

Nota-Bene

La lettre juridique du cabinet Touzet Bocquet et associés

SOMMAIRE

DROIT DES AFFAIRES

Interrogations françaises sur la Class Action
Actualités
Projet de loi de sauvegarde des entreprises
Loi de simplification du droit
Panorama de jurisprudence
Expert comptable et activités juridiques
Mentions obligatoires sur les factures
Pas d'ATD pour les amendes pénales
Risques sur l'impartialité des juges ?

DROIT SOCIAL

L'employeur serait-il de bonne foi ?
Panorama de jurisprudence
Non concurrence et contrepartie financière
Distribution par mails de tracts syndicaux
Revirement sur la date de rupture du contrat
Principe de l'égalité de traitement dans l'UES

DROIT DES SOCIÉTÉS

Actions de préférence et transmission d'entreprise
Le point sur ... Délégation de pouvoirs et groupe de sociétés
Informations rapides
Usufruit et parts sociales
Expertise de gestion
Attribution d'actions gratuites
Augmentations de capital et adhérents d'un PEE
Etendue d'une garantie de passif

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Weblogs, blogs et droit

ET EN PAGE 12 ...

Résultats du TBA Golf Challenge 2005
De l'humour involontaire des tribunaux
Revue de Presse : On parle de nous ...

NotaBene est une publication de la société d'avocats Touzet Bocquet & Associés, écrite et réalisée intégralement en interne. Ont participé à la rédaction de ce numéro : Marie Perrazi, Stéphanie Momiron, Jean-Pierre Saisy, Olivier Sanviti, Laure Treton, Frédéric Zunz, Patrick Vilbert, Philippe Touzet et "nos" élèves-avocats du moment Wahib Berkouche et Alexia Le Cloirec.

ÉDITORIAL

Nous sommes heureux de vous présenter ce 9^{ème} numéro de NotaBene, notre lettre d'information juridique, à l'occasion de la rentrée. Depuis deux ans et demi, nous consacrons beaucoup de temps et d'énergie à la réalisation de cette lettre, qui nous aide à maintenir une veille juridique permanente et nous permet de former un lien régulier avec l'ensemble de nos lecteurs, clients et partenaires.

Ce numéro concocté juste avant les vacances, contient deux nouvelles rubriques :

- nous avons désormais une activité éditoriale régulière. Du coup, la page 12 de NotaBene, habituellement consacrée à l'actualité du cabinet, s'enrichit d'une **Revue de Presse**.

- l'arrivée en juin dernier de notre nouvel associé PATRICK VILBERT pour développer le département **Propriété Intellectuelle** du Cabinet Touzet Bocquet & Associés nous permet de vous informer désormais sur ce secteur stratégique de l'activité juridique et judiciaire. Vous trouverez dans ce numéro sous cette nouvelle rubrique régulière un article sur le régime juridique applicable aux *blogs*, étymologiquement *journal sur le web*, mais qui se développent de façon fulgurante.

Avec NotaBene, nous espérons vous apporter un vrai service et participer, au-delà des dossiers qui nous sont confiés, à une meilleure information et à une meilleure prévention des risques juridiques de votre entreprise.

N'oubliez pas non plus, si ce n'est encore fait, de vous abonner aux Flashes, notre newsletter d'information juridique rapide que vous pouvez recevoir par mail en vous abonnant gratuitement sur notre site www.touzet-bocquet.com. Nous pouvons aussi nous en occuper pour vous ; n'hésitez pas à en parler à votre correspondant habituel au Cabinet ou à appeler Aurore qui se fera un plaisir de vous inscrire.

C'est l'occasion pour moi de rappeler que nous avons changé en juillet nos numéros de téléphone qui sont désormais : **tél. : 01.56.26.00.00 et fax. : 01.56.26.68.00.**

Bonne lecture et bien cordialement à vous tous,
Philippe Touzet

INTERROGATIONS FRANÇAISES SUR LA CLASS ACTION

Par Marie Perrazi
m.perrazi@touzet-bocquet.com

Le 2 juin dernier, faisant suite aux vœux présidentiels de 2005 à l'occasion desquels Jacques Chirac avait exprimé le souhait de "permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés", la Cour de cassation a organisé un colloque sur les *class actions*. Le 13 avril dernier, un groupe de travail a également été constitué au sein du gouvernement et un rapport sur l'opportunité et les modalités de l'introduction d'un système de *Class action* en droit français devrait être remis au Conseil national de la Consommation en octobre 2005 afin qu'un projet de loi soit rédigé avant la fin de l'année 2005.

La réflexion est donc aujourd'hui en cours sur la création d'une *class action* "à la française". L'idée est de rétablir un certain équilibre entre des individus qui, isolément, n'ont aucune force économique et les opérateurs puissants (entreprises, collectivités territoriales, etc.). Le système permettrait, grâce au partage des frais en résultant, l'accès à la justice du plus grand nombre ; il aurait par ailleurs pour avantage d'optimiser les conditions de jugement des procès visant de nombreuses parties : réduction des délais, limitation des décisions contradictoires.

"bientôt une *Class action* à la française ?"

La pratique du regroupement de consommateurs afin d'intenter une action en justice commune existe déjà dans plusieurs pays européens ; cependant l'accès à la procédure est, dans la plupart des cas, limité à des organes publics ou à des associations privées. L'instauration des *class actions* dans le droit de la concurrence européenne est également actuellement envisagée ; un Livre Vert sur le sujet devrait être publié par la Commission européenne d'ici la fin de l'année.

En France, seuls deux types d'actions sont à ce jour ouverts à des collectifs de consommateurs : l'action collective de l'article L.421-1 du Code de la consommation pour la réparation d'un préjudice né d'une infraction pénale ; et l'action en représentation conjointe de l'article L.422-1 du même Code (reprise pour les actionnaires et investisseurs à l'article L.452-1 du Code monétaire et financier). Ces actions apparaissent manifestement insuffisantes en raison de leurs modalités de mise en oeuvre : elles ne sont ouvertes qu'à des associations ; l'association doit obtenir de chacun de ses membres un mandat écrit et les informer individuellement de tous les actes de la procédure ; l'identification de chacun doit être assurée afin de respecter le principe de droit français selon lequel "*nul ne plaide par procureur*" ; enfin, contrairement à la *class action* américaine, seule la réparation de la somme des préjudices individuels est visée et non celle du préjudice collectif.

Aux Etats-Unis, la *class action* permet à des personnes ayant subi individuellement un même préjudice de se regrouper afin d'en poursuivre l'auteur et de voir réparer leur préjudice collectif. La représentation en justice de la "catégorie de plaignants" s'effectue par un seul avocat, sans identification personnelle : selon le mécanisme dit d'"*opt out*", l'ensemble des personnes entrant dans la définition de la *class* sont de fait incluses dans la procédure, sauf à en demander expressément leur exclusion.

"éviter les dérives constatées aux Etats-Unis"

La question reste de savoir comment mettre en place en droit français une action qui éviterait les dérives constatées aux Etats-Unis. La *class action* américaine, à l'origine instrument de lutte contre les discriminations raciales et sexuelles, est en effet aujourd'hui devenue un véritable instrument de pression sur les entreprises. Les allocations de dommages et intérêts s'élèvent à des millions de dollars entraînant la faillite des opérateurs attaqués et l'attribution d'honoraires de résultat démesurés aux avocats qui semblent en définitive seuls à profiter du système (record atteint dans l'affaire *Engle v.R.J.Reynolds Tobacco Co* où 5 industriels du tabac et une organisation de lobbying ont été condamnés à 145 milliards \$).

A Paris, dans ce contexte et avant même la parution d'une loi sur l'exercice de *class actions*, des confrères ont lancé au mois de mai dernier un site internet (www.classaction.fr) qui entend proposer les premières actions collectives françaises.

