

## LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 20

Février 2008

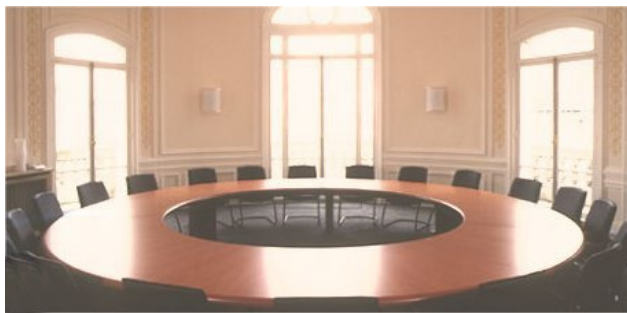
Nous avons le plaisir en ce début d'année, de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

Nous y aborderons des questions juridiques d'actualité ou liées à des problématiques que vous pourriez être amenés à rencontrer.

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

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

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



**BERSAY & ASSOCIES**  
Société d'Avocats

31, avenue Hoche  
75008 Paris

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

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

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

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

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

### DANS CE NUMERO :

#### **DROIT DES SOCIETES ..... 2**

L'AMF clarifie les conditions de réalisation des augmentations de capital par voie d'attribution gratuite de bons de souscription d'actions ..... 2

Un pacte d'actionnaires conclu pour la durée pendant laquelle les parties resteront actionnaires de la société est un pacte à durée indéterminée ..... 3

#### **DROIT SOCIAL..... 3**

Epargne salariale : décret d'application du 24 octobre 2007 ..... 3

Demande de résiliation judiciaire du contrat de travail suivie d'un licenciement ..... 4

#### **CONCURRENCE/DISTRIBUTION ..... 5**

Les apports de la loi Chatel en matière de distribution ..... 5

#### **PROPRIETE INTELLECTUELLE ..... 6**

Publication de la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon ..... 6

#### **NOUVELLES TECHNOLOGIES..... 7**

Responsabilité des hébergeurs de sites de partage : « Wikipedia », un hébergeur jugé non responsable..... 7

Les mesures de la loi Chatel relatives au secteur des communications électroniques..... 8

#### **LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET ..... 10**

*(suite page 2)*

## DROIT DES SOCIÉTÉS

### L'AMF clarifie les conditions de réalisation des augmentations de capital par voie d'attribution gratuite de bons de souscription d'actions

Les augmentations de capital par attribution gratuite aux actionnaires de bons de souscription d'actions (« BSA ») sont fréquemment utilisées dans la pratique et généralement préférées aux augmentations avec droit préférentiel de souscription (« DPS ») car elles permettent aux actionnaires de souscrire à une augmentation de capital dans les mêmes conditions que s'ils avaient un DPS, mais avec moins de contraintes. En effet, à côté du délai de centralisation plus court, les émissions de BSA échappent aux dispositions de l'article R. 225-120 du Code de commerce qui impose une obligation de publication au BALO quatorze jours au moins avant la date de clôture de la souscription. Les émissions avec BSA présentent donc l'avantage de pouvoir être finalisées plus rapidement.

L'Autorité des marchés financiers (« AMF ») a pu constater que les conditions de réalisation des opérations d'émission de BSA sont très hétérogènes. Certains émetteurs ont recours à des résolutions relatives à des augmentations sans DPS alors que d'autres utilisent des résolutions relatives à des augmentations de capital avec DPS. Ce qui a amené l'AMF à clarifier les conditions de réalisation des augmentations de capital par voie d'attribution gratuite de BSA (Position de l'AMF du 4 décembre 2007). Considérant que les émissions de BSA attribués gratuitement à tous les actionnaires et assortis d'une durée d'exercice courte sont le « succédané » des augmentations de capital avec DPS, l'AMF a décidé de leur appliquer le même régime juridique.

