Centre de Droit des Affaires
- Veille juridique -
2017-2

Période couverte : 20 décembre 2016 - 20 février 2017

CONTRATS COMMERCIAUX pp. 3-13
présenté par Stanislas BARRY, Tamara DUPUY et Quentin MAGHIA
****

CONCURRENCE, CONSOMMATION pp. 13-18
présenté par Julien LOZE
****

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, NUMÉRIQUE pp. 18-22
présenté par Olivia Epaminondas et Aurélien SERRE
****

DROIT DES GROUPEMENTS
présenté par Émilie GARREAU et Doriane VILLANOVA pp. 22-23
****

DROIT BANCAIRE, INSTRUMENTS DE PAIEMENT ET DE CREDIT pp. 23-29
présenté par Marie SOTAS et Frédéric VERLHIAC
****

DROIT DES SÛRETÉS pp. 29-30
présenté par Sophie ATSARIAS
****

DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE pp. 30-35
présenté par Émilie GARREAU et Doriane VILLANOVA
****

FISCALITÉ DES ENTREPRISES pp. 35-38
présenté par Mustapha SIDIBE et Marina LO WING
****

DROIT PÉNAL DES AFFAIRES
présenté par Aliénor BOULANGER, Arnaud MALIK, Amandine SALA et Fabien VESSIO pp. 39-45
****

DÉVELOPPEMENT DURABLE, ENVIRONNEMENT, RISQUES INDUSTRIELS
****

DROIT SOCIAL
****

DROIT DES TRANSPORTS : pp. 45-47
présenté par Tamara DUPUY
****

PROCÉDURES JUDICIAIRES ET ARBITRALES, VOIES D'EXÉCUTION :
****

DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL DES AFFAIRES.
****

DIVERS

CONTRATS COMMERCIAUX :

présenté par Stanislas BARRY, Tamara DUPUY, Quentin MAGHIA

****

I. ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

Loi intitulé « Mixité sociale et égalité des chances dans l'habitat » :

Le titre II de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté du 27 janvier 2017 s'intéresse tour à tour au logement social, aux baux d'habitation, à la copropriété et aux professionnels de l'immobilier.

L. n° 2017-86, 27 janv. 2017, JO 28 janv.

Rectificatif, JO 31 janv.

En matière de logement social, la loi Égalité Citoyenneté (LEC) revoit de fond en comble la procédure et la politique d'attribution de tels logements, réforme les conventions d'utilité sociale (CUS), permet aux organismes d'opter pour une « nouvelle politique des loyers » et se penche sur le supplément de loyer de solidarité (SLS). Par ailleurs, la loi du 27 janvier 2017 durcit les conditions d'applications de la loi SRU en matière d'obligation de construction de logements sociaux (renforcement notamment des pouvoirs de contrôle de l'État et des sanctions). Le nouveau texte apporte enfin des retouches aux dispositions relatives à l'Agence nationale du contrôle du logement social (ANCOLS) et à la Caisse de garantie du logement locatif social (CGLLS).

Beaucoup moins ambitieux, le volet « bail d'habitation » de la loi du 27 janvier 2017 simplifie les règles applicables en matière de cautionnement (l'exigence d'une mention manuscrite disparaît lorsque la caution est une personne morale), modifie le champ d'application partielle de la loi de 1989 (retouches portant sur son article 40), étend la procédure d'expulsion à tout « lieu habité par la personne expulsée » (alors que jusqu'alors, seul était visé le local affecté à l'habitation principale) ou par tout occupant de son chef. En matière de rapports collectifs, on notera que la représentativité des associations est étendue à celles qui siègent au Conseil national de l'habitat ou au Conseil national de la consommation.

Pour ce qui est de la copropriété des immeubles bâtis, la LEC apporte des modifications aux articles L. 711-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, relatifs à l'immatriculation des copropriétés (affirmation que le dispositif vise à faciliter la connaissance sur l'état des copropriétés des pouvoirs publics, mais aussi des citoyens ; les notaires et le public ont désormais accès à l'ensemble des données du registre, etc.), et précise les pouvoirs dévolus aux administrateurs provisoires (l'administrateur d'une copropriété en difficulté peut ainsi désormais avancer des fonds au syndicat de copropriétaires, devenir syndic de la copropriété au-delà d'un délai de cinq ans à compter de l'issue de sa mission, etc.).

