

## LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 18

Septembre 2006

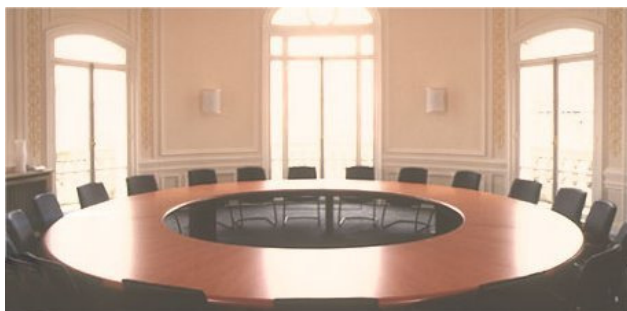
Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

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

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

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

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



**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  
contact@bersay-associés.com

### DANS CE NUMERO :

<b>DROIT DES SOCIETES</b> .....	2
Actualité jurisprudentielle .....	2
<b>DROIT BOURSIER</b> .....	2
La loi du 31 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition .....	2
<b>DROIT SOCIAL</b> .....	4
Les nouveautés en matière de licenciement .....	4
<b>BAUX COMMERCIAUX</b> .....	5
Actualité jurisprudentielle .....	5
<b>CONCURRENCE</b> .....	6
La Commission européenne adopte une nouvelle méthode de calcul des sanctions pécuniaires .....	6
Première application de la procédure de clémence par le Conseil de la concurrence .....	7
<b>PROPRIETE INTELLECTUELLE</b> .....	8
Loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information .....	8
L'action douanière – un mode d'action pour lutter contre la contrefaçon .....	8
<b>LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET</b> .....	11

(suite page 2)

## DROIT DES SOCIÉTÉS

### Actualité jurisprudentielle

- **La direction de fait par personne interposée**  
(Cass. Com. 27 juin 2006, Sté Licorne gestion c/ Ségard et a.)

Dans un arrêt du 27 juin 2006, la Cour de Cassation a condamné une banque, en qualité de dirigeant de fait par personne interposée, à combler le passif d'une société faisant l'objet d'une procédure collective.

En l'espèce, deux salariés de la banque avaient été désignés en qualité d'administrateurs de la société ultérieurement en redressement judiciaire.

La Cour de cassation a décidé que la « *personne morale, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou en liquidation judiciaire, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société* ».

La Cour a relevé à cet égard que cette personne physique avait siégé au Conseil d'administration de la société en redressement judiciaire, « *sans avoir la possibilité de s'écarter des directives de la banque* ».

- **La mise en jeu d'une garantie de passif et l'exécution de bonne foi des conventions** (CA Paris 14 mars 2006, 3ème ch. A. Verdier c/ Fromont)

En se fondant sur l'article 1134 du Code civil selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la Cour d'appel de Paris a refusé de condamner des cédants à l'exécution de leur obligation résultant d'une clause de garantie de passif.

En l'espèce, plusieurs actionnaires ont cédé leur participation au dirigeant de droit et principal actionnaire de la Société. La société ayant fait ultérieurement l'objet d'un redressement fiscal, l'acquéreur a cherché à se prévaloir des stipulations de la clause de garantie d'actif et de passif. Cette clause prévoyait que les cédants devaient garantir l'acquéreur de tout augmentation de passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur était antérieur à la cession.

La Cour d'appel de Paris a rejeté cette demande, en se fondant sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (« *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* ») considérant que l'acquéreur ne pouvait ignorer les irrégularités comptables du fait de ses fonctions de dirigeant et qu'il aurait dû se montrer particulièrement attentif à la mise en place d'un contrôle des comptes fiable.

## DROIT BOURSIER

### La loi du 31 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition

La loi n°2006-387 du 31 mars 2006 transpose la directive européenne du 21 avril 2004 relative aux offres publiques d'acquisition.

Seules certaines dispositions de la loi sont mentionnées ci-dessous, cet article n'ayant pas une vocation exhaustive.

#### I. « Rumeurs »

En cas de motifs raisonnables de penser qu'une personne prépare une offre publique (notamment en cas de mouvements significatifs du cours), celle-ci pourra être tenue de déclarer ses intentions à l'AMF, dans des conditions à préciser dans le Règlement général de l'AMF. Une information relative à cette déclaration sera portée à la connaissance du public.

Le Règlement général déterminera également les sanctions et notamment les conditions dans lesquelles toute personne ayant démenti avoir l'intention de déposer une offre publique pourra se voir refuser le dépôt d'un projet d'offre.

#### II. Action de concert

En plus des personnes mentionnées par la définition de l'action de concert de l'article L. 233-10 du Code de commerce, les personnes suivantes sont considérées comme agissant de concert en période d'offre publique d'acquisition :

- les personnes qui ont conclu un accord avec l'auteur d'une offre publique visant à obtenir le contrôle de la cible ;
- les personnes qui ont conclu un accord avec la société cible afin de faire échouer cette offre.

