

## SOMMAIRE

- 1 Éditorial
- 2 La protection du secret des affaires couvrant vos données numériques : anticipez l'adoption du label « confidentiel entreprise » !
- 3 Loi de simplification et d'amélioration du droit : nouveau régime applicable aux fusions
- 5 ZOOM sur la déclaration de créance
- 6 Vente liée ordinateur/logiciel : un sujet qui revient au cœur de l'actualité juridique
- 8 Déficit fiscal : limitation des modalités de report et nouvelles opportunités
- 9 La Cour d'assises réformée (loi n°2011-939 du 10 août 2011)
- 10 L'égalité salariale entre les femmes et les hommes TGI Paris, Ordonnance de référé du 5 septembre 2011
- 11 Décision de l'Autorité de la concurrence n°11-D-12, du 20 septembre 2011
- 12 Brèves
- 14 Vie du cabinet

## ÉDITORIAL

Il est parfois délicat d'annoncer à son client que, malgré tous les moyens que celui-ci peut employer, il ne pourra empêcher qu'une loi d'application rétroactive vienne bouleverser les conséquences de décisions passées.

Les entreprises acceptent par exemple difficilement la légitimité de la loi sur la « Prime de Partage des Profits » (cf. notre article dans la newsletter LexCase n°1) parce qu'elle empiète sur leur liberté d'entreprise. Elles comprennent encore plus mal que cette même loi les oblige à revoir leur politique salariale du fait d'une décision de distribution de dividende déjà intervenue.

Les entreprises ont également du mal à accepter l'augmentation, inscrite dans la loi de finances rectificative pour 2011, de la quote-part de frais et charges sur les cessions de titres de participation de 5 à 10% pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010 (cf. notre brève dans cette newsletter LexCase n°2), donc pour toutes les cessions intervenant en 2011, y compris celles antérieures à l'adoption de la loi, voire pour des exercices déjà clos en 2011 (il faut alors rembourser l'impôt !).

Et pourtant il s'agit bien là d'un enjeu essentiel pour les entreprises et les particuliers que nous côtoyons : évoluer dans un environnement dans lequel la « sécurité juridique » permet de se projeter avec pertinence dans l'avenir. Le débat n'est pas l'acceptation ou non du changement, qui est inhérent à la vie économique, mais plutôt la question du respect des règles du jeu quand le jeu a déjà commencé ou alors même que la partie est déjà terminée.

Nul doute que, compte tenu de l'incertitude économique actuelle, nous devons anticiper des changements réels à brève échéance dans notre environnement juridique et fiscal. Ces changements ne seront pas compris, et seront donc en partie inefficaces, s'ils ne sont perçus que comme un outil budgétaire ou une sanction. La loi doit avoir du sens. Force est de constater que certaines lois en manquent cruellement.

Notre rôle est de vous accompagner en anticipant ces évolutions, chaque fois que cela sera possible.

Bonne lecture ! •

Les associés

> BRÈVES

> **Le Tribunal correctionnel de Clermont Ferrand condamne un salarié pour vol de données informatiques confidentielles.**

Dans un **jugement du 26 septembre 2011**, le Tribunal correctionnel de Clermont Ferrand a condamné une ancienne salariée qui avait dérobé les données des fichiers clients et fournisseurs de son ex-employeur afin de les exploiter à son profit.

Pour le tribunal, **le fait pour la salariée de transférer le jour de son départ de la société les données sur une clé USB aux fins d'actualisation de fichiers antérieurs est constitutif de soustraction frauduleuse.**

Cette décision est notable en ce que, à part quelques décisions de justice marginales, les tribunaux refusent d'admettre le vol d'information indépendamment de tout support matériel. Selon eux ainsi que la doctrine dominante, la « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » telle que le prévoit l'article 311-1 du code pénal s'entendrait comme la soustraction d'un bien matériel ou corporel.

L'ex-salariée a également été reconnue coupable

DROIT ÉCONOMIQUE

## La protection du secret des affaires couvrant vos données numériques : Anticipez l'adoption du label « confidentiel entreprise » !

Malgré quelques outils juridiques épars, la France reste très en retard sur la protection du secret des affaires en général, et sur la protection des données numériques sensibles de l'entreprise, en particulier. Alors que le vol de données immatérielles (fichier clients, fichier fournisseurs, catalogue de prix, secrets de fabrication) a frappé plus de 15 millions de personnes dans le monde en 2010, selon une étude KPMG, la lutte contre ce phénomène fait l'objet d'un relatif vide législatif, contrairement aux arsenaux juridiques étrangers.

On se souvient en effet de l'affaire Renault, dans laquelle on suspectait d'espionnage industriel des entreprises chinoises concurrentes. Cette affaire avait mis en lumière la difficulté d'incrimination du détournement de données informatiques, faute d'infraction spécifique. La qualification de vol est par exemple inadaptée en ce qu'elle suppose une soustraction frauduleuse que les juges refusent de caractériser en l'absence de matérialité (voir a contrario, ci-contre, une décision isolée adoptée très récemment par le Tribunal correctionnel de Clermont Ferrand) ; certaines qualifications sont plus difficiles à caractériser en l'absence de clause de confidentialité dans le contrat de travail, et s'avèrent souvent inadaptées à la protection

du secret des affaires. En définitive, les textes actuels ont davantage vocation, quand ils s'appliquent, à réparer un dommage commis plutôt qu'à réprimer un agissement préjudiciable à l'entreprise.

