



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
Réformes en matière de droit financier	2
CONTENTIEUX FINANCIER.....	3
Affaire « Madoff » : les déposataires en ligne de mire.....	3
CONCURRENCE/DISTRIBUTION.....	4
La réforme de la procédure de concurrence issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008.....	4
PROCEDURE COLLECTIVE.....	5
Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'ordonnance du 18 décembre 2008	5
DROIT SOCIAL	7
Apports de la loi en faveur des revenus du travail	7
PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES	9
La Cour d'appel de Paris condamne les accès automatiques non autorisés à la base de données en ligne « société.com »	9
Information des consommateurs au titre de la rémunération pour copie privée	9
LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET	11

DROIT DES SOCIÉTÉS / DROIT FINANCIER

Réformes en matière de droit financier

Dans l'objectif de renforcer l'attractivité de la place financière française, l'article 152 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite la « LME », a habilité le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires à la modernisation du cadre juridique de la place financière.

Faisant usage de cette habilitation, le gouvernement a procédé, par voie d'ordonnance, à plusieurs réformes concernant notamment l'appel public à l'épargne (1) et le régime des actions de préférence (2).

1. La réforme de l'appel public à l'épargne (Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009)

L'objectif annoncé par l'ordonnance n°2009-80 relative à l'appel public à l'épargne est de faciliter le financement des entreprises sur les marchés, notamment en rapprochant le droit français des standards européens connus des investisseurs internationaux.

Les principales modifications qui seront introduites par l'ordonnance, à compter de sa date d'entrée en vigueur, à savoir le 1^{er} avril 2009, sont les suivantes :

1.1. Plusieurs termes utilisés en matière d'appel public ont vocation à disparaître au profit de termes considérés comme étant plus lisibles pour les acteurs internationaux.

Ainsi, le terme même « *appel public à l'épargne* » sera remplacé par le terme européen « *offre au public de titres financiers* » auquel sera associé, le cas échéant, le terme « *admission aux négociations sur un marché réglementé* ».

La nouvelle définition ne modifie pas le type d'opérations d'offre au public issu de la définition de l'appel public à l'épargne en droit français.

Aussi, l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier¹ sera désormais rédigé dans les termes suivants :

¹ Nous rappelons que la rédaction actuelle de l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier est la suivante :

« *L'appel public à l'épargne est constitué par l'une des opérations suivantes :*
1. *L'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché réglementé ;*
2. *L'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement.* »

« *L'offre au public de titres financiers est constituée par l'une des opérations suivantes :*

- 1. Une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers ;*
 - 2. Un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers.*
- [Souligné par nous] »

Il convient de noter que, conformément à cette nouvelle rédaction, l'offre au public portera sur des titres financiers et non plus sur des instruments financiers. Cette précision s'explique par le fait que les instruments financiers ne peuvent, à proprement parler, faire l'objet d'une offre au public, puisqu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'émission.

Par ailleurs, nous précisons que l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009, entrée en vigueur le 10 janvier 2009, a modifié la liste des instruments financiers visée à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, en intégrant notamment les notions de « *titres financiers* » et de « *contrats financiers* ».

1.2. L'ordonnance supprime le statut de société faisant appel public à l'épargne, ce qui aura pour conséquence de ne plus imposer aux sociétés procédant de manière ponctuelle à une offre au public des obligations « *récurrentes* » (Rapport du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi au Président de la République relatif à l'ordonnance). Ainsi, l'obligation d'établir un rapport sur le contrôle interne, visée aux articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce, ne s'imposera qu'aux sociétés françaises « *dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé* ». L'opérateur d'un marché organisé pourra toutefois demander que cette obligation s'impose sur son marché.

1.3. Le critère de capital social minimum d'un montant de 225.000 euros pour pouvoir procéder à une émission de titres financiers sera supprimé de l'article L. 224-2 du Code de commerce. Seul le capital social minimum des sociétés par actions (fixé à 37.000 euros) sera conservé.

1.4. A compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il sera également désormais permis aux sociétés par actions simplifiées de procéder à une offre au public de titres financiers, à condition que le montant par investisseur ou que la valeur nominale du titre dépassent certains seuils fixés par le Règlement de l'AMF. Toutefois, il sera toujours interdit aux sociétés par actions simplifiées de faire admettre leurs actions aux négociations sur un marché réglementé.

2. La réforme ponctuelle du régime des actions de préférence (Ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008)

L'article 57 de la LME a complété l'article L. 228-11 du Code de commerce afin de prévoir que « *les actions de préférence sans droit de vote auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires des statuts* ».