#### III. Encadrement de la mise en œuvre des mesures de défense anti-OPA

##### 1. Restriction des pouvoirs des dirigeants en matière de défenses anti-OPA

- Pendant la période de l'offre, les dirigeants de la cible doivent obtenir l'autorisation de l'assemblée générale préalablement à la prise de toute mesure susceptible de faire échouer l'offre (hormis la recherche d'autres offres).
- Pour ces assemblées, les statuts peuvent prévoir la suspension des restrictions à l'exercice des droits de vote visées par les statuts ou par toute convention postérieure au 21 avril 2004.
- Les délégations consenties par l'assemblée aux dirigeants de la cible avant la période d'offre, en vue de prendre des

mesures susceptibles de faire échouer l'offre, sont suspendues en période d'offre.

- Les décisions des dirigeants de la cible susceptibles de faire échouer l'offre, prises avant la période d'offre, ne s'inscrivant pas dans le cours normal des activités de la société et non encore totalement mises en œuvre, doivent être approuvées ou confirmées par l'assemblée générale.

Toutefois, les limitations visées ci-dessus ne sont pas applicables si l'un des initiateurs de l'offre, ou l'une des sociétés qui les contrôlent, n'a pas à respecter ces règles ou des mesures équivalentes.

Toute contestation portant sur l'équivalence des mesures fera l'objet d'une décision de l'AMF.

## 2. Inopposabilité des restrictions au transfert de titres

Les clauses statutaires restreignant les transferts de titres (clauses d'agrément, de préemption, etc.) sont inopposables à l'auteur de l'offre pour les titres qui lui seraient apportés dans le cadre de son offre.

En outre, les statuts peuvent prévoir que les clauses de toute convention conclue après le 21 avril 2004 prévoyant des restrictions aux transferts d'actions sont inopposables à l'auteur d'une offre.

## 3. Création des bons d'offre

La société cible peut désormais émettre des bons attribués gratuitement à tous ses actionnaires, permettant la souscription d'actions à des conditions préférentielles. L'exercice de ces bons par les titulaires vise à diluer la participation de l'initiateur de l'offre et de renchérir le coût de l'opération.

La société doit informer le public de son intention d'émettre ces bons, qui deviennent caducs de plein droit en cas d'échec, de caducité ou de retrait de l'offre.

## **IV. Protection des parties à l'offre**

### 1. Protection du marché : renforcement de l'obligation d'information

Le nouvel article L. 225-100-3 du code de commerce renforce l'obligation d'information à la charge des sociétés cotées. Le rapport de gestion présenté à l'assemblée annuelle doit désormais exposer et expliquer la présence d'éléments « susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique ».

L'article précité énonce la liste limitative de ces éléments. Il s'agit notamment :

- des restrictions statutaires ou conventionnelles à l'exercice des droits de vote ou aux transferts d'actions,

- des participations directes ou indirectes dans le capital de la société, dont celle-ci a connaissance,
- des mécanismes de contrôle liés à un actionnariat du personnel,
- de la description des titres comportant des droits de contrôle spéciaux et la liste de leurs détenteurs,
- des accords prévoyant des indemnités de départ (« golden parachutes ») au bénéfice des dirigeants ou salariés, etc.

## 2. Information des salariés

Le comité d'entreprise de la société cible peut décider d'entendre l'auteur de l'offre. Celui-ci devra alors présenter sa politique industrielle et financière, ses plans stratégiques et les répercussions de l'offre sur l'emploi, les sites d'activités et la localisation des centres de décision.

Il convient de rappeler que si l'auteur de l'offre ne se présente pas à la réunion du comité d'entreprise à laquelle il a été invité, il ne pourra exercer les droits de vote attachés aux titres de la société cible qu'il détient ou viendrait à détenir (article L. 432-1 du Code du travail).

## 3. Protection des minoritaires : fixation d'un prix minimum en cas d'offre obligatoire

Afin de renforcer la protection des minoritaires, un prix minimum est désormais défini en cas d'offre obligatoire. Ainsi l'article L. 433-3 du Code Monétaire et Financier dispose que le prix proposé devra « être au moins équivalent au prix le plus élevé payé par l'auteur de l'offre, agissant seul ou de concert au sens des dispositions de l'article L. 233-10 du code de commerce, sur une période de douze mois précédant le dépôt de l'offre ».

Toutefois, l'AMF pourra, selon les circonstances et selon les critères fixés par son Règlement général, demander ou autoriser la modification du prix proposé.