Cette situation ne devrait plus durer, grâce à un amendement parlementaire, signé par plus d'une centaine de députés et aujourd'hui soutenu par le gouvernement, visant à étendre la notion de « secret défense » à l'entreprise, par la mise en place d'un label « confidentiel entreprise » et la création d'une infraction spécifique en cas de détournement ou de vol de données numériques estampillées comme telles, infraction assortie de peines coercitives. Pourraient bénéficier de cette protection « les informations dont la divulgation porterait une atteinte grave aux positions stratégiques, au potentiel ou aux intérêts de l'entreprise en matière scientifique, technique, commerciale ou financière ».

Cette protection pourrait être signalée, sur certains documents, par l'apposition d'une simple mention « confidentiel entreprise ».

La divulgation d'un projet technologique ou industriel, la communication non autorisée d'un plan stratégique, la transmission frauduleuse d'un fichier clients, la

## DROIT ÉCONOMIQUE

révélation d'un projet financier ou commercial tomberaient ainsi sous le coup d'une infraction pénale du seul fait de la démonstration de l'emport et de la communication hors de l'entreprise de documents portant le marquage « confidentiel entreprise » ou comportant ces données sensibles.

Contrairement à son équivalent militaire, ce cachet ne sera pas opposable à un juge qui aura toujours la possibilité de perquisitionner ou de faire la demande de ces documents, mais il permettra de qualifier un délit qui, jusque là, profitait d'un

relatif vide juridique.

Rien n'interdit d'anticiper l'institution légale de ce marquage, en adoptant dès à présent ce label sur les documents internes. Même si cette infraction n'est pas encore créée, la sensibilisation des salariés sur la confidentialité des données internes à l'entreprise et sur le risque de dissémination non intentionnelle de celles-ci sera sans doute facilitée par l'adoption de cette bonne pratique. •

**Hubert Mortemard de Boisse**  
hdeboisse@lexcase.com

de détournement de fichiers informatiques de données confidentielles ce qui est constitutif d'abus de confiance, s'agissant de données copiées à auxquelles elle n'avait pas accès de part ses fonctions.

Même si cette décision reste isolée, elle rappelle l'importance de la protection des systèmes informatiques et l'enjeu que représente la gestion des accès des salariés aux données de l'entreprise.

## FUSIONS / ACQUISITION

### Loi de simplification et d'amélioration du droit : Nouveau régime applicable aux fusions

Les nouvelles mesures de la loi du 17 mai 2011 concernent principalement le régime des conventions courantes, les augmentations de capital et les fusions de sociétés.

Une partie de cette réforme porte sur de nouvelles dispositions applicables aux fusions, devant entrer en vigueur le 31 août 2011, sous réserve de la publication d'un décret. Ce décret n'étant pas encore paru à ce jour, de nombreuses interrogations sur les modalités de réalisation des fusions en cours subsistent.

Ces nouveautés concernent le régime de droit commun des fusions ainsi que les fusions dites à 100% (absorption d'une filiale détenue à

100%). Elles intègrent également de nouvelles dispositions applicables aux fusions de sociétés dont l'une est détenue à au moins 90% par la société absorbante.

#### OBJECTIF ET CHAMP D'APPLICATION

L'objectif – partiellement rempli – est d'alléger les obligations d'information pesant sur les sociétés. Les nouvelles dispositions sont applicables aux fusions réalisées par des SA et des SAS. Elles concernent également les SARL, mais uniquement pour les dispositions relatives aux fusions à 100%. Les dispositions applicables aux fusions à 90%, ne concerneraient, quant à elles, que les SA et les SAS. Le législateur est parfois d'une

## FUSIONS / ACQUISITION

logique juridique implacable, la loi, rappelons le, étant sensée simplifier et améliorer le droit !

### RAPPORTS DES ORGANES DE DIRECTION ET INFORMATION DES ACTIONNAIRES : MODIFICATIONS APPLICABLES AUX FUSIONS DE DROIT COMMUN

L'obligation, pour les organes de direction (conseil d'administration de SA ou Président de SAS), d'une société participant à une opération de fusion, d'établir un rapport sur la fusion projetée est supprimée dans la mesure où les actionnaires des sociétés parties à l'opération l'ont décidé à l'unanimité. La loi se référant à une décision prise à l'unanimité, les actionnaires de chaque société devront adopter cette décision dans le cadre d'une assemblée générale, ce qui, au lieu d'alléger la procédure de fusion, pourrait, in fine, l'alourdir. Cependant, le décret attendu pourrait indiquer un mode alternatif de prise de cette décision unanime par les actionnaires.

Les organes de direction auront désormais l'obligation d'informer les actionnaires de leurs sociétés respectives de toute modification importante concernant l'actif ou le passif de leur société, dès lors que cette modification interviendra après l'établissement du projet de fusion et avant le vote final des assemblées. Ils devront également informer directement les organes de direction des autres sociétés participant à la fusion, de telle sorte que l'information

soit répercutée auprès de tous les actionnaires de toutes les sociétés intéressées par la fusion.

