

LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 6

novembre 2002

Cette lettre traite de questions diverses susceptibles de vous intéresser.

Nous aborderons ainsi des questions d'actualité relatives à de récentes ou futures modifications législatives ou réglementaires, de nouvelles problématiques liées au contexte économique, et des questions juridiques que vous pourriez être amenés à rencontrer.

Nous espérons que vous la lirez avec intérêt.

N'hésitez pas à nous faire part de vos remarques et commentaires.

DANS CE NUMERO

DROIT DES SOCIETES / DROIT BOURSIER

Le cumul des mandats sociaux. 1

Acquisition de société à prix négatif. 5

DROIT SOCIAL

L'assouplissement des 35 heures. 6

CONTENTIEUX

Compensation et redressement ou liquidation judiciaire. 7

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Que faire en cas de contrefaçon ? 8

ITALIE

Nouveau régime juridique des sociétés de capitaux en Italie. 10

TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

L'archivage électronique des documents de l'entreprise. 12

INFORMATIONS PRATIQUES 14

Création d'un département fiscal

Pour répondre à une demande de beaucoup d'entre vous, nous avons le plaisir de vous informer de la création prochaine d'un département fiscal au sein du cabinet.

Un avocat fiscaliste très expérimenté exerçant dans un grand cabinet d'avocats parisien va nous rejoindre prochainement à cet effet.

Le cumul des mandats sociaux dans les sociétés anonymes

Les règles instituées par la loi NRE et révisées par la loi Houillon

Ainsi que nous l'avions exposé lors de notre lettre d'information de juillet 2002, la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (« loi NRE ») a renforcé le dispositif sur les cumuls de mandats sociaux dans les sociétés anonymes.

Les nouvelles règles de cumul de mandats posées par la loi NRE, vivement critiquées, ont été jugées trop rigides et pour certaines ambiguës.

La loi NRE prévoyait une période transitoire de dix-huit mois à partir de la publication de la loi pour permettre aux mandataires sociaux de se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions sur le cumul des mandats (**soit jusqu'au 16 novembre 2002**). A défaut, la sanction prévue était sévère puisque **les intéressés étaient réputés démissionnaires de tous leurs mandats**.

C'est dans ce contexte que la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 (« loi Houillon ») a été adoptée avec l'objectif d'assouplir les règles de cumul des mandats sociaux mises en œuvre par la loi NRE.

Suite page 2

La nouvelle loi a prorogé le délai de mise en conformité avec les nouvelles dispositions sur le cumul des mandats. Néanmoins, il subsiste toujours une certaine urgence puisque les règles instituées par la loi NRE et révisées par la loi Houillon sont applicables dans les deux mois de la publication de cette dernière. Ainsi, les dirigeants concernés sont tenus de se mettre en conformité avec les nouvelles règles **avant le 30 décembre 2002**.

Nous exposerons ci-dessous les règles de cumul des mandats instituées par la loi NRE ainsi que les modifications et innovations résultant de la loi Houillon.

• **Mandats d'administrateurs et de membres du Conseil de surveillance**

➤ Principe : cinq mandats de gestion

Une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes.

La loi Houillon apporte une précision essentielle aux termes de laquelle l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat.

Ainsi, le nouvel article L. 225-94 du Code de commerce *in fine* précise que « l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat ».

➤ Dérogations :

(i) Mandats de gestion dans les filiales contrôlées

Pour ce calcul des cinq mandats, ne sont pas retenus les mandats exercés dans les filiales contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce.

La loi Houillon étend cette dérogation aux sociétés cotées.

Rappelons que la notion de contrôle au sens de l'article L. 233-16 II du Code de commerce est défini comme suit :

« II - Le contrôle exclusif par une société résulte :
1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise,
2° Soit la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise.

La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40% des droits de vote et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise. (...) ».

(ii) Mandats de gestion dans les sociétés sœurs

La loi Houillon introduit une nouvelle dérogation. La nouvelle loi permet désormais de ne compter que pour un seul mandat, les mandats exercés dans les sociétés sœurs non cotées rattachées à la mère également non cotée si le nombre de mandats détenu n'excède pas cinq.

Ainsi, le nouvel article L.225-21¹, alinéa 3, du Code de commerce dispose « Pour l'application du présent article, les mandats d'administrateur des sociétés, dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et contrôlées au sens de l'article L. 225-16 par une même société, ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre n'excède pas cinq ».

• **Mandats de Directeur Général¹ ou de membre du directoire**

➤ Principe : un seul mandat.

Aux termes de l'article L.115-54-1, alinéa 1, du Code de commerce, tel qu'institué par la loi NRE : « Une personne physique ne peut exercer simultanément plus d'un mandat de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français ».

➤ Dérogations :

(i) Un deuxième mandat de direction est admis dans les sociétés contrôlées

Un deuxième mandat était déjà admis dans une société contrôlée. Cette dérogation est maintenue et étendue. En effet, désormais, une personne physique étant directeur général ou membre du directoire de la société mère pourra être simultanément directeur général, membre du directoire ou directeur général unique de la société contrôlée qu'elle soit cotée ou non.

Nouvel article L. 225-96 alinéa 2 du Code de commerce : « Pour l'application des articles L. 225-54-1 et L. 225-67¹, est autorisé l'exercice simultané de la direction générale par une personne physique dans une société et dans une autre société qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-16 ».

