

## LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 7

Mars 2003

Nous avons le plaisir de vous remettre cette 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 espérons que vous la lirez avec intérêt. N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires.

### DANS CE NUMERO

#### DROIT DES SOCIETES / DROIT BOURSIER

Le statut souple de la SAS 2

La réforme des sociétés de capitaux en Italie 3

#### BANQUE

Principe de proportionnalité et rapports créancier/caution 4

#### FISCAL

TVA : Dépenses de logement 5

Réclamation portant sur des résultats déficitaires 5

#### DROIT SOCIAL

Le droit à l'« auto-licenciement » des salariés 6

#### CONTENTIEUX

Actualité du mandat de gestion de portefeuille 7

#### AUDIOVISUEL / MULTIMEDIA

Contrats : les pièges de la « cross-collateralization » 9

#### PROPRIETE INTELLECTUELLE

Les mirages du domaine public 10

INFORMATIONS PRATIQUES 12

### DEPARTEMENT FISCAL

Lors de notre dernière lettre d'information juridique, nous vous avons annoncé la création prochaine d'un département fiscal au sein du cabinet.

Nous avons le plaisir de vous annoncer que Carine Duchemin, avocat fiscaliste, nous a rejoint début mars 2003, en qualité d'associée.

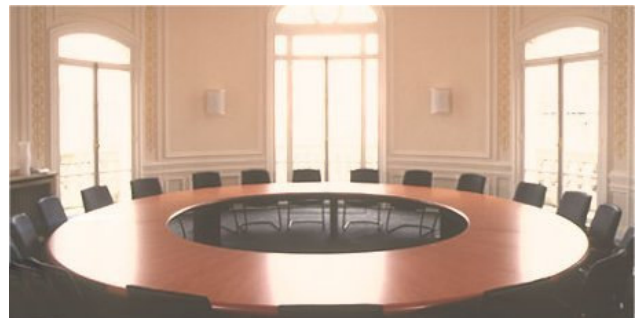
Formation :

Maîtrise en Droit des Affaires (Université de Paris V); DESS de Fiscalité Appliquée (Université de Paris V); Diplôme de 3<sup>ème</sup> cycle d'Audit de l'Entreprise (Université de Paris V); Avocat au Barreau de Paris.

Précédemment Directeur au sein du Cabinet Deloitte & Touche Juridique et Fiscal où elle a exercé pendant 13 ans.

Carine Duchemin travaille en anglais et en français.

*Cette lettre juridique est également disponible en anglais*



#### **Bersay & Associés**

Société d'avocats

31, avenue Hoche

75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00

Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

Télécopie : 33 (0)1 56 88 10 49

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

[cb@cabinet-bersay.com](mailto:cb@cabinet-bersay.com)

## **Droit des sociétés/droit boursier**

### **Le statut souple de la société par actions simplifiée**

La société par actions simplifiée (« SAS »), introduite par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 (modifiée par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999) est une société par actions qui est constituée, dissoute et liquidée selon les mêmes règles que la société anonyme (« SA »). Elle se distingue de la SA sur deux points : son organisation et son fonctionnement qui relèvent des statuts, c'est-à-dire de la seule volonté des associés.

La SAS connaît actuellement un succès important même si certains investisseurs sont encore attachés à la SA classique en partie du fait que le régime juridique et fiscal de la SA leur est plus familier.

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (loi "NRE") en augmentant les contraintes pesant sur la SA, donne un nouvel essor à la SAS. Cet essor devrait entraîner progressivement dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne un délaissement des autres formes usuelles de sociétés commerciales telles que la société à responsabilité limitée, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et surtout la SA classique.

#### **Les intérêts de la SAS par rapport à la SA**

- La SA apparaît aujourd'hui comme une structure où la loi régit son organisation et son fonctionnement dans un cadre rigide. Ce formalisme, justifié notamment dans les sociétés de taille importante où il convient de protéger les actionnaires minoritaires, n'a plus lieu d'être dans de nombreuses hypothèses.
- De surcroît, la SA est une structure lourde dont le fonctionnement entraîne des frais importants.
- Contrairement à la SA, la SAS échappe à un nombre important d'obligations telles que : nombre minimal d'actionnaires et d'administrateurs, obligation pour les administrateurs de détenir une action, réglementation du cumul des fonctions d'administrateur avec un contrat de travail, nécessité de tenir des assemblées.
- La SAS est particulièrement adaptée à la gestion des groupes de sociétés, la SAS unipersonnelle permettant notamment une gestion simplifiée des filiales contrôlées à 100%.

- L'intérêt du choix de la SAS peut également exister dans les situations suivantes : PME, investissements en capital-risque, holding de contrôle etc., compte tenu de sa souplesse opposée à la rigidité de la SA.
- Enfin, dans la mesure où les fondateurs souhaiteraient voir appliquer les règles de la SA ou d'une autre forme sociale, il suffirait simplement d'adopter des statuts "simplifiés" de SAS en renvoyant, dans la mesure du possible, aux dispositions législatives et réglementaires applicables à la forme sociale choisie.