### MODIFICATIONS APPLICABLES AUX FUSIONS SIMPLIFIÉES (FUSION À 100%)

Le régime applicable à la fusion d'une société avec une filiale détenue à 100% est allégé. Dorénavant, l'assemblée générale des actionnaires de la société absorbante n'a plus à approuver la fusion. En conséquence, le pouvoir de décider une fusion est transféré aux dirigeants de la société mère, ce qui n'est pas sans poser de problèmes au regard de la responsabilité des dirigeants et de l'éventuelle limitation de pouvoirs de ces derniers.

Cependant, afin de palier les éventuels abus auxquels cette disposition pourrait conduire, la loi prévoit qu'un ou plusieurs actionnaires de la société mère représentant au moins 5% du capital social peuvent demander la nomination d'un mandataire judiciaire chargé de convoquer une Assemblée devant statuer sur la fusion.

L'éventuelle absence de tenue de l'assemblée générale de la société absorbante se prononçant sur la fusion soulève, en l'absence de parution du décret susvisé, une difficulté dans la mesure où les dispositions du code de commerce continuent d'imposer le dépôt du traité de fusion au greffe du tribunal de commerce un mois avant la date

de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération de fusion. La publication de ce décret est donc attendue avec impatience.

### PROCÉDURE SIMPLIFIÉE EN CAS DE FUSION D'UNE SOCIÉTÉ AVEC UNE FILIALE DÉTENUÈ À 90%

La loi crée une nouvelle hypothèse de fusion simplifiée lorsque la filiale est détenue à 90% par la société mère (nouvel article L 236-11-1 du code de commerce).

La nouveauté réside dans le fait que l'assemblée générale de la société absorbante n'a pas à approuver la fusion. L'assemblée générale de la société absorbée devra toutefois se prononcer, dans la mesure où cette société n'est pas détenue à 100%.

Les actionnaires de la société absorbante détenant plus de 5% du capital peuvent cependant demander à ce qu'un mandataire judiciaire soit nommé afin de convoquer une assemblée de la société absorbante qui statuera sur le principe de la fusion.

D'autre part, les rapports des organes de direction et du commissaire à la fusion ou aux apports n'ont pas à être établis lorsque les actionnaires minoritaires de la société absorbée se sont vus proposer, préalablement à la fusion, le rachat de leurs titres à un prix déterminé conformément aux méthodes figurant à l'article L 236-11-1 du code de commerce. •

**Guillaume Pierson**  
gpierson@lexcase.com

## PROCÉDURES COLLECTIVES

### ZOOM sur la déclaration de créance

Une jurisprudence récente de la Cour de Cassation, citée dans le précédent numéro de Lex&Case (Cassation Commerciale, 12 juillet 2011, n°09-71.113), nous permettait de rappeler que désormais, l'absence de déclaration de créance dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective n'était plus sanctionnée par l'extinction de sa créance, mais par son inopposabilité à la procédure. Bien que la sanction soit moins sévère que par le passé, elle n'en demeure pas moins sans conséquence pour le créancier qui, s'il ne perd plus irrévocablement l'espoir de recouvrer sa créance, se voit tout de même placé dans une situation défavorable puisqu'elle ne sera payée que très tardivement, à la double condition que son débiteur soit en mesure de le faire à l'issue du plan (ou de la liquidation de celui-ci) et que sa créance ne soit pas prescrite.

Il est donc utile de rappeler brièvement les modalités de la déclaration de créance, afin d'éviter soit l'écueil d'une déclaration hors délai, soit celui d'une déclaration irrecevable, et ce quel que soit le débiteur (société commerciale, commerçant personne physique, association...).

#### 1. LES CRÉANCES DEVANT ÊTRE DÉCLARÉES :

Toutes les créances doivent être déclarées, qu'elles soient ou non échues au jour de l'ouverture de la procédure collective, outre les intérêts contractuels ou pénalités de retard s'il y a lieu. Doivent également être déclarées les garanties et suretés données au profit du débiteur en procédure collective.

D'une manière plus large, toutes les prestations non encore facturées, mais effectuées antérieurement à l'ouverture de la procédure, doivent également être facturées et déclarées au passif du débiteur en procédure collective.

Dans l'hypothèse, d'un litige pendant devant une juridiction, il convient également de déclarer, s'il s'agit d'une demande en dommages et intérêts, la totalité des créances indemnitaires réclamées, ainsi que le montant des frais de justice dont il est demandé paiement.

Il convient impérativement d'annexer à sa créance tout élément justificatif, à défaut de quoi celle-ci sera rejetée.

#### 2. LES DÉLAIS DANS LESQUELS DOIVENT ÊTRE DÉCLARÉES LES CRÉANCES :

Les textes sont assez stricts en ce qu'ils imposent de déclarer

ses créances entre les mains du mandataire judiciaire (dans l'hypothèse d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire) ou du liquidateur judiciaire dans les deux mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure collective au BODACC (Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales – accessible sur <http://www.bodacc.fr>). Une fois le délai de deux mois écoulé, le créancier est forclo à déclarer sa créance.

L'informatisation des Tribunaux de Commerce, fait que les jugements sont désormais publiés avec un délai de 15 jours, de sorte que l'on dispose tout au plus de 10 semaines entre le jugement ouvrant la procédure et la date ultime à laquelle doit être effectuée une déclaration.

