

## LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 19

Mars 2007

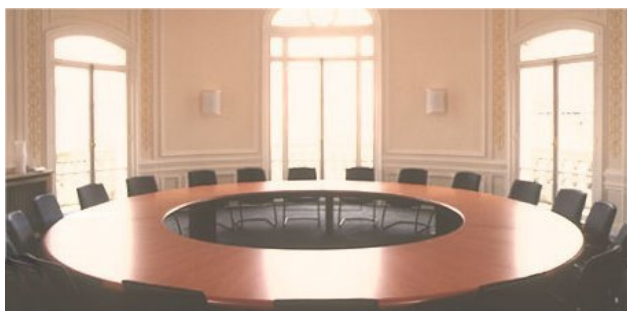
Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

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

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

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

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



**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-associes.com  
contact@bersay-associes.com

### DANS CE NUMERO :

#### **DROIT BOURSIER..... 2**

L'OPA sur la Compagnie européenne de casinos : une OPA hostile peut trouver un dénouement par une cession de titres sur le marché.....2

L'expert indépendant : un nouvel acteur des OPA.....2

#### **DROIT DES SOCIETES..... 3**

Brèves : Décret 2006-1566 du 11 décembre 2006 (le « Décret »)....3

#### **DROIT SOCIAL..... 4**

Le tabac dans l'entreprise.....4

#### **CONCURRENCE/DISTRIBUTION ..... 6**

La Commission européenne adopte une nouvelle communication sur la clémence.....6

Une limitation du commerce parallèle n'est pas nécessairement une restriction de concurrence.....6

#### **PROPRIETE INTELLECTUELLE..... 7**

La parodie de marque doit être appréciée au regard du droit commun de la responsabilité civile.....7

Formalisme de la cession des droits d'auteur : la Cour de cassation en faveur d'un assouplissement de la protection accordée aux auteurs .....8

#### **DROIT DE L'AUDIOVISUEL..... 8**

Commission images de la diversité (Décret n°2007-181 du 9 février 2007).....8

#### **DROIT IMMOBILIER..... 9**

Actualité jurisprudentielle .....9

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

*(suite page 2)*

## DROIT BOURSIER

### L'OPA sur la Compagnie européenne de casinos : une OPA hostile peut trouver un dénouement par une cession de titres sur le marché

Pour la première fois, une OPA opposant deux candidats repreneurs concurrents a trouvé une issue non pas par un apport des titres de la cible à l'un des protagonistes mais par leur cession sur le marché.

La société Accor Casinos (« Accor Casinos ») avait lancé une OPA sur les titres de la société Compagnie Européenne de Casinos (« CEC »), en prenant le soin d'obtenir au préalable un engagement d'apport des titres des actionnaires fondateurs (« consorts Der Krikorian »). Conformément aux exigences des autorités de marché, cet engagement devenait caduc en cas d'offre concurrente. Toutefois, en cas d'apport de leurs actions à une telle offre concurrente, les consorts Der Krikorian s'obligeaient contractuellement à verser une « indemnisation » à Accor Casinos.

Suite à l'offre concurrente de la société Groupe Partouche (« Groupe Partouche »), Accor Casinos contre-attaquait par une surenchère, indiquant à cette occasion que l'engagement d'apport des consorts Der Krikorian était devenu caduc.

Au lieu d'apporter leurs titres à l'un des protagonistes, les consorts Der Krikorian ont alors donné instruction à leur intermédiaire financier de les « céder sur le marché », sans autre précision que le prix de cession.

Cette cession est intervenue au profit de Groupe Partouche par le biais d'une application, définie par la réglementation en vigueur comme « la production et l'exécution simultanées, au même cours, par un seul membre des Marchés de titres d'Euronext, de deux ordres client de sens opposés pour la même quantité d'un titre donné ».

Suite à l'échec d'Accor Casinos, deux procédures sont intervenues, dans chacune desquelles les consorts Der Krikorian étaient représentés par Bersay & Associés :

1. La commission des sanctions de l'AMF avait à se prononcer sur les conditions de la cession d'actions, via une application, par les consorts Der Krikorian au profit de Groupe Partouche, en période d'OPA concurrentes.

Le Collège de l'AMF considérait en effet que la cession via une application d'un bloc de titres conférant la majorité du capital à Groupe Partouche ne permettait pas à Accor Casinos de s'en porter acquéreur et constituait donc une entrave au principe du libre jeu des offres et de leurs surenchères.

Faisant preuve de sa totale indépendance, la commission des sanctions a considéré, par une décision en date du 15 septembre 2006, que cette opération ne constituait pas un manquement au principe du libre jeu des offres et de leurs surenchères ni de la part des consorts Der Krikorian, ni de la part de Groupe Partouche. Les consorts Der Krikorian ont donc été mis totalement hors de cause.