L'article L. 225-54-1, alinéa 2, nouveau dispose : « *un deuxième mandat de directeur général ou un mandat de membre du directoire ou de directeur général unique peut être exercé dans une société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la société dont il est directeur général* ».

- (ii) Un autre mandat de direction admis dans une société tierce

Une personne physique exerçant un mandat de direction dans une société peut également exercer un autre mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique dans une autre société dès lors que celle-ci n'est pas admise à la cote sur un marché réglementé. **Ce nouveau dispositif suppose qu'aucune des deux sociétés ne soit cotée.**

Ainsi, le nouvel article L. 225-54-1 alinéa 4 du Code de commerce dispose : « *Une personne physique exerçant un mandat de directeur général dans une société peut également exercer un mandat de directeur général, de membre du directoire ou de directeur général unique dans une société, dès lors que les titres de celle-ci ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé* ».

En conséquence, une même personne physique peut exercer, lorsque les conditions ci-dessus sont réunies, au maximum trois mandats exécutifs.

- **Le président du conseil d'administration**

Le nouvel article L. 225-21 alinéa 2, abroge la mention selon laquelle la dérogation de groupe « *n'est pas applicable au président du conseil d'administration* ».

Ainsi, le président du conseil d'administration bénéficie, comme tout administrateur, de la neutralisation des mandats dans les filiales du groupe. Les mandats exercés dans les filiales de la société où il exerce la présidence ne sont pas comptabilisés.

En conséquence, lorsque le président exerce également les fonctions de directeur général, un seul mandat est décompté. Il peut donc exercer quatre autres mandats dont deux de direction et deux autres mandats de gestion si les conditions sont réunies.

Le nouvel article L. 225-21 alinéa 2 est rédigé comme suit : « *Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L.233-16 par la société dont elle est administrateur.* »

- **Sociétés d'économie mixte, SICAV, sociétés d'assurance et établissement de crédits**

La loi Houillon a prévu un certain nombre de dérogations aux règles de cumul des mandats sociaux pour les mandats exercés au sein des sociétés d'économie mixte, des SICAV, des sociétés d'assurance et des établissements de crédits.

- **Délai de mise en conformité et sanction**

Au vu des nouvelles règles de cumul, les mandataires sociaux ont un délai supplémentaire de deux mois à compter de la publication de la loi soit jusqu'au 30 décembre 2002, pour se mettre en conformité avec les nouvelles dispositions.

A défaut de régularisation, la sanction reste la même que celle qui était prévue par la loi NRE, **les intéressés sont réputés démissionnaires d'office de tous leurs mandats.**

A Retenir :

- ⇒ *La loi Houillon étend aux sociétés cotées la neutralisation des mandats de gestion exercés dans les filiales contrôlées (dérogation au principe de cinq mandats de gestion maximum),*
 - ⇒ *Elle introduit une nouvelle dérogation en permettant de ne compter que pour un seul mandat, les mandats exercés dans les sociétés sœurs non cotées rattachées à la société mère non cotée dans la mesure où le nombre de mandats détenu n'excède pas cinq,*
 - ⇒ *Elle permet à un directeur général d'exercer simultanément un autre mandat de direction au sein d'une société contrôlée qu'elle soit cotée ou non,*
 - ⇒ *Elle précise qu'un seul mandat est décompté pour le directeur général également administrateur ou président,*
 - ⇒ *Le délai de régularisation est prorogé de deux mois, **soit le 30 décembre 2002,***
 - ⇒ *A défaut de mise en conformité avec les nouvelles dispositions les dirigeants sociaux seront considérés comme démissionnaires d'office.*
-

Tableau comparatif loi NRE/loi Houillon

| | loi NRE | | loi Houillon | |
|--|--|--|---|---|
| | Nombre maximal de mandat | Plafond global | Nombre maximal de mandat | Plafond global |
| <u>Mandats de gestion</u> : Administrateur, membre du Conseil de surveillance : | 5 (non compris les mandats exercés dans les sociétés non cotées contrôlées par une société où l'intéressé exerce un mandat de gestion) | 5 (non compris les mandats exercés dans les sociétés non cotées contrôlées par une société où l'intéressé exerce un mandat de gestion) | 5* (non compris les mandats exercés dans les sociétés non cotées contrôlées par une société où l'intéressé exerce un mandat de gestion) | 5 (non compris les mandats de gestion exercés dans les limites ci-contre des sociétés du même groupe)** |
| <u>Mandats de direction</u> : Directeur général, membre du directoire, directeur général unique | 1 (plus 1 dans une société du même groupe non-cotée) | | 2 dans des sociétés du même groupe, cotées ou non (plus 1 dans une société non cotée, sauf si l'intéressé a déjà un mandat de direction dans une société cotée) | |
| Délai de mise en conformité | 18 mois à compter de la promulgation de la loi soit le 16 novembre 2002. | | 2 mois à compter de la publication de la loi soit le 30 décembre 2002. | |

* les mandats de gestion exercés, dans la limite de cinq, dans les sociétés non cotées membres d'un groupe sont décomptés pour un seul mandat.

** l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat.

L'acquisition de société « à prix négatif »

Dernièrement, plusieurs sociétés ou entrepreneurs ont acheté une entreprise pour un « prix négatif », c'est-à-dire que non seulement ils n'ont payé leur acquisition que pour le prix de 1 euro symbolique, mais encore ils ont obtenu la recapitalisation préalable de la société achetée.