Précisons enfin que la nouvelle loi ratifie l'ordonnance n° 2015-1075 du 27 août 2015 relative à la simplification des modalités d'information des acquéreurs prévues aux articles L. 721-2 et L. 721-3 du code de la construction et de l'habitation.

Quant aux dispositions de la loi Hoguet ayant trait au Conseil national de la transaction et de la gestion immobilières (CNTGI), elles sont largement réécrites par le nouveau texte (reconnaissance de sa personnalité morale, composition, attributions, sanctions disciplinaires, etc.).

Enfin, un nouvel article 4-3 est inséré à la loi de 1970 aux termes duquel, sous réserve des dispositions leur imposant la divulgation de certaines informations, les professionnels de l'immobilier et, lorsqu'il s'agit de personnes morales, leurs représentants, doivent respecter la confidentialité des données dont elles ont connaissance dans l'exercice de leurs activités. Ce principe ne fait toutefois obstacle ni à la communication aux copropriétaires de tout élément nécessaire au bon fonctionnement du syndicat ni au signalement d'un habitat manifestement indigne au maire de la commune concernée.

À la suite de la loi ALUR du 24 mars 2014, l'arrêté du 10 janvier 2017 relatif à l'information des consommateurs par les professionnels intervenant dans une transaction immobilière réécrit un précédent arrêté du 29 juin 1990. Toilettage de l'arrêté « publicité des prix ».

Arr. 10 janv. 2017, JO 18 janv.

De manière, notamment, à tenir compte des avancées de la loi ALUR du 24 mars 2014, l'arrêté du 10 janvier 2017 relatif à l'information des consommateurs par les professionnels intervenant dans une transaction immobilière (NOR: ECFC1638733A, JO 18 janv.) abroge à compter du 1er avril prochain un arrêté du 29 juin 1990.

En dépit des intitulés différents (l'arrêté de 1990 était relatif à la publicité des prix pratiqués par des professionnels intervenant dans les transactions immobilières), l'objet des deux textes est identique.

Comme en 1990, le nouvel arrêté vise en effet à fixer le cadre de l'affichage des tarifs des professionnels de l'immobilier qui, à quelque titre que ce soit, interviennent pour mettre en relation acquéreurs ou locataires et vendeurs ou bailleurs de biens immobiliers.

On retiendra tout d'abord du nouveau texte qu'il prévoit des mesures d'affichage à l'entrée des établissements recevant de la clientèle, depuis l'extérieur sur la vitrine de ces établissements, sur chaque vitrine publicitaire située hors établissement et dans les foires, les salons ou à l'occasion de toute manifestation commerciale.

L'arrêté de 2016 fait par ailleurs la distinction entre les mesures de publicité en matière, d'une part, de vente et, d'autre part, de location ou sous-location non saisonnière.

Publicité effectuée par un professionnel de l'immobilier à l'occasion de la vente d'un bien déterminé

Une telle publicité doit, quel que soit le support utilisé, indiquer :

le prix de vente du bien objet de la publicité. Le cas échéant, ce prix comprend obligatoirement la part des honoraires du professionnel à la charge de l'acquéreur et est exprimé à la fois honoraires inclus et exclus. La taille des caractères du prix du bien mentionné honoraires inclus est plus importante que celle du prix du bien hors honoraires. Le prix de vente ne peut en aucun cas inclure la part des honoraires à la charge du vendeur ;

à qui incombe le paiement des honoraires du professionnel à l'issue de la réalisation de la transaction

le montant toutes taxes comprises (TTC) des honoraires du professionnel qui sont à la charge de l'acquéreur, exprimé en pourcentage de la valeur dudit bien entendue hors honoraires ; ce montant étant précédé de la mention « Honoraires : ».