Les termes de cette rédaction laissaient ouverte la question de savoir si les actions de préférence émises sans droit de vote pour une période déterminée et qui récupéraient ce droit de vote au cours de leur existence, récupéraient également leur droit préférentiel de souscription.

L'ordonnance n° 2008-1145 relative aux actions de préférence (entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009) a apporté réponse à cette question en modifiant à nouveau l'article L. 228-11 du Code de commerce. Cet article prévoit désormais que les actions de préférence dépourvues de droit de vote pour une période déterminée, et non pas seulement celles qui en sont perpétuellement dépourvues, et ayant les caractéristiques visées ci-dessus, sont privées de droit préférentiel de souscription sauf stipulations contraires des statuts.

CONTENTIEUX FINANCIER

Affaire « Madoff » : les déposataires en ligne de mire

La plus gigantesque escroquerie que le Monde financier ait jamais connue ne cesse de faire couler de l'encre. 50 milliards de dollars évoqués, des investisseurs floués à travers le Monde entier et un homme, Bernard Madoff, assigné à résidence dans son appartement de New-York par la justice américaine, en attendant son procès.

Au milieu de l'imbroglio juridique et financier qui la caractérise, l'affaire aura mis à jour nombre de défaillances du système. Elle aura spécialement eu pour effet de mettre en exergue le manque d'harmonisation entre les législations, notamment celles des Etats Membres de l'Union Européenne, quant aux règles régissant les responsabilités des acteurs du secteur financier parmi lesquels, les déposataires de fonds. La question s'est posée de la portée exacte de la responsabilité de ces acteurs au vu des textes nationaux et européens.

Fin décembre 2008, le Directeur de l'Autorité des Marchés Financier (AMF) déclarait que le déposataire est, en France, responsable des fonds qui lui sont confiés.

Cette responsabilité, qui tendrait à s'exercer en toute circonstance, ne saurait être « *affectée par le fait [que le déposataire] confie à un tiers tout ou partie des actifs dont il a la garde* » ainsi que le prévoit l'article L.214-26 du Code monétaire et financier.

Tel est-il le cas au Luxembourg ou en Irlande, pays abritant les fonds LuxAlpha et Thema International Fund, lesquels comptent parmi les fonds les plus gravement exposés au scandale Madoff ? Les banques UBS au Luxembourg et HSBC en Irlande, respectivement déposataires de LuxAlpha et de Thema International Fund, sont principalement visées. Toutes deux rejettent leur responsabilité, arguant de la délégation de leur dépôt à un tiers. L'enjeu est naturellement de taille pour l'innombrable flot des investisseurs floués en quête d'indemnisation et donc de responsables.

Dans un communiqué de presse diffusé le 2 janvier 2009, la Commission de Surveillance du Secteur Financier (« CSSF »), régulateur des marchés financiers du Grand-duché, avait tenu à souligner « *que la législation luxembourgeoise qui s'impose aux banques déposataires luxembourgeoises comme gardiens des actifs de fonds d'investissement reflètent fidèlement les dispositions de la directive du Conseil européen 85/611/CEE* ».

A ce titre, « lorsque des actifs d'un fonds sont déposés par la banque dépositaire auprès d'un tiers, ces dépôts se font sous la responsabilité de suivi et de supervision de la banque dépositaire », laquelle responsabilité « n'est pas affectée par le fait de confier à un tiers tout ou partie des actifs d'un fonds dont il a la garde ».

Cette mission de « suivi et de supervision » semblait faire écho à la circulaire de transposition de la directive dite O.P.C.V.M. de 1985 par le Luxembourg, laquelle précisait que la notion de « garde » des actifs par le dépositaire, prévue dans la Directive, s'entendait dans le sens de « surveiller » et non, semblait-il, comme impliquant une obligation de restitution des fonds.

Désireux de dissiper toute ambiguïté, l'Association Luxembourgeoise des Fonds d'Investissement et le gouvernement luxembourgeois affirmaient, par la suite, que la loi de leur pays imposait une obligation de garde et de restitution aux dépositaires.

Faisant notamment suite à une missive adressée par Christine Lagarde, aux termes de laquelle le Ministre de l'Economie demandait au commissaire européen chargé du marché intérieur une discussion sur, notamment, « la question de la responsabilité des dépositaires d'OPCVM », celui-ci répondait qu'il ne faisait pas de doute que l'interprétation de la Directive permette de soumettre lesdits dépositaires à une obligation de restitution des actifs et ce, même en cas de délégation de gestion ou de conservation de titres. Il concédait toutefois que ces notions avaient besoin d'être précisées ou complétées, ouvrant le champ à une modification de la Directive, avec l'objectif vraisemblable de remédier au *patchwork* des réglementations nationales sur le sujet.

