

## LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 17

Mai 2006

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

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.

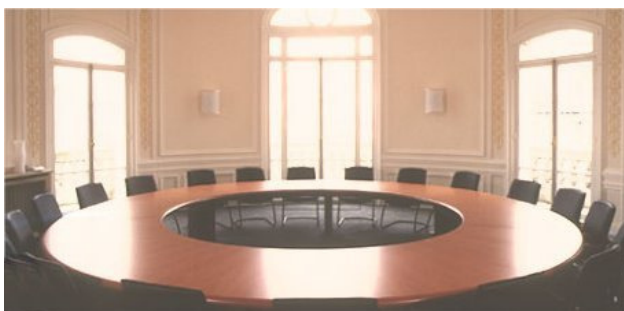
N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires et/ou questions.

*Cette lettre d'information est également disponible en anglais*

### Trophée du droit 2006

Nous avons le plaisir de vous annoncer qu'après avoir été primé à deux reprises aux « Trophées du droit 2005 » (« Firme montante de l'année » et « Managing Partner de l'année »), le cabinet vient d'obtenir le « Trophée d'Argent 2006 Fusions et acquisitions : deal inférieur à 1 milliard ».

Ceci est bien évidemment le fruit d'un travail collectif. Nous tenons à remercier à cette occasion nos clients de la confiance qu'ils nous ont accordée.



### **BERSAY & ASSOCIES** Société d'Avocats

31, avenue Hoche  
75008 Paris

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

Téléphone 33 (0)1 56 88 30 00 Téléphone 33 (0)5 62 26 20 79

Télécopie 33 (0)1 56 88 30 01 Télécopie 33 (0)5 62 26 08 34

[www.bersay-associés.com](http://www.bersay-associés.com)

[contact@bersay-associés.com](mailto:contact@bersay-associés.com)

### DANS CE NUMERO :

<b>DROIT BOURSIER/DROIT DES SOCIETES</b> .....	2
Investissements étrangers : Définition des secteurs sensibles soumis à autorisation .....	2
Jurisprudence récente en droit des sociétés .....	2
<b>BAUX COMMERCIAUX</b> .....	3
Vers une définition plus extensive de la notion de grosses réparations ? .....	3
<b>DROIT SOCIAL</b> .....	4
Le tabagisme dans l'entreprise : l'arrêt du 29 juin 2005 .....	4
<b>CONCURRENCE</b> .....	5
La Commission européenne veut encourager les actions privées pour les infractions au droit de la concurrence .....	5
L'interdiction de la revente à perte remise en cause.....	5
Un enregistrement téléphonique peut constituer une preuve.....	5
<b>PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES</b> .....	6
Le décret n°2005-1309 en date du 20 octobre 2005 (le « Décret ») clarifie enfin le statut et le rôle du Correspondant CNIL .....	6
<b>PROPRIETE INDUSTRIELLE</b> .....	6
Lourde sanction à l'encontre d'une réservation frauduleuse de noms de domaine.....	6
<b>AUDIOVISUEL</b> .....	7
Registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel : ordonnance du 6 juin 2005 créant un registre des options...	7
<b>TELECOMS</b> .....	7
Le Conseil de la concurrence recommande la régulation préventive du « Marché Terminaison SMS » .....	7
<b>LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET</b> .....	8

(suite page 2)

## DROIT BOURSIER/DROIT DES SOCIÉTÉS

### Investissements étrangers : Définition des secteurs sensibles soumis à autorisation

Tous les investissements étrangers en France, directs ou indirects, doivent, sauf exceptions, au moins faire l'objet d'une déclaration auprès du Ministre chargé de l'Economie.

En outre, certains de ces investissements doivent être préalablement autorisés lorsqu'ils visent des secteurs d'activités considérés comme sensibles au regard notamment des risques d'atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale.

Destiné à renforcer le contrôle des investissements étrangers dans les secteurs sensibles, le décret du 30 décembre 2005 (« Décret Anti-OPA ») a modifié le régime des investissements étrangers soumis à autorisation administrative.