2. La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 21 décembre 2006, a pour sa part confirmé le jugement de première instance, déboutant Accor Casinos de l'intégralité de ses demandes, principalement au titre du paiement de la clause d'indemnisation.

La Cour a en effet considéré que la cession sur le marché, même via une application, ne pouvait être assimilée à un « apport déguisé », comme le prétendait Accor Casinos. Dès lors, en l'absence d'apport, la clause d'indemnisation ne trouvait pas à s'appliquer et aucune indemnisation ne pouvait être demandée aux consorts Der Krikorian.

\*

Il sera probablement encore débattu de la validité de telles clauses d'indemnisation, qui peuvent en effet paraître :

- caduques suite à la caducité de l'engagement principal d'apport,
- nulles pour défaut de contrepartie,
- et illicites car contraire au principe du libre jeu des offres et des surenchères [si la clause d'indemnisation demeure en vigueur, la caducité de l'engagement d'apport est théorique].

Pour l'heure, l'enseignement principal de cette affaire est qu'une OPA peut se dénouer par une cession de titres sur le marché, y compris par application, et non uniquement par un apport de titres à l'un des protagonistes.

### L'expert indépendant : un nouvel acteur des OPA

L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) a récemment élargi les hypothèses de recours obligatoire à l'expert indépendant<sup>1</sup>.

Auparavant limitée aux retraits obligatoires, l'expertise est désormais requise dans d'autres hypothèses visées par le Règlement Général de l'AMF (I). Le Règlement Général précise les règles de désignation (II) ainsi que la mission de l'expert (III).

<sup>1</sup> Articles 261-1 et suivants du Règlement Général de l'AMF homologués par arrêté en date du 18 septembre 2006.

Seules certaines des nouvelles dispositions du Règlement Général de l'AMF seront mentionnées ci-dessous, cet article n'ayant pas une vocation exhaustive.

## I. Les principales hypothèses de recours à l'expertise indépendante

1.1. Outre le cas du retrait obligatoire, une société visée par une offre publique doit désormais désigner un expert indépendant lorsque l'offre considérée est susceptible de générer un conflit d'intérêts de nature à nuire à l'objectivité du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou lorsqu'elle est de nature à porter atteinte à l'égalité des porteurs de titres visés par l'offre.

L'article 261-1 I du Règlement Général de l'AMF contient une liste non exhaustive de cas de recours obligatoire à l'expertise indépendante. Il en est ainsi « *notamment* » :

- lorsque la société visée est déjà contrôlée par l'initiateur avant le lancement de l'offre ;
- lorsque les dirigeants ou les personnes contrôlant la cible ont conclu un accord avec l'initiateur de l'offre susceptible d'affecter leur indépendance ;
- lorsque l'actionnaire contrôlant la cible n'apporte pas ses titres à une offre publique de rachat par la société sur ses propres titres ;
- lorsqu'une ou plusieurs opérations connexes sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur le prix ou la parité de l'offre ;
- lorsque l'offre porte sur des titres de catégories différentes et prévoit des conditions de prix susceptibles de porter atteinte à l'égalité des porteurs ;
- lorsque l'acquisition de la cible est rémunérée par des titres autres que des actions, donnant accès au capital ou aux droits de vote de l'initiateur ou d'une société de son groupe.

1.2. Aux termes de l'article 261-2 du Règlement Général de l'AMF, l'expertise s'impose également à tout émetteur qui procède une augmentation de capital réservée avec une décote par rapport au cours de bourse supérieure à la décote maximale autorisée en cas d'augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription (à savoir 5%), si une telle augmentation de capital confère à un actionnaire, seul ou agissant de concert, le contrôle de la cible.

## II. Le choix de l'expert indépendant

L'AMF recommande que le conseil d'administration choisisse l'expert dont « *la compétence, les moyens et la réputation professionnelle paraissent appropriés à la mission* »<sup>1</sup>.

En outre, l'expert ne doit pas être en situation de conflit d'intérêts avec les personnes concernées par l'offre. A titre

d'exemple, l'AMF énumère les cas suivants de conflits d'intérêts<sup>2</sup> :

- existence de liens juridiques ou capitalistiques avec les sociétés concernées ;
- évaluation de la société visée au cours des 18 mois précédent sa désignation ;
- prestations de conseil à l'une des sociétés visées ;
- existence d'un intérêt financier dans la réussite de l'offre, d'une créance ou d'une dette sur une des sociétés concernées.

