double cadre du processus de simplification du droit de l'environnement et du plan de relance économique, vise à alléger les obligations pour certaines catégories d'installations pour lesquelles les dangers, inconvénients et impacts potentiels pouvant résulter de leurs activités peuvent être prévenues sans nécessiter un arrêté préfectoral d'autorisation. Pour ces installations, les prescriptions fixées dans le cadre d'arrêtés généraux émis par le Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du développement durable et de la mer (MEEDDM) suffiront et l'exploitant suivra désormais une procédure simplifiée.

– Les catégories d'ICPE concernées

L'ordonnance recrée une nouvelle section 2 contenant les articles L 512-7 à L 512-7-7. Aux termes du nouvel article L 512-7-I, les ICPE pouvant se retrouver dans cette catégorie doivent répondre à plusieurs critères. D'une part, les risques et dangers inhérents à leur exploitation doivent être bien connus et, d'autre part, les activités ne doivent être soumises ni à la Directive 2008/1/CE du 15 janvier 2008 relative à la prévention et réduction intégrée de la pollution (IPPC), ni nécessiter une évaluation environnementale systématique au titre de l'annexe I de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

Un nouvel alinéa ajouté à l'article L 511-2-2° du Code de l'environnement stipule que les catégories d'installations doivent être définies par un décret de

nomenclature. A ce jour, ces projets de décrets n'ont pas encore été établis.

– Les arrêtés ministériels de prescriptions générales

Le nouvel article L 512-7-III exige que soit pris un arrêté de prescriptions générales pour toute catégorie d'ICPE avant que celle-ci ne puisse basculer dans la catégorie d'installations soumises à enregistrement. Ces prescriptions sont établies par arrêtés du MEEDDM après avis du Conseil supérieur des installations classées (CSIC). Ils doivent être soumis aux organisations professionnelles intéressées et doivent indiquer le délai dans lequel les prescriptions y contenues seront appliquées.

– Le contenu du dossier à déposer

Aux termes du nouvel article L 512-7-1, la demande d'enregistrement doit être accompagnée d'un dossier permettant au Préfet d'apprécier les risques éventuels liés aux installations projetées. Contrairement à ce qui est le cas pour les installations soumises à autorisation, le contenu précis du dossier n'est nullement spécifié, mais il semblerait, au vu du rapport au Président de la République qui accompagnait l'Ordonnance (JORF du même jour), que ce dossier ne nécessiterait la transmission ni d'une étude des dangers ni d'une étude d'impact.

En fait, le dossier doit simplement être de nature à permettre au Préfet d'apprécier les risques liés aux installations et aux activités qui y serait exercées et de déterminer si ces installations relèvent bien du régime de l'enregistrement ou, au contraire, qu'il y a lieu d'exiger de l'auteur de la demande de déposer un dossier de demande d'autorisation.

– Formalisme et procédure

Par ailleurs, la différence principale par rapport aux ICPE soumises à autorisation réside dans le fait que le dossier est soumis à une procédure de consultation simplifiée. En effet, l'article L 512-7-1 précise simplement que le « *dossier est mis à la disposition du public* », les informations relatives aux modalités et délais de consultation étant portées à la connaissance publique par voie d'affichage. Il n'y a donc pas de procédure d'enquête publique, ce qui réduit substantiellement les délais.

Si, au regard des éléments fournis, le Préfet estime que les installations relèvent de l'annexe III de la Directive 85/337 susnommée, si le cumul des installations projetées avec d'autres, préexistantes, le justifie ou encore si l'aménagement des prescriptions sollicitées par l'exploitant le justifie, le Préfet peut décider de soumettre le dossier à la procédure applicable aux ICPE soumises à autorisation (nouvel article L 512-7-2 du Code de l'environnement).

Quant à l'arrêté d'enregistrement, celui-ci est pris par le Préfet après avoir obtenu les avis des conseils municipaux intéressés. Il est à noter qu'un délai dérogatoire de recours contre un tel arrêté par des tiers a été adopté. En effet, contrairement au délai de quatre ans ouvert aux tiers pour les ICPE nécessitant une autorisation préalable, l'article L 514-6 modifié prévoit un délai de recours réduit à un an à compter de la publication de l'acte d'enregistrement, éventuellement « *prorogé jusqu'à la fin d'une période de six mois suivant la mise en activité de l'installation* ».

