

## Brèves Lamy Lexel Octobre 2011

### Deal du mois : zoom sur Akka Technologies

#### ➤ Akka Technologies prend le contrôle d'Aeroconseil

Akka Technologies, accompagné par LAMY LEXEL Avocats Associés, poursuit son développement à l'international en acquérant 100% des titres d'Aeroconseil. Akka Technologies franchit ainsi le cap de 1.000 collaborateurs à l'international.

LAMY LEXEL Avocats Associés, conseil historique du Groupe Akka Technologies, est intervenu comme conseil juridique acquéreur (Jean-Pierre Gitenay, avocat associé, et Elodie Favre-Lorraine, avocat), et en matière de contrôle des concentrations (Aurélie Dantzikian, senior manager). Norolanto Ravisy (avocat associé) et Julien Espellac (avocat) du cabinet Nixon Peabody accompagnaient le vendeur sur cette opération.

#### **AKKA TECHNOLOGIES en bref :**

- ◆ Activité : ingénierie et conseil en technologies
- ◆ Clientèle : aéronautique, automobile, spatial, électronique, grand public, énergie, naval...
- ◆ 7 000 collaborateurs
- ◆ 50 implantations en France, Canada, Belgique, Allemagne, Italie, Royaume-Uni, Suisse, Pays-Bas, Espagne, Maroc, Inde, Roumanie
- ◆ Objectif de chiffre d'affaires 2011 : 500 M€
- ◆ Coté sur Euronext Paris, Compartiment B

#### **AEROCONSEIL en bref :**

- ◆ 1 235 collaborateurs dont 244 à l'international
- ◆ Chiffres d'affaires 2010 : 105,2 M€ dont 24% à l'international
- ◆ Résultat opérationnel 2010 : 10% du chiffre d'affaires

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06  
T : 04 72 74 53 00  
F : 04 78 52 26 00

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

38 rue de Courcelles – 75008 Paris  
T : 01 55 27 24 00  
F : 01 55 27 24 24

**Contact :**

Jean-Pierre GITENAY – [jpgitenay@lamy-lexel.com](mailto:jpgitenay@lamy-lexel.com)  
Auréliе DANTZIKIAN – [adantzikian@lamy-lexel.com](mailto:adantzikian@lamy-lexel.com)  
04 72 74 53 00

## Droit des Affaires

➤ **Paiement du transporteur par le destinataire en cas de procédure collective de l'expéditeur (Cour de Cassation, chambre commerciale - 12 juillet 2011 - n° 10-18.675, Sté Transports Kessler c/ Sté Cora)**

Une société a confié à un voiturier l'acheminement de marchandises à destination de magasins d'un hypermarché. La société expéditrice ayant été mise en liquidation judiciaire, le transporteur a déclaré sa créance au passif de cette société puis, plus d'un an plus tard, a assigné le destinataire des marchandises en paiement du prix du transport.

Aux termes de l'article L. 132-8 du Code de Commerce, la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le transporteur et le destinataire, ou l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le transporteur. Le transporteur a donc une action directe en paiement de ses prestations contre l'expéditeur et le destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport, et cette action se prescrit par un an (article L. 133-6 alinéa 2 du Code de Commerce).

Le transporteur faisait ainsi valoir que l'action contre le destinataire n'était pas prescrite car l'expéditeur et le destinataire étaient débiteurs solidaires du prix du transport et qu'il résultait de cette solidarité que la déclaration de créance qu'il avait faite dans le cadre de la procédure collective de l'expéditeur avait interrompu la prescription à l'égard du destinataire, en vertu de l'article 1206 du Code Civil.

La Cour de Cassation a considéré que l'action en paiement contre le destinataire était prescrite dès lors que le transporteur ne lui avait délivré aucun acte interruptif de prescription, qu'il avait engagé son action en paiement au-delà du délai d'un an et que la déclaration de créance au passif de l'expéditeur ne pouvait avoir d'effet interruptif sur la prescription à l'égard du destinataire. La Cour s'en tient donc à la lettre de l'article L. 132-8 : l'expéditeur et le destinataire ne sont ni coobligés, ni codébiteurs solidaires, mais simplement garants du paiement. Le transporteur doit donc agir individuellement contre chacun d'eux.

➤ **Une personne morale doit-elle être informée en cas de contrat à tacite reconduction ? (Cour de Cassation, chambre commerciale - 6 septembre 2011 - n° 10-21.583, Sté Klekoon c/ Sté Ozon'Eco)**

Aux termes de l'article L. 136-1 du Code de la Consommation, tout professionnel prestataire de services qui a conclu avec un consommateur ou un non-professionnel un contrat comportant une clause de reconduction tacite doit l'informer par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un

**Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06  
T : 04 72 74 53 00  
F : 04 78 52 26 00

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

38 rue de Courcelles – 75008 Paris  
T : 01 55 27 24 00  
F : 01 55 27 24 24

mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat. A défaut, le consommateur ou non-professionnel peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction.

