



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

Comme nos précédentes Newsletters, 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 et en japonais**

**BERSAY & ASSOCIES**  
Société d'Avocats

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

<http://www.bersay-associes.com>  
<mailto:contact@bersay-associes.com>

**SOMMAIRE**

**DROIT DES SOCIETES / DROIT FINANCIER ..... 2**

La réforme des conditions de rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'Etat ou bénéficiant du soutien de l'Etat du fait de la crise économique ..... 2

**CONTENTIEUX ARBITRAGE ..... 3**

Procédure civile : Sur la nécessité de former un appel incident par écrit dans le cadre d'une procédure orale ..... 3

**CONCURRENCE/DISTRIBUTION ..... 3**

Contrôle des concentrations : une entreprise cédante a été considérée comme acquérant le contrôle conjoint de l'entreprise cédée en raison de droits spécifiques et d'accords commerciaux étroits ..... 4

L'interdiction absolue des ventes liées est contraire au droit communautaire ..... 4

**DROIT IMMOBILIER ..... 5**

Le point sur les pénalités de retard en matière de marchés de travaux. .... 5

**DROIT SOCIAL ..... 6**

Bonus et primes variables doivent être justifiés par des éléments objectifs ..... 6

**PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES ..... 7**

Le Tribunal de grande instance de Paris condamne Dailymotion pour contrefaçon de droit d'auteur et de droits voisins ..... 7

**LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET ..... 9**

## **DROIT DES SOCIÉTÉS / DROIT FINANCIER**

### **La réforme des conditions de rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'Etat ou bénéficiant du soutien de l'Etat (Décret n°2009-348 du 30 mars 2009)**

Le gouvernement a décidé d'encadrer les rémunérations des dirigeants.

C'est ainsi que le décret n°2009-348 du 30 mars 2009 (le « Décret ») fixe les conditions de rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'Etat ou bénéficiant du soutien de l'Etat du fait de la crise économique et des responsables des entreprises publiques, et ce jusqu'au 31 décembre 2010. Le Décret est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2009.

Il expose trois situations, celle des entreprises bénéficiant du soutien exceptionnel de l'Etat (1), celle des entreprises publiques (2), et celle du fonds stratégique d'investissement (3).

Par ailleurs, les entreprises privées dont les actions sont cotées sur un marché réglementé doivent respecter et appliquer le code de gouvernance AFEP-MEDEF (4).

#### **1. Les entreprises bénéficiant du soutien exceptionnel de l'Etat**

Le Décret vise les banques auxquelles l'Etat a apporté des fonds propres par l'intermédiaire de la Société de Prise de Participation de l'Etat (SPPE) ainsi que les quatre constructeurs automobiles qui ont reçu des prêts de l'Etat dans le cadre du Pacte automobile.

L'article 1 du Décret prévoit que « *le recours aux émissions d'actions, d'actions de préférence ou de titres super-subordonnés souscrits par la SPPE, ainsi que le bénéfice des prêts accordés par l'Etat aux constructeurs automobiles sont subordonnés à la conclusion d'une convention avec l'entreprise bénéficiaire* ».

Dans le cadre de ces conventions, l'entreprise bénéficiant du soutien exceptionnel de l'Etat s'interdit d'accorder des stock-options ou des actions gratuites aux président du conseil d'administration, directeur général, directeur général délégué, membre du directoire, président du conseil de surveillance ou gérant. En outre, il est fait obligation au conseil d'administration/de surveillance d'autoriser les éléments variables de la rémunération des dirigeants pour une période qui ne peut excéder une année, en fonction des critères de performance quantitatifs et qualitatifs, préétablis et non liés au cours de bourse.

Si la situation de l'entreprise la conduit à procéder à des « *licenciements de forte ampleur* », l'entreprise se voit interdire d'attribuer ou de verser ces éléments de rémunération.

#### **2. Les entreprises publiques**

L'article 4 du Décret dispose que « *le ministre chargé de l'économie veille à ce que les entreprises publiques dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé respectent des règles et principes de gouvernance d'un haut niveau d'exigence éthique* ».