## 4. Protection de l'initiateur : simplification de la procédure de retrait obligatoire

La procédure de retrait obligatoire peut désormais être mise en œuvre à l'issue de toute offre (notamment d'une offre publique d'échange) et non plus seulement après une offre publique de retrait, dès lors que les titres non présentés ne représentent pas plus de 5% du capital ou des droits de vote.

Le retrait obligatoire peut également viser les valeurs mobilières donnant accès au capital si les actions créées par l'exercice des droits attachés à ces titres représentent, avec les actions existantes non présentées à l'offre, moins de 5% du capital totalement dilué.

L'indemnisation offerte aux actionnaires doit être égale au prix proposé lors de la dernière offre ou, en cas d'offre publique d'échange, au résultat d'une évaluation tenant notamment compte des bénéfices réalisés, de l'existence de filiales et des perspectives d'activité.

## DROIT SOCIAL

### Les nouveautés en matière de licenciement

L'actualité juridique de l'été a réservé quelques surprises en matière de licenciement qui devraient obliger les employeurs à réviser certaines pratiques.

- **Transaction : le salarié ne peut valablement transiger que lorsqu'il a retiré sa LRAR de licenciement ; la simple présentation de la LRAR ne suffit pas** (Cass. soc. 14 juin 2006, FS-PB, Sté Novoferm France)

Un salarié est licencié par lettre recommandée avec accusé de réception datée du 16 janvier et présentée à son domicile le 17 janvier. Le 18 janvier, le salarié signe une transaction. Mais il ne retire sa lettre de licenciement que le 21 janvier suivant. Quelques jours plus tard, il demande l'annulation de sa transaction.

Jusqu'à présent, la transaction était valable lorsqu'elle était signée après la date de la première présentation de la lettre de licenciement, peu important la date à laquelle le salarié allait ensuite retirer son recommandé.

Revenant sur cette jurisprudence, la Cour de cassation considère que la transaction est nulle car « *celle-ci ne peut être valablement conclue par le salarié licencié que lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs du licenciement par la réception de la lettre de licenciement prévue à l'article L. 122-14-1 du Code du travail. Et attendu que [...] la lettre de licenciement avait été retirée par [le salarié] [...] postérieurement à la signature de la transaction, [...] ladite transaction était nulle* ».

- **Licenciement économique : le délai de 15 jours dans lequel est désormais enfermée l'action en référé visant à contester la procédure de consultation du comité d'entreprise ne concerne que les irrégularités de forme commises au cours de la procédure de consultation sur le projet de licenciement économique**

(TGI Clermont-Ferrand réf. 10 janvier 2006, Comité Central d'entreprise de l'UES Michelin c/ Manufacture Française des Pneumatiques Michelin ; TGI Versailles réf. 5 mai 2006, Comité d'établissement du Centre Charles Nungesser de Thales Systèmes Aeroportes c/ Sté Thales Systèmes Aeroportes)

L'article L. 321-16 du Code du travail, issu de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 enferme « toute action en référé portant sur la régularité de la procédure de consultation » dans « un délai de 15 jours suivant chacune des réunions du comité d'entreprise ». Deux décisions des Tribunaux de Grande Instance de Clermont-Ferrand et de Versailles précisent le champ d'application de cette prescription abrégée.

D'une part, le délai de 15 jours ne concerne que les irrégularités de forme (affectant par exemple la convocation du comité d'entreprise ou le calendrier des réunions), à l'exclusion des irrégularités portant sur le fond des consultations (ex : insuffisance de l'information communiquée au comité d'entreprise, insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi). Pour ces dernières, les dispositions générales des articles 808 et 809 du Nouveau code de procédure civile (relatifs à l'action en référé) restent applicables.

D'autre part, la prescription abrégée ne vise que les consultations du Livre III sur les projets de licenciement économique. Le Tribunal de Grande Instance de Versailles adopte ainsi une solution contraire à celle retenue par l'administration (circulaire DGEFP-DRT 2005-47 du 30 décembre 2005), selon laquelle la prescription abrégée s'applique à toutes les consultations du comité d'entreprise (Livre III et Livre IV).

- **Licenciement économique : nouvelle exonération de la contribution Delalande en cas d'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé**

(Circulaire UNEDIC n° 2006-15 du 25 juillet 2006)

L'article L. 321-13 du Code du travail oblige l'employeur à verser à l'ASSEDIC une pénalité (dite « contribution Delalande ») pouvant aller jusqu'à 12 mois de salaire dans les entreprises de 50 salariés et plus et jusqu'à 6 mois de salaire dans les autres entreprises lorsqu'il rompt le contrat de travail d'un salarié de 50 ans et plus. La contribution est due dès lors que la rupture du contrat donne lieu au paiement d'une allocation chômage.

