

Sommaire

- 1 Éditorial
- 2 CONTENTIEUX : Le Tribunal de Commerce passe à travers les fourches du Conseil Constitutionnel
- 3 CONCURRENCE : Mise en place de programmes de conformité aux règles de concurrence : une réflexion nécessaire pour les entreprises
- 4 FISCALITÉ : Non, tous les contribuables ne sont pas de mauvaise foi !
- 5 TÉLÉCOMS : Les fraudes aux Services à Valeur Ajoutée (« SVA ») – 1^{ère} partie
- 6 DROIT PUBLIC : L'acheteur public peut-il confier des prestations juridiques de conseil à des professionnels n'appartenant pas à la profession d'Avocat ?
- 8 DROIT DES SOCIÉTÉS : Simplification du droit et allègement des démarches administratives
Principales mesures en droit des sociétés
- 9 DROIT PÉNAL : La procédure du « plaider coupable » (CRPC) désormais applicable à tous les délits
- 10 DROIT COMMERCIAL : Mémo de droit commercial du dirigeant
Conditions et limites du paiement en espèces : ce qu'il faut retenir...
- 13 DROIT SOCIAL : Visite médicale et inaptitude au travail : d'importants changements au 1^{er} juillet 2012
- 14 Vie du Cabinet

Éditorial

Les tribunaux de commerce jugés conformes à la constitution !

Depuis le 1^{er} mars 2010, tout justiciable peut, au cours d'une instance judiciaire, invoquer l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, au moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

La QPC est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

C'est en suivant cette procédure que le conseil constitutionnel a, le 4 mai 2012, considéré que les dispositions de l'article 222-23 du code pénal réprimant le harcèlement sexuel étaient contraires à la constitution.

Saisi par une nouvelle QPC dont l'objet était de remettre en cause l'indépendance et l'impartialité des tribunaux de commerce, le conseil constitutionnel, dans une décision du 4 mai 2012, a jugé conforme à la constitution plusieurs dispositions du code de commerce visées par cette QPC. Ce qui est plutôt rassurant pour les tribunaux de commerce créés au 16^{ème} siècle !

Vous trouverez dans la quatrième édition de Lex&Case un résumé de l'actualité légale et jurisprudentielle, dont un article plus détaillé sur la décision du 4 mai 2012, ainsi que les dernières nouvelles du Cabinet.

Bonne lecture.

Les associés





Le Tribunal de Commerce passe à travers les fourches du Conseil Constitutionnel

En instituant la « Question Prioritaire de Constitutionnalité » (rapidement adoptée sous son acronyme de « QPC »), cette faculté de recours direct des justiciables contre l'anticonstitutionnalité d'une norme qui leur est appliquée, le Législateur n'imaginait certainement pas qu'elle aurait pu un jour constituer une menace sur l'existence des Tribunaux de Commerce.

Le Conseil Constitutionnel a ainsi été très récemment amené à se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une institution vieille de 500 ans et dont les qualités ne sont plus à démontrer, tant cette dernière n'a eu de cesse de se moderniser pour conjuguer aujourd'hui à la fois une connaissance aigüe de la vie des affaires et une maîtrise efficace de l'outil juridique.

L'objet de cette QPC (QPC 2012-241, 4 mai 2012) n'était cependant pas l'occasion de faire l'étalage de ces qualités, mais plutôt celle de ses (prétendus) défauts, à ce point irrémédiables qu'il faudrait aller jusqu'à condamner et remettre en cause toute la justice commerciale selon ses instigateurs. Ces derniers contestaient en effet, au vu de leur contrariété à la Constitution, d'une part, l'indépendance et l'impartialité des Tribunaux de Commerce et, d'autre part, la capacité à juger des juges consulaires.

En choisissant des thèmes on ne peut plus polémiques, cette QPC déclencha certaines passions et amena le Conseil Constitutionnel à se prononcer sur une question dont les enjeux étaient cruciaux, puisqu'ils concernaient à la fois notre organisation judiciaire, et la bonne marche des affaires en France.

Sans rentrer dans le détail de la réponse donnée par le Conseil Constitutionnel, force est de souligner qu'il a réaffirmé avec vigueur la parfaite constitutionnalité des Tribunaux de Commerce. Cela sous entend, bien que l'on

en doutait point :

- que la justice commerciale est impartiale et organisée à cette fin,
- mais que plus encore les Juges Consulaires, bien que magistrats non professionnels, disposent de toutes les compétences nécessaires pour juger, avec toute la légitimité qui en découle, les litiges entre commerçants.

Le contraire aurait été néanmoins surprenant lorsque l'on sait leurs décisions peu reformées en appel, mais surtout combien les Tribunaux de Commerce ont su être innovants pour apporter des réponses adaptées et variées aux difficultés des entreprises.

En matière de procédures collectives, on peut rappeler, pour les décisions les plus récentes, que la sauvegarde financière accélérée est née des Juges de Nanterre, quand ceux de Paris ont grandement permis de mieux cerner les contours de l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

Si la justice est bien souvent incompréhensible pour qui n'est pas initié, le Conseil Constitutionnel offre ici, non pas une clé de compréhension, mais une crédibilité renouvelée pour des justiciables, parfois craintifs, voire dubitatifs face à la machine judiciaire. Souhaitons que la justice commerciale en sorte renforcée et continue à évoluer pour accompagner une activité économique en constante mutation.

*Amaury Dumas-Marze
adumasmarze@lexcase.com*



Mise en place de programmes de conformité aux règles de concurrence : une réflexion nécessaire pour les entreprises

La réflexion sur l'opportunité de mise en place de programmes de conformité, qui s'était amorcée en France au début des années 2000 avec le recrutement de *compliance officers*, a pris une nouvelle ampleur en droit de la concurrence depuis quelques mois, suite à la publication par l'Autorité de la concurrence le 10 février 2012 d'un document-cadre encourageant le développement de ces programmes.