Contrairement aux précédentes dispositions applicables aux investissements étrangers, le Décret Anti-OPA distingue les investissements étrangers effectués (i) par une personne physique ou morale ressortissante d'un Etat membre de la Communauté européenne (la « CE ») ou d'un autre pays Etat partie à l'accord sur l'Espace Economique Européen (l'« EEE ») et (ii) par une personne physique ou morale ressortissante d'un autre Etat.

Les investissements provenant de pays non membres de la CE et de l'EEE, soumis à autorisation, sont plus largement définis que les investissements provenant de pays membres de la CE ou de l'EEE.

Les activités visées par le Décret Anti-OPA sont notamment les activités dans les secteurs de jeux d'argent, de sécurité privée et liées aux secrets de la défense nationale ou à l'armement. Ces activités sont également plus largement définies pour les investissements provenant de pays non membres de la CE ou de l'EEE.

Le Ministre chargé de l'Economie se prononce dans un délai de deux (2) mois à compter de la réception de la demande d'autorisation. A défaut de réponse, l'autorisation est réputée acquise.

En cas d'investissement non autorisé, le Ministre chargé de l'Economie peut sanctionner l'investisseur :

- en lui imposant de rétablir la situation antérieure, et/ou
- par une sanction pécuniaire pouvant atteindre le double du montant de l'investissement irrégulier.

### Jurisprudence récente en droit des sociétés

#### ➤ Obligation de loyauté du dirigeant social lors d'une cession de contrôle

Très souvent, dans une opération de cession d'un bloc de contrôle majoritaire, le dirigeant actionnaire cherche à acheter préalablement, à bas prix, les actions des associés minoritaires.

Quelles sont les obligations d'information du dirigeant à l'égard des associés cédants concernant la revente des titres ?

L'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant social à l'égard de tout associé lui interdit de dissimuler aux cédants une information de nature à influencer leur consentement.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que le dirigeant social commet un dol par réticence s'il s'abstient d'informer les cédants des négociations parallèles en vue de revendre les titres à un prix supérieur (Cass. com., 12 mai 2004).

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 22 février 2005 (Cass. com., 22 février 2005, n°01-13-642), que manque à son devoir de loyauté le représentant légal d'une société qui acquiert les actions détenues par les actionnaires minoritaires, en leur dissimulant l'existence ou les conditions des négociations qu'il mène concomitamment avec un tiers pour l'acquisition de la majorité des actions. Il importe peu que ces négociations n'aient pas abouties et que le représentant légal ait conclu avec un tiers, quelques mois plus tard, une cession de la majorité des actions de la société assortie d'une garantie d'actif et de passif.

#### ➤ Obligation de renseignement de l'acquéreur : garantie d'actif et de passif

L'acquéreur, bénéficiaire d'une garantie d'actif et de passif, a-t-il une obligation de renseignement préalablement à l'opération d'acquisition pour pouvoir mettre en jeu la garantie ?

Généralement, lorsqu'aux termes d'une clause de la garantie, les parties conviennent expressément qu'il suffit d'une absence d'inscription du passif au bilan pour faire jouer la garantie, la clause s'applique même si le bénéficiaire de la garantie a connaissance du fait entraînant le passif.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 septembre 2005, estimant que l'exécution des obligations liées à la garantie ne pouvait s'analyser en faisant abstraction de la qualité des parties, a rejeté la demande de l'acquéreur d'appliquer les termes de la garantie d'actif et de passif.

En l'espèce, la garantie d'actif et de passif stipulait que le cédant était tenu d'indemniser l'acquéreur de tout passif social non enregistré dans les comptes. L'acquéreur avait mis en jeu la garantie pour défaut de comptabilisation d'une provision dans les comptes relative à des engagements de préretraite.

La Cour d'appel de Paris a rejeté la demande de l'acquéreur au motif que celui-ci, qui était déjà administrateur de la société à la date de la reprise, ne pouvait ignorer les engagements relatifs à la préretraite. En cas de doute sur l'étendue des obligations souscrites à l'égard des salariés en matière de préretraite, il appartenait à l'acquéreur de se renseigner avant d'acquiescer les titres de la société.