L'article 261-4-II du Règlement Général de l'AMF ajoute que l'expert ne doit pas « *intervenir de manière répétée avec le ou les mêmes établissements présentateurs ou au sein du même groupe lorsque la fréquence de ces interventions est susceptible d'affecter son indépendance* ».

L'expert devra intégrer dans son rapport une déclaration attestant l'absence de tout lien passé pouvant altérer son indépendance et son objectivité.

## III. La mission de l'expert indépendant

L'expert indépendant doit :

- évaluer la société cible ainsi que toutes les contreparties de l'offre ;
- analyser le travail d'évaluation réalisé par le ou les conseils de l'initiateur et
- établir une attestation concluant sur le caractère équitable du prix, de la parité ou des conditions financières de l'offre.

## DROIT DES SOCIÉTÉS

### Brèves : Décret 2006-1566 du 11 décembre 2006 (le « Décret »)

#### ➤ Actions de préférence et statuts

En présence de plusieurs catégories d'actions, l'article 11 du Décret impose que les statuts décrivent dorénavant les droits particuliers attachés aux actions de préférence.

#### ➤ Rapport du CAC sur les augmentations de capital avec maintien du droit préférentiel

Jusqu'à présent, seules les augmentations de capital réalisées avec suppression du droit préférentiel de souscription donnaient lieu à un rapport spécial du commissaire aux comptes. L'article 44 du Décret a étendu cette obligation aux augmentations de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription.

<sup>1</sup> Recommandation AMF 28 septembre 2006.

<sup>2</sup> Article 1 de l'Instruction 2006-08 du 25 juillet 2006

## DROIT SOCIAL

### Le tabac dans l'entreprise

Amorcée par la Loi Evin<sup>1</sup> et soutenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation à l'occasion de son arrêt rendu le 29 juin 1995<sup>2</sup>, la prévention du tabagisme est désormais renforcée par un décret du 15 novembre 2006<sup>3</sup> qui modifie les articles R.3511-1 et s. du Code de la Santé publique (« CSP ») et est complétée par plusieurs circulaires, notamment celle du 24 novembre 2006<sup>4</sup> relative à la lutte contre le tabagisme qui vise, notamment, les lieux de travail.

En application de ces textes, il est en principe interdit de fumer depuis le 1<sup>er</sup> février 2007 dans toutes les entreprises sous peine notamment de poursuites pénales.

Comme tout principe **(I)**, cette interdiction connaît des exceptions que nous exposerons ci-après **(II)**, avant d'examiner les outils mis à la disposition de l'employeur qui en devient le principal gardien **(III)**. Enfin, l'interdiction de fumer expose tant le salarié que l'employeur à des sanctions **(IV)**.

#### I - Le principe

Depuis le 1<sup>er</sup> février 2007, il est interdit de fumer dans (i) tous les lieux à usage collectif qui accueillent du public ou qui constituent des lieux de travail, (ii) clos et (iii) couverts (art. R.3511-1 du CSP), ces trois conditions étant cumulatives.

Cette interdiction s'applique donc non seulement aux locaux affectés à l'ensemble du personnel (accueil, réception, locaux de restauration, espaces de repos, lieux de passage, etc.), mais également aux locaux de travail et aux salles de réunion ou de formation.

En outre, la circulaire du 24 novembre 2006 précise que les bureaux individuels n'étant jamais uniquement occupés par un seul salarié (les collègues, les clients, les agents de la maintenance, de l'entretien, etc. pouvant y accéder), l'interdiction s'applique tant aux bureaux collectifs qu'aux bureaux individuels.

#### II - Les exceptions

L'interdiction de fumer sur le lieu de travail connaît deux exceptions tenant à son champ d'application **(1)** et une dérogation **(2)**.

<sup>1</sup> Loi n°91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme – JO du 12 janvier 1991

<sup>2</sup> Arrêt n°1698 – cf. notre newsletter n°17 de mai 2006

<sup>3</sup> Décret n°2006-1386 du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif – JO du 16 novembre 2006

<sup>4</sup> Circulaire du 24 novembre 2006 concernant la lutte contre le tabagisme – JO du 5 décembre 2006

#### 1. Exceptions tenant à son champ d'application

Compte tenu des conditions d'application de l'interdiction, l'interdiction ne s'applique pas :

- sur les chantiers de travaux publics,
- au domicile des particuliers même lorsqu'ils y emploient des salariés (par exemple : des gardes d'enfants, du personnel d'entretien, du personnel de gardiennage etc.).

#### 2. Dérogation au principe

La seule dérogation au principe d'interdiction consiste à mettre en place des « *emplacements réservés aux fumeurs* » qui doivent être des « *salles closes, affectés à la consommation de tabac, et dans lesquelles aucune prestation de service n'est délivrée* » (art. R.311-3 du CSP).