Cette « prime », parfois versée par le vendeur pour se débarrasser d'une filiale déficitaire, peut atteindre des montants très importants. Ainsi, un acquéreur a obtenu le versement d'un montant équivalent à cinq années de perte de la filiale achetée en plus de la remise à l'équilibre de la trésorerie de celle-ci.

Ce phénomène est donc une source de superbes opportunités pour des candidats repreneurs.

1. La motivation du vendeur

Ces opérations peuvent paraître de prime abord surprenantes, mais elles ne sont pas irrationnelles de la part du vendeur.

En effet, lorsqu'un groupe a une filiale déficitaire en France, ses possibilités d'actions sont limitées.

La fermeture amiable d'un établissement est coûteuse puisqu'elle implique un licenciement collectif onéreux, un climat social détérioré et d'autres coûts (bail commercial, location de matériel, etc...). Surtout, une telle fermeture est très dommageable médiatiquement et peut se heurter à des conflits sociaux (Marks & Spencer).

La déclaration de cessation des paiements (« dépôt de bilan ») entraîne des risques judiciaires et la détérioration de l'image, ce que de nombreux groupes ne peuvent envisager.

La restructuration de la filiale déficitaire n'est pas toujours plus aisée. Ainsi, la direction de Danone a probablement regretté le licenciement de quelques dizaines de salariés au vu du coût médiatique de cette action. Ce coût est d'autant plus important qu'il doit être rapproché des énormes investissements en communication d'un tel groupe, dont l'efficacité a été fortement réduite par l'impact médiatique du plan social, sans parler de l'effet psychologique négatif sur l'ensemble des salariés.

De ce fait, un groupe détenant une filiale déficitaire en France peut avoir intérêt à la céder pour un « prix négatif » plutôt que d'avoir à supporter les coûts financiers, sociaux et d'image d'une restructuration, dont le résultat est d'ailleurs par nature incertain.

2. Les procédés juridiques

Dans un tel cas, le vendeur cherchera à ce que la filiale cédée puisse subsister aussi longtemps que possible après la date de cession, aux fins que son image ne soit pas entachée et que sa responsabilité ne soit pas engagée.

En effet, en cas de déclaration de cessation de paiements d'une société, la responsabilité des dirigeants de celle-ci, voire parfois de sa maison mère, peut être recherchée.

De nombreux procédés juridiques ont été utilisés dans de telles opérations.

Il arrive parfois que le vendeur fasse un apport complémentaire en compte courant, juste avant la cession de la totalité des actions de la filiale qu'il détient, puis abandonne ce compte courant ou le cède à l'acquéreur pour un euro symbolique, le cas échéant avec clause de retour à meilleure fortune, pour tout ou partie de ce compte courant.

Par exemple, le vendeur fait un apport en compte courant complémentaire juste avant la cession des actions. Puis, il cède 100% des actions de la filiale pour 1 euro et vend, par un acte distinct, la totalité de son compte courant à l'acquéreur pour également 1 euro, en prévoyant qu'en cas de bénéfice futur, dans un délai de 3 à 5 ans, il récupérera tout ou partie du compte courant qu'il a ainsi cédé.

En pratique, le vendeur exige rarement le droit de récupérer la totalité du compte courant gracieusement transmis.

Le vendeur peut également incorporer son compte courant au capital de la filiale concernée avant de céder la totalité de ses actions pour un euro symbolique.

Une garantie d'actif et de passif est également négociée.

Le vendeur doit enfin s'assurer que l'acquéreur fera un bon usage de la trésorerie laissée dans la filiale cédée.

Le vendeur devra donc vérifier le sérieux de l'acquéreur et de son business-plan.

Il exigera parfois qu'un fonds d'investissement intervienne au côté de l'acquéreur, pour un investissement souvent symbolique (un pourcentage du prix d'acquisition, soit quelques centimes), aux fins qu'un contrôle soit exercé sur la saine gestion du repreneur.

« L'assouplissement » des 35 heures

Le projet de loi relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi présenté par le Gouvernement est actuellement examiné en seconde lecture par l'Assemblée Nationale. Il présente, dans son titre II, un volet « assouplissement des 35 heures ».

Ce projet prévoit principalement une unification et une simplification des heures supplémentaires.

Jusqu'à présent, le régime était en effet différent selon qu'il s'agissait des quatre premières heures supplémentaires (de 35 à 39 heures), dont la bonification est attribuée sous forme de repos en l'absence d'accord collectif prévoyant le contraire, et des quatre heures supplémentaires suivantes, pour lesquelles le principe d'une majoration salariale est reconnu.

Cette distinction serait supprimée et un seul régime serait créé pour les huit premières heures supplémentaires. Le principe de l'attribution de la bonification sous forme de repos en l'absence d'accord collectif serait inversé : c'est la majoration en salaire qui primerait à défaut d'accord.

Toutefois, la fixation du taux de majoration des heures supplémentaires serait renvoyée à un accord de branche étendu, un plancher de 10 % étant cependant prévu.

A défaut d'accord, les taux légaux s'appliqueraient, à savoir une majoration de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires et une majoration de 50 % pour les suivantes (article 2 du projet de loi).

Par ailleurs, le décret du 15 octobre 2002 porte le contingent annuel d'heures supplémentaires de 130 à 180 heures et ce, pendant 18 mois, un réexamen de ces dispositions réglementaires étant prévu le 1^{er} juillet 2004 au plus tard.