Les possibilités d'échapper au paiement de cette contribution sont cependant nombreuses. L'Unedic crée deux cas d'exonération supplémentaires : 1°) L'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé ; 2°) À l'issue de la convention de reclassement personnalisé, lorsqu'en l'absence de reclassement, le bénéficiaire est admis au titre de l'allocation de retour à l'emploi.

Rappelons que le projet de loi « pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié », présenté le 21 juin en Conseil des ministres et qui devrait être examiné par le Parlement à l'automne, a programmé la disparition progressive de cette contribution d'ici 2010. En particulier, la contribution Delalande ne devrait plus être versée pour les salariés embauchés après la publication de la loi.

- **Obligation de confidentialité des membres du comité d'entreprise : ne pas oublier de rappeler le caractère confidentiel des informations communiquées, lors de la réunion et dans le procès-verbal de la réunion ; à défaut les membres du comité d'entreprise seraient autorisés à les divulguer** (Cass. soc. 12 juillet 2006, FS-P+B+R, Sté KPMG)

Pour que les membres du comité d'entreprise soient tenus à une obligation de confidentialité, la chambre sociale de la Cour de cassation exige que l'employeur ait mentionné le caractère confidentiel des informations au cours de la réunion du comité d'entreprise et que mention de cette déclaration ait été inscrite au procès-verbal de la réunion.

Dans l'affaire en question, l'employeur n'avait mentionné le caractère confidentiel de l'information qu'après la réunion du comité d'entreprise. Cette déclaration de confidentialité tardive ne pouvait empêcher les membres du comité de divulguer l'information auprès des salariés de l'entreprise.

Par mesure de précaution, il sera préférable de rappeler le caractère confidentiel de l'information communiquée dans les documents remis aux membres du comité d'entreprise, au cours de la réunion et dans le procès-verbal de la réunion.

## BAUX COMMERCIAUX

### Actualité jurisprudentielle

- **Loyer à prendre en considération pour le calcul du loyer-plafond**

Lors du renouvellement d'un bail commercial, le loyer est susceptible d'être augmenté par rapport au loyer d'origine.

En présence d'un bail dont la durée n'est pas supérieure à 9 ans, conformément aux dispositions de l'article L. 145-34 du Code de commerce, le loyer du bail renouvelé doit être plafonné en l'absence d'une modification notable d'un des éléments d'appréciation de la valeur locative (à savoir notamment, les caractéristiques du local, les facteurs locaux de commercialité ou les prix couramment pratiqués dans le voisinage).

D'une manière générale, le loyer-plafond est alors déterminé en tenant compte du loyer en vigueur à la prise d'effet du bail échu auquel est appliquée la variation de l'indice INSEE du coût de la construction.

Ce mode de calcul ne pose aucune difficulté lorsque le loyer en vigueur, lors de la prise d'effet du bail à renouveler, est identique à celui acquitté par le preneur au cours du bail.

En revanche, la question s'est posée de savoir quel devait être le loyer à prendre en considération en présence de baux dont le loyer avait fait l'objet d'une évolution contractuelle forfaitaire et progressive (baux dits « à palier ») ou d'aménagements particuliers entre les parties (minoration du loyer au cours des premières années afin de faciliter les débuts d'exploitation du preneur ou pour tenir compte notamment de travaux d'aménagement des locaux par celui-ci).

Les juges du fond paraissent alors partagés entre une application distributive du coefficient au montant du loyer appliqué pour chaque période (CA Paris, 29 avril 1986) et la seule prise en compte du loyer d'origine (pour un exemple, CA Paris, 29 avril 1986 : D. 1986, *inf. rap.* p. 344).

La Cour de cassation vient très clairement de se prononcer en faveur de cette seconde solution (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 mai 2006, n<sup>o</sup> 05-11.685).

Dans cette affaire, le loyer contractuel avait été minoré par le bailleur pour tenir compte de travaux de rénovation engagés par le preneur. Celui-ci avait alors soutenu qu'à l'expiration du bail d'origine, il convenait de se référer au montant du loyer réellement acquitté lors de la prise d'effet du bail et non à celui fixé contractuellement.

Aux termes de sa décision en date du 17 mai 2006, la Cour de Cassation a rejeté cet argument en jugeant que, pour calculer le loyer-plafond, il convenait d'appliquer la variation indiciaire au loyer contractuellement fixé par les parties lors de la prise d'effet du bail à renouveler.

Afin d'éviter tout litige lors de chaque renouvellement, les parties devront préciser dans leur convention que le loyer de référence dans le cadre de la révision triennale ou lors du renouvellement est celui initialement fixé et non pas celui qui résulterait d'une minoration consentie en fonction de circonstances particulières.