Aussi, pour les opérations d'augmentation de capital par voie d'attribution gratuite de BSA, il en résulte les conséquences suivantes :

1. Le prix d'exercice des BSA est librement fixé selon deux modalités possibles : soit en amont de l'opération avec un niveau de décote comparable à celui d'une émission avec DPS (et auquel cas les propositions de décotes anormalement élevées doivent être motivées, comme pour les opérations avec DPS), soit à l'issue de la période de placement, à la clôture du livre d'ordres (prix proche du cours de bourse).
2. Le délai de négociation et d'exercice à prix connu doit être au minimum identique à celui offert aux porteurs de DPS, c'est à dire de cinq jours.

3. Le succès de réalisation de l'augmentation de capital par émission de BSA de courte durée est conditionné à la souscription d'au moins 75% du montant de l'émission, ce qui a pour conséquence la nécessité de centraliser l'exercice des BSA afin de permettre le remboursement des souscripteurs en cas d'annulation.
4. L'exigence d'une garantie de réalisation formulée par le passé par l'AMF pour protéger les porteurs de DPS est aujourd'hui assouplie puisque les émetteurs disposent désormais du choix quant au recours ou non à une telle garantie, à condition d'assurer une information explicite et adéquate dans la note d'opération. Toutefois, une garantie (ou un engagement de souscription) continue à être exigée dans le cas où l'émetteur présenterait une déclaration sur le fonds de roulement assortie de réserves.

Cette prise de position de l'AMF contribue à unifier les conditions de réalisation d'augmentation par voie d'attribution gratuite de BSA en mettant un terme à l'utilisation pour ce type d'opération des conditions d'augmentation de capital sans DPS par certains émetteurs.

#### Communiqué de presse et position de l'AMF du 4 décembre 2007

[http://www.amf-france.org/documents/general/8053\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/8053_1.pdf)

## Un pacte d'actionnaires conclu pour la durée pendant laquelle les parties resteront actionnaires de la société est un pacte à durée indéterminée

(Cass. com. 6 novembre 2007, Société Compagnie générale de tourisme et d'hôtellerie c/ Société Compagnie méridionale de participation)

Faisant application d'un principe retenu en droit des contrats, la Cour de cassation a récemment jugé qu'un pacte d'actionnaires n'étant affecté par aucun terme, même incertain, celui-ci est conclu pour une durée indéterminée. En l'espèce, un pacte d'actionnaires prévoyait qu'il s'appliquerait aussi longtemps que les parties ou leurs substitués demeureraient ensemble actionnaires de la société.

Aux termes d'une décision rendue le 6 novembre 2007, la juridiction suprême a estimé que la perte de la qualité d'actionnaire, par l'une ou l'autre des parties à un pacte d'actionnaires, ne présentait aucun caractère de certitude, quand bien même l'une ou l'autre des parties pouvait à tout moment céder ses actions.

La Cour de cassation a conclu que le pacte en cause n'était affecté d'aucun terme et était donc conclu pour une durée indéterminée. Il pouvait, en conséquence, être résilié à tout moment par la volonté unilatérale d'une des parties.

Nous rappelons qu'en droit des contrats, un engagement est réputé être à durée déterminée seulement lorsque son terme est fixé par un événement certain.

La date de la réalisation de l'événement peut être inconnue, mais doit, dans tous les cas, être indépendante de la volonté des parties.<sup>1</sup>

Ainsi, la détermination du caractère certain ou incertain de l'événement qui déclenche l'extinction d'un engagement présente une grande importance en matière de contrats dans la mesure où un engagement à durée indéterminée peut être révoqué à la libre discrétion d'une des parties, sous réserve des conditions de préavis.

## DROIT SOCIAL

### Epargne salariale : décret d'application du 24 octobre 2007

Les trois apports majeurs du décret sont les suivants :

#### 1. Conditions de dépôt des accords ou règlements de PEE, PEI, PERCO (article R.444-1-1 du Code du travail)

- Le dépôt d'un accord d'intéressement, de participation, de répartition d'actions gratuites ou d'un règlement de plan d'épargne, ainsi que leurs avenants et leurs annexes, doit intervenir auprès de la Direction départementale du travail et de l'emploi (« DDTE ») dans les mêmes conditions que celles prévues pour les conventions et accords collectifs de travail (article R.132-1 du Code du travail), c'est-à-dire, notamment, en deux exemplaires dont une version sur support papier signée des parties et une version sur support électronique.