#### **L'impact de la loi NRE**

- La loi NRE a donné une nouvelle impulsion à la SAS. En effet, contrairement à la SA, la SAS n'est pas concernée par :
  - les règles de limitation de cumuls de mandats,
  - la dissociation des fonctions de présidence et de direction générale,
  - les obligations de communication des rémunérations et avantages en nature versés par la société aux mandataires sociaux,
  - l'obligation d'approbation des comptes consolidés,
  - et plus généralement, toutes les obligations conditionnées à l'existence d'une assemblée générale.
- Par ailleurs, si le statut de SAS devenait contraignant, la loi NRE a également allégé la procédure de transformation de SAS en une autre forme sociale en supprimant la condition d'existence de la société depuis au moins deux ans.
- La loi NRE devrait entraîner les dirigeants de sociétés non cotées à opter pour la SAS.

#### **Les principales caractéristiques de la liberté statutaire de la SAS**

- Concernant la direction de la société, les associés bénéficient d'une grande liberté pour organiser les règles de fonctionnement interne des organes de direction (direction collégiale ou unique, assumée par une personne morale et/ou physique). Le seul organe imposé par la loi est le président de la SAS qui représente la société à l'égard des tiers.
- Quant aux décisions collectives, les statuts déterminent librement les formes, modes et conditions de consultation des associés de la SAS : assemblées, consultation par correspondance, vidéoconférence, échange de télécopies, périodicité des consultations, délais et forme de convocation de l'assemblée etc.

Hormis les décisions soumises par la loi à la règle de l'unanimité et les décisions collectives obligatoires, la loi permet aux statuts de la SAS d'aménager librement les domaines d'intervention des décisions collectives.

- Les associés peuvent également organiser dans les statuts le droit de vote des associés par un droit de vote multiple, un cumul des droits de vote, des seuils de minorité de blocage, un droit de veto etc.
- Enfin, le législateur a permis d'encadrer les conditions d'admission et de retrait des associés. Ainsi, les associés peuvent insérer toutes les clauses de leur choix sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public. Certaines sont expressément visées par la loi : la clause d'inaliénabilité des actions, la clause d'agrément, la clause de changement de contrôle d'un associé, la clause d'exclusion.

L'intérêt de ces clauses résulte dans le fait que toute cession qui serait effectuée en violation des clauses statutaires serait nulle. Cette sanction donne aux clauses statutaires une efficacité que n'ont pas les pactes d'actionnaires dont la violation est généralement sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts.

Il convient de garder à l'esprit que la liberté contractuelle dont bénéficient les fondateurs de SAS implique en contrepartie une grande rigueur dans la rédaction des statuts, et qu'il est préférable de se faire assister par un spécialiste.

## La réforme des sociétés de capitaux en Italie

Dans notre précédente note d'information nous avons illustré certains aspects du projet de réforme du droit italien des sociétés de capitaux qui était à l'étude du gouvernement italien.

Nous vous informons que le 10 janvier 2003 le Conseil des ministres italien a définitivement approuvé les deux décrets législatifs cités dans notre dernière note d'information, à savoir :

- le décret législatif n°6 du 17 janvier 2003 pour la réforme organique des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives ;
- le décret législatif n°5 du 17 janvier 2003 afférent à la nouvelle réglementation des litiges en matière financière, visant à simplifier et accélérer les procédures.

Les décrets visés ci-dessus ont été publiés dans la *Gazzetta Ufficiale* du 22 janvier 2003, n°17, et entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

Bien évidemment, nous sommes à votre disposition pour toute information complémentaire que vous pourriez souhaiter dans le cadre de cette réforme.

---

### *A Retenir :*

- ⇒ *La SAS permet une grande souplesse dans l'organisation et le fonctionnement de la société.*
  - ⇒ *La SAS échappe à un nombre important d'obligations contenues dans les SA, telles que : nombre minimal d'actionnaires et d'administrateurs, obligation pour les administrateurs de détenir une action, réglementation du cumul des fonctions d'administrateur avec un contrat de travail, nécessité de tenir des assemblées,*
  - ⇒ *La SAS est particulièrement adaptée à la gestion des groupes de sociétés, la SAS unipersonnelle permettant notamment une gestion simplifiée des filiales contrôlées à 100%.*
-

## Droit bancaire

### Le principe de proportionnalité dans les rapports entre la banque et la caution

Dans un arrêt, particulièrement remarqué en date du 17 juin 1997, la chambre commerciale de la Cour de Cassation (affaire *Macron*, Cass. Com., 17 juin 1997, n°95-14.105) avait considéré que la banque avait commis une faute en faisant souscrire un cautionnement (un aval en l'espèce) « *manifestement disproportionné* » « *sans aucun rapport* » avec le patrimoine et les revenus du garant.

Pour retenir la faute contractuelle de la banque, la Cour de Cassation s'était alors attachée au montant très important de la somme garantie par une personne physique (en l'espèce, il s'agissait du dirigeant de la société cautionnée) et aux circonstances de fait « *exclusives de toute bonne foi de la part de la banque* » pour poser pour la première fois un **principe de proportionnalité entre créancier et caution**.

Si certaines juridictions de fond ont refusé de se conformer à la position de la chambre commerciale, de nombreuses juridictions ont choisi de suivre la solution dégagée par la Cour de Cassation (par exemple : *Cour d'Appel de Paris*, 15<sup>ème</sup>, sect. B, 27 novembre 1998 *SARL SEDD c/ BICS et autres*).

Par un **arrêt de principe en date du 8 octobre 2002**, la chambre commerciale de la Cour de Cassation (Cass. Com., 8 octobre 2002, n°1573 FP-P, *Nahoum c/ Banque CGER France*) a **restreint considérablement la portée de l'arrêt *Macron* en jugeant la caution infondée à rechercher la faute de la banque**.