Ce site annonce les procédures en cours, en suggère certaines et offre aux internautes de s'y joindre en contrepartie d'un honoraire forfaitaire dérisoire (12 ou 60 euros) augmenté d'un honoraire de résultat de 20 à 40%. Lors de son inscription le participant se voit attribuer un code confidentiel qui lui permet d'obtenir sur le site les informations sur l'état d'avancement de la procédure.

La *class action* est ici organisée de façon à la rendre compatible avec les règles de droit en vigueur, mais pose d'importantes difficultés au regard de notre droit positif en limitant très sévèrement et dès l'origine les droits du client : le participant doit ainsi accepter de renoncer à l'individualisation de sa demande ; l'avocat décide seul de tout, notamment de l'opportunité d'une transaction ; l'indemnité perçue *in fine* est partagée également entre les co-demandeurs, quelque soit le préjudice réel qu'ils subissent individuellement.

"il faudra sans doute une évolution culturelle au préalable"

Le Conseil de l'ordre du Barreau de Paris s'est saisi du dossier et a rendu en juin une décision qui remet en cause la compatibilité de ce site aux principes essentiels de la profession, notamment en ce qui concerne l'interdiction faite aux avocats de démarcher la clientèle. Ces confrères devront revoir leur copie, mais leur initiative est séduisante.

Gageons que ce principe d'action se développera très bientôt dans notre système juridique. Nous réfléchissons, pour notre part, aux moyens d'offrir ce type de services ou de nous y opposer : *si vis pacem, para bellum* !

LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

Par Philippe Touzet et Alexia Le Cloirec
ph.touzet@touzet-bocquet.com

Depuis fin 2004, nous vous avons régulièrement tenus informés de l'évolution de la réforme des procédures collectives, c'est-à-dire la réforme du droit des faillites.

Voté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 9 mars 2005, modifié par le Sénat le 30 juin 2005, le texte a été finalement adopté le 26 juillet 2005 sur la base du texte mis au point par la Commission mixte paritaire. Il s'agit d'une réforme importante, car c'est un droit qui évolue assez lentement : 1967, 1985, 1994 et désormais 2005.

Ce texte comme ceux de 1985 et 1994 vise avant tout à favoriser la prévention et la détection des difficultés des entreprises et modifie de manière significative le régime actuel. Nous en examinons les principales innovations.

Extension aux professions non commerçantes

Le texte étend le champ d'application des procédures collectives « *aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* ».

Renforcement de l'obligation de dépôt des comptes

En cas de défaut de dépôt des comptes annuels dans les délais requis, le Président du tribunal pourra enjoindre aux dirigeants de le faire, sous astreinte.

Mandataire ad hoc

Le régime de désignation du mandataire ad hoc est modifié et celle-ci ne pourra plus intervenir que sur demande du débiteur. En outre, le bénéfice du mandataire ad hoc est étendu aux exploitants agricoles.

La conciliation

Une procédure de conciliation est mise en place et se substitue à l'actuel règlement amiable. Le débiteur pourra demander à bénéficier de cette procédure afin d'anticiper certaines difficultés à venir en accord avec ses créanciers.

De nombreux aspects du règlement amiable sont conservés. La conciliation pourra être demandée à condition que l'entreprise éprouve « *une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* ». L'entreprise ne devra pas être en cessation des paiements depuis plus de 45 jours. Le redressement et la liquidation judiciaire ne pourront pas être demandée par un créancier si la conciliation est en cours.

L'homologation de l'accord conclu entre l'entreprise et ses créanciers serait facultative, mais permettrait de suspendre toute action en justice ou poursuite en vue d'obtenir le paiement de créances.

La sauvegarde

Cette procédure est l'innovation majeure de la loi.

Ouverte avant même toute cessation des paiements, elle sera destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Elle sera ouverte sur demande du débiteur qui justifie de difficultés susceptibles de le conduire à la cessation des paiements. La sauvegarde ne pourra être demandée ou maintenue que pour autant que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements.

La loi institue un privilège de paiement à l'égard des créanciers dont les créances sont nées après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, soit pour les besoins du déroulement de la procédure, soit en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité pendant cette période.

"La sauvegarde, une nouvelle phase de la procédure"

Le plan de sauvegarde devra être arrêté par le tribunal après consultation des créanciers. Dans le cas des débiteurs dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires excèdent certains seuils, deux comités de créanciers seront constitués : un comité composé des établissements de crédit, et un comité composé des principaux fournisseurs.

Le redressement judiciaire

Le délai de 15 jours pour déposer une déclaration de cessation des paiements apparaissait comme trop bref : il est porté à 45 jours à compter du jour de la cessation des paiements, qui rappelons le, est le fait de ne plus pouvoir faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Cette notion n'est pas modifiée.

"45 jours pour déposer le bilan"

Une grande innovation concerne les créances antérieures au jugement d'ouverture. La date prise en compte sera celle de la naissance de la créance et non plus celle litigieuse de « l'origine ». La procédure de relevé de forclusion sera dorénavant ouverte aux créanciers établissant que leur défaillance est due à une omission volontaire du débiteur. Le délai de forclusion quant à lui, est réduit de douze à six mois.

Enfin, la loi n'oublie pas les banquiers et supprime, à l'égard des cautions, la sanction de l'extinction pour les créances qui n'ont pas été déclarées. Le créancier pourra donc toujours poursuivre la caution en paiement.

La liquidation judiciaire

Cette procédure est ouverte à tout débiteur en cessation des paiements qui serait manifestement dans l'impossibilité d'assurer, par un plan de redressement, la continuation de son entreprise. La liquidation serait affirmée comme destinée à mettre un terme à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens, ce qui est d'ores et déjà son but actuel...

Sans doute le législateur considère t'il que cela va mieux en le disant ...

Responsabilités et sanctions

Décidément favorable aux banques, dont le lobby puissant est toujours au travail, le texte prévoit une limitation de la responsabilité des fournisseurs de crédit. Ceux-ci ne seraient responsables des préjudices subis du fait des concours consentis qu'en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées par rapport à ceux-ci. Est-ce la fin des actions en soutien abusif et de certaines des sanctions prévues par la loi bancaire du 24 janvier 1984 ?

Enfin, la mesure de placement en redressement ou liquidation judiciaire personnelle, qui peut être prononcée à titre de sanction à l'encontre du dirigeant d'une personne morale, est supprimée et remplacée par une obligation aux dettes sociales, dans le seul cas de liquidation judiciaire de la personne morale.

L'entrée en vigueur du texte est prévue au 1^{er} janvier 2006.

LOI DE SIMPLIFICATION DU DROIT

Par Philippe Touzet et Wahib Berkouche
ph.touzet@touzet-bocquet.com

La loi de simplification du droit du 9 décembre 2004, publiée au journal officiel du 10 décembre 2004, donne au Gouvernement la possibilité d'intervenir dans un grand nombre de domaines par voie d'ordonnance (article 38 de la constitution) : transfert de propriété des instruments financiers, règles comptables, associations, organismes de placement collectif, relations entre l'administration et les usagers, mesures en faveur des entreprises, responsabilité du fabricant ou du vendeur professionnel, droit immobilier, investissements étrangers, délais de paiement entre professionnels, contrats de garantie financière, professions réglementées....

"la procédure des ordonnances évite le débat public"

Bref il faut s'attendre à de nombreuses modifications législatives que nous commenterons bien sûr dans NotaBene, d'autant que du fait de la procédure d'ordonnance utilisée par le gouvernement, il n'y aura pas de débat public sur l'adoption de ces textes.

D'ores et déjà, la loi a modifié un certain nombre de textes afin d'en simplifier l'application. Nous abordons ci-dessous les modifications les plus significatives.