Ces règles et principes sont :

- le directeur général ou le président du directoire qui aurait le statut de salarié y renonce au plus tard lors du renouvellement de son mandat ;
- les éléments variables de la rémunération des dirigeants sont autorisés par le conseil d'administration dans les mêmes conditions qu'au point 1 ci-dessus ;
- si une indemnité de départ est prévue, elle est fixée à un montant inférieur à deux années de rémunération et versée seulement en cas de départ contraint, à la condition que le bénéficiaire remplisse des critères de performance suffisamment exigeants. En outre, elle n'est pas versée quand l'entreprise connaît des difficultés économiques graves.

#### **3. Le fonds stratégique d'investissement (« FSI »)**

Le Décret impose au Ministre de l'économie de veiller à ce que le FSI prenne en compte, dans sa politique d'investissement et dans le cadre de sa participation à la gouvernance des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé dans lesquelles il investit, le respect des règles et principes visés au point 2 ci-dessus.

#### **4. Les entreprises privées**

S'agissant des entreprises qui n'ont pas reçu d'aides de l'Etat, le Premier ministre a déclaré qu'elles devaient se conformer au code de gouvernance AFEP-MEDEF.

Il convient de rappeler que le Code de gouvernement d'entreprise AFEP/MEDEF s'appliquent aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

Conformément à la loi, l'application du Code est contrôlée par l'Autorité des Marchés Financiers dans son rapport annuel sur la gouvernance publié dès la fin des assemblées générales des sociétés cotées.

Enfin, le gouvernement a invité l'AFEP et le MEDEF à instituer un « Comité des Sages » chargé de veiller à ce que les dirigeants mettant en œuvre un plan social ou ayant recours au chômage partiel reconsidèrent leur rémunération.

## CONTENTIEUX ARBITRAGE

### **Procédure civile : Sur la nécessité de former un appel incident par écrit dans le cadre d'une procédure orale (Cass. mixte, 13 mars 2009, M. Stéphane Contargyris c/ M. Vincent Bourgeois)**

Dans le cadre d'une procédure orale devant la Cour d'appel, telle qu'une procédure engagée en matière prud'homale ou ordinale, il est traditionnellement admis que le désistement formulé par écrit antérieurement à l'audience a un effet extinctif sur l'instance, avant même qu'il ait été porté à la connaissance de l'intimé.

Cette solution doit toutefois se combiner avec la règle de l'antériorité prévue à l'article 401 du Code de procédure civile (« CPC »), qui dispose que *"le désistement de l'appel n'a besoin d'être accepté que s'il contient des réserves ou si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente"*. Ce texte est commun à la procédure écrite et orale.

Dès lors, dans l'instance d'appel, tant que l'intimé n'a pas formé de demande incidente, l'instance initiée par l'appel principal présente encore un caractère unilatéral. L'appelant qui aurait pu ne pas interjeter appel doit donc pouvoir s'en désister librement. En revanche, dès que l'intimé a formé une demande incidente, l'instance est liée et l'appelant ne peut plus se désister de son appel contre le gré de l'intimé dont l'acceptation devient nécessaire.

Si en procédure écrite, la chronologie des actes suffit à régler la question de l'antériorité, la question est plus délicate en procédure orale pour les plaideurs car la règle de l'antériorité doit encore se combiner avec le principe formulé par l'article 440 du CPC selon lequel le demandeur, soit ici l'appelant, a la parole le premier.

Ainsi, la chambre sociale et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en avaient déduit que la lettre contenant désistement de l'appel principal parvenue au greffe avant l'audience avait produit immédiatement son effet extinctif et qu'il s'ensuivait que la demande reconventionnelle de l'intimé était nécessairement postérieure dès lors qu'elle n'avait pu être formulée qu'à l'audience en raison du caractère oral de la procédure (Soc., 17 mai 2005, Bull., V, n° 168, Civ. 2, 12 octobre 2006, Bull., II n° 266).

Dès 2006, la chambre sociale s'est orientée vers une solution contraire en jugeant que lorsqu'un employeur licencie un salarié et saisit la juridiction prud'homale d'une demande dirigée contre ce salarié, ni son désistement, ni la règle de l'unicité de l'instance (qui oblige les parties à traiter l'ensemble

de leurs demandes au cours de l'instance), ne peuvent faire obstacle au droit du salarié de contester en justice son licenciement (Soc., 7 juin 2006, Bull., V, n° 211).