En l'espèce, des dirigeants (Président et Directeur Général) s'étaient portés caution solidaire des engagements de leur société à concurrence d'un montant de 3,5 millions d'euros. Poursuivies en exécution de leurs engagements, les cautions, en se fondant sur l'arrêt *Macron*, arguaient que la banque avait commis une faute en leur demandant un cautionnement sans rapport avec leurs ressources.

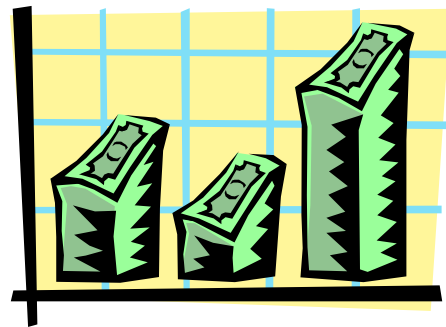
La Cour de Cassation a rejeté les moyens formulés par les cautions en considérant que celles-ci n'étaient pas fondées à rechercher la responsabilité de la banque qui ne connaissait pas les facultés financières des cautions.

*« Mais attendu que [etc...], qui n'ont jamais prétendu ni démontré que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, ne sont pas fondés à rechercher la responsabilité de cette banque [etc] ».*

Nous rappelons que cette solution doit être limitée au cas de caution professionnelle.

En effet, aux termes de l'article L. 313-10 du Code de la consommation :

*« Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres I<sup>er</sup> ou II du présent titre, conclu par **une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus**, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »*



## Droit fiscal

### Contrôle Fiscal et Contentieux : Réclamation portant sur des résultats déficitaires

La Loi de Finances pour 2003 a introduit une modification fort intéressante de l'article L. 190 du Livre des Procédures Fiscales (LPF).

Il est désormais possible, à l'issue d'un contrôle fiscal, d'introduire une réclamation contentieuse tendant à obtenir la réparation d'erreurs commises par l'administration, **alors même que les redressements notifiés n'ont pour effet que de réduire les déficits de l'entreprise.**

Nous rappelons qu'auparavant, il n'était possible d'introduire une réclamation devant le service des impôts (phase préalable obligatoire avant tout recours devant le Tribunal Administratif) qu'à compter de la mise en recouvrement du rôle ou de la notification d'un avis de mise en recouvrement (ou, le cas échéant, du versement de l'impôt contesté lorsque cet impôt n'a pas donné lieu à établissement d'un rôle ou à notification d'un avis de mise en recouvrement). Cette réclamation devait être introduite au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant cette mise en recouvrement ou ce versement d'impôt.

Ainsi, suite à un contrôle, les entreprises chroniquement déficitaires ou ayant d'importants reports déficitaires n'avaient ni la possibilité de contester les redressements opérés par l'inspecteur ni celle de faire valider leurs options fiscales devant le juge de l'impôt tant qu'aucun impôt n'était établi. Ces entreprises n'étaient autorisées à contester le motif du redressement qu'à compter du jour où elles redevenaient bénéficiaires et à nouveau en situation de devoir payer de l'impôt. Pendant toute cette période, les entreprises se trouvaient confrontées à une grande insécurité sur le plan fiscal (montant des reports déficitaires incertains, choix fiscaux non validés, etc.).

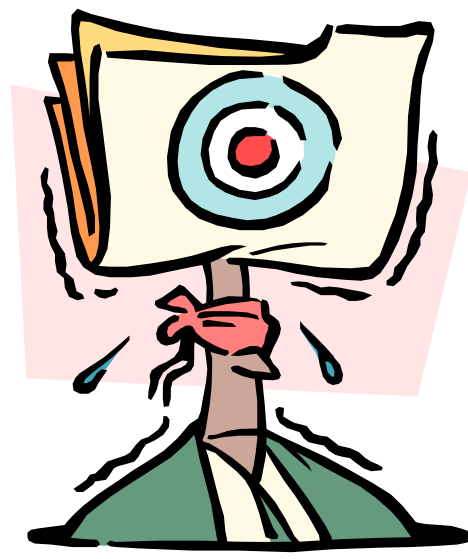
Désormais, en pratique, les entreprises vont pouvoir présenter leur réclamation dès la réception de la réponse de l'administration aux observations formulées à la suite de la notification des redressements. **Il ne s'agit là que d'une faculté offerte aux entreprises** qui conservent la possibilité de n'introduire leur réclamation qu'à compter de la mise en recouvrement du rôle ou de la notification d'un avis de mise en recouvrement. **Les entreprises restant en situation déficitaire à l'issue d'un contrôle devront donc s'interroger sur l'opportunité d'une telle démarche.**

### Taxe sur la Valeur Ajoutée : Dépenses de logement supportées au bénéfice des dirigeants ou du personnel

Afin de tirer les conséquences de la jurisprudence rendue par la Cour de Justice de la Communauté Européenne et par le Conseil d'Etat, un décret récent (décret 2002-1466 du 12/12/2002) modifie l'article 236 de l'annexe II au Code Général des Impôts (CGI). Dans son ancienne rédaction, cet article excluait du droit à déduction la TVA grevant les dépenses de logement, de restaurant, de réception et de spectacles quel qu'en soit le bénéficiaire.

Le nouveau texte confirme que seules demeurent exclues du droit à déduction les dépenses de logement supportées au bénéfice des dirigeants ou du personnel.