C'est la première fois à notre connaissance que le juge instaure aussi nettement à la charge du bénéficiaire d'une garantie d'actif et de passif une obligation de renseignement préalable à l'acquisition (Cour d'appel de Paris, 3<sup>ème</sup> chambre, 20 septembre 2005, n°04-14222).

### ➤ **Le transfert d'un contrat *intuitu personae* dans le cadre d'une fusion**

Le cocontractant d'une société absorbée dans le cadre d'une fusion peut-il rompre le contrat qui le liait à la société absorbée du fait de cette opération ?

Un concessionnaire automobile, cocontractant d'une société qui fut absorbée dans le cadre d'une fusion absorption, avait rompu le contrat de distribution qui le liait à la société absorbée. Le contrat de distribution conclu *intuitu personae* prévoyait notamment que les droits et obligations du revendeur n'étaient pas cessibles ou transférables sans l'accord préalable et écrit du concessionnaire.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé (Cass. com., 13 décembre 2005 n°1668) que la société absorbante ne pouvait se prévaloir du contrat de distribution, sans l'accord préalable du concessionnaire sur la transmission du contrat, pour demander l'octroi de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat. La Cour de cassation confirme ainsi que si en principe une fusion absorption entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, les contrats conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne, ne peuvent être transmis à la société absorbante sans l'accord préalable du cocontractant.

Cette exception au principe du transfert universel du patrimoine dans le cadre d'une opération de fusion avait déjà été affirmée par la Cour de cassation en matière d'apport partiel d'actif (Cass. com., 29 octobre 2002).

## **BAUX COMMERCIAUX**

### **Vers une définition plus extensive de la notion de grosses réparations ?**

Aux termes de l'article 606 du Code civil, les grosses réparations sont définies comme « *celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières ; celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier* », étant précisé que « *toutes les autres réparations sont d'entretien* ».

De très nombreux baux se réfèrent directement à cette disposition pour organiser la répartition des charges entre bailleur et locataire.

Or, la jurisprudence n'est pas uniforme sur la définition des grosses réparations, certaines cours d'appel se prononçant en faveur d'une définition extensive des grosses réparations visées par l'article 606 du Code civil tandis que d'autres retiennent une définition plus restrictive, en référence à l'énumération stricte de ce texte.

Ainsi, certaines cours d'appel ont considéré que le remplacement d'une chaudière de chauffage central ou la réfection de l'installation électrique et des réseaux d'évacuation relevaient des grosses réparations au sens de l'article 606 du Code civil, alors que d'autres récusaient cette qualification pour des travaux de réparation du système de climatisation ou pour des travaux concernant le chauffage et l'électricité.

Afin de trancher le débat, la Cour de cassation avait jugé qu'en présence d'une clause du bail faisant référence à ce texte, la liste limitative de l'article 606 du Code civil devait s'imposer.

Toutefois, aux termes d'une décision en date du 13 juillet 2005 (Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juillet 2005, n° 2005-029741), la Cour de cassation semble revenir sur ce principe, en retenant une interprétation extensive de la définition des grosses réparations (incluant notamment des travaux de réfection d'installations électriques, de reprise de fuites d'eau en cave ou de réparation d'une canalisation détruite par le gel en raison d'un manque de calorifugeage).

Il n'est toutefois pas certain que cette solution constitue réellement un revirement de jurisprudence compte tenu de la particularité des faits de cette espèce, la Cour ayant précisé que les désordres à l'origine de l'exécution des travaux litigieux étaient dus à des dispositions constructives inadéquates, qui demeurent à la charge du bailleur dans le cadre de son obligation de délivrance de la chose louée.

Cette décision pourrait néanmoins inciter les cours d'appel à retenir plus généralement cette interprétation extensive de l'article 606 du Code civil, ce qui ne manquerait pas de générer des difficultés en présence de baux déjà conclus et faisant référence, soit aux dispositions de l'article 606 du Code civil, soit à la notion de grosses réparations.

## DROIT SOCIAL

### Le tabagisme dans l'entreprise : l'arrêt du 29 juin 2005

La Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 29 juin 2005 que « *l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne la protection contre le tabagisme dans l'entreprise* ». Cette décision relance le débat sur l'interdiction de fumer dans les lieux clos et notamment dans l'entreprise.