La chambre sociale a précisé sa position par un arrêt de principe (Soc., 14 mars 2007, Bull., V, n° 49) en affirmant *"que lorsqu'un appel incident a été formulé par un écrit déposé ou adressé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'exigence d'un procès équitable impose, au regard du principe de l'unicité de l'instance prud'homale, que le désistement soit accepté par l'auteur de l'appel incident"*.

Cette divergence entre la deuxième chambre civile d'une part et la chambre sociale de la Cour de cassation d'autre part, vient d'être finalement tranchée par un arrêt du 13 mars 2009 de la Chambre mixte de la Cour de cassation, sur renvoi de la deuxième chambre civile, qui a approuvée la solution adoptée dès 2006 par la chambre sociale.

La chambre mixte a, dans cet arrêt, considéré *« que, lorsque dans une procédure orale une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'égalité des armes et l'exigence d'un procès équitable imposent qu'il soit statué sur la demande incidente soutenue à l'audience »*.

La Cour de cassation a ainsi souhaité éviter que l'appelant à titre principal ait la maîtrise de l'instance jusqu'à l'audience. En effet, en interjetant un appel principal, l'appelant conserverait la possibilité de neutraliser l'action de son adversaire à tout moment en se désistant de son recours. En conséquence, la prétention de l'appelant à titre incident ne serait pas tranchée par la juridiction du fond.

Toutefois, la Cour de cassation pose deux conditions strictes à la recevabilité de l'appel ou de la demande incident(e) : il (elle) doit avoir été déposé(e) par écrit au greffe de la juridiction et ce dépôt doit avoir eu lieu antérieurement au désistement d'appel principal.

Si ces deux conditions cumulatives sont réunies dans le cadre d'une procédure orale, le désistement d'appel principal ne pourra alors mettre fin à l'instance que s'il est accepté par l'appelant à titre incident. Sur ce point, la procédure orale s'aligne sur la procédure écrite.

Par conséquent, la chambre mixte de la Cour consacre ainsi la place de l'écrit dans le cadre d'une procédure orale sous couvert des principes de l'égalité des armes et de l'exigence d'un procès équitable.

## **CONCURRENCE/DISTRIBUTION**

### **Contrôle des concentrations : une entreprise cédante a été considérée comme acquérant le contrôle conjoint de l'entreprise cédée en raison de droits spécifiques et d'accords commerciaux étroits**

Dans une décision du 27 avril 2009 (publiée au BOCCRF du 27 avril 2009), le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a considéré que deux entreprises pouvaient détenir un contrôle conjoint alors même que l'une d'entre elle, la société cédante, ne conservait qu'une seule action au capital des sociétés cédées.

En l'espèce, un brasseur (Inbev) a cédé dix sociétés, représentant son activité de distribution en France, à la société Bertrand Distribution. La cession était accompagnée d'un accord commercial à long terme, conduisant à rendre Inbev fournisseur quasi-exclusif - à 70-80% - des sociétés cédées.

Le ministre a considéré que « *si cette opération se présente prima facie comme une désintégration verticale (Inbev France cédant son réseau de distribution à un opérateur indépendant), la présente concentration s'accompagne d'un accord commercial d'une durée extrêmement longue ([10-15] ans) permettant au vendeur d'exercer une influence déterminante sur les sociétés cédées* ».

Cet accord commercial comporte, notamment, des clauses permettant au vendeur de suivre avec précision l'activité de distribution des sociétés cédées (remontées d'informations régulières et détaillées des statistiques de ventes), un engagement d'objectifs d'achats soumis à des pénalités en cas de non-réalisation, et une avance-client compensée par le montant de la rémunération due par le cédant au titre de la commercialisation des bières.

En outre, le brasseur dispose, aux termes des nouveaux statuts, d'un droit de veto sur certaines décisions, qui lui permet de s'assurer de la continuité de l'accord conclu en cas de changement de contrôle des sociétés cédées.

Le ministre a estimé que, compte tenu de leur ampleur, ces dispositions ne remplissaient pas les conditions de « restrictions accessoires » au sens de la communication de la Commission européenne du 5 mars 2005 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration.