Le non-professionnel a été défini comme toute personne physique qui a souscrit des contrats de services à tacite reconduction pour les besoins de son activité professionnelle, dans des domaines qui ne ressortent pas de cette activité. La première chambre civile de la Cour de Cassation a élargi cette définition en jugeant que les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels (1<sup>ère</sup> chambre civile, 23 juin 2011).

Cependant, la chambre commerciale de la Cour de Cassation ne partage pas cette analyse puisqu'elle vient de juger que l'article L. 136-1 du Code de la Consommation relatif à l'obligation d'information en cas de contrat à tacite reconduction, qui s'applique exclusivement au consommateur et au non-professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales.

## **Droit des Sociétés**

### **➤ Actionnariat salarié : attention aux clauses de non-concurrence contenues dans les pactes d'actionnaires**

Par un arrêt remarqué en date du 15 mars 2011, la chambre commerciale de la Cour de Cassation s'est alignée sur la jurisprudence constante de la chambre sociale de la même Cour, laquelle conditionne la validité d'une clause de non-concurrence au cumul des quatre conditions suivantes :

- son caractère indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise,
- sa limitation dans le temps et dans l'espace,
- sa contrepartie financière,
- sa prise en compte des spécificités de l'emploi du salarié,

et a jugé illicite une clause de non-concurrence applicable à un actionnaire salarié insérée dans un pacte d'actionnaires et ne répondant pas à ces critères.

Par cette nouvelle jurisprudence, la chambre commerciale de la Cour de Cassation souhaite mettre un terme à la pratique consistant à introduire, au sein des pactes d'actionnaires, aux fins de contourner la position de la chambre sociale, des clauses de non-concurrence pour les actionnaires salariés, situations de cumul en développement dans beaucoup de montages et particulièrement dans les opérations de LBO dans lesquelles les salariés sont parties prenantes.

Il convient de souligner que les conditions ci-dessus rapportées auront vocation à s'appliquer même aux clauses souscrites avant le prononcé de l'arrêt de la chambre commerciale.

### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

## ➤ Absence d'autorisation des garanties de passif par le Conseil d'administration

Poursuivie en exécution d'une garantie de passif, une société anonyme avait fait valoir que ladite garantie ne lui était pas opposable en application des termes de l'article L.225-35 alinéa 4 du Code de commerce selon lequel, les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers doivent faire l'objet d'une autorisation du Conseil d'administration.

La Cour de Cassation par un arrêt en date du 12 juillet 2011 confirme, logiquement, qu'une garantie de passif a pour but de garantir les propres engagements de la société et non les engagements pris par des tiers, et qu'en conséquence, sa conclusion n'a pas à être soumise au Conseil d'administration.

## Droit Social

### ➤ Le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) remplace la convention de reclassement personnalisé (CRP)

Depuis le 1er septembre 2011, toutes les entreprises de moins de 1000 personnes et toutes les entreprises, sans condition d'effectif, en redressement ou liquidation judiciaire, ont l'obligation de proposer aux salariés concernés par un licenciement économique lors de l'entretien préalable le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) qui a remplacé la convention de reclassement personnalisé (CRP).

Le salarié bénéficiera, s'il accepte le CSP durant une période maximale de douze mois, d'une indemnisation égale à 80% de son salaire brut, dès lors qu'il pourra justifier d'une ancienneté minimum d'une année (alors que la CRP exigeait une ancienneté minimale de deux ans).

En contrepartie de cette indemnisation, le préavis du salarié sera directement versé à Pôle Emploi afin de financer l'indemnisation du CSP.

Après les douze mois du contrat de sécurisation professionnelle, les salariés pourront prétendre au bénéfice des allocations chômage versées par Pôle Emploi, pendant une durée de douze mois maximum pour les salariés âgés de moins de 50 ans et vingt-quatre mois maximum pour les salariés âgés de plus de 50 ans.

Le CSP doit être proposé lors de l'entretien préalable et le salarié disposera d'un délai de 21 jours pour l'accepter ou le refuser.

Il convient également de rappeler qu'en cas de manquement de l'employeur à son obligation de proposer le CSP, ce dernier est proposé au salarié par Pôle Emploi lors de son inscription sur la liste des demandeurs d'emploi.

### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

Si le salarié refuse cette proposition, l'employeur est redevable d'une contribution spécifique correspondant à deux mois de salaires bruts calculés sur les douze derniers mois travaillés. S'il l'accepte, cette contribution est égale à trois mois de salaire.