Cette augmentation permet aux entreprises de pratiquer un horaire effectif de 39 heures pendant 45 semaines par an.

En conclusion et dans l'immédiat, le projet de loi ne permet pas d'augmenter à 39 heures hebdomadaires la durée du temps de travail. Au mieux, les nouvelles dispositions permettront d'augmenter le nombre annuel d'heures supplémentaires et d'en diminuer le coût en fixant à la 181^{ème} heure (et non plus à la 131^{ème}) le seuil de déclenchement du repos compensateur de 100 %.

En tout état de cause, la durée légale du travail fixée à 35 heures par la loi du 19 janvier 2000 (article L 212-1 du Code du travail) n'est en aucun cas remise en cause par le projet de loi.



La compensation dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire

Il est assez fréquent qu'une société A détenant une créance à l'encontre d'une société B faisant l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire soit également débitrice de cette dernière.

Dans l'hypothèse où ces créances sont nées antérieurement au jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation, la société A tentera d'invoquer le mécanisme de la compensation pour diminuer les sommes dues à la société B, à hauteur du montant de la créance qu'elle détient sur celle-ci.

Toutefois, l'exercice de la compensation dans le cadre d'une procédure collective se heurte le plus souvent au principe de l'interdiction des paiements.

En effet, en application des dispositions de l'article L 621-24 du Code de commerce, le jugement d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement à ce jugement. Cette interdiction fait donc échec au mécanisme de la compensation.

Afin de contourner ce principe d'application stricte, le législateur et la jurisprudence ont aménagé des exceptions qu'il convient de rappeler brièvement.

1. Une première exception au principe de l'interdiction des paiements : les dettes connexes

L'article L 621-24 prévoit expressément une exception au principe en ce que l'interdiction des paiements postérieurement au jugement d'ouverture ne fait pas obstacle au paiement par compensation **de créances connexes**. Cette première exception a été adoptée dans un premier temps par la jurisprudence (Cass. com., 19 mars 1991, n° 89-17.083, Bull. civ. IV, n° 105) puis confirmée dans la loi du 10 juin 1994, complétant ainsi l'article L 621-24 du Code de commerce.

Toutefois, la notion de connexité n'a pas été définie par la loi. La jurisprudence l'a donc progressivement élargie en jugeant non seulement connexes des dettes issues d'un même contrat mais également des dettes issues d'un contrat cadre, à savoir une convention définissant entre débiteur et créancier le cadre du développement de leurs affaires, ou constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations (Cass. com., 5 avril 1994, n°92-13.989, Bull.civ.IV, n°142).

Deux conditions doivent cependant être respectées pour exercer la compensation de dettes connexes :

- la compensation intervenant après le jugement d'ouverture, la créance doit être régulièrement déclarée au passif de la société débitrice faute de quoi la compensation s'avèrera impossible,
- la créance doit impérativement être déclarée dans son intégralité et non pas seulement pour le solde obtenu après compensation.

2. Une seconde exception au principe : le jeu de la compensation légale

La jurisprudence a également précisé que la règle de l'interdiction des paiements, édictée par l'article L.621-24 du Code de commerce, ne pouvait empêcher le fonctionnement de la compensation légale, telle qu'elle résulte des dispositions de l'article 1290 du Code civil.

Plusieurs conditions doivent être réunies avant l'ouverture du redressement ou de la liquidation pour mettre en œuvre la compensation légale :

- les créances doivent être **réciproques** : chacune des parties doit impérativement être à la fois créancière et débitrice de l'autre,
- les créances doivent être **fongibles**, susceptibles de se remplacer l'une par l'autre : elles peuvent alors consister l'une et l'autre en une somme d'argent ou en des choses fongibles de la même espèce (article 1291 alinéa 1 du Code civil) ; à cet égard, il n'y a pas fongibilité lorsque les deux dettes sont libellées en monnaies différentes,
- les créances doivent être **liquides et certaines** : les deux dettes doivent être déterminées dans leur quotité, c'est à dire chiffrées, la compensation ne pouvant jouer pour une simple possibilité de créance¹, étant précisé qu'une simple erreur de facturation ne retirerait pas à la créance son caractère certain,
- les créances doivent être **exigibles** : la compensation ne peut pas être exercée tant que l'une des créances est litigieuse ou non échue, étant précisé toutefois que le terme de grâce ne fait pas obstacle à la compensation selon l'article 1292 du Code civil.

La partie qui invoque la compensation légale serait alors dispensée de déclarer sa créance dans le cadre de la procédure collective et ce, même en l'absence de tout lien de connexité entre les dettes réciproques (Cass. com., 21 janvier 1992, n° 90-13.548, Bull. civ. V, n° 391).

Il convient toutefois de noter que le créancier n'est jamais certain que sa dette réunisse toutes les conditions requises. Une déclaration de créance est donc préférable, quand bien même les conditions de la compensation légale seraient en apparence réunies.

D'une manière générale, il n'est pas inutile de rappeler que la déclaration de créance dans le cadre d'une procédure collective est la seule garantie donnée au créancier pour espérer recouvrer, si ce n'est la totalité, au moins une partie de sa créance.

En toute hypothèse, il lui est donc vivement conseillé de déclarer sa créance entre les mains du mandataire désigné à cet effet.

A cet égard, il convient également de rappeler que la déclaration doit être effectuée dans les deux mois qui suivent la publication du jugement d'ouverture au Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales (« *B.O.D.A.C.C* »).