#### I - Les dispositions légales et réglementaires applicables

L'usage du tabac dans l'entreprise est réglementé par les dispositions suivantes :

1. La loi du 10 janvier 1991, dite Evin, et le décret n°92-478 du 29 mai 1992

La loi du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme dispose « *qu'il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, [...] sauf dans les emplacements expressément réservés aux fumeurs* ». [...]

Le décret du 29 mai 1992 codifié sous les articles R.3511-1 et suivants du Code de la santé publique précise les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif. L'interdiction de fumer s'applique dans « *tous les lieux fermés et couverts [...] ou qui constituent des lieux de travail* ». Il est en particulier interdit de fumer dans « *les locaux clos et couverts, affectés à l'ensemble des salariés, tels que les locaux d'accueil et de réception, les locaux affectés à la restauration collective, les salles de réunion et de formation, les salles et espaces de repos, les locaux réservés aux loisirs, à la culture et au sport, les locaux sanitaires et médico-sanitaires* ».

Les articles R.3511-4 et R.3511-5 du Code de la santé publique autorisent néanmoins l'employeur à déroger à cette interdiction dans les lieux de travail autres que ceux affectés à l'ensemble des salariés, à condition d'établir après consultation du médecin du travail, du CHSCT ou à défaut des délégués du personnel, un plan d'organisation ou d'aménagement destiné à assurer la protection des non-fumeurs.

2. Le Code du travail

Le Code du travail n'aborde qu'indirectement la question du tabac à travers plusieurs de ses dispositions.

L'article L.230-2 du Code du travail précise que « *le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires* ».

Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels mais aussi des mesures d'information et de formation ainsi que la mise en œuvre d'une organisation et de moyens adaptés pour éviter les risques, y compris les risques liés au tabac et au tabagisme passif.

En application de l'article L.236-2 al.4 du Code du travail, le CHSCT peut, dans le cadre de la mission qui lui est dévolue, faire des propositions pour réglementer le droit de fumer voire proposer que le tabac soit totalement proscrit de l'entreprise. L'employeur peut refuser cette proposition mais devra néanmoins motiver sa décision.

Si l'employeur souhaite aménager son espace et mettre en place au sein de son établissement des zones fumeurs, il devra au préalable consulter le CHSCT s'il existe ou, à défaut, les délégués du personnel, ainsi que le médecin du travail.

Enfin, l'article L.231-8 du Code du travail prévoit que les salariés peuvent invoquer leur droit de retrait s'ils estiment que la situation de travail dans laquelle ils se trouvent présente un « *danger grave et imminent* » pour leur santé. Le droit de retrait a été invoqué avec succès dans plusieurs cas où les salariés se plaignaient de tabagisme passif.

#### II - L'arrêt du 29 juin 2005

L'arrêt du 29 juin 2005 confère au salarié non fumeur le droit de prendre acte, à titre préventif, de la rupture de son contrat de travail si l'employeur ne respecte pas et/ou ne fait pas respecter l'interdiction de fumer. La Cour de cassation va très loin puisqu'elle énonce que l'employeur est tenu d'une « *obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne la protection contre le tabagisme dans l'entreprise* ».

En l'espèce, une salariée embauchée en 1999 travaillait dans un bureau collectif. Souffrant de la fumée de ses collègues et après avoir averti à plusieurs reprises son employeur, elle a pris acte de la rupture de son contrat. La Cour d'appel a considéré que les griefs invoqués par la salariée justifiaient la rupture de son contrat de travail, de sorte qu'elle produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation a confirmé cette décision et considéré comme insuffisantes les mesures prises par l'employeur qui avait pourtant apposé des panneaux en application de la loi Evin et fait interdiction aux autres salariés de fumer en présence de la salariée. Selon la chambre sociale, ces mesures étaient insuffisantes en ce que l'employeur est tenu d'une obligation de résultat : il devait donc s'assurer du respect effectif des règles qu'il avait rappelées pour protéger ses salariés contre le tabagisme passif.