Il est en outre exigé que ces emplacements respectent les normes techniques suivantes :

- leur superficie ne peut dépasser 35m<sup>2</sup>, ni plus de 20% de la superficie totale de l'établissement,
- ils doivent être dotés de fermetures automatiques, sans possibilité d'ouverture non intentionnelle et ne pas constituer un lieu de passage,
- un dispositif d'extraction d'air doit être installé et sa conformité aux dispositions légales doit être attestée par l'installateur ou la personne en charge de la maintenance (art. R.3511-3 et R.3511-4 du CSP).

Il convient de préciser qu'en aucun cas les mineurs de moins de 16 ans présents dans l'entreprise ne devront accéder à de tels emplacements.

La mise en place de tels emplacements n'est nullement une obligation pour l'employeur.

L'éventuel projet de mettre en place un emplacement réservé aux fumeurs devra être soumis à la consultation préalable du CHSCT ou, à défaut, des délégués du personnel et du médecin du travail (art. R.3511-5 du CSP), puis donner lieu à de nouvelles consultations tous les 2 ans.

En outre, conformément aux dispositions de l'article L.236-2-1 du Code du travail, deux membres du CHSCT peuvent également demander une réunion extraordinaire afin que la mise en place de tels emplacements soit envisagée.

#### III - Les outils à disposition de l'employeur

Le législateur a entendu faire de l'employeur le gardien principal de cette interdiction de fumer.

En ce sens, plusieurs outils sont mis à sa disposition pour faire respecter cette interdiction :

- une signalétique spécifique doit être apposée de manière apparente dans les locaux de l'entreprise (art. R. 3511-6 du CSP) :
  - 2 avertissements sanitaires :
    - l'un rappelant l'interdiction de fumer à apposer aux entrées des bâtiments et à l'intérieur, dans des endroits visibles et de manière apparente (espaces de circulation, les halls d'entrée, les salles de réunions,...)
    - un avertissement sanitaire à apposer, le cas échéant, à l'entrée des emplacements réservés aux fumeurs dont le modèle est fixé par arrêté du Ministre chargé de la Santé,
  - une affichette de sensibilisation à la nouvelle interdiction.
- Les entreprises ayant déjà installé - certaines depuis de nombreux mois - une signalétique en harmonie avec leur ameublement devront néanmoins apposer les affichettes réglementaires. En pratique, celles-ci sont téléchargeables sur [www.tabac.gouv.fr](http://www.tabac.gouv.fr).
- des sanctions disciplinaires peuvent être prises à l'égard des salariés qui violeraient l'interdiction de fumer, en veillant à respecter le principe de proportionnalité de la sanction à la faute commise en tenant compte, notamment, du niveau de responsabilité du salarié et de l'existence d'avertissements ou de rappels à l'ordre antérieurs.

A ce titre, il peut être opportun de mettre à jour le règlement intérieur de l'entreprise au vu de la nouvelle réglementation afin de préciser l'étendue de l'interdiction de fumer et d'actualiser l'éventail de sanctions disciplinaires qui y sont attachées.

Il a déjà été jugé que l'employeur était bien fondé à licencier pour faute grave un salarié ayant violé l'interdiction de fumer existante dans l'entreprise<sup>1</sup>. Les circonstances entourant ces licenciements avaient toutefois pour point commun que le comportement des salariés concernés faisait courir des risques importants à l'entreprise et au reste du personnel en termes de sécurité.

A l'inverse, la Cour de cassation a rejeté la qualification de faute grave au licenciement prononcé à l'égard d'une salariée qui avait fumé dans un couloir de l'entreprise, en contravention avec le règlement intérieur, reconnaissant toutefois l'existence d'une cause réelle et sérieuse à ce licenciement<sup>2</sup>.

#### IV - Les sanctions

Le tabagisme sur le lieu de travail devient une infraction pénale (art. R.3512-1 et R.3512-2 du CSP) :

- pour le fumeur, qui est puni du fait de fumer dans un lieu à usage collectif d'une contravention de 3<sup>ème</sup> classe, soit une amende forfaitaire de 68 euros, mais qui peut atteindre 450 euros en cas de non paiement sous certains délais (art. 131-13 du Code pénal),
- pour l'employeur qui :
  - a) n'a pas mis en place la signalétique requise,
  - b) ou qui a mis en place un emplacement réservé aux fumeurs non conforme aux normes,
  - c) ou qui a favorisé sciemment, par quelque moyen que ce soit, la violation de cette interdiction,

par une contravention de 4<sup>ème</sup> classe, soit une amende forfaitaire de 135 euros, mais qui peut atteindre 750 euros en cas de non paiement sous certains délais (art. 131-13 du Code pénal).

