

**Centre de Droit des Affaires
- Veille juridique -
2017-1**

Période couverte : 1^{er} septembre 2016 - 20 décembre 2016

CONTRATS COMMERCIAUX présenté par Stanislas BARRY, Tamara DUPUY, Quentin MAGHIA *****	pp. 3-23
CONCURRENCE, CONSOMMATION : présenté par Julien LOZE *****	pp. 23-34
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, NUMÉRIQUE : présenté par Clio VIGNERON, Olivia Epaminondas et Aurélien SERRE *****	pp. 34-40
DROIT DES GROUPEMENTS *****	
DROIT BANCAIRE, INSTRUMENTS DE PAIEMENT ET DE CREDIT : présenté par Arnaud MALIK, Marie SOTAS et Frédéric VERLHIAC *****	pp. 40-46
DROIT DES SÛRETÉS : présenté par Mathilde DOLS *****	pp. 46-49
DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE : présenté par Émilie GARREAU *****	p. 49
FISCALITÉ DES ENTREPRISES : présenté par Mustapha SIDIBE et Marina LO WING *****	pp. 50-55
DROIT PÉNAL DES AFFAIRES présenté par Aliénor BOULANGER *****	pp. 56-57
DÉVELOPPEMENT DURABLE, ENVIRONNEMENT, RISQUES INDUSTRIELS. *****	
DROIT SOCIAL *****	
DROIT DES TRANSPORTS : présenté par Tamara DUPUY *****	pp. 57-62
PROCÉDURES JUDICIAIRES ET ARBITRALES, VOIES D'EXÉCUTION : présenté par Halinandrianina RANAIVO *****	pp. 62-65
DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL DES AFFAIRES. *****	
DIVERS	

CONTRATS COMMERCIAUX :

présenté par Stanislas BARRY, Tamara DUPUY, Quentin MAGHIA

I. RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

Harmonisation des textes réglementaires

Référence : Décret 2016-1278 du 29 septembre 2016 : JO 30 septembre

Chapeau : L'ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, a réformé le droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Le projet de loi de ratification de cette ordonnance a été déposé le 6 juillet 2016, et n'a pas encore été adopté par l'Assemblée Nationale.

Un décret du 29 septembre 2016 précise que les dispositions de nature réglementaires qui renvoyaient à des textes ainsi abrogés, modifiés, ou déplacés, sont modifiées pour faire référence aux dispositions résultant de cette réforme. L'ensemble de ces nouvelles dispositions est entré en vigueur le 1er octobre 2016.

« Les références à des dispositions abrogées, modifiées ou déplacées par l'ordonnance du 10 février 2016 susvisée contenues dans des dispositions de nature réglementaire sont remplacées par les références aux dispositions ayant le même objet du livre III du code civil, du code de l'action sociale et des familles, du code des procédures civiles d'exécution et du code de la santé publique, dans leur rédaction résultant de cette ordonnance.

Les dispositions réglementaires modifiées par le présent décret peuvent être modifiées par des actes pris dans les mêmes formes que les actes dont elles étaient issues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent décret.

Le présent décret entrera en vigueur le 1er octobre 2016. »

Au sein de cette veille juridique, ne seront abordées que les innovations et les consécutions (jurisprudentielles) relatives à la formation, aux effets du contrat, au régime général.

Pour une étude plus approfondie de l'impact de la réforme du droit des contrats en droit des affaires, cf. bibliographie *infra*

A- La formation du contrat

1) Les innovations

- Des dispositions préliminaires (art. 1101 à 1111-1) font leur apparition. Elles énoncent trois principes liberté contractuelle (art. 1102), force obligatoire du contrat (art. 1103) et bonne foi (art. 1104). Le principe de bonne foi dans la formation du contrat est nouveau, et s'ajoute à l'obligation d'information et au dol par réticence. Viennent ensuite les définitions de sept catégories de contrats - la plus innovante étant celle du contrat d'adhésion (art. 1110), au demeurant problématique -, précédées de la réaffirmation de la validité des contrats innommés (art. 1105).

- Cause licite. L'existence d'une cause licite n'est plus une condition de validité de l'obligation contractuelle : seuls suffisent désormais le consentement des parties, leur capacité et un « contenu » licite et certain (art. 1128). Cependant, le contrat ne peut déroger à l'ordre public (exit les bonnes moeurs) par son « but » (art. 1162). Et un contrat à titre onéreux est nul lorsque la contrepartie convenue au profit du débiteur est « illusoire ou dérisoire » au moment de sa formation (art. 1169).

- Dans les contrats d'adhésion, toute clause créant un « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties, apprécié abstraction faite de l'objet principal du contrat et de l'adéquation du prix à la prestation, est réputée non écrite (art. 1171).

- Violence économique. Une nouvelle définition de la violence économique est donnée à l'article 1143, en trois éléments : état de dépendance de la victime, abus déterminant et avantage manifestement excessif.

- Rétractation. La rétractation de la promesse unilatérale de contrat n'empêche pas la formation du contrat promis (art. 1124, al. 2). Exception faite si le contrat est conclu avec un tiers de bonne foi (qui ne connaissait pas l'existence de la promesse)
- Interpellations interrogatoires. Trois interpellations interrogatoires permettent de purger une situation juridique incertaine à la veille de la conclusion du contrat, en demandant au destinataire de prendre parti : en présence d'un pacte de préférence ou d'un soupçon de pacte de préférence (art. 1123, al. 3 et 4) ; en cas de doute sur l'étendue des pouvoirs du représentant (art. 1158) ; en cas de menace d'action en nullité (art. 1183).

2) *Les consécutions*

- la liberté de rupture des négociations précontractuelles et l'exclusion de la compensation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu en cas de faute (mais non de celle de la perte de chance, art. 1112) ;
- l'obligation d'information précontractuelle et le régime de la preuve (art. 1112-1), ainsi que l'obligation de confidentialité (art. 1112-2) ;
- la théorie de l'offre et de l'acceptation (art. 1113), le régime de la rétractation de l'offre (art. 1115 et 1116) et de l'acceptation (art. 1118) ; le régime des conditions générales (art. 1119) ; la formation du contrat au lieu et au moment de la réception de l'acceptation (art. 1121) ;
- le pacte de préférence (art. 1123) et la promesse unilatérale de contrat (art. 1124) ;
- le dol par réticence (art. 1137, al. 2) ainsi que le dol commis par un tiers (art. 1138) ; le caractère toujours excusable de l'erreur, même sur la valeur ou le motif, provoquée par un dol (art. 1139) ;
- les règles relatives à la capacité (art. 1145 à 1152) ;
- la théorie de la représentation (art. 1153 à 1161) ;
- une définition large de la déterminabilité de la prestation, objet du contrat (art. 1163, al. 3) ;
- l'admission de l'unilatéralisme dans la fixation du prix, à l'égard des contrats-cadres (art. 1164) et des contrats de prestation de services (art. 1165), et le régime de celui-ci (en particulier, l'obligation de motiver le montant) ;
- la consécution des jurisprudences Chronopost et Faurecia : la clause privant de sa substance l'obligation essentielle est réputée non écrite (art. 1170) ;
- le principe du consensualisme (art. 1172) et les exceptions à ce principe (contrats solennels et contrats réels) ;
- la perpétuité de l'exception de nullité (art. 1185) ;
- la caducité du contrat lorsque vient à disparaître l'un de ses éléments essentiels (art. 1186, al. 1er) ; en particulier, en présence d'un groupe de contrats nécessaires à la réalisation d'une même opération (art. 1186, al. 2 et 3).

B - Les effets du contrat

1) *Les innovations*

- L'imprévision (art. 1195). Elle est définie comme un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution « excessivement onéreuse » et ouvre une série de réactions graduées : d'abord une renégociation sans suspension d'exécution ; puis, en cas d'échec ou de refus, la possibilité de choisir en commun soit une résolution conventionnelle, soit une saisine conjointe du juge pour qu'il « ADAPTE » le contrat ; enfin, après un « délai raisonnable », saisine unilatérale du juge qui peut « réviser le contrat ou y mettre fin ».
- L'« *exceptio timoris* » (art. 1220). Inspirée des Principes européens (art. 9 : 201), elle consiste à faire jouer l'exception d'inexécution à titre préventif : lorsqu'il « est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas », une partie peut lui notifier qu'elle « suspend » l'exécution de sa propre obligation. Le texte n'en dit pas plus, ce qui renvoie à l'exception d'inexécution classique, toujours provisoire et soulevée aux risques et périls de son auteur.
- La réduction du prix (art. 1223). Elle apparaît comme une sorte de généralisation de l'action estimatoire de l'actuel article 1644 : une exécution imparfaite peut être acceptée en contrepartie d'une réduction de prix, « sollicitée » avant paiement ou « notifiée » après paiement, qui doit être « proportionnelle » (sous le contrôle éventuel du juge qui devra ainsi quantifier un déficit de qualité).

2) *Les consécutions*

- Effet translatif. L'effet translatif de tout contrat transférant la propriété d'un bien (art. 1196 s.) est précisé à la fois quant à sa date (transfert « solo consensu » généralisé : art. 1196), quant à ses conséquences (transfert des risques et obligation de conserver : art. 1196 et 1197), et quant aux concours entre acquéreurs successifs (« prior bona fide, potior tempore », renversant la jurisprudence actuelle en matière immobilière : art. 1198).
- Durée du contrat (art. 1210 s.). Elle donne lieu à une explication claire et pédagogique des règles de droit positif : les notions sont définies (prorogation, renouvellement, tacite reconduction), le principe de prohibition des engagements perpétuels affirmé et sa sanction, maltraitée en jurisprudence, enfin clarifiée (traitement en contrat à durée indéterminée : art. 1210).
- Cession de contrat. Elle fait son entrée dans la loi (art. 1216 s.) avec un régime général précisant qu'elle porte sur la « qualité de partie au contrat », qu'elle exige un écrit à peine de nullité, qu'elle doit recevoir l'accord - et non le consentement - de l'autre partie (qui peut être anticipé) et qu'elle ne libère le cédant pour l'avenir qu'avec le consentement exprès du cédé.
- Exception d'inexécution (art. 1219). Elle est consacrée avec la précision qu'elle ne peut répondre qu'à une inexécution « suffisamment grave » (seul le rapport au président de la République mentionnant un caractère proportionné qui évoquerait une exception partielle).
- Exécution forcée en nature (art. 1221 s.). Consacrée dans ses deux versions (par le débiteur ou par remplacement), elle fait l'objet d'une dérogation nouvelle lorsqu'existe « une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».
- Résolution du contrat (art. 1224 s.). Elle fait l'objet d'une refonte regroupant clause résolutoire, résolution unilatérale et résolution judiciaire, ces deux dernières subordonnées à une « inexécution suffisamment grave ». Est ainsi notamment consacrée la résolution unilatérale, après mise en demeure et sur notification (art. 1226).
- Les effets de la résolution sont précisés et clarifiés (art. 1229), en particulier quant à sa date (avec un cantonnement de la rétroactivité qui justifie le maintien du terme de RÉSILIATION).

C - Le régime général des obligations

1) Les nouveautés

- Obligation conditionnelle (art. 1304 s.). Elle fait l'objet d'une réécriture qui n'innove que sur un point : l'accomplissement de la condition suspensive rend l'obligation pure et simple et n'opère donc plus rétroactivement, sauf clause contraire (art. 1304-6), recul de la fiction de la rétroactivité dont le souci s'est déjà traduit dans le régime de la résolution (art. 1229).
- Cession de créance (art. 1321 s.). Elle est simplifiée par suppression de la fameuse signification de l'article 1690 actuel. Il faut un écrit ad validitatem, dont la date s'impose tant entre les parties qu'envers les tiers, hormis le débiteur pour qui l'opposabilité est subordonnée à une notification ou une prise d'acte.
- Cession de dette (art. 1327 s.). La cession de dette, qu'il vaut sans doute mieux appeler « reprise de dette », fait son apparition dans le code. Protection du créancier oblige, la symétrie avec la cession de créance se limite à la dénomination : l'accord du créancier est nécessaire (art. 1327) et le débiteur initial reste tenu solidairement, sauf décharge expresse (art. 1327-2).
- Est aussi précisé le régime des exceptions opposables par le débiteur substitué (art. 1328), tout comme le sont des sûretés (art. 1328-1).
- Remplacement des offres réelles par une mise en demeure du créancier (art. 1345 s.). Cela constitue une véritable création simplificatrice et énergique pour vaincre « l'obstruction » du créancier qui refuse son paiement : une mise en demeure restée deux mois sans effet, et voici le débiteur autorisé à séquestrer la chose due (à la Caisse des dépôts pour les fonds, chez un professionnel pour les MEUBLES), ou tout simplement libéré pour les autres obligations (c'est-à-dire les prestations de services).
- Restitutions (art. 1352 s.). Elles font l'objet bienvenu d'un corps de règles ayant vocation à une application générale, quel que soit le titre auquel sont dues des restitutions (annulation ou résolution du contrat, répétition de l'indu, voire action rédhitoire, etc.).
- Ce corps reprend essentiellement les règles qui étaient énoncées pour la répétition de l'indu, augmentées de celles dégagées cahin-caha par la jurisprudence, à l'exception

remarquable de la valeur de la jouissance de la chose, qui doit désormais être prise en compte (art. 1352-3).

2) Les consécutions

- La subrogation légale (art. 1346) qui fait l'objet d'une définition élargie consacrant son extension jurisprudentielle à ceux qui étaient virtuellement tenus envers le créancier : c'est le critère de « l'intérêt légitime » à payer qui suffit à déclencher la subrogation légale dès lors que le paiement a libéré en tout ou partie le débiteur final.

Bibliographie :

- Pour des commentaires généraux sur cette réforme, V. not., H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, RTD civ. 2016. 247 Document InterRevue ; G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, Dalloz, 2016 ; O. Deshayes, T. Génico et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016 ; N. Dissaux et C. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz, 2016 ; T. Douville et alii, La réforme du droit des contrats, Commentaire article par article, Gualino, 2016 ; D. Mazeaud, Présentation de la réforme du droit des contrats, Gaz. Pal. 23 févr. 2016, p. 15 ; M. Mekki, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire, D. 2016. 494 ; M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LPA 2016, n° 91, p. 10 ; P. Simler, Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2016 ; F. Terré, La réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016. Pour des numéros spéciaux de revues consacrés à la réforme : CCC 2016. Dossier 1 ; Dr. et patr. mai 2016. 46 ; RDC avr. 2016, Hors-série ;
- Pour une analyse plus spécifique de la réforme sur le droit des sociétés : V. E. Schlumberger, Dossier, Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats, Bulletin Joly sté, n° 9, p. 518 ; J. Moury, B. François, De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur la cession de droits sociaux, D. 2016, p. 2225.
- En droit des procédures collectives : J-L Vallens, Procédures collectives et réforme du droit des contrats, RTD com. 2016, p. 558. (7 octobre 2016)
- En droit de la concurrence : M. Chagny, Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, RTD com. 2016. p. 451. (7 octobre 2016) ; A. Riera, La réforme du droit des contrats : l'impact sur la franchise, AJCA 2016. p. 20 (18 janvier 2016).
- Sur l'« affairisation » du droit commun des contrats : V. B. Mallet-Bricourt, 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats, RTD civ. 2016. P. 463.

II. ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

Vente ou apport de fonds de commerce : la publication dans un journal d'annonces légales rétablie

Référence : Loi 2016-1524 du 14-11-2016 Art. 21 : JO du 15-11-2016 texte n° 1

Chapeau : L'obligation de publier la vente ou l'apport d'un fonds de commerce dans un journal d'annonces légales est rétablie pour les opérations intervenues depuis le 16 novembre 2016.

« Article 21 : I.-Le code de commerce est ainsi modifié :

1° Au deuxième alinéa de l'article L. 125-7, les mots : « publication prévue » sont remplacés par les mots : « dernière en date des publications prévues » ;

2° Après les mots : « l'acquéreur », la fin de l'article L. 141-12 est ainsi rédigée : « dans un journal habilité à recevoir les annonces judiciaires et légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité et sous forme d'extrait ou d'avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. En ce qui concerne les fonds forains, le lieu d'exploitation est celui où le vendeur est inscrit au registre du commerce et des sociétés. » ;

3° A la première phrase de l'article L. 141-14, les mots : « publication prévue » sont remplacés par les mots : « dernière en date des publications prévues » ;

4° A l'article L. 141-17, les mots : « à la publication prescrite » sont remplacés par les mots : « aux publications prescrites » ;

5° L'article L. 141-18 est ainsi rétabli :

« Art. L. 141-18.-Si la vente ou la cession d'un fonds de commerce comprend des succursales ou établissements situés sur le territoire français, l'inscription et la publication prescrites aux articles L. 141-6 à L. 141-17 doivent être faites également dans un journal

habilité à recevoir les annonces judiciaires et légales au lieu du siège de ces succursales ou établissements. » ;

6° L'article L. 141-21 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, après la référence : « L. 141-18 », sont insérés les mots : « dans les journaux habilités à recevoir les annonces judiciaires et légales et » ;

b) Au second alinéa, les mots : « cette insertion » sont remplacés par les mots : « ces insertions » ;

7° A la première phrase du premier alinéa de l'article L. 141-22, les mots : « publication prévue » sont remplacés par les mots : « dernière en date des publications prévues ».

II.-Au quatrième alinéa du 1 de l'article 201 du code général des impôts, après le mot : « publiée », sont insérés les mots : « dans un journal habilité à recevoir les annonces judiciaires et légales ». »

Résumé : La loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias rétablit l'obligation de publier, sous forme d'extrait ou d'avis, l'acte de vente ou d'apport de fonds de commerce dans un journal habilité à recevoir les annonces judiciaires et légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité (C. com. art. L 141-12 et L 142-21 modifiés ; rétablissement de l'article L 141-18 prévoyant la publication lorsqu'il existe des succursales ou établissements situés sur le territoire français).

Cette obligation, qui avait été supprimée par la loi 2015-990 pour la croissance et l'activité du 6 août 2015, dite loi Macron, s'applique à nouveau aux opérations intervenues depuis le 16 novembre 2016.

Loi Sapin II : ce qu'il faut retenir en matière commerciale

Référence : Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et aux décisions du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC et 2016-740 DC

Chapeau : Mardi 8 novembre 2016, le Parlement a adopté définitivement le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dit "Sapin II". Le texte, publié au Journal officiel le samedi 10 décembre, contient de nombreuses mesures en matière commerciale.

Deux dispositions intéressantes :

Convention pluriannuelle (L., art. 107)

Dans le cadre de leur exercice de négociations commerciales, et dès le 1er janvier 2017, les fournisseurs pourront signer avec leurs distributeurs, prestataires de services (art. 107, I) ou leurs grossistes (art. 107, II), une convention sur les prix pour une durée supérieure à 1 an (2 ou 3 ans). Le document devra être conclu, au plus tard, le 1er mars de l'année pendant laquelle la convention prendra effet. Pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, la convention devra être signée dans les 2 mois suivant le point de départ de leur période de commercialisation.

Ces conventions pluriannuelles devront fixer les modalités de révision du prix. Celles-ci pourront intégrer les indices publics relatifs aux prix.

Délais de paiement (L., art. 123)

Afin d'améliorer la compétitivité des entreprises françaises à l'export, le texte prévoit de porter le délai de paiement à 90 jours, pour les achats dont la livraison est effectuée hors Union européenne en franchise de TVA (CGI, art. 275). Une augmentation de 30 jours par rapport au délai originel (60 jours).

Le législateur entend ainsi favoriser les petites et moyennes entreprises de négoce. En effet, les grandes sociétés ont été exclues de ce dispositif par un amendement déposé en commission, lors de la première lecture à l'Assemblée nationale. De son côté, le Sénat n'était pas favorable à cette dérogation.

En outre, le montant de l'amende administrative pour non-respect des délais de paiement passe à 2 millions d'euros pour les personnes morales, contre 375 000 € actuellement. Les sanctions prononcées seront systématiquement publiées (L., art. 123, I, 3°).

Autre mesure de la loi Sapin II : Vente ou apport d'un fonds de commerce - allégement des obligations comptables

Référence : Loi 2016-1691 du 9-12-2016 art. 127, 128, 129, 2°, 133, 144, I-1° et II

Chapeau : Diverses mesures destinées à encourager l'entrepreneuriat ; notamment sont supprimés le visa des livres comptables en cas de vente d'un fonds de commerce et la responsabilité solidaire du loueur d'un fonds pour les dettes du locataire.

Résumé :

1) Jusqu'à présent, au jour de la cession du fonds de commerce, le vendeur et l'acheteur devaient viser les livres de comptabilité tenus par le vendeur durant les trois exercices comptables précédant la vente ainsi qu'un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente. La loi Sapin 2 supprime le visa et l'inventaire des livres de comptabilité afférents aux exercices précédant la vente. Seule demeure l'obligation pour le vendeur et l'acquéreur de viser un document présentant les chiffres d'affaires mensuels (C. com. art. L 141-2, al. 1 modifié ; Loi art. 129, 3°). Ces règles s'appliquent également en cas d'apport de fonds de commerce à une société.

2) La publication du contrat de location-gérance met fin à la solidarité du loueur

Jusqu'à présent, le loueur d'un fonds de commerce était solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds tant que le contrat de location-gérance n'avait pas été publié et pendant un délai de six mois à compter de sa publication. Pour les contrats de location-gérance publiés depuis le 11 décembre 2016, la solidarité du loueur du fonds cesse dès la publication du contrat (C. com. art. L 144-7 et CGI art. 1684, 3 modifiés ; Loi art. 144, I-1° et II). Après cette publication, les créanciers peuvent néanmoins engager la responsabilité du loueur du fonds sur le fondement du droit commun, par exemple s'il a créé une confusion entre sa propre affaire et celle exploitée par le locataire-gérant ou s'il a commis une faute.

Les modalités de transmission des factures électroniques aux clients publics sont fixées

Référence : Décret 2016-1478 du 2 novembre 2016 : JO 4 novembre, texte n° 7

Chapeau : Un décret fixe les conditions dans lesquelles les entreprises devront, à compter du 1er janvier 2017 et selon leur taille, transmettre leurs factures à leurs clients publics par voie électronique.

Résumé : Devront être indiqués notamment la date d'émission de la facture, la désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture, le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, le code d'identification du service en charge du paiement et la date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux. Ces mentions obligatoires s'ajoutent à celles prévues par d'autres dispositions législatives ou réglementaires (C. com. art. L 441-3 ; CGI ann. II art. 242 nonies A).

Réforme du droit des obligations : décret relatif à la fiabilité des copies

Référence : Décret 2016-1673 du 5 décembre 2016 : JO 6 décembre 2016

Chapeau : Un décret du 5 décembre 2016 vient préciser, en application du nouvel article 1379 du code civil, les modalités du procédé permettant de présumer la fiabilité de la copie réalisée, c'est-à-dire sa fidélité à l'original et son incorruptibilité.

Présentation du texte : Un décret du 5 décembre publié au JO de ce jour précise les conditions du procédé permettant à une copie de bénéficier de la présomption de fiabilité prévue au deuxième alinéa de l'article 1379 du Code civil introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Ainsi, est présumée fiable la copie résultant : soit d'un procédé de reproduction qui entraîne une modification irréversible du support de la copie ; soit, en cas de reproduction par voie électronique, d'un procédé qui répond à ces conditions :

Le procédé de reproduction par voie électronique doit produire des informations liées à la copie et destinées à l'identification de celle-ci. Elles précisent le contexte de la numérisation, en particulier la date de création de la copie. La qualité du procédé doit être établie par des tests sur des documents similaires à ceux reproduits et vérifiée par des contrôles.

L'intégrité de la copie résultant d'un procédé de reproduction par voie électronique est attestée par une empreinte électronique qui garantit que toute modification ultérieure de la copie à laquelle elle est attachée est détectable. Cette condition est présumée remplie par l'usage d'un horodatage qualifié, d'un cachet électronique qualifié ou d'une signature électronique qualifiée, au sens du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

La copie électronique est conservée dans des conditions propres à éviter toute altération de sa forme ou de son contenu.

Les opérations requises pour assurer la lisibilité de la copie électronique dans le temps ne constituent pas une altération de son contenu ou de sa forme dès lors qu'elles sont tracées et donnent lieu à la génération d'une nouvelle empreinte électronique de la copie.

Les empreintes et les traces générées sont conservées aussi longtemps que la copie électronique produite et dans des conditions ne permettant pas leur modification.

L'accès à ces dispositifs de reproduction et de conservation fait l'objet de mesures de sécurité appropriées.