Que faire en cas de contrefaçon ?

Le présent article a pour objet de présenter, de façon très schématique, les différentes mesures qu'une entreprise peut adopter en cas de contrefaçon.

En toute hypothèse, la stratégie à adopter doit être déterminée après consultation d'un avocat et/ou d'un conseil en propriété industrielle.

Après quelques notions générales sur l'action en contrefaçon (1), nous exposerons les procédures précédant l'exercice de l'action en contrefaçon (2).

1. Notions générales sur l'action en contrefaçon

La contrefaçon est une atteinte à un droit de propriété littéraire, artistique ou industrielle. Elle consiste généralement dans le fait d'avoir utilisé une oeuvre littéraire, un titre, un dessin ou un modèle, d'avoir reproduit, imité ou utilisé une marque ou fabriqué un objet breveté sans l'autorisation du titulaire du droit de propriété intellectuelle.

Les faits de contrefaçon sont susceptibles d'entraîner la responsabilité civile et la responsabilité pénale de leur auteur. Il en résulte que, suivant le choix de la victime, ils peuvent être poursuivis par la voie d'une action civile ou d'une action pénale. Une exception concerne les brevets, pour lesquels seule une action civile est ouverte.

La voie civile permet de retenir la responsabilité civile du contrefacteur sans avoir à apporter la preuve d'une connaissance, par le contrefacteur, du caractère contrefaisant de son acte (une telle preuve ne pouvant écarter le grief de contrefaçon au civil). Elle autorise la victime à joindre une action en concurrence déloyale à la procédure de contrefaçon (pour autant qu'elle peut invoquer des faits distincts de la contrefaçon). Elle permet également au juge de prononcer contre le contrefacteur une interdiction sous astreinte de poursuivre ses agissements.

La voie pénale facilite la réunion des preuves (par le recours à l'enquête publique) mais le poursuivant doit, en principe, établir la mauvaise foi (c'est-à-dire l'agissement en connaissance de cause) du prévenu. Elle autorise également des sanctions plus lourdes que la voie civile (fermeture d'entreprises contrefaisantes notamment).

Le choix entre ces deux voies dépend donc de la nature du dossier. La voie pénale est généralement préférée dans les cas de contrefaçon liés à des trafics ou réseaux délictueux (faux produits de marques par exemple).

2. Les procédures précédant l'exercice de l'action en contrefaçon

L'action en contrefaçon peut être précédée d'une mesure tendant à faire cesser la mise en circulation des produits contrefaits et à se préconstituer la preuve de la contrefaçon. Il s'agit d'une part, de la procédure de rétention en douane (A) et, d'autre part, de la saisie-contrefaçon (B).

A. La rétention en douane des marchandises

Cette procédure permet de faire arrêter par l'administration des douanes, lors de leur introduction en France ou dans l'Union européenne, les marchandises soupçonnées de contrefaçon de droit d'auteur, d'un dessin ou modèle déposé, d'une marque de fabrique ou d'un brevet. Il existe deux procédures, similaires dans leurs grandes lignes, mais qui présentent quelques différences de champ d'application et de procédure : l'une est prévue par des règlements communautaires, l'autre par le Code de la propriété intellectuelle. Nous décrivons brièvement la seconde (qui, à la différence de la procédure communautaire, ne couvre pas les brevets et ne permet que la retenue aux frontières nationales).

Cette procédure est assez simple à mettre en œuvre. La demande de retenue en douane doit être présentée par le titulaire du droit lésé (droit d'auteur, dessin ou modèle, marque). En cas de contrefaçon de marque, elle peut également être présentée par le licencié exclusif.

La demande doit être écrite et adressée à l'administration des Douanes. Elle peut être faite préalablement à l'entrée des marchandises arguées de contrefaçon sur le territoire français. Elle doit comporter un ensemble de renseignements, permettant notamment d'établir les droits du demandeur et d'identifier les marchandises à retenir.

La demande est valable un an, renouvelable par simple lettre adressée par le demandeur ou son mandataire.

Si la demande est acceptée, les services des douanes procèdent à la retenue des marchandises découvertes lors de leurs contrôles. Le procureur de la République, le demandeur ainsi que le déclarant ou le détenteur des marchandises sont informés sans délai par les services des douanes de la retenue effectuée.

Cette procédure de retenue en douane est destinée à permettre l'exercice d'une action judiciaire. En conséquence, le demandeur doit entreprendre une procédure parallèle en justice contre le responsable des marchandises, c'est-à-dire l'importateur.

Pour engager la procédure judiciaire, il peut obtenir de l'administration des douanes communication des noms et adresses de l'expéditeur, de l'importateur et du destinataire des marchandises retenues, ou de leur détenteur, ainsi que de leur quantité.

Le demandeur est tenu d'engager la procédure judiciaire dans le délai de dix jours ouvrables à compter de la notification de la retenue des marchandises. Il doit, dans ce délai, justifier auprès des services douaniers : soit de mesures conservatoires (saisies-contrefaçon) ; soit de s'être pourvu par la voie civile ou la voie correctionnelle et d'avoir constitué les garanties requises pour indemniser l'importateur ou le propriétaire des marchandises au cas où la contrefaçon ne serait pas ultérieurement retenue. A défaut, la mesure de retenue est levée de plein droit.

B. Les saisies-contrefaçon

Sous réserve des dispositions particulières concernant les brevets d'invention, la preuve de la contrefaçon doit être apportée par la victime de l'acte de contrefaçon.

