

L'ESSENTIEL Actualité Juridique

DEFENSE PENALE ET CONTENTIEUX :

L'exercice des droits de la défense par l'occupant des lieux au regard de l'article L.450-4 du code de commerce.

Dans les procédures fondées sur la violation du droit de la concurrence, et à la grande différence de la procédure pénale, l'obligation d'assurer les droits de la défense doit être respectée dès le stade de l'enquête préalable.

C'est à ce titre qu'aux termes de l'article L.450-4 du code de commerce, régissant les opérations de visites et de saisies en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant ces opérations est « *notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant* » et « *comporte la mention de la faculté pour l'occupant des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil de son choix* ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle régulièrement le droit qu'a la personne visée par de telles opérations de faire appel à son avocat, lequel peut (doit) prendre connaissance des termes de l'ordonnance, en vérifier la régularité et le périmètre des opérations autorisées et y assister.

Sur ce dernier point, deux arrêts récents méritent d'être relevés.

Dans une première espèce (**Crim. 4 mai 2017, n°16-81.071**), les agents débutant des opérations de visite et saisie dans les locaux d'une grande entreprise le 17 octobre 2013 avaient interdit à l'occupant des lieux d'appeler toute personne extérieure, y compris ses avocats, le temps d'apposer les scellés sur l'ensemble des bureaux visés par les opérations.

« *Afin d'éviter toute déperdition de preuve, nous avons indiqué à M. Anton X. (occupant des lieux), qu'aucune communication vers l'extérieur n'était possible, y compris auprès des avocats, tant que l'ensemble des bureaux ne serait pas scellé* » pouvait-on lire sur le procès-verbal de visite et saisie rédigé à cette occasion.

L'autorité de la concurrence avait fait valoir que cette interdiction, qui n'avait duré que quelques dizaines de minutes, était justifiée par le fait que d'autres opérations visaient simultanément d'autres entreprises et qu'un risque de déperdition de preuve « *intentionnelle ou malencontreuse* » était à craindre...

Par ordonnance du 6 janvier 2016, le premier président de la cour d'appel de Paris avait rejeté le recours exercé par la société contre l'ordonnance de visite et saisie au motif qu'aucun acte, hormis l'apposition des scellés n'avait été effectué par les rapporteurs de la concurrence jusqu'à l'arrivée des avocats de la société, de telle sorte que celle-ci n'avait subi aucun grief.

Or, pour fonder cette décision, le magistrat s'était référé aux principes régissant les perquisitions et saisies en matière pénale – pour lesquelles la nullité n'est encourue que si l'inobservation des formalités substantielles a porté atteinte aux intérêts de la partie concernée – alors même qu'en cette matière, l'assistance de l'avocat en perquisition n'est prévue par aucun texte...

Dans son arrêt du 4 mai 2017 (n°16-81.071), la chambre criminelle casse l'ordonnance déferée au motif que « *dans les procédures fondées sur la violation du droit de la concurrence, les droits de la défense peuvent être exercés par l'occupant des lieux dès la notification de l'ordonnance autorisant les opérations de visite et saisie* ». L'exercice des droits de la défense ne saurait donc être différé et la violation de cette prescription légale fait nécessairement grief à la société.

Dans un **second arrêt du 11 juillet 2017 (n°16-81.041)**, la chambre criminelle rappelle que le respect du droit de l'occupant des lieux de faire appel à un conseil de son choix et d'être assisté de celui-ci lors des opérations de visite et saisie s'apprécie au regard des conditions dans lesquelles ces opérations sont menées.

En l'espèce, trois équipes de rapporteurs avaient été constituées lors des opérations de visite et saisie réalisées et il avait été fait injonction à la société visitée de limiter à un avocat par groupe de travail les conseils présents lors des opérations.



Considérant qu'il n'est pas du ressort des fonctionnaires qui procèdent à la visite de s'immiscer dans l'exercice de cette faculté et de limiter arbitrairement le nombre de conseils présents, la société soulevait la nullité des opérations de visite et saisie.