Succession d'un associé de SARL

La disposition de l'ordonnance du 25 mars 2004 imposant de rapporter à la succession d'un associé de société à responsabilité limitée décédé la valeur des parts transmises au conjoint survivant, à un héritier ou à un légataire est supprimée (c.com. art. L.223-13 al 4).

Valeurs mobilières

La loi du 9 décembre 2004 ratifie l'ordonnance du 24 juin 2004 réformant le régime des valeurs mobilières en y apportant trois modifications notables :

- lorsque l'assemblée générale extraordinaire (AGE) délègue au conseil d'administration ou au directoire sa compétence pour décider une augmentation de capital (art. L.225-129-1 et L.225-

129-11 C.Com), elle doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital en faveur des salariés (art. L.225-129-VI modifié C.Com) ; cette précision permet d'éviter la réunion d'une AGE chargée de se prononcer sur une telle résolution chaque fois que le conseil d'administration ou le directoire décide d'augmenter le capital.

- la faculté donnée au conseil d'administration ou au directoire de suspendre l'exercice des droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital ainsi qu'en cas de fusion ou de scission de la société à émettre de tels titres (C.Com. art. L.225-149-1 al. 1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 juin 2004 sur les valeurs mobilières) est étendue aux droits attachés aux options de souscription d'actions.

- les conditions de quorum et de majorité des assemblées de titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital sont celles des AGE de société anonyme (C.Com. art. L. 228-103 modifié par la loi du 9 décembre 2004) et non plus, comme le prévoyait le texte d'origine de l'ordonnance du 24 juillet 2004, celles des assemblées ordinaires.

Registre du commerce

La loi autorise le Gouvernement à supprimer les obligations déclaratives des commerçants relatives à leur régime matrimonial (art.28 al 1-3^o). Actuellement l'époux qui est commerçant lors du mariage ou le devient pendant le mariage doit, à son initiative et sous sa seule responsabilité, déclarer la date et le lieu de son mariage et son régime matrimonial au registre du commerce et des sociétés ainsi que tout changement dans sa situation matrimoniale (C.Civ. art.1394, al.4). Ces dispositions paraissent aujourd'hui inadaptées : d'une part, en cas de difficultés pour déterminer le régime matrimonial, notamment lorsqu'il existe un élément d'extranéité (nationalité de l'un des époux ou lieu de mariage), ce type de déclaration n'assure que très imparfaitement l'information de tiers amenés à traiter avec le déclarant ; d'autre part, cette obligation ne pèse ni sur les entrepreneurs immatriculés au répertoire des métiers, ni sur les professions libérales, ni sur les agriculteurs, alors que ces personnes sont susceptibles de contracter avec les tiers dans les mêmes conditions que les commerçants.

Ententes et abus de position dominante

L'article L.464-8 du Code de commerce est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Le ministre chargé de l' Economie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ».

"un blocage procédural qui ralentissait les procédures"

Cette disposition remédie à une situation de blocage. La jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris conduisait le ministre, alors même qu'il approuvait en tous points la décision rendue par le Conseil, à former un recours devant la juridiction d'appel, afin de pouvoir ultérieurement se pourvoir en cassation. Dans un arrêt rendu le 19 juin 2001, Seco Desquenue, la Cour de cassation avait en effet subordonné la recevabilité du pourvoi du ministre à l'exercice préalable par ce dernier d'un recours devant la Cour d'appel.

Par précaution, le ministre faisait donc systématiquement appel. Ce qui a eu très vite pour effet de surcharger l'activité de la Cour d'appel de Paris. La loi simplifie la procédure et permet au ministre de se pourvoir en cassation « *dans tous les cas* », et ce même si aucun appel préalable n'a été exercé.

Notification des concentrations économiques

La notification d'une concentration au ministre de l'économie devait intervenir lorsque la ou les parties concernées s'étaient « engagées de façon irrévocable, et notamment après la conclusion des actes constituant l'opération de concentration, la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle » (C.Com.art. L.430-3, al.1).

Depuis la loi du 9 décembre 2004, « la notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique ».

JURISPRUDENCE DE DROIT DES AFFAIRES

Par Philippe Touzet et Alexia Le Cloirec
ph.touzet@touzet-bocquet.com

Responsabilité civile de l'expert comptable dans l'exercice d'activités juridiques

En vertu de l'article 59 de la loi du 31 décembre 1971 et de l'article 22 de l'Ordonnance du 19 septembre 1945 modifiée, un expert comptable peut exercer des missions de nature juridique à titre exclusivement accessoire.

Mais bien que non juriste, il est tenu d'informer et d'éclairer les parties sur les effets et la portée des opérations envisagées. Sa responsabilité civile, résultant de l'article 1147 du Code civil, peut donc être engagée aussi bien pour les missions habituelles de type comptable, que pour les missions accessoires de nature juridique.

Un arrêt récent de la Cour de cassation (C.Cass. 1^{ère} ch. Civile, 9 nov. 2004) illustre les difficultés qui peuvent résulter de cette pratique. Nous ne résistons pas, à cette occasion, à rappeler que la pratique du conseil juridique nécessite impérativement l'intervention d'un juriste professionnel.

"difficile de s'improviser juriste..."

C'est d'ailleurs le message que la Cour d'appel (dont l'arrêt est certes cassé) semble vouloir faire passer... **La Cour d'Appel avait en effet refusé de retenir la responsabilité de l'expert comptable au motif que, les parties, en faisant le choix de confier la rédaction d'un acte à une société d'expertise-comptable, avaient "délibérément décidé de ne recevoir qu'une information limitée sur les conséquences juridiques de l'acte envisagé".**

On ne saurait être plus clair sur la qualité des conseils juridiques ainsi prodigués ! Plus sagement, la Cour de Cassation rappelle que même pour les missions dites accessoires de nature juridique, un expert comptable est tenu du devoir de conseil au même titre que pour ses missions dites principales et peut ainsi voir sa responsabilité engagée.

Tout de même, la méfiance s'impose. Que se passerait-il dans l'hypothèse, pourtant courante, où l'expert comptable rédige un acte ou donne un conseil qui sort de "l'accessoire" qui lui est autorisé ? Et quid d'une action de sa compagnie d'assurance qui voudrait dénier sa garantie puisque le professionnel est sorti du champ de ses activités autorisées ?

Mentions obligatoires sur les factures

Une société anonyme voit requalifier en salaires par l'administration, à la suite d'un contrôle URSSAF, les facturations effectuées par un prestataire de services à son égard... Ces factures ne comprenant ni numéro SIRET, ni numéro de RCS, et les recherches réalisées n'ayant permis de démontrer que les sommes avaient bien été versées à une entreprise régulièrement déclarée, ou à un travailleur indépendant, elles ont été considérées comme des salaires et ont été par conséquent réintégréées dans l'assiette des cotisations et contributions.

Pas d'ATD pour les amendes pénales

Sortons un instant du pur droit des affaires pour une question qui peut hélas nous concerner tous : le recouvrement des amendes pénales, comprenant bien sur celles afférentes aux contraventions au code de la route...

Ordinairement, le Trésor public qui poursuit un contrevenant récalcitrant utilise un mode particulièrement efficace de saisie : l'avis à tiers détenteur (ATD). Il s'agit d'une voie d'exécution similaire à la saisie-attribution, avec la notable différence qu'elle se passe de toute autorisation judiciaire, privilège de la puissance publique !

Or, dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, la question s'est récemment posée de savoir si les amendes pénales sont ou non recouvrables par la voie de l'avis à tiers détenteur, ou si cette procédure doit être limitée au recouvrement des impôts.