Depuis lors, la CSSF a pris les devants en faisant savoir le 3 février dernier qu'« afin de sauvegarder au mieux le droit des investisseurs », elle retirait de la liste des OPC agréés la sicav LuxAlpha dont elle demanderait, une fois le délai de recours d'un mois contre cette décision de retrait écoulé, le placement en liquidation judiciaire.

Le but affiché est que « le ou les liquidateurs auront tous droits pour tenter les actions en responsabilité qui, le cas échéant, s'imposent dans l'intérêt des actionnaires de LuxAlpha Sicav à l'encontre des responsables de cette sicav et de ses prestataires de services ».

Après une entrevue avec la banque UBS organisée le 6 février 2009, la CSSF a remis à celle-ci le résultat de son enquête sur les différentes responsabilités qui lui incombent dans sa fonction de dépositaire du fonds d'investissement Lux alpha. La CSSF a demandé à UBS de prendre position par écrit sur ses conclusions.

CONCURRENCE/DISTRIBUTION

La réforme de la procédure de concurrence issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008

Le gouvernement a adopté, le 13 novembre 2008, une ordonnance n°2008-1161 portant modernisation de la régulation de la concurrence. Cette ordonnance a apporté quelques modifications substantielles de la procédure dans les affaires de concurrence dont les plus importantes sont les suivantes :

- Les décisions autorisant les enquêteurs de concurrence d'effectuer des opérations de visites et saisies dans les locaux d'une entreprise sont désormais susceptibles de faire l'objet d'un appel.

Les visites et saisies demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence doivent en effet faire l'objet d'une autorisation préalable par le juge des libertés et de la détention territorialement compétent. Jusqu'à l'adoption de l'ordonnance, ces décisions n'étaient susceptibles que d'un pourvoi en cassation. Or, cette absence de double degré de juridiction a été considérée, en matière d'enquêtes fiscales diligentées sur le fondement de textes similaires, comme contraire à l'exigence d'un procès équitable par la Cour européenne des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (arrêt *Ravon c/ France* du 21 février 2008). Les ordonnances d'autorisation de visites et saisies peuvent maintenant faire l'objet d'un appel, non suspensif, devant le Premier Président de la Cour d'appel compétent, dans un délai de 15 jours selon les règles du Code de procédure pénale.

- Outre la saisie de documents, les enquêteurs sont désormais autorisés à procéder, pendant le déroulement de l'opération de visites et saisies, à des auditions de l'« occupant des lieux ou de son représentant en vue de recueillir les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête ».
- Cela signifie que les enquêteurs peuvent procéder à de véritables interrogatoires des dirigeants ou de leurs représentants tout en bénéficiant de l'effet de surprise de la « descente », ce qui commande à la plus grande prudence dans les réponses à formuler afin que celles-ci ne conduisent pas à une auto-incrimination de l'entreprise.

Dans une concession aux droits de la défense, l'ordonnance prévoit que la décision du juge des libertés et de la détention doit mentionner la possibilité pour l'entreprise concernée de « faire appel à un conseil de son choix ». Celui-ci pourra donc en principe l'assister lors des auditions.

Pour autant, « l'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et saisie », ce qui laisse penser que les auditions pourraient se tenir hors la présence du conseil de l'entreprise si celui-ci ne peut se rendre immédiatement sur les lieux de l'enquête.

- Par ailleurs, au sein de la nouvelle Autorité de concurrence, installée le 13 janvier 2009, l'ordonnance s'est efforcée de prévoir une séparation plus effective entre les services d'instruction et la formation de jugement, leur connexité ayant fait l'objet de nombreuses critiques.

Certaines attributions qui relevaient du président du Conseil de la concurrence sont désormais de la compétence du rapporteur général l'Autorité de concurrence.

Il est ainsi compétent pour la gestion des demandes de classement des secrets d'affaires et de l'accès au dossier, ainsi que pour l'octroi de délais procédurales supplémentaires. Il lui revient également de décider de suivre une procédure simplifiée ou non. Enfin, il lui appartient de proposer à l'Autorité de concurrence de se saisir d'office de faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles.