Ces dispositifs et mesures sont décrits dans une documentation conservée aussi longtemps que la copie électronique produite.

Un nouveau cadre juridique pour la lettre recommandée électronique (A signaler)

Référence : Loi 2016-1321 du 7 octobre 2016, art. 93 : JO du 8 octobre texte n° 1

Chapeau : L'article 93 de la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 a pour objectif de favoriser le développement de l'usage des lettres recommandées électroniques en sécurisant leur régime juridique et en leur conférant, sous certaines conditions, les mêmes effets juridiques que les recommandés transmis sous format papier.

La loi Justice du 21e siècle facilite le recours à la clause d'arbitrage

Référence : Loi. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, JO 19 novembre, art. 11

Chapeau : La loi Justice du 21e, qui vient d'être adoptée, réécrit l'article 2061 du Code civil sur la clause compromissoire. Pour être valable, la clause d'arbitrage devra avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

Présentation brute de l'article 2061 du code civil modifié par la Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 11 : « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée. »

A noter : la portée de la clause d'arbitrage sera doublement limitée par les dispositions existantes :

- lorsqu'elle est conclue entre un professionnel et un consommateur, la clause d'arbitrage est présumée abusive (C. consom. art. R 212-2) ;
- dans tous les contrats conclus depuis le 1er octobre 2016, elle peut également être déclarée non écrite dès lors qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les parties (C. civ. art. 1171 nouv.)

III. ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

1) Droit interne - Cour de cassation

CONTRAT DE VENTE

Constructibilité du terrain vendu - nullité pour erreur

Civ. 3, 24 nov. 2016, n°15-26226, publié au bulletin

Le contrat de vente portant sur un terrain ne saurait être annulé pour erreur ou résolu pour vice caché, qui sont appréciés au jour de la conclusion du contrat de vente, dès lors que le permis de construire qui a été annulé après la vente avait été obtenu après la vente. L'annulation rétroactive du permis de construire est donc sans incidence sur la validité ou l'exécution du contrat de vente.

Bénéficiaire d'un droit de préemption et absence d'obligation d'information sur l'exploitation d'une installation soumise à autorisation

Civ. 3, 15 septembre 2016, n°15-21916, publié au bulletin

En application de l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction antérieure à la loi du 24 mars 2014, le vendeur n'avait pas l'obligation formelle d'informer le titulaire du droit de préemption, dans la déclaration d'intention d'aliéner, qu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement avait été antérieurement exploitée sur le terrain, objet de la vente.

Le bénéficiaire du droit de préemption ne pouvait se prévaloir de l'article L. 514-20 du code de l'environnement qui met à la charge du vendeur une obligation d'information écrite de l'acheteur.

Désormais, l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme met à la charge du vendeur l'obligation d'indiquer dans la déclaration préalable d'intention d'aliéner les informations prévues par l'article L. 514-20 du code de l'environnement.

CONTRAT DE DISTRIBUTION

Illustration d'un déséquilibre dans les droits et obligations d'un distributeur et de ses fournisseurs

Cass. com. 4 octobre 2016 (14-28.013 FS-D)

Chapeau : Se prononçant sur la validité de clauses relatives notamment aux livraisons, la Cour de cassation rappelle que le déséquilibre dans les droits et obligations des parties peut résulter d'une absence de réciprocité ou d'une disproportion entre ces droits et obligations.

Présentation de l'arrêt : La chambre commerciale de la Cour de cassation a du récemment se prononcer sur la conformité d'une clause relative aux livraisons.

Au terme de l'article L. 442-6, I du code de commerce, le commerçant qui soumet ou tente de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif (dans les droits et obligations des deux parties) engage sa responsabilité.

C'est en application de cet article du code de commerce que la cour d'appel de Paris a sanctionné certaines clauses utilisées, et imposées dans les accords commerciaux d'un distributeur. Selon elle, ces clauses réaient en effet un déséquilibre significatif entre les parties. Le distributeur est par ailleurs condamné à l'amende civile de 500 000 euros et à ne plus mentionner les dites clauses à l'avenir.

Par la suite, le distributeur (le groupe Carrefour en l'occurrence) se pourvoit en cassation.

Le distributeur reproche tout d'abord à la cour d'appel, de ne pas avoir analysé concrètement et globalement les contrats en question, et de ne pas avoir examiné concrètement les rapports de force qui existaient entre le distributeur et le fournisseur dans

cette relation de partenariat commercial. Selon le distributeur, la cour d'appel n'a pas examiné les clauses du contrat « final », mais a uniquement basé ses conclusions sur un contrat type.

Le distributeur reproche également à la cour d'appel d'avoir considéré qu'au vu du secteur de la grande distribution, un fournisseur est par principe en position de faiblesse, sans réelle force de négociations, dans la mesure où très peu de fournisseurs peuvent se permettre d'être dé-référencés, ou de se lancer dans une action en justice face à un distributeur de la taille de Carrefour. Pour Carrefour, la cour d'appel aurait du chercher à savoir si des fournisseurs re-groupés, n'étaient pas en mesure de rendre justement impossible au distributeur d'envisager un tel dé-référencement, inversant par la même occasion l'équilibre du rapport de force existant entre fournisseur et distributeur.

La Cour de cassation rejette le pourvoi, confirmant la décision de la cour d'appel. Elle considère que les dispositions relatives au déséquilibre significatif peuvent s'appliquer au contrat-type que le distributeur propose à ses fournisseurs, et que le groupe Carrefour n'avaient pas été en mesure de démontrer que certains fournisseurs avaient été en capacité de négocier et d'obtenir la suppression des clauses litigieuses.

Le contrat comportait, dans ses conditions générales d'approvisionnement, une disposition selon laquelle le distributeur, en cas de non-respect des conditions de dates et d'heure de livraison, pouvait refuser la livraison et refuser de payer le prix.

Le distributeur reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir cherché à savoir si ce risque n'avait pas été, par avance, pris en compte par le fournisseur dans l'élaboration de son prix. Mais selon la Cour, la cour d'appel a très justement fait ressortir une absence de réciprocité et un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, dès lors que le contrat comportait « une prérogative qui leur permettait d'annuler la commande, de refuser la livraison en totalité ou en partie, en laissant tous les frais à la charge du fournisseur, et de demander réparation du préjudice subi, en cas de retard d'une heure, voire d'une demi-heure pour les produits frais et en "flux tendus", ce dispositif se cumulant avec des pénalités financières » alors qu'aux termes de l'article 8-5 des mêmes conditions générales, les sociétés Carrefour ne s'engageaient « qu'à tout mettre en œuvre afin de respecter les horaires définis dans la prise de rendez-vous, dans une fourchette d'une heure maximum au-delà de l'heure fixée, le principe de dédommagement des surcoûts engendrés par le retard dû à leur propre fait s'établissant sur la base d'une négociation préalable avec le fournisseur » et que « la prérogative du distributeur lui était reconnue quelles que soient les circonstances et alors même qu'il serait informé du retard moins de 24 heures avant l'horaire de livraison prévu, sans à avoir à justifier de l'impossibilité de réceptionner la commande, ni devoir fournir aucune autre justification ».

De plus, les conditions générales prévoyaient un mode de calcul automatique de la pénalité incombant au fournisseur, alors que, dans l'autre sens, elles ne prévoyaient qu'une négociation préalable pour déterminer la pénalité qui incomberait au distributeur, ce qui donnait un caractère totalement aléatoire à cette pénalité « éventuelle ».

Les conditions générales, toujours, comportaient une clause selon laquelle le distributeur pouvait refuser une marchandise dont la date de limite de consommation ou d'utilisation optimale (DLC ou DLUO) était la même que celle apposée sur les produits précédemment livrés par le fournisseur.

Or, pour la Cour de cassation, c'est à bon droit que la cour d'appel a déterminé « une disproportion dans les droits des parties que les impératifs de sécurité et de fraîcheur des produits, comme le risque de désorganisation des entrepôts ou des magasins ne justifiaient pas ».

En effet, elle considère que cette faculté de refus ne se justifiait pas dans la mesure où pareille situation n'occasionnait pour le distributeur aucun désagrément dans la gestion de ses stocks, et n'empêchait pas le distributeur de respecter ses obligations vis-à-vis de ses consommateurs.

Enfin, la Cour de cassation trouve, en annexe du contrat de distribution, un déséquilibre significatif résultant de la différence entre délai de paiement imposé au distributeur dans l'exécution des contrats de vente le liant à ses fournisseurs, et délai de paiement imposé aux fournisseurs pour régler les prestations de coopération commerciale fournies par le distributeur. Peu importait pour la Cour que le calcul de ces prestations se fasse sur la base d'un pourcentage estimé du chiffre d'affaires, ou que celles-ci soient réglées par les fournisseurs suivant un calendrier d'acomptes mensuels, et payables à 30 jours.

Pour résumer : Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise à nouveau que l'article du Code de commerce concernant le déséquilibre significatif s'applique aux contrats d'ores et déjà conclus, mais également aux simples contrats types proposés au fournisseur au cours des phases de négociation.

Rappelons enfin que le déséquilibre significatif doit s'apprécier en prenant le contrat dans sa globalité, puisque le déséquilibre créé par une clause, peut se justifier par d'autres clauses ou contreparties consenties.

CONTRAT DE CONSOMMATION

Contrat de prêt de nature spéculative - qualification de consommateur

Civ. 1, 22 septembre 2016, n°15-18858, publié au bulletin

La personne physique qui souscrit un prêt de nature spéculative à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, est un consommateur. L'action en recouvrement de la banque se prescrit donc par deux ans en application de l'article L. 137-2 du code de la consommation.

CONTRAT D'AGENCE DE VOYAGE

Action des ayants droit du voyageur envers l'agence de voyage pour préjudice personnel - exigence de preuve d'une faute

Civ. 1, 28 septembre 2016, n°25-17033 et n°15-17516, publié au bulletin

L'article L. 211-16 du code du tourisme instaure une responsabilité légale de plein droit au seul profit de l'acheteur du voyage, de sorte que les ayants droit de celui-ci ne peuvent agir contre l'agence de voyages, pour leur préjudice personnel, que sur le fondement de la responsabilité délictuelle consécutive à un manquement contractuel, exigeant la preuve d'une faute du voyageur.

L'existence d'une obligation d'information à la charge de l'agence de voyage est indépendante des compétences du voyageur

Civ. 1, 28 septembre 2016, n°25-17033 et n°15-17516, publié au bulletin

L'obligation d'information de l'agence de voyage envers les voyageurs est due peu importe les compétences professionnelles ou personnelles du voyageur. Dès lors, l'information est due au voyageur médecin concernant le danger que présentent le voyage et l'excursion en haute altitude prévue.

CONTRATS D'ASSURANCE

Jeu de la garantie et catastrophe naturelle

Civ. 2, 8 décembre 2016, n°15-17180, publié au bulletin

Dans le cadre d'un contrat d'assurance multirisques habitation, le juge du fond est souverain pour qualifier la sécheresse ayant donné lieu à l'arrêt de catastrophe naturelle de cause déterminante du sinistre permettant le jeu de la garantie. Le juge du fond est également souverain pour apprécier quels dommages ont pour cause déterminante la catastrophe naturelle.

Le coût d'une mesure conservatoire n'est pas un dommage matériel direct et ne peut donc être indemnisé au titre de l'article L. 125-1 du code des assurances.

Exécution de l'obligation d'information de l'assureur et qualification de note d'information

Civ. 2, 8 décembre 2016, n° 15-26086, publié au bulletin

Dans le cadre d'un contrat d'assurance-vie, l'obligation d'information à la charge de l'assureur doit prendre la forme d'une note d'information qui ne doit contenir que les informations sur la faculté de renonciation et les dispositions essentielles du contrat, limitativement énumérées par un arrêté.

Dès lors, si le document dénommé « note d'information » ne contient pas que les dispositions essentielles fixées par l'arrêté mais correspond aux conditions générales, il ne peut être qualifié de note d'information.

Il en résulte que l'obligation d'information concernant la faculté de renonciation n'est pas accomplie et cela conduit à la prorogation du droit de renonciation au contrat.

Obligation d'information à la charge du banquier souscripteur d'un contrat collectif d'assurance-vie

Civ. 2, 8 décembre 2016, n°14-29729, publié au bulletin

Dans le cadre d'un contrat d'assurance-vie, le banquier souscripteur d'un contrat collectif est tenu d'une obligation d'information pré-contractuelle ainsi qu'en cours d'exécution du contrat (lors de la signature d'avenants). Cette obligation consiste dans le fait de s'assurer de l'adéquation du produit d'assurance proposé avec la situation personnelle et les attentes des assurés.

Nullité d'une clause d'exclusion de garantie

Civ. 3, 24 novembre 2016, n° 15-25415, publié au bulletin

Dans le cadre d'un contrat d'assurance de construction, la clause d'exclusion qui ne définit pas le caractère volontaire ou inexcusable de l'inobservation des règles de l'art est une clause d'exclusion imprécise, qui n'est ni formelle ni limitée. Elle est donc nulle par application de l'article L. 113-1 du code des assurances.

Qualification d'émeute ou mouvement populaire

Civ. 2, 17 novembre 2016, n°15-24116, publié au bulletin

Dans le cadre d'un contrat d'assurance responsabilité civile, la Cour de cassation précise que l'« émeute » ou « mouvement populaire », qui est prévue comme une exclusion de garantie par le contrat d'assurance, est une qualification qui n'implique pas de spontanéité. Dès lors, un comportement programmé et délibéré de l'assuré peut être qualifié d'émeute ou mouvement populaire et permettre à l'assureur de refuser sa garantie.

Subrogation légale et conventionnelle de l'assureur

Civ. 2, 17 novembre 2016, n° 15-25409, publié au bulletin

L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance dispose contre le tiers auteur du dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur de la subrogation légale de l'article L. 121-12 du code des assurances et du droit d'invoquer la subrogation conventionnelle dans les droits de l'assuré selon l'article 1250 du code civil résultant de la volonté expresse de ce dernier, manifestée concomitamment ou antérieurement au paiement reçu de l'assureur, sans avoir à établir que ce règlement a été fait en exécution de son obligation contractuelle de garantie.

Suspension du contrat d'assurance pour défaut de paiement des primes et procédure collective

Com. 15 novembre 2016, n° 14-27045, publié au bulletin

Dans le cadre d'un contrat d'assurance, à défaut de paiement d'une prime d'assurance dans les dix jours de l'échéance, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après une mise en demeure de l'assuré, l'assureur ayant le droit de résilier le contrat dix jours après

l'expiration de ce délai. Cette règle est applicable en cas de procédure collective de l'assuré, alors la suspension de la garantie n'est possible qu'à condition d'avoir mis en demeure le liquidateur de payer les primes.

Garantie de l'assuré envers l'assureur - stipulations contractuelles

Civ. 3, 15 septembre 2016, n°12-26985, publié au bulletin

L'assuré, maître de l'ouvrage, est tenu de garantir son assureur des condamnations prononcées contre lui au bénéfice des acquéreurs lorsque le dommage indemnisé résulte d'une infiltration d'eau dans les locaux liée au caractère inondable du sous-sol alors que la police d'assurance stipulait que le maître de l'ouvrage reconnaissait que le sous-sol inondable ne comportait pas, pour sa partie enterrée, de dispositifs aptes à s'opposer à toute infiltration d'eau, et renonçait à tout recours contre l'assureur pour toute conséquence dommageable qui pourrait résulter de l'infiltration d'eau dans ces locaux et s'engageait, en cas de vente de l'ouvrage assuré, à répercuter ces dispositions dans l'acte de vente et se portait garant vis-à-vis de l'assureur de toute réclamation pouvant émaner de ce fait de l'acquéreur.

Titulaire de l'action en paiement des indemnités d'assurance dommage ouvrage

Civ. 3, 15 septembre 2016, n°15-21630, publié au bulletin

Sauf clause contraire, l'acquéreur de l'immeuble a seul qualité à agir en paiement des indemnités d'assurance contre l'assureur garantissant les dommages à l'ouvrage, même si la déclaration de sinistre a été effectuée avant la vente.

Donc la cour d'appel ne pouvait rejeter la demande formée par le crédit-bailleur, propriétaire au moment de la déclaration du sinistre et par l'associé unique de la société crédit-preneuse, dissoute sans liquidation, devenue propriétaire postérieurement à la déclaration de sinistre.

CONTRAT DE PRÊT

Contrat de prêt - préfinancement - mention du TEG - sanction - atteinte au droit de propriété

Civ. 1, 14 décembre 2016, n° 15-26306, publié au bulletin

Les intérêts et frais dus au titre de la période de préfinancement sont liés à l'octroi du prêt et entrent dans le calcul du TEG. Le contrat qui fixe la durée d'une telle période fait que leur montant est déterminable lors de la signature du contrat. Ces intérêts et frais doivent être inclus dans le calcul du TEG. L'exclusion de ces coûts minore nécessairement le TEG.

Au regard des articles L. 313-2 du code de la consommation et 1907 du code civil, l'inexactitude de la mention du TEG dans l'acte de prêt est sanctionnée par la substitution du taux d'intérêt légal au taux d'intérêt contractuel depuis la signature du contrat.

Cette sanction, qui est fondée sur l'absence de consentement des emprunteurs au coût global du prêt, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens garanti par l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La stipulation prévoyant un TEG erroné mais supérieur au taux argué par l'emprunteur est valable

Cass. 1e civ. 12 octobre 2016 (15-25.034 F-PB)

Chapeau : La stipulation d'intérêt d'un contrat de crédit prévoyant un taux effectif global erroné n'encourt pas la nullité lorsque le taux invoqué par l'emprunteur est inférieur à celui stipulé.

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 7 mai 2015), que la Caisse d'épargne et de prévoyance d'Ile-de-France (la banque), qui avait consenti à M. et Mme X... (les emprunteurs) un prêt immobilier dont certaines échéances sont demeurées impayées, a engagé une procédure de saisie immobilière ; que les emprunteurs ont excipé de la nullité de la stipulation d'intérêts sur le fondement des articles L. 313-1 et R. 313-1 du code de la

consommation, devenus respectivement les articles L. 314-1, L. 314-2, L. 314-3 et L. 314-4, et les articles R. 314-1, R. 314-2, R. 314-3, R. 314-4 et R. 314-5 du même code, en vertu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 ;

(...)

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes et de fixer la créance de la banque, alors, selon le moyen :

(...)

Mais attendu qu'ayant relevé que les emprunteurs arguaient d'un taux effectif global inférieur à celui qui était stipulé, de sorte que l'erreur alléguée ne venait pas à leur détriment, la cour d'appel a, par ce seul motif, à bon droit, statué comme elle l'a fait ; que le moyen n'est pas fondé. »

CONTRAT D'ENTREPRISE

Contrat d'organisation d'un saut à l'élastique

Obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'organisateur d'un saut à l'élastique

Civ. 1, 30 novembre 2016, n°15-25249, publié au bulletin

L'organisateur d'un saut à l'élastique est tenu d'une obligation contractuelle de sécurité de résultat envers les participants en raison de l'absence de rôle actif du participant dont la seule initiative réside dans la décision de sauter ou non et dans la force de l'impulsion donnée.

Contrat de construction

Présomption de volonté non équivoque de recevoir l'ouvrage

Civ. 3, 24 novembre 2016, n° 15-25415, publié au bulletin

Dans le cadre d'un contrat de construction, le jeu de la garantie décennale est soumis à la réception de l'ouvrage par le maître d'ouvrage. La volonté non équivoque de ce dernier de recevoir l'ouvrage peut être présumée en raison de la prise de possession des lieux par le maître de l'ouvrage et à qui, à cette date, aucune somme n'est réclamée au titre du marché.

Délai raisonnable d'exécution du contrat d'entreprise

Civ. 3, 29 septembre 2016, n°15-18238, publié au bulletin

Il peut être fait droit à la demande de résolution d'un contrat d'entreprise portant sur la construction d'une clôture lorsqu'en l'absence de mention d'un délai d'exécution, un délai raisonnable a été laissé à l'entrepreneur pour s'exécuter. Le juge peut retenir comme point de départ du délai la date du devis et est souverain pour considérer que le délai de trois mois écoulé entre la date du devis et celle de dénonciation du contrat était un délai raisonnable au cours duquel l'entrepreneur aurait dû au moins commencer les travaux.

Garantie due à l'entrepreneur - même après réalisation des travaux

Civ. 3, 15 septembre 2016, n°15-19648, publié au bulletin

La garantie de l'article 1799-1 du code civil peut être sollicitée à tout moment, même après la réalisation des travaux, par l'entrepreneur qui n'a pas été payé par le maître de l'ouvrage.

Le juge ne peut donc rejeter la demande de mise en œuvre du cautionnement au motif que l'entrepreneur a été négligeant en continuant d'exécuter le contrat alors qu'il n'était plus réglé de ses factures, et ne lui permettre que de surseoir à l'exécution du contrat.

Sous-traitance et condition de l'action directe - liquidation judiciaire de l'entrepreneur principal

Civ. 3, 15 septembre 2016, n°15-22592, publié au bulletin

Le sous-traitant n'a d'action directe contre le maître de l'ouvrage que si l'entrepreneur ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure.

La mise en demeure est une condition de mise en œuvre de l'action directe quand bien même l'entrepreneur principal ferait l'objet d'une liquidation judiciaire.

CONTRAT DE MANDAT

Agent immobilier

Contrat de mandat de vente exclusif signé par un négociateur salarié non titulaire de la carte professionnelle

Civ. 1, 3 novembre 2016, n° 15-23234, publié au bulletin

Le contrat de mandat de vente exclusif conclu par un négociateur salarié n'est pas nul pour défaut de pouvoir du mandataire dès lors que celui-ci est un négociateur salarié d'une agence immobilière, qui, s'il n'est pas titulaire de la carte professionnelle, bénéficie d'une délégation de la part de l'agence qui en est titulaire pour négocier et s'engager pour le compte de l'agence et signer le mandat.

Le contrat de mandat de vente signé par le négociateur salarié est valable même si la signature de l'agence immobilière ne figure pas sur l'exemplaire remis aux mandants dès lors que le négociateur salarié a reçu délégation du pouvoir de signer le contrat de mandat de vente.

Nullité absolue du contrat - clause pénale, d'exclusivité ou de garantie de rémunération - absence d'information sur la faculté de dénonciation du contrat après trois mois

Civ. 1, 3 novembre 2016, n° 15-23534, publié au bulletin

Le contrat de mandat immobilier qui comporte une clause d'exclusivité, une clause pénale ou une clause de garantie de rémunération en faveur de l'agent immobilier doit contenir une mention informative obligatoire, en caractères très apparents, sur la faculté de dénonciation du contrat à tout moment après un délai de 3 mois à compter de la signature du contrat. Cette mention est prescrite à peine de nullité absolue du contrat de mandat car elle influe sur la détermination de la durée du mandat.

Date certaine du mandat et nullité

Civ. 1, 28 septembre 2016, n° 15-19313, publié au bulletin

En l'absence de date certaine du contrat de mandat, la formalité de l'enregistrement chronologique de cet acte, exigée par le du 20 juillet 1972, n'est pas régulièrement accomplie, de sorte qu'il est nul.

Le mandat envoyé par lettre simple n'a pas date certaine en cas de contestation de la date figurant sur la lettre.

CONTRAT DE BAIL

Bail commercial

Bail commercial avec loyer binaire - fixation du loyer du bail renouvelé par le juge au regard et de la loi et des clauses contractuelles

2 arrêts Civ. 3, 3 novembre 2016, n° 15-16826 et n° 15-16827, publiés au bulletin

Dans le cadre d'un contrat de bail commercial, la stipulation d'un loyer binaire (composé d'un loyer de base minimum et d'une part variable correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par le locataire) n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative. Le juge applique alors l'article L. 145-33 du code de commerce et les clauses du contrat en procédant à un abattement pour tenir compte de l'obligation contractuelle du preneur de verser une part variable en plus du minimum garanti.

Refus de l'application du statut des baux commerciaux et instance en fixation de l'indemnité d'éviction

Civ. 3, 3 novembre 2016, n° 15-25427, publié au bulletin

Le bailleur qui a délivré un congé avec refus de renouvellement peut, au cours de l'instance en fixation de l'indemnité d'éviction, dénier l'application du statut des baux commerciaux - les défenses au fond pouvant être invoquées en tout état de cause.

