

LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 21

Mai 2008

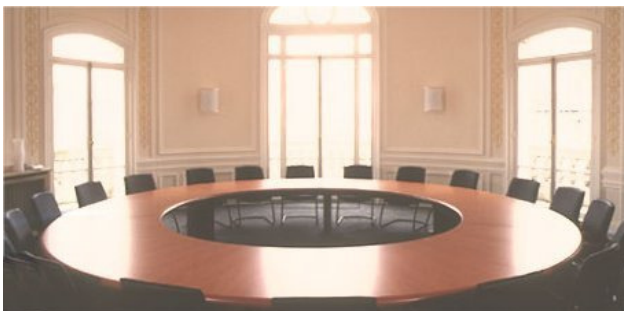
Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

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

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

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

Cette lettre d'information est également disponible en anglais



BERSAY & ASSOCIES
Société d'Avocats

31, avenue Hoche
75008 Paris

22, rue Croix-Baragnon
31000 Toulouse

Téléphone 33 (0)1 56 88 30 00 Téléphone 33 (0)5 62 26 20 79

Télécopie 33 (0)1 56 88 30 01 Télécopie 33 (0)5 62 26 08 34

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

DANS CE NUMERO :

DROIT DES SOCIETES/ DROIT BOURSIER 2

La Bataille Eiffage2

Le prestataire de services d'investissement doit évaluer les compétences réelles de l'investisseur, alors que celui-ci a contracté en tant qu'investisseur qualifié2

Dans le cadre de sa démarche « meilleure régulation », l'AMF adopte une procédure simplifiée d'instruction et de visa pour les prospectus d'opérations financières des sociétés cotées.....3

CONCURRENCE /DISTRIBUTION 3

Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence3

PROPRIETE INTELLECTUELLE 4

Condamnation par la Cour d'appel de Paris du système « AdWords » de Google4

NOUVELLES TECHNOLOGIES..... 5

Révision partielle des dispositions relatives au commerce électronique et à la vente à distance5

DROIT SOCIAL..... 6

L'obligation renforcée pour l'employeur de tenir compte des préconisations du médecin du travail en amont du constat d'incapacité6

Incapacité et actualité jurisprudentielle.....7

LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET 8

(suite page 2)

DROIT DES SOCIÉTÉS/ DROIT BOURSIER

La Bataille Eiffage

(CA Paris, 2 avril 2008, n°07-11675, 1^{ère} Ch. H)

Le cabinet Bersay & Associés a défendu devant la Cour d'appel de Paris les six investisseurs espagnols auxquels l'Autorité des Marchés Financiers (« AMF ») avait reproché, aux termes d'une décision du 26 juin 2007, d'avoir agi de concert avec la société Sacyr (« Sacyr ») pour prendre le contrôle de la société Eiffage (« Eiffage »), à savoir les sociétés Acciones Reunidas, Arcomundo, Inmobiliaria Vano, Explotaciones Forestales Agrícolas y Pecuarias Alavesas, Bens Patricios et Portman Golf.

Cette procédure trouvait son origine lors de l'Assemblée des actionnaires d'Eiffage du 18 avril 2007 où nos six clients avaient été privés de leurs droits de vote à l'initiative du Président d'Eiffage.

C'est à la suite de cette assemblée que Sacyr avait déposé le 19 avril 2007 auprès de l'AMF un projet d'offre publique d'échange.

L'AMF a alors, aux termes de sa décision contestée, déclaré non conforme l'offre publique d'échange déposée par Sacyr et demandé à la cette dernière, agissant de concert avec nos six clientes, de déposer un projet d'offre publique d'achat visant l'ensemble des actions d'Eiffage.

La décision de l'AMF du 26 juin 2007 aboutissait à faire peser sur les six investisseurs espagnols représentés par le cabinet Bersay & Associés une obligation extrêmement lourde, à savoir celle de lancer, solidairement avec Sacyr, une offre publique d'achat portant sur l'intégralité des titres Eiffage, au prix le plus élevé payé par l'initiateur de l'offre, agissant seul ou de concert, au cours des 12 mois précédant le dépôt du projet d'offre, soit une valorisation d'environ 9 milliards d'euros.