Cette preuve peut être apportée par tous moyens (écrits, indices, témoignages...).

Les saisies-contrefaçon ne sont qu'un moyen de preuve parmi d'autres. Elles n'ont aucun caractère obligatoire, mais constituent la meilleure preuve de la contrefaçon en raison de la valeur attachée aux constatations d'huissier. Elles permettent également de pénétrer dans des locaux autrement inaccessibles d'un point de vue juridique sans l'autorisation de leur occupant ou propriétaire.

Il existe deux types de saisies-contrefaçon : les saisies descriptives et les saisies réelles.

La saisie descriptive consiste à faire dresser par huissier un procès-verbal constatant les atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle du demandeur. Ce procès-verbal peut s'accompagner de la saisie effective par l'huissier des différents objets utilisés en vue de la réalisation de la contrefaçon.

La saisie réelle entraîne la saisie effective de tous les objets contrefaits.

Pour simplifier, il existe deux types de procédures de saisie-contrefaçon : la procédure par requête au président du tribunal de grande instance et la procédure, spécifique au droit d'auteur, de saisie par le commissaire de police ou le juge d'instance.

- **La procédure sur requête au Président du tribunal de grande instance**

Elle consiste à requérir du Président du tribunal de grande instance (par ministère d'avocat et hors la présence du futur saisi) une ordonnance autorisant la victime de la contrefaçon à procéder à la description détaillée, avec ou sans saisie réelle, des objets ou instruments considérés comme contrefaisants. Elle est ouverte à ceux qui sont titulaires d'un brevet ou d'une demande de brevet, d'un droit d'auteur (outre la procédure spécifique décrite ci-dessous, et sous réserve des quelques règles spécifiques), d'un dessin ou modèle déposé, d'une marque ou d'une demande d'enregistrement de marque, ou d'un logiciel.

Le droit de demander une saisie-contrefaçon est réservé à ceux qui sont autorisés à exercer l'action en contrefaçon.

La requête est examinée immédiatement lors de sa présentation. Si la requête lui paraît justifiée, le Président du tribunal autorise le demandeur à faire procéder par huissier, soit à la saisie descriptive, soit à la saisie réelle des objets contrefaisants, dans les conditions définies par l'ordonnance.

La saisie-contrefaçon peut avoir lieu en tous lieux et entre toutes mains, selon les règles générales applicables aux opérations matérielles de saisies (horaires, droit de pénétrer dans les locaux privés, assistance de la force publique, etc.).

En raison de ses conséquences assez graves, le juge peut subordonner la saisie réelle à la constitution par le demandeur de garanties destinées à assurer l'indemnisation éventuelle du préjudice subi par le défendeur si l'action en contrefaçon est ultérieurement jugée non fondée.

Une fois la saisie effectuée, le saisissant dispose d'un délai de 15 jours (30 jours pour le droit d'auteur) pour engager l'action en contrefaçon. A défaut, la saisie-contrefaçon est nulle de plein droit et le saisi peut demander réparation du préjudice éventuellement subi du fait de cette saisie.

- **La procédure spécifique en matière de droit d'auteur**

En matière de droit d'auteur, une procédure spécifique, plus « expéditive », existe, permettant au titulaire d'un droit d'auteur de faire saisir par le commissaire de police ou le juge d'instance les exemplaires constituant une reproduction illicite de son oeuvre.

Cependant, cette procédure ne peut pas toujours être suivie et la saisie doit être ordonnée par le Président du tribunal de grande instance statuant sur requête si elle provoque le retard ou la suppression de représentations publiques annoncées ou en cours, la suspension de fabrication en cours, ou le blocage des recettes de toute représentation ou reproduction effectuée en violation des droits d'auteurs.

Le saisissant doit saisir la juridiction compétente au fond dans les trente jours du procès-verbal de la saisie par le commissaire de police.

Des dispositions particulières adaptent le régime prévu pour le droit d'auteur aux logiciels.



Le projet de réforme des sociétés de capitaux en Italie

A la suite de l'accord du Conseil des ministres italien du 30 septembre 2002, les projets de deux décrets législatifs relatifs à la réforme des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives sont aujourd'hui à l'étude devant le Parlement italien et devraient entrer en vigueur en 2003.

Outre la réforme des procédures afférentes aux litiges en droit des sociétés et en droit financier, le législateur italien modifie de façon importante les dispositions du code civil relatives aux sociétés cotées et non cotées. Afin d'accroître la compétitivité des entreprises italiennes, la réforme vise à simplifier leur régime et leur attribue une autonomie statutaire majeure.

De nombreuses innovations concernent notamment les sociétés anonymes (*società per azioni*), les sociétés à responsabilité limitée (*società a responsabilità limitata*), les sociétés coopératives (*società cooperativa*), ainsi que tous les actes fondamentaux de la vie des sociétés (comptes annuels, transformations, fusions, scissions, dissolution, protection des associés minoritaires, vie des groupes de sociétés, délits commis par les sociétés commerciales, etc.).

Parmi les innovations les plus remarquables afférentes aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée il convient de signaler les suivantes:

1. Sociétés Anonymes (« S.p.A. »)

S.p.A. unipersonnelle : Le projet de réforme prévoit la possibilité de constituer des S.p.A. avec un actionnaire unique. Aux termes du projet de décret législatif, l'actionnaire unique de la S.p.A. pourra à certaines conditions continuer à bénéficier d'une limitation de responsabilité.