Outre ces sanctions pénales, l'employeur est également exposé à verser des dommages et intérêts. En effet, un salarié qui s'estimerait victime de tabagisme passif dispose désormais d'un fondement textuel et non plus seulement jurisprudentiel<sup>3</sup> à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, pour engager une action civile à l'encontre de ce dernier en vue d'obtenir des dommages et intérêts. Encore faudra-t-il que le salarié établisse le lien de causalité entre son dommage et la faute de l'employeur.

Plusieurs personnes ont compétence pour constater et sanctionner, ces infractions. Il s'agit des officiers de police judiciaire, des fonctionnaires et agents du Ministère de la Santé ou des Collectivités territoriales, des médecins inspecteurs de la santé publique, des ingénieurs du génie sanitaire, des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale et des inspecteurs et contrôleurs du travail (art. L.3512-4 du CSP).

<sup>1</sup> Cass. Soc. 11 juillet 1998, n°96.42.244 ; CA Bourges 6 février 2004, n°03.01.087 ; Cass. Soc. 7 juillet 2004, n°02.43.595.

<sup>2</sup> Cass. Soc. 31 mars 1999, n°97.41.220

<sup>3</sup> Cass. Soc. 29 juin 2005, n°03.44.412

## CONCURRENCE/DISTRIBUTION

### La Commission européenne adopte une nouvelle communication sur la clémence

Forte de dix années de mise en œuvre de son programme de clémence, inauguré en 1996, la Commission européenne a adopté, le 8 décembre 2006, une nouvelle communication sur la clémence<sup>1</sup>, qui vise à renforcer l'efficacité et l'attrait de cet instrument, qui selon la Commission, est « *extrêmement efficace pour déceler, déstabiliser et mettre un terme à une entente* ».

Le programme de clémence, qui existe également en droit français<sup>2</sup>, permet à la Commission d'offrir une immunité totale ou une réduction d'amendes aux entreprises ayant participé à une pratique anticoncurrentielle, en échange de la divulgation d'informations relatives à cette pratique et de leur coopération à l'enquête menée.

Les modifications apportées par la nouvelle communication portent en premier lieu sur le niveau de preuve requis. Pour obtenir l'immunité d'amendes, l'entreprise qui la sollicite doit fournir à la Commission les renseignements et éléments de preuve nécessaires pour effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée, ou pour constater une infraction à l'article 81 du traité en rapport avec l'entente présumée. En particulier, l'entreprise doit établir une déclaration, comportant les renseignements et éléments de preuve utiles listés dans la communication. En ce qui concerne la simple réduction d'amende, la communication précise que les preuves déterminantes se verront attribuer une valeur plus élevée (et seront donc mieux récompensées) que celles nécessitant d'être corroborées par d'autres éléments.

La nouvelle communication vient ensuite préciser les conditions permettant de bénéficier de l'immunité ou d'une réduction d'amende. Ainsi, le moment à partir duquel l'entreprise doit cesser toute participation à l'entente est assoupli : afin de préserver l'effet utile d'une demande d'immunité, la Commission peut en effet autoriser l'entreprise concernée à poursuivre sa participation à l'entente pendant la durée des inspections. Par ailleurs, la nouvelle communication précise la teneur de la coopération de l'entreprise avec la Commission. Elle interdit ainsi à l'entreprise de détruire, falsifier ou dissimuler des renseignements, ainsi (sauf autorisation) que de divulguer aux autres participants à l'entente l'existence ou la teneur de sa demande de clémence.

La nouvelle communication présente par ailleurs une innovation importante, en introduisant un système d'ordre d'arrivée des demandes. En effet, ne peut bénéficier de l'immunité totale d'amende que l'entreprise qui est la première à fournir à la Commission des renseignements et éléments de preuve de l'existence d'une entente présumée, les entreprises suivantes ne pouvant que bénéficier, si les conditions sont réunies, d'une réduction d'amende. A cet effet, la Commission a prévu un système de « marqueur » ou numéro d'ordre, tel qu'il existe déjà aux Etats-Unis, qui permet aux entreprises de prendre date et rang dans l'ordre d'arrivée des demandes et protège leur place pendant un certain temps durant lequel elles ont le loisir de rassembler les renseignements et documents nécessaires pour atteindre le niveau de preuve requis pour l'immunité.