Le locataire doit faire fixer le loyer du bail renouvelé dans les deux ans de sa prise d'effet

Civ. 3, 20 octobre 2016 n° 15-19.940 FS-PB

Chapeau : Lorsque le bailleur n'a pas répondu à une demande de renouvellement du bail commercial avec proposition d'un nouveau loyer, le locataire peut demander au juge de fixer le loyer mais dans un délai de deux ans à compter de la prise d'effet du bail renouvelé. La prescription biennale édictée à l'article L 145-60 du Code de commerce vise « toutes les actions » exercées en vertu du statut des baux commerciaux, y compris l'action tendant à la fixation du loyer du bail renouvelé.

« Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit que l'action du preneur en fixation du prix du bail renouvelé est soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du code de commerce et constaté que le bail renouvelé avait pris effet le 1er janvier 2010, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action de la société preneuse, qui avait notifié son mémoire en demande plus de deux ans après cette date, était prescrite ».

Litige relatif au statut des baux commerciaux et à des pratiques restrictives de concurrence : Compétence matérielle du Tribunal de grande instance

Com., 18 octobre 2016 (14-27.212 PB)

Chapeau : Un tribunal de grande instance figurant dans la liste des juridictions spécialisées mentionnée à l'annexe 4-2-2, visée par l'article D. 442-4 du code de commerce, retient à bon droit sa compétence dès lors que la solution nécessite d'apprécier le respect du statut des baux commerciaux, qui relève de la compétence exclusive du tribunal de grande instance, et que l'article L. 442-6, III, du code de commerce attribue aux juridictions civiles comme aux juridictions commerciales la connaissance des litiges relatifs à l'application de cet article.

Présentation de l'arrêt : Dans cet arrêt du 18 octobre 2016, un litige au cours des négociations relatives à la fixation du nouveau loyer d'un bail commercial renouvelé. En effet, le locataire invoque la tentative du bailleur de le soumettre à une situation de déséquilibre significatif. Par la suite, face à cette situation de blocage le bailleur décide d'exercer son droit d'option, droit d'option lui permettant de refuser le renouvellement, en payant au locataire une indemnité d'éviction.

Seulement, le locataire invoque une rupture fautive des négociations et assigne le bailleur devant le tribunal de commerce de Paris en réparation de ses préjudices. Le tribunal de commerce se déclare alors incompétent au profit du tribunal de grande instance de Paris, ce qui ne satisfait pas le locataire qui conteste cette compétence matérielle et porte l'instance devant la cour d'appel de Paris, puis devant la Cour de cassation.

Dans son pourvoi, celui-ci invoquait notamment les articles L. 721-3 du code de commerce et R. 211-4 du code de l'organisation judiciaire, pour démontrer la compétence matérielle du tribunal de commerce.

La Cour de cassation, bien que retenant que les faits (à savoir la faute du bailleur, et l'éventuel déséquilibre significatif) concernaient l'ensemble du renouvellement du bail commercial et non pas la seule fixation du nouveau loyer, considère que la juridiction devait se pencher sur « les conditions du refus de renouvellement ».

Ainsi, la Cour rejette le pourvoi formé par le locataire, considère que la compétence revient bien au tribunal de grande instance.

Observations : Les magistrats rappellent également qu'en vertu de l'article L. 442-6-III du code de commerce, l'action tendant à qualifier un déséquilibre significatif peut être introduite devant la juridiction commerciale, comme devant la juridiction civile.

Cette affaire met également en évidence une question déjà posée par certains auteurs : Selon les cas de figure, l'exercice d'un droit, tel que le droit d'option du bailleur, pourrait-il créer un déséquilibre significatif dans les rapports entre Bailleur et Preneur ?

Acquisition de la clause résolutoire avant l'ouverture de la procédure collective du locataire

Com. 11 octobre 2016 (15-16.099, D)

Chapeau : La Cour de cassation précise enfin les effets de la clause résolutoire mise en œuvre dans l'instance engagée avant le jugement d'ouverture de la liquidation du locataire.

« Attendu que, pour confirmer l'ordonnance, l'arrêt relève que l'ordonnance du 7 février 2014, qui a pris effet après le jugement d'ouverture, a fait l'objet d'un appel et que cette instance n'est pas achevée, de sorte que la clause n'est pas encore acquise ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'ordonnance de référé était exécutoire par provision et que l'action, qui ne tendait pas à la résolution du contrat pour non-paiement d'une somme d'argent, mais pour inexécution d'une obligation de faire, n'avait pas été interrompue par le jugement d'ouverture de la procédure collective, de sorte que la clause résolutoire était acquise avant la décision autorisant la cession, la cour d'appel a violé les textes susvisés »

La décision définitive fixant le loyer du bail renouvelé constitue un titre exécutoire

Civ. 3, 6 octobre 2016 (15-12.606 FS-PB)

Chapeau : La décision définitive des juges fixant le montant du loyer du bail renouvelé constitue bien un titre exécutoire qui permet à la locataire d'agir, à ses risques et péril, en exécution forcée pour recouvrer le trop-perçu des loyers versés.

« Mais attendu que si, jusque dans le délai d'un mois suivant la signification de la décision définitive qui fixe le montant du loyer du bail renouvelé, le bailleur ou le preneur peuvent opter pour le non-renouvellement du bail, ce délai ne fait pas obstacle à l'exécution de la décision définitive fixant le montant du loyer, qui peut être poursuivie tant que le droit d'option n'est pas exercé ;

Et attendu qu'ayant retenu à bon droit que les décisions en cause constituaient des titres exécutoires qui permettaient à la société Lairadis d'agir, à ses risques et péril, en exécution forcée pour recouvrer le trop-perçu des loyers versés depuis le 1er mars 2007, la cour d'appel a pu décider que le congé de la locataire mettant un terme, le 28 février 2013, au bail renouvelé ne pouvait s'interpréter comme une renonciation au renouvellement du bail ».

Non-respect d'une clause de médiation : pas de régularisation possible en cours d'instance (Contentieux)

Civ. 3, 6 octobre 2016 (15-17.989 F-PB)

Chapeau : Nouvelle confirmation de l'impossibilité de régulariser la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause de médiation préalable obligatoire.

Présentation de l'arrêt : Un contrat de bail commercial portant sur un local dépendant d'un centre commercial est conclu entre une SCI (le bailleur) et une société preneuse. Il est prévu que le contrat prenne effet à la date de livraison, soit au moins 3 mois avant ouverture du centre commercial au public. La SCI met plusieurs fois en demeure le preneur de prendre possession des lieux, mais rien ne se passe. La SCI assigne donc la société co-contractante en paiement de l'indemnité d'immobilisation, indemnité prévue dans le contrat de bail, malgré la présence d'une clause instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge.

La cour d'appel donne raison au bailleur, retenant que « s'il est acquis que la clause d'un contrat instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent, il demeure que la

régularisation peut intervenir devant la cour d'appel avant qu'elle ne statue, même si la fin de non-recevoir a été retenue par le tribunal ».

Cette clause constituant une fin de non-recevoir de l'action en justice pourrait-elle être « régularisée » en procédant à la conciliation (ou médiation) en cours d'instance ?

La Cour de cassation répond par la négative et casse l'arrêt rendu par la cour d'appel au visa de l'article 1134 du Code civil¹.

Résumé:

Lorsqu'une action en justice a été introduite en violation d'une clause de médiation préalable et obligatoire liant les parties, il n'est pas possible de régulariser cette action en mettant en œuvre la conciliation au cours de la procédure d'appel.

Observations : Cette solution confirme la jurisprudence tirée de l'arrêt de 2003 rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation², en application des articles 122 et 124 du Code de Procédure civile, qui avait mis fin aux divergences d'opinion entre première et deuxième chambres civiles de la Cour de cassation.

La jurisprudence paraît désormais bien établie.

Point de départ du délai pour la demande en révision du loyer - dissociation de la date de renouvellement du bail et celle de l'exigibilité du nouveau loyer

Civ. 3, 8 septembre 2016, n°15-17485, publié au bulletin

Le point de départ du délai de 3 ans prévu pour la demande en révision du loyer se situe à la date de renouvellement du bail. Si la date d'exigibilité du loyer renouvelé a été reportée en raison d'un retard dû au bailleur concernant la proposition d'un nouveau loyer, cela est sans incidence sur la date de prise d'effet du nouveau bail qui était antérieure à la date d'exigibilité.

L'indice à retenir pour le calcul du loyer révisé est celui du trimestre au cours duquel le nouveau bail a pris effet.

L'article L. 112-1 du code monétaire et financier est inapplicable à la révision triennale légale.

Bail professionnel

Non application du statut des baux commerciaux pour une société de mutuelle

Civ. 3, 20 octobre 2016 (15-20.285, FS-P+B)

Chapeau : « Dès lors que le locataire a pris à bail des locaux à usage de bureaux pour les besoins de son activité professionnelle, les dispositions d'ordre public de l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 4 août 2008, sont applicables, le caractère lucratif ou non de l'activité étant indifférent ».

Observations : Même si, dans cet arrêt, la Cour prend soin de préciser que l'article 57A (correspondant au statut des baux professionnels) est applicable dans sa version antérieure à la loi de modernisation de l'économie (4 août 2008), indirectement celle-ci paraît sous-entendre que les parties auraient pu choisir conventionnellement d'opter pour le statut des baux commerciaux. Seulement, dans le cas d'espèce, aucun indice ne semblait dégager une telle option. Par conséquent, ne devant pas respecter les conditions strictes du statut des baux commerciaux, le congé était valable.

Le bailleur aurait certainement dû s'atteler à rechercher la commercialité de la mutuelle. En effet, si les mutuelles ne sont pas en principe des commerçants (articles L. 322-1-2 et L. 322-

¹ On précise : Article 1134 dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 20 février 2016

² Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424, Bull. ch. mixte, n° 1

² Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424, Bull. ch. mixte, n° 1

1-3 du Code des assurances), elles peuvent le devenir lorsqu'un objet commercial est prévu dans les statuts.

Le bailleur n'ayant pas argumenter en ce sens, la mutuelle devait être considérée comme un professionnel non commerçant, bénéficiant du statut des baux professionnels.

Se trouve ainsi confirmée l'applicabilité du bail professionnel pour des locaux à usage de bureaux, dont le statut est d'ordre public, au détriment du bail commercial et indépendamment du caractère lucratif ou non lucratif de l'activité, lequel bail commercial peut tout de même être applicable par la soumission conventionnelle.

Bail d'habitation

Application dans le temps de la loi ALUR

Civ. 3, 17 novembre 2016, n°15-24552, publié au bulletin

A propos de l'application dans le temps de la loi ALUR du 24 mars 2014, la Cour de cassation juge qu'elle est applicable immédiatement aux effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur mais non définitivement réalisées. Dès lors, les dispositions relatives à la majoration des sommes dues par le bailleur sont applicables à la demande de restitution du dépôt de garantie formée après l'entrée en vigueur de la loi.

Bail mixte

Compétence matérielle du tribunal d'instance

Civ. 3, 17 novembre 2016, n° 15-25265, publié au bulletin

Le tribunal d'instance est compétent pour connaître des actions portant sur un bail mixte, à usage d'habitation et professionnel.

Bail rural

Droit de préemption du preneur et action en nullité du contrat de vente - point de départ du délai de forclusion

Civ. 3, 22 septembre 2016, n°15-20783, publié au bulletin

Au cas où le droit de préemption n'aurait pu être exercé par suite de la non-exécution des obligations dont le bailleur est tenu en matière de droit de préemption et de priorité du preneur, le preneur est recevable à intenter une action en nullité de la vente et en dommages et intérêts devant les tribunaux paritaires dans un délai de six mois à compter du jour où la date de la vente lui est connue, à peine de forclusion.

La publication de l'acte de vente à la conservation des hypothèques ne fait pas, à elle seule, courir le délai de forclusion de six mois, qui suppose, de la part du preneur, la connaissance effective de la date de la vente. La connaissance de cette date ne peut ressortir des actes préparatoires à la vente comme l'acte de division parcellaire préalable.

Date de délivrance du congé pour atteinte de l'âge de la retraite par les preneurs

Civ. 3, 8 septembre 2016, n° 15-18636, publié au bulletin

Le bailleur peut mettre fin au bail dès le terme de la période annuelle durant laquelle le preneur atteint l'âge de la retraite retenu en matière d'assurance vieillesse des exploitants agricoles. Le bailleur peut donc délivrer congé avec effet dans l'année de l'atteinte de l'âge de la retraite.

Refus de cession de bail rural pour inexécution contractuelle

Civ. 3, 8 septembre 2016, n° 15-18636, publié au bulletin

La demande d'autorisation de cession de bail ne peut être rejetée au motif qu'une parcelle donnée à bail n'a pas été entretenue et que les preneurs auraient ainsi manqué à leurs obligations contractuelles si le défaut d'entretien ne peut être reproché aux preneurs qui ne pouvaient plus accéder à la parcelle.

Refus de cession de bail et extension de l'assiette du bail - occupation sans droit ni titre

Civ. 3, 8 septembre 2016, n° 15-18636, publié au bulletin

La demande d'autorisation de cession de bail ne peut être rejetée sous prétexte que les preneurs ont exploité des parcelles non louées étendant ainsi l'assiette du bail en excédant ses limites contractuelles, alors que les preneurs occupaient ces parcelles sans droit ni titre de sorte qu'ils n'avaient pas étendu l'assiette du bail.

Bail portant sur un dispositif médical

Nullité du contrat de location - date d'appréciation de l'existence d'un certificat de conformité valable

Civ. 1, 22 septembre 2016, n° 15-21176, publié au bulletin

Le certificat de conformité en cours de validité et préalable à l'importation ou à la mise en service ou à l'utilisation du produit est exigé au jour de la conclusion du contrat.

Le contrat de location portant sur du matériel médical n'est pas nul dès lors que le certificat de conformité aux exigences du code de la santé publique était en cours de validité au jour de la conclusion du contrat.

Bail emphytéotique / à construction

Bail emphytéotique - constructions nouvelles - conditions de la résolution du contrat

Civ. 3, 15 décembre 2016, n° 15-22416, publié au bulletin

Un contrat de bail emphytéotique confère un droit réel au preneur. Si le contrat prévoit que le preneur peut édifier des constructions nouvelles, le bailleur ne peut agir en résiliation du contrat pour constructions effectuées sans son accord.

Pour qu'il soit fait droit à une telle demande, le bailleur doit prouver un manquement au contrat justifiant sa résolution (comme par exemple, selon nous, si une stipulation exige l'autorisation du bailleur pour effectuer des constructions nouvelles) ou l'existence de détériorations graves du fonds engendrées par les travaux du preneur.

Qualification de bail emphytéotique - clause résolutoire

Civ. 3, 8 septembre 2016, n° 15-21381 et n° 25-22374, publié au bulletin

Le bail qui prévoit seulement la faculté de faire édifier tous immeubles et notamment un casino, ne mettrait à la charge du preneur aucune obligation de construire.

La clause qui prévoit "*dans le cas où la ville de Cannes ne donnerait pas [au preneur] les autorisations nécessaires à l'exploitation d'un casino, il est entendu que le présent bail n'aura aucun effet*", n'est pas une clause résolutoire mais une condition concernant l'exploitation du casino et n'édicte aucune obligation de construire.

Le bail doit donc être qualifié de bail emphytéotique.

Loyer d'un bail emphytéotique - pas d'alignement sur la valeur locative, étrangère à l'économie du contrat

Civ. 3, 8 septembre 2016, n° 15-21381 et n° 25-22374, publié au bulletin

La redevance du bail emphytéotique ne peut être révisée par le juge des loyers commerciaux pour la faire correspondre à la valeur locative car celle-ci est étrangère à l'économie du contrat de bail emphytéotique, la contrepartie de la jouissance du preneur étant pour le bailleur, non le paiement du loyer, mais l'absence de renouvellement et l'accession sans indemnité en fin de bail de tous travaux et améliorations faits par le preneur.

CONTRAT DE NANTISSEMENT D'UN FONDS DE COMMERCE

Requête en autorisation d'une inscription provisoire de nantissement et interruption de la prescription

Civ. 2, 22 septembre 2016, n° 15-13034

Le dépôt d'une requête en autorisation d'une inscription provisoire de nantissement sur un fonds de commerce ne constitue pas une citation en justice et donc n'interrompt pas la prescription.

CONTRAT INSTITUANT UN DROIT REEL

Droit réel de jouissance et personne morale - pas de soumission aux articles 619 et 625 du code civil

Civ. 3, 8 septembre 2016, n° 14-26953, publié au bulletin

Le droit réel de jouissance concédé à une personne morale qui est distinct du droit d'usage et d'habitation n'a pas à être limité à une durée de 30 ans et peut valablement être conclu pour la durée de la personne morale sans être qualifié de perpétuel.

RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

Irrecevabilité de l'appel

Com. 6 septembre 2016, n°14-27085 et 15-15328, publié au bulletin

La cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce. L'inobservation de ce texte est sanctionnée par une fin de non-recevoir.

L'appel constitué d'une seule demande en paiement de dommages-intérêts, fondée indistinctement sur les articles 1134 et 1184 du code civil et L. 442-6, I, 5° du code de commerce devant une autre cour d'appel que la cour d'appel de Paris est irrecevable. La cour d'appel saisie n'aurait pu déclarer irrecevable la seule partie de la demande fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° et statuer sur l'autre partie fondée sur les articles 1134 et 1184 du code civil.

2) DROIT COMMUNAUTAIRE - CJUE

L'omission du prêteur d'un crédit à la consommation d'inclure dans le contrat certaines informations essentielles peut être sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts et aux frais

CJUE, Home Credit Slovakia, C-42/15, arrêt du 9 novembre 2016-12-19

La Cour juge que l'omission du prêteur de faire figurer dans le contrat de crédit tous les éléments qui, en vertu de la directive, doivent obligatoirement être inclus dans le contrat peut être sanctionnée par les États membres par la déchéance du droit aux intérêts et aux frais lorsque l'absence de mention de ces éléments peut mettre en cause la possibilité pour le consommateur d'apprécier la portée de son engagement.

Tel est le cas en ce qui concerne les éléments obligatoires tels que le TAEG, le nombre et la périodicité des paiements à effectuer par le consommateur, les frais notariaux ainsi que les sûretés et les assurances exigées par le prêteur.

La vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en soi, une pratique commerciale déloyale

CJUE, arrêt du 7 septembre 2016, Deroo-Blanquart, C-310/15

La Cour précise que la vente d'ordinateurs équipés est susceptible de répondre aux exigences de la diligence professionnelle, compte tenu du fait que (1) la vente d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés répond aux attentes d'une part importante des consommateurs qui préfèrent l'acquisition d'un ordinateur ainsi équipé et d'utilisation immédiate à l'acquisition séparée d'un ordinateur et de logiciels, (2) avant de procéder à l'achat de l'ordinateur, le client a été dûment informé par l'intermédiaire du revendeur de l'existence des logiciels préinstallés et des caractéristiques précises de chacun de ces

logiciels et (3), après l'achat, lors de la première utilisation de l'ordinateur, le fabricant a offert au client la possibilité d'obtenir la révocation de la vente.

La Cour rappelle qu'une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Dans le cadre d'une offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, la Cour considère que l'absence d'indication du prix de chacun des logiciels n'est ni de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause ni susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Le prix de chacun de ces logiciels ne constituant ainsi pas une information substantielle, l'absence d'indication du prix des logiciels ne saurait être considérée comme une pratique commerciale trompeuse.

CONCURRENCE

présenté par Julien LOZE

I. Pratiques anticoncurrentielles.

- Tribunal de l'Union Européenne (huitième chambre), 15 septembre 2016, *Morningstar c/ Commission*, aff. T 76/14.

Abus de position dominante, engagements, qualité pour agir.

Un concurrent est fondé à demander la nullité d'une décision validant des engagements sur le fondement de l'art. 263 al. 4 du TFUE dans la mesure où cet acte la concerne individuellement et directement.

L'arrêt rendu par le Tribunal de l'Union Européenne le 15 septembre 2016, relatif à une décision d'acceptation d'engagements, admet la possibilité pour un concurrent de contester la validité de la décision. Si la requérante a été déboutée sur le fond, l'intérêt de la solution réside dans l'admission de la recevabilité d'un tel recours par le Tribunal.

Suite à des préoccupations concernant un possible abus de position dominante sur le marché mondial des flux de données en temps réel consolidés, la Commission des Communautés européennes a ouvert, le 30 octobre 2009, une procédure à l'égard de la société Reuters Corporation et des sociétés placées sous son contrôle, parmi lesquelles la société Reuters Limited. Il ressort de l'évaluation préliminaire que Reuters Limited occupe bien une position dominante sur le marché en cause, et que les restrictions qu'elle impose à ses clients au sujet de l'utilisation des codes d'instruments financiers qu'elle élabore seraient susceptibles de faire obstacle au changement de fournisseur de flux de données, constituant ainsi un abus de position dominante. La société décide alors de recourir à la procédure d'engagements, et, après plusieurs propositions, la Commission rend le 20 décembre 2012 une décision d'acceptation des engagements.

Un concurrent, la société Morningstar, considérant que les engagements acceptés ne sont pas de nature à répondre aux préoccupations de concurrence révélées au cours de la procédure, décide de demander l'annulation de la décision sur le fondement de l'art. 263 al. 4 du TFUE, qui permet à une personne autre que le destinataire de l'acte d'en obtenir l'annulation si l'acte en question la concerne individuellement et directement.

Le Tribunal rappelle que la jurisprudence antérieure exige, pour déterminer le caractère direct de l'affectation, que la mesure en cause produise directement des effets « sur la

situation juridique du requérant et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union européenne, sans application d'autres règles intermédiaires³ ». Quant au caractère individuel de l'affectation, il est nécessaire que l'acte atteigne « le requérant en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, l'individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une décision le serait⁴ ».

En l'espèce, le Tribunal considère que la version définitive des engagements adoptée par la Commission dans sa décision limite pour la requérante la possibilité de conclure des contrats de licence avec la société Reuters Limited, et produit donc des effets directs sur sa situation juridique. Sur le point de savoir si la décision la concerne individuellement, le Tribunal relève la participation de la société à plusieurs réunions et conversations téléphoniques, ainsi que les observations concernant les propositions d'engagements qu'elle a fourni au cours de la procédure. Le fait que le nom de la requérante ne figure pas dans la décision attaquée est quant à lui indifférent, dans la mesure où « il ressort de la procédure administrative qui a abouti à cette décision que la Commission a pris en compte des observations faites par la requérante ».

Si une simple participation à la procédure ne suffit pas à établir le caractère individuel de l'affectation, la participation active de la société à la procédure fait partie des éléments pris en compte par la jurisprudence en matière de concurrence pour établir la recevabilité d'un recours⁵. Il faudra alors qu'elle soit assortie de circonstances spécifiques, caractérisées en l'espèce par « l'affectation de la position de la requérante sur le marché en cause ».

La requérante étant directement et individuellement affectée par l'acte, son recours est déclaré recevable par le Tribunal.

Observations.

Si en l'espèce la solution concerne une procédure d'engagements, la portée de la décision semble en réalité plus large, puisqu'elle est susceptible de s'appliquer à l'ensemble des procédures négociées, l'art. 263 al. 4 du TFUE permettant d'obtenir l'annulation d'un « acte », chacune des procédures en question étant susceptible d'affecter directement et individuellement les concurrents. Ces derniers pourraient notamment tenter de contester les décisions relatives à la procédure de clémence (en se fondant sur l'absence de valeur ajoutée des éléments apportés, ou en contestant la compétence des autorités saisies par exemple), afin d'obtenir pour eux-mêmes une clémence de meilleur rang.

- **Tribunal de l'Union Européenne (septième chambre), 30 septembre 2016, aff. T 70/15.**

Abus de position dominante, Commission Européenne, compétence, intérêt de l'Union.

La Commission Européenne n'est pas tenue de procéder à un examen approfondi des faits pour rejeter une plainte, dès lors qu'une autorité nationale de concurrence appliquant des dispositions similaires au droit européen de la concurrence a déjà rejeté la plainte.

L'arrêt rendu par le Tribunal le 30 septembre 2016, relatif à une demande d'annulation d'une décision de la Commission européenne rejetant la plainte de la requérante, admet la possibilité pour la Commission de reprendre le raisonnement d'une autorité nationale de concurrence (ANC) appliquant un droit national similaire au droit européen de la concurrence pour rejeter une plainte.

³ CJCE, 5 mai 1998, Glencore Grain/Commission, C 404/96 P, point 42, et TPICE, 24 mars 1994, Air France/Commission, T 3/93, point 80.

⁴ CJCE, 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62, p. 223.

⁵ CJCE, 28 janvier 1986, Cofaz e.a./Commission, 169/84, points 24 et 25.