Publicité effectuée par un professionnel relativement à la location ou à la sous-location non saisonnière

Elle doit, quel que soit le support utilisé, indiquer :

le montant du loyer mensuel, augmenté le cas échéant du complément de loyer et des charges récupérables, suivi de la mention « par mois » et, s'il y a lieu, de la mention « charges comprises » ;

le cas échéant, le montant des charges récupérables inscrit dans le contrat de location et dans tous les cas les modalités de règlement desdites charges ;

le cas échéant, pour les biens situés dans une « zone tendue » au sens de l'article 17 de la loi du 6 juillet 1989, le montant du complément de loyer exigé ;

le montant du dépôt de garantie éventuel ;

le cas échéant, le caractère meublé de la location ;

le montant total TTC des honoraires du professionnel mis à la charge du locataire, suivi ou précédé de la mention « honoraires charge locataire » (« HCL » en abrégé sur les supports physiques) ;

le cas échéant, le montant TTC des honoraires à la charge du locataire dus au titre de la réalisation de l'état des lieux ;

Une telle publicité doit également indiquer la commune et, le cas échéant, l'arrondissement dans lesquels se situe le bien, ainsi que la surface du bien loué exprimée en mètres carrés de surface habitable.

II. ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

BAIL COMMERCIAL

Contrat de bail commercial – application dans le temps de la loi du 22 juillet 2009

Civ. 3, 9 février 2017, n°16-10350, publié au bulletin

L'article L.145-7-1 du code de commerce issu de la loi du 22 juillet 2009 étant d'ordre public, s'applique aux contrats de bail en cours au jour de son entrée en vigueur.

Bail commercial – clause d'indexation – distorsion temporelle des indices

Civ. 3, 9 février 2017, n°15-28691, publié au bulletin

Solution brute : « *ayant constaté que la clause d'indexation disposait que l'indice à prendre en considération serait le dernier indice publié au 1er janvier de chaque année l'indice de référence étant le dernier connu au 1er juillet 1996, et relevé que la SCI avait, lors de la première révision le 1er janvier 1998, pris en compte l'indice publié à cette date, soit celui du 2e trimestre 1997, et l'avait rapporté à celui connu au 12 juillet 1996, soit celui du 1er trimestre 1996, la cour d'appel qui a constaté une distorsion temporelle entre l'indice de base fixe et l'indice multiplicateur, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

Une décision rectificative n'ouvre pas un nouveau droit de repentir au bailleur

L'arrêt rectificatif qui répare une erreur purement matérielle affectant le dispositif d'une précédente décision sur le montant de l'indemnité d'éviction n'a pas ouvert un nouveau délai pour l'exercice du droit de repentir.

Civ. 3e, 15 déc. 2016, FS-P+B, n° 15-28.786

Au cas particulier, un bailleur entendait exercer son droit de repentir, non pas suite à la décision ayant déterminé le quantum de l'indemnité, mais dans les quinze jours du prononcé de l'arrêt ayant rectifié une erreur matérielle (C. pr. civ., art. 462). En l'occurrence, ainsi que nous l'apprend le moyen au pourvoi, le motif de l'arrêt comportait le calcul global d'éviction tant principale qu'accessoire, tandis que le dispositif ne reprenait que la fixation de l'indemnité principale.

Il est débouté tant en appel qu'en cassation, le juge du droit affirmant que la décision rectificative n'a pas d'autre autorité que celle de la décision rectifiée à laquelle elle s'incorpore. Par conséquent, la réparation d'une erreur purement matérielle affectant le dispositif d'une précédente décision sur le montant de l'indemnité d'éviction ne pouvait ouvrir un nouveau délai de repentir.

La résiliation du bail commercial par l'un des colocataires ne libère pas l'autre

Sauf clause contraire, la résiliation du bail commercial par un locataire ne suffit pas à mettre fin au bail à l'égard des autres colocataires qui demeurent tenus de payer le loyer.

Cass 3e civ. 15-12-2016 n° 15-25.240 F-D, Sté TD Montargis c/ A.

C'est une confirmation de jurisprudence mais la décision précise que la solution vaut également lorsque le colocataire n'exploite aucune activité dans les locaux.

BAIL D'HABITATION

Baux d'habitation : Déséquilibre significatif et clause de solidarité

Dans un intéressant arrêt du 12 janvier 2017, la troisième chambre civile de la Cour de cassation se prononce sur la notion de déséquilibre significatif en présence d'une clause de solidarité entre copreneurs d'un bail d'habitation.