Autre innovation, une procédure a été introduite afin de protéger l'accès aux déclarations des entreprises faites dans le cadre de la clémence, et au dossier de la Commission. Cette mesure, essentielle pour garantir l'efficacité du programme de clémence, a pour but d'éviter que les entreprises qui coopèrent à l'enquête de la Commission ne soient placées, dans le cadre d'éventuelles actions civiles en dommages et intérêts, dans une position moins favorable que celle des entreprises qui ne coopèrent pas.

La présente révision du programme de clémence s'inscrit dans un cadre plus vaste d'harmonisation des programmes de clémence en vigueur dans les Etats membres de l'Union européenne. Le 29 septembre 2006, un « programme de clémence modèle » a en effet été adopté par le Réseau Européen de Concurrence qui regroupe, outre la Commission européenne, toutes les autorités nationales de concurrence des Etats membres. Afin de minimiser le problème des demandes multiples de clémence, ce programme introduit un modèle uniforme de demande succincte de clémence au niveau national, lorsque la demande d'immunité intervient dans les affaires concernant plus de trois Etats membres. En pratique, l'entreprise présente une demande d'immunité complète à la Commission et peut alors adresser une demande sommaire à toute autorité nationale de concurrence susceptible d'agir.

### Une limitation du commerce parallèle n'est pas nécessairement une restriction de concurrence

Le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes a récemment jugé qu'un accord qui vise à limiter le commerce parallèle n'a pas, nécessairement, pour objet de restreindre la concurrence<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> JO C 298/11 du 8.12.2006, p. 17.

<sup>2</sup> Article L.464-2 IV du Code de commerce, introduit par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.

<sup>3</sup> Arrêt du TPIC, 27 septembre 2006, affaire T-168/01.

En l'espèce, la Commission avait interdit, au titre de l'article 81, paragraphe 1 du traité, les conditions générales de vente<sup>1</sup> de la filiale espagnole du laboratoire pharmaceutique GlaxoSmithKline (GSK). Ces conditions générales prévoyaient que les médicaments du groupe seraient vendus aux grossistes espagnols pratiquant des importations parallèles à des prix différents, selon que ces médicaments seraient revendus en Espagne ou dans d'autres Etats membres (où le prix des médicaments est plus élevé).

Dans son analyse, le Tribunal souligne la spécificité du secteur pharmaceutique, dans lequel le prix des médicaments est soustrait dans une large mesure au libre jeu de l'offre et de la demande, car fixé ou contrôlé par les pouvoirs publics. Il considère dans ces conditions que les accords limitant le commerce parallèle de médicaments ne restreignent pas nécessairement la concurrence.

Cependant, le Tribunal approuve la Commission d'avoir retenu qu'en l'espèce, le commerce parallèle des médicaments concernés permettait une baisse, limitée mais réelle, du prix et du coût des médicaments au bénéfice des consommateurs. En empêchant cette baisse des prix de se produire, les conditions générales de vente avaient un effet anticoncurrentiel et tombaient donc sous le coup de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1 du traité.

Le Tribunal reproche néanmoins à la Commission de n'avoir pas suffisamment approfondi la question de savoir si les restrictions contenues dans les conditions générales de vente de GSK pouvaient être contrebalancées par, notamment, une efficacité économique<sup>2</sup>. Le surplus dégagé par la vente à un prix supérieur dans certains pays étant affecté au financement de l'innovation pharmaceutique, celles-ci contribuent en effet au financement de l'innovation. Le juge communautaire annule donc en partie la décision et invite la Commission à réexaminer la demande de GSK.

L'enseignement de cet arrêt est double : une limitation contractuelle du commerce parallèle de médicaments réglementés n'a pas toujours un objet anticoncurrentiel ; toutefois, il convient de veiller à ce que les éventuels effets restrictifs de concurrence engendrés par une telle limitation puissent être contrebalancés par des avantages économiques réels au sens de l'article 81 paragraphe 3 du traité.

<sup>1</sup> Rappelons que depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, date d'entrée en vigueur du règlement 1/2003, les entreprises ne peuvent plus notifier leurs accords à la Commission afin d'obtenir de décision d'exemption individuelle. Il leur appartient en revanche de prouver, lorsqu'elles sont poursuivies, que leurs accords remplissent les conditions d'exemption de l'article 81, paragraphe 3.

<sup>2</sup> Au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

## PROPRIETE INTELLECTUELLE

### La parodie de marque doit être appréciée au regard du droit commun de la responsabilité civile

Cela fait de nombreuses années qu'un débat jurisprudentiel se développe sur la transposition en droit des marques de l'exception de parodie existant en droit d'auteur.

En effet, l'article L. 122-5-4° du Code de la propriété intellectuelle relatif au droit d'auteur dispose que "*lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire [...] la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre*".

La parodie peut se définir comme l'imitation des procédés caractéristiques d'un style dans une intention burlesque ou satirique.