Toutefois, jusqu'au 25 octobre 2008, ces accords ou règlements peuvent être déposés en trois exemplaires sur support papier.

Ces modalités de dépôt sont également rendues applicables aux accords fixant la répartition entre les salariés des actions gratuites attribuées dans les conditions prévues aux articles L.225-197-1 à 3 du Code du commerce et pouvant être affectées au Plan d'Epargne d'Entreprise (« PEE ») à l'issue de la période d'acquisition.

- Les entreprises de moins de cinquante salariés ont la possibilité d'appliquer volontairement la participation par décision unilatérale de l'employeur prise sous certaines conditions (article L.442-15 du Code du travail).

Dans ce cas, la décision précisant les modalités de cet assujettissement unilatéral est déposée auprès de la DDTE avec le procès-verbal de la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

#### 2. Le livret d'entreprise (nouvel article R.441-1-3 du Code du travail)

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, dans les entreprises proposant un dispositif d'épargne salariale, un livret d'épargne salariale doit être remis au salarié lors de son embauche.

Le décret précise que le livret doit être établi sur tout support durable et remis à chaque salarié lors de la conclusion de son contrat de travail.

<sup>1</sup> Cass. soc., 28 octobre 1992, n° 89-45.500.

Le livret doit comporter un rappel des dispositifs d'épargne salariale :

- intéressement (article L.441-1 du Code du travail),
- participation (article L.442-1 du Code du travail),
- PEE (article L.443-1 du Code du travail),
- plan d'épargne interentreprises (article L.443-1-1 du Code du travail),
- plan d'épargne pour la retraite collectif (article L.443-1-2 du Code du travail).

Le livret est complété, le cas échéant :

- par une attestation indiquant la nature et le montant des droits liés à la réserve spéciale de participation ainsi que la date à laquelle seront répartis les éventuels droits à intéressement et à participation du salarié au titre de l'exercice en cours,
- lorsque le salarié quitte l'entreprise, par l'état récapitulatif de l'ensemble des sommes et valeurs mobilières épargnées ou transférées au sein de l'entreprise dans le cadre des dispositifs d'épargne salariale.

### 3. Plan d'épargne salariale et modification juridique de l'entreprise (nouvel article R.443-18 du Code du travail)

La loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie dispose qu'en cas de modification survenue dans la situation juridique d'une entreprise ayant mis en place un PEE, notamment par fusion, cession, absorption ou scission, rendant impossible la poursuite de l'ancien plan, les sommes qui y étaient affectées peuvent être transférées dans le plan d'épargne de la nouvelle entreprise, après information des représentants du personnel, dans les conditions prévues par décret.

Le décret du 27 octobre 2007 apporte des précisions sur ce sujet.

Ainsi, en cas de modification survenue dans la situation juridique d'une entreprise ayant mis en place un PEE (un Perco ou un plan d'épargne interentreprises), les signataires de l'accord (ou l'employeur si le plan n'a pas été mis en place en vertu d'un accord) peuvent décider de transférer les avoirs des salariés dans le plan d'épargne (Perco ou plan d'épargne interentreprises) de la nouvelle entreprise, si celui-ci comporte des organismes de placement collectif en valeurs mobilières dont les caractéristiques sont identiques à celles des organismes prévus dans le plan d'origine.

En cas d'impossibilité juridique de réunir les signataires initiaux, le transfert peut être mis en place par un accord avec le personnel ou avec le ou les comités d'entreprise concernés.

Lorsque le plan d'épargne salariale n'a pas été institué en vertu d'un accord avec le personnel, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, doivent être consultés sur le projet de transfert au moins quinze jours avant sa réalisation effective.