Le créancier forclo peut toutefois être relevé de forclusion s'il forme dans les 6 mois suivant la publication du jugement au BODACC une demande de relevé de forclusion dans les seules hypothèses où il démontre, soit qu'il était dans l'impossibilité matérielle de connaître la situation de son débiteur sans que cela soit de son fait, soit que l'ignorance de l'existence d'une procédure collective résulte d'une omission volontaire par le débiteur de

## PROCÉDURES COLLECTIVES

l'existence de la créance.

### 3. PERSONNES HABILITÉES À DÉCLARER UNE CRÉANCE :

Seul l'avocat, en vertu du mandat que lui confère la loi, peut déclarer toute créance sans avoir à justifier d'un quelconque pouvoir à ce titre.

En effet, déclarer une créance équivalent à engager une action en justice, le déclarant doit détenir pouvoir pour le faire.

Dans l'hypothèse où la déclaration est faite par le représentant légal de l'entreprise créancière, il est préférable d'annexer à la déclaration un Kbis à jour pour justifier du mandat social.

Dans l'hypothèse où le déclarant n'est pas représentant légal de l'entreprise, il doit justifier qu'il détenait au jour de la déclaration un pouvoir spécial à cette

fin. De la même manière que précédemment, il est préférable d'annexer ledit pouvoir à la déclaration pour éviter toute contestation ultérieure sur ce point. Si le déclarant est étranger, il doit s'assurer au préalable que le pouvoir spécial dont il bénéficie est conforme au droit français, c'est à dire s'il est spécifiquement autorisé à représenter et engager en justice l'entreprise qu'il représente.

Une déclaration faite par quelqu'un qui ne détenait pas de pouvoir pour le faire sera déclarée nulle et donc inopposable à la procédure collective en cours.

### 4. CONTESTATIONS AFFÉRENTES AUX CRÉANCES DÉCLARÉES :

Les contestations formées par le débiteur ou le mandataire/liquidateur judiciaire sont portées

devant le Juge Commissaire désigné par le Tribunal dans le jugement d'ouverture de la procédure collective.

Un recours à l'encontre de l'ordonnance rendue par le Juge Commissaire est possible devant le Tribunal de la procédure collective par opposition formée par lettre recommandée avec accusé de réception dans les 10 jours suivant la notification de l'ordonnance. •

**Amaury Dumas-Marze**  
adumasmarze@lexcase.com

## DROIT ÉCONOMIQUE

### Vente liée ordinateur/logiciel :

### Un sujet qui revient au cœur de l'actualité juridique

La pratique de la vente liée ordinateur/logiciels est décriée par les associations de consommateurs puisque selon elles, elle restreindrait le choix des consommateurs et limiterait ainsi la concurrence.

De surcroît, l'absence d'information sur le prix des logiciels couplés aux ordinateurs

serait susceptible de constituer une pratique trompeuse empêchant le consommateur de pouvoir comparer et de se faire un avis éclairé.

**C'est dans le contexte de plusieurs actions initiées par certaines associations que la Cour de cassation a rendu le 6 octobre dernier, un arrêt très attendu.**

**(Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 oct. 2011, n° 10-10.800, P+B+I, Ass. UFC Que Choisir c/ Sté Darty et fils.)**

En 2006, l'UFC Que choisir avait assigné Darty pour vente subordonnée d'ordinateurs avec des logiciels pré-installés aux fins de la voir condamner (i) à cesser de vendre des ordinateurs sans offrir à l'acquéreur la possibilité

## DROIT ÉCONOMIQUE

de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation et (ii) à indiquer le prix des logiciels pré-installés.

Le 24 juin 2008, le Tribunal de Grande Instance de Bobigny avait admis la vente liée justifiée par des motifs légitimes - en l'occurrence la technicité du produit vendu -, mais avait néanmoins estimé que le consommateur avait droit à une information préalable sur les logiciels pré-installés et sur leur prix.

En appel, la Cour de Paris a, par son arrêt du 26 novembre 2009, entièrement donné gain de cause à Darty déboutant ainsi l'UFC que Choisir de l'ensemble de ses demandes. Se basant sur une interprétation stricte de la Directive communautaire du 11 mai 2005, et considérant que la technicité des informations relatives aux conditions d'utilisation des logiciels ne se prêtait pas à leur communication auprès des consommateurs moyens, elle avait ainsi jugé que Darty n'avait pas à fournir ces informations aux consommateurs et pouvait se contenter de simplement identifier les logiciels équipant les ordinateurs qu'elle distribue.

Cassant l'arrêt précité, la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel de Paris avait ainsi violé l'article L. 121-1 du code de la

consommation, les « **informations, relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'application, étant de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause** ».

L'affaire est désormais renvoyée devant la Cour d'appel de Versailles, laquelle était venue sanctionner, par son arrêt du 5 mai 2011, ce type de ventes liées dans une affaire Hewlett-Packard contre l'UFC.

Maintenant que la Cour de cassation a rendu sa décision, les parlementaires vont pouvoir reprendre les discussions lors de la suite des débats sur le projet de loi.