- **Bail dérogatoire : qualification et renouvellement**

Bien que la durée du bail commercial soit en principe de neuf ans, les parties peuvent conclure un bail dit dérogatoire, pour une durée au plus égale à deux ans, excluant l'application du statut des baux commerciaux et ses dispositions d'ordre public, cette dérogation étant prévue par l'article L. 145-5 alinéa 1 du Code de commerce.

\* Afin d'éviter tout risque de requalification, les parties doivent manifester une volonté claire et non équivoque de déroger au statut des baux commerciaux. A cet égard, les juges avaient tendance à se référer uniquement à la durée de la convention pour déduire la volonté des parties de ne pas appliquer le statut.

Toutefois, l'article L. 145-5 du Code de commerce n'énonce pas qu'un bail de deux ans au plus est nécessairement exclu du statut des baux commerciaux. Il ne fait qu'indiquer que les parties ont la possibilité d'échapper au statut des baux commerciaux en concluant un bail de cette durée.

L'interprétation stricte de cet article a été confirmée par la Cour de cassation qui a précisé que la seule indication d'une durée inférieure à deux ans ne suffisait pas à caractériser la volonté des parties de conclure un bail dérogatoire (Cass. 3e civ., 2 févr. 2005, n° 03-19.541).

Les parties devront donc bien veiller à rédiger la convention de bail dérogatoire de telle sorte que leur volonté d'échapper aux dispositions du statut des baux commerciaux apparaisse clairement, la seule indication d'une durée au plus égale à deux ans ne suffisant pas.

\* Il importe également de rappeler que l'article L. 145-5 alinéa 3 du Code de commerce interdit tout renouvellement d'un bail de courte durée.

Ainsi, lorsque le preneur est laissé en possession à l'expiration du bail dérogatoire, un bail soumis au statut des baux commerciaux prend effet de plein droit.

La dérogation statutaire est ainsi autorisée uniquement dans la perspective de la conclusion d'un bail unique qui ne peut être ni reconduit ni renouvelé et ce, même si la durée totale des baux ultérieurs consentis ne dépasse pas le délai de deux ans.

Sur ce dernier point, la Cour de cassation a rappelé ce principe en censurant une cour d'appel qui avait considéré que la volonté des parties était de conclure un bail dérogatoire pour un délai inférieur à vingt-quatre mois alors que le bail stipulait une durée de onze mois et que le locataire s'était maintenu dans les lieux à l'expiration de ce bail sans contestation du bailleur (Cass. 3e civ., 21 mars 2006, n° 95-10.149).

La Cour d'appel avait motivé sa décision en invoquant une erreur de plume du notaire rédacteur de l'acte qui avait indiqué que la location pourrait être renouvelée à l'expiration de la période de onze mois pour une durée d'un an, la durée du bail d'origine et celle du bail renouvelé étant alors encore inférieures à deux ans.

La Cour de cassation a toutefois rejeté cette motivation en appliquant dans cette affaire une solution conforme à sa jurisprudence sur les conséquences du maintien en possession du preneur à l'expiration du bail dérogatoire.

Il importe de rappeler que dans un tel contexte, le loyer du bail statutaire prenant effet à la suite du maintien dans les lieux du preneur doit être fixé à la valeur locative (Cass. 3ème civ., 14 déc. 2005 n° 05-12.587), les autres clauses et conditions de la convention initiale demeurant applicables sauf si elles contreviennent aux dispositions d'ordre public du statut.

## CONCURRENCE

### La Commission européenne adopte une nouvelle méthode de calcul des sanctions pécuniaires

Forte de huit années de mise en œuvre des lignes directrices de 1998 sur le calcul des amendes, la Commission européenne a, le 26 juin 2006, adopté une nouvelle méthodologie pour le calcul des amendes infligées aux entreprises qui contreviennent aux dispositions du traité CE interdisant les ententes (article 81 du traité) et les abus de position dominante (article 82). Celle-ci est précisée dans de nouvelles lignes directrices<sup>1</sup>, dont l'objectif annoncé est de renforcer l'effet dissuasif des amendes prononcées aux fins d'un respect accru des règles de concurrence.

Pour déterminer le montant de l'amende, la Commission maintient le principe de la fixation d'un montant de base, qu'elle ajuste, le cas échéant, en fonction de circonstances atténuantes ou aggravantes.

#### *Montant de base*

Depuis 1998, le montant de base était fixé en fonction d'une somme forfaitaire selon le type d'infraction. Désormais, le montant de base de l'amende consiste en une part de la valeur des ventes de l'entreprise concernée, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, et multipliée par le nombre d'années d'infraction.

La valeur des ventes à prendre en considération est celle des biens vendus ou des services réalisés par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur de l'Espace Economique Européen (« l'EEE »)<sup>2</sup>. Il sera normalement tenu compte des ventes réalisées durant la dernière année complète de la participation à l'infraction.