Une société croate, Trajektna luka Split, exploite le terminal passager du port de Split et fait payer ses services aux usagers, moyennant des redevances dont le montant ne peut excéder un plafond fixé par l'autorité portuaire.

La société considérant ces plafonds exagérément bas, elle dépose plainte contre l'autorité portuaire, arguant d'un abus de position dominante, d'abord devant l'ANC Croate, puis devant la Commission européenne. L'ANC rejette la plainte, et la Commission européenne fait de même, dans une décision du 28 novembre 2014 (C(2014) 9236 final). La société forme alors un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union, lui demandant d'enjoindre à la Commission de procéder à un nouvel examen des faits.

Rappelant une jurisprudence bien établie, le Tribunal commence par se déclarer incompétent sur la question de l'injonction qu'il lui est demandé d'adresser à la Commission, l'art. 263 TFUE ne lui conférant qu'une compétence d'annulation, mais pas la compétence d'adresser des injonctions aux institutions de l'Union.

À l'appui de ses prétentions, la requérante allègue d'une erreur d'appréciation et d'une erreur de droit dans l'appréciation de l'intérêt de l'Union d'une part, et conteste la compétence de l'ANC d'autre part, la Commission européenne étant selon elle l'autorité là mieux placée pour apprécier les pratiques en cause.

Au soutien de son argumentation, la requérante reproche à la Commission de s'être contentée de reprendre le dispositif de la décision rendue par l'ANC, sans se livrer elle-même à une appréciation des faits, et ajoute qu'il serait interdit à la Commission de se fonder sur le fait qu'une ANC a déjà connu de l'affaire pour écarter l'intérêt de l'Union.

En effet, si l'art. 13 § 2 du règlement 1/2003 permet à une ANC ou à la Commission européenne de rejeter une plainte contre des pratiques qui ont déjà été traitées par une autre ANC, le texte suppose pour être applicable que soient mises en œuvre les dispositions des art. 101 et 102 du TFUE⁶, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le Tribunal relève cependant que les dispositions du droit national croate mises en œuvre par l'ANC étant l'équivalent des art. 101 et 102 du TFUE, la Commission était fondée à adopter le raisonnement de l'ANC sans avoir à refaire elle-même une analyse comparable pour rejeter la plainte, la probabilité d'établir l'existence d'une infraction à l'art. 102 TFUE apparaissant limitée.

Sur la question de l'autorité là mieux placée pour connaître de l'affaire, la requérante relève que la Commission européenne n'indique pas les motifs qui la conduisent à considérer que les juridictions et autorités nationales sont les mieux placées pour traiter des questions soulevées, ce dont elle déduit que la Commission elle-même ne les considère pas mieux placées. Le Tribunal écarte l'argument, qu'il considère « dénué de pertinence » puisque c'est la requérante elle-même qui a saisi l'ANC croate, ce qui semble indiquer qu'elle la considèrerait comme bien placée, « et ne paraît remettre en cause son propre choix que parce qu'elle n'est pas satisfaite de la décision » rendue.

Observations.

L'analyse des motifs de la décision laisse transparaître que l'extension de la règle de l'art. 13 § 2 du règlement 1/2003 aux décisions rendues sur le fondement des règles de droit national lorsqu'elles sont assimilables aux dispositions du droit européen de la concurrence semble motivée par le caractère purement stratégique du recours formé par la requérante.

En effet, le Tribunal affirme clairement que « la Commission ne saurait être considérée par les opérateurs économiques [...] comme un organe d'appel susceptible d'annuler les décisions d'une autorité nationale n'ayant pas donné de suite positive à leur plainte »⁷; et ajoute encore que la requérante « ne paraît remettre en cause son propre choix que parce qu'elle n'est pas satisfaite de la décision de l'ANC »⁸. Interpréter l'art. 13 § 2 comme permettant de rejeter un recours lorsqu'une décision a été rendue sur le fondement de règles nationales assimilables aux règles européennes du droit de la concurrence, alors que le règlement 1/2003 ne trouve à s'appliquer qu'en cas de mise en œuvre des art. 101 et 102 du

⁶ TUE, 21 janvier 2015, *easyJet Airline/Commission*, T 355/13, pt 43.

⁷ TUE, 30 septembre 2016, aff. T 70/15, pt. 34.

⁸ Précité, pt. 43.

TFUE, permet donc de réaffirmer le rôle de la Commission en tant qu'autorité de concurrence, qui ne fait pas d'elle une instance de recours pour requérants insatisfaits.

➤ Com., 4 octobre 2016, n° 15-14.158 (non publié).

Enquête de concurrence, droits de la défense, contradiction, secret des affaires, mainlevée, stratégie.

L'entreprise qui a saisi d'une plainte l'Autorité de la concurrence n'est pas fondée à demander la mainlevée de la protection accordée à certains documents au titre du secret des affaires, ni à assister aux débats oraux concernant ces documents.

À la suite d'un accord de mutualisation de réseaux d'accès mobiles entre la société SFR et la société Bouygues Télécom, la société Orange, considérant l'accord comme constitutif d'une entente, saisit l'Autorité de la concurrence (ADLC), et demande la prise de mesures conservatoires, tendant principalement à la suspension de la mise en œuvre de l'accord en cause. L'ADLC rejette la demande⁹, et son raisonnement est confirmé par la cour d'appel de Paris.

La société Orange forme alors un pourvoi en cassation, selon le moyen notamment qu'en refusant la mainlevée de la confidentialité de certaines pièces, la cour d'appel aurait violé le principe de la contradiction.

La Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif notamment que le droit qu'ont les parties à prendre connaissance de certaines pièces n'est ni absolu ni illimité, et doit être mis en balance avec la protection du secret des affaires. Contrairement aux allégations de la requérante, le principe du contradictoire n'implique pas que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à faire valoir dans le cadre d'une procédure ouverte sur sa saisine (et dont l'objet n'est pas, comme le rappelle l'arrêt, la défense de ses intérêts privés), puisse obtenir la communication de documents couverts par le secret des affaires, ni même contester la décision qui a été prise d'accorder à ces documents une protection au titre du secret des affaires.

La Cour ajoute qu'afin de préserver l'effet utile du secret des affaires accordé au cours de la phase d'instruction, le principe de la contradiction n'impose pas non plus qu'à ce stade de la procédure, la partie saisissante puisse assister aux débats oraux qui se déroulent devant le collège de l'ADLC, ce afin d'éviter la divulgation intempestive d'informations sensibles et sans utilité pour les débats, comme le relève l'arrêt d'appel.

Observations.

L'arrêt offre une illustration des opportunités stratégiques que peut présenter un recours en justice, l'entreprise pouvant, à l'occasion d'une instance, instrumentaliser en partie la procédure afin d'obtenir la communication d'informations privilégiée concernant ses concurrents¹⁰. Or, en refusant à la requérante une interprétation du principe du contradictoire qui lui aurait permis de contester la protection accordée à certains documents au titre du secret des affaires, et en lui refusant la possibilité d'assister aux débats oraux concernant ces informations, la Cour garantit avec efficacité la protection du secret des affaires, faisant ainsi échec à ce qui semble être une demande stratégique visant à capter des informations au sujet d'entreprises concurrentes.

⁹ ADLC, décision n° 14-D-10.

¹⁰ MASSON A., L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques : l'exemple du droit de la concurrence *in* MASSON A., BOUTHINON-DUMAS H., DE BEAUFORT V., JENNY F., « Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence », éditions Larcier ; et PETIT N., Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée, *in* « Les stratégies juridiques des entreprises », sous la direction de MASSON A., éditions Larcier, 2009.

Abus de position dominante, dénigrement par omission, caractère objectif.

L'abus de position dominante par dénigrement ne nécessite pas que soit démontré le caractère déterminant des faits de dénigrement sur le comportement des agents. Le dénigrement peut également résulter d'une omission de nature à jeter le discrédit sur les produits concurrents.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 octobre 2016 concerne un abus de position dominante par dénigrement sur le marché français du clopidogrel commercialisé en ville, à la suite d'une stratégie de communication comparative mise en œuvre par la société Sanofi Aventis, vantant les mérites de son médicament par rapport aux génériques concurrents.

La société Sanofi Aventis commercialise le Plavix, médicament ayant pour principe actif le clopidogrel, et pour lequel elle disposait d'un brevet jusqu'en juillet 2008, date après laquelle ses concurrents ont commencé à commercialiser des génériques. Saisie d'une plainte pour abus de position dominante causé par le dénigrement des génériques concurrents du Plavix, l'Autorité de la concurrence condamne Sanofi¹¹, décision confirmée par la cour d'appel de Paris. À l'appui de son pourvoi, la requérante soulève notamment « que l'existence d'un dénigrement suppose de démontrer l'accomplissement d'actes positifs et caractérisés, ce qui exclut toute possibilité de dénigrement par omission », et que la cour d'appel aurait dû démontrer, pour établir l'existence d'un dénigrement « qu'un nombre significatif de professionnels de santé s'est effectivement déterminé en fonction des publicités litigieuses ».

La chambre commerciale rejette le pourvoi, au motif, d'une part, que les communications distribuées par Sanofi aux professionnels de santé mettant en avant l'indication thérapeutique du Plavix pour le traitement du syndrome coronarien aigu, dont les autorisations de mise sur le marché des génériques concurrents étaient dépourvues, sont tournées de manière à laisser penser que cette absence d'indication serait liée à un obstacle médical, « cependant qu'elle n'était due qu'à la protection juridique offerte par un brevet dont l'existence et la portée avaient été occultées lors de ces différentes communications ». La Cour de cassation, d'autre part, rappelle que l'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective, qui vise les comportements de nature à influencer la structure du marché, où la seule présence de l'entreprise bénéficiant d'une telle position affaiblit déjà le degré de concurrence, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale entre les produits et les services, au maintien du degré de concurrence existant déjà sur le marché ou au développement de cette concurrence. La Cour ajoute que « l'arrêt retient que l'effet trompeur et dissuasif de la communication de la société Sanofi-Aventis résulte d'un faisceau d'indices précis et concordants, qu'il énumère, [...] que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a pu déduire, sans être tenue d'établir qu'un nombre significatif de professionnels de la santé s'était effectivement déterminé en fonction des informations communiquées par la société Sanofi-Aventis, que la pratique de dénigrement mise en œuvre [...] par une société en position dominante, avait eu pour effet de limiter l'entrée de ses concurrents sur le marché ».

Observations.

La Cour de cassation réaffirme clairement le caractère objectif de la notion d'exploitation abusive d'une position dominante, qui ne suppose pas en l'espèce la prise en considération d'un quelconque élément psychologique relatif au caractère déterminant des faits de dénigrement sur le comportement des agents. La Cour admet également que le dénigrement ne résulte pas nécessairement d'actes positifs de la part de l'entreprise en situation de position dominante, mais puisse également résulter d'une omission de nature à faire naître des doutes sur les qualités des produits concurrents, comme c'était le cas en l'espèce. Il semble donc qu'une nouvelle conception du dénigrement par omission, distincte de son

¹¹ ADLC, 14 mai 2013, décision n° 13-D-11.

homologue jusqu'alors seulement évoquée en matière de concurrence déloyale, fasse son apparition en droit des pratiques anticoncurrentielles.

- Crim., 23 novembre 2016, n° 15-81.131 (non publié).

Enquête de concurrence, courriels, personnel.

Les enquêteurs ont la possibilité de saisir des courriels portant la mention « personnel » dans le cadre d'une enquête de concurrence.

« Attendu qu'enfin, il appartenait à la société Gerflor Tarare de justifier que le contenu des fichiers litigieux saisis dans la messagerie de M. X... étaient sans lien avec l'enquête, la seule identification des courriels portant la mention " personnel " étant insuffisante à établir qu'ils ne contenaient que des données d'ordre privé et qu'ils ne pouvaient, en raison de leur objet, être saisis ; D'où il suit que le moyen doit être écarté ».

II. Contrôle des aides d'Etats.

- Communiqué de presse de la Commission n° IP/16/3085, 19 sept. 2016.

Contrôle des aides d'Etat, Engie, Commission européenne, enquête.

La Commission européenne ouvre une enquête à l'encontre du groupe Engie pour violation des règles du droit européen encadrant les aides d'Etat.

La Commission européenne a ouvert une enquête approfondie concernant le traitement fiscal accordé par le Luxembourg au groupe GDF Suez (devenu Engie). La Commission craint que plusieurs décisions fiscales anticipatives émises par le Luxembourg aient potentiellement conféré à GDF Suez un avantage injustifié par rapport à d'autres sociétés, en violation des règles de l'UE relatives aux aides d'Etat.

III. Pratiques restrictives.

- Com., 6 septembre 2016, n° 14-25891 (Publié au bulletin).

Rupture brutale des relations commerciales, prévisible, notification.

Le caractère prévisible de la rupture des relations commerciales ne dispense pas de l'obligation d'adresser un préavis suffisant au partenaire.

« Mais attendu que le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis ; qu'ayant constaté que la société US avait cessé ses approvisionnements auprès de la société Sniw du jour au lendemain, sans lui adresser ni lettre de rupture, ni préavis écrit, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions inopérantes, a pu retenir la responsabilité de la société US ; que le moyen n'est pas fondé ».

- Com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 (non publié).

Déséquilibre significatif, contrats type.

Un déséquilibre significatif peut résulter de stipulations contenues dans un contrat type, peu important que ces derniers n'aient pas vocation à être signés en l'état.

En raison de clauses stipulées dans la convention de partenariat régissant leurs relations avec leurs fournisseurs, les sociétés du groupe Carrefour faisaient l'objet de poursuites sur le fondement de l'art. L442-6 I, 2° et III du code de commerce. Dans un arrêt du 4 octobre 2016, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel qui condamne les sociétés.

L'arrêt pose notamment la question de savoir si un déséquilibre significatif peut résulter de stipulations contenues dans un contrat type, l'existence du déséquilibre ne pouvant se

déduire « que de l'examen d'un contrat finalisé et conclu et non d'un contrat-type qui n'a pas nécessairement vocation à être signé en l'état » selon le demandeur au pourvoi.

Selon la Cour de cassation, « l'article L. 442-6, I, 2° précité prohibant tant le fait de soumettre que celui de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, ce texte peut s'appliquer à un contrat-type proposé à des fournisseurs ».

Ainsi, il importe peu qu'un contrat type contenant des clauses susceptibles de constituer un déséquilibre significatif soit ou non signé en l'état : le simple fait d'y avoir stipulé de telles clauses constitue une tentative de soumission à un déséquilibre significatif, et suffit à caractériser une violation de l'art. L442-6, I, 2° du Code de commerce.

➤ **Com., 18 octobre 2016, n° 14-27212 (Publié au bulletin).**

Déséquilibre significatif, bail commercial, rupture brutale des relations commerciales, compétence.

La compétence du tribunal de grande instance prime sur celle du tribunal de commerce en cas d'actions indemnitaires concurrentes fondées sur le déséquilibre significatif et la rupture fautive des négociations dans le cadre du renouvellement d'un bail commercial.

« Mais attendu que l'arrêt constate qu'au soutien de ses deux demandes indemnitaires, tant pour faute à l'occasion des négociations sur le renouvellement du bail commercial que pour le déséquilibre significatif auquel le bailleur aurait tenté de la soumettre à l'occasion de ces négociations, en violation des dispositions légales sur les pratiques restrictives de concurrence, la société H&M invoque le comportement de son bailleur lors des négociations sur le renouvellement du bail commercial qui les liait et met en cause, plus particulièrement, les conditions du refus de renouvellement ; qu'en l'état de ces constatations, exemptes de dénaturation, faisant ressortir que la solution du litige nécessitait l'examen préalable des conditions dans lesquelles avait été exercé le droit d'option conféré au bailleur par l'article L. 145-57 du code de commerce, la cour d'appel a retenu à bon droit que le litige requérait une appréciation du respect du statut des baux commerciaux, qui relève de la compétence du tribunal de grande instance, et qu'en considération de l'article L. 442-6, III du code de commerce, qui attribue aux juridictions civiles comme aux juridictions commerciales la connaissance des litiges relatifs à l'application de cet article, et de la compétence territoriale des juridictions parisiennes, qui n'était pas discutée, le contredit formé par la société H&M devait être rejeté ; que le moyen n'est pas fondé ».

IV. Concurrence déloyale et parasitisme.

➤ **Com., 4 octobre 2016, n° 14-22.245 (Publié au bulletin).**

Parasitisme, concentration des moyens.

L'action en dommages et intérêts pour parasitisme soulevée devant la Cour de cassation alors qu'elle n'avait pas été soulevée devant les juges du fond est irrecevable.

« Mais attendu que, la cour d'appel ayant, par des motifs non critiqués, retenu que, par application de l'article 954 du code de procédure civile, elle n'était saisie que de la condamnation des parties poursuivies pour pratiques commerciales trompeuses sur le fondement des articles L. 120-1 et L. 121-1 du code de la consommation, la commune de Laguiole ne peut présenter un moyen au soutien d'une demande de dommages-intérêts pour parasitisme dont la cour d'appel n'était pas saisie ; que le moyen est irrecevable ».

➤ **Civ. 2^{ème}, 22 septembre 2016, n°15-22.393 (non publié).**

Concurrence déloyale, preuve, contradictoire.

Une requête rendue sur le fondement de l'art. 145 CPC insuffisamment motivée ne permet pas de déroger au principe du contradictoire.

« Mais attendu qu'ayant constaté que l'ordonnance sur requête visait seulement « la nécessité de procéder par requête non contradictoire pour la conservation des preuves dans le cadre d'un contentieux à venir » et que la requête se bornait à énoncer qu'il existait, en cas de procédure contradictoire, un risque que la société Sovitrat 17 dissimule ou détruise les documents nécessaires à l'action en concurrence déloyale que souhaitait introduire la société Network Intérim 42, la cour d'appel en a exactement déduit, qu'en l'état des motifs généraux de l'ordonnance et de l'insuffisance des motifs de la requête, les circonstances susceptibles de justifier qu'il soit dérogé au principe de la contradiction n'étaient pas établies ».

CONSOMMATION

présenté par Julien LOZE

➤ **CJUE, 7 sept. 2016, aff. C-310/15, Deroo-Blanquart.**

Ventes liées, offres liées, pratiques commerciales déloyales.

La vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés ne constitue en soi une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29 du 11 mai 2005.

Saisie d'une question préjudicielle concernant la question du point de savoir si la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés constitue ou non une pratique commerciale déloyale, la CJUE répond qu'une telle pratique ne constitue pas en soi une pratique commerciale déloyale, et suppose que les juridictions nationales se livrent à une appréciation du contexte entourant la pratique, tant du point de vue du comportement du professionnel, que des attentes des consommateurs.

L'acquéreur d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, refusant de s'acquitter des licences correspondant aux logiciels en cause (qu'il ne désirait pas acquérir) souhaite obtenir répétition de la partie du prix correspondant au coût desdits logiciels. Le vendeur refuse, et lui indique que la vente de l'ordinateur et des logiciels préinstallés constitue une offre unique, tout en lui proposant d'annuler la vente et de procéder aux restitutions. L'acquéreur l'assigne alors pour pratiques commerciales déloyales devant les juridictions françaises. Débouté par les juges de 1^{ère} instance, confirmés par la cour d'appel de Versailles, le consommateur forme alors un pourvoi en cassation, à la suite duquel la Haute juridiction saisit la CJUE d'une question préjudicielle sur l'interprétation des articles 5 et 7 de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales.

La première question qui se posait en l'espèce était celle du point de savoir « si une pratique commerciale consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle d'ordinateur non équipé de logiciels préinstallés constitue une pratique commerciale déloyale » (Pt 27). Reprenant la jurisprudence antérieure, la Cour rappelle que si la pratique des offres conjointes (ventes liées) constitue bien une pratique commerciale relevant de la directive 2005/29, elles ne font pas partie des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances énumérées dans la liste exhaustive établie à l'annexe I de la directive¹², et qu'il convient donc de vérifier leur caractère déloyal ou non à la lumière des art. 5 à 9 de la directive¹³.

¹² CJUE, 19 septembre 2013, CHS Tour Services, C-435/11, point 38.

¹³ CJUE, 23 avril 2009, VTB-VAB et Galatea, C-261/07 et C-299/07, points 57 et 62.

Dès lors, une pratique commerciale ne peut être considérée déloyale « qu'à la double condition, d'une part, qu'elle soit contraire aux exigences de la diligence professionnelle et, d'autre part, qu'elle altère ou soit susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit »¹⁴.

La Cour rappelle que la diligence professionnelle est définie par l'article 2 de la directive 2005/29 « comme le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité », et qu'il convient « de vérifier l'existence, dans le comportement du professionnel, d'un éventuel manquement aux pratiques de marché honnêtes ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité, en l'occurrence la production de matériel informatique destiné au grand public, à la lumière des attentes légitimes d'un consommateur moyen ». En l'espèce, le consommateur ayant été correctement informé et l'offre conjointe étant conforme aux attentes d'une part importante des consommateurs, en plus de la possibilité pour ce dernier d'obtenir la révocation de la vente, la situation semble répondre aux exigences des pratiques de marché honnêtes comme au principe général de bonne foi. Quant à la seconde condition, qui était de savoir si, la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle dépourvu desdits logiciels « provoque ou est susceptible de provoquer une altération substantielle du comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit », c'est-à-dire « de compromettre sensiblement son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause et de l'amener par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement » selon l'art. 2 de la directive, la Cour relève que le consommateur a été dûment informé, préalablement à la conclusion du contrat, du fait que le modèle d'ordinateur en cause n'était pas commercialisé sans logiciels préinstallés, et était donc libre de choisir un autre modèle pourvu de caractéristiques comparables et vendu sans logiciels préinstallés ou équipé d'autres logiciels préinstallés. Il appartient dès lors aux juridictions nationales de déterminer si, dans de telles circonstances, « l'aptitude de ce consommateur à prendre une décision commerciale en connaissance de cause a été sensiblement compromise ».

L'autre question que posait la Cour de cassation en l'espèce était celle du point de savoir si l'absence d'indication du prix des logiciels préinstallés dans le cadre d'une offre conjointe était ou non constitutif d'une pratique commerciale déloyale. La Cour rappelle qu'en application de l'art. 7 § 1 de la directive 2005/29, « une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». L'art. 7 § 4 du même texte considère comme essentielle l'information sur le prix toutes taxes comprises, « c'est-à-dire le prix global du produit, et non le prix de chacun de ses éléments ». Indépendamment du fait que les éléments du prix ne soient pas considérés comme une information substantielle, le considérant 14 de la directive indique que « constitue une information substantielle une information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause », et l'art. 7 §1 « indique que le caractère substantiel d'une information doit être apprécié à l'aune du contexte dans lequel s'inscrit une pratique commerciale et compte tenu de toutes ses caractéristiques », comme le rappelle la Cour. La pratique des offres conjointes n'étant pas, *pers se*, considérée comme une pratique commerciale déloyale, et l'absence d'indication des prix de chacun des logiciels n'étant « ni de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause ni susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement », la Cour en conclut que « l'absence d'indication du prix de chacun des logiciels préinstallés ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse ».

¹⁴ CJUE, 19 décembre 2013, Trento Sviluppo et Centrale Adriatica, C-281/12, point 28.

➤ Civ. 1^{ère}, 22 septembre 2016, n° 15-18858 (Publié au bulletin).

Action du professionnel, prescription abrégée.

La nature spéculative d'un prêt souscrit en dehors de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ne fait pas perdre à l'emprunteur sa qualité de consommateur.

« Attendu, d'abord, qu'en vertu de l'article L. 137-2 du code de la consommation, l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans ; qu'ensuite, ne perd pas la qualité de consommateur la personne physique qui, agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, souscrit un prêt de nature spéculative ;
[...] Attendu que, pour déclarer [non]¹⁵ prescrite l'action en recouvrement de la banque, l'arrêt retient que le prêt litigieux devait être financé grâce à une opération spéculative, l'acceptation de l'aléa au cœur du marché boursier conduisant à exclure les dispositions favorables d'une prescription abrégée dérogatoire au droit commun, réservée à des contrats énumérés par le législateur souscrits pour des besoins ordinaires ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations que le prêt litigieux avait été souscrit à des fins étrangères à l'activité professionnelle de M. et Mme X..., la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

➤ Com., 4 octobre 2016, n° 14-22.245 (Publié au bulletin).

Pratiques commerciales trompeuses, confusion, risque de confusion.

L'art. L121-1 du Code de la consommation n'exige pas la création d'une confusion effective dans l'esprit du consommateur, et peut résulter d'un simple risque de confusion.