"une prérogative qui ne se justifie pas"

La Cour de cassation a répondu de façon nette à cette question dans un arrêt du 23 novembre 2004. Le débiteur, placé en liquidation judiciaire, avait été condamné au paiement d'une amende de 500 000 francs. Le trésorier a alors notifié au liquidateur un ATD relatif à cette amende. A la demande du liquidateur, la Cour reconnaît la nullité de l'ATD au motif que cette procédure ne vise que les impositions, à l'exclusion des amendes pénales, et ce en dépit du fait qu'elles soient garanties par le privilège du Trésor.

Reste à vérifier que les chambres civiles de la même cour, si elles étaient saisies d'un litige similaire mais concernant un ATD délivré sur une infraction au code de la route, appliqueront la même solution. Affaire à suivre !

Non récusation d'un magistrat en relations d'affaires avec l'une des parties : en jurisprudence, tout est possible !

Dans une affaire sociale, mais qui peut sans doute être étendu dans d'autres domaines, un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 6 décembre 2004 vient de jouer un bien mauvais tour à la règle de l'impartialité des juges...

Cette décision a en effet rejeté la demande de récusation du Président d'un conseil de prud'hommes, alors qu'il avait été démontré que ledit magistrat était par ailleurs dirigeant d'une société en relations d'affaires avec la société employeur, défendeur à l'instance.

Selon cette décision, le fait que l'un ou plusieurs membres du conseil de prud'hommes soient en relations d'affaires avec l'une des parties au procès n'est pas de nature à affecter l'équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement d'une telle juridiction ou de mettre en cause l'impartialité de ses membres.

On croit rêver ...



L'EMPLOYEUR SERAIT-IL DE BONNE FOI ?

Par Frédéric Zunz
f.zunz@touzet-bocquet.com

La question peut paraître iconoclaste tant la pratique développée par certaines juridictions tend à laisser croire que le dossier le mieux préparé ne peut aboutir à un succès judiciaire qui pourtant ne devrait pas échapper à l'employeur.

Et pourtant, même si le doute profite au salarié, il n'est pas surabondant de se souvenir que l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi.

"même en social, les conventions s'exécutent de bonne foi !"

Telle est la règle que la Chambre sociale de la Cour de cassation vient de remettre au goût du jour au terme de deux arrêts de principe du 23 février 2005 (Sté Levier c/ Caullier et Fort Cros c/ Sanchez et autres), au terme desquels la Haute juridiction justifie sa décision tant sur ce principe civiliste qu'au visa de l'article L 120-4 du Code du travail.

Dans ces deux espèces, l'employeur avait décidé soit de modifier les conditions de travail du salarié (Affaire Fort Cros) ; soit de mettre en œuvre la clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail du salarié qui en avait refusé le principe (Affaire Levier), se réfugiant derrière les arguments traditionnellement développés en cette matière :

- la démonstration de l'intérêt de l'entreprise dans la mise en œuvre de la clause ;
- l'atteinte à la vie privée du salarié, ou les conséquences inhérentes à l'application de la clause pour le salarié.

La Cour de cassation rappelle que l'employeur ne fait en réalité qu'user de son pouvoir de direction et d'organisation de l'entreprise, ne procédant pas ainsi à une modification d'un élément essentiel du contrat de travail.

Le praticien se souviendra que certains juges du fond avaient poussé leur contrôle en cette matière jusqu'à exiger de l'employeur qu'il justifie de sa décision au travers de la démonstration de l'intérêt de l'entreprise. La Cour de cassation avait abondé en ce sens au terme de différents arrêts (voir notamment Cass soc .9 mai 1990 - Groupe Maison du Logement c/ Mutel).

L'apport incontestable des deux décisions susmentionnées consiste en un rappel à l'ordre certain puisqu'il est désormais acquis à ce jour que l'employeur est **préssumé de bonne foi** lorsqu'il met en œuvre la clause de mobilité, et donc modifie de facto les conditions de travail du salarié dans l'entreprise.

"un renversement de la charge de la preuve "

Le renversement de la charge de la preuve est donc spectaculaire puisque le salarié qui conteste la mesure devra dorénavant démontrer que l'employeur n'a pas agi dans l'intérêt de l'entreprise ou qu'il a agi « *dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* ».

L'employeur n'a donc plus à justifier sa décision en ce domaine puisqu'il bénéficie d'une présomption simple qu'il revient au salarié de combattre.

La Chambre Sociale avait laissé filtrer cependant dès 1997 les prémices de sa dernière jurisprudence, reconnaissant qu'il « *appartient à celui qui invoque un détournement de pouvoir d'en rapporter la preuve* » (Cass soc. 10 juin 1997 - SG2 Services c/ Mériot et a.).

Les derniers arrêts rendus renforcent donc cette prise de position, même si la Chambre sociale se garde bien de préciser ce que recouvre la notion de bonne foi tant cela semble effectivement impossible.

Mais est-il possible pour autant de considérer que l'employeur pourra se prévaloir d'une présomption de bonne foi à l'occasion de la mise en œuvre d'autres stipulations contractuelles, la tentation du raisonnement par analogie étant grande ?

Certes il sera possible de procéder ainsi en opportunité à l'occasion des affaires à venir, mais il est important de rappeler malheureusement que l'évolution constatée s'effectue à un certain prix car la Chambre sociale de la Cour de cassation, au terme des arrêts de février dernier, ampute l'employeur d'une partie de son pouvoir disciplinaire en précisant que dorénavant, « *le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas à lui seul une faute grave* ».

Comme quoi toute avancée a un coût, en l'occurrence celui du préavis !

PANORAMA DE JURISPRUDENCE

Par Laure Treton
l.treton@touzet-bocquet.com

L'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non concurrence est d'application immédiate

Depuis les arrêts du 10 juillet 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation exige que les clauses de non-concurrence incluses dans les contrats de travail des salariés comportent une contrepartie financière pour être valables.

Cependant, la question de la validité des clauses rédigées avant cette jurisprudence et ne stipulant aucune contrepartie financière restait en suspens.

Un arrêt de la Haute Cour en date du 17 décembre 2004 y a répondu levant désormais toute ambiguïté : toute clause de non concurrence dépourvue de contrepartie financière est nulle peu important qu'à l'époque de sa souscription cette condition de validité ne fût pas exigée.

Ainsi, l'employeur ne doit pas se contenter de vérifier que les clauses de non concurrence souscrites depuis le 10 juillet 2002 comportent une contrepartie financière, il doit s'assurer que toutes les clauses souscrites qu'il entend faire jouer respectent la nouvelle condition de validité.

Conditions de diffusion de tracts syndicaux par courrier électronique

La Cour de cassation a récemment précisé, dans un arrêt du 25 janvier 2005, les conditions de diffusion de tracts et publications de nature syndicale sur les messageries électroniques mises à la disposition des salariés : cette diffusion n'est possible que si elle a été autorisée par l'employeur ou qu'un accord d'entreprise en a défini les modalités conformément à l'article L. 412-8 du Code du Travail.

A défaut, la diffusion de tracts syndicaux sur la messagerie électronique des salariés constitue un trouble manifestement illicite dont l'employeur peut demander la cessation immédiate devant le juge des référés.

Il est en outre intéressant de noter, au travers des faits de l'espèce, que les conditions de diffusion de tracts syndicaux s'appliquent tant aux messages électroniques envoyés aux salariés depuis l'entreprise que depuis un site extérieur par un membre d'une fédération syndicale.

Reviement de jurisprudence sur la date de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai

Il est de jurisprudence constante que l'employeur qui souhaite rompre la période d'essai d'un salarié doit l'en informer avant l'expiration de celle-ci sous peine de voir requalifier la rupture en licenciement et de devoir verser au salarié des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cependant, juges du fond et Cour de cassation n'étaient pas d'accord sur la date mettant fin à l'essai lorsque l'employeur avertissait le salarié par voie postale : alors que les premiers considéraient que l'essai était rompu à la date d'expédition de la lettre de rupture, la seconde exigeait que le salarié ait reçu cette lettre dans le délai.