Direction : La nouveauté la plus importante concerne certainement la révision radicale des règles relatives à la « governance » des S.p.A. Trois systèmes d'administration, dont deux institués par le projet de décret, pourraient désormais être adoptés :

- le système « traditionnel » déjà prévu par la législation actuelle fondé sur un conseil d'administration (*consiglio d'amministrazione*) ou un administrateur unique (*amministratore unico*) et sur un conseil de surveillance (*collegio sindacale*), ce dernier contrôlant l'activité du conseil d'administration et de l'assemblée des actionnaires,
- le système « dualiste », nouveau système basé sur un système d'administration et de contrôle fondé sur (i) un conseil de gestion (*consiglio di gestione*), qui administre la société sous sa propre responsabilité et (ii) un conseil de surveillance (*consiglio di sorveglianza*) qui désigne et révoque les membres du conseil de gestion, approuve les comptes annuels et engage les actions en responsabilité contre les membres du conseil de gestion,
- le système « moniste », nouveau système fondé sur : un conseil d'administration (*consiglio d'amministrazione*) dont les membres sont nommés par l'assemblée des actionnaires et qui a des fonctions administratives et un comité de contrôle de la gestion (*comitato per il controllo della gestione*) qui est un organe interne au conseil d'administration.

Pactes d'actionnaires. La réforme introduit pour la première fois dans le code civil italien la réglementation des pactes d'actionnaires des S.p.A. non cotées. Les nouvelles dispositions s'appliquent exclusivement aux pactes qui ont pour objet l'exercice du droit de vote, le transfert d'actions et l'exercice du pouvoir de contrôle de la société.

Emission des obligations. La réforme assouplit la procédure d'émission et atténue les limitations existantes à l'émission d'obligations par les S.p.A.

Capital social. Le capital social minimum de la S.p.A.

passé de € 100.000 à € 120.000. D'autre part, les actions pourront être émises sans indication de leur valeur nominale.

2. Sociétés à responsabilité limitée (« S.r.l. »)

S'agissant des S.r.l., la réforme simplifie cette structure et en assouplit le régime. Les innovations principales concernent :

Apports. Aux termes du décret législatif, pourront désormais être apportés à la S.r.l. tous les éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique. En outre, il convient de noter que :

- les associés pourront désormais faire des apports d'ouvrages et de services à la S.r.l.,
- lors de la constitution de la S.r.l., les fondateurs, au lieu de verser le dixième du capital, pourront apporter une police d'assurance ou une garantie bancaire de même valeur afin d'en assurer le versement,
- l'évaluation des apports en nature par un expert désigné par le tribunal n'est plus nécessaire. Désormais un rapport d'évaluation d'un expert inscrit sur la liste des commissaires aux comptes suffira.

Direction. Si l'administration de la S.r.l. est attribuée à un conseil d'administration, les statuts peuvent prévoir que ses membres pourront en exercer les fonctions de façon collégiale ou non. Si l'administration est exercée de façon collégiale, les décisions pourront être prises par consultation écrite, la tenue d'une réunion n'étant plus obligatoire. Enfin, la réforme prévoit, entre autres, la possibilité pour chaque associé d'engager une action sociale en responsabilité contre les administrateurs et de demander en justice la révocation provisoire des dirigeants en cas de graves irrégularités.

Emission d'obligations. Aux termes du projet de décret, les statuts peuvent prévoir la possibilité pour la S.r.l. d'émettre des obligations. Cependant, dans un souci de protection des intérêts des épargnants, le projet de réforme prévoit que les obligations pourront être souscrites exclusivement par des investisseurs qualifiés. En outre, en cas de transfert de ces obligations à des tiers, les souscripteurs devront fournir une garantie de solvabilité de la société.



L'archivage électronique des documents de l'entreprise

La mise en place progressive de systèmes de GED (Gestion Electronique de Documents) au sein des entreprises soulève de nombreux problèmes relatifs à l'archivage électronique des documents. D'un point de vue juridique, la mise en oeuvre de ces systèmes soulève deux séries de questions.

1^{ère} question : quelles sont les obligations d'archivage de l'entreprise ?

Il est difficile, voire dangereux, de proposer une liste exhaustive de toutes les obligations d'archivage de l'entreprise, présentant les délais minimum de conservation de tel ou tel document.

Les listes généralement proposées se fondent en effet sur des règles de prescription de telle ou telle action judiciaire ou extra-judiciaire (extinction du droit d'agir en vertu ou sur la base du document), et ne tiennent pas compte de l'intérêt d'une entreprise de conserver des documents pour d'autres motifs (statistiques, défense à d'éventuelles actions, preuve de l'origine des droits, etc.). En outre, le point de départ de la prescription peut varier suivant le type de document ou de règle en cause. La prudence invite donc à dépasser les délais minimum suggérés, autant que possible.