Le découplage des ventes constituait en effet l'un des engagements pris par le gouvernement en 2008 dans le cadre du Plan France Numérique 2012, la pratique de la vente liée souffrant d'une interprétation restrictive de la Directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.

Dans le cadre du **projet de loi « renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs »**, trois amendements concernant la vente liée ordinateur/logiciels viennent d'être discutés. Tous réclamaient le découplage de l'ordinateur et

du système d'exploitation lors de la vente. Un projet de loi adopté dans son ensemble le 11 octobre 2011 par l'Assemblée nationale a été transmis au Sénat.

La Cour de cassation n'a notamment pas précisé quelles sont ces caractéristiques principales qu'il convient de porter à la connaissance des consommateurs. S'étendent-elles, notamment, aux termes de la licence d'utilisation des logiciels ?

D'où la nécessité de légiférer afin que ces points soient précisés, si la position prise par les dernières jurisprudences devait être confirmée.

**On peut à tout le moins espérer que le sujet soit enfin clairement tranché lors de la suite des débats sur le projet de loi consommation, afin qu'il soit mis fin au flou juridique autour de la vente liée ordinateurs/logiciels.** •

Anne-Sophie Uccelo-Jammes

asjammes@lexcase.com

## FISCALITÉ

## Déficits fiscaux

## Limitation des modalités de report et nouvelles opportunités

La deuxième loi de finances rectificative pour 2011 limite, pour les exercices clos à compter du 21 septembre 2011, le report des déficits fiscaux dans les conditions suivantes :

- **s'agissant du report en arrière (« carry-back »)** : l'option pour le report en arrière du déficit d'un exercice doit être formulée dans le délai du dépôt de la déclaration de résultats de cet exercice (auparavant cette option pouvait être effectuée dans le délai général de réclamation, beaucoup plus favorable). En outre, ces déficits ne sont imputables que sur le bénéfice de l'exercice précédant celui au titre duquel le déficit est constaté, dans la limite de 1 M€ (auparavant les bénéfices des trois derniers exercices pouvaient être utilisés, sans limitation de montant).

- **s'agissant du report en avant** : le montant des déficits imputables sur les bénéfices de l'exercice est limité à 1 M€, majoré de 60% de la fraction du bénéfice excédant 1 M€ (auparavant aucune limitation n'était applicable). La fraction non imputée demeure cependant reportable sur les exercices suivants, sans limitation de durée.

**Si cette réforme induit**

**seulement un effet « timing » sur l'utilisation des déficits fiscaux, qui restent toujours reportables en avant sans limitation de durée, elle signifie néanmoins un effort de trésorerie significatif de la part des entreprises qui réaliseront des profits supérieurs à 1 M€.**

Dans ce contexte, soulignons tout d'abord l'intérêt du régime de l'intégration fiscale : si le plafonnement des déficits imputables doit être calculé, au niveau du groupe, dans les mêmes conditions qu'en l'absence d'intégration fiscale, les déficits fiscaux des filiales restent intégralement transmis à la société mère du groupe. Le plafonnement des déficits ne s'applique qu'aux déficits « en report », et non pas aux déficits des sociétés membres « immédiatement utilisés » pour le calcul du résultat d'ensemble.

Par ailleurs, à *quelque chose malheur est bon* : la réforme ouvre une nouvelle possibilité d'utilisation des crédits d'impôt, peut-être non anticipée par les services de Bercy.

Rappelons d'abord qu'il existe plusieurs types de crédits d'impôt :

- les crédits d'impôt

« reportables » et « remboursables » : ils peuvent être imputés sur l'impôt de l'exercice au titre duquel ils sont nés, ou à défaut sur l'impôt d'exercices suivants, et, dans le cas où la société ne paie pas d'impôt pendant un certain nombre d'années, ils sont remboursés (exemple : le crédit d'impôt recherche) ;

- les crédits d'impôts « reportables » mais « non remboursables » : ils sont utilisables sur l'impôt pendant un certain temps, mais ne sont pas remboursables à terme (exemple : les crédits d'impôt mécénat) ;

- les crédits d'impôt « non reportables » et « non remboursables » : ceux-ci doivent être utilisés sur l'impôt de l'exercice au titre duquel ils sont nés, à défaut ils sont perdus (exemple : les crédits d'impôt pour retenues à la source payées à l'étranger).

**En plafonnant l'imputation des déficits, la réforme impose aux entreprises un « impôt minimum » sur lequel pourront s'imputer des crédits d'impôt jusqu'alors inutilisables et donc perdus, à défaut de base taxable.**

*Exemple* : Une société réalise

## FISCALITÉ

un bénéficiaire taxable de 2 M€ par an, dispose de 10 M€ de déficits fiscaux en report, et de 150 K€ de crédits d'impôt « non reportables » et « non remboursables » par an.

Avec les anciennes règles, cette société aurait certes utilisé l'intégralité de ses déficits sur 5 ans, mais aurait perdu 750 K€ de crédits d'impôt. Grâce aux nouvelles règles, cette même

société pourra utiliser l'intégralité de ses déficits sur un peu plus de 6 ans et pourra également utiliser la quasi-intégralité de ses crédits d'impôt. Le gain net est donc d'environ 750 K€ d'impôt non déboursé.