- L'instauration d'un régime applicable aux « *micro-pac* », c'est-à-dire les pratiques anticoncurrentielles de dimension locale, ou « micro pratiques anticoncurrentielles ». Par exception à la compétence unique de l'Autorité de concurrence, le nouvel article L.464-9 du Code de commerce reconnaît au ministre chargé de l'économie la possibilité de prononcer des injonctions ou d'infliger des sanctions pouvant s'élever à 75.000 € ou 5% du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible). Ce pouvoir du ministre est cependant limité aux affaires dans lesquelles le dernier chiffre d'affaires annuel réalisé en France par chaque entreprise concernée est inférieur à 50 millions d'euros, et les derniers chiffres d'affaires cumulés des entreprises en cause, le cas échéant, sont inférieurs à 100 millions d'euros.
- Le régime *micro-pac* a vocation à n'appréhender que les pratiques anticoncurrentielles affectant un marché local, et ne s'applique pas aux faits susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et relevant des articles 81 (ententes) et 82 (abus de position dominante) du traité CE.

PROCEDURE COLLECTIVE

Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'ordonnance du 18 décembre 2008

L'ordonnance n° 2008/1345 du 18 décembre 2008, prise en vertu de l'habilitation donnée par la loi dite de modernisation économique du 4 août 2008 (LME), parachève la réforme du droit des entreprises en difficulté initiée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. La quasi-totalité des dispositions de l'ordonnance (à trois exceptions près, dont celles qui allègent les modalités de remplacement du juge-commissaire empêché ou ayant cessé ses fonctions en modifiant l'article L.621-9 *in fine*) sont entrées en vigueur le 15 février 2009 et sont applicables aux procédures ouvertes à compter de cette date.

Le texte parcourt de manière transversale la matière. Il a pour effet de simplifier ou d'éclaircir nombres de dispositions du Livre VI du Code de commerce, mais contient également de réelles innovations dont nous vous présentons un bref aperçu.

1. Le mandat *ad hoc* et la conciliation

L'apport du texte relatif au mandat *ad hoc* est de permettre dorénavant au débiteur de proposer le nom du mandataire *ad hoc* (C.com., art. L.611-3).

Sur la conciliation, le délai légal de quatre mois maximum (ou cinq si prolongation) reste inchangé mais n'englobe plus le temps qui s'écoule jusqu'à la décision du tribunal dans l'éventualité d'une homologation (C.com., art. L.611-6, al. 2), celle-ci devant toutefois être demandée dans le délai légal.

De plus, une nouvelle procédure de conciliation ne peut plus être ouverte moins de trois mois après la fin de la mission du conciliateur (C.com., art. L.611-6).

Par ailleurs, le juge pourra être saisi d'une demande de délais de grâce sur le fondement des articles 1244-1 et s. du Code civil au vu d'une simple mise en demeure et donc sans attendre la poursuite du débiteur par le créancier (C.com., art. L.611-7, al.5). On notera à ce sujet la disparition de la possibilité d'octroyer de tels délais au stade de l'homologation de l'accord (C.com., art. L.611-8-II-3°).

En outre, l'ordonnance aligne les effets de l'accord amiable constaté sur ceux de l'accord homologué en ce qui concerne (i) la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur au titre des créances dont l'accord fait l'objet (C.com., art. L.610-1, C.com., art. L.611-10-2 et C.com., art. L.611-10-3) et (ii) la protection des garants et coobligés dont elle élargit au passage la définition (C.com., art. L.611-10-2).

De même, l'accord constaté, au même titre que l'accord homologué, est de plein droit résolu si le Président du tribunal constate l'inexécution des engagements par le débiteur (C.com., art. L.611-10-3).

Enfin, le texte ouvre la voie de l'appel aux parties à l'accord en cas de contestation relative au privilège de conciliation dit de *new money* (C.com., art. L.611-10, al.2).

2. Le renforcement de l'attractivité de la sauvegarde

Elargissement des conditions d'ouverture : La sauvegarde est ouverte sur demande du débiteur qui « *sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* » (C.com., art. L.620-1). Il n'est donc plus exigé d'apporter la preuve de difficultés « *de nature à le conduire à la cessation des paiements* ».

Des pouvoirs plus étendus pour le débiteur : Le débiteur peut proposer un administrateur de son choix à la désignation par le tribunal (C.com., art. L.621-4), celui-ci devant spécialement motiver sa décision en cas de refus.

Il peut également procéder lui-même à l'inventaire, lequel devra toutefois être certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert comptable (C.com., art. L.622-6).