En conclusion, les employeurs ne pourront plus occulter les conséquences potentielles du tabagisme passif sur la santé des non fumeurs dans l'entreprise, celle des fumeurs relevant de leur libre arbitre. A défaut, ils prennent le risque de se voir condamner pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

## CONCURRENCE

### La Commission européenne veut encourager les actions privées pour les infractions au droit de la concurrence

Après une inflation remarquable du montant des amendes et l'instauration d'une procédure de « *clémence* »<sup>1</sup> visant à fragiliser les accords anti-concurrentiels, la Commission européenne cherche désormais à renforcer l'efficacité des règles de concurrence en facilitant, devant les juridictions nationales, les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit communautaire de la concurrence.

En dépit de leurs avantages (effet dissuasif, développement d'une meilleure culture de la « *concurrence* » etc.), peu d'actions en indemnisation fondées sur une violation du droit communautaire de la concurrence ont été intentées et rares sont celles qui ont abouti à l'octroi de dommages et intérêts.

Les obstacles au développement d'actions privées devant les juridictions nationales consistent, essentiellement, en la difficulté pour les parties de réunir les preuves d'une infraction aux règles de concurrence. En outre, la détermination du montant des dommages et intérêts à allouer peut se révéler être un exercice complexe pour les juges.

Tout en prenant soin d'éviter d'encourager les recours abusifs, la Commission envisage, notamment, que les juridictions nationales puissent :

- exiger la production de certains documents (à déterminer),
- infliger des sanctions en cas de destruction de preuves,
- utiliser des éléments de preuve qui auraient été retenus par les autorités de la concurrence,
- allouer, à l'instar du système des « *treble damages* »<sup>2</sup> américains, des dommages et intérêts qui seraient automatiquement doublés dans les cas d'infractions les plus graves.

Par ailleurs, des actions collectives (*class actions*) devraient pouvoir être introduites pour assurer la protection des consommateurs et autres acheteurs en cas d'infraction aux règles de concurrence.

Enfin, la Commission s'interroge sur la détermination d'un modèle économique sous-tendant le calcul des dommages et intérêts, qui pourrait tenir compte, en particulier, du gain illicite réalisé par l'auteur de l'infraction.

<sup>1</sup> La procédure de clémence incite les entreprises parties à des accords anti-concurrentiels à les dénoncer aux autorités de la concurrence. En contrepartie, elles peuvent bénéficier de l'exonération de tout ou partie des sanctions pécuniaires encourues.

<sup>2</sup> Aux Etats-Unis, la partie lésée peut obtenir trois fois le montant du dommage effectivement subi.

Ces réflexions de la Commission sont publiées dans un Livre vert en date du 19 décembre 2005 et donnent lieu à une consultation publique ouverte jusqu'au 21 avril 2006, à laquelle les parties intéressées sont invitées à soumettre leurs contributions.

### L'interdiction de la revente à perte remise en cause

Alors que les nouvelles modalités de calcul du seuil de revente à perte dans le secteur de la distribution en France viennent d'être précisées par la circulaire « *Dutreil* » du 8 décembre 2005, le principe même de l'interdiction de la revente à perte est remis en cause.

Les réglementations nationales prohibant la revente à perte ont en effet été sévèrement jugées dans le cadre d'une étude menée par l'OCDE publiée en février 2006.

On rappellera que la réglementation sur l'interdiction de la revente à perte a déjà fait l'objet de nombreuses critiques. Elle est accusée de produire certains effets pervers, comme par exemple le développement spectaculaire des marges arrière (phénomène que la loi « *Dutreil* » du 2 août 2005 tente pourtant d'enrayer).

D'autres inconvénients de la prohibition de la revente à perte ont été identifiés. En particulier, celle-ci :

- est devenue excessivement complexe dans sa mise en œuvre par les acteurs de la distribution,
- serait inutile en raison de l'existence d'autres dispositions luttant également contre les ventes au détail à prix sacrifiés,
- ne serait pas justifiée du point de vue économique,
- serait néfaste à la croissance et l'innovation et
- pénaliserait le consommateur final.