C'est cette intention de faire rire qui permettra à l'auteur de la parodie de détourner une œuvre et de s'exonérer de sa responsabilité.

Se fondant sur cette exception et sur la tradition parodique française, de nombreux praticiens ont tenté de l'étendre au domaine du droit des marques, traditionnellement plus emprunt de logique économique.

L'idée est de faire admettre que l'on puisse reproduire une marque (ce qui, sans autorisation de son titulaire, est rigoureusement interdit, aux termes de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle) sans encourir de sanction, au titre de la contrefaçon, dès lors que la marque reproduite est parodiée.

Deux décisions récentes rappellent que la parodie de marque doit être appréciée au regard du droit commun de la responsabilité civile délictuelle.

#### ■ Arrêt Camel / CNMRT

Le 19 octobre 2006, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a rendu une décision relative à un litige opposant les titulaires de la célèbre marque de cigarette "Camel" au Comité National contre les Maladies Respiratoires et la Tuberculose ("CNMRT").

En l'espèce, dans le cadre d'une campagne de sensibilisation aux dangers du tabac, le CNMRT avait reproduit le célèbre dromadaire qui symbolise la marque "Camel" en le mettant, avec humour, dans la position d'un fumeur sur lequel le tabac a eu des effets nocifs.

Lorsqu'elle eut à se prononcer sur cette affaire, la Cour d'appel de Paris avait estimé que « *le but de la campagne est certes un but de santé publique légitime, puisqu'il s'agit de lutter contre les méfaits de la cigarette, toutefois la référence à une marque spécifique de cigarettes, même sur un mode parodique, dans le cadre de cette campagne a pour conséquence de porter un discrédit sur un fabricant au détriment des autres dont l'image n'a pas été utilisée, que la légitimité du but de santé publique, poursuivi par le CNMRT, de même que la liberté d'expression que celui-ci invoque, ne l'autorisent pas à porter atteinte aux droits des tiers [Camel] qui exercent leur activité dans les limites des prescriptions légales* » (CA Paris, 14 janvier 2005).

La Cour de cassation a censuré cet arrêt, considérant que le CNMRT n'avait pas abusé de son droit de libre expression.

#### ■ Arrêt Greenpeace / Areva

Le 17 novembre 2006, la Cour d'appel de Paris a rendu une décision dans le cadre d'un litige opposant l'association Greenpeace au groupe Areva.

En l'espèce, Greenpeace avait reproduit sur son site Internet les marques "Areva" en les associant à des symboles macabres, afin, selon elle, de sensibiliser le public aux dangers liés aux activités nucléaires.

Areva s'était fondé sur la responsabilité civile (article 1382 du Code civil), estimant que ses activités, au travers de l'usage que Greenpeace faisait de ses marques, étaient dévalorisées et dénigrées.

Pour sa part, Greenpeace invoquait la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté d'expression de la presse.

Dans cette espèce, deux principes essentiels s'affrontaient donc : d'une part le droit de propriété et, d'autre part, la liberté d'expression.

La Cour d'appel a estimé que, si la liberté d'expression emporte le droit d'informer le public, ce droit n'est pas absolu et ne doit pas présenter, « *par la forme ou son contenu, un caractère excessif constitutif d'un abus* ».

C'est donc sur le fondement du dénigrement que la Cour s'est placée pour sanctionner la campagne de Greenpeace.

## Formalisme de la cession des droits d'auteur : la Cour de cassation en faveur d'un assouplissement de la protection accordée aux auteurs

Le législateur français a toujours été extrêmement protecteur des intérêts de l'auteur. Ainsi, l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle exige que les droits cédés par l'auteur soient limitativement énumérés et que leur domaine d'exploitation soit déterminé quant à son étendue, sa destination et quant au lieu et à la durée.

Or, par un arrêt en date du 21 novembre 2006 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 novembre 2006, n°05-19.294 Emmanuel Chaussade c/ Sté EOS SA), la Cour de cassation a jugé que les dispositions de l'article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle ne visent que les contrats énumérés à l'article L. 131-2 alinéa 1<sup>er</sup>, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle.

Certains auteurs en ont déduit que, pour les autres contrats, les droits cédés par l'auteur n'auraient pas à être limitativement énumérés.

Il nous paraît pour l'heure plus prudent de continuer à procéder à une telle énumération limitative.

## DROIT DE L'AUDIOVISUEL

### Commission images de la diversité (Décret n°2007-181 du 9 février 2007)

Le décret n°2007-181 du 9 février 2007 (le « Décret ») créé auprès de l'Agence Nationale pour la Cohésion Sociale et l'Égalité des Chances (« ACSE ») et du Centre National de la Cinématographie (« CNC ») une commission dénommée « Commission images de la diversité ».