– **Articulation avec d'autres dispositions**

Si les installations projetées nécessitent un permis de construire, celui-ci doit être sollicité de manière concomitante mais, aux termes de l'article L 425-10 du Code de l'urbanisme modifié, les travaux de construction ne peuvent débuter avant que le Préfet n'ait pris l'arrêté d'enregistrement.

Par ailleurs, dans un article paru à la Gazette du Palais (édition spéciale Droit de l'environnement) des 21 et 22 décembre 2007, il avait été précisé que l'obligation d'information de l'acquéreur par le vendeur au titre de l'article L 514-20 du Code de l'environnement ne s'appliquait qu'aux vendeurs de sites ayant abrité des installations soumises à autorisations à l'exclusion de celles relevant du régime de la simple déclaration. Or, l'article 15 de l'Ordonnance du 11 juin 2009 modifie le dit article L 514-20 pour étendre cette obligation aux installations soumises à enregistrement.

Il convient de noter, cependant, que la Fédération d'associations environnementales, France Nature Environnement (FNE) a, le 25 juillet dernier, déposé un recours devant le Conseil d'Etat aux fins d'annulation de cette Ordonnance, dans son ensemble.

DROIT SOCIAL

Les obligations de l'employeur dans le cadre de la pandémie grippale

Comment les entreprises doivent-elles se préparer à la perspective d'une pandémie grippale ?

Dans le cadre du plan national « *pandémie grippale A/H1N1* », la circulaire de la Direction Générale du Travail du 3 juillet 2009 (la « *Circulaire* »), complétant la circulaire DGT du 18 décembre 2007, recommande aux employeurs un certain nombre de mesures à prendre afin de leur permettre de maintenir un niveau d'activité élevé tout en protégeant les personnels exposés.

Mesures préparatoires

Elaboration d'un plan de continuité

Pour anticiper les conséquences prévisibles de la pandémie grippale (absentéisme, indisponibilité des dirigeants, difficultés d'approvisionnement, annulation de commandes, restriction de l'utilisation des transports collectifs, etc.), l'élaboration d'un plan de continuité de l'activité (« *PCA* ») est préconisée dans le secteur public et privé.

La préparation du PCA est conduite sous la responsabilité du chef d'entreprise qui doit y associer le médecin du travail et consulter les représentants du personnel. La Circulaire recommande également d'y associer tous les acteurs de l'entreprise, notamment la DRH, le service juridique, le risk manager, le service de santé au travail, les salariés, les syndicats, etc.

Les mesures du PCA doivent être graduées en fonction de la gravité de la crise.

La Circulaire recommande de distinguer les missions qui doivent être assurées en toutes circonstances de celles qui peuvent être interrompues, d'évaluer les ressources nécessaires à la continuité des activités indispensables et de prendre en compte les modifications temporaires de l'exécution de la prestation de travail qui pourraient être nécessaires.

A cette fin, le PCA pourra prévoir l'aménagement et la réorganisation temporaire du travail, l'organisation de la polyvalence (« *les modifications apportées devront être temporaires, proportionnées et en rapport direct tant avec les contraintes subies que le but recherché* »), le recours au télétravail, l'aménagement de la durée du travail, le prêt de main d'œuvre interentreprises à but non lucratif.

Important : la CNIL a dressé une série de recommandations à destination des employeurs pour collecter les données personnelles des salariés, telles que leurs coordonnées privées et le type de transport

qu'ils utilisent, en vue de réaliser le PCA. Elle propose en outre une mention d'information à faire figurer sur le formulaire de collecte (<http://www.cnil.fr>).

Par ailleurs, le PCA doit prévoir d'actualiser le document unique d'évaluation des risques (« DUER ») et le règlement intérieur.

Adoption de mesures de prévention

La Circulaire préconise :

- . la mise en œuvre de mesures préparatoires, notamment l'acquisition du matériel d'hygiène et d'équipement de protection individuelle en fonction des risques liés aux postes occupés ;
- . l'élaboration de consignes d'hygiène et de sécurité et de protection spécifique au risque de pandémie (lavage de mains, couverture du nez et de la bouche en cas de toux ou d'éternuement...);
- . l'élaboration de mesures destinées à freiner la contagion (entretien des locaux, procédure de gestion des déchets...).

La Circulaire rappelle que l'achat des masques relève de la responsabilité de chaque employeur. La décision d'équiper ou non ses personnels en masques doit être prise par le chef d'entreprise en fonction de l'appréciation des risques auxquels sont exposés les salariés, qui doit être consignée dans le DUER actualisé.