Par ailleurs, il existerait en France une certaine réticence de la part des professionnels à engager des actions civiles en cas de non respect des règles en la matière. Cette constatation montrerait, selon les autorités françaises ayant contribué à l'étude, la nécessité de clarifier une réglementation jugée « *fictive* » voire, à terme, de supprimer l'interdiction de la revente à perte.

### Un enregistrement téléphonique peut constituer une preuve

Par une décision n° 05-D-66 du 5 décembre 2005, le Conseil de la concurrence a admis, comme élément de preuve, des enregistrements sonores réalisés à l'insu des interlocuteurs.

## PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

### Le décret n°2005-1309 en date du 20 octobre 2005 (le « Décret ») clarifie enfin le statut et le rôle du Correspondant CNIL

L'article 22 de la loi n°2004-801 du 6 août 2004, modifiant partiellement la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, a institué le « CIL », Correspondant Informatique et Libertés.

La loi informatique et libertés énonce que tout type de traitement de données doit être déclaré auprès de la CNIL. Dans ces circonstances, lorsqu'une société entend mettre en place un nouveau type de traitement de données, elle est dans l'obligation de procéder à une nouvelle déclaration auprès de la CNIL.

Or, la nomination d'un CIL permet notamment à une société de s'exonérer de cette obligation de procéder à de nouvelles déclarations.

Le Décret apporte quelques précisions utiles sur la désignation, le statut (1) et le rôle du CIL (2) :

#### 1. Désignation et statut

Le CIL est nommé par le responsable des traitements d'une société. Il doit être « *qualifié* », sans exigence de diplôme ou d'agrément, et n'est pas nécessairement salarié de la société. La nomination du CIL est alors notifiée à l'instance représentative du personnel puis à la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL).

Le Décret indique également que le CIL doit pouvoir agir en toute indépendance par rapport au responsable des traitements. Le CIL ne doit donc recevoir aucune instruction dans le cadre de sa mission et doit disposer de l'autorité indispensable à la préconisation de solutions organisationnelles et technologiques. Il est également requis que le CIL n'ait aucun conflit d'intérêt avec d'autres fonctions qu'il peut exercer en parallèle.

C'est sur le devoir d'objectivité que résident les principales interrogations. En effet, il est légitime de se demander comment le CIL peut exercer objectivement et en toute indépendance ses fonctions lorsqu'il est salarié de la société.

#### 2. Etendue des missions du CIL

Le CIL est notamment chargé :

- d'établir la liste de tous les traitements automatisés en vigueur dans la société au sein de laquelle il a été désigné ainsi que de la mise à jour et des modifications de ces traitements,

- de faire respecter la loi informatique et libertés au sein de la société, notamment en étant consulté avant la mise en place de tout nouveau traitement automatisé,
- de recevoir toutes demandes et réclamations de personnes portant sur le traitement de données les concernant,
- d'alerter le responsable des traitements des manquements constatés avant toute saisine de la CNIL,
- d'établir un rapport annuel de ses activités qu'il tient à la disposition de la CNIL.

## PROPRIETE INDUSTRIELLE DROIT DES MARQUES

### Lourde sanction à l'encontre d'une réservation frauduleuse de noms de domaine

Le 11 mai 2004, l'AFNIC (Association Française pour le Nomme Internet en Coopération), dont la mission consiste à gérer la base de données des noms de domaine géographiques en « .fr », a libéralisé la procédure d'attribution de ces noms de domaine. Désormais, dans la mesure où il n'est plus besoin de justifier d'un droit sur un signe en vue de sa réservation à titre de nom de domaine en « .fr », l'AFNIC n'exerce plus de contrôle *a priori* sur la réservation de tels noms de domaine.

Depuis cette libéralisation, de nombreux noms de domaine présentant de grandes similitudes avec des signes notoirement connus ont été réservés par des personnes ne jouissant d'aucun droit sur ces signes.

Une décision du Tribunal de grande instance de Nanterre en date du 17 novembre 2005 se démarque de la jurisprudence afférente à la réservation frauduleuse de noms de domaine, en ce qu'elle a attribué à une victime la somme record de 100.000 euros à titre de dommages intérêts à la société Free. Le Tribunal a considéré que la réservation de quatre noms de domaine a entraîné un détournement de clientèle caractérisant des actes de concurrence déloyale et de parasitisme.