« Vu les articles L. 120-1 et L. 121-1 du code de la consommation ;
Attendu que pour rejeter les demandes formées au titre des pratiques commerciales trompeuses, l'arrêt énonce que l'article L. 121-1 du code de la consommation, applicable aux faits incriminés, exige la création d'une confusion et non pas d'un risque de confusion ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'une pratique commerciale est réputée trompeuse lorsque soit elle contient des informations fausses, soit elle est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, et qu'elle est en outre de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique de celui-ci en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

➤ Civ. 1^{ère}, 12 octobre 2016, n° 15-20 060 (non publié).

Déséquilibre significatif, prix de la prestation.

La clause stipulant que le temps de trajet du prestataire est pris en compte dans le temps de la prestation place le consommateur dans l'impossibilité d'en déterminer la durée effective, et se trouve ainsi dans l'impossibilité d'en connaître et d'en maîtriser le coût.

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 1er avril 2015), que le directeur départemental de la protection des populations du Puy-de-Dôme a assigné les sociétés APAD et ADHAP performances (les sociétés) afin que soit déclarée abusive la clause contenue dans un contrat-type proposé par celles-ci, selon laquelle "le temps de trajet des intervenant(e)s est inclus dans le temps de prestation" [...] Mais attendu qu'ayant relevé que le mode de calcul du prix de la prestation ainsi stipulé créait une réelle incertitude quant à la durée effective de celle-ci, le prix de la prestation fournie étant modifié en fonction du temps de trajet, la cour d'appel a pu en déduire que cette clause plaçait le consommateur dans l'impossibilité de

¹⁵ Erreur matérielle rectifiée par la Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 16 novembre 2016, n° 15-18.858.

connaître et maîtriser son coût, de sorte que, ne bénéficiant qu'au prestataire, elle entraînait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du consommateur et qu'elle était abusive ».

➤ **CJUE, 5^{ème} chambre, 26 octobre 2016, aff. 611/14.**

Pratiques commerciales déloyales, prix, contraintes, support.

Les contraintes de temps liées à des supports de communication tels que des spots publicitaires télévisés n'ont pas à être prises en compte dans l'appréciation du caractère trompeur d'une pratique commerciale.

« Par ces motifs, la Cour (cinquième chambre) dit pour droit :

2) L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2005/29 doit être interprété en ce sens que doit être qualifiée de trompeuse une pratique commerciale consistant à fractionner le prix d'un produit en plusieurs éléments et à mettre en avant l'un d'entre eux, dès lors que cette pratique est susceptible, d'une part, de donner au consommateur moyen l'impression erronée qu'un prix avantageux lui est proposé et, d'autre part, de le conduire à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire au principal. Toutefois, les contraintes de temps auxquelles peuvent être soumis certains moyens de communication, tels que des spots publicitaires télévisés, ne sauraient être prises en considération aux fins de l'appréciation du caractère trompeur d'une pratique commerciale au regard de l'article 6, paragraphe 1, de cette directive.

3) L'article 7 de la directive 2005/29 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un professionnel a fait le choix de fixer le prix d'un abonnement de telle sorte que le consommateur doit s'acquitter à la fois d'un forfait mensuel et d'un forfait semestriel, cette pratique doit être considérée comme une omission trompeuse dans le cas où le prix du forfait mensuel est particulièrement mis en avant dans la commercialisation, alors que celui du forfait semestriel est totalement omis ou est présenté de manière moins apparente, si une telle omission amène le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier, en tenant compte des limites propres au moyen de communication utilisé, de la nature et des caractéristiques du produit ainsi que des autres mesures que le professionnel a effectivement prises afin de mettre les informations substantielles relatives au produit à la disposition du consommateur.

4) L'article 7, paragraphe 4, de la directive 2005/29 édoit être interprété en ce sens qu'il contient une énumération exhaustive des informations substantielles qui doivent figurer dans une invitation à l'achat. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si le professionnel concerné a satisfait à son devoir d'information en tenant compte de la nature et des caractéristiques du produit, mais également du moyen de communication utilisé pour l'invitation à l'achat et des compléments d'information éventuellement fournis par ledit professionnel. Le fait, pour un professionnel, de fournir, dans une invitation à l'achat, l'ensemble des informations énumérées à l'article 7, paragraphe 4, de cette directive n'exclut pas que cette invitation puisse être qualifiée de pratique commerciale trompeuse, au sens de l'article 6, paragraphe 1, ou de l'article 7, paragraphe 2, de ladite directive ».

➤ **Evaluation and fitness check (FC) Roadmap : Evaluation of the Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products.**

Publication le lundi 12 septembre 2016 d'une feuille de route destinée à l'évaluation du fonctionnement et de la performance de la directive 85/374/EEC sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

➤ **Entrée en vigueur du décret n° 2016-1238 du 20 septembre 2016 relatif au mécanisme de signalement prévu à l'article L. 224-43 du code de la consommation et de l'information des opérateurs sur les numéros les concernant en application de l'article L. 224-51.**

« **Publics concernés** : opérateurs de communications électroniques exploitant un numéro à valeur ajoutée et fournisseurs d'un service téléphonique au public.

Objet : mécanisme de signalement prévu à l'article L. 224-43 du code de la consommation et d'information des opérateurs sur les numéros les concernant en application de l'article L. 224-51 du même code.

Entrée en vigueur : ce décret entre en vigueur pour une partie de ses dispositions le 1er octobre 2016 et pour les autres le 1er janvier 2017.

Notice : pris sur le fondement de l'article L. 224-53 du code de la consommation, le texte fixe, d'une part, les modalités de mise en œuvre du mécanisme de signalement des numéros potentiellement à problème afin que ceux-ci fassent l'objet d'une vérification par les opérateurs et, d'autre part, les modalités de transmission des signalements de numéros d'appels et messages non sollicités aux opérateurs de service à valeur ajoutée.

Références : le décret est pris pour l'application de l'article 145 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Le code de consommation modifié par le présent décret peut être consulté, dans sa version issue de cette modification, sur le site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>) ».

➤ **Décret 2016-1249 du 26 septembre 2016 relatif à l'action de groupe en matière de santé (JORF n°0225 du 27 septembre 2016, texte n° 5).**

« **Publics concernés** : associations d'usagers du système de santé, acteurs du système de santé.

Objet : action de groupe en matière de santé.

Entrée en vigueur : le texte entre en vigueur le lendemain de sa publication.

Notice : le décret précise les modalités de mise en œuvre de l'action de groupe en matière de santé. Le décret fixe la composition de la commission de médiation que le juge peut adjoindre au médiateur et précise les personnes appartenant à des professions judiciaires auxquelles l'association portant l'action de groupe peut avoir recours pour l'assister. Il précise également les règles de la procédure civile ou administrative que commandent les spécificités de l'action de groupe en matière de santé, notamment au regard de l'appréciation individuelle des dommages corporels.

Références : le texte est pris pour l'article 184 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

➤ **LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (1) (JORF n°0235 du 8 octobre 2016, texte n° 1).**

Publication de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, NUMÉRIQUE :

présenté par Clio VIGNERON, Olivia Epaminondas et Aurélien SERRE

La loi pour la république numérique : une aubaine pour les doctorant(e)s en herbe ? *par Clio Vigneron*

La loi République Numérique crée de nombreuses exceptions et limitations au droit d'auteur. Parmi ces nouvelles dispositions, certaines devraient réjouir les chercheurs et doctorants, en améliorant les droits de ceux-ci en matière de recherche.

L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, pour une République numérique, art.38 : Journal Officiel du 8 Octobre 2016

(...)

Article 38 :

Le Code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié :

1° Après le second alinéa du 9° de l'article L. 122-5, il est inséré un 10° ainsi rédigé :

« 10° Les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale. Un décret fixe les conditions dans lesquelles l'exploration des textes et des données est mise en œuvre, ainsi que les modalités de conservation et de communication des fichiers produits au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites ; ces fichiers constituent des données de la recherche ; »

(...)

NOTE :

La loi République Numérique, qui avait fait l'objet d'une consultation des citoyens français, vient d'entrer en vigueur en Octobre 2016. Elle s'inspire de certaines demandes et propositions faites par les administrés sur le site internet du gouvernement www.republique-numerique.fr, ouvert du 26 Septembre 2015 au 18 Octobre 2015. Parmi eux, de nombreux chercheurs ont contribué, au regard de certains articles de la nouvelle loi qui sont clairement rédigés à leur avantage !

Ainsi, outre l'open access admis sur certaines données publiques, il est prévu un droit de « fouille et exploration des textes et données » à l'article 38 de la loi. Cet article vient naturellement titiller les neurones de tout chercheur. Il permet de réaliser des copies et reproductions numériques de textes tant que cet usage reste limité aux écrits scientifiques, pour les besoins de la recherche publique, et sans but commercial.

Ainsi, l'article L. 122-5, 10° du Code de la propriété intellectuelle, issu de cette loi, consacre une exception, connue en droit anglais comme l'exception de « text and data mining ». Il s'agit vraisemblablement d'améliorer l'accès aux données nécessaires à la recherche et de favoriser celle-ci en rendant licite l'étude poussée de documents, au regard des règles du droit d'auteur.

En effet, si la reproduction d'œuvres littéraires et scientifiques est déjà admise par le droit d'auteur à travers l'exception de copie privée, qui autorise l'usage par un tiers de l'œuvre d'un auteur sans son autorisation à condition que la source de la copie soit licite et qu'elle ne serve qu'à des fins exclusivement privée et individuelle, aucune règle n'existait en matière de copie numérique de texte scientifique.

Or, aujourd'hui, la recherche passe souvent par des canaux numériques. Hormis quelques aficionados de la recherche archivistique, et quelques anarchistes du papier qui résistent encore et toujours à l'envahisseur numérique, de nombreux chercheurs utilisent quasi-quotidiennement cet outil pour réaliser leur travail de recherche. Dans certaines matières des sciences « dures », il est même devenu inenvisageable de travailler sans le numérique. Il fallait donc bien prendre en compte cette évolution importante, qui commence quand même à dater !

C'est désormais chose faite : le chercheur du XXIème siècle n'a plus à craindre d'être accusé injustement d'avoir violé le droit d'auteur pour avoir sondé les profondeurs d'écrits scientifiques en les reproduisant via le numérique.

On l'autorise officiellement à copier, mais sous conditions quand même : les œuvres et données ainsi reproduites ne deviennent donc pas libres de droit !

L'exception ne concerne que les textes ou données « *incluses ou associées* » à des écrits scientifiques. Aussi, seules les œuvres appartenant au genre bien spécifique des écrits scientifiques, et plus précisément les données « *incluses ou associées* » à ces derniers, sont concernées par l'exception. Mais, l'article parlant de texte, cela signifie-t'il que seuls les écrits bruts sont pris en compte ? De même, les données associées sont-elles composées des images, graphiques, tableaux, liens hypertextes accompagnant le texte, ou s'agit-il seulement des données en tant qu'idées et des notes de bas de pages ?

Ensuite, l'exception ne concerne que le seul droit de reproduction numérique. Il faut également, comme pour l'exception de copie privée, que ces reproductions soient obtenues à partir d'une source licite.

Enfin, elle ne peut servir qu'à la recherche publique hors de toute finalité commerciale. En outre, l'exploration d'œuvres pour une recherche dont le résultat peut faire l'objet d'une exploitation commerciale, par exemple sous forme de livre papier ou numérique, ne peut pas être couverte par cette nouvelle exception. Il y aurait alors contrefaçon.

Si cette exception est bien une avancée, la reproduction effectuée par le chercheur pouvait déjà être qualifiée de copie privée si elle était réalisée pour son usage privé et ses propres activités de recherches. Mais l'exception empêchera les auteurs de textes scientifiques qui ne sont pas en accès libre de poursuivre en contrefaçon le chercheur qui a réalisé une copie de l'écrit scientifique.

Cette exception ne sera effective qu'en janvier 2017. Un décret est en effet attendu, qui détaillera la pratique de la fouille d'œuvres et autres données, ainsi que la conservation des fichiers obtenus. Encore un peu de patience ami chercheur, l'exception sera bientôt claire grâce au décret !

Surtout, la création de cette exception transpose peut-être par avance en droit français une nouvelle règle du droit européen. En effet, la proposition de directive du 14 septembre 2016 sur le droit d'auteur dans le marché unique digital prévoit lui aussi, dans son article 3, une exception de « text and data mining » (*Prop. dir., COM(2016)593 final, 2016/0280(COD), 14 sept. 2016*). D'autres dispositions vont donc bientôt venir affirmer et/ou clarifier cette nouvelle règle du droit d'auteur français.

La France, vraiment un temps d'avance ... ?

Le numérique et la protection des données

Présenté par Olivia Epaminondas et Aurélien SERRE

ARRÊT Schrems de la CJUE (grande chambre) du 6 octobre 2015 n° C-362/14

RESUME : La CJUE dans son célèbre arrêt Schrems, sur la protection des données personnelles transférées Outre Atlantique, invalide la décision 2000/520 CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique. En d'autres termes c'est la disparition du safe Harbor.

MOTS CLES : « Renvoi préjudiciel - Données à caractère personnel - Protection des personnes physiques à l'égard du traitement de ces données - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Articles 7, 8 et 47 - Directive 95/46/CE - Articles 25 et 28 - Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers - Décision 2000/520/CE - Transfert de données à caractère personnel vers les États-Unis - Niveau de protection inadéquat - Validité - Plainte d'une personne physique dont les données ont été transférées depuis l'Union européenne vers les États-Unis - Pouvoirs des autorités nationales de contrôle »

Dans l'affaire C -362/14, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la High Court (Haute Cour de justice, Irlande), par décision du 17 juillet 2014, parvenue à la Cour le 25 juillet 2014, dans la procédure

Maximillian Schrems

contre

Data Protection Commissioner,

en présence de:

Digital Rights Ireland Ltd,

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation, au regard des articles 7, 8 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci - après la «Charte»), des articles 25, paragraphe 6, et 28 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31), telle que modifiée par le règlement (CE) no 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 29 septembre 2003 (JO L 284, p. 1, ci - après la «directive 95/46»), ainsi que, en substance, sur la validité de la décision 2000/520/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, conformément à la directive 95/46, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États - Unis d'Amérique (JO L 215, p. 7).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant M. Schrems au Data Protection Commissioner (commissaire à la protection des données, ci - après le «commissaire») au sujet du refus de ce dernier d'enquêter sur une plainte introduite par M. Schrems en raison du fait que Facebook Ireland Ltd (ci après «Facebook Ireland») transfère aux États - Unis les données à caractère personnel de ses utilisateurs et les conserve sur des serveurs situés dans ce pays.

...

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit:

1) L'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, telle que modifiée par le règlement (CE) no 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 29 septembre 2003, lu à la lumière des articles 7, 8 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'une décision adoptée au titre de cette disposition, telle que la décision 2000/520/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, conformément à la directive 95/46 relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États - Unis d'Amérique, par laquelle la Commission européenne constate qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat, ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité de contrôle d'un État membre, au sens de l'article 28 de cette directive, telle que modifiée, examine la demande d'une personne relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel la concernant qui ont été transférées depuis un État membre vers ce pays tiers, lorsque cette personne fait valoir que le droit et les pratiques en vigueur dans celui - ci n'assurent pas un niveau de protection adéquat.

2) La décision n°2000/520 est invalide.

Décision d'exécution (UE) n°2016/1250 de la commission européenne du 12 juillet 2016 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis

RESUME : La commission européenne met fin au débat entrepris dès 1995 sur la protection des données personnelles transférées Outre Atlantique en créant le privacy shield (bouclier de protection de la vie privée) remplaçant ainsi le vide juridique laissé avec la suppression du Safe Harbor (protection insuffisante des données des citoyens européens sur

le territoire américain.

MOTS CLES : protection de la vie privée, transfert de données à caractère personnel, directive 95/46/CE, décision 2000/520 CE.

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

[notifiée sous le numéro C(2016) 4176]

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et notamment son article 25, paragraphe 6,

après consultation du Contrôleur européen de la protection des données,

1. INTRODUCTION

1. La directive 95/46/CE fixe les règles applicables au transfert de données à caractère personnel des États membres
2. vers des pays tiers, dans la mesure où ces transferts relèvent de son champ d'application.
3. L'article 1er et les considérants 2 et 10 de la directive 95/46/CE visent à garantir non seulement une protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit fondamental au respect de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, mais également un niveau élevé de protection de ces libertés et droits fondamentaux.
4. L'importance tant du droit fondamental au respect de la vie privée, garanti par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, garanti par l'article 8 de celle-ci, a été soulignée dans la jurisprudence de la Cour de justice.
5. Conformément à l'article 25, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE, les États membres sont tenus de veiller à ce que les transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers n'aient lieu que si le pays en question assure un niveau de protection adéquat et si les lois des États membres qui mettent en œuvre d'autres dispositions de la directive sont respectées avant le transfert. La Commission peut constater qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat en raison de sa législation interne ou des engagements internationaux auxquels il a souscrit pour protéger les droits des personnes. Dans ce cas, et sans préjudice du respect des dispositions nationales prises en application d'autres dispositions de la directive, des données à caractère personnel peuvent être transférées à partir des États membres sans que des garanties supplémentaires soient nécessaires.
5. Conformément à l'article 25, paragraphe 2, de la directive 95/46/CE, il y a lieu d'apprécier le niveau de protection offert par un pays tiers au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données, notamment des règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans le pays tiers en cause.
6. Dans la décision 2000/520/CE de la Commission, il était considéré, aux fins de l'article 25, paragraphe 2, de la directive 95/46/CE, que les « principes de la sphère de sécurité relatifs à la protection de la vie privée », appliqués conformément aux orientations fournies par les « questions souvent posées » publiées par le ministère du commerce des États-Unis, assuraient un niveau adéquat de protection des données à caractère personnel transférées depuis l'Union vers des organisations établies aux États-Unis.
7. Dans ses communications COM(2013) 846 final et COM(2013) 847 final du 27 novembre 2013, la Commission a considéré que les fondements du régime de la sphère de sécurité devaient être réexaminés et renforcés au vu d'un certain nombre de facteurs, dont la croissance exponentielle des flux de données et l'importance cruciale de ceux-ci pour l'économie transatlantique, l'augmentation rapide du nombre d'entreprises américaines souscrivant audit régime, ainsi que les nouvelles informations sur l'ampleur et la portée de certains programmes de renseignement américains qui ont soulevé des questions quant au niveau de protection que ledit régime pouvait garantir. La Commission a en outre relevé un certain nombre d'insuffisances et de lacunes dans le régime de la sphère de sécurité.

8. Sur la base des éléments qu'elle a recueillis, notamment des données tirées des travaux du groupe de contact UE/ États-Unis sur la protection de la vie privée et des informations sur les programmes de renseignement américains reçues dans le cadre du groupe de travail ad hoc UE/États-Unis, la Commission a formulé 13 recommandations en vue d'un réexamen du régime de la sphère de sécurité. Ces recommandations portaient principalement sur le renforcement des principes de fond protégeant la vie privée et une plus grande transparence des politiques de confidentialité des entreprises américaines autocertifiées, sur un contrôle, un suivi et une mise en œuvre améliorés, par les autorités américaines, du respect de ces principes, sur la mise en place de mécanismes de règlement des litiges abordables et sur la nécessité de limiter le recours à la dérogation pour raison de sécurité nationale, prévue par la décision 2000/520/CE, à ce qui est strictement nécessaire et proportionné.

9. Dans son arrêt du 6 octobre 2015 dans l'affaire C-362/14, Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner, la Cour de justice de l'Union européenne a déclaré invalide la décision 2000/520/CE. Sans examiner le contenu des principes de la sphère de sécurité, la Cour a considéré que la Commission n'avait pas fait état, dans cette décision, de ce que les États-Unis «assuraient» effectivement un niveau de protection adéquat en raison de leur législation interne ou de leurs engagements internationaux.

10. À cet égard, la Cour de justice a expliqué que, même si l'expression «niveau de protection adéquat» figurant à l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46/CE ne signifie pas un niveau de protection identique à celui qui est garanti dans l'ordre juridique de l'Union, elle doit être comprise comme exigeant que le pays tiers assure un niveau de protection des libertés et droits fondamentaux «substantiellement équivalent» à celui qui est garanti au sein de l'Union en vertu de la directive 95/46/CE lue à la lumière de la charte des droits fondamentaux. Même si les moyens auxquels ce pays tiers a recours, à cet égard, peuvent être différents de ceux mis en œuvre au sein de l'Union, ils doivent néanmoins s'avérer, en pratique, effectifs.

11. La Cour de justice a critiqué le fait que la décision 2000/520/CE ne comportait pas de constatations suffisantes quant à, d'une part, l'existence, aux États-Unis, de règles à caractère étatique destinées à limiter les éventuelles ingérences dans les droits fondamentaux des personnes dont les données sont transférées depuis l'Union vers les États-Unis, ingérences que des entités étatiques de ce pays seraient autorisées à pratiquer lorsqu'elles poursuivent des buts légitimes, tels que la sécurité nationale, et, d'autre part, l'existence d'une protection juridique efficace contre des ingérences de cette nature.

1. En 2014, la Commission avait entamé des pourparlers avec les autorités américaines en vue de discuter du renforcement du régime de la sphère de sécurité sur la base des 13 recommandations formulées dans la communication COM(2013) 847 final. À la suite de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Schrems, ces pourparlers se sont intensifiés en vue d'adopter une éventuelle nouvelle décision constatant l'adéquation du niveau de protection qui respecterait les exigences de l'article 25 de la directive 95/46/CE telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice. Les documents annexés à la présente décision, qui seront également publiés au *Federal Register* (le Journal officiel américain), sont le fruit de ces discussions. Les principes de protection de la vie privée (annexe II) et les observations et engagements officiels de diverses autorités américaines figurant dans les documents joints en tant qu'annexes I et III à VII constituent le «bouclier de protection des données UE-États-Unis».

2. La Commission a soigneusement analysé la législation et les pratiques des États-Unis, y compris ces observations et engagements officiels. Sur la base des constatations exposées aux considérants 136 à 140, elle conclut que les États-Unis assurent un niveau de protection adéquat des données à caractère personnel transférées, dans le cadre du bouclier de protection des données UE-États-Unis, de l'Union vers des organisations autocertifiées aux États-Unis.

...

Conclusion

Toutes les activités réglementaires et répressives effectuées aux États-Unis doivent

respecter le droit applicable, y compris la Constitution américaine, les actes législatifs, les règles et les règlements. Ces activités doivent également se conformer aux politiques applicables, notamment les lignes directrices du procureur général régissant les activités répressives des autorités fédérales. Le cadre juridique décrit ci-dessus limite la capacité des agences répressives et réglementaires américaines d'obtenir des informations de la part de sociétés aux États-Unis – qu'elles concernent des ressortissants américains ou des ressortissants de pays tiers – tout en permettant le contrôle judiciaire de toute demande de données adressée par les pouvoirs publics en vertu de ces compétences.
Veuillez agréer, Messieurs, l'expression de ma considération distinguée.
Bruce C. Swartz
Sous-procureur général adjoint et conseiller aux affaires internationales

DROIT DES GROUPEMENTS (réservé)

DROIT BANCAIRE, INSTRUMENTS DE PAIEMENT ET DE CREDIT :

présenté par Arnaud MALIK, Marie SOTAS et Frédéric VERLHIAC

Concernant les comptes bancaires

Comm. UE, règl. d'exécution (UE) 2016/1823, 10 oct. 2016 : JOUE n° L 283, 19 oct. 2016, p. 1 : ce règlement établit les formulaires nécessaires à l'application du règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (PE et Cons. UE, règl. n° 655/2014, 15 mai 2014 : JOUE n° L 189, 27 juin 2014, p. 59 ; JCP E 2014, act. 503) censée garantir le recouvrement des créances jusqu'à un certain montant prévu par l'ordonnance et ainsi éviter le transfert ou le retrait de ces fonds par le débiteur sur un compte bancaire détenu dans un Etat membre de l'Union européenne. Si ce règlement vise les créances pécuniaires nées dans les litiges transfrontaliers, il exclut notamment les procédures collectives, la sécurité sociale et l'arbitrage, entre autres. Ce texte entrera en vigueur le 18 janvier 2017 prochain.

Mots-clés : compte bancaire, saisie conservatoire, litiges transfrontaliers, ordonnance européenne.