La Commission précise qu'en règle générale, la proportion de la valeur des ventes prises en compte sera fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30%, en fonction notamment de critères tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction et son degré de mise en œuvre.

<sup>1</sup> Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2 a) du règlement n°1/2003, JOCE C 210/2 du 1<sup>er</sup> septembre 2006.

<sup>2</sup> En cas d'infraction dépassant le territoire de l'EEE, la Commission peut toutefois retenir la part de chaque entreprise sur le marché (plus vaste que l'EEE) et appliquer cette part aux ventes agrégées des entreprises participant à l'infraction à l'intérieur de l'EEE. Le résultat sera utilisé à titre de valeur des ventes aux fins de la détermination du montant de base de l'amende.

En outre, pour les infractions les plus graves (ententes horizontales de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de la production), la Commission ajoutera, dans le calcul du montant de base, une somme supplémentaire comprise entre 15% et 25% de la valeur des ventes des entreprises concernées et ce, même si l'infraction a été de courte durée.

#### *Ajustements*

En cas de récidive, y compris dans le cadre d'une infraction constatée par une autorité nationale, la Commission pourra doubler le montant de base par infraction constatée. Ce montant sera également augmenté en cas de refus de coopérer ou d'obstruction pendant le déroulement de l'enquête, ou lorsqu'une entreprise a joué un rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction (notamment si des mesures de rétorsion ont été mises en œuvre).

La Commission pourra réduire le montant de base de l'amende notamment lorsque l'entreprise concernée prouve qu'elle a mis fin à l'infraction (sauf en cas de cartel secret), a agi par négligence ou n'a pas appliqué les accords illicites.

#### *Augmentation spécifique en vue du caractère dissuasif*

Afin d'assurer que les amendes présentent un effet suffisamment dissuasif, la Commission pourra augmenter l'amende à imposer aux entreprises dont le chiffre d'affaires, au delà des biens et services auxquels l'infraction se réfère, est particulièrement important. En outre, la Commission majorera la sanction afin que celle-ci soit supérieure au montant des gains illicites (surprofits) réalisés grâce à l'infraction, lorsqu'une telle estimation est possible.

Il est rappelé que le montant de l'amende infligée par la Commission ne peut en tout état de cause excéder 10 % du chiffre d'affaires global réalisé par chaque entreprise participant à l'infraction au cours de l'exercice social précédent<sup>1</sup>.

## **Première application de la procédure de clémence par le Conseil de la concurrence**

La dénonciation de deux cartels nationaux dans le secteur de la fabrication de portes a donné au Conseil de la concurrence<sup>2</sup> l'occasion de faire application pour la première fois, depuis son introduction par la loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques, de la procédure de clémence (une vingtaine de demandes sont en cours de traitement).

Prévue à l'article L. 464-2, IV du Code de commerce, la clémence est une procédure dont le but est d'introduire une insécurité permanente au sein de cartels en incitant, par une exonération totale ou partielle d'amendes, les entreprises ayant participé à une entente anticoncurrentielle d'y mettre fin et de la dénoncer aux autorités de concurrence.

En l'espèce, neuf entreprises agissant dans le secteur de la fabrication de portes ont été sanctionnées pour des pratiques d'ententes sur les prix, pour un montant total de 5 millions d'euros. La société à l'origine de la démarche de clémence encourait une sanction de 1,25 million d'euros.

Ayant été la première à porter l'existence de ce cartel à la connaissance des autorités de concurrence, l'entreprise qui a sollicité l'application de la procédure de clémence a pu bénéficier d'une exonération totale de sanction pécuniaire. Le Conseil a en effet retenu que celle-ci a : (i) fourni aux autorités de concurrence des éléments probants contribuant à établir la réalité de l'infraction et à en identifier les auteurs, (ii) fait preuve d'une coopération totale avec les autorités à tous les stades de la procédure, (iii) s'est abstenue de prendre des mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer aux infractions, (iv) a cessé de mettre en œuvre les pratiques d'entente à compter de l'ouverture de la procédure, et (v) s'est abstenue de prévenir les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées.

Le Conseil de la concurrence a publié, dans un communiqué de procédure, les conditions d'application et de mise en œuvre de la procédure de clémence sur son site<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Article 23 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à l'application des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE.

<sup>2</sup> Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006.

<sup>3</sup> « Communiqué de procédure du 11 avril 2006 : le programme français de clémence » disponible sur le site du Conseil de la concurrence : [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr)

## PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

### Loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

La loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, adoptée le 30 juin 2006 par le Parlement, a finalement été promulguée le 1<sup>er</sup> août 2006 (après avis du Conseil Constitutionnel saisi sur certaines de ses dispositions).

Cette loi opère une réforme importante du droit d'auteur et des droits voisins en France. Son objet principal est la transposition de la directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. La réforme a cependant été l'occasion d'apporter d'autres modifications au Code de la propriété intellectuelle.