Alors qu'en redressement judiciaire, ces missions sont exercées au moins concurremment avec l'administrateur (lorsque ce n'est pas ce dernier qui les accomplit entièrement), le débiteur en sauvegarde sera seul à pouvoir solliciter du juge-commissaire l'autorisation de procéder à des actes de dispositions étrangers à la gestion courante de son entreprise ou de consentir une hypothèque ou un nantissement (C.com., art. L.622-7, II), proposer une substitution de garanties (C.com., art. L.622-8) ou saisir le tribunal afin qu'il ordonne la cessation partielle de l'activité de l'entreprise (C.com., art. L.622-10).

De même, le texte accorde l'exclusivité au débiteur pour demander le paiement de créances antérieures au jugement d'ouverture, lorsque celui-ci (i) vise à obtenir le retour de biens et droits transférées à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ou (ii) à lever une option d'achat d'un contrat de crédit bail quand cela se justifie par la poursuite d'activité et que le montant du paiement est inférieur à la valeur vénale du bien (C.com., art. L.622-7).

Le débiteur est encore conforté dans son rôle au stade de l'élaboration du plan puisque c'est à lui qu'il revient de le proposer, avec le concours de l'administrateur, avant discussion par les créanciers (C.com., art. L.626-2).

Pendant la période d'observation, le débiteur peut, seul, demander la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire en l'absence de cessation des paiements si « *l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements* » (C.com., art. L.622-10).

Une protection plus grande pour les dirigeants :
L'article

L.626-4 du Code de commerce, qui permettait au Tribunal de subordonner, sur demande du ministère public, l'adoption du plan à l'éviction du dirigeant, ou encore de prononcer l'incessibilité ou la cession forcée de ses parts sociales, est abrogé. Il demeure applicable en cas de redressement judiciaire.

Peut aussi être citée au titre de la protection accrue des dirigeants, la nouvelle définition par l'ordonnance de la catégorie des « coobligés et garants » pour laquelle elle opte pour une acception générique, plus large, de « *personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » (C.com., art. L.622-28). Ces personnes sont protégées durant la période d'observation mais peuvent également se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde (C.com., art. L.626-11)

L'inopposabilité des créances non déclarées :

L'ordonnance prévoit que les créances non déclarées sont désormais inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan de sauvegarde et à son issue, s'il respecte les engagements inclus dans le plan. En d'autres termes, l'exécution du plan de sauvegarde par le débiteur libère celui-ci du passif non-déclaré (C.com., art. L.622-26).

L'octroi d'une deuxième chance pour le débiteur : au nombre des innovations importantes, la possibilité de convertir la sauvegarde en redressement en cas de résolution du plan en raison de la survenance de la cessation des paiements. Auparavant, cet événement entraînait automatiquement la conversion en liquidation judiciaire du débiteur (C.com., art. L.626-27). Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et est applicable aux procédures en cours.

La prise en compte des nouveautés en matière de sûretés : L'ordonnance neutralise l'impact de la création par la LME d'un droit de rétention au profit du gagiste sans dépossession en énonçant que ce droit est inopposable pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien grevé venait à être cédé en application de l'article L.626-1 du Code de commerce (C.com., art. L.622-7, I, al.2).

Par ailleurs, le nouvel article L.622-23-1 neutralise les effets de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective du constituant afin d'éviter que son actif ne soit vidé par la réalisation automatique de la fiducie. Ainsi, tout transfert ou cession des droits ou biens du constituant au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt d'un plan ou de non paiement d'une créance antérieure est nulle.

De plus, l'administrateur pourra mettre fin au contrat de « mise à disposition » des biens transférés en fiducie-sûreté s'il estime que la continuation de ce contrat n'est pas utile pour le débiteur (C.com., art. L.622-13).

Enfin, l'ordonnance autorise expressément la revendication par le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté (C.com., art. L.624-16).

3. Les innovations relatives au redressement judiciaire

Définition de la cessation des paiements :
L'ordonnance consacre la solution dégagée par la Cour de cassation relative à la prise en compte des réserves de crédit et des moratoires dans la détermination de l'actif disponible du débiteur lui permettant de faire face à son passif exigible (C.com., art. L.631-1).

4. Les innovations relatives à la liquidation judiciaire

Lorsque (i) l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier, (ii) que le débiteur présente un chiffre d'affaires hors taxes inférieur à 300.000 euros et (iii) n'a pas employé plus d'un salarié au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure, le recours à la liquidation judiciaire simplifiée devient obligatoire (C.com., art. L.641-2 et article 71 du décret n°2009-160 du 12 février 2009).