Le ministre a conclu que bien qu'il y ait cession des parts sociales, l'accord commercial confère à Inbev un contrôle conjoint avec la société Bertrand Distribution sur les sociétés cédées.

Rappelons que l'autorité désormais compétente en matière de contrôle des concentrations est l'Autorité de la concurrence, qui a rendu sa première décision le 28 avril 2009.

### **L'interdiction absolue des ventes liées est contraire au droit communautaire**

La Cour de Justice des Communautés européennes a rendu, le 23 avril 2009, un arrêt important car susceptible de remettre en cause un pan significatif de la réglementation française des pratiques commerciales et, en premier lieu, l'interdiction de la pratique des ventes liées ou subordonnées.

La Cour de Justice a en effet statué sur deux questions préjudicielles posées par le Tribunal de commerce d'Anvers, relatives à l'interprétation de la directive européenne n°2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs du 11 mai 2005.

Cette directive, qui vise à harmoniser les législations nationales, se fixe comme objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs.

En l'espèce, la société Total Belgium, qui distribue notamment du carburant dans des stations-services, offrait depuis le début de l'année 2007 aux consommateurs détenteurs d'une carte Total Club, trois semaines gratuites d'assistance au dépannage pour l'achat d'au moins 25 litres de carburant pour une voiture ou 10 litres pour un cyclomoteur. Une société active dans le secteur de l'assistance au dépannage, VTB, a saisi le juge national afin qu'il ordonne à Total Belgium de cesser cette pratique.

De façon similaire, une société exploitant un magasin de lingerie en Belgique s'opposait à l'éditeur d'un périodique, dont un numéro était accompagné d'un carnet donnant droit à une remise sur des produits vendus dans certains magasins de lingerie.

Dans les deux cas, les sociétés plaignantes affirmaient que ces pratiques constituaient des « *ventes conjointes* » interdites (sauf certaines exceptions) par la loi belge du 14 juillet 1991.

Les défenderesses ont fait valoir qu'une telle législation était contraire à la directive n°2005/29/CE. Celle-ci établit en effet deux niveaux de pratiques commerciales déloyales ou trompeuses. Certaines sont en effet considérées comme étant « *déloyales en toutes circonstances* » et sont listées de façon exhaustive dans une annexe I. D'autres ne sont considérées comme trompeuses ou déloyales que replacées « *dans [leur] contexte factuel* ».

Les offres conjointes ne figurant pas dans la liste exhaustive des pratiques déloyales en toutes circonstances, la Cour a donc affirmé que la directive s'oppose à une réglementation nationale qui interdit « toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur (...) sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce ».

Cette interprétation condamne donc, en application du principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national et du principe d'interprétation conforme, l'article L.122-1 du Code de la consommation, à tout le moins tel qu'il était appliqué avant la décision de la Cour de Justice. Cet article prohibe, en effet, les ventes liées en toutes circonstances puisqu'il interdit « de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ». Le gouvernement français a d'ailleurs tenté de faire valoir, devant la Cour de Justice, que la directive n'empêchait pas les Etats membres d'adopter un standard plus élevé de protection des consommateurs, ce que la Cour a refusé, au nom de l'harmonisation des législations.

La Cour d'appel de Paris a d'ores et déjà explicitement tiré les conséquences de l'arrêt de la Cour de Justice dans un arrêt du 14 mai 2009. Dans une affaire opposant France Telecom et Orange Sports à Free, Neuf Cegetel et à L'Association de la Ligue de Football Professionnelle, la Cour d'appel a considéré que « l'article L.122-1 du Code de la consommation, qui établit le principe de l'interdiction des ventes subordonnées, alors même que de telles pratiques ne sont pas visées à l'annexe I de la directive – laquelle énumère de manière exhaustive les seules pratiques commerciales interdites en toutes circonstances, comme telles dispensées d'un examen au cas par cas - se heurte au régime institué par la directive ». La Cour d'appel a dès lors procédé à une interprétation des faits à la lumière des critères posés par la directive nécessaires à l'établissement d'une « pratique commerciale déloyale » ou « réputée agressive ».