### ➤ **Courrier de la CPAM refusant un accident du travail : attention à la rétroactivité des droits du salarié**

Par un arrêt du 29 juin 2011, la Cour de Cassation étend le principe d'indépendance régissant les relations caisse-victime et victime-employeur, en accordant rétroactivement au salarié le bénéfice de la protection légale contre le licenciement, alors même qu'au moment de la rupture l'employeur était en possession d'une décision de la caisse refusant de prendre en charge l'accident au titre de la législation professionnelle sur les accidents du travail et maladies professionnelles.

Soucieux d'assurer la protection à tout prix des accidentés du travail, les Hauts Magistrats, dans cet arrêt, ont posé pour principe que :

« Les règles protectrices applicables aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle s'appliquent dès lors que l'employeur a connaissance de l'origine professionnelle de la maladie ou de l'accident.

Il en est ainsi, alors même qu'au jour du licenciement l'employeur a été informé d'un refus de prise en charge au titre du régime des accidents du travail ou des maladies professionnelles. »

La connaissance de l'origine professionnelle de l'accident au moment du licenciement, qui reste l'élément décisif pour déterminer si la protection légale doit être appliquée par l'employeur, ne dépend donc pas nécessairement de la décision de la caisse, mais des éléments dont dispose l'employeur sur la nature de l'accident.

La Cour de Cassation revient ainsi sur sa jurisprudence antérieure.

Aujourd'hui, peu importe que le salarié ait informé ou non l'employeur de son recours.

Il conviendra de procéder au règlement d'une indemnité spéciale de licenciement (indemnité légale doublée) et d'une indemnité compensatrice de préavis, dès lors que le salarié pourra justifier de la prise en charge de son accident ou de sa maladie au titre de la législation professionnelle, que ce soit par la production d'une décision de la Commission de Recours Amiable ou d'un jugement du tribunal des affaires de Sécurité Sociale ou d'un arrêt de Cour d'Appel.

### ➤ **Echanges de courriels entre salarié et procédure disciplinaire**

Dans son arrêt du 5 juillet 2011, la Cour de Cassation a posé pour principe que « si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée ».

Cette solution découle directement du principe, rappelé par les Hauts Magistrats, selon lequel « le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ».

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

Dans l'arrêt du 5 juillet dernier, la Cour de Cassation a estimé que les messages échangés entre le salarié licencié et une collègue, relatant leur vie intime, étaient bien d'ordre privés et excluaient donc une sanction disciplinaire.

Cette position ne remet nullement en question la possibilité de sanctionner un salarié en raison de l'abus qu'il fait dans l'utilisation de la messagerie professionnelle : l'envoi d'un nombre important de mails personnels affectant le trafic normal des mails professionnels reste fautif.

Or, tel n'était pas le cas en l'espèce.

Entretenir une correspondance intime et régulière avec une ou un collègue de travail n'est pas sanctionnable, tant que le volume de cette correspondance reste raisonnable.

Quant au fait de détenir des photos érotiques, sur sa messagerie professionnelle, la Chambre Sociale a estimé dans cet arrêt que tant que le salarié les conserve dans sa boîte de messagerie, sans les enregistrer ni les diffuser, il ne fait pas un usage abusif de l'outil professionnel.

Leur seule présence ne suffit donc pas à caractériser un comportement fautif.

A contrario, sera considéré comme fautif le salarié qui diffuse ou transfère de telles images ou encore qui les stocke volontairement sur le disque dur de son ordinateur.

La faute grave a ainsi été retenue dans une précédente affaire à propos d'un salarié conservant plus de 480 fichiers pornographiques sur son ordinateur professionnel, lesquels avaient transité par sa messagerie professionnelle.

## Arbitrage, Contentieux, Médiation

### ➤ Sous-traitance, agrément du maître d'ouvrage et action directe en paiement

Il y a sous-traitance lorsqu'un entrepreneur fait exécuter, par un autre, tout ou partie du contrat d'entreprise, ou une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.

Il s'agit donc d'une relation tripartite ...

Elle met en présence :

- le maître de l'ouvrage
- l'entrepreneur principal
- le sous-traitant

... qui implique l'existence de deux contrats d'entreprise :

- le contrat principal conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entreprise principale,

### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

- le contrat de sous-traitance conclu entre l'entreprise principale et l'entreprise sous-traitante.

La loi du 31 décembre 1975 qui constitue le droit commun de la sous-traitance met en place un régime protecteur à l'égard du sous-traitant.

Ce régime est d'ordre public : les parties ne peuvent pas déroger à cette loi même par accord exprès et le sous-traitant ne peut renoncer au régime de protection qui lui est accordé.

**Cette loi institue notamment une action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage et l'obligation pour l'entrepreneur principal de faire agréer son sous-traitant.**

### ***Qu'est-ce qu'un contrat de sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975 ?***

La sous-traitance peut concerner tant un travail matériel qu'intellectuel.