5. Le toilettage des hypothèses de responsabilités et sanctions

L'obligation aux dettes sociales prévue par les anciens articles L.652-1 et suivants a été abrogée. Cette disposition est applicable aux procédures en cours au 15 février 2009 (C.com., art. L.652-1 et s.).

Enfin, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'est plus possible qu'en cas de liquidation judiciaire (C.com., art. L.651-2).

DROIT SOCIAL

Apports de la loi en faveur des revenus du travail

La loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail a été publiée au Journal Officiel le 4 décembre 2008 (la « Loi »).

Parmi le catalogue de mesures visées par la Loi, sont à relever plus particulièrement les dispositions qui concernent :

- (i) l'adoption de mesures incitatives pour encourager le développement de l'intéressement,
- (ii) la liberté pour le salarié de choisir l'usage des sommes qui lui sont dues au titre de la participation et
- (iii) les plans d'épargne et actionnariat salarié.

1. L'intéressement

➤ Institution d'un crédit d'impôt

Pourront bénéficier d'un crédit d'impôt les entreprises « imposées d'après leur bénéfice réel », qui, après la publication de la loi et avant le 31 décembre 2014 :

- mettront en place un accord d'intéressement. Le montant du crédit d'impôt sera alors de 20% des primes d'intéressement dues au titre de l'exercice « lorsqu'aucun accord d'intéressement n'était en vigueur au titre des quatre exercices précédant celui de la première application de l'accord ». Ce crédit viendra en déduction de l'impôt sur les bénéfices ;

ou

- signeront un avenant à leur accord d'intéressement modifiant, de façon plus avantageuse pour les salariés, les modalités de calcul de l'intéressement. Le montant du crédit d'impôt sera alors de 20% de la différence « entre les primes d'intéressement dues au titre de l'exercice et la moyenne des primes dues au titre de l'accord précédent ».

➤ Prime exceptionnelle

Les entreprises ayant conclu un accord d'intéressement ou un avenant à un accord en cours, à compter de la date de publication de la loi et au plus tard le 30 juin 2009, pourront verser à l'ensemble du personnel une prime exceptionnelle dont le montant sera plafonné à 1.500 € par salarié et devra être versée par l'entreprise au plus tard le 30 septembre 2009.

Cette prime sera exonérée de toutes cotisations et contributions sociales, à l'exception de la CSG et de la CRDS, des cotisations arrêt de travail / maladies professionnelles et son montant sera ajouté à la base d'imposition du crédit d'impôt précité. Pour le salarié, elle sera imposable au titre de l'impôt sur le revenu (sauf affectation sur un plan d'épargne).

De manière à favoriser le développement de l'intéressement dans les plus petites entreprises, la loi prévoit la mise en place d'un régime d'intéressement au niveau de la branche auquel les entreprises pourront adhérer (L., art. 3).

Les accords d'intéressement sont conclus pour une durée déterminée de trois ans et cessent, jusqu'alors, de s'appliquer de plein droit à leur échéance, nécessitant la conclusion d'un nouvel accord pour la poursuite du régime.

La loi organise désormais le renouvellement par tacite reconduction de l'accord, sous réserve que cet accord en prévoit la faculté et qu'aucune des parties « *habilitées à négocier un accord d'intéressement* » (i.e. les organisations syndicales représentatives et le CE) ne demande de renégociations dans les trois mois précédant la date d'échéance de l'accord (L., art. 8).

2. La participation

➤ Libre usage des sommes dues au titre de la participation

Un rapprochement est opéré entre la participation et l'intéressement puisque la loi met fin au blocage obligatoire des sommes dues au titre de la participation. Le salarié a désormais le choix, à l'occasion de chaque versement effectué au titre de la participation, entre :

- le versement immédiat des sommes ; celles-ci sont alors exonérées de cotisations sociales mais sont assujetties à la CSG et CRDS et sont imposables au titre de l'impôt sur le revenu,
- leur affectation selon les modalités prévues par l'accord de participation ; sauf cas de déblocage anticipé, les produits de la participation ne seront alors disponibles qu'à l'issue de la période de 5 ans et seront exonérés de cotisations sociales, de CSG et CRDS et de l'impôt sur le revenu.

3. Plan d'épargne et actionnariat salarié

Extension des régimes d'épargne salariale aux chefs d'entreprises, à leur conjoint qui bénéficie du statut de conjoint collaborateur ou associé, aux présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire de personnes morales (L., art. 11 et 12), qui bénéficient désormais :

- de la participation dans les entreprises de moins de cinquante salariés, non assujetties à l'obligation de mise en œuvre du régime de participation, ou dans les entreprises de moins de deux cent cinquante salariés qui ont mis en place un accord de participation dérogatoire (leurs droits sont alors calculés sur la partie de la réserve spéciale de participation qui excède le montant de ce qui aurait été versé en application des règles de droit commun),
- de l'intéressement ou du plan d'épargne de leur entreprise, si elle compte moins de 250 salariés, et non plus moins de 100.