Ainsi, dès lors qu'elle est nécessaire à l'exploitation, la TVA afférent aux dépenses de restaurant, de réception ou de spectacles supportée au bénéfice des tiers (clients de l'entreprise), des dirigeants ou des salariés ouvre désormais droit à déduction dans les conditions habituelles. Pour ces dépenses, les règles applicables en matière de TVA sont donc désormais en harmonie avec celles applicables en matière de déduction des charges.



## Droit Social

### Le droit à « l'auto-licenciement » des salariés

A la suite de nombreux arrêts récents rendus par la Chambre sociale de la Cour de Cassation, certains auteurs ont pu évoquer un véritable droit à « l'auto-licenciement » des salariés.

Cette notion fait référence à une **situation dans laquelle un salarié arguant de divers manquements de son employeur dans le cadre des obligations découlant du contrat de travail** (non-règlement du salaire ou de ses accessoires, non-respect de la durée du travail, modification des éléments essentiels du contrat de travail...) **prend acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur**. Estimant que ce dernier a failli à ses obligations, le salarié peut décider alors de ne plus poursuivre la collaboration.

La question qui a été posée à la Chambre sociale de la Cour de Cassation était celle de **déterminer quelle est la partie qui doit être considérée comme étant l'auteur de la rupture des relations contractuelles**.

Les positions réciproques défendues ont été les suivantes :

- Certains employeurs, face à une telle situation, ont cru devoir estimer que le salarié devait être considéré comme étant démissionnaire de ses fonctions dès lors qu'aucune procédure de licenciement n'avait été mise en œuvre ;
- Les salariés ont argué pour leur part qu'il s'agissait d'un licenciement « *de fait* » impliquant que l'employeur assume toutes les conséquences financières qui s'y attachent (paiement des indemnités de départ et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse).

**C'est la deuxième position qui a été retenue par la Chambre sociale de la Cour de Cassation**, laquelle a récemment rendu plusieurs arrêts en la matière, les solutions dégagées ne pouvant qu'inciter les employeurs à se montrer extrêmement vigilants s'ils devaient se trouver confronter à un cas similaire.

Après avoir rappelé que **la démission ne se présume pas en droit du travail**, la Cour de Cassation invite en conséquence les employeurs à **initier une procédure de licenciement lorsqu'un salarié**, qui argue de manquements de son employeur, **cesse son activité**, et ce, indépendamment de la question du bien fondé des griefs allégués par le salarié.

*« En l'absence de volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner, il appartient à l'employeur, qui lui reproche un abandon de poste, de le licencier » (Cass. soc. 10 juillet 2002, Marchive c/ SCI Satem)* précisant lors d'un nouvel arrêt **« même si, en définitive, les griefs invoqués ne sont pas fondés »**

*(Cass. Soc. 26 septembre 2002, Mocka c/ Centre sportif de Boyardville).*

Ces solutions ont été critiquées, notamment en considération du fait qu'elles autorisent un salarié à bénéficier de l'assurance chômage alors même qu'il aurait quitté l'entreprise de son propre chef et pour des motifs non justifiés.

## Contentieux

### Actualité du mandat de gestion de portefeuille : évolutions jurisprudentielles sur le « ménage à trois »

La gestion de portefeuille<sup>1</sup> est une activité particulièrement encadrée, régie par le Code monétaire et financier et par le règlement général du Conseil des marchés financiers (« CMF ») (autorité appelée à se « fondre » avec la Commission des Opérations de Bourse (« COB ») pour créer l'« *Autorité des Marchés Financiers* ») selon le projet de loi de sécurité financière.

Il convient de rappeler notamment que le mandat de gestion doit être écrit<sup>2</sup> et mentionner au minimum les points suivants : les objectifs de la gestion, les catégories d'instruments financiers que peut comporter le portefeuille, les modalités d'information du mandant sur la gestion de son portefeuille, la durée, les modalités de reconduction et de résiliation, le mode de rémunération du mandataire.

Il convient de rappeler également que la gestion de portefeuille implique de la part du gérant un certain nombre d'obligations au rang desquelles figure l'obligation de conseil et d'information :

- lors de la conclusion du mandat (notamment, information sur l'objectif recherché, la situation financière du client et son expérience en matière d'investissement, avertissement voire mise en garde sur les risques...),
- lors de l'exécution de celui-ci (respect des termes du mandat et recherche de l'intérêt exclusif de ses clients, information sur les opérations effectuées...).

Enfin, la jurisprudence a développé et encadré les conditions de la responsabilité du gérant.

Le contrat de gestion se distingue donc radicalement du simple contrat de tenue de compte et, à fortiori, de l'ordre de bourse. Toutefois, même pour ces opérations simples, le prestataire de service d'investissement n'est pas dispensé de tout devoir de vigilance et d'information.

La situation juridique et l'étendue des responsabilités se complexifient lorsque l'activité de tenue de compte est confiée par un prestataire alors que la gestion de portefeuille relève d'un autre.

Cette relation triangulaire (client/gérant/teneur de compte) a fait l'objet de plusieurs décisions, notamment s'agissant de définir la responsabilité du teneur de compte en présence d'un gérant de portefeuille professionnel.