Les six investisseurs espagnols et Sacyr ont formé appel de cette décision, faisant valoir notamment qu'elle s'analysait en une injonction, laquelle ne pouvait être prononcée que dans le respect de la procédure spécifique de l'article L. 621-14 du Code Monétaire et Financier qui prévoit expressément que les personnes concernées doivent avoir été en mesure de présenter leurs explications au collège de l'AMF. Nous avons exposé à la Cour d'appel que l'AMF n'avait pas respecté cette procédure en l'espèce, puisqu'elle avait prononcé une sanction extrêmement grave à l'égard des six investisseurs espagnols, sans les avoir entendus au préalable.

La 1^{ère} Chambre de la Cour d'Appel de Paris a retenu cette argumentation et a en conséquence annulé partiellement la décision de l'AMF en ce qu'elle demandait à Sacyr, agissant de concert avec nos clientes, de déposer un projet d'offre publique visant les actions d'Eiffage.

Pour autant, et sur un plan plus théorique, aux termes d'un arrêt qui a déjà fait couler beaucoup d'encre, la Cour semble conforter l'AMF dans sa tentative de déduire l'existence d'une action de concert de seules situations de pur fait, sans aucune preuve écrite d'un tel accord, en se fondant sur la seule interprétation du comportement de ceux auxquels il est reproché d'avoir agi de concert.

Le prestataire de services d'investissement doit évaluer les compétences réelles de l'investisseur, alors que celui-ci a contracté en tant qu'investisseur qualifié

(Cass. Com., 12 févr. 2008, n°06-80.835)

Aux termes d'une décision rendue le 12 février 2008, la juridiction suprême a estimé qu'un prestataire de services d'investissement ne peut pas se satisfaire des déclarations de son client et de sa prétendue qualité d'investisseur qualifié dans le contrat. Il doit s'enquérir des compétences réelles de son client en matière d'opérations sur les marchés boursiers, sous peine de voir sa responsabilité engagée.

Mme X... a conclu avec la société Y..., prestataire de services d'investissement, une convention ayant pour objet l'ouverture d'un compte de dépôt, ainsi que la transmission d'ordres de bourse au sein de ce compte, notamment des ordres sur le service à règlement différé, ainsi que des achats ou ventes à découvert.

Mme X... a indiqué dans cette convention qu'elle estimait avoir les connaissances suffisantes pour pratiquer la vente à découvert et elle y a certifié être un investisseur qualifié, forte de son expérience passée. Elle a notamment indiqué être titulaire d'un compte épargne en action et d'un compte titre qu'elle avait l'habitude de passer ses ordres par téléphone. Le compte présentant une position débitrice et après invitation à reconstituer la couverture, la société Y... a liquidé les positions de Mme X..., puis l'a assigné en paiement du solde débiteur.

Le 2 mars 2006, la Cour d'appel de Douai a considéré que, compte tenu des affirmations apposées au contrat et des informations supplémentaires dont elle disposait, la société Y... a pu valablement considérer que Mme X... avait connaissance des risques inhérents à la gestion directe de son compte.

La Cour de cassation a rejeté cette appréciation et a rappelé que la société Y... aurait dû évaluer les compétences de Mme X... en matière d'opérations sur les marchés boursiers, afin de s'assurer qu'elle était consciente des risques qu'elle prenait.

Dans le cadre de sa démarche « meilleure régulation », l'AMF adopte une procédure simplifiée d'instruction et de visa pour les prospectus d'opérations financières des sociétés cotées

Suite aux conclusions du rapport du groupe de travail « *simple track* » de l'Autorité des Marchés Financiers (« AMF ») et à une consultation publique, l'AMF modifie le 12 mars 2008, l'article 5 de son instruction 2005-11 du 13 décembre 2005 relative à l'information à diffuser en cas d'appel public à l'épargne.

Le nouveau mécanisme introduit par cette modification permet de simplifier les procédures de contrôle *a priori* des opérations financières des sociétés cotées ayant déjà fait enregistrer pendant trois exercices consécutifs un document de référence par l'AMF.