La chambre criminelle a rejeté son pourvoi et considéré que, dès lors que trois avocats avaient assisté aux opérations, « *le droit de la personne visitée à faire appel à un conseil de son choix avait été respecté* ».

C'est par la même formule que la Haute Juridiction avait déjà rejeté, par un arrêt du 30 novembre 2011 (n°10-81.748), le pourvoi fondé sur le fait que seuls trois avocats avaient été autorisés à assister aux opérations qui se déroulaient dans six bureaux différents et en présence de six représentants de l'occupant des lieux.

Cette solution est plus critiquable dès lors que l'effectivité de l'exercice des droits de la défense nécessite de pouvoir, en temps réel, répondre à toute interrogation des représentants de la société et alerter l'officier de police judiciaire présent ou le juge d'éventuelles violations des droits de la défense.

En tout état de cause, il est fondamental que dès la notification de l'ordonnance autorisant les opérations prévues par l'article L.450-4 du code de commerce, la personne visée ait pour premier réflexe d'appeler le cabinet d'avocats conseil de la société, à charge pour celui-ci d'être en premier ligne aux côtés de son client, de ne rien céder dans l'exercice des droits de la défense et le contrôle de la régularité des opérations.

DROIT DES SOCIÉTÉS :

Le registre des bénéficiaires effectifs – nouvelles obligations déclaratives

Ordonnance n°2016-1635 du 1^{er} décembre 2016

Décret n°2017-1094 du 12 juin 2017

L'ordonnance du 1^{er} décembre 2016, prise dans le cadre de la transposition du dispositif européen de lutte contre le blanchiment, a instauré le « Registre des Bénéficiaires Effectifs ». Celui-ci relève du Greffe du Tribunal de commerce, et concerne, sauf exceptions, **l'ensemble des personnes morales et entités juridiques.**

Ainsi, depuis le 1^{er} août 2017 ces dernières sont tenues à de nouvelles obligations déclaratives.

1. Régime juridique du Registre

Depuis la date d'entrée en vigueur de ce nouveau registre, les entités concernées (sociétés commerciales, sociétés civiles, GIE), ont désormais l'obligation de transmettre au Greffe du Tribunal de Commerce les informations **relatives aux**

bénéficiaires effectifs de la structure savoir, les personnes physiques détenant *in fine* le contrôle de celle-ci.

Cette notion de contrôle vise la ou les personnes physiques détenant directement ou indirectement 25% du capital social ou des droits de vote de la société ; ou exerçant par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société, ou sur l'assemblée générale des associés.

2. Obligations et formalisme des déclarations

Les sociétés immatriculées **à compter du 1^{er} août 2017** doivent transmettre l'ensemble des informations relatives à leurs bénéficiaires effectifs (nom, prénoms, date et lieu de naissance, nationalité, adresse personnelle, modalités du contrôle exercé, date à laquelle ils sont devenus bénéficiaires effectifs) lors de la demande d'immatriculation ou dans les 15 jours à compter de la délivrance du récépissé de dépôt du dossier d'immatriculation auprès du greffe.

Pour les sociétés immatriculées avant le 1^{er} août 2017, l'information doit être transmise au greffe **avant le 1^{er} avril 2018.**

En outre, toute opération entraînant une modification des bénéficiaires effectifs de l'entité doit entraîner, dans les 30 jours suivants, la mise à jour de la déclaration déposée au greffe, ce qui entraînera de nombreuses déclarations en cas de modification du contrôle d'un groupe comprenant plusieurs sociétés.

3. Accès au Registre

Ce document n'est pas en accès libre. Il est communiqué, sur demande, à certaines autorités en détenant le pouvoir (notamment direction générale des finances publiques, magistrats ...), aux organismes financiers luttant contre le blanchiment d'argent et le terrorisme (établissements financiers notamment), et à toute personne qui, justifiant d'un intérêt légitime, y a été autorisée par une décision de justice non susceptible de recours.