1. Aux termes d'une décision de la 1<sup>ère</sup> Chambre de la Cour d'Appel de Paris<sup>3</sup>, il a été jugé que la société de bourse (teneur de compte) ne pouvait être tenue responsable de la défaillance de la société de gestion dans l'exécution des ordres reçus, dès lors qu'il était établi que la société de bourse n'était pas informée du contenu des mandats de gestion et a fortiori qu'elle ne s'était pas immiscée dans l'exécution desdits mandats.

Cette décision a été rendue sur le fondement de l'article 2-4-4 du règlement général du Conseil des Bourses de Valeurs (« CBV »), applicable aux faits de l'espèce (remontant à 1993), qui prévoyait que « *la société de bourse n'a pas connaissance des termes du mandat qui lie le titulaire du compte à la société de gestion de portefeuille. Elle ne peut en aucun cas être tenue pour responsable de la non-conformité aux termes du mandat des ordres qu'elle reçoit et qu'elle exécute* ».

La solution devrait continuer de prévaloir aujourd'hui, par application de l'art. 3-3-4 du règlement général du CMF (s'étant substitué au règlement général CBV) qui dispose que « *lorsque le prestataire habilité teneur de compte est informé par son client que ce dernier a confié la gestion de son portefeuille dans le cadre du mandat, il lui fait remplir une attestation, signée du mandant et du mandataire, conforme à un modèle établi par une décision du conseil*<sup>4</sup>. **Le prestataire habilité n'est pas tenu d'avoir connaissance des termes du mandat** ».

Toutefois, ni les dispositions de cet article, ni le règlement COB n°96-02 et son instruction d'application relatifs aux prestataires de services d'investissement, modifiée en mai 2000, ni le règlement COB n°96-03 relatif aux règles de bonne conduite applicables aux services de gestion de portefeuille pour le compte de tiers n'ont envisagé la question de la responsabilité du teneur de compte en cas de non-respect des termes du mandat par le gérant de portefeuille.

Des commentateurs ont noté que la disparition de l'interdiction finale édictée par l'art. 2-4-4 du règlement général CBV laissait peut-être la porte ouverte à la mise en œuvre de l'obligation d'information du teneur de compte. Les juges pourraient en effet sanctionner alors le défaut de contrôle des ordres transmis aux termes du mandat.

En tout état de cause, la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, pas encore tranché cette question.

2. Le principe posé dans la décision évoquée ci-dessus a été repris par la 25<sup>ème</sup> Chambre de la Cour d'Appel de Paris<sup>5</sup>, étant précisé que cette décision concernait le même gestionnaire, la société Financière Ducas, société mise en liquidation judiciaire le 5 juillet 1994.

Aux termes de cette décision, la Cour d'Appel de Paris réaffirme avec force que les violations, par la société de gestion de portefeuille, des termes de son mandat de gestion, ne sauraient être imputées au teneur de compte qui n'assumait aucun rôle ni aucune responsabilité dans la gestion du portefeuille et n'était contractuellement tenu, en sa qualité d'intermédiaire teneur de compte, à aucune obligation à cet égard.

L'interprétation que fera la Cour de cassation des dispositions de l'article 3-3-4 du règlement général CMF pourrait toutefois revenir sur ce principe de « déresponsabilisation » des teneurs de compte sur l'adéquation entre les ordres reçus et les stipulations du mandat de gestion de portefeuille.

3. Le principe évoqué ci-dessus se rapporte aux cas où le gestionnaire de portefeuille est un professionnel agréé et non un simple particulier muni d'une procuration. Des solutions différentes semblent être retenues dans le cas où le gestionnaire n'est pas un professionnel agréé.

Certaines décisions des juges du fond ont en effet remis en cause le principe posé par l'article 3-3-4 du règlement général CMF en retenant la responsabilité du teneur de compte qui n'avait pas jugé utile d'avertir le mandant de la gestion hasardeuse du mandataire non-professionnel et cela, au titre de la violation du devoir de conseil, et non en application des dispositions du règlement général CMF<sup>6</sup>.

La responsabilité d'un teneur de compte a également été admise pour n'avoir pas conseillé au client qui gérait lui-même son compte, mais de façon désordonnée, de conclure une convention de gestion de portefeuille avec un gérant professionnel<sup>7</sup>.

Ces solutions semblent être retenues en raison notamment de l'absence présumée de compétence du gérant non-professionnel qui justifierait une obligation de surveillance des agissements de ce gérant par le prestataire teneur de compte.

En tout état de cause, il convient de rappeler que le teneur de compte serait exposé à voir sa responsabilité pénale engagée au titre de la complicité de violation du monopole de gestion pour compte de tiers s'il laissait intervenir de manière habituelle, en connaissance de cause, un tiers rémunéré dépourvu d'agrément.

---

1. La définition de cette activité vient d'être précisée par la Cour de justice européenne sur le fondement de la directive 93/22 sur les services d'investissement en valeur mobilière (CJCE, 5<sup>ème</sup> Ch, 21 nov. 2002, aff. C-356/00, Testa et et a. c/ Consob).

2. A noter toutefois que cette exigence formelle n'interdit pas de prouver par tous moyens l'existence d'un mandat de gestion (Cf. CA Paris, 15<sup>e</sup> ch., sect. B, 11 janvier 2002, *Bull. Joly Bourse* 2002, pour une illustration récente en matière de mandat de gestion tacite)

3. CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., sect. A, 10 décembre 2001, n° 2001/04092, *Bull Joly Bourse* 2002.