L'AMF s'engage ainsi à :

- faire en sorte qu'à l'issue d'un délai maximum de deux jours ouvrés, l'émetteur sache s'il bénéficie ou non de la procédure simplifiée,
- procéder ensuite à l'instruction du dossier dans des délais courts et prédéfinis,
- faciliter l'examen des documents établis sur la base des notes d'opération type publiées par l'Association Française des Entreprises d'Investissement (« AFEI ») et approuvées par l'AMF.

Les critères permettant de bénéficier de la procédure simplifiée sont listés à l'article 5 de l'instruction n° 2005-11 du 13 décembre 2005.

Parallèlement, l'AFEI, en accord avec l'AMF, a publié le 12 mars 2008 la première note d'opération type portant sur les émissions d'actions avec maintien du droit préférentiel de souscription. D'ici la fin du premier semestre 2008, deux autres notes d'opération type devraient être publiées, l'une portant sur les augmentations de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription (« DPS »), l'autre relative aux émissions d'OCEANE (sans DPS, avec ou sans délai).

CONCURRENCE/DISTRIBUTION

Communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence

Le Conseil de la concurrence a publié¹ le 3 avril 2008 un communiqué de procédure relatif à la procédure dite « d'engagements ». Cette procédure a été introduite en droit français par l'ordonnance du 4 novembre 2004, qui a instauré un système comparable à celui existant en droit communautaire². Elle figure aujourd'hui à l'article L.464-2 du code de commerce.

Ce communiqué a pour objet de synthétiser la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence en la matière, à la lumière des premiers arrêts des juridictions nationales et communautaires.

Le Conseil rappelle que la procédure d'engagements a pour but d'obtenir, au terme d'une procédure plus rapide et plus flexible que celle conduisant à un constat d'infraction, que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des « *préoccupations de concurrence* ».

Pour le Conseil de la concurrence, une telle procédure permet d'accélérer le traitement des affaires et de consacrer davantage de moyens aux infractions les plus graves. Pour les entreprises en cause, cette procédure, lorsqu'elle est possible, a pour avantage d'éviter de se voir infliger une décision de condamnation, « *qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant* ».

Cette procédure n'est toutefois pas ouverte largement : toutes les « *préoccupations de concurrence* » ne peuvent pas donner lieu à des engagements, et cette procédure ne peut intervenir à tout moment.

1. Champ d'application de la procédure d'engagements

Cette procédure ne s'applique qu'aux « *préoccupations de concurrence encore actuelles, et auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen d'engagements* ».

Le Conseil de la concurrence n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas dans lesquels « *l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires* ». Ces cas ne sont pas limitativement énumérés, le Conseil soulignant seulement que sont *a priori* concernés les « *ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important* ».

¹ Site Internet du Conseil de la concurrence.

² Articles 9 et 27 paragraphe 4 du Règlement n°1/2003.

En revanche, cette procédure a été essentiellement mise en œuvre dans les cas d'atteintes à la concurrence consistant en des pratiques unilatérales (abus de position dominante) ou verticales (distribution), dont l'effet était de nature à restreindre l'accès à un marché.

A titre d'illustration, le Conseil relève que la procédure d'engagements s'est révélée plus particulièrement adaptée dans des problématiques d'articulation entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle (notamment droit d'accès à une ressource rare), l'établissement effectif de la concurrence sur un marché en cours de libéralisation ou encore, en matière de distribution, les restrictions faites par un fournisseur à un distributeur de vendre sur Internet.

2. La mise en œuvre de la procédure d'engagements

La procédure d'engagements ne peut intervenir que tant que des griefs n'ont pas été formellement notifiés à l'entreprise. Il appartient donc à une entreprise qui souhaite recourir à la procédure d'engagements de se rapprocher des services d'instruction du Conseil de la concurrence (rapporteur) dès que celle-ci a connaissance de la saisine du Conseil.

Lorsqu'une telle procédure est envisageable, le rapporteur établit une « *évaluation préliminaire des pratiques en cause* »¹, dans laquelle celui-ci « *précise en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont susceptibles de constituer une pratique prohibée* »². L'entreprise dispose d'un délai qui ne peut être inférieur à un mois (sauf accord de l'entreprise), à compter de la communication de cette évaluation préliminaire pour proposer des engagements.

3. Nature des engagements

Les engagements proposés par l'entreprise doivent permettre de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire. Ces engagements doivent, rappelle le Conseil, être « *pertinents, crédibles et vérifiables* ».