Selon nous, la mise en place de ces programmes revêt un intérêt majeur pour les entreprises, non pas tant pour bénéficier d'une réduction (de 10%) de la sanction pécuniaire en cas de poursuite par l'Autorité, que pour identifier et gérer les risques concurrentiels. Plus que d'un outil de crise, il s'agit donc davantage d'instaurer une nouvelle culture de sensibilisation et de respect de la norme de droit.

Selon l'Autorité, ces programmes doivent ainsi comporter un volet préventif, qui passe nécessairement par la formation des salariés occupant des fonctions sensibles (commerciaux, financiers, etc.) aux enjeux et aux chausse-trappes du droit de la concurrence.

En pratique, une telle culture d'entreprise ne peut se développer sans un fort leadership de l'équipe dirigeante, qui doit s'engager publiquement, voire de manière répétée, et souligner l'importance du respect des règles de concurrence pour l'entreprise. Rome ne s'étant pas faite en un jour, l'entreprise fera certainement face à une certaine résistance des salariés – volontaire ou non –, dès lors que l'on sait, en pratique, que les conseils dispensés par l'équipe juridique n'ont pas toujours autant de poids que souhaité. Il convient donc de mener, en amont, une réflexion sur la fréquence et l'origine des formations dispensées ou des circulaires et autres mémorandums internes, ainsi que sur les sanctions encourues par les salariés en cas de violation des consignes.

L'efficacité du programme est également conditionnée par la mise en place de mécanismes permettant de détecter et de mettre rapidement fin aux infractions

au droit de la concurrence. A cette fin, l'Autorité entérine la pratique existante de la désignation d'un responsable du programme de conformité, qui doit disposer d'un mandat étendu, ainsi que les mécanismes d'alerte par les salariés de l'entreprise et de contrôle des pratiques, notamment par des audits réguliers. L'entreprise doit ainsi réfléchir, en amont de la mise en place du programme, au traitement de l'information ainsi remontée, et notamment à sa confidentialité en cas d'enquête de l'Autorité de la concurrence.

Les entreprises, quelle que soit leur taille, ne peuvent donc aujourd'hui plus faire l'économie d'une réflexion sur la mise en place d'un programme de conformité aux règles de concurrence, et ce d'autant que l'Autorité a souligné que ces programmes ne sont pas réservés aux grands groupes, mais sont également encouragés pour les PME.

Dans le contexte actuel d'engouement pour ces programmes, le fait de ne pas s'être doté d'un tel outil préventif – ou de ne pas y avoir réfléchi – pourrait même paraître suspect en cas d'infraction.

Charlotte Tasso-de Panafieu
ctp@lexcase.com

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com





Non, tous les contribuables ne sont pas de mauvaise foi !

Les avocats pratiquant le contentieux fiscal constatent une certaine tension dans le déroulement des contrôles, que les contribuables soient personnes physiques ou personnes morales. Notamment, les redressements sont de plus en plus fréquemment assortis des pénalités pour manquement délibéré – ou « pénalités pour mauvaise foi » – qui majorent les impositions de 40%. Les contribuables d'aujourd'hui seraient-ils moins honnêtes que ceux d'hier ? Nous ne le pensons pas.

Le « manquement délibéré » n'est pas défini par la loi. C'est la doctrine administrative qui en donne indirectement une définition, lorsqu'elle précise « *qu'il appartient au service [vérificateur] de réunir tous éléments [...] utiles en vue d'établir que le contribuable ne pouvait pas ignorer les insuffisances, inexactitudes ou omissions qui lui sont reprochées et que l'infraction a donc été commise sciemment.* » (Doc. Adm. 13 N-1-07)

Cette même doctrine ajoute : « *Les omissions ou inexactitudes que peuvent commettre les contribuables dans leur déclaration sont présumées involontaires. Dès lors, [...] les majorations [...] ne peuvent être appliquées que si l'administration établit le caractère délibéré de l'omission ou de l'inexactitude.* »

Tout cela procède finalement du bon sens, et on ne peut honnêtement contester le principe de sanction lorsque le contribuable « se trompe volontairement ». A condition toutefois que l'administration démontre effectivement que l'erreur est bien volontaire ! Or, force est de constater que le service vérificateur se contente souvent d'arguer que les montants redressés sont « d'une importance telle que le contribuable ne pouvait pas ignorer qu'il se trompait ».

Même si cela peut paraître évident, rappelons que le droit repose sur le syllogisme juridique, que la matière

fiscale est une matière juridique à part entière, et que le respect de la règle de droit s'impose aux citoyens comme aux services de l'Etat.

C'est donc avec douleur que l'avocat constate que les principes essentiels du droit sont parfois maltraités: dire que les montants des redressements peuvent « en soi » justifier l'application des pénalités pour mauvaise foi n'est pas acceptable, puisque cela revient à faire l'économie de la démonstration de l'existence d'une « intention » chez le contribuable. Nul doute que cette preuve est parfois difficile à rapporter pour l'administration, mais l'effort est indispensable puisqu'il est la garantie même de la préservation de notre Etat de droit.

En outre, certes, « nul n'est censé ignorer la loi ». Mais la complexité des règles fiscales devrait pousser les services vérificateurs à accepter l'idée que, même si les enjeux financiers sont importants, un contribuable « ne l'a pas nécessairement fait exprès », qu'il a peut-être été mal conseillé ou qu'il a peut-être simplement omis de demander un conseil. Présumer réellement la bonne foi des contribuables permettra aux citoyens de mieux accepter les pénalités lorsque la mauvaise foi est effectivement démontrée.

Philippe Drouillot
pdrouillot@lexcase.com

Matthieu Philippe
mphilippe@lexcase.com



Les fraudes aux Services à Valeur Ajoutée (« SVA ») ¹ – 1^{ère} partie

Quelle réglementation pour le traitement des fraudes par les opérateurs et les éditeurs de services ?