## AUDIOVISUEL

### Registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel : ordonnance du 6 juin 2005 créant un registre des options

Les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 (l'« Ordonnance ») relative au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel et créant un registre des options sont entrées en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2006.

L'Ordonnance crée un registre des options, facultatif, qui assure la publicité des contrats d'option d'achat des droits d'adaptation audiovisuelle d'œuvres littéraires préexistantes et des contrats conclus ultérieurement en vue du développement, y compris ceux conférant des garanties aux banques.

La mise en place d'un registre des options répond à une demande ancienne des producteurs et des banques spécialisées dans l'audiovisuel. En effet, jusqu'à présent, le producteur titulaire d'une simple option ne pouvait pas immatriculer son film au registre public. Le contrat d'option et les autres contrats conclus pendant la phase d'option ne pouvant pas être inscrits, ils n'étaient pas connus des tiers et ne permettaient donc pas aux banques de prendre les garanties financières habituelles.

Les contrats d'option sont opposables aux tiers du seul fait de leur inscription au registre des options.

L'inscription au registre des options est reportée au registre public lorsque le producteur, après avoir exercé l'option, dépose le titre de l'œuvre cinématographique. L'inscription conserve le rang qu'elle avait acquis au registre des options.

Cette inscription permet (i) de rendre les actes inscrits opposables aux tiers et (ii) de bénéficier des suretés cinématographiques (nantissement et délégation de recettes) sur les droits inscrits dans les conditions des actes inscrits au registre public.

## TELECOMS

### Le Conseil de la concurrence recommande la régulation préventive du « Marché Terminaison SMS »

Le 10 mars 2006, le Conseil de la concurrence a rendu un avis attendu en se prononçant en faveur de l'intervention préventive de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (l'« ARCEP ») sur le Marché Terminaison SMS. Cet avis intervient dans le cadre de l'analyse des marchés de télécommunications conduite par l'ARCEP dont l'objectif est de déterminer s'il est nécessaire d'imposer des obligations particulières aux opérateurs exerçant une influence significative sur leurs marchés.

L'identification du Marché Terminaison SMS<sup>1</sup> par le Conseil de la concurrence constitue une spécificité nationale. En effet, ce marché n'a pas été recensé par la Commission européenne<sup>2</sup> dans sa recommandation en date du 11 février 2003, qui visait 18 marchés pour lesquels une régulation sectorielle préventive était nécessaire.

Le Conseil de la concurrence a rappelé dans ses avis précédents qu'il est possible d'imposer des obligations particulières à des acteurs sur un marché déterminé lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies : (i) que des barrières entravent l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché (ii) que le marché souffre d'une absence de dynamisme de la concurrence et (iii) que le droit ne permet pas de remédier à ces obstacles.

L'enjeu d'une régulation sur le Marché Terminaison SMS est important puisque ce dernier est étroitement lié au marché de détail des SMS qui subit actuellement une croissance exponentielle. Onze milliards de SMS ont été envoyés sur les réseaux des opérateurs français en 2004, créant un marché d'une valeur d'un milliard d'euros. Cette croissance n'a toutefois entraîné qu'une baisse très limitée des tarifs de détail des SMS.

Actuellement, chaque opérateur mobile fixe librement le tarif de la prestation de terminaison d'appel SMS sur son réseau. Il en résulte que le Marché Terminaison SMS est caractérisé par :

- La position monopolistique détenue par trois opérateurs mobiles sur le marché de leurs terminaisons SMS dans la mesure où ceux-ci sont les seuls à pouvoir, techniquement et légalement, assurer l'acheminement sur leurs réseaux des SMS à destination de leurs clients ;
- L'identité et la stabilité des charges de terminaison SMS pratiqués par ces opérateurs, qui demeurent quasiment inchangées depuis près de six ans<sup>3</sup>.