Le contrat de sous-traitance implique cependant la fourniture d'un service, d'une production et ne peut porter sur la simple fourniture d'une chose.

Ainsi, le fournisseur qui livre une chose sans accomplir aucun acte de production ne peut être considéré comme un sous-traitant : c'est un vendeur.

### ***Quelle est l'obligation de l'entrepreneur principal concernant l'agrément de ses sous-traitants ?***

En vertu de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975, **l'entrepreneur principal est tenu, lorsqu'il entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants de « faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ».**

En outre, **il est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.**

L'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel.

Chaque nouveau sous-traitant sollicité au cours de l'exécution du marché devra être déclaré préalablement au maître de l'ouvrage.

Le refus d'agrément par le maître de l'ouvrage est libre car la loi le protège en lui offrant la faculté de refuser le sous-traitant ainsi que les conditions de ce dernier. Sa décision n'a pas à être motivée. Cependant, elle est limitée par l'abus de droit et doit reposer sur un motif réel, tel que l'inaptitude du sous-traitant ou des conditions inacceptables de paiement.

En outre, le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet d'une demande d'agrément, mettre l'entrepreneur principal ou le

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

sous-traitant en demeure de s'acquitter de cette obligation. A défaut, sa responsabilité pourra être engagée par le sous-traitant, qui subit un préjudice du fait de la perte de son droit d'exercer une action directe en paiement.

### ***Quelle est la conséquence de l'acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage ?***

**La loi permet au sous-traitant agréé par le maître d'ouvrage, qui a accepté les conditions de son paiement, de demander à celui-ci de le payer directement, lorsque l'entrepreneur principal est défaillant.**

**La défaillance de l'entrepreneur principal doit être constatée par une mise en demeure, restée un mois sans réponse.**

Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation judiciaires, de redressement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

**Toutefois, ce règlement est limité au montant que le maître d'ouvrage doit à l'entrepreneur principal.**

### ***Quelle est la sanction encourue pour défaut d'agrément ?***

La validité du contrat de sous-traitance n'est pas conditionnée par l'agrément du maître d'ouvrage sauf clause particulière du contrat principal : même lorsque le sous-traitant n'est pas agréé, le contrat reste valable.

Dans le cas où ni le sous-traitant ni les conditions de paiement n'ont été acceptés par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal reste néanmoins tenu d'exécuter le contrat de sous-traitance et notamment de payer le sous-traitant. Il demeure également responsable devant le maître d'ouvrage de ses sous-traitants.

L'entrepreneur ne pourra cependant pas se prévaloir du contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant.

Ainsi, par exemple, si sa responsabilité est mise en cause par le maître de l'ouvrage, il ne pourra pas se retourner contre le sous-traitant pour engager à son tour la responsabilité de celui-ci.

Le sous-traitant est toutefois tenu d'exécuter son obligation envers l'entrepreneur principal. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que l'entrepreneur principal peut invoquer la responsabilité contractuelle de son sous-traitant lorsque celui-ci a reçu ou réclame paiement de ses travaux.

La loi permet également au sous-traitant qui n'a pas été agréé de résilier unilatéralement le contrat, d'interrompre ses prestations et de demander le coût des travaux déjà réalisés.

Ces règles démontrent l'importance pour chacune des parties de faire valider le contrat de sous-traitance :

#### **Lamy Lexel**

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)

- pour le sous-traitant, afin d'être directement payé par le maître d'ouvrage en cas de défaillance de l'entrepreneur principal,
- pour l'entrepreneur principal, afin de ne pas être le seul à assumer la responsabilité d'une mauvaise exécution du contrat,
- pour le maître de l'ouvrage, afin de pouvoir intervenir dans le choix des sous-traitants, et d'éviter que sa responsabilité ne soit engagée.

## Droit Fiscal

Le projet de loi de finances pour 2012 a été présenté en Conseil des Ministres le 28 septembre.

Il sera examiné à l'Assemblée à partir du 18 octobre.

### ➤ Nouveau coup de rabot sur les niches fiscales

Le gouvernement propose de procéder à un nouveau rabotage des avantages fiscaux à l'impôt sur le revenu de 10%.

### ➤ Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus

Le gouvernement propose d'instituer un prélèvement assis sur le revenu fiscal de référence (RFR). Le montant de ce prélèvement serait égal à 3% de la fraction du RFR qui excède les limites suivantes :

- 3% par part sur les revenus entre 250 000 € et 500 000 €
- 4% par part à partir de 500 000 €

Ces limites suscitant des débats, il est possible qu'elles soient revues à la baisse...ou à la hausse.

### Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

[contact@lamy-lexel.com](mailto:contact@lamy-lexel.com)