4. Décision n° 98-26 du CMF en l'occurrence.

5. CA Paris, 25<sup>e</sup> ch., sect. B, 13 septembre 2002, n°2000/20635, *Bull Joly Bourse* 2003.

6. CA Paris, 19 mars 1999.

7. CA Versailles, 21 septembre 1999, *Bull Joly Bourse* 2000.



## Audiovisuel / Multimédia

### Les pièges de la « cross-collateralization »

Il n'est pas rare de trouver dans les contrats d'édition ou de distribution internationale de films ou de jeux vidéo une clause, d'apparence anodine, dite de « cross-collateralization ». Si l'expression n'attire pas toujours l'attention du lecteur, elle constitue un point de négociation extrêmement important de ce type d'accords.

Il est à noter que l'expression est de plus en plus souvent utilisée, en France, dans le cadre de contrats soumis au droit français. La référence est alors souvent faite à la « cross-collatéralisation » des recettes ou à des recettes « cross-collatéralisées ». De ce point de vue, il est important de rappeler qu'en l'absence d'une définition dans le contrat, il n'est pas sûr que le juge français donne effet à cette mention, issue de la pratique des contrats internationaux. Mais l'importance prise par ces clauses dans la pratique contractuelle justifie cependant que l'on s'y attarde.

Les clauses dites de « cross-collateralization » (qui peut être traduite approximativement par « mise en garantie commune » ou « croisée ») s'appliquent lorsqu'un contrat prévoit une rémunération proportionnelle (royalties) due au delà d'un certain seuil de vente ou de recettes et/ou après déduction/amortissement de certains coûts (frais, publicité, etc.). La clause a pour effet de retarder fortement (et souvent de manière définitive) le paiement des royalties en permettant de compenser ou d'amortir entre eux les « gains » et les « pertes » issus de plusieurs contrats ou modes d'exploitation distincts. Quelques exemples tirés de la pratique permettent d'illustrer ces effets:

**1. Edition littéraire :** La clause de « cross-collatéralisation » est courante dans la pratique des contrats littéraires américains, où les auteurs sont le plus souvent payés par royalties calculées sur les recettes nettes de leurs ouvrages, c'est-à-dire après déduction par l'éditeur d'un certain nombre de frais (par contraste, elle est difficilement envisageable en France, où les auteurs sont en principe payés sur le prix public du livre). Prenons l'exemple d'un contrat conclu avec un auteur pour la publication de plusieurs livres, prévoyant une rémunération sur les recettes nettes (donc après déductions / amortissements de certains frais ou coûts). Les recettes issues de la vente de certains de ses livres dépassent les coûts et frais liés à ces livres et ouvrent dès lors droit à paiement de royalties. D'autres se vendent moins bien, et pour ces derniers le seuil des recettes ouvrant droit à royalties n'est pas atteint. En principe, l'auteur devrait pouvoir toucher des royalties sur les premiers, pas sur les seconds. L'effet de la clause de cross-collatéralisation est de permettre la compensation des pertes des seconds par les gains des premiers. Résultat :

l'auteur ne touchera rien, tant que les niveaux de vente globaux ne le permettront pas.

La clause peut également avoir des effets plus pervers : par exemple, elle peut s'appliquer aux avances sur royalties, et donc permettre à l'éditeur de demander un remboursement de ces avances lorsque les seuils de recettes (après cross-collatéralisation) ne sont pas atteints.

**2. Contrats musicaux :** La pratique est ici encore principalement américaine. Insérée dans les contrats musicaux, la clause signifie généralement que les déductions et seuils d'amortissement des différents contrats signés pour une même œuvre (contrat d'édition et contrat d'enregistrement le plus souvent) doivent être atteints et compensés avant paiement des royalties correspondantes. La clause constitue alors un piège redoutable, les contrats d'enregistrement donnant généralement lieu à des déductions plus importantes que les contrats d'édition.

**3. Distribution audiovisuelle :** Dans les contrats de distribution internationale de films, la clause permet de compenser les gains et les pertes de films différents et/ou de territoires différents et/ou de modes d'exploitation différents d'un film. Elle retarde ainsi d'autant le paiement des royalties dues aux producteurs.

#### • Conseils pratiques

Il convient donc d'être particulièrement vigilant face à ce type de clauses. Le piège le plus courant consiste, par exemple, dans un accord portant sur la distribution ou l'édition de plusieurs œuvres, à inclure une ou plusieurs œuvres dont on sait que la distribution sera difficile ou coûteuse (les déficits ou frais s'imputant sur les gains générés par les autres œuvres). De même, dans le secteur des jeux vidéos, les développeurs doivent être attentifs à la prise en compte de versions très différentes du jeu (PC, Mac, consoles) ou de produits dérivés : car un jeu vidéo peut atteindre des ventes élevées sous un format particulier et être « déficitaire » sous un autre format.

La meilleure méthode est alors de refuser la clause ou, si cela s'avère impossible, de limiter l'étendue de la cross-collatéralisation à un groupe de produits relativement homogènes ou à certaines exploitation ou certains territoires.

Enfin, la cross-collatéralisation peut être dissimulée sous un langage n'utilisant pas l'expression (par exemple : « *All works covered by this agreement or any other agreement between X and Y shall be considered one account and shall be accounted for jointly or collectively* »). Il convient donc d'être très attentif à la lecture des clauses de rémunération et des annexes de « recettes nettes ».