Par ailleurs, la Circulaire rappelle qu'une entreprise ne peut pas stocker de traitements antiviraux. En France, contrairement à d'autres pays européens, les traitements sont délivrés uniquement sur ordonnance par les médecins traitants. A ce jour, les médecins du travail ne sont pas habilités à prescrire d'antiviraux.

Maintien de l'activité dans l'entreprise

Les salariés travaillant dans l'entreprise

Les salariés sont censés poursuivre leur activité professionnelle en cas de pandémie, sauf si les autorités décident la restriction des activités non essentielles. Dans ce cas, les salariés exerçant des fonctions essentielles se rendront au travail, les autres pouvant être sollicités à distance selon les dispositions du PCA. A notre sens, il est donc nécessaire que chaque entreprise détermine dans son PCA ses activités essentielles et non-essentielles.

La Circulaire précise que sauf à lui octroyer un congé exceptionnel rémunéré, l'employeur ne peut pas contraindre le salarié à rester chez lui.

Les salariés basés à l'étranger ou en déplacement professionnel

Les salariés de l'entreprise à l'étranger doivent être inscrits auprès des consulats français du pays

d'accueil afin qu'en cas de difficulté, ils puissent être immédiatement identifiés auprès des autorités françaises.

L'employeur ne peut pas imposer un rapatriement au salarié expatrié. Inversement, si l'employeur refuse de rapatrier un salarié qui le demande, celui-ci pourra le cas échéant invoquer son droit de retrait si les conditions sont réunies.

Il est recommandé de doter les salariés qui se déplacent fréquemment à l'étranger de masques et de produits d'hygiène.

Droit de retrait

La question de l'exercice du droit de retrait par le salarié, droit individuel lui permettant de se retirer d'une situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé, s'analyse en fonction du triple impératif rappelé par la Circulaire : la sécurité des salariés, le fonctionnement des entreprises et la continuité de la vie économique et sociale.

La Circulaire précise que, dans la mesure où l'employeur a mis en œuvre les dispositions prévues par le Code du travail et les recommandations nationales visant à protéger la santé et à assurer la sécurité de son personnel, qu'il a informé et préparé son personnel, qu'il a informé et consulté les représentants du personnel, le droit de retrait ne peut, en principe, trouver à s'exercer.

Malgré toutes les mesures de prévention que les entreprises auront prises, il est vraisemblable que celles-ci éprouvent le besoin de les adapter, à la condition qu'elles disposent encore d'interlocuteurs parmi les représentants du personnel et les autorités administratives.

Actions en cas de grippe A/H1N1 dans l'entreprise

Face à un cas possible de grippe A/H1N1 dans l'entreprise, la Circulaire précise qu'il faut suivre la procédure de prise en charge définie par les autorités sanitaires. Celle-ci est évolutive et régulièrement actualisée sur le site de l'Institut de veille sanitaire (<http://www.invs.sante.fr>).

PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES

Promulgation de la Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet

L'article 27 de la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 (loi dite « Création ») prévoit un régime de responsabilité allégée pour le directeur de la publication d'un site concernant les contenus émanant d'internautes diffusés sur les espaces de contributions personnelles identifiés comme tels.

Lorsqu'une infraction de presse résulte d'un message transmis par l'internaute et mis en ligne sur cet espace, *« le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message »*.

Il s'agit d'une dérogation à l'article 93-3 de la loi 29 juillet 1982, modifiée par la LCEN, qui prévoit la mise en cause du directeur de la publication, lorsque le message a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public.

La loi crée par ailleurs le statut d'éditeur en ligne. Pour en bénéficier, le site doit produire et diffuser au public un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, ayant fait l'objet d'un traitement journalistique et qui a trait à l'actualité.

Enfin la question des droits d'auteur des journalistes d'articles qui font l'objet d'une nouvelle publication sur Internet est désormais tranchée. La convention entre un journaliste professionnel et son employeur emporte désormais cession exclusive à ce dernier des droits d'exploitation des œuvres réalisées dans ce cadre.

Internet : le Tribunal de grande instance de Paris considère que l'adresse IP est une donnée personnelle identifiante

Les textes législatifs européens et nationaux (Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des données à caractère personnel transposée en droit français en 2004) ont défini les données à caractère personnel comme celles permettant d'identifier, directement ou indirectement, une personne *« notamment par référence à un numéro d'identification »* et ont précisé que *« pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne »*.