Opérant un **revirement**, la Chambre sociale de la Cour de cassation, depuis un arrêt du 11 mai 2005, considère que « *la rupture du contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture* ».

Reste à savoir si cette solution s'applique uniquement à la rupture de la période d'essai ou à toute rupture du contrat de travail comme semblent l'indiquer les termes généraux utilisés dans l'arrêt.

Le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique pas au niveau de l'UES

Si le périmètre de l'UES (unité économique et sociale) est utilisé pour renforcer les droits des salariés en permettant d'introduire

des institutions représentatives du personnel au sein de l'UES, de mettre en place un système de participation obligatoire dès lors que les entreprises composant l'UES occupent au moins 50 salariés (L.442-1 du Code du Travail) ou encore d'apprécier la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi au regard de ce périmètre (L. 321-4-1 du Code du Travail), la Cour de cassation n'impose pas pour autant le respect automatique du principe « à travail égal, salaire égal » pour les salariés des sociétés composant l'UES.

Elle a ainsi débouté huit salariés d'une société appartenant à une UES de leur demande de bénéfice de chèques-déjeuners et de primes de 13^{ème} mois consenti au personnel d'une autre société de cette même UES.

Elle rappelle en effet dans un arrêt en date du 1^{er} juin 2005, que « *l'UES est composée de personnes juridiques distinctes* » et que « *pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celle d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ».

Ainsi, mise à part l'application d'une loi future en ce sens, seuls deux cas imposent le respect du principe « à travail égal, salaire égal » au sein de l'UES :

- le respect des engagements pris après négociation au sein de l'UES visant à harmoniser les salaires des salariés des différentes sociétés composant l'UES.

- le cas des salariés appartenant aux différentes sociétés mais travaillant au sein du même établissement. Il s'agit ici de déjouer les disparités de traitement les plus visibles.

En outre, en sus de la question de la rémunération, il est intéressant de noter que cet arrêt confirme que l'UES est reconnue comme espace de négociation.



ACTIONS DE PREFERENCE ET TRANSMISSION D'ENTREPRISE

Par Philippe Touzet et Jean-Pierre Saïdy
ph.touzet@touzet-bocquet.com
jp.saidy@touzet-bocquet.com

Nous avons évoqué, dans le précédent numéro de NotaBene, la réforme des valeurs mobilières et plus particulièrement la création des actions de préférence, qui constituent une des innovations majeures de l'ordonnance du 24 juin 2004.

Bien que la plupart des modifications apportées par l'ordonnance concernent les sociétés anonymes ou par actions ayant une capitalisation importante, et notamment celles faisant appel public à l'épargne, les nouvelles dispositions peuvent également favoriser la transmission d'entreprise. Nous avons cherché à savoir comment utiliser les mesures dans ce cadre particulier.

On sait que les actions de préférence (art L 228-11 du Code de commerce) remplacent les anciennes actions à droit particulier, du type actions à dividende prioritaire sans droit de vote, certificats d'investissement, actions de priorité, etc. Ces derniers titres ont vocation à disparaître, soit de leur "mort naturelle" soit par transformation en actions de préférence.

"il n'y a plus qu'une seule catégorie d'actions à droits particuliers"

Il ne subsistera donc plus qu'une seule catégorie, dont la terminologie évoque les "*preferred shares*" utilisées en droit anglo-saxon.

En matière de transmission d'entreprise, il existe un domaine où les actions de préférence auront naturellement leur place, c'est celui des LBO. Mais on peut également leur trouver une utilisation dans des schémas qui ne font pas appel aux techniques des LBO, notamment dans le cas de transmissions familiales.

Actions de préférence et LBO

Les fonds d'investissement qui participent aux LBO recherchent des titres qui leur donneront **certaines avantages, afin de protéger leur investissement**. Ces avantages sont fréquemment inclus dans les pactes d'actionnaires, par exemple le droit à une information renforcée ou bien un droit de veto sur certaines décisions. Les droits stipulés dans un pacte d'actionnaire peuvent encore permettre d'obtenir des dommages-intérêts en cas de violation par les majoritaires.

L'exercice peut cependant s'avérer délicat dans la mesure où les investisseurs n'ont pas vocation à diriger la cible dans laquelle ils ont investi, mais doivent au contraire rester de purs actionnaires sans pouvoir de direction, notamment du fait des risques considérables qu'un telle assimilation peut leur faire courir.

Ces avantages peuvent désormais être conférés aux investisseurs via des actions de préférence.

Certes, il existait avant l'ordonnance du 24 juin 2004 des actions privilégiées conférant certains droits particuliers aux investisseurs, mais leur régime était quelque peu incertain. Les actions de préférence donnent plus de droits à leurs détenteurs que n'en donnaient les anciens titres : assemblée spéciale des porteurs, possibilité de missionner un commissaires aux comptes notamment, et plus de souplesse pour la création de solutions innovantes.

Actions de préférence et transmission familiale

La nouvelle institution des actions de préférence donne au juriste de nouveaux et puissants moyens dans le cadre de la transmission de l'entreprise familiale. Les problématiques ne sont pas les mêmes. Il ne s'agit plus ici de protéger un investisseur, mais **d'opérer une répartition du patrimoine entre les héritiers, en assurant la continuité de l'entreprise, mais sans défavoriser les héritiers** qui n'ont pas la vocation, le goût, ou la capacité de diriger l'entreprise.

En effet, il est fréquent en pratique en présence de plusieurs enfants, que seul l'un d'eux puisse reprendre l'entreprise et que le patrimoine ne comporte pas de biens permettant de désintéresser les autres enfants, c'est-à-dire de constituer une soule.

Il y a alors un risque sérieux de voir l'entreprise péricliter en cas de donation partage, ou de voir naître un conflit successoral dû aux arbitrages hasardeux qu'on voit parfois en cette matière.

Les actions de préférence permettent désormais **de donner plus facilement au successeur le pouvoir sur l'entreprise, de conserver l'unicité de la direction, tout en répartissant la valeur patrimoniale de l'entreprise ainsi que les droits à dividende de façon inégalitaire, pour compenser les autres avantages reçus**. Ainsi le successeur dans la fonction de dirigeant ne reçoit que le strict nécessaire au maintien du pouvoir, et ses frères et sœurs ne sont pas lésés.

Prenons un exemple : un chef d'entreprise a quatre enfants dont un seul est intéressé par la direction opérationnelle. Aucun autre bien ne permet de compenser suffisamment la valeur de l'entreprise. Les quatre enfants ont en principe vocation à recevoir chacun 25% des actions, comportant 25% des droits de vote et la même quotité des dividendes, mais le nouveau dirigeant ne souhaite pas dépendre des décisions de ses frères et sœurs pour gérer l'entreprise.

Dans ce cas, **il pourra recevoir 25% des actions, avec un droit de vote triple, mais affectées d'un droit à dividende réduit de 50%** ; en contrepartie, les 3 frères et sœurs recevront chacun 25 % des actions, avec un droit de vote réduit de 66,6 % et un droit à dividendes augmenté de 16,66 % ; ainsi :

- le dirigeant dispose de 75% des votes et 12,5% de dividendes ;
- les frères et sœurs disposent chacun de 8,33 % des votes (ensemble 25%) et de 29,16% des dividendes (ensemble 87,5%).

Dans ce cas, le dirigeant gèrera seul l'entreprise. On n'oubliera pas cependant de prévoir de solides clauses de pacte concernant le vote sur les distributions de dividendes ...