Tous les copreneurs solidaires sont tenus au paiement des loyers et des charges jusqu'à l'extinction du bail, quelle que soit leur situation personnelle. En l'absence de stipulation expresse visant les indemnités d'occupation, la solidarité ne peut s'appliquer qu'aux loyers et charges impayés à la date de résiliation du bail.

Civ. 3e, 12 janv. 2017, FS-P+B+I, n° 16-10.324

C'est au visa de l'ancien article L. 132-1 du code de la consommation (auj., art. L. 212-1), relatif aux clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, que la haute cour censure le juge du fond. Elle relève que, comme tout copreneur solidaire, le colocataire est tenu au paiement du loyer et des charges jusqu'à l'extinction du bail, soit pour une durée limitée (jugeant qu'en présence d'une clause de solidarité, les deux colocataires restent tenus solidairement du paiement des loyers, même en cas de départ effectif de l'un d'eux suite à un congé.
On notera qu'en insérant dans la loi du 6 juillet 1989 un article 8-1, la loi ALUR du 24 mars 2014 a fixé un cadre légal à la colocation, prévoyant notamment que « la solidarité d'un des colocataires [prend] fin à la date d'effet du congé régulièrement délivré et lorsqu'un nouveau colocataire figure au bail. A défaut, [elle s'éteint] au plus tard à l'expiration d'un délai de six mois après la date d'effet du congé ».
Quant au grief d'imprécision de la clause (la solidarité concerne-t-elle les seuls loyers et charges ou s'applique-t-elle également aux indemnités d'occupation ?), il est balayé par le juge du droit au visa de l'ancien article 1202 du code civil (comp. désormais : art. 1310).

CONTRAT DE CONCESSION

Portée d'une clause attributive de compétence : loi de police ; volonté des parties

Civ. 1re, 18 janv. 2017, F-P+B, n° 15-26.105

Une société ayant son siège en France a conclu un contrat avec une société ayant son siège au Royaume-Uni. En application du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000, le contrat contenait une clause le soumettant au droit anglais et donnant une compétence exclusive aux juridictions anglaises.
La société française ayant saisi un juge français d'un litige, la société anglaise souleva une exception d'incompétence au profit des tribunaux anglais.
Cette exception fut alors accueillie, le juge français se déclarant donc incompétent.
Décision de la Cour : La clause attributive de compétence conclue par les parties, désignant un juge étranger, s'impose, même dans l'hypothèse où une loi de police française serait applicable au fond du litige.

CONTRAT DE CONSTRUCTION

Contrat de construction immobilière – obligation de résultat de l'entrepreneur principal – réception avec réserves

Civ. 3, 2 février 2017, n° 15-29420, publié au bulletin

Des particuliers ont conclu un contrat de construction de maison individuelle. Ils ont réceptionnés les travaux avec des réserves concernant le ravalement exécuté par un sous-traitant. Ils ont assigné l'entrepreneur principal en indemnisation.
Lorsque la réception des travaux est prononcée avec des réserves et que le délai de la garantie de parfait achèvement est expirée, l'obligation de résultat de l'entrepreneur persiste pour les désordres réservés et ce jusqu'à la levée des réserves, de sorte que la demande présentée contre l'entrepreneur principal sur le fondement de l'article 1147 anc. du code civil doit être accueillie.

Conditions d'engagement de la responsabilité du constructeur pour faute dolosive après expiration du délai décennal

Nonobstant la forclusion du délai décennal, le maître d'ouvrage peut encore engager la responsabilité contractuelle du constructeur s'il parvient à rapporter la preuve d'une faute dolosive, c'est-à-dire commise délibérément, peu important l'intention de nuire.

Civ. 3e, 5 janv. 2017, FS-P+B, n° 15-22.772

Cet arrêt s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence désormais bien établie selon laquelle le constructeur reste tenu de sa responsabilité contractuelle au-delà du délai de dix ans dans

l'hypothèse d'une faute de nature dolosive, définie comme un manquement « de propos délibéré même sans intention de nuire, par dissimulation ou fraude ».
La Haute juridiction sanctionne dans ce cas la mauvaise foi du constructeur plus que la gravité du manquement, la faute lourde restant pour sa part enfermée dans le délai décennal.