Au-delà même des seules ventes liées ou subordonnées, l'interprétation adoptée par la Cour de Justice pourrait trouver à s'appliquer également à certaines pratiques commerciales déloyales visées aux articles L.120-1 et suivants du Code de la consommation (ce pourrait ainsi être le cas des ventes dites « à la boule de neige »), qui ne sont pas listées dans l'annexe I de la directive n°2005/29/CE.

## DROIT IMMOBILIER

### Le point sur les pénalités de retard en matière de marchés de travaux

Dans les marchés de travaux, les parties peuvent insérer des clauses visant à sanctionner les retards dans le paiement des travaux et dans la livraison de l'ouvrage.

La Cour de cassation a récemment réaffirmé la rigueur avec laquelle elle entendait appliquer le régime légal des pénalités de retard de paiement **(1)**. Quant au Conseil d'Etat, il s'est intéressé à la question de la modulation des pénalités de retard dans la livraison de l'ouvrage **(2)**.

#### 1. Les pénalités de retard de paiement sont dues de plein droit.

L'introduction, par la loi dite NRE du 15 mai 2001, des articles L. 441-6 dans le Code de commerce et 98 dans le Code des marchés publics avait pour but annoncé de transposer la directive communautaire 2000/35/CE du 29 juin 2000, relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions.

Ces articles encadrent, respectivement pour les marchés de travaux privés et publics, les délais de paiement et les taux d'intérêt des pénalités de retard de paiement.

Force est de constater que la lutte entreprise fut menée avec entrain par le législateur national. En effet, il résulte de l'article L. 441-6 du Code de commerce qu'il est impossible de déroger contractuellement aux délais maximum de paiement prévus et aux taux d'intérêts minimum fixés pour les pénalités de retard, alors même que les dispositions communautaires permettaient une telle dérogation.

Ainsi que l'a rappelé le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, cette réglementation rigoureuse s'inscrit dans « une démarche globale visant à réduire significativement les délais de paiement dans le secteur public comme dans le secteur privé, pour aider au développement des PME. »<sup>1</sup>

Dans la droite ligne du régime strict édicté par la loi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé, dans un arrêt en date du 3 mars 2009 (n°07-16.527) rendu au visa de l'article L. 441-6 du Code de commerce, qu'en raison de « considérations d'ordre public particulièrement impérieuses [...] les pénalités de retard pour non paiement des factures sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats. »

<sup>1</sup> Réponse à la question écrite n°36706, JO Assemblée nationale du 24 mars 2009

En ce sens, rappelons que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a augmenté le taux d'intérêt minimum des pénalités de retard pour les contrats conclus après le 1<sup>er</sup> janvier 2009 : le taux minimum est de trois fois le taux d'intérêt légal (contre 1,5 fois auparavant).

## **2. Le juge administratif peut moduler le montant des pénalités de retard.**

Par un arrêt de revirement en date du 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, le Conseil d'Etat a considéré qu'il « *est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché.* »

Jusqu'à cette décision, la jurisprudence classique du Conseil d'Etat, exprimée encore dans un arrêt récent du 24 novembre 2006, Société Group 4 Falck Sécurité, estimait qu'il était impossible pour le juge administratif de moduler les pénalités de retard à l'instar du juge judiciaire.

Or, dans son arrêt du 29 décembre 2008, bien que l'espèce concerne le retard dans la livraison de l'ouvrage, le Conseil d'Etat vise plus généralement « les pénalités de retard résultant du contrat » soit, pourrait-on penser, tant les pénalités de retard de paiement que les pénalités de retard de livraison.

Rien n'est moins sûr. En effet, pour les marchés publics, le taux des pénalités de retard de paiement est fixé d'autorité par voie réglementaire (article 5 du décret n° 2002-232 du 21 février 2002) et ce, que ledit taux « soit ou non indiqué dans le marché ». Dès lors, le juge administratif ne pourra moduler, sur le fondement de cette nouvelle jurisprudence, que les pénalités de retard dues par l'entreprise titulaire du marché et non par le maître d'ouvrage. Mais, encore faut-il qu'il soit saisi de conclusions en ce sens...

La latitude laissée au juge judiciaire reste donc plus importante en matière de marché privé puisque l'article L.441-6 du Code de commerce, s'il fixe un minimum pour le taux des pénalités, ne prévoit pas de maximum, mais seulement un taux supplétif en l'absence de disposition contraire prévue par les parties.