"deux exemples d'aménagement de la transmission familiale"

On peut, avec le même exemple, procéder à une répartition plus nuancée. Le nouveau dirigeant reçoit toujours 25% des actions, mais avec un droit de vote double, et affecté d'un droit à dividende réduit seulement d'un tiers. Ses 3 frères et sœurs reçoivent chacun 25 % des actions, avec un droit de vote réduit de 33,33 % et un droit à dividendes augmenté de 11,11 % ; ainsi :

- le dirigeant dispose de 50% des votes et 16,66% de dividendes ;
- les frères et sœurs disposent chacun de 16,66% des votes (ensemble 50%) et de 27,75% des dividendes (ensemble 83,33%).

"combinaison des techniques et faire preuve d'imagination"

Par les combinaisons des autres techniques, les possibilités offertes aux praticiens sont infinies. On pourra notamment panacher ce système par une donation-partage inégalitaire, pour augmenter encore les droits du futur dirigeant, avec une compensation seulement partielle sur d'autres biens. L'héritier appelé à gérer l'entreprise pourra aussi être favorisé dans la donation partage pour compenser le droit aux résultats majoré de ses frères et sœurs.

Il conviendra toutefois dans la plupart des cas de laisser la possibilité aux 3 héritiers "passifs" de bloquer les décisions extraordinaires et d'éviter qu'un seul des enfants ne dispose de la totalité des droits de vote.

Pour être complet, précisons que :

- si les actions de préférence peuvent être dépourvues de droit de vote, c'est seulement dans la limite de 50% du capital.
- dans les sociétés anonymes, à la différence des sociétés par actions simplifiées, il n'est pas possible de créer des actions de préférence à droit de vote multiple. La transformation en SAS sera alors particulièrement utile pour ouvrir encore le champ des techniques utilisables.
- dans tous les cas, l'équilibre des pouvoirs au sein de la société ne doit pas être définitivement rompu du fait de la création des actions de préférence. On ne pourra par exemple pas dépouiller une assemblée générale de toutes ses prérogatives.

LE POINT SUR ...

Délégations de pouvoir et groupes de sociétés

Par Stéphanie Momiron
s.momiron@touzet-bocquet.com

Les délégations de pouvoirs sont fréquemment utilisées et constituent un excellent outil de gestion et de rationalisation, notamment dans les entreprises dont l'activité est répartie sur plusieurs sites géographiques. Elles peuvent être mises en place dans les structures isolées comme dans les groupes de sociétés et nous avons considéré utile de faire un point sur cette pratique indispensable.

"un outil indispensable de management"

Délégation de pouvoir et délégation de signature : afin d'éviter toute confusion, il convient préalablement d'apporter une précision terminologique afin de distinguer la délégation de pouvoir de délégation de signature :

La délégation de pouvoirs au sens strict est un véritable transfert juridique de pouvoirs et de compétence qui a pour effet de dessaisir le délégant de ses attributions déléguées. C'est le délégataire qui prend ainsi en son nom propre les décisions et qui en porte la responsabilité y compris pénale.

La délégation de signature est au contraire un acte autorisant le délégataire à signer certains actes limitativement énumérés au nom du délégant, sous le contrôle et la responsabilité de celui-ci.

Spécificité des délégations de pouvoirs intra-groupe : la particularité des délégations de pouvoirs au sein des groupes de sociétés est que le principe même de délégation intragroupe est en contradiction avec la notion d'autonomie juridique de chaque société.

En effet, il peut être délicat de concevoir qu'une personne rattachée à une entité du groupe puisse avoir des pouvoirs pour agir au sein d'une autre entité en vertu de seuls liens capitalistiques. Le délégataire n'est alors pas préposé de la société dans laquelle la délégation de pouvoirs a vocation à s'exercer.

C'est pourtant ce qui a été reconnu par les tribunaux validant ainsi une pratique courante.

Le plus souvent la délégation est conférée par le dirigeant de la société mère à un préposé de la même société ou d'une société filiale en vue d'exercer des pouvoirs dans plusieurs voire dans l'ensemble des sociétés du groupe.

Ainsi par un arrêt en date du 26 mai 1994 (arrêt Ober Cass.crim. 26.05.1994 Bull. crim. 1994 n° 208), la Cour de Cassation a affirmé que « rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe sur lequel il exerce son autorité hiérarchique. »

Ainsi, on remarque que la délégation de pouvoir intra-groupe est une technique organisationnelle qui permet d'accroître l'efficacité de l'action et du contrôle des dirigeants du groupe. Elle permet d'harmoniser les règles de fonctionnement au sein de l'ensemble des sociétés du groupe et d'améliorer le contrôle interne.

"une technique organisationnelle"

Transfert de responsabilité : outre l'intérêt opérationnel qui vient d'être évoqué ci-dessus, le recours à la délégation de pouvoir a pour effet d'exonérer le délégant de sa responsabilité pénale, mais à certaines conditions.

La jurisprudence retient habituellement que sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence (par exemple cass. soc. 11 mars 1991).

Pour pouvoir invoquer l'exonération de la responsabilité pénale, il convient toutefois d'établir que le délégataire avait l'autorité, l'autonomie et les moyens nécessaires pour accomplir les missions qui lui ont été confiées par la délégation de pouvoirs.

Contrôle interne : à l'heure où la notion de contrôle interne devient une préoccupation de plus en plus présente dans les sociétés et groupes français, il convient en conclusion de préciser que la mise en place et le suivi des délégations de pouvoirs participent au bon fonctionnement du contrôle interne dans la mesure où ce type d'organisation tend à assurer une bonne remontée des informations.

INFORMATIONS RAPIDES

Par Stéphanie Momiron et Marie Perrazi
s.momiron@touzet-bocquet.com
m.perrazi@touzet-bocquet.com

Usufruit et parts sociales

L'article 1844 du Code civil régit les modalités du vote attachées à une part sociale dont la propriété est démembrée. Il prévoit que le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier.

Ces dispositions ne sont cependant pas impératives puisqu'aux termes de l'alinéa 4 de l'article 1844 du Code civil, les statuts peuvent y déroger.

Les associés peuvent donc convenir dans les statuts d'une autre répartition des droits de vote (le droit de vote de l'usufruitier peut ainsi être élargi au-delà des seules décisions concernant les bénéficiaires).

Cette dérogation légale apparemment très claire est depuis très longtemps battue en brèche par la Cour de cassation, qui à l'occasion de nombreuses décisions, a annulé des clauses statutaires prévoyant l'attribution intégrale du droit de vote au nu-propriétaire ou à l'usufruitier sur le fondement des dispositions relatives au démembrement de propriété (article 578 du Code civil et suite pour l'usufruitier).

Un revirement clair vient d'être opéré par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 22 février 2005 qui consacre la validité des dispositions statutaires modifiant la répartition des droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire. Seule limite posée par l'arrêt : il ne saurait être dérogé au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives. Les statuts ne peuvent donc le priver de tout droit de vote.

Faculté de demander une expertise de gestion

L'article L.225-231 du Code de commerce prévoit la possibilité pour les comités d'entreprises des sociétés anonymes, des sociétés à responsabilité limitée ou encore des sociétés par actions simplifiées de demander une expertise de gestion. Cette possibilité ne peut concerner d'autres types de sociétés ou de personnes morales.

Ainsi, s'agissant d'une société à forme coopérative (en l'espèce une Caisse régionale de Crédit agricole), le comité d'établissement ne peut obtenir en référé la désignation d'un expert chargé d'examiner les opérations de financement menées par cette Caisse. Telle est la solution rigoureuse retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 novembre 2004.

Attributions d'actions gratuites

Suite à l'adoption de la loi de finances pour 2005, il est désormais prévu la possibilité d'attribution d'actions gratuites aux salariés ou aux dirigeants sociaux des sociétés cotées ou non à compter du 1^{er} janvier 2005 (codification aux articles L. 225-197 à L. 225-197-5 du c.com).