CONTRAT DE DISTRIBUTION

Contrat de distribution - Déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties

Com., 25 janvier 2017, n°15-23547, publié au bulletin

-Dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L.441-7 du code de commerce.
-La similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L.132-1, devenu L.212-1 du code de la consommation et L.442-6-I,2° du code de commerce relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines. Sur le fondement de l'article L.442-6-I,2° du code de commerce, le déséquilibre peut résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation. En exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix communiqué par le fournisseur préalablement, le législateur a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté pat les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur. L'article L.442-6-I,2° autorise donc un contrôle judiciaire du prix dès lors qu'il ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.
-Si le prix relève de libre négociabilité, les prix issus de la négociation commerciale doivent être formalisés dans une convention écrite. Cette formalisation doit permettre à l'administration d'exercer une contrôle a posteriori sur la négociation commerciale.
La libre négociabilité n'est pas sans limite et l'absence de contrepartie aux obligations prises par un cocontractant, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L.442-6-I,2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif.
-Le déséquilibre significatif reproché en l'espèce ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en œuvre d'une ristourne de fin d'année.
-La différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans un annexe pré-rédigé par le distributeur. Les clauses litigieuses pré-rédigés par le distributeur constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective.
-Le Ministre chargé de l'économie a été habilité pat le législateur à demander au juge la répétition de l'indu dans le cadre d'une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, à charge pour lui d'informer les parties au contrat de l'introduction de son action. La restitution des sommes indûment perçues s'opère entre les mains du Trésor public à charge pour lui de les restituer aux fournisseurs. Donc la partie qui a indûment perçu des sommes de son cocontractant peut être condamnée à restituer ces sommes à une autre personnes que le cocontractant (Trésor public) qui est chargé de les restituer in fine au cocontractant.

Violation par Amazon d'un contrat de distribution exclusive : quelle compétence ?

CJUE, 21 déc. 2016, n° C-618/15, Sté Concurrence c/ Sté Samsung France et a.

La CJUE rappelle que, selon Bruxelles I, le tribunal compétent pour statuer en matière délictuelle est celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. La Cour considère à cet égard que la violation de l'interdiction de revente sur Internet est

sanctionnée par le droit français, si bien qu'il existe un lien naturel entre les juridictions françaises et le litige, ce qui justifie l'attribution de compétence à ces dernières.
En outre, c'est sur le territoire français que le dommage allégué s'est matérialisé.
En effet, en cas de violation, par l'intermédiaire d'un site Internet, des conditions d'un réseau de distribution sélective, le dommage que le distributeur exclusif peut faire valoir est la réduction du volume de ses ventes suite à celles réalisées par d'autres distributeurs sur Internet et la perte de profits qui s'ensuit.

CONTRAT D'ENTREPRISE

Contrat d'entreprise – obligation de résultat du sous-traitant envers l'entrepreneur principal

Civ. 3, 2 février 2017, n° 15-29420, publié au bulletin

En vertu de l'article 1147 du code civil, le sous-traitant est tenu envers l'entrepreneur principal d'une obligation de résultat, de sorte que l'entrepreneur principal qui exerce un recours en garantie à l'encontre du sous-traitant peut se fonder sur un rapport d'expertise non contradictoire.

Responsabilité du tiers à un marché à forfait : erreur de métrés

Le caractère forfaitaire d'un marché ne peut exonérer de son obligation de réparer le préjudice, le tiers au contrat d'entreprise dont l'erreur commise dans son étude a conduit l'entrepreneur à établir un devis sous-évalué.

Cass. 3e civ., 19 janv. 2017, n° 15-20.846, p+b

CONTRAT DE « REPRESENTATION »

Compétence et appréciation du fond

Pour se prononcer sur la compétence, le juge doit trancher la question de fond, même si cela revient en définitive à porter une appréciation sur le fond de l'affaire. Quelles conséquences quant à l'autorité de la force jugée ?