*Conclusion* : Dans un contexte budgétaire où la pression fiscale risque d'augmenter, le contribuable doit faire preuve de « résilience fiscale », chercher

le « mieux » qui se cache parfois derrière le « moins bien ».

**Philippe Drouillot**  
**Matthieu Philippe**

[pdrouillot@lexcase.com](mailto:pdrouillot@lexcase.com)  
[mphilippe@lexcase.com](mailto:mphilippe@lexcase.com)

## PROCÉDURE PÉNALE

### La Cour d'assises réformée (loi n°2011-939 du 10 août 2011)

La loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

Cette loi réforme notamment la procédure criminelle et en particulier introduit un nouvel article 365-1 prévoyant une motivation obligatoire des arrêts rendus par les Cours d'assises :

« (...) *En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la Cour d'assises* ».

Cette exigence de motivation, désormais textuelle, qui a été initiée par l'arrêt de grande

chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, *Taxquet c/ Belgique* (CEDH, 16 nov. 2010), ne fait que répondre à l'incongruité d'une situation procédurale qui consistait à exiger une motivation en matière correctionnelle, mais pas en matière criminelle, alors qu'il s'agit de sanctionner les infractions les plus graves par les peines les plus lourdes.

Outre l'exigence de motivation des décisions de condamnation, la loi du 10 août 2011 modifie également la procédure criminelle par :

- L'allègement du nombre de jurés (6 au lieu de 9 en premier ressort, et 9 au lieu de 12 en appel)
- Le passage d'une majorité

absolue à une majorité simple de jurés pour obtenir une condamnation.

**Nicolas Kéramidas**  
[nkeramidas@lexcase.com](mailto:nkeramidas@lexcase.com)

## DROIT SOCIAL

### L'égalité salariale entre les femmes et les hommes

Tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Cette obligation est régie par les articles L 3221-2 à L 3221-6 du code du travail.

La loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, enrichie de son décret d'application du 7 juillet 2011 impose aux entreprises d'au moins 50 salariés de négocier un accord collectif ou à défaut d'élaborer un plan d'action en faveur de l'égalité hommes-femmes d'ici au 1<sup>er</sup> janvier 2012.

Le contenu de l'accord ou du plan d'action, précisé par le décret du 7 juillet 2011, doit fixer des objectifs de progression et les actions permettant de les atteindre ainsi que les indicateurs chiffrés afférents.

En outre, le rapport annuel sur la situation comparée hommes-femmes doit intégrer un plan d'action spécifique mentionnant notamment les mesures prises au cours de l'année écoulée et les objectifs de progression pour l'année à venir.

En cas de carence, l'employeur peut être mis en demeure par l'inspecteur du travail de

régulariser ou de se justifier dans les six mois.

Au terme de ce délai, à défaut de régularisation de la situation, l'employeur pourra être assujéti à une pénalité financière pouvant atteindre 1 % de la masse salariale. •

**Florence Drapier Faure**  
**David Lachassagne**

[fdrapierfaure@lexcase.com](mailto:fdrapierfaure@lexcase.com)  
[dlachassagne@lexcase.com](mailto:dlachassagne@lexcase.com)

## DROIT DE LA CONCURRENCE

### TGI Paris, Ordonnance de référé du 5 septembre 2011, Universal Music France c/ Blogmusik

Par une ordonnance de référé du 5 septembre 2011, le Tribunal de Grande Instance de Paris a débouté la société Universal Music France de l'ensemble de ses demandes à l'encontre de la société Blogmusik, exploitant le site Deezer, site d'écoute de musique en ligne.

Dans cette affaire, Deezer était assisté de M<sup>e</sup> Charlotte Tasso-de Panafieu, associée de LexCase Société d'Avocats, pour les aspects de droit de la

concurrence et de M<sup>e</sup> Michaël Majster, son conseiller en propriété intellectuelle.

En substance, Universal Music France et Deezer ne s'étaient pas entendus sur les conditions de renouvellement d'exploitation du catalogue ; Universal Music France avait alors mis en demeure Deezer de cesser toute exploitation de son catalogue et, en tant que titulaire des droits d'auteurs sur ce catalogue, l'avait assignée en

référé aux fins de lui interdire cette exploitation.

Le Président du Tribunal a rejeté ces demandes sur le fondement du droit de la concurrence, considérant qu'il ne pouvait être exclu au stade du référé que la société Universal Music France « ait commis un abus de position dominante qui a pour effet de la priver de revendiquer les mesures d'interdiction fondées sur le droit d'auteur qu'elle revendique, puisqu'aucun

## DROIT DE LA CONCURRENCE

*trouble manifestement illicite ne peut plus être allégué* ». Pour aboutir à cette conclusion, le Tribunal a constaté (i) la position prépondérante du catalogue de Universal Music France, notamment sur les hits, le rendant « *incontournable et donc indispensable* », (ii) que le refus

opposé par la société Universal Music est susceptible de constituer une mesure d'éviction lésant le consommateur et (iii) que Deezer avait rempli son obligation de faire des efforts de conversion des utilisateurs gratuits en utilisateurs payants.