Une adresse IP étant un numéro qui identifie chaque ordinateur connecté au réseau Internet, elle devrait logiquement présenter toutes les caractéristiques d'une donnée à caractère personnel dans la mesure où elle permet d'identifier, directement ou indirectement, une personne physique.

Or, les juridictions françaises ont statué contradictoirement sur la nature juridique de l'adresse IP.

La Cour d'appel de Paris qui, dans son arrêt en date du 27 avril 2007 a ainsi déclaré : *« l'adresse IP ne permet pas d'identifier le ou les personnes qui ont utilisé cet ordinateur puisque seule l'autorité légitime pour poursuivre l'enquête (police ou gendarmerie) peut obtenir du fournisseur d'accès l'identité de l'utilisateur »*.

Dans un arrêt en date du 15 mai 2007, la Cour d'appel de Paris ajoutait : *« Cette série de chiffres en effet ne constitue en rien une donnée indirectement nominative relative à la personne dans la mesure où elle ne se rapporte qu'à une machine, et non à l'individu qui utilise l'ordinateur pour se livrer à la contrefaçon »*.

Toutefois, aux termes d'un jugement en date du 24 juin 2009, le Tribunal de grande instance de Paris a affirmé, sans aucune ambiguïté, que l'adresse IP est une donnée personnelle qui permet de retrouver la personne physique qui a mis en ligne un contenu.

Le Tribunal a en effet déclaré que l'adresse IP est une donnée personnelle puisqu'elle correspond à un numéro fourni par un fournisseur d'accès à Internet identifiant un ordinateur connecté au réseau.

Selon le Tribunal, cette adresse IP permet d'identifier rapidement à partir de services en ligne gratuits le fournisseur d'accès du responsable du contenu qui détient obligatoirement les données nominatives du responsable du contenu, c'est-à-dire son adresse et ses coordonnées bancaires : *"Au regard de la technique existante, cette adresse apparaît être le seul élément permettant de retrouver la personne physique ayant mis en ligne le contenu"*.

Le Tribunal a conclu que la collecte des données IP des fournisseurs de contenus suffit à satisfaire aux obligations de conservation des données imposées aux hébergeurs par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dite « LCEN ».

Ce jugement va à l'encontre de la jurisprudence précitée de la Cour d'appel de Paris et se rapproche de la position de CNIL qui estime qu'une adresse IP est une donnée indirectement nominative, au même titre qu'un numéro de téléphone qui correspond à un abonné ou qu'un numéro d'immatriculation d'une voiture qui se rapporte à son propriétaire.

Il sera intéressant de suivre l'arrêt de la Cour d'appel à intervenir pour savoir si celle-ci se range à l'avis du Tribunal.



LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET

• **FUSIONS ET ACQUISITIONS**

Ingénierie de reprise et du montage juridique approprié, audit juridique, opérations de restructuration, *joint ventures*, obtention des autorisations administratives nécessaires, rédaction et négociation des actes (lettres d'intention, conventions de cession, garanties d'actif et de passif, garanties bancaires, pactes d'actionnaires, etc.), opérations de fusion, reprises d'entreprises en difficultés ou dans le cadre d'une procédure collective.

• **CAPITAL INVESTISSEMENT ET LBO**

Intervention pour des fonds d'investissement, des sociétés émettrices ou cibles ou des dirigeants, tant en phase d'audit que de conseil et de négociations.

• **DROIT DES SOCIETES**

Opérations de « haut de bilan », augmentations de capital, émissions de valeurs mobilières composées (obligations convertibles ou remboursables en actions, bons de souscription d'actions, certificat d'investissements, actions à dividende prioritaire etc.), plans de souscription ou d'achat d'actions (« *stock-options* »), plans de bons de parts de créateur d'entreprises, groupements momentanés d'entreprises, *management fees* et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

• **DROIT BOURSIER**

Introduction en bourse, opérations préalables à une introduction en bourse, rédaction de prospectus, secrétariat juridique des sociétés cotées, relations avec les autorités de marchés, contentieux boursier.

• **BANQUE ET FINANCE**

Conseil en matière de contrats de prêts, de financement, de garanties et sûretés, de syndication, de réglementation bancaire, de financement d'acquisitions et de financements structurés d'actifs (notamment immobiliers).