A titre d'exemples, des engagements ont pu consister en une modification de clauses contractuelles, en l'octroi d'un accès à certaines informations nécessaires à l'activité d'opérateurs dans un secteur donné (renseignements téléphoniques) ou encore en la clarification de conditions contractuelles d'appartenance à un réseau de distribution sélective sur Internet.

4. Une procédure négociée

Les engagements proposés sont ensuite soumis à un test de marché ; sont ainsi habilités à formuler des observations l'entreprise plaignante, le commissaire du Gouvernement ainsi que les tiers intéressés.

Les engagements proposés ainsi qu'un résumé de l'affaire sont en effet portés à la connaissance des tiers par un communiqué publié sur le site Internet du Conseil de la concurrence.

Les engagements résultant de la négociation en amont avec le rapporteur du Conseil font l'objet d'une discussion avec le Conseil de la concurrence au cours d'une séance, au cours de laquelle ils peuvent encore faire l'objet de modifications.

Celles-ci peuvent intervenir sur-le-champ au cours d'une suspension de séance, ou ultérieurement, le Conseil ordonnant qu'il soit sursis à statuer, le temps d'apporter des modifications plus substantielles.

Le Conseil indique qu'outre la pertinence des engagements (notamment au vu du test de marché), celui-ci veille à ce que ces derniers ne soient pas disproportionnés, au détriment de l'entreprise qui les propose.

5. Une décision obligatoire

En cas de succès de la procédure d'engagements, le Conseil de la concurrence prend une décision rendant les engagements obligatoires et mettant fin à la procédure. Cette décision est susceptible de recours dans un délai d'un mois à compter de sa notification.

La décision peut être assortie d'astreintes³, et la violation ou l'inexécution des engagements peut donner lieu à l'imposition d'une sanction pécuniaire d'un montant maximum de 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxe de l'entreprise concernée⁴.

En cas d'échec de la procédure, le dossier est renvoyé à l'instruction, les propositions d'engagements et les observations des tiers intéressés étant retirées du dossier.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Condamnation par la Cour d'appel de Paris du système « AdWords » de Google

(CA Paris, 1er février 2008)

Le moteur de recherche Google a instauré un système publicitaire controversé, intitulé « AdWords », qui permet à des annonceurs d'acquérir des mots-clés, constitués de marques déposées, et de faire référencer leurs sites Internet par le biais de ces mots-clés. Ainsi, un commerçant ne présentant aucune autorisation d'une société pouvait assurer à son site Internet un référencement dès lors qu'un internaute entrait la marque de cette société dans la barre de recherche de Google.

Ce système, fortement décrié par les titulaires de marques, a fait l'objet d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans un litige opposant à Google des fabricants de produits électroménagers, parmi lesquels Whirlpool, Fagor, Miele, Seb et Rowenta.

¹ Article R.464-2 du code de commerce.

² Arrêt Canal 9, Cour d'appel de Paris du 6 novembre 2007.

³ Article L.464-2 du code de commerce

⁴ Article L.464-3 du code de commerce

En première instance, le Tribunal avait jugé que Google, dans le cadre de son programme « AdWords », ne commettait pas d'actes de contrefaçon en proposant à des annonceurs d'encherir sur des mots-clés constitués de marques déposées.

En revanche, le Tribunal avait condamné Google sur le fondement de la concurrence déloyale dans la mesure où l'absence de filtrage des mots-clés sur le programme « AdWords » causait un préjudice aux titulaires des marques déposées.

Aux termes de son arrêt en date du 1^{er} février 2008, la Cour d'appel de Paris a considéré que Google s'est rendu coupable de contrefaçon et l'a condamné à verser à chacune des sociétés titulaires des marques contrefaites la somme de 10.000 euros.

Alors que Google soutenait que les propositions du générateur de mots-clés étaient faites de manière automatique, sans intervention humaine, la Cour a considéré que seul Google faisait « apparaître ces marques à l'écran de l'internaute en association avec les produits et services, objets de l'interrogation ».

La Cour a ainsi estimé qu'il était « indifférent de soutenir que ce service de suggestion de mots-clés fonctionnerait de façon purement statistique et à la seule demande des annonceurs, dès lors que c'est Google qui l'a mis en œuvre, qui en contrôle le fonctionnement et qui en propose l'usage aux annonceurs ».