A une époque où les fraudes sur les numéros SVA sont de plus en plus courantes (spamming par SMS, *ping call*, *dialers*, ou encore détournement du micro-paiement téléphonique), il est indispensable pour les opérateurs de téléphonie et pour les éditeurs de services de savoir quelles sont les règles applicables en matière de déontologie et de répression des fraudes.

Les services de télématique (Minitel, numéros en 08 ou à 4 chiffres) étant apparus dans les années 90, les éditeurs de contenus désirant offrir des services par le biais des télécommunications n'avaient alors d'autre choix que de souscrire un contrat avec France Télécom, alors en monopole sur la fourniture de prestations téléphoniques, pour disposer du mécanisme de facturation pour compte de tiers indispensable aux services de télématique. En l'absence de concurrence sur le marché de la voix, les éditeurs étaient donc contraints de respecter les règles déontologiques fixées par le Conseil Supérieur de la Télématique (« CST ») et appliquées par France Télécom, sauf à se voir exclus de ce marché.

En effet, le CST, composé de magistrats, de représentants de l'Etat et des opérateurs et éditeurs, avait été créé en 1993 pour formuler des recommandations déontologiques applicables à ces services, devant être annexés aux contrats souscrits auprès de France Télécom puis de l'ensemble des opérateurs téléphoniques. Si une fraude était constatée sur un numéro SVA, chacune des parties pouvait saisir le Comité de la télématique anonyme (« CTA »), composé de membres du CST, pour obtenir un avis sur la réalité de la fraude et la sanction à imposer à l'éditeur ; plus de 250 avis ont été rendus, entre la création de ces deux instances et leur disparition en 2009.

Face au désengagement des pouvoirs publics quant à la moralisation de ce marché (disparition du CST et du CTA),

les acteurs privés n'ont eu de cesse de lutter contre les fraudes (mise en place de « Signal spam » – plateforme nationale de signalement des spams sur Internet – et du 33700 – son équivalent sur le réseau mobile), jusqu'à la création en février 2012 de l'association 1901 d'autorégulation « SVA+ », regroupant des acteurs des communications électroniques et des contenus.

Signe des carences déplorées en la matière, SVA+ a publié, moins d'un mois après sa création, des recommandations déontologiques applicables aux services à valeur ajoutée téléphoniques. Cette initiative a été saluée par le Ministère de l'industrie, qui a publié le document sur son site internet en avril 2012.

Cependant, la question de la portée des recommandations de l'association professionnelle SVA+ n'est pas résolue.

En l'absence de réelle force contraignante de ces règles, ces recommandations pourraient demeurer des vœux pieux, ce alors que leur seule annexion aux CGV pose la question de leur opposabilité dans les contrats en cours. A cet égard, la disparition d'une instance pouvant être consultée en cas de litige entre les parties à un contrat de service, comme c'était le cas avec le CTA, est également regrettable. Les juridictions civiles et commerciales héritant de ces différends ne sont en outre pas spécialisées en cette matière d'ordre public, et ne seront pas compétentes pour faire évoluer les règles déontologiques face aux nouvelles fraudes, comme le faisait le CTA par le passé. Compte tenu, enfin, de l'incompétence de l'ARCEP pour intervenir dans des litiges relatifs au contenu, il convient de s'en remettre à une contractualisation de ces règles, en prévoyant une résiliation pour manquement en cas de fraude.

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com

Hubert de Boisse
hdeboisse@lexcase.com

¹ Dans le prochain numéro de Lex&Case, nous aborderons ces questions de fraude sous l'angle de la responsabilité civile, en cas

d'intrusion illicite dans le réseau d'un abonné.



L'acheteur public peut-il confier des prestations juridiques de conseil à des professionnels n'appartenant pas à la profession d'Avocat ?

Un rappel à l'ordre par la Cour administrative d'appel de Lyon (CAA Lyon, 12 mars 2012, Société S, req. 11LY01404)

On le voit aujourd'hui sur beaucoup d'opérations d'Assistance à Maîtrise d'Ouvrage (AMO) portant sur des projets des personnes publiques, les missions de conseil comportent souvent une partie juridique.

Que cela soit la rédaction des pièces d'une procédure de mise en concurrence ou encore la rédaction d'un contrat public (C.C.A.P), les acheteurs publics recherchent une assistance technique, financière mais également juridique dans la mise en place de leurs projets.

C'est la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui encadre et définit la profession d'avocat, tout en réglementant également les activités de consultation en matière juridique et de rédaction d'actes sous seing privé.

Qu'est ce qu'une consultation juridique ?

Il s'agit d'une activité de prestation intellectuelle personnalisée, tendant à fournir un avis concourant à la prise de décision du bénéficiaire de la consultation (Rép. min., JOAN 8 juin 1992, p. 2523). Le champ est extrêmement large. Considérant le contentieux perpétuel rencontré dans la passation des marchés publics et dans leur exécution contractuelle, chaque mission d'AMO comporte une phase d'analyse juridique sur les documents de la consultation et les documents d'exécution.

La loi de 1971 autorise les non professionnels du droit à proposer un avis juridique à leurs clients sous deux conditions : (i) justifier d'une qualification reconnue

par l'Etat ou attestée par un organisme professionnel agréé ; et (ii) se limiter à des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale. En dehors des professionnels réglementés (Huissiers, Experts comptables..), la procédure d'autorisation est cependant lourde à respecter car l'opérateur doit alors détenir un agrément spécifique du Garde des Sceaux.

Quels risques en cas de non respect du monopole juridique instauré par la loi de 1971 ?

L'article 66-2 de la loi de 1971 prévoit que sera puni des peines prévues à l'article 72 (amende de 4 500 euros - 9 000 euros en cas de récidive - et/ou emprisonnement de six mois) quiconque aura, en violation des dispositions précitées, donné des consultations ou rédigé pour autrui des actes sous seing privé en matière juridique.