4. Sanctions

Le Président du Tribunal de commerce peut enjoindre, sous astreinte le cas échéant, une société à réaliser ce dépôt ou désigner un mandataire afin de remplir cette obligation. A défaut, l'absence de déclaration ou le dépôt d'une déclaration comportant des informations erronées est sanctionné de **6 mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.**

5. Notre Cabinet vous accompagne

Nous nous tenons évidemment à votre disposition pour vous assister dans ces démarches obligatoires, à régulariser dans les semaines à venir, sous peine de sanctions significatives.



DROIT SOCIAL

Promesse d'embauche

La chambre sociale de la Cour de cassation revient, à l'occasion de deux arrêts du 21 septembre 2017, sur sa jurisprudence relative à la promesse d'embauche.

Afin de tenir compte de la réforme du droit des obligations, elle opère désormais une distinction entre offre et promesse de contrat de travail.

Jusqu'alors, la jurisprudence de la Cour de cassation retenait qu'un écrit précisant l'emploi et la date d'entrée en fonction constituait une promesse d'embauche valant contrat de travail.

Ainsi, l'employeur, qui rompait cette promesse, rompait en réalité un contrat, de sorte qu'il procédait à un licenciement sans cause réelle ni sérieuse (Cass. soc. 15 décembre 2010, n° 08-42.951 ; Cass. soc. 19 novembre 2014, n° 13-19.483).

A l'occasion de deux affaires récemment portées à sa censure, la Cour de cassation invalide la décision des juges du fond prise en application de cette précédente jurisprudence.

Elle considère en effet que la réforme du droit des obligations conduit à apprécier, dans les relations de travail, la portée des offres et des promesses de contrat de travail de façon différente.

Ainsi, **l'offre de contrat de travail** se caractérise par une proposition d'engagement précisant l'emploi, la rémunération, la date d'entrée en fonction, et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

Elle peut également l'être si l'employeur a fixé une date limite d'acceptation avant l'expiration de ce délai.

A défaut, elle peut être rétractée à l'issue d'un délai raisonnable qui reste à définir par la jurisprudence.

La rétractation de l'offre parvenue à son destinataire dans les délais prévus engage la responsabilité extracontractuelle de l'employeur qui pourra être condamné à verser des dommages et intérêts dans l'hypothèse où le destinataire de l'offre apporte la preuve d'un préjudice.

En revanche, la **promesse unilatérale de contrat de travail** constitue un véritable contrat par lequel le promettant accorde au bénéficiaire le droit d'opter pour sa conclusion. L'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont

déterminés ; ne manque donc que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse unilatérale de contrat pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter pour la conclusion du contrat n'empêche pas la formation du contrat de travail promis, de sorte qu'en pareille hypothèse l'employeur s'exposera, en cas de rupture de sa promesse, aux sanctions relatives au licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

La distinction entre offre et promesse risque d'être peu aisée et impose une vigilance accrue dans la rédaction des documents que l'employeur adresse à l'occasion d'un recrutement.

Indemnité de licenciement : nouvelles règles de calcul :

L'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 et le décret n° 2017-1398 du 25 septembre 2017 modifient les règles de calcul de l'indemnité légale de licenciement.

Celle-ci est désormais versée au salarié licencié justifiant d'une ancienneté de 8 mois ininterrompus au service de l'employeur.

Pour mémoire, cette ancienneté est appréciée à la date d'envoi de la notification de licenciement.

Le montant de cette indemnité ne peut être inférieur à :

- 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années allant jusqu'à 10 ans,
- 1/3 de mois de salaire par année d'ancienneté à partir de 10 ans (article R. 1234-2 du code du travail).

L'indemnité sera calculée sur un salaire de référence retenu selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

- soit sur le 1/12^{ème} des rémunérations perçues au cours des douze derniers mois (dans l'hypothèse d'une ancienneté inférieure à 12 mois, la moyenne mensuelle des rémunérations de l'ensemble des mois précédant le licenciement sera retenue),
- soit la moyenne des trois derniers mois de salaire.



DROIT DE LA SANTE :

1 - L'indemnisation du préjudice religieux

La chose religieuse irriguant désormais de nombreux domaines de la vie civile et juridique, se pose la question de l'indemnisation de la victime d'un fait dommageable qui ne peut, du fait d'une atteinte à son intégrité corporelle, pratiquer totalement ou partiellement sa religion.