En substance, la loi :

- introduit de nouvelles exceptions (limitées) aux droits d'auteurs et droits voisins, et ajuste le régime de la rémunération pour copie privée,
- transpose le régime des « *mesures techniques de protection et d'information* »,
- introduit et renforce certaines dispositions procédurales et pénales, notamment relatives à la contrefaçon sur l'Internet,
- précise pour la première fois le régime des oeuvres créées par les agents publics,
- introduit un mécanisme de crédit d'impôt pour dépenses de production d'œuvres phonographiques,
- adapte le régime du droit de suite,
- modifie le régime du dépôt légal,
- et modifie certaines dispositions relatives aux sociétés d'auteurs.

Nous reviendrons en détail sur ses principales dispositions dans notre prochaine lettre d'information juridique.

### L'action douanière – un mode d'action pour lutter contre la contrefaçon

Le dernier rapport<sup>1</sup> émis par l'Union des Fabricants (association de lutte anti-contrefaçon) fait état, chiffres à l'appui, de l'augmentation considérable de la contrefaçon.

Ainsi, si la contrefaçon représentait 5% du commerce mondial en 2000, elle en aurait représenté environ 10% en 2005. Le montant des profits générés par la contrefaçon dans le Monde est estimé à 400 milliards d'euros par an.

Pour la France seule, la contrefaçon représenterait, par an, une perte financière de 6 milliards d'euros et conduirait à la suppression de 30.000 emplois. Ce fléau connaît une amplification sans précédent, avec une augmentation des produits saisis par les douanes qui ont quintuplé en l'espace de trois ans.

Par ailleurs, la contrefaçon, longtemps essentiellement cantonnée aux produits de luxe, touche désormais tous les secteurs d'activité (vêtements, médicaments, pièces détachées, alimentation, cigarettes, alcools, cosmétiques, jouets, électronique, etc.). Ainsi, une entreprise sur deux serait victime de la contrefaçon.

Enfin, le rapport insiste également sur la forte internationalisation de la contrefaçon. Ainsi, il est de plus en plus fréquent que des produits contrefaisants soient partiellement fabriqués dans un premier pays, assemblés dans un deuxième, transitent par un troisième pour être finalement commercialisés dans un quatrième.

Or, les faits démontrent que la France est fréquemment l'un de ces quatre pays.

#### 1. Enjeux de la contrefaçon pour les titulaires de marques

Face à ce fléau, la réalité économique oblige les titulaires de marques à adopter une politique de lutte active contre la contrefaçon.

De même, la réalité juridique oblige les titulaires de marques à agir, en vue de protéger ces actifs que sont leurs droits de propriété intellectuelle. En effet, faute d'action, ils risquent de voir leurs marques perdre leur pouvoir attractif, voire devenir usuelles, ce qui a pour effet de leur ôter toute protection légale (article L. 714-6 du Code de la propriété intellectuelle « CPI »).

<sup>1</sup> « Rapport contrefaçon et criminalité organisée - 3<sup>ème</sup> édition », Union des Fabricants, 2005, consultable sur le site [www.unifab.com](http://www.unifab.com).

Les préjudices subis par ces derniers sont considérables :

- préjudice de contrefaçon, résultant de l'atteinte au droit privatif de titularité des marques,
- préjudice d'image, résultant notamment de la perte de valeur attractive et de l'affaiblissement du caractère distinctif des marques,
- préjudice commercial, résultant notamment de la perte de chiffre d'affaires et de la désorganisation de réseaux de distribution.

## 2. Moyens d'action offerts aux titulaires de marques

Les titulaires de marques optent le plus souvent pour une action devant les juridictions civiles.

Il existe un moyen alternatif, tout aussi efficace, de réagir face à ces importations de produits contrefaisants : agir devant les juridictions correctionnelles, la contrefaçon étant un délit pénal.

En effet, le règlement CE n°1383/2003 du 22 juillet 2003, applicable à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2004, l'article L. 716-8 du CPI et les articles 38, 215 et 215 bis du Code des douanes donnent droit aux titulaires de marques d'agir devant les juridictions correctionnelles, de concert avec la Direction Générale des Douanes et Droits Indirects (DGDDI).

Cette procédure permet d'agir « à la source », c'est-à-dire à l'entrée de ces produits sur le territoire français, que ce soit à la frontière, dans un port ou un aéroport.

De même, une action pénale a bien souvent un effet plus dissuasif qu'une action civile. En effet, les contrefacteurs encourent :

- une amende maximale de 400.000 euros (article L. 716-9 du CPI),
- une peine de prison maximale de quatre ans (article L. 716-9 du CPI),
- la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée maximale de cinq ans de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction (article L. 716-11-1 du CPI),
- la confiscation ou la destruction des produits contrefaisants (article L. 716-14 du CPI).