Mais il convient de souligner ici d'autres conséquences qui peuvent peser sur le lien contractuel unissant l'opérateur privé et une collectivité publique.

Quelle validité pour les marchés publics ne respectant pas le monopole juridique ?

Deux conséquences doivent ici être soulignées au regard du droit de la commande publique.

Premièrement, au stade de la passation...

Le non respect de la loi de 1971 constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence, l'acheteur devant veiller au respect des principes déontologique et de la réglementation applicable aux professions concernées (Article 30 du Code des marchés publics).

Ainsi, lorsqu'ils décident de l'attribution d'un marché, les acheteurs publics ont l'obligation de s'assurer

que le candidat retenu est bien habilité par les dispositions légales et réglementaires à exécuter les prestations prévues par le marché.

L'attribution d'un marché d'assistance juridique à un professionnel ne bénéficiant pas d'une habilitation à exercer le droit à titre accessoire peut ainsi justifier l'annulation de la procédure de passation (TA Paris, Ord., 27 juillet 2007, n°710469, Palmier-Rayssac C/ Centre hospitalier Saint-Anne, JCP G 2007, act. 395 ; TA Cergy Pontoise, 3 février 2011, Me Gachi, n°1100321).

De même, l'acheteur public doit veiller lorsqu'il définit les règles de la consultation de son marché à ne pas imposer des exigences contraires aux règles légales ou déontologiques applicables aux professions concernées.

Il en est ainsi s'agissant par exemple de la règle fixée à l'article 18.6 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat selon laquelle l'avocat « ne peut participer à un contrat de mission commune comportant une clause de responsabilité solidaire des intervenants ».

Or, en exigeant de façon trop systématique que les groupements constitués pour répondre à un appel d'offres portant sur une prestation d'AMO prennent la forme d'un groupement solidaire, les acheteurs publics suscitent la violation plus qu'ils ne veillent au respect des règles déontologiques de la profession d'avocat.

Deuxièmement, au stade de l'exécution...

A l'occasion d'un arrêt rendu le 22 mars 2012, la Cour administrative d'appel de Lyon a eu l'occasion de rappeler que des prestations juridiques ne pouvaient nullement être confiées à des professionnels non avocats et a prononcé en conséquence la nullité d'un marché conclu en méconnaissance de cette règle.

Statuant sur le cas d'un marché d'un Etablissement public hospitalier ayant confié des prestations à un opérateur privé portant sur l'optimisation du régime de cotisations sociales versées par l'Hôpital aux organismes sociaux, la Cour administrative d'appel considère que le conseil apporté à l'Etablissement relevait de l'analyse juridique de la réglementation

applicable et donc revenait au monopole de la profession d'Avocat.

Constatant la violation de la loi de 1971, la Cour administrative en conclut donc à la nullité de la convention signée entre l'opérateur et l'Etablissement public en application de la jurisprudence *Commune de Béziers* (CE 28 déc. 2009, req. n° 304802, Lebon), précisée par la décision *Manoukian* (CE 12 janv. 2011, req. n° 338551).

Le juge administratif refuse alors d'appliquer les clauses du contrat pour régler le litige survenu entre l'opérateur privé et l'Etablissement public notamment concernant le paiement des prestations réalisées.

Face à une telle irrégularité portant méconnaissance de la loi de 1971, il convient de souligner que le juge judiciaire adopte une attitude similaire de non reconnaissance contractuelle (Civ. Ire, 15 nov. 2010, n° 09-66.319, Bull. civ. I, n° 230 ; D. 2010. 2780).

Pourquoi un tel monopole ?

Au final, il convient de souligner que ce monopole ne vise pas la protection d'une profession réglementée mais bien plutôt celle des clients.

Les avocats sont assujettis à des obligations professionnelles qui sont autant de garanties pour les personnes publiques dans l'exécution de ces marchés : indépendance, secret professionnel, délicatesse, refus du conflit d'intérêt, définition du mandat de représentation de leur client, obligation de conseil et de diligence, détention des moyens, compétences professionnelles et surtout assurance appropriées pour la réalisation d'un conseil juridique.

Raphaël Apelbaum
rapelbaum@lexcase.com

Alain de Belenet
adebelenet@lexcase.com





Simplification du droit et allègement des démarches administratives *Principales mesures en droit des sociétés*

Comme évoqué dans notre précédente newsletter, la loi Warsmann du 22 mars 2012 a été promulguée, suivie par un premier décret d'application adopté le 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence en matière sociale et environnementale. Les principales dispositions de ces textes portent sur les domaines suivants du droit des sociétés.

Dépôt des comptes annuels / injonctions

Les sociétés non cotées ne sont plus tenues de déposer au Greffe du Tribunal de Commerce, dans le cadre du dépôt annuel de leurs comptes, leur rapport de gestion. Ce rapport doit toutefois être tenu à la disposition de toute personne (notamment l'administration fiscale) qui en ferait la demande. Des exceptions sont prévues à cette dispense de dépôt notamment pour le rapport du conseil de surveillance et du rapport de gestion du groupe, en cas d'établissement de comptes consolidés. En outre, le délai pour procéder au dépôt des comptes est porté à deux mois à compter de la date d'assemblée générale annuelle.

A défaut de déposer leurs comptes, les sociétés s'exposent à une injonction de faire qui pourrait être ordonnée par le Président du Tribunal de Commerce, le cas échéant sous astreinte. De nouvelles possibilités d'injonctions ont également été instituées, notamment à défaut de réunion de l'assemblée générale annuelle dans les 6 mois de la clôture des comptes ou en cas de non communication, aux associés, de documents préalables à l'assemblée.

Apports en nature / Apports partiels d'actifs

En cas d'apport en nature, à la constitution ou par augmentation de capital, de toute société commerciale,

la désignation d'un commissaire aux apports peut intervenir par accord unanime des associés (ce qui était auparavant réservée aux SARL). Des cas de dispense ont, en outre, été institués concernant l'obligation de désignation d'un commissaire aux apports.