Le fondement d'une telle demande réside dans la liberté religieuse qui implique la pratique d'un culte et l'accomplissement de rites, la religion ne se réduisant pas à une idéologie abstraite.

Bien que l'impossibilité de se rendre sur son lieu de culte ou d'accomplir la genuflexion ne soient pas nouveaux, la nomenclature de postes de préjudices corporels ne prévoit pas de préjudice religieux.

Jusqu'il y a peu, la jurisprudence n'admettait pas l'indemnisation autonome du préjudice religieux.

C'est au titre du déficit fonctionnel permanent - qui comprend les atteintes aux fonctions physiologiques de la victime (telle que la réduction du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel) et qui tient compte des gênes dans les actes de la vie courante - que le préjudice religieux pouvait être réparé.

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 7 mars 2013, avait considéré que le fait pour un musulman de ne pouvoir s'agenouiller au sol pour effectuer sa prière et se prosterner ne constituait pas un préjudice permanent exceptionnel car la religion musulmane autorise les gestes de prière en position assise si la personne handicapée est dans l'incapacité d'effectuer les gestes religieux habituels.

La jurisprudence semble évoluer puisque, par un arrêt **du 2 mars 2017, la cour d'appel de Douai** a pris une décision contraire en tenant compte des éléments factuels recueillis lors de l'expertise médicale.

La Cour a vérifié l'existence d'une pratique religieuse antérieure qui était assidue et en communauté (la victime se rendait cinq fois par jour à la mosquée pour effectuer les prières obligatoires) dont la poursuite dans les mêmes conditions a été rendue impossible du fait de ses séquelles physiques. C'est le bouleversement de la pratique religieuse antérieure qui a conféré au préjudice de la victime son caractère exceptionnel et permis son indemnisation.

Précisons que le poste des **préjudices permanent exceptionnels** a été créé aux fins d'atténuer la rigidité de la nomenclature et permettre l'indemnisation, à titre

exceptionnel, de tel ou tel préjudice extrapatrimonial permanent, qui prend une résonance particulière pour certaines victimes en raison soit de leur personne, soit des circonstances ou de la nature du fait dommageable.

C'est le cas pour la personne d'origine japonaise victime d'un dommage à la colonne vertébrale en France, qui est alors privée de la faculté de s'incliner pour saluer, signe d'une grande impolitesse dans son pays d'origine.

C'est aujourd'hui le cas pour la victime qui se trouve dans l'impossibilité d'accomplir les rites imposés par sa religion et subit un bouleversement dans sa pratique religieuse.

2 - Nouvelle définition de la perte de chance

Dans un arrêt du 22 juin 2017, la Cour de cassation adopte une nouvelle définition de la perte de chance réparable en matière de responsabilité médicale, plus favorable à la victime.

En l'espèce, une enfant naît par césarienne au sein d'une clinique dans un état d'hypoxie avancé, en raison d'une procidence du cordon et conserve de graves séquelles. Ses parents tant en leur nom personnel qu'au nom de leur fille assignent en responsabilité l'établissement de soins en invoquant des fautes dans le suivi et la surveillance de l'accouchement par la sage-femme.

La Cour d'Appel, après avoir admis l'existence d'une faute de la clinique liée à l'intervention tardive du gynécologue obstétricien ayant procédé en urgence à la césarienne rejette la demande d'indemnisation des parents au motif que seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité qui n'était pas constituée en l'espèce car les parents n'apportent aucun élément de nature à établir qu'une intervention plus précoce (qui dans le meilleur cas n'aurait pu être réalisée que dix minutes plus tôt) aurait été de nature à réduire les séquelles de leur fille.

La Cour de cassation casse cette décision en posant le principe qu'*« une perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que sa réparation ne peut être écartée que s'il peut être tenu pour certain que la faute n'a pas eu de conséquence sur l'état de santé du patient. »*

C'est donc à l'**établissement de soins qu'il appartient de démontrer**, avec certitude, que la faute commise n'a eu aucune conséquence sur l'état de santé du patient, c'est-à-dire qu'il n'existait **aucune éventualité favorable**.