Concernant la lettre de change

- Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-22.013, P+B : JurisData n° 2016-019561 :

Cautionnement donné sur une lettre de change nulle : Cass. com., 27 septembre 2016, n° 14-22.013, FS-P+B

L'aval, donné par une personne physique au profit d'un créancier professionnel sur une lettre de change annulée pour vice de forme, et ne comportant pas les mentions manuscrites

prévues par les articles L. 341-2 et L. 343-1 du Code de la consommation, ne peut constituer un cautionnement valable.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le devenir de l'aval d'une lettre de change nulle pour vice de forme, et plus précisément de la possibilité de le requalifier en cautionnement au profit du bénéficiaire de la lettre. En l'espèce, le dirigeant d'une société s'est porté aval de plusieurs lettres de change tirées sur cette dernière. Il s'oppose à l'ordonnance lui enjoignant de payer leur montant à leur porteur au motif que celles-ci n'étaient pas valables en raison d'un vice de forme (le nom du tireur ne figurait pas sur le titre, alors qu'il constitue une mention obligatoire prévue par l'article L.511-1 alinéa 8 du Code de commerce). La Cour d'appel de Rennes avait rejeté les prétentions de l'avaliste au motif que les mentions d'aval portées sur des lettres de change annulées faute de signature du tireur constituent des commencement de preuve par écrit d'un cautionnement en faveur du tiré, comme le démontre à ses yeux la qualité de dirigeant de l'avaliste ayant un intérêt personnel dans l'opération d'aval. Cependant, au visa des articles L.341-2 et L.341-3 du Code de la consommation protégeant la caution personne physique (devenus les articles L.331-1 et L.331-2 du même code depuis l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016) ainsi que de l'article L.511-21 alinéa 6 du Code de commerce, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'appel au motif que l'aval donné par une personne physique au profit d'un créancier professionnel sur un lettre de change annulée pour vice de forme ne peut constituer un cautionnement valable, faute de compter les mentions manuscrites visées par les articles du Code de la consommation visés.

Cette solution est relativement ambiguë. La Cour de cassation indique que, dans la mesure où les mentions prévues par le Code de la consommation visant à protéger la personne physique s'étant porté caution ne sont pas respectées, l'aval consenti par le dirigeant personne physique d'une société sur laquelle sont tirées des lettres de change nulles pour vice de forme ne peut être qualifié de cautionnement. Réciproquement, si de telles mentions avaient été respectées, la requalification de l'aval en cautionnement, et donc le sauvetage de cette garantie face à une lettre dépourvue d'effets, aurait été possible, comme semble l'entendre le Professeur Piette (Lexbase hebdo, édition affaires, 27 oct. 2016, n°485). La Cour de cassation ouvre donc ici la possibilité théorique de reconvertir l'aval en cautionnement.

Cet arrêt étend au cas de la lettre de change une solution déjà prononcée par la Cour à l'égard du billet à ordre (Cass. com., 5 juin 2012, n° 11-19.627 : JurisData n° 2012-012098 ; RD bancaire et fin. 2012, comm. 117). En effet, il s'agissait dans les deux cas de déterminer si, dans l'hypothèse d'une nullité de l'effet de commerce avalisé pour vice de forme, l'avaliste personne physique peut ou non voir son engagement être requalifié en cautionnement et, dans ce cas, s'il peut ou non bénéficier du formalisme protecteur des cautions prévu par le Code de la consommation, et ainsi s'opposer à l'appel en paiement fait par le créancier bénéficiaire de l'effet.

Un an plus tôt, la Cour de cassation avait déjà prononcé une solution similaire en indiquant que l'aval d'une lettre nulle pour vice de forme ne vaut pas promesse de porte-fort (Cass. com., 8 sept. 2015, n° 14-14.208, P., épse A. c/ Sté Crédit du Nord : JurisData n° 2015-019912 ; JCP E 2015, 1537, note L. El Badawi ; Banque et droit janv. 2016, p. 40, obs. Th. Bonneau).

Comme le souligne le Professeur Legeais (Legeais, JCP E, n°45, 10 nov. 2016, 1588), cette solution peut paraître dure pour le porteur qui voit ainsi cette garantie en paiement s'évaporer après avoir infructueusement demandé le paiement au tiré. Mais le porteur savait que le titre était nul pour vice de forme, il ne pouvait pas ignorer l'omission du nom du tireur. L'avaliste personne physique est donc justement protégé face au porteur professionnel par l'annulation de la lettre et par la non-requalification de son engagement en cautionnement. Le Professeur Piette a démontré la légalité de cette décision. La protection de la caution prévue par le Code de la consommation vise les personnes physiques, peu important que celles-ci s'engagent dans le cadre de leur activité professionnelle (Cass. com., 10 janvier 2012, n° 10-26.630, FS-P+B (N° Lexbase : A5284IAX), RTDCom., 2012, p. 177, obs. D. Legeais ; RD banc. et fin., mars 2012, p. 45, obs. A. Cerles ; Rev. sociétés, mai 2012, p. 286, obs. I. Riassetto). Le

dirigeant personne physique s'étant porté aval des lettres de change tirées sur la société qu'il dirige peut donc en l'espèce légitimement demander à bénéficier d'une telle protection. Cependant, le Professeur Piette en conteste le bien-fondé, à juste titre nous semble-t-il, dans la mesure où l'aval n'est pas soumis au droit du cautionnement. Dès lors, « il est impossible de déduire un cautionnement d'un aval, ne serait-ce que parce que le cautionnement ne se présume pas (C. civ., art. 2292) ». De plus, en vertu de la théorie de l'accessoire, l'aval d'une lettre de change nulle est nulle lui aussi (C. com., art. L.511-21 al. 8). Et comme l'argumente le Professeur Piette, si de l'aval on pouvait déduire un consentement à s'engager en tant que caution, c'est qu'il est une caution, en qu'en vertu de la même théorie de l'accessoire, celui-ci serait nul, comme la lettre de change qu'il garantit.

Finalement, il nous semble que la solution consacrée par la Cour de cassation en septembre 2015 était plus forte, plus juste et plus pratique : dès lors que la lettre est nulle, l'aval devrait l'être également et ne pourrait pas être requalifié en cautionnement quelque soit le caractère de personne physique ou non de l'aval, et ainsi du respect ou non du régime de protection de la personne physique caution au profit d'un créancier professionnel prévu par le Code de la consommation. C'est au porteur de la lettre, forcément un professionnel, de veiller au bon respect du formalisme de celle-ci, afin d'éviter pareil désagrément. D'ailleurs, à suivre le raisonnement de la Cour, l'engagement d'aval devrait respecter le formalisme de l'aval mais également celui du cautionnement consenti par une personne physique à l'égard d'un professionnel. Au regard de cet arrêt, c'est donc seulement en respectant ce double formalisme que le sauvetage de cette garantie serait possible.

Mots-clés : lettre de change, aval, cautionnement, vice de forme, dirigeant caution.

- Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-12.399, P+B : JurisData n° 2016-022924:

Validité d'une clause de « retour sans frais » et bonne foi du banquier escompteur

Une société commande du matériel dont elle paie une partie du montant par acompte avant la livraison, le restant étant payé au moyen d'une lettre de change. Ce matériel n'étant pas livré, le tireur a demandé le rejet de la lettre de change tirée sur le fournisseur placé en redressement judiciaire. Or, la lettre a déjà été escomptée et le bénéficiaire en demande le paiement au cédant. Le 13 novembre 2014, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné le tireur à payer la lettre. Il a donc formé un pourvoi en cassation au moyen d'une part que la clause « retour sans frais » pré-imprimée n'est efficace que si elle est spécifiquement signée par le tireur et le tiré, à défaut de quoi le porteur doit faire dresser protêt faute d'acceptation ou faute de paiement pour exercer ses recours. Or, les juges du fond ont considéré que la clause figurant dans le corps même de la lettre, elle se trouvait validée par la seule signature du tireur. D'autre part, le tireur soutient que le porteur était de mauvaise foi en escomptant la lettre de change alors même qu'il connaissait l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à son encontre et qu'il savait donc que le tireur ne pourrait fournir la provision dans les temps. Il causait un dommage au tiré par l'impossibilité dans laquelle il le mettait de se prévaloir, envers le tireur, d'un moyen de défense pris de ses relations avec ce dernier.

La Cour de cassation a rejeté son pourvoi au motif que lorsqu'une clause retour sans frais ou sans protêt est pré-imprimée sur la lettre de change, la seule signature du tireur portée sur l'effet suffit à la valider, sans qu'il soit nécessaire qu'une seconde signature, distincte de la première (celle du tiré), soit apposée spécifiquement sous cette clause. Le porteur de la lettre n'avait donc pas à dresser protêt, la clause le lui dispensant étant valable.

De plus, elle décide que les juges du fond ont pu souverainement retenir que le porteur de la lettre ne connaissait pas le défaut de livraison au moment où elle a reçu la lettre et que la connaissance par le porteur, au moment de l'endossement de la lettre de change, de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard du tireur n'établit pas sa mauvaise foi, l'état de redressement judiciaire ne préjugant en rien de la capacité d'une entreprise à exécuter ses obligations durant la période d'observation de cette procédure et n'établissant donc pas le caractère irrémédiablement compromis de sa situation.

Mots-clés : lettre de change, clause de retour sans frais ou sans protêt, protêt, formalisme, mauvaise foi du porteur, redressement judiciaire

Concernant la cession Dailly

- Com. 2 nov. 2016, n°15-12.491, P+B+I : JurisData n°2016-022827 : Dans cet arrêt, la **Cour de cassation a eu l'occasion de déterminer si la caution du cédant d'une cession Dailly non notifiée par le cessionnaire au débiteur cédé pouvait se prévaloir de ce défaut de notification pour s'opposer à sa demande en paiement.**

En l'espèce, une société cède deux créances à son établissement bancaire grâce à un bordereau Dailly afin d'obtenir un prêt. Le prêt est garanti par le cautionnement solidaire du gérant de la société cédante. Le cessionnaire n'obtenant pas le paiement de ces créances ni par le débiteur cédé ni par le cédant, il assigne en paiement la caution de ce dernier. Celle-ci refuse de payer sur le fondement de l'article 2314 du Code civil au moyen que le cessionnaire n'ayant pas notifié la cession au débiteur cédé, il a nuit à ses intérêts en l'empêchant de se subroger dans ses droits et ainsi d'agir contre le débiteur cédé à son tour. La Cour d'appel de Paris a rejeté le moyen soulevé par la caution au visa de l'article L.313-28 du Code monétaire et financier. La notification de la cession étant une faculté et non une obligation pour le cessionnaire Dailly selon cet article, la caution ne peut lui reprocher de ne pas y avoir procédé. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi. Les Hauts-magistrats ont ainsi souligné que l'absence de notification de la cession ne constitue pas la perte d'un droit préférentiel pour la caution conférant un avantage préférentiel au cessionnaire pour le recouvrement de la créance et dans les droits duquel elle souhaite être subrogée. La Cour de cassation indique ainsi indirectement que le défaut de notification de la cession Dailly ne constitue pas la perte d'un droit préférentiel pour la caution pas plus qu'elle ne confère un avantage préférentiel au cessionnaire.

La Cour devait donc qualifier le défaut de notification : celui-ci constitue-t-il la perte d'un droit préférentiel pour la caution alors qu'il ne constitue qu'une simple faculté pour le cessionnaire ?

En 2001, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Elle avait alors indiqué que le défaut de notification de la cession ne constitue pas une faute de la part du cessionnaire à l'encontre des cautions du cédant en raison de son caractère facultatif (Cass. com., 11 déc.2001, n° 98-18.580 : JurisData n° 2001-012130 ; RD bancaire et fin. 2002, comm. 82 ; Banque et droit mars-avr. 2002, p. 55, obs. Th. Bonneau). Comme le rappelle le Professeur Simler (JCP E n°51, 19 déc. 2016, 1391), dans un arrêt de 2005, la Cour avait prononcé une décision différente selon laquelle le caractère facultatif ou obligatoire de la notification dépendait de l'existence ou non de la caution. Si la cession était cautionnée, la notification devenait obligatoire, afin que la caution puisse être subrogée dans les droits du cessionnaire à l'égard du débiteur cédé défaillant (Cass. ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296 : JurisData n° 2005-028901 ; JCP G 2005, II, 10130, note Ph. Simler ; JCP E 2005, 1088, D. Legeais ; D. 2005, p. 2020, S. Piedelièvre ; Banque et droit 2005, n° 8-9, p. 63, F. Jacob ; RTD com. 2005, p. 582, D. Legeais ; RTD com. 2005, p. 844, A. Martin-Serf). Mais en septembre 2016, la Cour de cassation a semblé revenir sur cette position (Cass. com. 27 sept. 2016, n°14-18.282 JurisData n°2016-019572) en décidant que le fait de s'être abstenu de notifier la cession au débiteur cédé ne constitue pas un comportement fautif permettant à la caution de se prévaloir de l'article 2314 du Code civil.

En voyant dans l'arrêt du 2 novembre 2016 un retour à la jurisprudence de 2001, mais selon une argumentation différente, le Professeur Legeais fait de ce second arrêt promu à une large diffusion la consécration de ce revirement (JCP E, n°49, 8 déc. 2016, 1653). Cependant, alors qu'en 2001 la Cour de cassation se prononçait sur le caractère fautif ou non du défaut de notification, elle s'est concentrée sur la qualification de droit préférentiel ou non de cette notification en 2016. Selon un raisonnement logique, elle a considéré que si la caution peut se prévaloir de la perte d'un droit préférentiel pour s'opposer à l'action en paiement du cessionnaire en vertu du nouvel article 2314 du Code civil, l'absence de

notification ne constitue pas la perte d'un tel droit, et qu'ainsi la caution ne peut se prévaloir du défaut de notification pour s'opposer à l'action en paiement du cessionnaire au motif que ce défaut l'empêcherait de se subroger dans les droits de ce dernier à l'encontre du débiteur cédé. Le Professeur Legeais voit dans cette décision la volonté d'une part, de ne pas ouvrir à nouveau le débat sur le caractère fautif ou non d'un tel défaut de notification tranché en septembre 2016, mais aussi la volonté prétorienne de renforcer la protection du cessionnaire Dailly, qui bénéficie ainsi d'un cautionnement efficace tout en demeurant libre de notifier ou non la cession. D'un point de vue théorique, le Professeur Simler considère que cette décision est juridiquement logique au regard des effets de la notification de la cession Dailly. Si celle-ci permet au cessionnaire d'interdire au débiteur cédé de payer le tireur, elle ne lui offre pas de garanties supplémentaires de paiement, à l'inverse de l'acceptation de la cession. Or, comme le rappelle ainsi le Professeur Simler, lorsque la caution est subrogée dans les droits du créancier qu'elle a payé, elle acquiert les droits de celui-ci. Ainsi, même si le cessionnaire avait notifié la cession au débiteur cédé, et ainsi s'il avait pu exiger du débiteur cédé qu'il le paye exclusivement, il n'aurait pas pu exercer d'autres droits à son encontre. Par conséquent, une fois le débiteur cédé défaillant ou opposant légitimement une exception qui lui permet de ne pas payer le cessionnaire, ce dernier ne serait pas davantage protégé par une notification. La notification n'accorde donc aucun droit préférentiel face à un débiteur échappant au paiement. La caution ne peut donc pas lui reprocher la perte d'un tel droit pour s'échapper à son tour de son obligation de paiement.

Mots-clés : cession de créances, bordereau Dailly, notification, caution, droit préférentiel.

Concernant les instruments de monnaie électronique

- Plafonnement des cartes prépayées : dispositions issues du Décret n° 2016-1742 du 15 décembre 2016.

Forme de monnaie électronique utilisable au moyen d'un support physique, la législation concernant les cartes prépayées a récemment évolué.

Publié au Journal officiel du 17 décembre 2016, le décret n° 2016-1742 du 15 décembre 2016 vise à renforcer la sécurité des cartes prépayées. Pour se faire, les dispositions qui en sont issues plafonnent la capacité maximale d'emport des cartes prépayées et renforcent la traçabilité des opérations aux différents stades d'utilisation de ces cartes.

Ce décret entre en vigueur le 1er janvier 2017.

*

Le point sur le Décret n° 2016-1742 du 15 décembre 2016 relatif au plafonnement des cartes prépayées, JORF n°0293 du 17 décembre 2016

Présenté par Arnaud Malik

Ce décret a été pris en application de l'article L. 315-9 du code monétaire et financier. Cet article est issu de l'article 31 de la loi 2016-731 du 3 juin 2016 qui visait à renforcer la lutte contre la criminalité organisée, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Ce décret plafonne l'emport des cartes prépayées à 10 000 € (article D. 315-2 du CMF). Aussi, il ne sera désormais possible de charger, retirer ou rembourser au moyen d'espèces ou de monnaie électronique anonymes qu'à hauteur de 1000 € maximum par mois calendaire. Entrant en vigueur au 1er janvier 2017, il vise à lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en renforçant et en sécurisant la traçabilité de ces cartes prépayées. Il n'est pas inutile de rappeler que ce moyen de paiement anonyme avait été utilisé afin de financer les attentats du 13 novembre 2015 à Paris. Il peut néanmoins paraître surprenant de constater que ce décret n'intervient qu'un an après les attentats précités...

Références : le décret est pris pour l'application de l'article 31 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Les articles D. 315-2, D. 743-6-2, D. 743-6-3, D. 753-6-2, D. 753-6-3, D. 763-6-2 et D. 763-6-3 du code monétaire et financier modifiés par le présent texte peuvent être consultés, dans leur rédaction issue de cette modification, sur le site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

Le Premier ministre,
Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,
Vu le code monétaire et financier, notamment son article L. 315-9 ;
Vu l'avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières en date du 9 novembre 2016,

Décrète :

Article 1 « Dans le chapitre V du titre Ier du livre III de la partie réglementaire du code monétaire et financier, il est inséré une nouvelle section ainsi rédigé :

« Section 4

« Plafonnement

« Art. D. 315-2.-Les plafonds pris en application de l'article L. 315-9 sont les suivants :

« 1° La valeur monétaire maximale stockée sous forme électronique et utilisable au moyen d'un support physique est fixée à 10 000 euros ;

« 2° Le montant maximal de chargement en espèces, ou en monnaie électronique non soumise aux obligations prévues aux articles L. 561-5 et L. 561-6 dans les conditions prévues au 5° de l'article R. 561-16, au moyen du support mentionné au 1°, est fixé à 1 000 euros par mois calendaire ;

« 3° Le montant maximal de retrait en espèces au moyen du support mentionné au 1°, est fixé à 1 000 euros par mois calendaire ;

« 4° Le montant maximal de remboursement en espèces au moyen du support mentionné au 1°, est fixé à 1 000 euros. »

Article 2 « I.-Le chapitre III du titre IV du livre V de la partie réglementaire du même code est ainsi modifié :

1° L'article D. 743-6-2 devient l'article D. 743-6-3.

2° Il est inséré après l'article R. 743-6-1, un article D. 743-6-2 ainsi rédigé :

« Art. D. 743-6-2.-L'article D. 315-2 est applicable en Nouvelle-Calédonie, dans sa rédaction résultant du décret n° 2016-1742 du 15 décembre 2016 relatif au plafonnement des cartes prépayées sous réserve de remplacer toutes les occurrences des mots : " 1 000 euros " par les mots : " 119 300 francs CFP " et les mots : " 10 000 euros " par les mots : " 1 193 000 francs CFP " ».

II.-Le chapitre III du titre V du livre V de la partie réglementaire du même code est ainsi modifié :

1° L'article D. 753-6-2 devient l'article D. 753-6-3.

2° Il est inséré après l'article R. 753-6-1, un article D. 753-6-2 ainsi rédigé :

« Art. D. 753-6-2.-L'article D. 315-2 est applicable en Polynésie française, dans sa rédaction résultant du décret n° 2016-1742 du 15 décembre 2016 relatif au plafonnement des cartes prépayées sous réserve de remplacer toutes les occurrences des mots : " 1 000 euros " par les mots : " 119 300 francs CFP " et les mots : " 10 000 euros " par les mots : " 1 193 000 francs CFP " ».

III.-Le chapitre III du titre VI du livre V de la partie réglementaire du même code est ainsi modifié :

1° L'article D. 763-6-2 devient l'article D. 763-6-3.

2° Il est inséré après l'article R. 763-6-1, un article D. 763-6-2 ainsi rédigé :

« Art. D. 763-6-2.-L'article D. 315-2 est applicable dans les îles Wallis et Futuna, dans sa rédaction résultant du décret n° 2016-1742 du 15 décembre 2016 relatif au plafonnement des cartes prépayées sous réserve de remplacer toutes les occurrences des mots : " 1 000 euros

” par les mots : “ 119 300 francs CFP ” et les mots : “ 10 000 euros ” par les mots : “ 1 193 000 francs CFP ”. »

Article 3

Le présent décret entre en vigueur le 1er janvier 2017.

DROIT DES SÛRETÉS :

présenté par Mathilde DOLS

I. ACTUALITE LEGISLATIVE

➤ GAGE DE STOCKS

- Décret n°2016-1330 du 6 octobre 2016, JO 8 octobre 2016, texte n°22.
 - Adoption du **nouveau bordereau d'inscription** afin de prendre en considération les modifications apportées par l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks.
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle
 - **Ratification** de l'ordonnance n°2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage de stocks
 - **La loi aligne parfaitement les règles d'opposabilité du gage sur stocks avec le gage de droit commun** sauf ce qui est relatif au registre spécial de publicité. L'opposabilité du gage de stocks u code de commerce se fait par la publicité ou par la dépossession du constituant entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu.

➤ PRIVILEGE GENERAL - CREATION

- Article 2332-4 du code civil : « ***Les sommes dues aux producteurs agricoles par leurs acheteurs sont payées, lorsque ces derniers font l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée à l'exception de celles garanties par les articles L. 3253-2 et L. 3253-5 du code du travail, à due concurrence du montant total des produits livrés par le producteur agricole au cours des quatre-vingt-dix jours précédant l'ouverture de la procédure.*** »

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle crée un nouveau privilège général au bénéfice des exploitants agricoles et le dote d'un rang particulièrement favorable en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ce créancier est payé juste après les créances salariales super privilégiées.

Quelques remarques rapides sur ce texte.

En premier lieu, il n'est pas fait mention de ce nouveau privilège aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce comme cela était initialement prévu dans le projet de loi. Néanmoins L'article 2332-4 du code civil apportant une dérogation aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du code civil et leur étant postérieur, il est désormais nécessaire de combiner ces articles afin d'établir le classement des créanciers.

Le texte ne semble pas offrir à ce créancier un paiement à l'échéance et un droit de poursuite. Il nous semble seulement lui donner un rang favorable. En second lieu, ce privilège n'existe qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective. Il ne semble pas exister en dehors.

➤ PRIVILEGE DE NEW MONEY - AMELIORATION DU SORT DU CREANCIER

Il est ajouté au deuxième alinéa de l'article L. 626-30-2 du code de commerce la phrase suivante : « ***Ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers les créances garanties par le privilège établi au premier alinéa de l'article L. 611-11.*** »

Le créancier titulaire d'un privilège de New Money ne peut plus être contraint à des remises et des délais par un vote des comités de créanciers dont il n'est pas membre.

➤ AGENT DE SURETES - REFORME A VENIR

- Article 117 de la loi n°2016-1691 du 9 novembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique autorise le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance dans le but de « clarifier et moderniser le régime de l'agent des sûretés ». L'ordonnance doit intervenir au plus tard le 10 mai 2017.

II. ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

HYPOTHEQUE JUDICIAIRE

- Cass. Com. 13 sept. 2016, n° 15-14. 088. La déclaration d'insaisissabilité n'empêche pas le créancier de procéder à l'inscription d'une hypothèque conservatoire
- Cass. 3° civ., 15 sept. 2016, n°15-21.483. Malgré l'ouverture d'une procédure collective, le créancier titulaire d'une hypothèque judiciaire conservatoire peut procéder à son inscription définitive
- Cass Com 11 octobre 2016, n°14-628 ;072, inédit L'inscription provisoire d'une hypothèque judiciaire irrégulière n'empêche pas de procéder à l'inscription définitive Toutefois, l'inscription ne rétroagit pas au jour de la conclusion de l'acte.

NANTISSEMENT JUDICIAIRE DE FONDS DE COMMERCE

- Cass. Civ. 2°, 22 sept. 2016, n° 15-13.034 rectifié pour erreur matérielle par Civ 2, 1er déc. 2016.