Sur les rapports du conseil d'administration et du commissaire aux comptes, l'assemblée générale extraordinaire peut désormais autoriser le conseil d'administration à procéder à l'attribution d'actions gratuites au profit des salariés de la société ou bien à une catégorie d'entre eux.

Cette attribution est toutefois subordonnée à certaines conditions:

- L'autorisation donnée au conseil est valable pour une durée de 38 mois maximum.
- Le nombre d'actions pouvant être attribuées ne saurait excéder 10% du capital.
- En outre, il ne peut pas être attribué d'actions gratuites aux salariés et mandataires sociaux détenant chacun plus de 10% du capital social ou de manière à aboutir à ce que lesdits salariés et mandataires sociaux détiennent chacun plus de 10% du capital.

D'un point de vue fiscal, sauf option pour le régime des traitements et salaires, l'avantage provenant de l'attribution

gratuite des actions sera imposé au taux de 30% au titre de l'année de cession des actions (et non de l'année d'attribution) et la plus-value de cession sera imposée au taux forfaitaire de 27%.

Il est enfin à noter que le régime exposé ci-dessus s'applique également aux attributions par des sociétés dont le siège est situé à l'étranger d'actions gratuites aux salariés ou mandataires sociaux qui exercent leur activité dans des entreprises dont elles sont mères ou filiales, dès lors que cette attribution s'effectue dans les conditions prévues par le Code de commerce.

Augmentations de capital réservées aux salariés adhérents d'un PEE

La législation relative aux augmentations de capital réservées aux salariés adhérents d'un Plan d'Épargne Entreprise a donné lieu à diverses précisions dont les plus importantes sont mentionnées ci-après.

La loi du 19 février 2005 sur l'épargne salariale a eu entre autre objet de développer l'actionnariat des salariés des entreprises a inséré au sein de l'article L. 225-129 du Code de commerce un paragraphe imposant à l'assemblée générale extraordinaire, lors de toute augmentation de capital, de se prononcer sur un projet d'augmentation de capital réservé aux salariés adhérents d'un Plan d'Épargne Entreprise.

Aujourd'hui c'est l'article L. 225-129-6 alinéa 1 du Code de commerce qui impose à toute assemblée générale extraordinaire de se prononcer, lors de toute décision d'augmentation de capital par apport en numéraire, sauf si elle résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital, sur un projet de résolutions tendant à réaliser une augmentation de capital effectuées dans les conditions prévues à l'article L. 443-5 du Code du travail.

En outre, le deuxième alinéa de l'article L. 225-129-6 du Code de commerce oblige le conseil d'administration ou le directoire à convoquer une assemblée générale extraordinaire pour se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital dès lors que les actions détenues par le personnel de la société et des sociétés qui lui sont liées représentent moins de 3% du capital.

L'étendue d'une garantie de passif

Attention à la rédaction des garanties de passif ! Nous commentons une décision inquiétante de la Cour d'appel Poitiers du 15 juin 2004, récemment publiée. Dans cette espèce, la garantie de passif pouvait être mise en jeu pour toute augmentation de passif résultant d'une déclaration inexacte du cédant ou d'un défaut de comptabilisation antérieur à la date de cession des titres.

La Cour considère qu'elle ne peut servir de fondement à la demande d'indemnisation d'un écart négatif de capitaux propres constaté entre la date d'arrêt du bilan de référence ayant servi à déterminer le prix de cession et la date de transfert de propriété des actions.

En effet, selon la décision, cet écart résulte d'une perte, c'est-à-dire d'une différence négative entre produits et charges constatés au jour du transfert de propriété et non d'une augmentation de passif non comptabilisée révélée ultérieurement, le passif concernant les dettes de la société. Or, l'acte de garantie ne prévoyait pas la prise en charges des pertes...

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

WEBLOGS, BLOGS ET RESPONSABILITE

Par Patrick Vilbert et Olivier Sanviti
p.vilbert@touzet-bocquet.com
o.sanviti@touzet-bocquet.com

« *Un nouveau blog toutes les 6 secondes* », « *blog - le mot de l'année 2004* » selon le dictionnaire américain Merriam-Webster, « *la fabuleuse ascension des weblogs* » etc.

Force est de constater que les blogs apparaissent comme l'un des phénomènes les plus marquants du Web ces derniers mois. Le développement de blogs, relativement récent en France, pose l'intéressante question du régime juridique applicable aux *blogueurs*.

Comment définir le blog ?

Le terme « *weblog* », contraction des termes « *web* » (toile) et de « *log* » (journal) a été utilisé pour la première fois en décembre 1997 par John Barge sur son blog personnel. Une nouvelle contraction va être opérée par Peter Merholz au début de l'année 1999, donnant naissance au mot « *blog* ».

En pratique, le blog pourrait se définir comme une sorte de journal ou « *bloc-note* » selon la Commission générale de terminologie et de néologie (avis publié au JO du 20 mai 2005), souvent personnel, présentant en ordre chronologique de courts articles ou notes, généralement accompagnés de liens vers d'autres sites.

Le blogueur, un éditeur de site

Le blog relève assurément du régime de la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN) du 21 juin 2004 qui pose, dans son article 1^{er} un principe qui paraît avoir été rédigé pour lui : "*la communication au public par voie électronique est libre*".

Toutefois, l'exercice de cette liberté, qui rappelle celui de la presse et de la communication, trouve ses limites dans plusieurs restrictions tenant aux libertés et à l'ordre public, certains auteurs s'étant félicités de ne plus trouver de référence aux bonnes mœurs. Apportant des précisions à la loi imparfaite du 1^{er} août 2000, la LCEN énumère les prestataires techniques et les différents intervenants sur lesquels pèsent des obligations spécifiques : les fournisseurs d'accès (art.6-1) et les hébergeurs de services (art.6-2). On sait que la responsabilité pénale et civile des hébergeurs se trouve aujourd'hui circonscrite par la preuve de la connaissance préalable du caractère illicite des activités ou informations stockées ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou de l'absence de prompts diligences pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible dès qu'elles en ont eu connaissance.

Le blogueur, qui tient son journal ouvert en ligne pour y diffuser toutes informations et recueillir tous commentaires, se trouve dans une situation très proche de celle de l'éditeur de site dont les obligations spécifiques de publication d'identité, définies à l'article 8-III rappellent celles de l'ours de la presse écrite. L'identification s'effectue par standard ouvert, c'est-à-dire par tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données inter-opérables et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès, ni de mise en oeuvre.

La comparaison ne s'arrête d'ailleurs pas à cette spécificité et s'étend au traitement de l'information. Ainsi, est instituée une procédure spécifique de droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message, qui peut être exercée dans un délai maximum de trois mois à compter de la mise à disposition auprès du public du message justifiant cette demande. Le directeur de publication est tenu d'insérer gratuitement les réponses de toute personne nommée ou désignée sous peine d'une amende de 3.500 €, sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu. Les conditions d'insertion de la réponse sont celles de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881.

Plus généralement, le blogueur, comme l'éditeur de site, pourra voir sa responsabilité engagée dans tous les cas prévus par la loi sur la presse et la communication (injure, diffamation, atteinte à la vie privée...), de même qu'il est passible des dispositions de l'article 227-24 du Code Pénal au titre de la diffusion de message de caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, prévoyant une peine de trois ans d'emprisonnement et 75.000 € d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

"le juge des référés, juge naturel de l'Internet"

Il lui appartient donc d'être d'autant plus vigilant que la loi n'opère aucune distinction entre les éditeurs, selon qu'il s'agit de professionnels ou non. L'activité du blogueur, qui rentre dans celle du service de communication au public en ligne, n'est donc pas sans risque et le succès de ce nouveau mode de communication en pleine expansion va justifier le rôle croissant du juge, notamment du juge des référés, devenu le juge naturel de l'Internet, pour en limiter les excès.