Cette décision, certes de référé,

vient ainsi consacrer, si besoin était, que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle ne peut faire obstacle à l'application du droit de la concurrence. •

Charlotte Tasso-de Panafieu

ctp@lexcase.com

## Décision de l'Autorité de la concurrence n°11-D-12, du 20 septembre 2011, relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus

La décision de l'Autorité de la concurrence de septembre dernier retirant l'autorisation accordée en 2006 à la concentration TPS/Canal Plus a déjà fait l'objet d'amples commentaires, cette décision étant en effet la « première du genre ».

Sans entrer dans un commentaire de cette décision, on peut néanmoins s'interroger sur les conséquences du retrait d'autorisation quant à la situation actuelle des parties et de la régulation du secteur audiovisuel en France. Vivendi et Groupe Canal Plus doivent en effet notifier à nouveau l'opération, sauf à « *revenir à l'état antérieur à la concentration* », retour qui semble pour le moins hypothétique, cinq ans après la totale fusion des contenus et des deux plateformes de télévision payante.

La seule voie ouverte en pratique reste donc une nouvelle notification de la concentration. Or, le contexte actuel de la télévision payante, sur la base duquel l'Autorité devra apprécier le caractère adéquat de cette concentration, est fort différent de celui qui prévalait au moment des engagements pris par Canal Plus en 2006 : délinéarisation constante de la visualisation des contenus (catch-up TV notamment), essor de la VoD, développement des FAI sur le segment audiovisuel là où ils ne représentaient en 2006 qu'une concurrence potentielle, etc.

Cette notification interviendra en outre concomitamment à l'introduction du Groupe Canal Plus sur le segment de la télévision gratuite, par le rachat des chaînes de la TNT Direct 8 et Direct Star.

La régulation du secteur audiovisuel subira donc nécessairement une orientation majeure, par le biais du droit de la concurrence, au terme de cette nouvelle notification – qui devra être acceptée par l'Autorité pour produire ses effets. •

Charlotte Tasso-de Panafieu

ctp@lexcase.com

## > BRÈVES

### Droit économique

> **La Cour de cassation valide le relevé de prix au nom du principe de protection de la concurrence et du principe de la liberté des prix, aux dépens de la propriété privée.**

Dans un **arrêt du 4 octobre 2011** (10-21.862), la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui avait refusé à un hypermarché d'enjoindre sous astreinte à un concurrent, situé dans la même zone de chalandise, d'accepter l'accès de ses salariés à ses magasins dans le cadre d'un relevé de prix.

Pour motiver cet arrêt, la Cour considère que « *la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence commande que les concurrents puissent comparer leurs prix et en conséquence en faire pratiquer des relevés par leurs salariés dans leurs magasins respectifs* ».

Cette décision est intéressante en ce qu'elle met en exergue le fait que la répression de l'espionnage industriel ne peut affecter la libre concurrence lorsque cette dernière repose sur des moyens non frauduleux.

### Télécoms

> **Décisions de l'ARCEP du 11 octobre 2011 : Les licences 4G dans la bande de fréquences 2,6**

**GHz sont attribuées par l'ARCEP à Free Mobile, Orange (20 MHz chacun), Bouygues Télécom et SFR (15 MHz chacun).**

Les offres concernant la bande de fréquences 800 MHz (dites « fréquences en or » du fait de leur exceptionnelle qualité de propagation) devront être déposées avant le 15 décembre prochain.

> **IP/11/1211 : La Commission européenne approuve une aide d'État d'environ 750 millions € en faveur du très haut débit en France.**

Cette aide sera distribuée (i) par appel d'offres et (ii) dans les seules zones non desservies par des réseaux très haut débit et dans lesquels un déploiement privé de fibre optique n'est pas prévu dans un proche avenir. Le réseau construit grâce à ces subventions devra être accessible à tout utilisateur intéressé.

### Contentieux

> **Le décret n°2011-1202 du 28 septembre 2011 a instauré une contribution de 35 € pour l'aide juridique payable, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2011, pour toute introduction d'une action en justice en matière civile, commerciale, prud'homale, sociale ou rurale, ou devant une juridiction administrative, sous**

réserve d'exceptions prévues par l'article 1635 bis Q du code général des impôts.

L'acquiescement de cette taxe se fait par l'apposition d'un timbre fiscal de 35 €, ou par la remise d'un justificatif si le paiement est effectué par voie électronique, et est une condition de recevabilité de l'action.

### Fiscalité

> **Taxation des plus-values à long terme sur les titres de participation.**

La deuxième loi de finances rectificative pour 2011 a porté de 5 à 10% la quote-part taxable des plus-values à long terme sur les titres de participation (les plus-values sont donc exonérées à 90% au lieu de 95%). Ce changement est applicable aux exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011. Ainsi, en pratique, toutes les cessions de titres de participation réalisées en 2011, avant ou après l'adoption de la nouvelle loi, sont concernées par ces nouvelles dispositions (cf. notre éditorial).

### Social

> **Le Contrat de Sécurisation Professionnelle (CSP) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011.**

Il doit être proposé par les entreprises de moins de

## > BRÈVES

1000 salariés envisagent le licenciement pour motif économique d'un ou plusieurs salariés.

Le CSP remplace la Convention de Reclassement Personnalisé (CRP) et le Contrat de Transition Professionnelle (CTP).

La documentation sur le CSP peut être consultée sur le site [www.pole-emploi.fr](http://www.pole-emploi.fr).