## Demande de résiliation judiciaire du contrat de travail suivie d'un licenciement

Par décision en date du 15 mai 2007, la Cour de cassation a jugé que « *lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service et que ce dernier le licencie, le juge doit rechercher si la demande était justifiée ; que si tel est le cas, il fixe la date de la rupture à la date d'envoi de la lettre de licenciement* » (Cass. Soc. 15 mai 2007, n°04-43.663).

Aussi :

1. le juge doit procéder à un examen chronologique des motifs invoqués.

Le juge doit donc, dans un premier temps, analyser le bien fondé de la demande du salarié en résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Deux hypothèses sont envisageables :

- si le juge estime la demande fondée, il prononcera la rupture du contrat aux torts de l'employeur. La rupture produira alors les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (s'agissant d'un motif personnel : Cass. Soc. 16 février 2005, n°02-46.649 et Cass. Soc. 15 mai 2007, n°04-43.663 ; s'agissant d'un motif économique : Cass. Soc. 21 juin 2006, n° de pourvoi 05-44.020) ;
  - ce n'est que si le juge estime la demande du salarié non fondée qu'il analysera les motifs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement.
2. en tout état de cause, la date de la rupture du contrat de travail est fixée à la date d'envoi de la lettre de licenciement, quand bien même l'action en résiliation judiciaire serait fondée.

Sur ce dernier point, l'arrêt apporte donc une dérogation à la règle selon laquelle le contrat est rompu à la date de la décision prononçant la résiliation du contrat (Cass. Soc. 11 janvier 2007, n° 05-40626).

## CONCURRENCE/DISTRIBUTION

### Les apports de la loi Chatel en matière de distribution

La loi n°2008-3 du 3 janvier 2008<sup>1</sup> pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite loi Chatel, prévoit un certain nombre de mesures importantes concernant les relations entre producteurs et distributeurs. Ces mesures consistent notamment à modifier le calcul du seuil de la revente à perte (1), à imposer une convention unique fixant les conditions auxquelles aboutit la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs (2) et à dépénaliser l'infraction de non-communication des conditions générales de vente (3).

#### 1. Modification du calcul du seuil de revente à perte

L'article L. 442-2 du Code de commerce, issu de la loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales du 1<sup>er</sup> juillet 1996 (loi Galland) prohibe, sous peine de sanction pénale, le fait pour tout commerçant de revendre à perte ou d'annoncer une revente à perte.

La revente à perte est définie comme la revente à un prix inférieur au prix d'achat effectif.

Une tendance à l'abaissement du « *prix d'achat effectif* », et donc du seuil à partir duquel un produit est considéré comme étant revendu à perte, a été initiée par la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 (loi Dutreil). Celle-ci avait abaissé le seuil de revente à perte grâce à l'imputation progressive dans son calcul des avantages financiers résultant des réductions de prix hors facture et de la coopération commerciale (marges arrière). Cette imputation était cependant limitée aux avantages financiers excédant un seuil de 20% pour 2006, et de 15% pour 2007.

La loi Chatel, dont l'objectif est la baisse des prix dans la grande distribution, s'inscrit dans cette tendance de réduction du seuil de revente à perte.

En effet, le prix d'achat effectif est désormais « *le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport* » (article L. 442-2 du Code de commerce). Le montant des avantages financiers intégrés dans le calcul du seuil de revente à perte n'est donc plus limité. Le seuil de revente à perte devient un prix unitaire trois fois net, permettant de prendre en compte l'intégralité des marges arrière.

#### 2. Obligation de fixer les conditions des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans une convention unique

La loi Chatel instaure l'obligation de matérialiser les résultats de la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs dans une convention unique, devant être conclue par écrit avant le 1<sup>er</sup> mars de chaque année ou, en cas de relation commerciale établie en cours d'année, dans les deux mois suivant la première commande. Cette convention peut prendre la forme d'un document unique, ou d'un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application (article L. 441-7 du Code de commerce).