## Propriété intellectuelle

### Les mirages du domaine public

En propriété intellectuelle, l'expression « domaine public » désigne ces œuvres ou éléments qui ne font pas l'objet d'une protection particulière, et qui peuvent donc être utilisés ou exploités librement, sans autorisation ou sans paiement de redevances particulières.

Le domaine public est constitué principalement d'une part, par des éléments ne pouvant faire l'objet d'une protection quelconque (idées, concepts peu développés, événements historiques, certains textes officiels, etc.), et d'autre part, par des œuvres ou objets dont la durée de protection est expirée (« tombés dans le domaine public »).

Cette seconde catégorie présente un intérêt tout particulier. Compte tenu du renforcement général des droits de propriété intellectuelle et des coûts importants engendrés par l'acquisition de droits dans certaines industries, des entrepreneurs fondent une partie de leur activité sur la reprise d'éléments tombés dans le domaine public.

Cette tendance est particulièrement perceptible dans l'édition littéraire (notamment à la suite de l'entrée récente dans le domaine public d'auteurs « modernes » - Proust par exemple), mais également dans le cinéma et l'industrie du multimédia (utilisation d'œuvres, d'histoires ou d'images tombées dans le domaine public). On en trouve également des illustrations dans l'industrie du design (reprises de formes de bijoux, d'objets ou de meubles anciens par exemple).

L'économie ainsi réalisée est importante, et le fait d'être le premier sur le marché limite les inconvénients liés à la possibilité d'une « copie » par un concurrent (copie d'ailleurs passible de concurrence déloyale dans certaines circonstances).

Il faut cependant se montrer particulièrement vigilant, notamment lorsque l'œuvre ou l'objet en question sont présentés par un tiers (fabricant, bureau de recherche, designer) comme étant tombés dans le domaine public et librement exploitables. Nous donnerons plusieurs exemples d'erreurs communes et graves commises par certaines entreprises, issues de notre pratique professionnelle et d'exemples jurisprudentiels.

#### Exemple 1 : Catalogues libres de droits

Il existe dans certains secteurs (cinéma, musique, édition littéraire) des catalogues d'œuvres tombées dans le domaine public, généralement vendus au prix fort.

Il convient de se méfier de ces catalogues. La raison principale est qu'ils sont établis au regard d'une situation juridique dans un pays donné (les Etats-Unis pour les plus diffusés).

Or, le jeu des conventions internationales peut très bien aboutir à ce qu'une œuvre, tombée dans le domaine public aux Etats-Unis, soit encore protégée dans un autre pays.

La Convention de Berne, par exemple (principale convention internationale dans le domaine du droit d'auteur), instaure un principe général dit de traitement national, obligeant les Etats signataires à accorder aux œuvres en provenance d'un autre pays signataire la protection nationale. Une exception importante existe à ce principe, concernant la durée de protection : elle autorise les Etats signataires à ne pas accorder une protection aux œuvres d'origine étrangère plus longue que celle accordée sur leur territoire aux œuvres nationales.

En application de cette règle, certains producteurs de films ont considéré qu'il était possible d'exploiter en France des films tombés dans le domaine public, par exemple aux Etats-Unis ou dans un autre pays établissant à l'époque une protection plus courte que la loi française.

En l'espèce, certaines de ces œuvres ont été jugées néanmoins protégeables en France, en raison de leur sortie « simultanée » à l'époque au Canada ou dans un autre pays établissant une protection aussi longue que la protection française (et ce, en application de dispositions spécifiques de la Convention de Berne).

De même, en droit communautaire, le principe dit de non discrimination en fonction de la nationalité s'oppose au principe posé par la convention de Berne (ou toute autre convention dans ce domaine), et implique une protection en France des œuvres d'auteurs ressortissant d'un pays membre de l'Union Européenne équivalente à celle offerte aux auteurs français (en termes de durée par exemple).

A l'inverse, une œuvre tombée dans le domaine public en France peut très bien faire encore l'objet d'une protection à l'étranger, en application de la loi locale ou d'une convention internationale. L'exploitation internationale de l'œuvre pourra alors être difficile, voire impossible.

### Exemple 2 : Droits récemment expirés

Pour revenir à la France, la détermination de l'expiration des droits peut s'avérer difficile. Ainsi, peu de professionnels savent qu'à la durée normale de protection offerte par le droit d'auteur (désormais 70 ans après la mort de l'auteur ou du dernier des coauteurs), s'ajoute des « prorogations » (extensions) pour cause des deux guerres mondiales, qui peuvent selon l'auteur et la date de publication de l'œuvre, aboutir à une protection pour 78, 84, 108 ou 114 ans après la mort de l'auteur (depuis une décision du TGI de Paris du 27 juin 2001 dans l'affaire *Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) v. Société Editions Hazan*)!

Bien entendu, la détermination de la date d'expiration effective est quelquefois délicate et nécessite dans certaines hypothèses de véritables enquêtes (ne serait-ce que pour retrouver la date du décès de l'un des coauteurs, par exemple).

### Exemple 3 : Les copies d'objets anciens

Autre exemple délicat : les copies ou rééditions d'objets anciens.