Il est désormais possible de réaliser les opérations d'apports partiels d'actifs entre toutes sociétés commerciales de forme différente, en les plaçant sous le régime des scissions (et non plus seulement entre SA/SARL/SAS).

Augmentations de capital / Epargne salariale / Actions gratuites

En matière d'augmentation de capital, le régime des nullités a été assoupli. Cependant l'obligation de soumettre aux associés une proposition d'augmentation de capital réservée aux salariés n'a malheureusement pas été modifiée malgré son caractère purement formel (ces résolutions étant généralement rejetées par les associés).

Un léger assouplissement est toutefois intervenu concernant l'obligation dite « triennale » de consultation des associés sur un projet d'augmentation de capital réservée aux salariés (délai porté à 5 ans au lieu de 3 ans si les associés se sont prononcés, dans l'intervalle, sur un tel projet dans le cadre d'une augmentation de capital de la société).

Il faut également souligner que les sociétés peuvent désormais offrir à leurs salariés ou dirigeants des actions gratuites existantes, jusqu'à un plafond de 15% du capital social (au lieu de 10% actuellement).

Administration des SA : La durée des mandats des

administrateurs, nommés à la constitution des sociétés anonymes, est désormais librement déterminée par les statuts, sans toutefois pouvoir excéder six ans. En outre, le cumul des fonctions de salarié et d'administrateur n'est plus soumis à la condition d'antériorité du contrat de travail, dans la mesure où cette société répond à la définition d'une PME européenne.

Sociétés cotées

Les sociétés cotées (et celles dépassant certains seuils) doivent insérer dans leur rapport annuel des informations sociales et environnementales dont le contenu a été, après plusieurs années d'attente, précisées dans le décret du 24 avril 2012. Ces mentions

devront donc figurer dans les rapports de gestion établis en 2013, portant sur les exercices clos en 2012.

Le régime restrictif de rachat d'actions institué spécifiquement pour les sociétés cotées sur Alternext a été supprimé, ces sociétés pouvant désormais procéder aux rachats de leurs propres actions aussi bien en vue de la gestion financière de leur capital qu'afin d'assurer la liquidité de leurs titres, à l'instar des sociétés inscrites à la cote d'Euronext.

Stéphanie Bideau
sbideau@lexcase.com

Guillaume Pierson
gpierson@lexcase.com

DROIT PÉNAL

La procédure du « plaider coupable » (CRPC) désormais applicable à tous les délits

La procédure dite du « plaider coupable » (ou « CRPC » pour « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ») qui permet en fait pour le prévenu, après avoir accepté de reconnaître sa culpabilité, de négocier sa peine avec le Procureur de la République avant de faire valider cet « accord » par le Tribunal Correctionnel, était jusqu'à ce jour limitée aux délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 5 ans et exclue dans le cas des délits énumérés par l'article 495-16 du Code de procédure pénale (délits de presse, homicide involontaire...).

Depuis la loi du 13 décembre 2011, le « plaider coupable » est applicable à tous les délits quelle que soit la peine encourue.

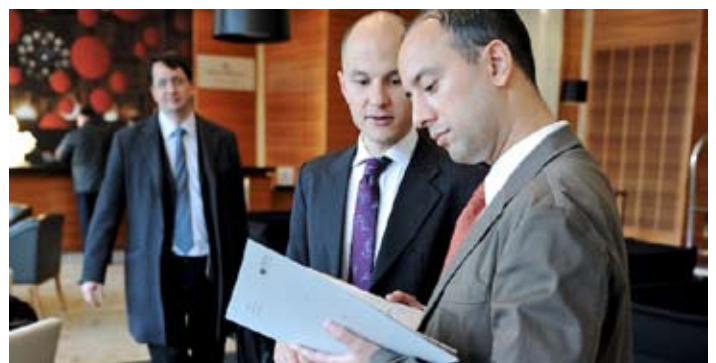
Ainsi, les infractions liées à la vie des affaires ainsi que des délits tels que le trafic de stupéfiants ou le vol aggravé peuvent désormais faire l'objet de cette procédure spéciale qui consiste en pratique à négocier sa peine, contre une reconnaissance de culpabilité.

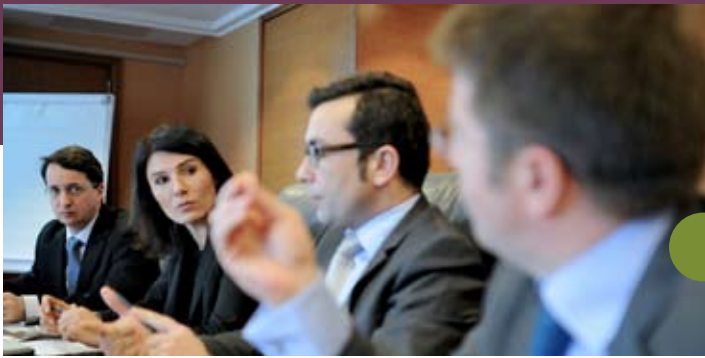
Certains délits restent toutefois exclus du champ d'application de la CRPC lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles ou à l'intégrité physique punies d'une peine supérieure à 5 ans.

Outre une extension de la procédure à la grande majorité des délits, la loi du 13 décembre 2011 permet de recourir à la CRPC à la suite d'une information judiciaire et non plus seulement à l'issue d'une enquête de police ; mais à la condition que le Juge d'instruction, le Procureur de la République et les parties donnent leur accord.

Cette volonté de généralisation du « plaider coupable » est une nouvelle manifestation du basculement du modèle inquisitoire français vers le modèle accusatoire des systèmes anglo-saxons.