BAUX COMMERCIAUX :

Modification notable des facteurs locaux de commercialité : la cour d'appel de Versailles enfonce le clou

S'il est un sujet sensible en matière de baux commerciaux, c'est bien celui du dé plafonnement du loyer du bail renouvelé. Nombre de contentieux sont en effet alimentés par des propriétaires qui se prévalent de modifications des facteurs locaux de commercialité à l'occasion du renouvellement du bail commercial pour obtenir le dé plafonnement du loyer et sa fixation à la valeur locative.

L'article L. 145-34 du code de commerce autorise en effet le dé plafonnement en cas de « *modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33* », à savoir :

- les caractéristiques du local considéré,
- la destination des lieux,
- les obligations respectives des parties,
- les facteurs locaux de commercialité.

Ce dernier critère est sans aucun doute celui utilisé le plus régulièrement par les bailleurs.

De fait, aux termes de l'article R.145-6 du code de commerce, ces facteurs locaux de commercialité « *dépendent principalement de l'intérêt que présente, pour le commerce considéré, l'importance de la ville, du quartier ou de la rue où il est situé, du lieu de son implantation, de la répartition des diverses activités dans le voisinage, des moyens de transport, de l'attrait particulier ou des sujétions que peut présenter l'emplacement pour l'activité considérée et des modifications que ces éléments subissent d'une manière durable ou provisoire* ».

Il était donc particulièrement aisé de se prévaloir de tout évènement de nature à améliorer la commercialité pour obtenir la fixation d'un loyer dé plafonné : accroissement de la population, prolongement d'une ligne de tramway, implantation de nouvelles enseignes, ouverture de centre commerciaux, création de parkings ...

Toutefois, dans un arrêt du 14 septembre 2011 (n°10-30.825), la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, est venue compliquer la tâche des propriétaires en précisant que la modification des facteurs de commercialité ne pouvait constituer un motif de dé plafonnement du nouveau loyer qu'à la condition qu'elle soit notable, et qu'elle soit « **de nature à avoir une incidence favorable sur l'activité commerciale exercée par le preneur** ».

Ce faisant, la Cour de Cassation permettait aux locataires de contester le dé plafonnement de leur loyer en arguant du fait que l'évolution des facteurs de commercialité n'avait eu aucune incidence sur leur chiffre d'affaires.

Et depuis cette décision, les juridictions se montrent particulièrement attentives à cette question et s'assurent de l'existence d'une incidence favorable de la modification des facteurs locaux de commercialité sur le commerce considéré.

Tel fut le cas, très récemment de la Cour d'appel de Versailles qui, dans un arrêt du 4 juillet 2017, considère que la piétonisation de la rue dans laquelle un local avait été donné à bail à un commerce de poissonnerie ne justifiait pas à elle seule le dé plafonnement du loyer.

Après avoir relevé que cette piétonisation n'était intervenue que cinq mois avant la date de renouvellement du bail, la Cour a retenu qu'il ne pouvait en résulter une incidence favorable sur l'activité du locataire pour la période antérieure au bail expiré.

Il s'agit là d'une interprétation objective de la situation qui mérite d'être saluée.

L'arrêt de 2011 précité avait en effet été largement critiqué par les bailleurs, considérant que la condition d'incidence favorable imposée par la Cour de cassation revenait en réalité pour le juge à apprécier la hausse comme la baisse du chiffre d'affaires du locataire comme un critère désormais incontournable.

Les bailleurs, s'élevant contre une telle condition, avaient argumenter, probablement à raison, qu'ils n'étaient pas associés de leurs locataires et donc pas responsables de leur bonne ou mauvaise gestion.

Si la variation du chiffre d'affaires du locataire ne peut être écartée dans l'appréciation de l'incidence favorable de la modification des facteurs locaux de commercialité sur le local considéré, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 4 juillet 2017 témoigne de la volonté des juges du fond de procéder à une analyse objective de la situation pour justifier du bien-fondé du dé plafonnement du loyer.