De plus, la Cour a condamné Google pour publicité mensongère dans la mesure où la présentation des annonces publicitaires, regroupées sous l'intitulé « liens commerciaux », pouvait laisser croire aux internautes que les sites Internet affichés entretenaient des rapports commerciaux avec les sociétés titulaires des marques déposées.

Enfin, la Cour a considéré que Google ne s'était pas rendu coupable d'actes de concurrence déloyale, dans la mesure où aucun risque de confusion ne pouvait raisonnablement naître dans l'esprit des internautes, ces derniers ne pouvant se méprendre sur l'usage de ces marques par le générateur de mots-clés.

NOUVELLES TECHNOLOGIES

Révision partielle des dispositions relatives au commerce électronique et à la vente à distance

(Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008)

La loi « Chatel » a été adoptée le 3 janvier 2008 mais certaines dispositions relatives au commerce électronique n'entreront en vigueur qu'à compter du 1^{er} juin 2008.

A compter de cette date, les internautes disposeront d'un arsenal juridique renforcé face aux professionnels des communications électroniques, notamment sur les points suivants :

➤ Obligation relative à la date de livraison en cas de vente à distance

Afin d'éviter que les professionnels n'indiquent qu'à « titre indicatif » des délais d'expédition ou des dates de livraison, la loi « Chatel » prévoit que, pour tous les contrats conclus à distance, quelque soit le montant de ces contrats, le professionnel devra indiquer avant la date de conclusion du contrat, la date à laquelle il exécutera sa prestation ou livrera le bien.

A défaut, le professionnel sera réputé devoir exécuter le contrat dès la conclusion de celui-ci (article L. 121-20-3 du Code de la consommation).

En cas de non-respect de cette date limite, le consommateur pourra obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 114-1 qui dispose que le « consommateur exerce ce droit dans un délai de soixante jours ouvrés à compter de la date indiquée pour la livraison du bien ou l'exécution de la prestation ».

➤ Sur le droit de rétractation

L'article L. 121-20-1 du Code de la consommation dispose que « lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé ».

Afin de répondre au besoin croissant et nécessaire d'information du consommateur, notamment sur le réseau Internet, le professionnel devra l'informer de l'existence d'un droit de rétractation et de ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, de son absence (article L.121-18-4 du Code de la consommation).

➤ Entrée en contact avec le professionnel de vente à distance

Le professionnel de vente à distance devra indiquer au consommateur « les coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact » avec lui (article L. 121-18 du Code de la consommation).

➤ Coûts de communication avec le professionnel de vente à distance

Lorsque le consommateur souhaitera suivre l'exécution de sa commande, exercer son droit de rétractation ou actionner la garantie, il ne devra supporter que les coûts de communications, à l'exclusion de tout coût complémentaire spécifique (article L. 121-19 III du Code de la consommation).

➤ L'application d'office du Code de la consommation par le juge

Les consommateurs pourront également être suppléés par le juge dans la mesure où le législateur est venu ajouter un nouvel article au Code de la consommation (L. 141-4), qui dispose que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

DROIT SOCIAL

L'obligation renforcée pour l'employeur de tenir compte des préconisations du médecin du travail en amont du constat d'inaptitude

**Chers employeurs,
Dorénavant, attendez-vous à ce que votre médecin du travail s'immisce plus régulièrement dans la relation individuelle de travail avec chacun de vos salariés !**

L'employeur doit désormais impérativement tenir compte des préconisations du médecin du travail en amont de toute inaptitude.

Les préconisations du médecin du travail sur le fondement de l'article L.241-10-1 du Code du travail (*article L.4624-1 du nouveau Code du travail*) visant à adapter le poste de travail à la situation du salarié (âge, résistance ou état de santé) n'étaient, jusqu'à présent, pas systématiquement suivies d'effet, en l'absence de contrainte à l'égard de l'employeur.

Or, la Cour de cassation a décidé de rattacher les dispositions de l'article L.241-10-1 du Code du travail à l'obligation de sécurité de résultat incombant à l'employeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs (*Cass. Soc. 19 décembre 2007 n°06-43.918*).