Nicolas Kéramidas
nkeramidas@lexcase.com





Mémo de droit commercial du dirigeant

• *Quelles sont les formalités requises en cas de modification des CGV ?*

Les conditions générales de vente, pour être opposables au client, doivent être acceptées par ce dernier. C'est la raison pour laquelle il est recommandé, en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, de prévoir à tous le moins un mécanisme d'acceptation expresse, par la signature du bon de commande (mention préalable de ce que le client « reconnaît avoir accepté et pris connaissance des CGV », au dessus de la signature).

Cette exigence découle de l'article 1134 du code civil selon lequel, notamment, le contrat tient lieu de loi pour les parties, et en conséquence, ces dernières ne sont liées qu'à hauteur de l'engagement contractuel qu'elles ont bien voulu souscrire.

Dès lors, quelles sont les formalités requises en cas de modification des CGV ?

La réponse à cette question est finalement assez simple : pour que de nouvelles conditions générales soient opposables au client, celui doit en être informé et les avoir acceptées.

L'article L. 121-84 du Code de la consommation prévoit une information spécifique du consommateur, laquelle doit intervenir au moins un mois avant la date d'entrée en vigueur des nouvelles conditions générales (sauf stipulation encore plus favorable prévue dans les CGV. Cette information doit préciser :

- la date de prise d'effet des nouvelles CGV;
- la possibilité pour le client de résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de 4 mois après l'entrée en vigueur de la modification. Ce n'est qu'au delà de ce délai de 4 mois à compter de leur entrée en vigueur, et sous réserve que le client n'ait pas remis en cause les modifications ou résilié son contrat, que les modifications des CGV seront réputées acceptées par ce dernier.

A l'aune de ce texte, la modification des CGV pourrait exposer le fournisseur à une résiliation du contrat.

Pour éviter un tel risque, il convient de prévoir que la modification envisagée est facultative, et que son refus par le client ne saurait permettre une résiliation anticipée du contrat.

Ajoutons que, depuis la loi de Modernisation de l'Economie du 3 août 2008, **les CGV peuvent diverger d'un client à l'autre sans que cela constitue une discrimination**, et ce sous réserve de ne pas être en position dominante.

Pour conclure, nous ne pouvons que vous rappeler l'importance de s'aménager la preuve de l'envoi des nouvelles CGV et de leur accord par le client (avis de réception, mail exprès, etc...), étant précisé qu'il n'est pas possible de se limiter à prévoir que le seul paiement des factures ultérieures emportera acceptation : celle-ci doit être préalable à l'exécution de la prestation ou à la livraison de la marchandise, dès lors que les règles doivent être fixées à l'avance pour pouvoir s'appliquer entre les parties.

• *Garantie légale de conformité, une garantie supplémentaire au profit du consommateur et au détriment du vendeur professionnel...*

La garantie légale résulte de la directive communautaire n°1999/44/CE du 25 mai 1999 qui a été transposée dans notre droit aux articles L. 211-4 et suivants du Code de la consommation par une ordonnance du 17 février 2005.

En application de ce texte, le consommateur qui acquiert un produit auprès d'un professionnel bénéficie d'une garantie de conformité de deux ans sur le bien courant à compter de sa délivrance. Ainsi le bien doit être "*propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable*" et doit présenter les caractéristiques éventuellement définies d'un commun accord entre les parties. L'attente du consommateur doit donc être satisfaite non seulement par l'usage habituel, mais aussi par toute présentation que le vendeur a pu faire du produit, que ce soit par le biais d'un échantillon ou modèle ou par le biais de la publicité à

laquelle il a eu recours.

Cette garantie qui est d'ordre public et à laquelle il ne peut pas être dérogé contractuellement se cumule avec la garantie des vices cachés prévue aux articles 1641 et suivants du Code civil dont le délai de deux ans se décompte cette fois-ci, non pas à compter de la délivrance du bien, mais au contraire à compter du moment où l'acheteur prend connaissance du défaut de la chose.

S'agissant des modalités de mise en œuvre de la garantie légale de conformité, l'acheteur dispose du choix de demander **la réparation ou le remplacement** du bien, sauf si ce "coût est manifestement disproportionné". Ce n'est que si ce double choix est impossible que l'acheteur pourra demander la résolution du contrat ou une diminution du prix. Des dommages et intérêts pourront également être réclamés par l'acheteur.

En conclusion : le vendeur professionnel doit être très vigilant quant au produit qu'il vend, celui-ci devant être exempt de tout défaut ou vice sous peine de voir sa responsabilité engagée...

- **Est-il possible de réclamer une indemnité de résiliation anticipée lorsqu'un cocontractant tombe en procédure collective et que le contrat n'est pas poursuivi par le fait de l'administrateur judiciaire ?**

Pour la jurisprudence et la doctrine, la non continuation du contrat par l'administrateur judiciaire constitue une cause

de résiliation anticipée (Cass. Com., 11 juill. 2000, RG n°98-13366; *Droit et pratique des procédures collectives*, Pierre-Michel LE CORRE, éd. Dalloz action 2010-2011, n°431,52 p.675) permettant le jeu des clauses contractuelles réglementant cette hypothèse, et notamment les clauses relatives à l'indemnité de résiliation.

Ainsi, dans le cadre d'un contrat qui avait été résilié par l'administrateur judiciaire d'une personne morale en redressement judiciaire, la Cour de cassation a jugé que **"cette résiliation peut donner lieu à des dommages et intérêts dont le montant est déclaré au passif par le cocontractant"** et que l'arrêt de la Cour d'appel retient à bon droit que **"l'indemnité de résiliation réclamée par la société répare ce préjudice et que la clause contractuelle stipulant les modalités de calcul de la résiliation doit trouver à s'appliquer"** (Cass. Com. 16 juin 2004 ; RG n°01-11356).

Dès lors, tout créancier qui s'estime lésé du fait de la résiliation d'un contrat prononcé par le juge commissaire lors de la procédure collective, est en droit de réclamer l'indemnité de résiliation prévue au contrat.