Le tableau ci-joint indique les délais minimums imposés par les pouvoirs publics ou par les règles de prescription applicables, au regard des principales catégories de documents de l'entreprise. Il faut cependant insister sur le fait que certains documents ou certaines situations spécifiques ne sont pas mentionnés dans cette liste (contrats internationaux, contrats de propriété intellectuelle, biens particuliers par exemple), qui peuvent nécessiter des délais de conservation plus longs.

| <i>Document</i> | Durée minimum de conservation |
|---|--|
| Documents concernant l'existence de l'entreprise | Toute la durée d'existence de l'entreprise + 30 ans à compter de la liquidation. |
| Actes de propriété immobilière | Perpétuelle |
| Contrats civils, contrats mixtes (entre un commerçant et un non commerçant) | 30 ans |
| Contrats commerciaux | 10 ans |
| Correspondance commerciale | 10 ans |
| Livre-journal, grand livre, livre d'inventaire | 10 ans à compter de la dernière opération enregistrée |
| Comptes annuels | 10 ans à compter de la date de clôture de l'exercice considéré. |
| Factures | 10 ans à compter de la date de clôture de l'exercice de comptabilisation (30 ans si le client ou le fournisseur est non commerçant). |
| Documents douaniers | 10 ans |
| Documents concernant les salaires et congés des salariés | 5 ans, mais nécessité de conserver le livre de paie pendant 10 ans. |
| Documents concernant santé et retraite des salariés | Aussi longtemps que possible. |
| Chèques et effets de commerce | 3 ans |

2^{ème} question : une conservation sous forme purement électronique satisfait-elle aux exigences légales ?

Une réponse globale à cette question est impossible, en l'absence d'une harmonisation des différentes branches du droit (droit comptable, fiscal, administratif, civil) sur ce point.

Il n'existe en effet aucune réglementation générale précisant les modalités de conservation des documents de l'entreprise.

Ainsi, dans le **domaine fiscal**, si l'archivage sur tout support des pièces justificatives est largement accepté, les pièces justificatives d'origine doivent être conservées pour les opérations ouvrant droit à déduction en matière de taxes sur le chiffre d'affaires.

Dans le **domaine comptable**, les livres et registres obligatoires doivent être conservés dans leur forme originale.

La situation est plus complexe dans le **domaine des actes juridiques (et donc des contrats)** :

De ce point de vue, on remarquera que l'effet de la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique est limité.

En matière civile, et sous réserve d'exceptions, la seule preuve recevable pour les contrats est la preuve littérale, donc écrite. En outre, dans le cas des contrats bilatéraux, cette preuve littérale doit prendre la forme d'un écrit signé par les deux parties.

La loi du 13 mars 2002 redéfinit la preuve littérale de manière à y inclure l'écrit sous forme électronique, et permet la mise en oeuvre de signatures électroniques considérées comme équivalentes aux signatures manuscrites.

Cependant, quid des simples copies électroniques de contrats signés (qui, par hypothèse, ne portent pas de signature électronique) ?

Leur preuve est en principe soumise à la production de l'original (sous forme écrite ou sous forme informatique conforme à la loi du 13 mars 2000).

Il faut cependant compter avec deux exceptions principales à l'exigence d'une preuve écrite :

- D'une part, il est de principe que la preuve est libre en matière commerciale. Ce qui signifie que les contrats commerciaux peuvent être prouvés par tous moyens : témoignages, indices, et donc, pourquoi pas, photocopies ou sorties d'imprimantes d'images numérisées du document. En cas de contentieux, il est probable que la production de ces derniers documents suffise à emporter la conviction du juge.

- D'autre part, l'article 1348 alinéa 2 du Code civil prévoit que l'écrit n'est plus exigé lorsque qu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Ce même article ajoute qu'est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support.

Les photocopies sont admises en tant que copies fidèles ou durables au sens de l'article 1348 al 2 du Code civil.

Cependant, une copie sur disque dur ou sur disquette pourrait ne pas satisfaire au critère de durabilité.

Par contraste, une reproduction sur des disques optiques de type WORM (*Write Once Read Many*), supports non réinscriptibles, peut sans doute être considérée comme fidèle ou durable.

Encore faut-il prendre toutes les précautions pour convaincre le juge de ces caractéristiques. C'est un des objets de la norme AFNOR NF Z 42-013, publiée par l'AFNOR le 20 juillet 1999.

Cette norme, intitulée « *Recommandations relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes* », vise à sécuriser et à fiabiliser les systèmes de GED, qu'ils soient utilisés dans l'entreprise ou externalisés. Elle fournit un ensemble de spécifications portant sur l'enregistrement, le stockage et la restitution de documents électroniques afin d'assurer la conservation et l'intégrité de ceux-ci. Elle prévoit notamment le stockage sur disque WORM des documents archivés.

Elle permet ainsi de s'assurer que les documents stockés pourront être considérés comme des représentations ou des copies fidèles des documents d'origine au sens de l'article 1348 du Code civil.

Sous ces conditions, et sous réserve des règles fiscales et comptables exigeant la conservation d'un original, il est possible de ne pas conserver la plupart des originaux papier.

INFORMATIONS PRATIQUES

Les départements du Cabinet

Le Cabinet comprend les cinq départements suivants :

- Le conseil en droit des sociétés et droit boursier

Le Cabinet intervient notamment dans les domaines suivants : 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

L'activité du Cabinet recouvre notamment les domaines suivants : 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'expérience du cabinet en la matière couvre 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

Le Cabinet intervient 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, marchandage, 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

Le Cabinet intervient, 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, des médias et de l'audiovisuel ainsi qu'en propriété industrielle (brevets, marques, dessins et modèles).

- Prochainement : Le conseil et le contentieux en droit fiscal

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

Télécopie : 33 (0)1 56 88 10 49

www.bersay-associes.com

cb@cabinet-bersay.com

BERSAY & ASSOCIES
Société d'Avocats

Notes