Il a ainsi été jugé que l'employeur qui n'a pas fourni un poste compatible avec les recommandations du médecin du travail, lesquelles étaient de nature à expliquer l'insuffisance de résultats par la suite reprochée au salarié, a commis de facto une faute du fait de l'obligation de sécurité de résultat lui incombant, entraînant pour le salarié un préjudice qui doit être réparé.

Si le salarié doit inéluctablement s'adapter à son poste de travail du fait du lien de subordination, l'employeur doit quant à lui désormais veiller à l'adaptation du poste de travail au salarié.

L'employeur doit impérativement donner suite aux préconisations du médecin (1), ou, à défaut, s'expose à des sanctions accrues (2).

1. L'employeur doit impérativement donner suite aux préconisations du médecin du travail

La préconisation médicale au sens de l'article L.241-10-1 du Code du travail porte le plus souvent sur un aménagement du poste du salarié.

Ce réaménagement peut entraîner une modification du contrat de travail (mutation, réduction du temps de travail, etc...) ou un simple changement des conditions de travail en raison, par exemple, d'une contre-indication à l'exercice d'une tâche, à l'utilisation d'outils, au port de charges lourdes, à la station debout prolongée.

L'employeur doit alors soit opérer les changements organisationnels qu'impose l'état de santé du salarié selon les suggestions du médecin du travail, soit en contester de manière motivée la pertinence.

Il en résulte qu'un dialogue constructif doit être engagé entre l'employeur et le médecin du travail dans la recherche d'une solution d'adaptation, auquel le salarié peut prendre part en contestant, par exemple, la compatibilité du poste d'affectation avec les recommandations médicales, obligeant ainsi l'employeur à solliciter un nouvel avis du médecin du travail (*Cass. Soc. 6 février 2008 n°06-44.413*).

Si les difficultés ou un désaccord persistent, c'est l'Inspecteur du travail qui rendra une décision, laquelle pourra faire l'objet d'un recours contentieux pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

2. Les sanctions encourues

Si l'employeur ne suit pas les préconisations du médecin du travail, le salarié dispose des moyens d'action suivants :

- (a) Il peut prendre acte de la rupture lorsque son employeur ne respecte pas les préconisations du médecin du travail et met ainsi en péril sa santé sur son lieu de travail. Si les faits la justifient, cette rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. Soc. 20 septembre 2006 n°05-42.925*).
- (b) Il peut demander au juge prud'homal de prononcer la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, ce qui produit également les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. Soc. 20 janvier 1998 n°95-43.350*).
- (c) Le salarié peut faire jouer son droit de retrait sans encourir un risque de sanction ou de retenue sur salaire, s'il justifie que l'inertie de l'employeur face aux préconisations du médecin du travail lui permet raisonnablement de penser qu'elle génère un danger grave et imminent pour sa santé ou sa vie (*article L.231-8 du Code du travail / article L.4131-1 du nouveau Code du travail*). A l'inverse, si l'employeur conteste avec succès la légitimité de l'exercice de ce droit, le salarié pourra être sanctionné.

- (d) Le non-respect des préconisations de la médecine du travail entraîne pour le salarié un préjudice dont il peut demander réparation, de la même façon qu'il pourra demander l'annulation de toute sanction prise à son encontre au motif d'insuffisances qui ne seraient que la conséquence de son état de santé précédemment mis en évidence par le médecin du travail (*Cass. Soc. 19 décembre 2007*).

En pareil cas, dans son arrêt du 9 avril 2008, la Cour de cassation précise que « ne constitue pas l'énoncé d'un motif précis de licenciement, l'inaptitude physique du salarié, sans mention de l'impossibilité de reclassement ».

Ainsi, que l'inaptitude du salarié concerne son poste ou tout poste de l'entreprise, la lettre de licenciement doit préciser que le licenciement intervient pour (i) inaptitude et (ii) impossibilité de reclassement.

Inaptitude et actualité jurisprudentielle

➤ Cass. Soc. 20 février 2008 n°06-45.335 : la recherche de reclassement et les entreprises franchisées

Il résulte d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation que l'employeur est tenu de rechercher les possibilités de reclassement du salarié reconnu inapte dans les différents établissements de son entreprise et, si nécessaire à l'intérieur du groupe auquel celle-ci appartient, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (*Cass. Soc. 24 octobre 1995 RJS 12/95 n°1240*).