A noter toutefois qu'une clause prévoyant une indemnité de résiliation est efficace que si elle n'est pas spécialement stipulée pour cause de procédure collective !

*Emmanuelle Nevo, Anne-Sophie Ucello-Jammes
enevo@lexcase.com, asjammes@lexcase.com*



Brèves

La Prescription quinquennale : Attention à bien préparer l'échéance du 19 juin 2013

Le 19 juin 2013 marquera les cinq ans de l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, qui a supprimé la prescription décennale en matière commerciale pour la remplacer par une prescription

quinquennale.

Aux termes des dispositions transitoires de cette loi, de nombreuses créances commerciales seront donc prescrites à compter du 19 juin 2013. Nous développerons plus amplement ce sujet dans le prochain numéro de Lex&Case, mais attirons d'ores et déjà

vos attentions sur l'importance de se prémunir contre le risque de perte pure et simple de vos créances soumises à cette prescription de droit commun entre commerçants, en mettant en œuvre les actions destinées à interrompre cette prescription avant l'expiration de ce délai d'un an (sommation, assignation).



Conditions et limites du paiement en espèces : ce qu'il faut retenir...

Face à un accroissement significatif ces dernières années de la préoccupation des Etats européens en matière de blanchiment d'argent, de traçabilité des transactions financières, de lutte contre le travail au noir, etc., un rappel des dispositions de droit français concernant le règlement en espèce s'impose.

Le Code Monétaire et Financier¹ encadre strictement les conditions du paiement en espèces, que celui-ci intervienne entre un particulier et un professionnel ou entre deux professionnels, mais de façon surprenante sont exclus de cette réglementation les échanges effectués entre deux particuliers, dont le montant **des transactions payables en espèce** n'est pas plafonné.

Ainsi, ne peut être effectué en espèces le paiement d'une dette supérieure à la somme de **3 000 euros**, tout d'abord lorsque le débiteur a son domicile fiscal en France, mais également lorsqu'il agit pour les besoins de son activité professionnelle. Ce seuil est fixé à **15 000 euros** lorsque le débiteur n'a pas son domicile fiscal en France et lorsqu'il n'agit pas pour les besoins de son activité professionnelle.

Différents critères sont donc à prendre en compte pour déterminer le seuil (3.000 ou 15.000 €) au delà duquel le paiement doit être effectué par chèque ou virement bancaire : s'agit-il d'une dépense effectuée par un particulier ou un professionnel, d'une dépense personnelle ou professionnelle? Le débiteur de la somme d'argent a-t-il son domicile fiscal en France ou à l'étranger ?

Par exception, ces dispositions légales **ne s'appliquent pas aux transactions réalisées entre deux personnes physiques n'agissant pas pour les besoins de leur activité professionnelle** c'est-à-dire entre des particuliers, sauf cas particuliers tels que les paiements

consécutifs à la passation d'actes notariés donnant lieu à publicité foncière, par exemple pour l'achat d'un bien immobilier.

Autre exception logique, ces seuils ne s'appliquent pas aux paiements réalisés par des particuliers ne disposant pas d'un compte de dépôt, telles que des personnes interdites bancaires. Ces dernières peuvent alors payer en espèces, sans limitation de montant, quand bien même le règlement intervient-il dans le cadre de leur activité professionnelle.

Pour la détermination du montant maximum payable en espèces, le montant global de la dette –qui s'entend toutes taxes et charges comprises– doit être pris en compte, de sorte que les paiements partiels, même inférieurs au seuil, doivent être effectués par un autre moyen de paiement lorsque la dette dans son ensemble excède le seuil fixé.

Par exemple, un avocat ne pourra accepter de son client domicilié en France un paiement en espèces échelonné dans le temps, lorsque le montant total acquitté pour une même affaire est supérieur au seuil de 3 000 euros.

Précisons enfin que le **non respect** des seuils et conditions fixés par le Code Monétaire et Financier entraîne le paiement d'une **amende forfaitaire de 15 000 euros par paiement**, qui est payable par moitié par le débiteur, professionnel ou non, et le créancier, chacun étant solidairement tenu d'en assurer le règlement total².

La vigilance est donc de rigueur, que l'on soit payeur ou créancier d'une somme d'argent !

Hubert de Boisse
hdeboisse@lexcase.com

Juliette Clary
jclary@lexcase.com

¹ Article L112-6 et D112-3 du Code Monétaire et Financier

² Article 1749 du Code Général des Impôts

Visite médicale et inaptitude au travail : d'importants changements au 1^{er} juillet 2012

Deux décrets du 30 janvier 2012 réorganisent le fonctionnement des services de santé au travail et précisent leurs nouvelles missions. Ils ont pour conséquence de réduire le nombre de visites médicales et impactent la procédure de constatation de l'inaptitude. Ces deux décrets entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2012.

La visite médicale d'embauche

Une dérogation à la visite médicale d'embauche est prévue pour le salarié dont l'aptitude a été reconnue lors du dernier examen médical intervenu au cours des 24 mois précédents lorsque le salarié est embauché par le même employeur (12 mois auparavant), ou au cours des 12 derniers mois lorsque le salarié change d'entreprise (6 mois auparavant), à condition qu'il occupe un **poste identique**.

Les visites médicales périodiques

La périodicité des examens reste fixée à 24 mois. Toutefois, une fréquence supérieure à 24 mois pourra être prévue si le service de santé au travail se voit délivrer un agrément l'autorisant.

La visite de pré-reprise

A compter du 1^{er} juillet 2012, une visite de pré-reprise peut être organisée en cas d'**arrêt de travail d'origine professionnelle ou non de plus de 3 mois**.

Les salariés en arrêt de travail depuis moins de 3 mois peuvent s'ils le souhaitent rencontrer le médecin du travail à ce titre, mais il ne s'agira pas d'une visite de pré-reprise.