• **CONTRATS COMMERCIAUX / DROIT ECONOMIQUE**

Conseil et contentieux en matière de contrat commerciaux notamment de prestations de services, de vente, de distribution, de concession, de franchise, d'agence commerciale, de relations distributeurs/fournisseurs, de conditions générales de vente et d'achat, de partenariats commerciaux, de contrats de fabrication et de sous-traitance, de cession et location-gérance de fonds de commerce, de droit de la consommation, de marchés publics et privés.

• **DROIT SOCIAL**

Conseil et contentieux en matière collective et individuelle ainsi qu'en droit de la sécurité sociale et en droit pénal du travail.

• **CONTENTIEUX / ARBITRAGE INTERNATIONAL**

L'activité du Cabinet en matière de Contentieux et d'Arbitrage recouvre l'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, ainsi que les procédures collectives et le droit pénal des affaires. Le Cabinet intervient à tous les stades de l'évolution du litige, à savoir précontentieux, contentieux judiciaire et arbitral, mesures conservatoires et voies d'exécution.

• **DROIT IMMOBILIER**

Conseil et contentieux en matière de baux commerciaux, audits immobiliers, acquisitions et ventes d'immeubles et de sociétés à prépondérance immobilière, financement d'acquisitions immobilières.

• **PROCEDURES COLLECTIVES**

Procédure d'alerte, restructuration et redressement, mandat ad hoc et conciliation. Redressement judiciaire, plans de redressement, plans de cession et de sauvegarde, liquidation.

• **DROIT DE LA CONCURRENCE (FRANÇAIS ET COMMUNAUTAIRE)**

Conseil et contentieux en matière d'accords de coopération industrielle et de structuration de réseaux de distribution. Représentation devant les autorités de concurrence et les juridictions en matière de cartels, de pratiques anticoncurrentielles, d'abus de position dominante et de concurrence déloyale. Contrôle des concentrations (réalisation d'études de faisabilité, constitution de dossiers de notification, négociation avec les autorités de contrôle nationales et communautaire), aides d'Etat.

• **INFORMATIQUE**

Développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels ; infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, expertises relatives à l'examen de la conformité des prestations informatiques ; lutte contre le piratage.

• **COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES**

Domaine réglementaire ; construction de réseaux, colocalisation d'installations, conventions et conditions générales de fournitures de services, conventions d'accès et d'interconnexion ; contentieux judiciaires ou administratifs (contre les décisions de l'autorité de régulation).

• **INTERNET**

Création et hébergement de sites, affiliations, partenariats ; audits de sites web ; dépôt et défense de noms de domaine ; places de marchés ; ventes aux enchères sur Internet ; licences ASP.

• **MEDIA**

Publicité (protection, exploitation) et marketing ; sponsoring ; réglementation de la radiodiffusion et des services de communication électronique (TV, télévision sur mobile, sur Internet, vidéo à la demande etc.).

• **PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES ET VIE PRIVEE**

Relations avec la CNIL ; réglementation spécifique aux communications électroniques (services de géolocalisation, conservation des données de trafic etc.) ; atteinte à la vie privée, diffamation.

• **PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, DROITS D'AUTEUR ET DROITS VOISINS**

Protection et valorisation des droits d'auteur et droits voisins ; production et coproduction audiovisuelle (cinéma, télévision) et multimédia (jeux vidéo en ligne et off line, cd-roms, etc.) ; réglementation cinématographique ; licences de distribution (télévision, merchandising, distribution vidéo, droits dérivés) ; droits des artistes interprètes, droit du sport ; contentieux de la contrefaçon (saisies en douanes, saisies contrefaçon, procédures devant les juridictions civiles et pénales).

• **PROPRIETE INDUSTRIELLE**

Conseil et contentieux en matière de marques, de brevets et/ou de dessins et modèles ; transferts de technologie et/ou de know-how ; concurrence déloyale et parasitaire.

UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS

Le Cabinet a tissé un important réseau de correspondants à l'étranger, dans la plupart des pays industrialisés et dans certains pays en voie de développement.

ISO 9001

Le Cabinet a été le premier cabinet d'avocats parisien à être certifié ISO 9001 et ce, dès 1998.

31, avenue Hoche
75008 Paris
Phone : 33 (0)1 56 88 30 00
Fax: 33 (0)1 56 88 30 01
www.bersay-associés.com

22, rue Croix-Baragnon
31000 Toulouse
Phone: 33 (0)5 62 26 20 79
Fax: 33 (0)5 62 26 08 34
contact@bersay-associés.com