Dans son arrêt du 20 février 2008, la Cour de cassation étend la notion de groupe à l'ensemble formé par des entreprises franchisées exerçant leur activité sous la même enseigne commerciale, quand bien même il s'agirait d'entreprises juridiquement et financièrement distinctes, dès lors qu'il existe entre elles des permutations du personnel.

Le médecin du travail pourra donc formuler des recommandations en ce sens, dont l'employeur devra tenir compte.

➤ Cass. Soc. 9 avril 2008 n°07-40.356 : la nécessaire mention de l'impossibilité de reclassement dans la lettre de licenciement pour inaptitude

Il est constant que l'avis du médecin du travail déclarant le salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise, ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement (*Cass. Soc. 7 juillet 2004 n°02-47.458*).

Cette obligation s'impose même si le médecin du travail ne fait aucune proposition de reclassement, auquel cas l'employeur doit solliciter son avis (*Cass. Soc. 24 avril 2001 n°97-44.104*).

Ce n'est que lorsque le médecin du travail a prononcé une inaptitude définitive à tout poste et que tout reclassement s'avère impossible, que l'employeur peut procéder au licenciement du salarié.

LES PÔLES D'ACTIVITE DU CABINET

• FUSIONS ET ACQUISITIONS

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

• CAPITAL INVESTISSEMENT ET LBO

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

• DROIT DES SOCIETES

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

• DROIT BOURSIER

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

• BANQUE ET FINANCE

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

• CONTRATS COMMERCIAUX / DROIT ECONOMIQUE

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

• DROIT SOCIAL

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

• CONTENTIEUX / ARBITRAGE INTERNATIONAL

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

• DROIT IMMOBILIER

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

• PROCEDURES COLLECTIVES

Procédure d'alerte, restructuration et redressement, mandat ad hoc et conciliation. Redressement judiciaire, plans de redressement, plans de cession et de sauvegarde, liquidation.

• DROIT DE LA CONCURRENCE (FRANÇAIS ET COMMUNAUTAIRE)

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

• INFORMATIQUE

Développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels ; infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, expertises relatives à l'examen de la conformité des prestations informatiques ; lutte contre le piratage.

• COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES

Domaine réglementaire ; construction de réseaux, colocalisation d'installations, conventions et conditions générales de fournitures de services, conventions d'accès et d'interconnexion ; contentieux judiciaires ou administratifs (contre les décisions de l'autorité de régulation).

• INTERNET

Création et hébergement de sites, affiliations, partenariats ; audits de sites web ; dépôt et défense de noms de domaine ; places de marchés ; ventes aux enchères sur Internet ; licences ASP.

• MEDIA

Publicité (protection, exploitation) et marketing ; sponsoring ; réglementation de la radiodiffusion et des services de communication électronique (TV, télévision sur mobile, sur Internet, vidéo à la demande etc.).

• PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES ET VIE PRIVEE

Relations avec la CNIL ; réglementation spécifique aux communications électroniques (services de géolocalisation, conservation des données de trafic etc.) ; atteinte à la vie privée, diffamation.

• PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, DROITS D'AUTEUR ET DROITS VOISINS

Protection et valorisation des droits d'auteur et droits voisins ; production et coproduction audiovisuelle (cinéma, télévision) et multimédia (jeux vidéos en ligne et off line, cd-roms, etc.) ; réglementation cinématographique ; licences de distribution (télévision, merchandising, distribution vidéo, droits dérivés) ; droits des artistes interprètes, droit du sport ; contentieux de la contrefaçon (saisies en douanes, saisies contrefaçon, procédures devant les juridictions civiles et pénales).

• PROPRIETE INDUSTRIELLE

Conseil et contentieux en matière de marques, de brevets et/ou de dessins et modèles ; transferts de technologie et/ou de know-how ; concurrence déloyale et parasitaire.

UN IMPORTANT RESEAU DE CORRESPONDANTS ETRANGERS

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

ISO 9001

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

31, avenue Hoche
75008 Paris

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

22, rue Croix-Baragnon
31000 Toulouse

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

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