Le Conseil de la concurrence souhaite qu'une régulation préventive du Marché Terminaison SMS permette l'entrée de nouveaux acteurs, notamment en provenance de la téléphonie fixe et de l'Internet ainsi que l'intensification de la concurrence sur les tarifs de détail des SMS.

<sup>1</sup>Défini comme le marché de gros de la terminaison SMS vendue par les opérateurs sur leurs réseaux.

L'envoi d'un SMS (*short message system*) peut être divisé en 2 étapes : le départ d'un SMS à partir d'un réseau et l'acheminement du SMS vers le réseau destinataire (prestation de terminaison) : l'opérateur de l'émetteur du SMS paie à l'opérateur du destinataire du SMS une charge pour la prestation d'acheminement du SMS depuis la frontière de son réseau jusqu'au réseau du destinataire (charge de terminaison). Sur le marché du détail, c'est le client qui envoie le SMS qui sera facturé.

<sup>2</sup> Le droit européen (Directive « cadre » n° 2002/21/CE du 7 mars 2002) permet qu'une autorité réglementaire nationale puisse définir d'autres marchés que ceux listés par la Commission sous réserve qu'une telle approche ne fasse pas obstacle à l'harmonisation des cadres réglementaires des Etats membres et que la régulation recommandée soit nécessaire.

<sup>3</sup> Exception faite d'une baisse de tarif ayant eu lieu suite à l'intervention de l'ARCEP en novembre 2005 dans le cadre du règlement d'un différend entre deux opérateurs : le tarif de la terminaison SMS était alors passé de 5,336 à 4,3 centimes d'euro.

## 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.

### • PUBLICITE / MARKETING

Conseil et contentieux en droit de la publicité et en marketing (validation de campagnes publicitaires ou promotionnelles sur tous supports et contentieux y afférent).

### • 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.

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

Conseil et contentieux en matière d'accords de coopération industrielle et de structuration de réseaux de distribution. Conseil et 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. Conseil en matière de contrôle des concentrations (réalisation d'études de faisabilité, constitution de dossiers de notification, négociation avec les autorités de contrôle nationales et communautaire), et d'aides d'Etat.

### • INFORMATIQUE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

Conseil et contentieux, notamment en informatique (développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels, infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, piratage de logiciels), dans le domaine des nouvelles technologies (multimédia, Internet, commerce électronique). Création et hébergement de sites, affiliation, partenariat, ventes aux enchères sur internet, licences ASP.

### • PROPRIETE INTELLECTUELLE

Propriété littéraire et artistique et droits voisins. Licence de distribution, droits d'artiste interprètes, contentieux de la contrefaçon. Propriété industrielle, dépôts, licences et cessions de marques, de brevets et/ou de dessins et modèles, transfert de technologie et/ou de know-how, contentieux en matière de marques, brevets et/ou dessins et modèles (contrefaçon, revendication, opposition, etc.).

### • DROIT DE L'AUDIOVISUEL ET DU MULTIMEDIA

Conseil et contentieux relatifs aux contrats de production, d'édition, de coproduction, de distribution et d'exploitation, en France et à l'étranger, d'œuvres cinématographiques et/ou audiovisuelles et multimédia et contrats accessoires. Réglementation audiovisuelle et cinématographique. Financement.

### • TELECOMMUNICATIONS

Consultations et constitutions de dossiers de demande de licence d'opérateur télécommunications, aspects juridiques des investissements étrangers dans le secteur des télécommunications, contrat de location de liaisons (câbles et fibres), de colocation, de location de capacité, conventions et conditions générales de fourniture de services et/ou de capacité, aspects juridiques et dégroupage de la boucle locale.

### • PROCEDURES COLLECTIVES

Procédure d'alerte, restructuration et redressement, règlement amiable et mandat ad hoc. Redressement judiciaire, poursuite d'exploitation, élaboration de plans de redressement, plans de cession et de continuation, liquidation. Représentation et assistance des créanciers, représentation et assistance des dirigeants (comblement d'insuffisance d'actif, procédures d'extension etc.).

### 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)5 62 26 20 79  
Télécopie : 33 (0)5 62 26 08 34

www.bersay-associés.com  
contact@bersay-associés.com