A l'issue de la visite de pré-reprise le médecin du travail pourra recommander des aménagements et adaptations du poste de travail, des préconisations de reclassement, des formations professionnelles pour faciliter le reclassement du salarié ou sa réorientation professionnelle.

La visite de reprise

Le changement le plus visible concerne la visite de reprise. A compter du 1^{er} juillet 2012, un examen de reprise s'impose après **une absence d'au moins 30**

jours pour cause d'accident du travail, de maladie ou d'accident non professionnel. (Au lieu de 8 et 21 jours auparavant) et systématiquement en cas de maternité ou de maladie professionnelle.

L'employeur doit saisir le médecin du travail dès qu'il a connaissance de la date de fin de l'arrêt de travail du salarié. L'examen médical a lieu dans les 8 jours de la reprise du travail.

Inaptitude

Le principe de deux visites espacées de deux semaines est maintenu. Toutefois, l'avis d'inaptitude pourra être délivré **à l'issue d'une seule visite**, si une visite de pré-reprise a eu lieu dans un délai de 30 jours précédant cet examen.

Il convient donc d'être vigilant quant à l'application de ces nouvelles règles.

Florence Drapier Faure
fdrapierfaure@lexcase.com

David Lachassagne
dlachassagne@lexcase.com





• **LexCase renforce son département droit public des affaires avec l'intégration de Raphaël Apelbaum en qualité de Of Counsel.**

Dans le cadre du développement et du renforcement de son département de droit public des affaires, le cabinet

LexCase est heureux d'annoncer l'arrivée de Raphaël Apelbaum qui rejoint le cabinet en qualité de Of Counsel.

Avocat depuis 2001, Raphaël Apelbaum possède une expertise reconnue des opérations contractuelles avec le secteur public.

Inscrit aux barreaux de Paris et de New York, il rejoint l'équipe de droit public des affaires de LexCase pour développer l'activité du département, au plan national, au côté d'Alain de Belenet, Associé.

L'arrivée de Raphaël permet à LexCase de consolider son équipe en droit public comptant désormais cinq avocats (un associé, un of counsel, trois collaborateurs), dont le savoir faire couvre, tant en conseil qu'en contentieux, le champ des contrats publics (marchés, délégations, contrats complexes), des travaux publics, de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'expropriation, des propriétés publiques et de la domanialité, du corporate public, des collectivités locales, de l'intercommunalité et de l'économie mixte, des finances publiques ou encore de l'environnement.

• **LexCase Société d'Avocats, partenaire de LexFormation**

Pour mieux accompagner ses clients, LexCase a décidé de contribuer à la création de **LexFormation**, organisme de formation réunissant des professionnels

du droit et du chiffre, présent à Paris, Lyon et Marseille. **LexFormation** a pour objet de fournir aux entreprises des formations internes ou externes dans le domaine de la formation juridique, économique et financière.



Organisme de formation ●●

En tant que membre fondateur et principal animateur

de cet organisme, LexCase propose une centaine de formations couvrant l'ensemble des disciplines du droit de l'entreprise (droit des sociétés, fiscalité, droit social, propriété intellectuelle, droit public, droit économique, contentieux, droit de la concurrence, droit pénal des affaires), ainsi que certaines réglementations sectorielles (télécoms, média, industrie, établissements et produits de santé, jeux vidéos et jeux en ligne, photovoltaïque) à l'attention des salariés et des dirigeants.

Le catalogue de formations continues 2012-2013 est disponible en ligne sur le site www.lexformation.com, depuis le 1^{er} juillet 2012.

Organisme régulièrement déclaré auprès de la Préfecture et disposant à ce titre d'un numéro d'enregistrement auprès de la Direction Régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, LexFormation assure des formations éligibles à la prise en charge de la formation continue des salariés.

Créé par des praticiens, LexFormation met l'accent dans ses formations sur le point de vue pratique des sujets abordés, et sur une acquisition de connaissance effective des auditeurs, à l'issue des formations données. Cette flexibilité et ce pragmatisme permettent à LexCase d'offrir à ses clients la possibilité de dimensionner les formations qu'ils souhaitent, à la carte, et de bénéficier ainsi d'un financement de leur OPCA.



Société d'Avocats ●●
www.lexcase.com
contact@lexcase.com

PARIS

17, rue de la Paix 75002 Paris
Téléphone : +33 1 40 20 22 22
Télécopie : +33 1 56 72 84 99

LYON

24, rue Childebert 69002 Lyon
Téléphone : +33 4 37 23 11 11
Télécopie : +33 4 37 23 11 00

MARSEILLE

50, rue Paradis 13001 Marseille
Téléphone : +33 4 91 33 22 22
Télécopie : +33 4 91 33 20 85

Cette lettre d'information a été conçue uniquement afin de donner des informations générales sur la réglementation et la jurisprudence, ainsi que sur la vie du Cabinet, de ses membres et de leurs activités. Les informations contenues dans cette lettre ne constituent pas une consultation juridique et ne doivent pas être interprétés comme l'établissement d'une relation entre avocat et clients. Les personnes destinataires sont encouragées à consulter un avocat pour toutes leurs problématiques juridiques.

Dans l'hypothèse où vous ne souhaiteriez plus recevoir la présente lettre d'information, nous vous invitons à nous l'indiquer à l'adresse contact@lexcase.com.

Directeur de la publication : Nicolas Kéramidas, Avocat associé, LexCase - Crédits photos : Jean-Jacques Bernard & Anne Bouillot - Maquette : une bonne com - Mise en page : Véronique Girot
LEXCASE, SELARL D'AVOCATS INSCRITS AUX BARREAUX DE PARIS, DE LYON ET DE MARSEILLE, AU CAPITAL DE 400.000 EUROS, IMMATRICULÉE SOUS LE NUMÉRO 512 642 950 RCS PARIS.