Un créancier est autorisé à prendre une inscription provisoire de nantissement sur le fonds de commerce par le juge. Toutefois, il ne procède pas à cette inscription et intente plus tard une action en paiement. Le problème portait sur la prescription de son droit d'action et sur l'effet interruptif de la demande initiale d'inscription provisoire. La Cour de cassation retient que « ***le dépôt d'une requête en autorisation d'une inscription provisoire de nantissement sur le fonds de commerce ne constitue pas une citation en justice*** » au sens de l'article 2241 du code civil

GAGE

- Cass. Com. 27 sept. 2016, n°15-10421 L'assiette d'un gage sans dépossession est composée de six moteurs de navire. Postérieurement à la constitution, deux moteurs sont substitués à deux moteurs initialement gagés. Un redressement judiciaire est ouvert et il s'avère que la modification du gage est intervenue pendant la période suspecte.

La modification d'un gage est-elle susceptible d'être annulée sur le fondement de l'article L 632-1 6° du code de commerce ?

La Cour de cassation en reprenant sa jurisprudence de 1998 (Com. 20 janv. 1998, n° 95-16.402) a retenu que le gage encourt la nullité « *si la substitution opérée [...] [a] conféré au créancier un gage supérieur dans sa nature et dans son assiette par rapport à celui initialement consenti.* » Pour déterminer si la modification de l'assiette du gage est susceptible d'annulation au titre des nullités de la période suspecte, il convient d'apprécier l'étendue de la modification opérée.

VENTE SOUS RESERVE DE PROPRIETE ET PROCEDURES COLLECTIVES

- Cass. Com. 29 nov. 2016, n°15-12.350 . La Cour de cassation poursuit la construction de l'action en revendication des biens fongibles vendus sous réserve de propriété. Au visa des articles L. 624-9, L. 624-16 et L. 624-17 du code de commerce, elle sanctionne la Cour d'appel qui en présence de plusieurs vendeurs de biens fongibles sous réserve de propriété, a privilégié le créancier le plus diligent au motif que « *qu'il résulte du deuxième de ces textes que l'existence en nature des biens fongibles pouvant être revendiqués dans la procédure collective de l'acquéreur s'apprécie au jour de l'ouverture de celle-ci ; que lorsque plusieurs vendeurs avec réserve de propriété revendiquent, dans le délai de trois mois prévu par le premier texte, les mêmes biens, ceux-ci doivent leur être restitués à proportion de la quantité livrée par chacun d'eux et restant impayée à la date de l'ouverture ; qu'il en résulte que, si l'administrateur judiciaire peut, conformément au troisième texte, acquiescer à de telles demandes de revendication, il ne peut procéder à la restitution des biens avant l'expiration du délai de revendication* ».

TRANSMISSION DES SURETES SELON L'ARTICLE L. 642-12 ALINEA 4 DU CODE DE COMMERCE

- Cass. Com. 29 nov. 2016, n°15-11016. Le cessionnaire auquel les créances garanties par une sûreté sont transmises est « *tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété* ». La Cour précise que le cessionnaire ne doit acquitter que « *le montant des échéances qui n'étaient pas encore exigibles à la date du transfert de propriété* ».

CAUTIONNEMENT

- Cass. Civ. 1^{er}, 22 sept. 2016, n° 15-19.543. Au visa de l'article L. 341-2 du code de commerce applicable au cautionnement conclu entre une personne physique et un créancier professionnel, la Cour de cassation censure la cour d'appel qui a prononcé la nullité du cautionnement au motif que « *la mention manuscrite, dont le texte était conforme aux dispositions du texte précité et qui figure sous la signature de la caution, est immédiatement suivie du paraphe de celle-ci, de sorte que ni le sens, ni la portée, ni, en conséquence, la validité de cette mention ne s'en est trouvée affectée* ».
- Com. 27 septembre 2016, n° 14-22.013. La lettre de change consentie par une personne physique au profit d'un créancier professionnel et annulée pour vice de forme « *ne peut constituer un cautionnement valable, faute de comporter des mentions manuscrites prévues par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation* ».
- Cass. Com. 2 Nov. 2016, n°15-12491 : « *Lorsqu'un établissement de crédit, cessionnaire d'une créance professionnelle, s'abstient de notifier la cession au débiteur cédé, la caution qui invoque la subrogation dans les*

droits du cessionnaire ne justifie pas de la perte d'un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance et n'est, dès lors, pas fondée à se prévaloir des dispositions de l'article 2314 du code civil »

DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE :

présenté par Émilie GARREAU

II. ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

- Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.
- Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.
- Cons. Const., décision n°2016-573 QPC du 29 septembre 2016 : inconstitutionnalité de l'interdiction faite au juge pénal de prononcer, en matière de banqueroute (article L654-6 C. com.) la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer lorsqu'une juridiction civile ou commerciale a déjà prononcé une telle mesure.

II. ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

- Com., 12 juillet 2016, n°14-27983 : précisions sur les conditions d'ouverture d'une sauvegarde financière accélérée.
 - Com., 27 septembre 2016, n°15-13348 : recevabilité de l'action du liquidateur judiciaire contre les associés en nom collectif en fixation de leur contribution aux pertes sociales.
 - Com., 11 octobre 2016, n°14-20581 : absence de caractère utile de la créance de dividende.
 - Com., 11 octobre 2016, n°14-29360 : conformité de la cession forcée de droits sociaux, mécanisme qui ne peut à lui seul permettre une modification du plan de redressement.
 - Civ 2, 13 octobre 2016, n°15-24301 : la seule qualité d'associé unique et de gérant d'une EURL ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers.
 - Com., 2 novembre 2016, n°15-13006 : la confusion des patrimoines de plusieurs sociétés peut se caractériser par la seule existence de relations financières anormales entre elles, sans qu'il soit nécessaire d'établir que ces relations ont appauvri la société débitrice soumise à la procédure collective dont l'extension est demandée ou de constater que les actifs et passifs des différentes sociétés en cause sont imbriqués de manière inextricable.
 - Com., 15 novembre 2016, n°14-26287 : recevabilité du liquidateur à contester la régularité de la DNI du débiteur à l'appui d'une demande tendant à reconstituer le gage commun des créanciers.
-

FISCALITÉ DES ENTREPRISES :

présenté par Mustapha SIDIBE et Marina LO WING

Décision n° 2016-598 QPC du 25 novembre 2016, Société Eurofrance (Retenue à la source sur les produits distribués dans un Etat ou territoire non coopératif)

Le Conseil constitutionnel déclare conformes à la Constitution les dispositions de l'article 187-2 du Code général des impôts instituant un taux de retenue à la source de 75 % pour les distributions de produits à destination de sociétés implantées dans un Etat ou territoire non coopératif, sous réserve que le contribuable puisse être mis en mesure de rapporter la preuve que ces distributions n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de revenus dans un tel Etat ou territoire.

Mots-clés : Retenue à la source - Etat ou territoire non coopératif - distribution - fraude fiscale - réserve d'interprétation - présomption irréfragable - présomption simple

Société Eurofrance [Retenue à la source de l'impôt sur les revenus appliquée aux produits distribués dans un État ou territoire non coopératif]

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI le 14 septembre 2016 par le Conseil d'État (décision n° 400867 du même jour), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour la société Eurofrance par Me Rodolphe Mossé, avocat au barreau de Lyon. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2016-598 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 2 de l'article 187 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

Au vu des textes suivants : - la Constitution ; - l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; - le code général des impôts ; - la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 ; - le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ; Au vu des pièces suivantes : - les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le 6 octobre 2016 ; - les pièces produites et jointes au dossier ; Après avoir entendu Me Mossé, pour la société requérante, et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 15 novembre 2016 ; Et après avoir entendu le rapporteur ; LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIVIT :

1. Le 2 de l'article 187 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi du 29 décembre 2012 mentionnée ci-dessus, prévoit : « Le taux de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis est fixé à 75 % pour les produits mentionnés aux articles 108 à 117 bis et payés hors de France, dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A ».

2. La société requérante conteste, en premier lieu, le taux de 75 % fixé par ces dispositions. D'une part, il serait confiscatoire. D'autre part, il en résulterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. En second lieu, la société requérante conteste le reste des dispositions du 2 de l'article 187 du code général des impôts. D'une part, celles-ci méconnaîtraient le principe d'égalité devant les charges publiques, puisque la présomption irréfragable de fraude fiscale qu'elles instituent à l'encontre des sociétés distribuant des produits dans un État ou un territoire non coopératif ferait obstacle à la prise en compte de leurs facultés contributives. D'autre part, ces dispositions édicteraient une sanction ayant le caractère d'une punition contraire au principe de légalité des délits et des peines.

- Sur la recevabilité :

3. Selon les dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement des circonstances.

4. Dans sa décision du 29 décembre 2012 mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné l'article 9 de la loi de finances pour 2013, dont le U du paragraphe 1 portait de 55 % à 75 % le taux de la retenue à la source mentionné au 2 de l'article 187 du code général des impôts. Il a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de cette décision.

5. Dès lors, et en l'absence d'un changement de circonstances, il n'y a pas lieu pour le Conseil d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité portant sur le taux « 75 % » figurant au 2 de l'article 187 du code général des impôts.

- Sur le fond :

6. Selon l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». En vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives. En particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose. Cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

7. Les produits distribués, visés aux articles 108 à 117 bis du code général des impôts, aux personnes n'ayant pas leur domicile fiscal ou leur siège en France sont soumis à la retenue à la source prévue par le 2 de l'article 119 bis du code général des impôts. Le 2 de l'article 187 du même code fixe un taux d'imposition spécifique, de 75 %, lorsque ces produits sont distribués dans un État ou un territoire non coopératif.

8. En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu lutter contre les « paradis fiscaux ». Il a ainsi poursuivi un but de lutte contre la fraude fiscale des personnes qui réalisent des opérations financières dans les États et les territoires non coopératifs. Ce but constitue un objectif de valeur constitutionnelle. Toutefois ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques, faire obstacle à ce que le contribuable puisse être autorisé à apporter la preuve de ce que les distributions de produits dans un État ou un territoire non coopératif n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de revenus dans un tel État ou territoire. Sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques.

9. Par ailleurs, les dispositions contestées n'instituant aucune sanction ayant le caractère d'une punition, le grief tiré de la méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines est inopérant.

10. Par conséquent, sous la réserve énoncée au paragraphe 8, les dispositions du 2 de l'article 187 du code général des impôts, autres que celles mentionnées au paragraphe 5, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE : Article 1er.- Il n'y a pas lieu de statuer sur le taux « 75 % » figurant au 2 de l'article 187 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013. Article 2.- Sous la réserve énoncée au paragraphe 8, le reste du 2 de l'article 187 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, est conforme à la Constitution. Article 3.- Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 24 novembre 2016, où siégeaient : M.

Lionel JOSPIN, exerçant les fonctions de Président, Mmes Claire BAZY MALAURIE, Nicole BELLOUBET, MM. Michel CHARASSE, Jean-Jacques HYEST, Mmes Corinne LUQUIENS, Nicole MAESTRACCI et M. Michel PINAULT. Rendu public le 25 novembre 2016.
JORF n°0276 du 27 novembre 2016 texte n° 72
ECLI:FR:CC:2016:2016.598.QPC

Le contexte de la décision

L'auteur de la question, la société Eurofrance, était associée à hauteur de 38,25 % des parts sociales de la société Livestock Shipping Company, filiale implantée dans les Iles Marshall. En avril 2011, la première consentit à la seconde une avance en compte courant, en contrepartie de laquelle elle ne fut rémunérée que deux ans plus tard, en mars 2013. Suite à une vérification de comptabilité, l'avance tardivement rémunérée fut qualifiée par l'administration fiscale d'acte anormal de gestion, de sorte qu'un rehaussement de ses bénéfices imposables fut pratiqué à hauteur des intérêts que la société Eurofrance aurait normalement dû percevoir en contrepartie de son soutien financier. L'administration fiscale requalifia en outre cette avance en compte courant, du point de vue de la société bénéficiaire, en revenus réputés distribués tels que définis par l'article 109-1-1° du Code général des impôts (CGI), lequel dispose que « *Sont considérés comme revenus distribués : 1° Tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital* ». Une retenue à la source fut alors pratiquée sur ces flux sortants, et compte tenu de l'inscription des Iles Marshall sur la liste des Etats ou territoires non coopératifs (ETNC), c'est le taux de 75 % qui fut appliqué en l'espèce, conformément aux dispositions de l'article 187-2 du CGI.

Ce texte prévoit que « *le taux de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis est fixé à 75 % pour les produits mentionnés aux articles 108 à 117 bis et payés hors de France, dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A* ». Utilisé comme moyen de dissuasion par le législateur afin de « *renforcer les moyens de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales à l'encontre des Etats ou territoires non coopératifs* »¹⁶, ce taux de 75 % ne s'applique qu'aux distributions de revenus de capitaux mobiliers à destination d'un bénéficiaire établi dans un ETNC tel que défini par l'article 238-0 A du CGI. Il ressort de ce texte que sont considérés comme ETNC « *à la date du 1^{er} janvier 2010, les Etats et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'OCDE et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention* ». Ces Etats figurent dorénavant sur une liste fixée par arrêté ministériel¹⁷ et actualisée au moins une fois par an¹⁸, liste comprenant notamment, donc, les Iles Marshall.

Un traitement fiscal spécifique et volontairement désavantageux est donc réservé par le législateur français aux distributions de produits à destination de sociétés implantées dans ces Etats ou territoires, par l'application d'un taux de retenue à la source de 75 %, quand le taux de droit commun est de 30 %¹⁹. Par ailleurs, aucune possibilité n'était laissée à une société transférant ce type de revenus vers un bénéficiaire étranger établi dans un ETNC d'échapper à ce taux prohibitif. Aucune clause de sauvegarde n'ayant été instaurée, une société entrant dans le champ d'application des dispositions de l'article 187-2 du CGI n'était

¹⁶ Exposé des motifs de l'article 14 du projet de loi de finances rectificative pour 2009.

¹⁷ CGI, art. 238-0 A-1, al. 2. Plus précisément, la liste « *est fixée par un arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget après avis du ministre des affaires étrangères* ».

¹⁸ CGI, art. 238-0 A-2. Le Panama a réintégré la liste des ETNC suite au scandale des « Panama Papers », par un arrêté du 8 avril 2016.

¹⁹ Les taux de retenues à la source sont fixés par l'article 187-1 du CGI.

pas mise en mesure de prouver à l'administration fiscale qu'elle n'était pas animée d'une volonté de fraude ou d'évasion fiscale par le biais d'un ETNC. Or, faute pour les contribuables de pouvoir rapporter la preuve contraire, c'est une présomption irréfragable qui était instaurée dans le cadre de ce régime fiscal dérogatoire.

La société Eurofrance introduit donc, le 22 juin 2016, un recours devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir visant à obtenir l'annulation des commentaires administratifs relatifs à la retenue à la source pratiquée sur les revenus distribués par des sociétés françaises à des sociétés établies dans des ETNC²⁰. La société demanderesse soulève en outre une question prioritaire de constitutionnalité. Estimant d'une part que le taux de 75 % applicable serait confiscatoire et qu'il en résulterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprise, et d'autre part que seraient méconnus à la fois le principe d'égalité devant les charges publiques et le principe de légalité des délits et des peines, la société Eurofrance conteste la conformité des dispositions de l'article 187-2 du CGI aux droits et libertés garantis par la Constitution. Le Conseil d'Etat, relevant le « *caractère sérieux* » de la question, statue en faveur de son renvoi au Conseil constitutionnel dans un arrêt rendu le 14 septembre 2016²¹.

La société Eurofrance estime en effet d'une part que le principe d'égalité devant les charges publiques serait méconnu en raison du caractère confiscatoire d'un taux de retenue à la source fixé à 75 %, mais également de l'impossibilité dans laquelle se trouvaient les contribuables de renverser la présomption de fraude et d'évasion fiscales. D'autre part, elle estime méconnu, du fait de l'application de ce taux de 75 %, le principe de la liberté d'entreprendre, ainsi que, en raison « *du caractère seulement implicite de la présomption irréfragable de fraude fiscale* »²², le principe de légalité des délits et des peines.

La décision du Conseil constitutionnel

Le grief relatif au taux applicable de 75 % est rapidement écarté, le Conseil constitutionnel rappelant en effet qu'il « *ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement de circonstances* » (consid. 3). Or le Conseil constitutionnel ayant préalablement examiné le texte à l'origine de ce taux à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2013, et l'ayant alors déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 *Loi de finances pour 2013*, il considère qu'il n'y a dès lors pas lieu de statuer sur ce taux « *en l'absence de changement de circonstances* » (consid. 5).

Le Conseil constitutionnel ensuite, de façon classique, se fonde sur l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, pour rappeler que si une contribution commune est attendue des citoyens, celle-ci doit être répartie entre eux au regard de leurs facultés contributives²³. Or s'il appartient au législateur de fixer les modalités d'appréciation des facultés contributives des citoyens conformément à l'article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel rappelle que cette appréciation doit impérativement être fondée « *sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose* », et « *ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* » (consid. 6).

²⁰ BOI-RPPM-RCM-30-30-10-20.

²¹ CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 14 sept. 2016, n° 400867.

²² Commentaire du Conseil constitutionnel à propos de la décision n° 2016-598 QPC du 25 nov. 2016, *Société Eurofrance (Retenue à la source sur les produits distribués dans un Etat ou territoire non coopératif)*.

²³ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 13 : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

Le taux de 75 % applicable aux produits sortants à destination d'ETNC et le traitement fiscal réservé aux contribuables opérant avec des sociétés implantées sur ces Etats ou territoires - l'institution d'une présomption irréfragable de fraude fiscale - représentent sans conteste, selon le Conseil constitutionnel, des instruments de lutte « *contre les "paradis fiscaux"* » et « *contre la fraude fiscale des personnes qui réalisent des opérations financières dans les Etats ou les territoires non coopératifs* » (cons. 8). Le législateur, par ces mesures draconiennes, agit donc conformément à l'intérêt général, et qui plus est à « *un objectif de valeur constitutionnelle* » (cons. 8).

Pour autant, si le Conseil constitutionnel considère que ces dispositions ne font pas obstacle, dans l'absolu, à la prise en compte des facultés contributives des contribuables, il émet toutefois une réserve d'interprétation au regard du caractère irréfragable de la présomption de fraude fiscale. Il estime ainsi que « *ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques, faire obstacle à ce que le contribuable puisse être autorisé à apporter la preuve de ce que les distributions de produits dans un Etat ou un territoire non coopératif n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de revenus dans un tel Etat ou territoire* » (cons. 8). L'instauration de la présomption de fraude fiscale n'est donc pas contraire aux principes constitutionnels, à condition toutefois que cette présomption soit susceptible de renversement. A défaut, il ne serait plus tenu compte des facultés contributives des contribuables, et serait donc porté atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques.

Le Conseil constitutionnel, enfin, rejette comme inopérant le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines. Ce principe issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne s'applique qu'aux sanctions ayant un caractère punitif, de sorte qu'il ne saurait être méconnu en l'espèce, dans la mesure où les dispositions de l'article 187-2 du CGI, si elles sont effectivement à visée dissuasive, « (n'instituent) *aucune sanction ayant le caractère d'une punition* » (cons. 9).

Dès lors, sous la réserve énoncée relativement au caractère irréfragable de la présomption de fraude fiscale, le Conseil constitutionnel déclare conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution les dispositions de l'article 187-2 du CGI.

Une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel

Par cette réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel semble selon nous insister sur le caractère dérogatoire de ce régime en le ramenant à son but premier, à savoir la lutte contre les paradis fiscaux et la fraude et l'évasion fiscales. Compte tenu de ses caractéristiques, ce dispositif fiscal défavorable se doit d'être circonscrit aux seules sociétés distributrices animées d'une intention frauduleuse. Ne méritent ainsi de se voir appliquer pleinement les dispositions de l'article 187-2 du CGI les seules sociétés pour lesquelles les distributions de revenus représentent moins un événement de la vie du groupe qu'un instrument de délocalisation de leur matière imposable vers des territoires où la charge fiscale sera bien moins lourde qu'en France.

Cette décision du Conseil constitutionnel est à placer dans la droite ligne de sa jurisprudence relative aux régimes fiscaux applicables aux opérations à destination d'ETNC. En effet, le Conseil constitutionnel suivait le même raisonnement environ un an et demi plus tôt, à propos de deux autres régimes dérogatoires applicables dès lors qu'interviennent des sociétés domiciliées dans des ETNC²⁴. Le premier, le régime fiscal des sociétés mères²⁵, est

²⁴ Décision n° 2014-437 QPC du 20 janv. 2015, *Association française des entreprises privées et autres (Régime fiscal des opérations réalisées avec des Etats ou territoires non coopératifs)* : *JurisData* n° 2015-000873 ; *Dr. fisc.* 2015, n° 12, comm. 223, note. P. KOURALEVA-CAZALS ; *FR* 4/15 paru le 30 janv. 2015, n° 2.

en effet inapplicable aux dividendes de filiales implantées dans un ETNC, quand le second, le régime des plus-values professionnelles à long terme²⁶, ne peut profiter aux cessions de titres de participation de sociétés implantées dans ces mêmes ETNC.

Se fondant déjà sur l'article 13 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel ne relève pas d'inconstitutionnalité mais assortit cette conformité à la Constitution d'une réserve d'interprétation. Il précise en effet « *que les dispositions contestées ne sauraient, toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques, faire obstacle à ce que, à l'instar de ce que le législateur a prévu pour d'autres dispositifs fiscaux applicables aux opérations réalisées dans un Etat ou un territoire non coopératif (...), le contribuable puisse être admis à apporter la preuve de ce que la prise de participation dans une société établie dans un tel Etat ou territoire correspond à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation des bénéfices dans un tel Etat ou territoire* » (cons. 10). Dès lors, déjà, le Conseil constitutionnel relevait l'impossibilité pour le contribuable entrant dans le champ d'application de ces régimes fiscaux défavorables de rapporter la preuve contraire afin de renverser la présomption de fraude fiscale. Par conséquent, ces dispositifs dérogatoires ont été jugés conformes à la Constitution, sous réserve que le contribuable visé soit admis à rapporter la preuve de la réalité et du caractère non frauduleux de la prise de participation.

En novembre 2016 le Conseil constitutionnel n'a certes pas fait référence, dans sa réserve d'interprétation, au caractère réel des distributions de produits, cependant l'esprit est le même. Il s'agit de laisser la possibilité à toute société entrant dans le champ d'application de l'article 187-2 du CGI de rapporter la preuve de l'absence d'intention frauduleuse à l'occasion de la distribution des revenus en cause. Là encore, ce régime fiscal étant destiné à lutter contre la fraude, il n'a pas vocation à s'appliquer à des situations qui ne traduisent pas une volonté de la société française de localiser des revenus dans un ETNC dans un but de fraude ou d'évasion fiscale.

Ces régimes dérogatoires applicables aux opérations menées avec des ETNC ne sont donc en aucun cas remis en cause par le Conseil constitutionnel, qui au contraire leur reconnaît un caractère d'intérêt général. Pour autant, en raison des objectifs affichés par le législateur tels qu'ils transparaissent des travaux préparatoires - la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et les paradis fiscaux - il convient d'écarter toute application systématique de ces régimes fiscaux spécifiques et dissuasifs. Le contribuable doit ainsi être mis en mesure de renverser la présomption de fraude qui pèse sur lui, de sorte que ne soient véritablement sanctionnées par l'application d'un taux majoré de retenue à la source que les seules distributions de produits guidées par une volonté d'évasion fiscale.

²⁵ Le régime fiscal des sociétés mères permet sous certaines conditions à des sociétés détenant une participation significative dans le capital d'autres sociétés d'être exonérées d'impôt sur les sociétés à raison des dividendes versés par ces filiales, sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 5 %. L'exclusion du bénéfice de ce régime des mères de filiales établies dans des ETNC figure aujourd'hui à l'article 145-6 d) du CGI (elle figurait au j) en 2014).

²⁶ Ce régime permet, là encore sous conditions, aux sociétés détenant des titres de participation de filiales d'être exonérées d'impôt sur les plus-values à long terme réalisées à l'occasion de la cession de ces titres, sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 12 %. L'exclusion du bénéfice de ce régime des titres de filiales établies dans des ETNC figure aux articles 39 duodecimes 2-c) et 219-I-a sexies-0 ter) du CGI.

DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

présenté par Aliénor BOULANGER

- Cass. crim. 25 oct. 2016, n°16-80.366

Résumé : Le principe de responsabilité personnelle énoncé à l'article 121-1 du Code pénal fait obstacle à la transmission de la responsabilité pénale. Par cet arrêt, la chambre criminelle réaffirme sa position sur l'applicabilité du principe de responsabilité personnelle aux personnes morales et écarte ainsi l'argument tiré de la jurisprudence européenne, selon lequel la fusion-absorption entraîne le transfert par confusion du patrimoine et de la personnalité des sociétés à l'opération. Une société absorbante ne peut donc pas se voir infliger une amende, après une fusion-absorption, pour des faits commis antérieurement à celle-ci, par la société absorbée.

Mots-clefs : fusion-absorption- personne morale - responsabilité pénale - responsabilité personnelle - société absorbante - société absorbée

« Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, d'une part, la troisième directive 78/855/ CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes, qui a été codifiée par la directive 2011/ 35/ UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, telle qu'interprétée en son article 19 paragraphe 1 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt du 5 mars 2015 précité, est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers, d'autre part, l'article 121-1 du code pénal ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé »

- **Parution le 7 décembre 2016 du rapport d'activité de Tracfin pour l'année 2015** : <http://www.economie.gouv.fr/files/ra-2015-tracfin.pdf>

« L'activité déclarative des professionnels en 2015 » :

D'un point de vue quantitatif, et dans le contexte des attentats de Paris, le rapport fait état d'une hausse d'activité, tant des informations reçues, qu'externalisées. La majeure partie des déclarations de soupçon reçues par Tracfin provient des professionnels assujettis.

Le rapport détaille et analyse, par secteur d'activité, le flux déclaratif des différents professionnels. Outre les professionnels assujettis, Tracfin reçoit des déclarations d'informations administratives qui ont la même valeur que des déclarations de soupçon. Elles émanent des organismes publics ou chargés d'une mission de service public et témoignent d'un partenariat public-privé renforcé.

De plus, la pertinence du système de communication systématique d'information, introduit en 2013, a conduit à un renforcement du dispositif. Pour rappel, ce dispositif implique, pour les établissements de crédit, de paiement et de monnaie électronique d'adresser à Tracfin, de façon objective, les éléments d'information relatifs aux opérations de transfert de fonds réalisés en espèces ou au moyen de monnaie électronique dès lors qu'elles dépassent 1 000 euros ou 2 000 euros cumulés par client par mois calendaire. Depuis le 1^{er} janvier 2016, doivent également donner lieu à déclaration, les versements ou retraits en espèces effectués sur un compte de dépôt ou de paiement dont le montant cumulé sur un mois calendaire dépasse 10 000 euros.

« L'activité de Tracfin en 2015 » :

En 2015, le nombre de notes adressé par Tracfin à l'autorité judiciaire s'élève à 595 et est en légère baisse (-4%). Parmi celles-ci, cinq catégories d'infractions sous-jacentes peuvent être

dégagées : les infractions fiscales, le travail dissimulé, l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance et l'escroquerie. Le rapport dresse ensuite des cas typologiques de fraudes.

La lutte contre le financement du terrorisme constitue également une part croissante de l'activité de Tracfin. La forte hausse du nombre de transmissions aux services de renseignements en matière de lutte contre le financement du terrorisme en témoigne : 168 en 2015 contre 67 en 2014.

En outre, la 4ème directive anti-blanchiment 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (LCB/FT) a été publiée le 5 juin 2015 et devra être transposée avant le 26 juin 2017.

Enfin, le rapport d'activité un bilan de l'activité internationale de Tracfin au sein notamment, du GAFI et fait état des accords de coopération bilatéraux mis en œuvre au cours de l'année 2015.

DÉVELOPPEMENT DURABLE, ENVIRONNEMENT, RISQUES INDUSTRIELS (réservé)

DROIT SOCIAL (réservé)

DROIT DES TRANSPORTS :

présenté par Tamara DUPUY

I. ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

Droit communautaire

-*Directive (UE) 2016/2309 de la Commission du 16 décembre 2016* portant quatrième adaptation au progrès scientifique et technique des annexes de la directive 2008/68/CE du Parlement européen et du Conseil relative au **transport intérieur des marchandises dangereuses**.

-*Directive (UE) 2016/1629 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016* établissant les **prescriptions techniques applicables aux bateaux de navigation intérieure**, modifiant la directive 2009/100/CE et abrogeant la directive 2006/87/CE.

Résumé : Cette directive établit les prescriptions techniques nécessaires pour assurer la sécurité des bâtiments naviguant sur les voies d'eau intérieures visées à l'article 4 et la classification de ces voies d'eau intérieures.

Droit français

1-Ordonnances

-*Ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016* relative **aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française**.

-Ordonnance n° 2016-1686 du 8 décembre 2016 relative à l'aptitude médicale à la navigation des gens de mer et à la lutte contre l'alcoolisme en mer.

-Ordonnance n° 2016-1315 du 6 octobre 2016 modifiant la loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime.

*-Ordonnance n°2016-1314 du 6 octobre 2016 portant adaptation à la **convention du travail maritime** (2006) de l'Organisation internationale du travail et à la convention n°188 sur le travail dans la pêche (2007) du droit applicable aux gens de mer à Wallis-et-Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises.*

2-Lois

*-Loi n°2016-1428 du 24 octobre 2016 relative au renforcement de la **sécurité de l'usage des drones civils**.*

Résumé : la loi complète la réglementation issue des deux arrêtés du 17 décembre 2015. Ce texte, long de six articles, contribue, dans l'attente d'une réglementation européenne, à positionner la France parmi les pionniers de la législation sur les drones civils, qu'il s'agisse de l'encadrement de leur activité ou la régulation de leur utilisation dans l'espace aérien, dès lors que ces aéronefs sans pilote à bord - telle est l'appellation officielle des drones - dépassent 800 grammes.

3-Décrets

*-Décret n°2016-1727 du 14 décembre 2016 modifiant le **code des transports en ce qui concerne notamment la navigation des bateaux en aval de la limite transversale de la mer**.*

Résumé : le décret procède à la modification des articles régissant la composition des conseils de coordination interportuaire de l'Atlantique et de la Seine, à la suite de la réorganisation territoriale des régions intervenue par la loi no 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral. Le décret modifie également les dispositions réglementaires régissant le pilotage maritime, notamment celles relatives aux patrons pilotes en supprimant la disposition qui plaçait les titulaires de licences de patrons pilotes en dehors de l'obligation de pilotage. Le décret procède à l'actualisation des dispositions relatives à la composition du jury octroyant les licences de patrons pilotes. Le décret actualise la réglementation relative à la navigation des bateaux en aval de la limite transversale de la mer pour accéder aux installations d'escales de proximité.

*-Décret n° 2016-1693 du 9 décembre 2016 portant modification du décret no 84-810 du 30 août 1984 relatif à la **sauvegarde de la vie humaine en mer, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution**.*

Résumé : le décret s'inscrit dans la politique de simplification administrative et de réforme de l'Etat. A ce titre, il supprime la Commission nationale de sécurité de la navigation de plaisance et transfère ses attributions à la Commission centrale de sécurité. Il abroge également le décret no 2007-937 du 15 mai 2007 relatif à la sûreté des navires et organise le transfert de ses dispositions au sein du décret no 84-810. Par ailleurs, il détermine les mesures réglementaires nécessaires à la transposition de la directive 2014/90/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet relative aux équipements marins et abrogeant la directive 96/98/CE. A ce titre il précise la procédure applicable aux équipements marins non conformes et à ceux qui présentent un risque. Il renforce également les obligations des fabricants et des importateurs d'équipements marins dans le cadre de la surveillance de marché. En outre, il détermine les mesures réglementaires d'application du règlement no 1257-2013 du 20 novembre 2013 relatif au recyclage des navires. Enfin le décret procède à des ajustements techniques et rédactionnels du décret no 84-810 au vu des retours

d'expérience sur son application et des évolutions réglementaires nationale, européenne et internationale.

-Décret n°2016-1660 du 5 décembre 2016 relatif à des **dispositions du livre Ier de la cinquième partie réglementaire du code des transports.**

Résumé : le décret codifie dans la cinquième partie du code des transports les dispositions réglementaires applicables au navire relevant d'un décret en Conseil d'Etat délibéré en conseil des ministres. Elles concernent la désignation de l'autorité compétente qui adresse la mise en demeure de mettre fin au danger ou à l'entrave prolongée que présente un navire abandonné, ainsi que la désignation de l'autorité administrative de l'Etat compétente pour prononcer la déchéance des droits du propriétaire sur le navire abandonné. Il comporte également une disposition désignant l'autorité compétente à laquelle doit être adressée la mise en demeure de mettre fin au danger ou à l'entrave que présente une épave.

-Décret n°2016-1616 du 28 novembre 2016 relatif aux **conventions locales de sûreté des transports collectifs et aux conditions d'armement des agents de police municipale, des gardes champêtres et des agents des services internes de sécurité de la SNCF et de la RATP.**

Résumé : le présent décret prévoit la possibilité pour plusieurs communes contiguës desservies par un ou plusieurs réseaux de transports publics de voyageurs d'organiser l'intervention de leurs polices municipales sur l'ensemble du ou des réseaux. A cet effet, il détermine les conditions de la conclusion de la convention locale entre les communes concernées, et les modalités d'intervention des policiers municipaux sur le territoire d'une autre commune de l'agglomération qui les place sous l'autorité du maire de cette commune. En outre, le présent décret fait évoluer la gamme d'armement relevant de la catégorie B des agents de police municipale et des agents des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports publics qui pourront désormais être équipés d'armes à feu de poing de calibre 9 mm, avec des munitions de service à projectile expansif. Par ailleurs, il prévoit l'organisation d'une formation obligatoire préalable et d'entraînement à l'armement pour certaines armes de catégorie D (matraques) autorisées aux agents de police municipale par l'article R. 511-12 du code de la sécurité intérieure. Enfin, il impose une formation préalable et une formation d'entraînement pour les gardes champêtres afin d'utiliser des armes de catégorie B.

-Décret n°2016-1614 du 25 novembre 2016 **modifiant le code des transports.**

Résumé : le décret apporte les ajustements nécessaires au dispositif de continuité territoriale afin d'assurer la poursuite de la politique de continuité territoriale entre les outre-mer et le territoire métropolitain, en ce qui concerne les frais pris en charge, d'une part, et le niveau des formations qui bénéficient du dispositif, d'autre part.

-Décret n°2016-1576 du 23 novembre 2016 modifiant le décret n°70-1285 du 23 décembre 1970 relatif à la **taxe spéciale sur certains véhicules routiers NOR.**

Résumé : le décret simplifie les modalités de déclaration et de perception de la taxe spéciale sur certains véhicules routiers (TSVR). Il met en œuvre la suppression du régime journalier de paiement et modifie le régime de paiement trimestriel vers un régime de paiement semestriel.

-Décret n°2016-1569 du 22 novembre 2016 relatif aux **enquêtes sur les accidents et incidents ferroviaires.**

Résumé : le décret complète les dispositions réglementaires du code des transports relatives aux enquêtes sur les accidents ferroviaires qu'effectue le BEA-TT dans le cadre de la transposition de la directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la sécurité ferroviaire.

-Décret n°2016-1550 du 17 novembre 2016 relatif à certaines dispositions de la **partie réglementaire du code des transports.**

Résumé : le décret a pour objet de codifier, à droit constant, les dispositions de la troisième partie réglementaire du code des transports. Cette partie concerne le transport routier.

-Décret n°2016-1549 du 17 novembre 2016 relatif à certaines dispositions de la partie réglementaire du code des transports.

Résumé : le décret a pour objet d'abroger deux décrets délibérés en conseil des ministres dont les dispositions ont été déclassées en décrets en Conseil d'Etat ou en décrets simples et reprises dans la troisième partie réglementaire du code des transports (décrets en Conseil d'Etat et décrets simples). Cette partie concerne le transport routier.

-Décret n°2016-1495 du 4 novembre 2016 portant code de déontologie des agents des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens.

Résumé : le décret a pour objet de créer un code de déontologie applicable aux agents des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens. Ce décret comporte un ensemble de droits et de devoirs applicables à ces agents dans le cadre de l'exercice de leurs missions.

II. ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

1-Cour de cassation

Faute inexcusable - caractérisation

Com. 13 décembre 2016, n°15-16027, publié au bulletin

La faute inexcusable résulte de la conscience du transporteur qu'un dommage résulterait probablement de son comportement. Le fait de ne pas garer le camion dans l'enceinte de la brigade de gendarmerie où il était initialement envisagé de le garer et qu'il s'en est suivi un vol des marchandises ne permet pas de caractériser la conscience de la probabilité du dommage.

Distinction de la fraude ou infidélité et de la faute inexcusable - intervention du délai de prescription.

Com. 13 décembre, n° 15-19509, publié au bulletin

Le cas de fraude ou d'infidélité prévu par l'article L. 133-6 du code de commerce ne se confond pas avec la faute inexcusable prévue par l'article L. 133-8 du code de commerce.

Seul le cas de fraude ou d'infidélité qui suppose de la part du transporteur envers son cocontractant une volonté malveillante, une déloyauté, une dissimulation du préjudice causé à l'expéditeur ou au destinataire, est de nature à faire échec à la prescription d'un an des actions auxquelles peut donner lieu le contrat de transport et à conduire à l'application du délai de prescription de droit commun de cinq ans.

Compensation entre le prix du transport et les dommages et intérêts.

Com. 13 décembre, n° 15-19509, publié au bulletin

Selon le contrat-type général, l'imputation unilatérale du montant des dommages allégués sur le prix du transport est interdite. L'expéditeur ne peut procéder à la compensation de sa dette correspondant au prix du transport et de sa créance correspondant aux dommages et intérêts résultant du vol des marchandises transportées sans l'accord du transporteur.

Contrat de transport - vente sous l'Incoterm Ex works - qualification d'expéditeur.

Com. 13 septembre 2016, n°14-23137, publié au bulletin

Le choix par les parties à un contrat de vente de l'Incoterm Ex works (vente au départ dans laquelle le vendeur n'est pas l'expéditeur) n'empêche pas la qualification d'expéditeur du vendeur dès lors que le vendeur du bien est mentionné en tant qu'expéditeur/remettant sur la lettre de voiture portant son cachet et sa signature et a lui-même chargé les marchandises à

l'aide de ses propres moyens de manutention dans le conteneur remis au transport. Le vendeur qui a assumé la responsabilité des opérations de chargement doit répondre des conséquences dommageables de leur exécution défectueuse et indemniser le transporteur des dommages qui lui ont été causés de ce fait.

2-Conseil d'Etat

Collecte de la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises

CE, 5 décembre 2016, n°399965, Recueil Lebon

Décision : « Il est enjoint à la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat et au ministre de l'économie et des finances de prendre l'arrêté fixant la date de mise en œuvre du dispositif technique nécessaire à la collecte de la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises en application de l'article 153 de la loi du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision ».

Décret relatif aux tarifs des courses de taxi - pas de nullité pour excès de pouvoir : CE, 5 décembre 2016, n°395086, Recueil Lebon

Demande d'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2015-1252 du 7 octobre 2015 relatif aux tarifs des courses de taxi.

Décision : « Considérant que, d'une part, le principe de la réglementation des tarifs des courses de taxi, ainsi qu'il a été dit, a pour fondement les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce et ne saurait, par suite, être utilement contesté dans la présente requête au regard de la liberté d'entreprendre ; que, d'autre part, les dispositions du troisième alinéa de l'article 4 du décret attaqué n'imposent par elles-mêmes aucune tarification particulière et se bornent à prévoir la possibilité, pour le ministre chargé de l'économie, d'instituer, par dérogation aux règles de tarification applicables aux taxis, des tarifications forfaitaires maximales pour la desserte de certains lieux ou sites faisant l'objet d'une fréquentation régulière ou élevée ; qu'une telle possibilité, qui concerne un nombre de dessertes nécessairement limité, assure aux consommateurs, notamment dans les lieux fréquentés par des touristes qui n'en sont pas familiers, non seulement la sécurité en ce qui concerne le montant de la dépense, mais aussi la capacité de faire un choix en connaissance de cause entre les différents moyens de transport publics ou privés mis à sa disposition ; qu'en outre, cette possibilité offre un moyen au ministre chargé de l'économie de corriger les déséquilibres entre l'offre et la demande dans certaines zones, dus au fait que la tarification horokilométrique jusqu'alors en vigueur pour tous les trajets incite les taxis à privilégier la desserte de certaines zones au détriment d'autres faisant pourtant l'objet d'une forte demande ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué, pris en application des dispositions de l'article L. 410-2 du code de commerce, porterait une atteinte à la liberté d'entreprendre non justifiée par un motif d'intérêt général doit être écarté ;

(...)

Considérant, enfin, qu'il ressort des pièces du dossier qu'il existait un déséquilibre entre l'offre et la demande de taxis, lié au fait que le système de tarification en vigueur antérieurement au décret attaqué incitait ces derniers à privilégier la recherche de clients dans les gares, les ports et les aéroports, au détriment de certains secteurs de centre-ville où l'offre de taxis était insuffisante ; qu'ainsi, en ne prévoyant pas, comme c'était le cas auparavant, la possibilité d'un supplément de prise en charge dans les gares, les ports et les aéroports, le pouvoir réglementaire a, par le décret attaqué, poursuivi un objectif d'intérêt général visant à rééquilibrer l'offre et la demande de taxis sur le territoire national ; que, par suite, le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation à n'avoir pas prévu le supplément en cause doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la chambre syndicale des cochers chauffeurs de voitures de places CGT taxis doit être rejetée »

PROCÉDURES JUDICIAIRES ET ARBITRALES, VOIES D'EXÉCUTION :

Présenté par RANAIVO Harinandrianina.

Le contrôle du Conseil d'Etat sur les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international

Alors que les articles 1518 et 1519 du CPC prévoient le seul recours pouvant être formé contre les sentences arbitrales rendues en France en matière d'arbitrage international, à savoir le recours en annulation devant la Cour d'Appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, il se trouve que le Conseil d'Etat a, pour la première fois et par voie purement jurisprudentielle, dans la décision présentée ci-dessous et s'appuyant sur l'article L. 321-2 du code de justice administrative, définit une compétence d'exception pour le contrôle et l'annulation de ces mêmes sentences lorsque le recours implique le contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique.

En effet, considérant ces contrats comme relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours en annulation formé contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relèverait de la compétence du juge administratif et non de celle du juge judiciaire.

C'est ainsi que, dans sa décision en date du 9 novembre 2016, le Conseil d'Etat a, après avoir invoqué une règle d'ordre public relative à l'exécution d'un marché de travaux publics, partiellement annulé la sentence arbitrale litigieuse CCI du 13 février 2015.

I. Présentation de la décision

Conseil d'État ass. du 9 novembre 2016 n°388806²⁷

A la requête de la société Fosmax LNG, le Conseil d'Etat, en s'appuyant sur la décision du Tribunal des Conflits du 11 avril 2016 (pourvoi n°C4043²⁸), a délimité son domaine de compétence et l'étendue de son contrôle sur les recours contre les sentences arbitrales internationales rendues en France, et annulé la sentence arbitrale CCI n°18466/ND/MHM, rendue à Paris le 13 février 2015 par le tribunal arbitral composé sous l'égide de la Chambre de commerce internationale.

II. Résumé

A. Les parties au litige :

Société Fosmax LNG, auparavant société Gaz de France, Etablissement Public Industriel et Commercial c/ le groupement d'entreprise STS, composé des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem.

B. Les faits :

Le 27 novembre 2001

Par un avis publié au JO de l'Union Européenne, Gaz de France, alors Etablissement Public Industriel et Commercial a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un contrat ayant pour objet la construction d'un terminal méthanier sur la presqu'île de Fos Cavaou, ouvrage comprenant principalement des installations de déchargement des navires méthaniers, des réservoirs de stockage et des unités de regazéification.

Le 17 mai 2004

Le contrat a été attribué au groupement d'entreprises solidaires STS composé de :

1. La société Sofregaz, devenue TCM FR
2. de SN Technigaz
3. de Saipem

²⁷ http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CE_LIEUVIDE_2016-11-09_388806

²⁸ http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=TCONFL_LIEUVIDE_2016-04-11_C4043

Le 17 juin 2005, par un avenant au contrat,

La société Gaz de France, devenue société anonyme, a cédé le contrat, avec effet rétroactif à sa date de signature, à sa filiale, la Société du terminal méthanier de Fos Cavaou, laquelle a ensuite pris le nom de Fosmax LNG.

Le 23 janvier 2008, par un autre avenant au contrat,

Les droits et obligations de la société SN Technigaz ont été transférés à la société Saipem et la société de droit italien Tecnimont est entrée dans le groupement.

Le 11 juillet 2011, par un nouvel avenant,

Les parties au contrat ont inséré une clause compromissoire prévoyant que tout différend relatif au contrat serait tranché définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par trois arbitres nommés conformément à ce règlement.

Un différend est né entre les parties, la société Fosmax LNG a mis en œuvre la procédure d'arbitrage, sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale, afin d'obtenir réparation du préjudice résultant pour elle du retard et des malfaçons dans la livraison du terminal méthanier ;

Le groupement STS a formé, de son côté, des conclusions reconventionnelles tendant au remboursement de l'intégralité des surcoûts supportés par lui pour la réalisation du terminal.

C. La procédure :

Le 13 février 2015

Le tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de Commerce Internationale a rendu une sentence arbitrale par laquelle il a jugé que :

4. le groupement STS devrait payer la somme de 68 805 345 € à la société Fosmax LNG
5. et que celle-ci devrait payer au groupement la somme de 128 162 021 €. Le surplus des demandes a été rejeté.

Le 18 mars 2015,

La société Fosmax LNG a saisi le Conseil d'Etat d'un recours en annulation de la sentence arbitrale.

Par décision du 3 décembre 2015,

Le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a saisi le Tribunal des conflits de la question de compétence en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015 ;

Par une décision du 11 avril 2016,

Le Tribunal des conflits a jugé que le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale ressortissait à la compétence de la juridiction administrative.

III. **Observations**

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, se basant sur l'article L. 321-2 du code de justice administrative²⁹, définit clairement et pour la première fois l'étendue du contrôle qu'il exerce sur les sentences arbitrales rendues en matière d'arbitrage international.

Ci-après les points sur lesquels la décision du Conseil d'Etat apporte des précisions s'agissant du recours en annulation et du contrôle des sentences arbitrales internationales par le Juge administratif.

A. Le domaine de la compétence (considérant n°4)

Le Conseil d'Etat précise que relèvent de la compétence de la juridiction administrative, les recours contre une sentence arbitrale qui a été :

1. rendue en France ;
2. dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger ;
3. exécuté sur le territoire français ;
4. mais mettant en jeu les intérêts du commerce international.

Aux conditions que :

²⁹ Article L. 321-2 du CJA : « Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives ».

- le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public ;
- et que le recours implique, par suite, un contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique

Il ajoute en outre qu'il en va de même pour les sentences rendues sur le fondement de l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics³⁰, en vue du règlement de litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat mettant en jeu les intérêts du commerce international.

B. L'étendue du contrôle (considérant n°5)

1. Contrôle de la licéité de la convention d'arbitrage

Qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis, il appartient au Conseil d'Etat de s'assurer, le cas échéant d'office, la licéité de la convention d'arbitrage.

Ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés :

- d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières ;
- et, d'autre part, de ce que la sentence est contraire à l'ordre public

2. Contrôle de la régularité de la procédure

Une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si :

- le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent,
- s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité,
- s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée,
- s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure
- ou s'il n'a pas motivé sa sentence

3. Le contrôle sur le fond du litige

Une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public :

- lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement,
- lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat,
- ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne.

En règle générale, le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige. L'annulation de la sentence n'est encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public (considérant n°11).

C. Le pouvoir d'annulation et d'évocation du CE (Considérant n°6)

À l'issue de son contrôle, le Conseil d'Etat :

1. S'il constate l'illégalité du recours à l'arbitrage, prononce l'annulation de la sentence arbitrale et décide soit :
 - de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître,
 - soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral

³⁰ Article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « Les acheteurs peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le [livre IV du code de procédure civile](#) pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française.

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.»

2. S'il constate que le litige est arbitral, peut :
- rejeter le recours dirigé contre la sentence arbitrale
 - ou annuler, totalement ou partiellement, celle-ci ; qu'il ne peut ensuite régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties ; qu'à défaut de stipulation en ce sens ou d'accord des parties sur ce point, il revient à celles-ci de déterminer si elles entendent de nouveau porter leur litige contractuel devant un tribunal arbitral, à moins qu'elles ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent ;

DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL DES AFFAIRES :

DIVERS