➤ PERCO

S'agissant du plan d'épargne pour la retraite collectif (« PERCO »), qui permet au salarié de se constituer une épargne accessible au moment de la retraite sous forme de rente ou de capital, la loi autorise :

- sa mise en place unilatérale par l'entreprise en cas d'échec des négociations pour conclure un accord collectif,
- la négociation en vue de sa mise en place trois ans (et non plus cinq) après la mise en place d'un PEE,
- l'insertion dans le règlement du PERCO de clauses d'adhésion automatique de l'ensemble des salariés, sauf refus exprès du salarié,
- un versement initial de l'entreprise, dans la limite d'un plafond fixé par décret, même en l'absence de toute contribution du salarié.

➤ Stock-options et attributions gratuites d'actions

Désormais, des stock-options ou des actions gratuites ne pourront plus être attribuées à des dirigeants mandataires sociaux des sociétés cotées qu'à une des conditions suivantes :

- la société procède à une attribution d'actions gratuites, ou de stock-options au profit de l'ensemble de ses salariés et d'au moins 90% de l'ensemble des salariés de ses filiales françaises,
- la société conclut un accord d'intéressement, un accord de participation dérogatoire ou un accord de participation volontaire applicable au sein de l'entreprise et à au moins 90% des salariés de ses filiales françaises.

*

Enfin, l'obligation annuelle de négocier dans les entreprises étant peu respectée, la loi prévoit qu'un certain nombre d'allègements ou d'exonérations de cotisations sociales seront désormais soumis au respect de cette obligation (L., art. 26).

PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES

La Cour d'appel de Paris condamne les accès automatiques non autorisés à la base de données en ligne « société.com » (Cour d'appel de Paris, 23 janvier 2009)

L'affaire « IIEESS » offre une rare application jurisprudentielle des dispositions de la loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998, intégrées aux articles L. 341-1 à L. 343-7 du Code de la propriété intellectuelle (« CPI »).

En l'espèce, la société « S » offre sur son site www.societe.com des services pour lesquels elle obtient une rémunération en fonction du nombre de clics.

La société française IIEESS commercialisait, quant à elle, un logiciel dénommé « Ditel Qualification Pro », édité par la société américaine Ditel LLC, permettant à ses acquéreurs d'accéder à la base de données publique de la société « S » et d'exploiter ces données sans l'autorisation de cette dernière.

Estimant que la conception, l'utilisation, l'édition et la commercialisation de ce logiciel constituaient un acte de concurrence déloyale et de parasitisme, la société « S » a assigné la société IIEESS en référé devant le Président du Tribunal de commerce de Paris, sur le fondement des articles L. 341-1 et L. 342-1 du CPI, afin que soit ordonné, sous astreinte :

- la cessation de la diffusion de ce logiciel,
- la communication des chiffres de vente,
- l'envoi à l'ensemble des utilisateurs de ce logiciel d'une demande de restitution contre remboursement de tous leurs exemplaires du logiciel.

Par ordonnance en date du 18 juin 2008, le Président du Tribunal de commerce de Paris a fait droit aux demandes de la société « S », à l'exception de la demande d'envoi à l'ensemble des utilisateurs du logiciel d'une demande de restitution.

La société IIEESS et la société Ditel LLC ont interjeté appel de cette ordonnance devant la Cour d'appel de Paris.

En appel, la société « S » a sollicité la confirmation de l'ordonnance de référé et a incidemment demandé, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, que les sociétés IIEESS et Ditel LLC soient condamnées au paiement de la somme de 50.000 euros en réparation du préjudice subi du fait des actes de parasitisme commis par la vente du logiciel « Ditel Qualification Pro ».

Aux termes de son arrêt en date du 23 janvier 2009, la Cour d'appel a jugé que l'ordonnance de référé devait être confirmée en ce qui concerne « l'interdiction pour les sociétés IIEESS et Ditel de diffuser leur logiciel en l'état », mais que la société « S » n'était pas fondée en son appel incident car il était fondé sur l'article 1382 du Code civil et non sur les dispositions du CPI. Les dispositions de l'article 1382 du Code civil ne pouvaient en effet être invoquées dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance de référé pour permettre à la société « S » d'obtenir des dommages et intérêts.