Il convient de s'assurer dans cette hypothèse que la copie ou la réédition porte bien sur l'objet d'origine, et non pas sur une précédente réédition. En effet, ces rééditions peuvent quelquefois donner lieu à protection par le droit d'auteur ou à titre de dessin ou modèle déposé. La jurisprudence rappelle ainsi de manière constante que la reproduction d'une oeuvre tombée dans le domaine public est susceptible de protection par le droit d'auteur et / ou par le droit des dessins et modèles déposés dès lors qu'elle s'accompagne de variations, même très légères, dans la forme de l'objet (*Cass. civ. 13 fév. 1857, Ann. prop. ind. 1857, p. 33 ; Lyon 15 mai 1867, Ann. prop. ind. 1867, 356 ; Paris 11 mai 1987, PIBD 1987, III, 482*).

Les juges retiennent souvent une originalité résultant de la combinaison du ou des éléments du domaine public avec les variantes ou ajouts de l'auteur (*V. par exemple Cass. Com. 27 fév. 2001, Bootshop c. Rautureau, pourvoi 98-19101 ; Paris, 5 mars 1990 : PIBD 1990, III, 560, Paris 29 oct. 1986. - Paris 21 sept. 1989 : PIBD 1990, III, 32. - Paris 28 sept. 1989 : PIBD 1990, III, 153, etc.*)

Une société l'a récemment appris à ses dépens, en exploitant un modèle de scarabée égyptien, copie d'un modèle présenté au musée du Caire, mais sous une forme qui avait légèrement été adaptée (ajout de hiéroglyphes) et qui avait fait l'objet d'un dépôt par un tiers.

### Exemple 4 : Le dépôt de dessins ou de formes à titre de marques

Enfin, un élément tombé dans le domaine public peut quelquefois être protégé de nouveau par l'application d'un nouveau droit de propriété intellectuelle. L'hypothèse principale est celle du dépôt à titre de marque d'un dessin ou d'une forme tombés dans le domaine public. Malgré certaines limites inhérentes au droit des marques, cette protection peut aboutir en pratique à interdire l'exploitation du dessin ou du modèle.

Ainsi, certains studios de cinéma US se sont servis du droit des marques pour « protéger » certains personnages célèbres de dessins animés tombés dans le domaine public, et ont pu ainsi s'opposer à la commercialisation en Europe d'objets ou de cassettes de dessins animés les représentant.

Il convient de rappeler à ce propos que la protection par le droit des marques est virtuellement perpétuelle.

En conclusion, compte tenu des nombreux pièges liés à l'exploitation d'éléments présumés tombés dans le domaine public, il est indispensable de faire procéder à un audit juridique de cette protection.

## LES DEPARTEMENTS DU CABINET

- Le conseil en droit des sociétés et droit boursier

Acquisitions et fusions d'entreprises, audit juridique, propositions de montage juridique approprié, opérations de restructuration, introduction en bourse, opérations sur le « haut de bilan », augmentations de capital, capital risque, pacte d'actionnaires, apports partiels actifs, émissions de valeurs mobilières composées, plans de souscription ou d'achat d'actions (« stock-options »), joint ventures, groupements momentanés d'entreprises, management fees et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

- Le conseil en droit des affaires et contrats commerciaux

Distribution (produits matériels et logiciels), concession, franchise, agence commerciale, commissionnaire, VRP, relations clients/fournisseurs, conditions générales de vente et d'achat, prestations de services, partenariats, contrats de fabrication, de façonnage, de sous-traitance, cession et location-gérance de fonds de commerce, crédit et garanties, droit bancaire, consommation, marketing et publicité, concurrence (droit national et communautaire), marchés publics et privés.

- Le contentieux en droit des affaires, droit des sociétés et droit boursier

L'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, tels que visés ci-dessus, 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.

- Le conseil et le contentieux en droit social

Tant en conseil qu'en contentieux en matière collective (notamment : mise en place, fonctionnement, information et consultation des institutions représentatives du personnel, droit syndical, négociation avec les syndicats, relations avec les inspections du travail, les directions départementales du travail et les organismes de sécurité sociale, restructurations et licenciements collectifs, « loi sur les 35 heures », mise en place d'accords d'intéressement et de participation, grève) et en matière individuelle (notamment : contrats de travail, licenciement, transactions, représentation devant les juridictions prud'homales et sociales) ainsi qu'en droit de la sécurité sociale (redressements URSSAF, accidents du travail et maladies professionnelles) et en droit pénal du travail (prêt de main

d'œuvre illicite, travail dissimulé, délit d'entrave, réglementation relative à la durée du travail et en matière d'hygiène et de sécurité, accidents du travail).

- Le conseil et le contentieux en droit des nouvelles technologies et de la propriété intellectuelle

Tant en conseil qu'en 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), des télécommunications, ainsi qu'en propriété industrielle (brevets, marques, modèles).

- Le conseil et le contentieux en droit de l'audiovisuel et du multimédia

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.

- Le conseil et le contentieux en droit fiscal

Dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises, tant sur un plan national (IS, TVA, taxe professionnelle, etc.) que sur un plan international (flux transfrontaliers, application des traités internationaux etc.). Gestion courante des affaires fiscales. Opérations d'acquisition (audit pré-acquisition ou « due diligence »), de fusion et de restructuration. Contrôles fiscaux, contentieux devant le juge de l'impôt. En fiscalité individuelle, le cabinet intervient également en matière d'ingénierie patrimoniale.

### Un important réseau de correspondants étrangers

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  
[www.bersay-associes.com](http://www.bersay-associes.com)  
[cb@cabinet-bersay.com](mailto:cb@cabinet-bersay.com)

**BERSAY & ASSOCIES**  
Société d'Avocats

---

Notes