Ainsi, en cas d'abus, la faculté pour le juge judiciaire de modérer les pénalités excessives concerne aussi bien les retards dans le paiement (lorsque la pénalité est prévue contractuellement) que dans la livraison de l'ouvrage.

## **DROIT SOCIAL**

### **Bonus et primes variables doivent être justifiés par des éléments objectifs (Cass. soc, 30 avril 2009, n° 07-40.527)**

Jusqu'à maintenant, les primes discrétionnaires échappaient à l'application du principe « à travail égal, salaire égal ». Depuis un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 30 avril 2009, une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur n'échappe plus au contrôle du juge.

Dans cette espèce, un analyste financier réclamait un rappel de salaire, dénonçant la disparité de rémunération existant entre lui et plusieurs de ses collègues. La Cour d'appel de Paris l'avait débouté de sa demande au motif qu'il demandait le paiement d'une prime discrétionnaire. Elle en déduisait donc, contrairement à ce que soutenait l'analyste financier, que le principe « à travail égal, salaire égal » n'était pas méconnu. La Haute juridiction censure la Cour d'appel estimant que le principe « à travail égal, salaire égal » a, au contraire, été violé :

*« ...il appartient à l'employeur d'établir que la différence de rémunération constatée entre les salariés effectuant un même travail ou un travail à valeur égale, est justifiée par des éléments objectifs et pertinents que le juge contrôle ». Elle ajoute en outre que « l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire de son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération. »*

Désormais, l'employeur devra apporter la preuve justifiant l'octroi d'une prime, quelque soit la source de cette dernière.

### **Focus sur la période d'essai (circulaire 2009-5 du 17 mars 2009)**

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de modernisation du marché du travail (Loi n°2008-596 du 25 juin 2008), seules les conventions collectives et les contrats de travail organisaient la durée et l'éventuel renouvellement des périodes d'essai.

Désormais, la loi de modernisation du marché du travail a fixé dans le Code du travail la durée maximale de cette période en fonction de la qualification professionnelle du salarié.

Pour mémoire, le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est de (article L. 1221-19 du Code du travail) :

- deux mois pour les ouvriers et les employés,
- trois mois pour les agents de maîtrise et les techniciens,
- quatre mois pour les cadres.

Ces durées ont un caractère impératif, à l'exception :

- de durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant le 26 juin 2008,
- ou de durées plus courtes fixées (i) par ces mêmes accords dont les dispositions restent applicables jusqu'au 30 juin 2009 ou (ii) par des accords collectifs conclus après le 26 juin 2008.

La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement. La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser (article L. 1221-21 du Code du travail):

- quatre mois pour les ouvriers et les employés,
- six mois pour les agents de maîtrise et les techniciens,
- huit mois pour les cadres.

Ces durées relatives au renouvellement ont un caractère impératif, à l'exception :

- de durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant le 26 juin 2008,
- ou de durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après le 26 juin 2008.

La circulaire précise que le renouvellement de la période d'essai prévu par un texte collectif autre qu'un accord de branche étendu ne peut plus être utilisé depuis l'entrée en vigueur de la loi, la durée initiale de la période d'essai telle que prévue par la loi devant alors être appréciée comme un maximum.

Il convient de rappeler, que dans tous les cas, les contrats de travail pourront prévoir des durées plus courtes, voir l'absence de toute période d'essai.

#### **Délais de paiement des cotisations pour les entreprises en difficulté**

Aux termes d'une circulaire transmise aux Urssaf (n°DSS/5C/2009/83), la Direction de la Sécurité sociale:

- demande aux organismes de répondre dans des délais courts aux entreprises qui sollicitent des délais de paiement : délai maximum de trois jours ouvrables à toute demande de délais de paiement transmise par courriel, et de 5 jours pour celles formulées par téléphone. Si le dossier est complexe, une prolongation des délais est prévue dans la limite de 10 jours ouvrables.
- permet aux entreprises de faire valoir leur difficultés avant même l'échéance de leurs cotisations sociales afin d'obtenir un délai de paiement.
- dispense les employeurs de la majoration de retard de 5% s'ils respectent leur plan d'apurement.