Ces peines se cumulent aux dommages intérêts qui peuvent être alloués aux titulaires de marques en réparation des préjudices qu'ils ont subis.

### 2.1. Formalités préalables à la saisine des services douaniers

Afin de bénéficier du concours des autorités douanières, il convient d'adresser à la DGDDI une demande d'intervention.

Aux termes de l'article R. 716-1 du CPI, cette demande d'intervention, gratuite, prend la forme d'un dossier comprenant notamment :

- les justificatifs de droits sur les marques,
- la description des produits fabriqués, éventuellement accompagnée d'échantillons de ces produits,
- la liste des fournisseurs/revendeurs agréés,
- l'indication du ou des lieux de fabrication des marchandises,
- la copie du contrat accordant au demandeur le bénéfice d'un droit d'exploitation des marques,
- les informations relatives aux itinéraires utilisés pour le trafic,
- les différences techniques entre les marchandises authentiques et les marchandises suspectes,
- les informations dont le demandeur pourrait disposer concernant le type de fraude,
- le nom de la personne mandatée, à prévenir en cas de saisie de produits contrefaisants.

L'efficacité de ce type de procédure dépend essentiellement du soin qui aura été apporté à la constitution de cette demande d'intervention ; plus les renseignements seront détaillés (notamment en ce qui concerne les caractéristiques des produits revêtus de la marque) plus l'intervention des services douaniers sera facilitée.

Une fois accepté par la DGDDI, ce dossier est transmis à tous les services douaniers de France. Cette demande d'intervention est valable un an et renouvelable.

Les services douaniers peuvent alors, en connaissance de cause, saisir les produits dont l'authenticité leur paraît suspecte et en avertir les titulaires de marques ou leurs mandataires.

### 2.2. Suites de la saisine des services douaniers

Lorsqu'ils ont en main des produits dont l'authenticité leur paraît suspecte, les services douaniers peuvent décider de les « retenir », en application de l'article L. 716-8 du CPI.

Après avoir été informés de cette retenue, les mandataires des titulaires de marques doivent, dans les dix jours à compter de la notification de la retenue :

- (i) confirmer le caractère contrefaisant de ces marchandises,
- (ii) justifier auprès des services douaniers qu'ils se sont pourvus par la voie civile ou la voie correctionnelle (par voie de citation directe ou par voie de plainte avec constitution de partie civile déposée entre les mains du doyen des juges d'instruction du tribunal correctionnel compétent).

Si ce délai de dix jours, n'est pas respecté, il entraîne la mainlevée et la restitution des marchandises au présumé contrefacteur, le délai est donc jugé trop court.

Si les formalités sont effectuées dans le délai imparti, les marchandises sont bloquées jusqu'à ce qu'un tribunal correctionnel ait statué sur leur sort.

Une fois l'action introduite, le juge d'instruction fixera une éventuelle consignation. L'objet de cette consignation est de garantir le paiement de l'amende civile pouvant être prononcée à l'encontre du demandeur si sa citation directe ou sa plainte avec constitution de partie civile est jugée abusive ou dilatoire (article 392-1 du Code de procédure pénale).

Dès lors, le titulaire des marques contrefaites pourra, en sa qualité de partie civile, participer à l'instruction qui sera menée. Il aura ainsi accès au dossier d'instruction.

\* \* \*

L'action douanière permet donc aux titulaires de marques d'agir efficacement à l'encontre des contrefacteurs, en s'assurant que les produits contrefaisants n'investiront pas le marché.

L'efficacité de cette procédure est précisément due à la collaboration entre les titulaires de marques et les services douaniers. Ces derniers, qui obtiennent déjà d'excellents résultats, rempliront leur mission encore plus efficacement si les titulaires de marques leurs en donnent les moyens.

## LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET

### • FUSIONS ET ACQUISITIONS

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

### • CAPITAL INVESTISSEMENT ET LBO

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

### • DROIT DES SOCIETES

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

### • DROIT BOURSIER

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

### • BANQUE ET FINANCE

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

### • CONTRATS COMMERCIAUX / DROIT ECONOMIQUE

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

### • PUBLICITE / MARKETING

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

### • DROIT SOCIAL

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

### • CONTENTIEUX / ARBITRAGE INTERNATIONAL

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

### • DROIT IMMOBILIER

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

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

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

### • INFORMATIQUE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

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

### • PROPRIETE INTELLECTUELLE

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

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

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

### • TELECOMMUNICATIONS

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

### • PROCEDURES COLLECTIVES

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

### UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS

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

### ISO 9001

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

31, avenue Hoche  
75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00  
Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

22, rue Croix-Baragnon  
31000 Toulouse

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

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