Les opérateurs n'avaient jusqu'alors que l'obligation de relater, dans un contrat de coopération commerciale, les services rendus par les distributeurs afin de favoriser la commercialisation des produits ne relevant pas des obligations d'achat et de vente.

La nouvelle « *convention unique* » doit désormais inclure :

- les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale,
- les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente,
- les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services distincts de ceux visés ci-dessus.

En conséquence, la convention unique doit fixer tant les avantages consentis aux distributeurs au titre des conditions générales/particulières de vente, que les avantages consentis au titre de la coopération commerciale et des services distincts.

#### 3. Dépénalisation de l'infraction de non-communication des conditions générales de vente

La loi Chatel a écarté la sanction pénale pour le refus de communication des conditions générales de vente à toute personne qui en fait la demande. La sanction du manquement à cette obligation est désormais l'engagement de la responsabilité civile de tout opérateur ayant refusé une telle communication (article L. 442-6-I, 9° du Code de commerce).

<sup>1</sup> Loi n°2008-3 publiée au Journal Officiel du 4 janvier 2008

## PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

### Publication de la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon

La loi de lutte contre la contrefaçon, transposant la Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, instaure des dispositions relatives à la simplification des procédures (1), à l'obtention par les victimes de contrefacteurs d'informations concernant ce dernier (2) et au renforcement des sanctions (3).

#### 1. La simplification des procédures

La loi prévoit une procédure de poursuite des contrefacteurs désormais commune à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle à savoir les droits d'auteur, les logiciels, les marques, les dessins et modèles mais aussi les droits du producteur de bases de données pour lequel il n'existait aucune procédure en référé.

Cette harmonisation touche également la procédure de saisie-contrefaçon. En effet, (i) le délai de quinzaine pour agir au fond après la saisie-contrefaçon sera augmenté par décret, (ii) à défaut de respecter ce délai, la saisie réelle ou descriptive sera considérée comme étant nulle de plein droit et (iii) le recours à un expert est étendu à toutes les saisies à l'exception de la propriété littéraire et artistique.

Enfin, la loi prévoit que le contentieux de la propriété intellectuelle sera confié à certains tribunaux spécialisés dont la liste sera arrêtée par décret en Conseil d'Etat.

#### 2. Un droit d'information pour les victimes

La loi instaure au bénéfice de l'ensemble des titulaires de droits de propriété intellectuelle de nouvelles dispositions légales obligeant la juridiction qui se trouve saisie d'une procédure civile d'ordonner, si la demande lui en est faite, au besoin sous astreinte, la production, en cours de procédure ou à son issue, d'un ensemble de documents ou d'informations destinés à déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits contrefaisants.

Les documents ou informations recherchés portent sur (i) les nom et adresse des producteurs, fabricants, distributeurs, fournisseurs et autres détenteurs antérieurs des produits ou services, ainsi que des grossistes et des détaillants, de même que (ii) les quantités produites, commercialisées, livrées, reçues ou commandées.

#### 3. La réévaluation du montant des indemnisations

Traditionnellement, le montant des dommages et intérêts est calculé au regard du préjudice économique et moral subi, ce qui inclut les profits réalisés par le contrefacteur.

Or, la loi nouvelle autorise la juridiction saisie d'une procédure civile d'allouer à la partie lésée, si la demande lui en est faite, une somme forfaitaire prenant en compte les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée mais également les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire du fait de l'atteinte.

Ainsi, le juge pourra notamment prendre en compte dans l'indemnisation de la partie lésée le montant des redevances dont le contrefacteur aurait dû s'acquitter dans le cadre d'une licence. De même, il pourra condamner le contrefacteur à retirer du marché, à ses frais, l'ensemble des marchandises contrefaisantes.

Bien que la directive européenne relative aux mesures pénales (n°COD/2005/0127) venant harmoniser les peines encourues par les contrefacteurs soit toujours attendue, cette nouvelle « brique » législative a le mérite de donner aux pratiques antérieures et à la jurisprudence courante un fondement textuel légal clair.