## **PROPRIETE INTELLECTUELLE / NOUVELLES TECHNOLOGIES**

### **Le Tribunal de grande instance de Paris condamne Dailymotion pour contrefaçon de droit d'auteur et de droits voisins (TGI Paris, 10 avril 2009 « Dailymotion / Société Zadig Productions et autres »)**

La société Dailymotion, qui exploite le site Internet accessible à l'adresse [www.dailymotion.com](http://www.dailymotion.com) a été condamnée au titre de sa responsabilité civile, dans les termes du droit commun de la contrefaçon, pour ne pas avoir mis en œuvre tous les moyens destinés à éviter une nouvelle diffusion de documentaires qu'elle avait retirés une première fois après notification de leur producteur, la société Zadig Productions.

Se prévalant de sa qualité d'hébergeur de contenus, la société Dailymotion avait sollicité l'application du régime dérogatoire de responsabilité prévu à l'article 6-I-2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite « LCEN »). La LCEN prévoit que la responsabilité civile des hébergeurs ne peut être engagée du fait des activités ou des informations qu'ils hébergent pour le compte de tiers s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils en ont eu cette connaissance, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

Le Tribunal a effectivement reconnu le statut d'hébergeur à la société Dailymotion dans la mesure où son rôle « se limite à la fourniture d'une technologie de stockage et de visionnage de vidéos, permettant leur mise en ligne à la seule initiative des utilisateurs du site, qui en conservent la totale maîtrise, en ce compris la faculté de supprimer le contenu à tout moment ».

A ce titre, il a précisé que le fait de commercialiser des espaces publicitaires sur son site ne lui ôtait pas ce statut dès lors que (i) la LCEN n'interdit pas aux hébergeurs de tirer profit de leur site Internet, (ii) les partenariats publicitaires conclus par la société Dailymotion ne déterminent pas le contenu des fichiers postés par les internautes sur son site et (iii) les publicités apparaissent sur les contenus proposés sur les pages propres à la société Dailymotion et non sur les espaces personnels des utilisateurs.

Toutefois, le Tribunal a rappelé que les dispositions de l'article 6-I-2 de la LCEN instaurent « *non pas une exonération de responsabilité, mais une limitation de responsabilité dans des cas limitativement énumérés* ».

En l'espèce, il a considéré que la société Dailymotion ne pouvait pas se prévaloir de ces dispositions dans la mesure où « *elle n'avait pas accompli les diligences nécessaires pour empêcher les rediffusions par les internautes de ces deux documentaires dont le caractère illicite avait été antérieurement porté à sa connaissance* ».

Dans ces conditions, la société Dailymotion a été condamnée à verser à la société Zadig Productions la somme de 40.000 euros en réparation de l'atteinte causée à ses droits patrimoniaux d'auteur et la somme de 10.000 euros en réparation de l'atteinte causée à ses droits de producteur de vidéogramme.

Le Tribunal l'a également condamné à verser aux deux auteurs-réalisateurs des documentaires litigieux la somme de 10.000 euros chacun en réparation de l'atteinte portée à leur droits moraux d'auteur.

Alors que les hébergeurs essaient de faire peser sur les titulaires de droits la charge de l'identification des contenus au moyen de bases de données et d'empreintes, ce jugement nous rappelle que c'est à l'hébergeur qu'il appartient de mettre en place les outils nécessaires aux fins d'empêcher la rediffusion de documents signalés comme illicites.

Il s'agit là d'une véritable obligation de résultat à charge des hébergeurs de contenus sur Internet. Le simple fait de n'avoir pas réussi à éliminer le contenu signalé engage donc sa responsabilité.

Qu'en sera-t-il si l'hébergeur met en œuvre tous les moyens techniques à sa disposition et que les internautes parviennent à les contourner ?

La société Dailymotion a interjeté appel de cette décision auprès de la Cour d'appel de Paris.



**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 22, rue Croix-Baragnon  
75008 Paris 31000 Toulouse  
Phone : 33 (0)1 56 88 30 00 Phone: 33 (0)5 62 26 20 79  
Fax: 33 (0)1 56 88 30 01 Fax: 33 (0)5 62 26 08 34  
[www.bersay-associés.com](http://www.bersay-associés.com) [contact@bersay-associés.com](mailto:contact@bersay-associés.com)