Toutefois, la Cour a incité la société « S » à mieux se pourvoir au fond sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en insistant sur le fait que l'utilisation commerciale du nom et des qualités du service offert en ligne par la société « S » par les sociétés IIEESS et Ditel LLC caractérisaient des actes de concurrence déloyale et de parasitisme, qu'il y ait ou non une extraction automatique ou quantitativement substantielle du site www.societe.com.

La Cour a d'ailleurs ajouté en ce sens que dans la mesure où cette utilisation ne se justifiait pas pour des raisons de compatibilité entre deux produits ou par une information nécessaire pour le consommateur, elle causait effectivement un trouble manifestement illicite pour la société « S ».

Par cet arrêt, la Cour d'appel de Paris a donc souhaité donner un coup de frein à la commercialisation en France d'outils logiciels (« datawarehouse », « datamining ») sans cesse plus performants qui permettent d'accéder automatiquement, sans autorisation, à des bases de données publiques et auxquels les producteurs de bases de données se trouvent de plus en plus confrontés.

Information des consommateurs au titre de la rémunération pour copie privée

(Cour de cassation, Civ. 1ère, 27 novembre 2008)

En France, la vente ou l'acquisition de supports d'enregistrement (CD ou DVD) vierges, est subordonnée au paiement de la rémunération dite « pour copie privée », due aux auteurs, artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes ou vidéogrammes au titre de l'article L. 311-1 du Code de la propriété intellectuelle (« CPI »).

La question se posait de savoir si la rémunération pour copie privée s'imposait à des sociétés établies au sein de l'Union Européenne et vendant de tels supports en France, via Internet, et quelles obligations leur incombaient en termes d'information des consommateurs français.

En l'espèce, la société Rue du Commerce avait assigné en concurrence déloyale plusieurs sociétés concurrentes établies dans d'autres Etats de l'Union Européenne, au motif que ces sociétés proposaient à la vente sur Internet aux consommateurs français des produits similaires aux siens (CD et DVD vierges) sans mentionner que les prix pratiqués ne comportaient pas la rémunération pour copie privée due ou restant due en France.

Elle demandait également qu'il leur soit fait injonction d'intégrer, à destination des consommateurs français, le montant de la rémunération pour copie privée dont ils sont redevables ou, à tout le moins, d'informer précisément ces consommateurs de l'incidence de la rémunération française sur les prix pratiqués.

Aux termes d'un arrêt rendu le 22 mars 2007, la cour d'appel de Paris avait rejeté les demandes de la société Rue du Commerce aux motifs suivants :

- les sociétés mises en cause n'étaient pas redevables de la rémunération pour copie privée selon les critères posés par l'article L. 311-4 du CPI,
- il n'était pas démontré que les sociétés mises en cause auraient mis en œuvre des pratiques commerciales déloyales visant à exploiter les différences de contraintes résultant des réglementations existantes afin de capter sa clientèle, se rendant par là coupables d'actes de concurrence déloyale, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Dans un arrêt en date du 27 novembre 2008, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel quant à la non applicabilité de l'article L. 311-4 du CPI aux sociétés mises en cause.

En revanche, elle a estimé que « *en considérant que l'absence de toute mention rappelant au consommateur français son impérieuse obligation de payer la rémunération pour copie privée, dont il est redevable, n'était pas fautive, tout en constatant que cette rémunération n'était pas sans incidence sur le prix de vente des produits en cause, ce dont le consommateur devait nécessairement être tenu informé, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations relativement à la captation de clientèle de la société Rue du commerce et, partant, a violé le texte susvisé [article 1382 du Code civil]* ».

Il résulte de cet arrêt de cassation partielle que les sociétés établies dans des Etats membres de l'Union européenne se verraient imposer l'obligation d'insérer dans leurs documents commerciaux une information à destination de la clientèle française sur les incidences de la rémunération due pour copie privée à l'occasion des acquisitions intracommunautaires.



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, procédure de sauvegarde, mandat ad hoc et conciliation. Redressement judiciaire, plans de redressement, plans de cession et de sauvegarde, liquidation.

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

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

• **INFORMATIQUE**

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

• **COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES**

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

• **INTERNET**

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

• **MEDIA**

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

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

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

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

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

• **PROPRIETE INDUSTRIELLE**

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

UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS

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

ISO 9001

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

31, avenue Hoche 75008 Paris
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)562 26 20 79
Télécopie : 33 (0)5 62 26 08 34

www.bersay-associes.com contact@bersay-associes.com