Cette nouvelle loi devrait inciter les victimes de contrefaçons transfrontalières à choisir les juridictions françaises en raison de l'efficacité et du faible coût de la procédure mais également et surtout du fait de la révision à la hausse du montant des dommages et intérêts qui leur seraient alloués.

## NOUVELLES TECHNOLOGIES

### Responsabilité des hébergeurs de sites de partage : « Wikipedia », un hébergeur jugé non responsable

Après les sites Internet de partage que sont « Daily Motion » et « MySpace », c'est au tour de la célèbre encyclopédie en ligne, gratuite et collective « Wikipedia » d'être assignée devant les tribunaux français.

Propriété de la Fondation américaine Wikimedia, l'encyclopédie « Wikipedia » est entièrement rédigée et actualisée par la communauté des internautes. Elle évolue ainsi au rythme des contributions d'internautes, identifiés par leur adresse IP.

L'affaire « Wikipedia » illustre la confrontation entre la liberté d'expression des internautes, par leur faculté de mettre en ligne un contenu, et le respect des droits d'autrui sur Internet. Ainsi, s'est posée la question de la responsabilité d'un hébergeur de site de partage à l'égard d'articles diffamants et/ou insultants rédigés et mis en ligne par des internautes.

En l'espèce, un internaute avait mis en ligne sur cette encyclopédie un article révélant notamment l'orientation sexuelle de trois personnes.

L'identité de l'internaute à l'origine de cet article étant inconnue, la Fondation Wikimedia a été assignée en référé pour diffamation, retrait du texte dans l'historique du site Wikipedia et atteinte à la vie privée.

Les requérants demandaient notamment 60.000 euros à titre de provision sur dommages et intérêts et la communication des coordonnées exactes de l'internaute à l'origine de l'article litigieux.

Par ordonnance de référé en date du 29 octobre 2007, le Président du Tribunal de grande instance de Paris a débouté les requérants de l'ensemble de leurs demandes.

Le Tribunal de grande instance a rappelé qu'aux termes de l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004, Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (dite « LCEN ») :

*« les prestataires d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des informations qu'ils stockent s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ».*

Par ailleurs, le Tribunal a relevé que l'article 6.I.5 de la LCEN dispose que la connaissance du fait litigieux est présumée lorsque l'ensemble des éléments nécessaires à la parfaite information du prestataire d'hébergement lui a été notifié, à savoir (i) la description des faits litigieux et leur localisation précise, (ii) les motifs au vu desquels le contenu doit être retiré, incluant la mention des dispositions légales et (iii) les justifications de fait.

Sans ces éléments, l'hébergeur ne peut ni s'assurer du caractère sérieux de la demande de retrait, ni procéder rapidement au retrait d'un contenu litigieux, pour peu que celui-ci ne lui apparaisse manifestement illicite.

Or, en l'espèce, ces principaux éléments n'avaient pas été indiqués par les demandeurs qui, de surcroît, n'avaient pas rapporté la preuve certaine de la réception de la notification par la Fondation Wikimedia.

Dans ces conditions, n'étant pas réputée avoir eu connaissance du caractère illicite de l'article en cause, la Fondation Wikimedia n'était donc pas obligée de supprimer les mentions litigieuses.

Ainsi, à la différence des affaires « Daily Motion » (TGI Paris, 13 juillet 2007) et « MySpace » (TGI Paris, 22 juin 2007), le régime de la responsabilité juridique des hébergeurs a été apprécié non pas sous l'angle de la nature de l'activité du site Internet litigieux (sites de partage) mais au regard du respect par les demandeurs de la procédure de notification envers l'hébergeur.

S'agissant du retrait des propos litigieux, le Tribunal a constaté que les passages litigieux ayant été supprimés le jour de l'instance, la demande de retrait de l'historique du site Wikipedia n'avait plus d'objet.

Enfin, se fondant sur la qualité d'hébergeur de la Fondation Wikimedia, les demandeurs ont sollicité du Tribunal de grande instance de Paris que leur soit communiquée l'identité exacte de l'internaute.