Une première décision en 2005

Les décisions jurisprudentielles relatives au droit du blog sont encore assez rares en France. Une seule décision, à notre connaissance, a été publiée (TGI Bobigny, 11 janvier 2005 TNS Secodip / Fédération CGT des sociétés d'études). En l'espèce, la Fédération CGT des sociétés d'études avait ouvert, à la fin de l'année dernière, un blog consacré à la société TNS Secodip (société ayant comme activités les études de marché et les sondages) composé de neuf rubriques, dont certaines intégraient des tracts, des comptes rendus de négociations internes et autres rapports d'expertise.

Par conclusions, la société TNS SECODIP demandait la suppression immédiate, et sous astreinte, des publications litigieuses au motif que ces concurrents avaient un libre accès à des renseignements concernant sa situation financière et sa politique salariale. Le fondement juridique principal était, en l'espèce, l'obligation de discrétion des représentants du personnel et le caractère confidentiel des informations publiées (art. L. 432-7 du Code du travail).

La Fédération CGT des sociétés d'études contestait cette demande comme portant atteinte à sa liberté d'expression et demandait le rejet de l'argument de SECODIP selon lequel l'article L. 432-7 du Code du travail s'appliquerait aux salariés ou à un syndicat. **Le Tribunal de Grande Instance de Bobigny a estimé que la divulgation sur un blog, par un syndicat, d'informations financières et salariales sensibles, voire confidentielles, à des tiers et notamment des concurrents, pouvait causer un préjudice moral à une société.**

Faisant partiellement droit aux arguments de l'employeur, il a ainsi ordonné la suppression du blog ouvert par ledit syndicat, et celle des documents qui y figuraient, sous astreinte de 600 € par jour de retard. Certaines rubriques du blogs ont cependant été admises (travail de nuit, accord sur les 35 heures)

Ce jugement, certes d'espèce, ne peut qu'inciter les blogueurs à adopter une attitude modérée quand à la ligne éditoriale qu'ils choisissent d'adopter et aux informations qu'ils éditent.

Le domaine juridique, 3ème secteur lecteur de blogs

A l'origine, le phénomène, né aux Etats-Unis, avait principalement pour objet de traiter des sujets d'actualité d'une façon différente de celle des médias (ex. : attentats du 11 septembre 2001, seconde guerre du Golfe en mars 2004, élection présidentielle américaine en novembre 2004).

A la fin de l'année dernière, on comptait 32 millions d'américains lecteurs de blogs soit 27% des internautes, contre 17% en février 2004. Selon une récente étude réalisée auprès de 30.079 internautes américains, 75% d'entre eux sont des hommes de plus de 30 ans et 43% déclarent avoir un revenu annuel par foyer supérieur à 90.000 \$. Il est intéressant de noter que 5,1% des lecteurs sont des juristes, avocats ou magistrats, et que 7,1% déclarent travailler dans le secteur juridique, qui se trouve ainsi placé sur la 3^{ème} marche du podium des secteurs les plus représentés, juste derrière celui de l'éducation et celui de l'information.

En France, la blogosphère semble être de prime abord principalement composée de jeunes internautes. Néanmoins, le développement récent de blogs thématiques, professionnels ou *corporate*, tend à rapprocher sa démographie de la blogosphère américaine.

Durant la campagne électorale relative au référendum sur la Constitution européenne, le nombre de blogs portant sur les institutions européennes et ayant pour objectif d'éclairer les enjeux et les conséquences du vote du 29 mai, a connu une forte augmentation.

Ce procédé devient toutefois un mode de communication institutionnelle particulièrement efficace dont le développement fulgurant sur le web nous conduit à y consacrer le premier article de cette rubrique.

LE TBA GOLF CHALLENGE 2005

Le second "TBA Golf Challenge" s'est déroulé le 6 juillet 2005, sur le parcours de Feucherolles (78), comme en 2004. La partie organisée en "2 balles meilleure balle" a été remportée par l'équipe composée de Paul Haennig et Jean-Pierre Saidy.

Paul ayant déjà gagné en 2004 en faisant équipe avec notre ami Laurent Caillault, il devient indiscutablement "l'homme à abattre" pour notre prochain tournoi, en 2006 !

Rappelons que tous les passionnés, membres du cabinet, clients, amis et partenaires, peuvent venir nous rejoindre. Vous pouvez d'ailleurs d'ores et déjà vous signaler auprès de Aurore Robert, qui vous pré inscrira. (a.robert@touzet-bocquet.com)

N'hésitez pas : cette journée n'est qu'un prétexte pour mieux se connaître et il n'y a nul besoin d'un bon handicap. Seule la convivialité est de règle.

DE L'HUMOUR INVOLONTAIRE DES TRIBUNAUX

Quand une Cour d'appel fait de l'humour... pour une fois volontaire, à propos de gallinacés !

Fidèles à cette désormais traditionnelle rubrique, nous publions ce trimestre une décision de la Cour d'appel de Riom du 7 septembre 1995. Cet arrêt est particulièrement goûteux, tant les magistrats semblent avoir pris plaisir à ridiculiser le demandeur dont la cause, il faut le dire, le méritait sans doute un peu. Il n'empêche qu'on pourrait songer à verser un tel arrêt dans nos dossiers de plaidoirie, lorsque nous plaignons la procédure abusive :

« Attendu que les faits et la querelle sont exposés dans les décisions rendues à CLERMONT FERRAND le 11 janvier 1994 et le 25 janvier 1995 ; que cette dernière dont appel ; que la Cour en adopte les motifs ; que céans, les époux Roche concluent au débouté de Rougier ; qu'au contraire celui-ci enchanté du jugement qui a prescrit la fin du poulailler demande la confirmation du jugement et 20.000 francs de dommages et intérêts ;

« Attendu que la poule est un animal anodin et stupide, au point que nul n'est encore parvenu à le dresser, pas même un cirque chinois ; que son voisinage comporte beaucoup de silence, quelques tendres gloussements, et des caquètements qui vont du joyeux (ponte d'un œuf) au serein (dégustation d'un ver de terre) en passant par l'affolé (vue d'un renard) ; que ce paisible voisinage n'a jamais incommodé que ceux qui pour d'autres motifs nourrissent du courroux à l'égard des propriétaires de ces gallinacés ; que la Cour ne jugera pas que le bateau importune le marin, la farine le boulanger, le violon le chef d'orchestre, et la poule un habitant du lieu-dit La Rochette, village de Saledes (402 âmes) dans le département du Puy-de-dôme. »

ON PARLE DE NOUS ...

Désormais, le cabinet a fréquemment les honneurs de la presse et nous en sommes fiers. Voici donc les parutions du dernier trimestre, dont nous tenons bien sûr une copie à votre disposition.

Interviews :

- Liaisons Sociales - septembre 2005 : interview de Frédéric Zunz dans l'article « Ces blogs qui brouillent le message » ;
- La Tribune du 23 août 2005 : interview de Frédéric Zunz dans l'article « Quand la liberté vestimentaire passe sous contrôle » ;
- Carrière du 23 juin 2005 : interview de Olivier Sanviti dans l'article « Comment tirer parti de la vogue du blog » ;

Citations et communiqués de presse :

- Option Finance du 25 juillet 2005 ;
- la Lettre des Juristes d'affaires - juillet 2005 ;
- la Semaine Sociale Lamy du 20 juin 2005 : « l'Avenir de l'UES conventionnelle » ;
- Les Echos du 25 mai 2005 : « Le blog, outil citoyen pour l'Europe » ;
- Revue « Le Guide du Weblog » (avril / mai 2005)
- Ouvrage « Les Blogs » paru chez M2 Editions ;
- Site du « Village de la Justice » - mai 2005 ;