### **Droit de la propriété intellectuelle et industrielle**

> **Les conditions d'enregistrement d'un slogan à titre de marque communautaire**

*(CJUE, 13 janv. 2011, aff. C-92/10 P, Media-Saturn-Holding GmbH c/ OHMI, « Best buy »)*

La CJUE a rappelé que l'utilisation de signes en tant que slogan publicitaire n'exclut pas leur enregistrement à titre de marque et qu'il n'y a pas lieu de leur appliquer des critères plus stricts que ceux applicables à d'autres signes :

- il n'est ainsi pas requis qu'un slogan soit fantaisiste, surprenant ou inattendu pour pouvoir être enregistré comme marque ;
- l'adoption d'une formule promotionnelle n'exclut pas la distinctivité requise dès lors que le slogan présente un caractère original permettant

au public de le percevoir comme une indication de l'origine commerciale des produits et services qu'il désigne.

> **Marque nominale : conditions de l'utilisation par l'homonyme de son nom patronymique**

*(Cass. Com., 21 juin 2011, n°10-23.262)*

La Cour suprême vient de confirmer **le rôle essentiel de la bonne foi dans l'appréciation du caractère contrefaisant de l'utilisation d'un nom patronymique comme dénomination sociale.**

Dans l'affaire qui lui était soumise, la Cour de cassation a considéré que la bonne foi constituait une condition suffisante pour conclure à l'absence de contrefaçon, « *la mise en exergue par les homonymes de leur nom dans la dénomination sociale de leur entreprise à laquelle ils s'identifient n'étant pas critiquable* », dès lors que les homonymes en question assument de manière effective au sein de leur entreprise de réelles fonctions de contrôle et de direction, excluant ainsi toute convention de prête nom visant à l'introduire artificiellement dans la société dans le seul but d'utiliser le nom patronymique en question.

### **Droit des industries, établissements et produits de santé**

> **Le département « Industries et Produits de santé »**, codirigé par Alain Gorny et Alain de Belenet, a obtenu le rejet en référé (Nanterre), dans le cadre d'un litige sériel, d'une demande d'expertise de préjudice corporel imputé à un médicament, au motif du caractère lacunaire du dossier médical fourni par le patient. Cette décision confirme la tendance des juges à exercer une véritable sélection des dossiers "méritant" d'ordonner une expertise médicale.

Par ailleurs, Laure Dusart et Alain Gorny, avocats exerçant au sein du département « Industries et Produits de santé », ont publié, à la Semaine Juridique du 27 septembre 2011, un article sur l'accès à l'AMM (Autorisation de Mise sur le Marché) ou au dossier technique des concurrents : comment un laboratoire pharmaceutique peut-il accéder à l'AMM de son concurrent, ou un fabricant de matériel médical accéder au dossier technique de son concurrent déposé à l'AFSSAPS.

## Vie du Cabinet

### ➤ ON PARLE DE LEXCASE...

> Le département « droit de la concurrence » de LexCase, animé par **Charlotte Tasso de Panafieu**, a assisté **DEEZER** dans le contentieux avec **UNIVERSAL MUSIC**, qui a mené à la reconnaissance le 5 septembre dernier par le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris de « l'abus de position dominante » commis par **UNIVERSAL MUSIC**, puis finalement à un accord entre **DEEZER** et **UNIVERSAL MUSIC**.

> LexCase a assisté **APICIL PROXIMITÉ**, FCPR dédié du Groupe **APICIL** géré par **ROCHE-BRUNE**, dans sa prise de participation au sein du **Groupe HORUS**, spécialisé dans le marché de la prévention des accidents du travail sur les grands sites industriels. La mission de LexCase, placée sous la responsabilité de **Guillaume Pierson**, a porté sur les aspects juridiques, fiscaux et sociaux. L'équipe M&A était notamment composée de Florence Drapier-

Faure, Anne-Sophie Uccello-Jammes, David Lachassagne et Stéphanie Bideau.

> Le département de droit pénal de la société **LEXCASE**, animé par **Nicolas Kéramidas**, assiste des victimes d'actes de terrorismes perpétrés par Ilich Ramirez Sanchez, dit « **CARLOS** ».

Le procès se déroulera du 7 novembre au 16 décembre 2011 devant la Cour d'assises spéciale de Paris, spécialement composée en matière de terrorisme.

### ➤ LES ARRIVÉES CHEZ LEXCASE

> Le département « Droit social » accueille **Marie-Victoire Paret** en tant que collaboratrice junior, à compter du 3 octobre. Marie-Victoire est basée à Lyon.

> **Aurore Bouqueau** intègre le département « Concurrence » de LexCase, à compter du 3 octobre. Aurore est avocate au barreau de Paris.

> **Catherine Msellati**, collaboratrice senior, avocate au

barreau de Marseille, apporte son expérience en matière de gestion des dossiers de droit civil du cabinet, sous la direction de Nicolas Kéramidas.

> **Muriel Nommick** intègre le cabinet, en qualité d'Office Manager, à compter du 24 octobre 2011.

> **Emmanuelle Nevo** intègre le département « Droit économique » de LexCase, à compter du 1<sup>er</sup> décembre, sous la direction de Anne-Sophie Jammes et Hubert de Boisse. Emmanuelle est basée à Lyon.