En réponse, la Fondation Wikimedia avait soutenu que les demandeurs disposaient déjà de plusieurs données telles que l'adresse IP du rédacteur correspondant à l'ordinateur personnel utilisé et que seul le fournisseur d'accès était en mesure de communiquer les données permettant d'identifier précisément l'utilisateur.

Or, sur ce point, le Président du Tribunal de grande instance de Paris s'est contenté d'indiquer, sans en tirer les conséquences, qu'il n'était pas contestable que le fournisseur d'accès pouvait procéder à cette identification et qu'il n'était pas démontré que la Fondation Wikimedia disposait d'autres données d'identification.

Il conviendra de patienter pour obtenir la solution de cette affaire au fond et ainsi mieux cerner le régime juridique applicable aux hébergeurs de sites Internet de partage.

## Les mesures de la loi Chatel relatives au secteur des communications électroniques

La loi n°2008-3 du 3 janvier 2008<sup>1</sup> pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (Loi Chatel), prévoit de nouvelles mesures en faveur du consommateur.

Les nouvelles dispositions concernent notamment les contrats de communications électroniques conclus avec un consommateur (personne physique), agissant ou non à des fins professionnelles. Elles entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2008 et seront applicables aux contrats en cours.

### ➤ **Gratuité du temps d'attente en cas d'appel aux services après-vente, réclamations et assistance des opérateurs et accès à ces services par des numéros non surtaxés**

Le temps d'attente, entendu comme le temps qui s'écoule avant la mise en relation avec une personne assurant le traitement effectif de la demande sera gratuit pour tous les appels passés (depuis le territoire national mais non de l'étranger) par un consommateur vers les services après-vente, les services de réclamations, les services d'assistance technique de son opérateur et émanant de la boucle locale de ce même opérateur.

Un amendement de l'Assemblée nationale visant à étendre cette disposition à tous les numéros surtaxés (utilisés par les services publics, les entreprises de commerce en ligne, les banques) n'a pas été retenu par le Sénat.

L'accès à ces services devra également être rendu possible par des numéros d'appel non surtaxés.

La liste des numéros pouvant être surtaxés devra être identifiée par l'ARCEP (nouvel article L. 121-84-5 du code de la consommation).

### ➤ **Extension de la gratuité des numéros « gratuits » aux mobiles**

La gratuité d'accès aux numéros présentés comme gratuits (numéros verts, numéros azur) jusqu'ici réelle seulement s'ils sont appelés à partir des réseaux fixes, est étendue aux appels émis à partir des réseaux mobiles (nouvel article L. 121-84-8 du Code de la consommation).

A cet effet, une offre d'interconnexion spécifique permettant l'acheminement de l'appel vers l'opérateur exploitant le numéro gratuit devra être proposée par les opérateurs mobiles à un tarif raisonnable (article L.34-8-2 du Code des postes et communications électroniques).

### ➤ **Services de renseignements : interdiction de surtaxer l'appel et obligation d'annoncer le prix de la mise en relation**

Les opérateurs mobiles ne pourront plus appliquer à un appel vers les services de renseignements un tarif autre que celui d'une communication nationale : cette disposition (nouvel article L.181-84-9 du code de la consommation) devrait mettre fin à la pratique de certains opérateurs mobiles consistant à surtaxer le prix de l'acheminement vers ces services et conduire à inclure les appels concernés dans les forfaits.

Les fournisseurs de renseignements téléphoniques qui proposent aux utilisateurs dans leur service de les mettre en relation avec le numéro demandé devront préalablement à la mise en relation informer le consommateur du tarif de cette prestation et recueillir son acceptation (nouvel article L.181-84-10 du Code de la consommation).