Cette commission est saisie par le directeur général du CNC des demandes d'aide complémentaire au titre de la création, de la production et de la diffusion d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles traitant de la diversité de la population et de l'égalité des chances, qui ont préalablement été admises au bénéfice d'un soutien financier sélectif (attribué aux fins de promouvoir la promotion d'œuvres cinématographiques à l'étranger). Le Décret dispose qu'un maximum de deux aides complémentaires peut être sollicité pour une même œuvre ayant obtenu plusieurs aides sélectives. Le soutien complémentaire ne pourra toutefois dépasser 50.000 euros et 100% de l'aide sélective initiale obtenue.

## DROIT IMMOBILIER

### Actualité jurisprudentielle

#### ➤ Précision sur la mise en œuvre d'une clause résolutoire

Les conventions de bail soumises aux statuts des baux commerciaux prévoient systématiquement la résiliation de plein droit du bail en cas d'inexécution par le preneur de l'une quelconque de ses obligations, et notamment en cas de non-paiement du loyer ou de ses accessoires.

Le mécanisme de cette clause résolutoire est régi par l'article L 145-41 du Code de commerce. Cet article précise notamment que « toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux ».

La Cour de cassation avait déjà indiqué que cette clause résolutoire devait s'interpréter strictement et ne pouvait être mise en œuvre que pour les manquements aux obligations contractuelles qu'elle visait expressément (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 mai 2004).

La cour d'appel de Bourges (arrêt du 2 mai 2005) avait déclaré que la clause résolutoire était acquise de plein droit après avoir relevé que le locataire, s'il avait réglé les loyers visés par le commandement de payer, n'avait pas payé les intérêts attachés aux loyers et eux aussi visés par le commandement.

Aux termes d'une décision rendue le 13 décembre 2006 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 décembre 2006), la juridiction suprême a cassé cette décision en considérant qu'à défaut de stipulation expresse du bail, le non-paiement des intérêts attachés au loyer par le commandement ne devait pas être sanctionné par la clause résolutoire.

Cette interprétation stricte de la clause résolutoire avait déjà conduit la Cour de cassation à exclure du champ d'application de la clause résolutoire, à défaut de stipulation expresse du bail, les rappels de loyers dus après la révision judiciaire du prix du bail renouvelé (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 11 juillet 1990), les indemnités d'occupation se substituant aux loyers après expiration du bail (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 février 1999) et les frais de commandement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 mai 2000).

Compte tenu de cette interprétation stricte, les bailleurs doivent veiller à rédiger très précisément la clause résolutoire afin de lui en conférer la portée la plus large possible.

#### ➤ Destinataire du congé triennal du preneur

Conformément aux dispositions des articles L 145-4 et L 145-9 du Code de commerce, le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, par acte extrajudiciaire, suivant les usages locaux et au moins six mois à l'avance.

Le preneur doit faire signifier son congé au bailleur qui peut seul être destinataire de l'acte.

Sur ce point, les juges du fond avaient déjà retenu la nullité d'un congé délivré au mandataire du bailleur non habilité à le recevoir, étant entaché d'une irrégularité de fond (CA Paris, 16<sup>e</sup> Chambre, Sect. B, 13 novembre 1998).

De la même manière, la Cour de cassation avait déjà retenu la nullité d'un congé délivré à l'ancien propriétaire des locaux loués, quand bien même le nouveau propriétaire eût conservé le même gestionnaire que son prédécesseur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 juillet 2001).

Dans le droit fil de cette jurisprudence constante, la Cour de cassation a prononcé la nullité d'un congé triennal délivré à l'ancien propriétaire des locaux loués qui n'avait plus, à la date de délivrance du congé, la qualité de bailleur puisqu'une cession était intervenue au profit d'un tiers ayant son siège social à la même adresse (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juillet 2006).

Il s'agit en l'espèce d'une application sévère de la règle précitée dans la mesure où l'erreur quant à l'identité du bailleur pouvait découler d'une simple confusion opérée par le preneur compte tenu de la similitude de la raison sociale des propriétaires successifs, ayant de surcroît le même siège social, et ce d'autant plus qu'en l'espèce, le nouveau propriétaire des locaux avait pourtant réceptionné le congé du preneur sans aucune contestation.

Le preneur doit donc impérativement vérifier que son bailleur initial n'a pas perdu cette qualité à la suite de la cession des locaux loués et la délivrance du congé au gestionnaire de l'immeuble en lieu et place du bailleur est à proscrire.

### 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-associés.com  
contact@bersay-associés.com