### ➤ **Conditions de sortie des contrats**

- **Restitution des dépôts de garantie et sommes versées d'avance** : le professionnel devra effectuer le remboursement des dépôts de garantie, dès le retour de l'objet garanti – et dans les 10 jours suivant le paiement de la dernière facture. Les sommes payées d'avance sur consommation devront être restituée dans les 10 jours suivant le paiement de la dernière facture. En cas de non-respect, une sanction civile s'applique à l'opérateur (nouvel article L. 121-84-1 du Code de la consommation),
- **Préavis de résiliation** : il sera limité désormais à dix jours à compter de la réception par le fournisseur de service de la demande de résiliation du consommateur (sauf si le consommateur a demandé à ce que la résiliation prenne effet ultérieurement (nouvel article L. 121-84-2 du Code de la consommation).

### ➤ **Mention obligatoire sur les factures de la date de fin du contrat**

La mention sur les factures de la durée du contrat restant à courir et de la date de fin de contrat est rendue obligatoire (nouvel article L. 121-84-3 du Code de la consommation).

### ➤ **Accord exprès du consommateur pour la poursuite payante de services initialement gratuits**

Il s'agit d'imposer à l'opérateur de demander une confirmation de l'accord du client pour la fourniture des services ou options testés gratuitement (nouvel article L.121-84-4 du Code de la consommation).

<sup>1</sup> Loi n°2008-3 publiée au Journal Officiel du 4 janvier 2008.

➤ **Durée d'exécution et conditions de sortie des contrats**

Un opérateur ne pourra plus subordonner la conclusion ou la modification d'un contrat à une durée minimale de plus de vingt-quatre mois.

Tout opérateur qui fait une offre de fourniture de services de communications de plus de douze mois, devra également :

- proposer, simultanément, la même offre, à des conditions non disqualifiantes, avec une durée d'engagement n'excédant pas douze mois ;
- offrir une possibilité de résiliation anticipée du contrat à compter du treizième mois : dans ce cas, les pénalités exigibles sont plafonnées au quart du montant dû au titre de la fraction non échue de la période d'exécution minimum du contrat.

L'opérateur ne peut facturer que les frais correspondant aux coûts qu'il a effectivement supportés au titre de la résiliation et ceux-ci ne sont exigibles que s'ils ont été explicitement prévus dans le contrat et dûment justifiés (nouveaux articles L. 121-84-6 et L. 121-84-7 du Code de la consommation).

➤ **Possibilité de désigner des opérateurs de service universel distincts pour fournir le service d'annuaire et le service de renseignement**

Ces deux composantes du service universel devaient jusqu'à présent être assurées par le même opérateur. Désormais les appels à candidatures pour désigner les entreprises chargées de chacune de ces composantes seront distincts (article L.35-2 du CPCE).

➤ **Contrôle**

Les infractions aux nouvelles règles (restitution des avances, préavis de résiliation, gratuité des temps d'attente sur la boucle locale de l'opérateur et services après vente accessibles par des numéros non surtaxés) sont recherchées et constatées par la DGCCRF.

➤ **Champ d'application du Code de la consommation**

A l'initiative du sénat, la section du Code de la consommation consacrée aux communications électroniques protège désormais le consommateur, qu'il agisse ou non à des fins professionnelles.

### LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET

#### • FUSIONS ET ACQUISITIONS

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

#### • CAPITAL INVESTISSEMENT ET LBO

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

#### • DROIT DES SOCIETES

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

#### • DROIT BOURSIER

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

#### • BANQUE ET FINANCE

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

#### • CONTRATS COMMERCIAUX / DROIT ECONOMIQUE

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

#### • DROIT SOCIAL

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

#### • CONTENTIEUX / ARBITRAGE INTERNATIONAL

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

#### • DROIT IMMOBILIER

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

#### • PROCEDURES COLLECTIVES

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

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

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

#### • INFORMATIQUE

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

#### • COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

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

#### • INTERNET

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

#### • MEDIA

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

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

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

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

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

#### • PROPRIETE INDUSTRIELLE

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

#### UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS

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

#### ISO 9001

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

31, avenue Hoche  
75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00

Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

Téléphone : 33 (0)5 62 26 20 79

Télécopie : 33 (0)5 62 26 08 34

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