Cass. 2e civ., 5 janv. 2017, n°15-27.953, Publié au bulletin

Attendu que pour trancher l'exception d'incompétence soulevée dans l'affaire dont il est saisi, le juge statue, si nécessaire, sur les questions de fond dont dépend sa compétence ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Moët Hennessy Diageo (la société MHD) ayant dénoncé le contrat aux termes duquel elle confiait à M. X... la mission de promouvoir auprès de sa clientèle ses produits, son image et son savoir-faire, celui-ci l'a assignée devant un tribunal de commerce pour se voir reconnaître le statut d'agent commercial et avoir paiement d'une indemnité ; que ce tribunal ayant accueilli l'exception d'incompétence soulevée par la société MHD, qui se prévalait d'une clause attributive de compétence au profit d'un autre tribunal de commerce, M. X... a formé un contredit contre ce jugement ;
Attendu que pour faire droit au contredit et renvoyer les parties devant le tribunal de commerce initialement saisi, la cour d'appel retient que la compétence de la juridiction doit être analysée au regard du statut que revendique M. X... qui a précisément saisi la juridiction parce qu'il contestait la qualification de son contrat et sa qualité de commerçant qu'il déniait, de sorte qu'on ne peut pas en l'état, lui opposer la clause attributive de compétence, alors que la preuve de sa qualité de commerçant n'est pas encore rapportée, et qu'appliquer cette clause serait préjuger de la nature du contrat le liant à la société MHD ;
Qu'en statuant ainsi, sans trancher la question de fond dont dépendait la compétence, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :
CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Limoges ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Riom ;

CONTRAT DE MANDAT

Contrat de mandat – procédure d'offre entre l'assureur et la victime – exercice illicite de la profession d'avocat

Civ. 1, 25 janvier 2017, n°15-26353, publié au bulletin

La procédure transactionnelle instituée par la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation entre l'assureur du responsable et la victime relève du monopôle des avocats.
De sorte que l'activité habituelle et effectué à titre rémunéré d'une société qui donne des conseils juridiques à la victime, fût-ce durant la phase non contentieuse de la procédure d'offre, est une activité illicite.
Le contrat de mandat conclu par la victime avec une telle société est nul.

Contrat de mandat et défaut de pouvoir du représentant – nullité relative – action par le mandant en nullité du contrat conclu avec un tiers

Civ. 3, 26 janvier 2017, n° 15-26814, publié au bulletin

En vertu de l'article 1984 du code civil, la nullité d'un contrat pour absence de pouvoir du mandataire est relative et ne peut être demandée que par la partie représentée.
La nullité du contrat conclu par un syndicat de copropriétaires et un constructeur immobilier ne peut être demandée que par le syndicat de copropriétaires.

CONTRAT DE VENTE (IMMOBILIERE)

Précisions relatives à la prescription des différentes actions en garantie de l'acquéreur

Cass. 3e civ., 5 janv. 2017, n° 15-12.605, FS-P+B
Conformément à l'article 2231 du Code civil, l'interruption, par l'assignation en référé, du délai prévu par le premier alinéa de l'article 1648 fait courir, à compter de la date du prononcé de l'ordonnance désignant un expert, un nouveau délai de deux ans. Dès lors, doit être considérée comme prescrite l'action en garantie des vices cachés dont le délai a commencé à courir le 28 avril 2009, date de l'ordonnance, pour expirer le 28 avril 2011, tandis que l'assignation au fond a été délivrée les 27 janvier et 9 février 2012. Par ailleurs, dès lors qu'il apparaît qu'aucune action sur le fondement de la responsabilité délictuelle n'était formée, l'action fondée sur la responsabilité décennale engagée plus de dix ans après l'achèvement des travaux, doit être considérée comme prescrite et l'action fondée sur le dol ne peut être accueillie. Tels sont les enseignements d'un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation rendu le 5 janvier 2017.

CONTRAT DE VENTE (ELECTRICITE)

Production d'électricité en vue de sa revente intégrale : commercialité du prêt en finançant l'installation ?

Si la vente d'électricité ne figure pas expressément dans la lettre de l'article L. 110-1 du Code de commerce, relatif aux actes de commerce, il convient de considérer, d'une part, que la liste n'en est pas exhaustive, et, d'autre part, que la vente d'électricité peut être à bon droit considérée comme étant une vente d'un meuble.

CA Bordeaux, 10 janv. 2017, n° 16/03073

Le contrat principal mis en place en l'espèce, c'est-à-dire la revente intégrale à EDF de l'électricité qu'un particulier entendait produire par l'achat d'une installation photovoltaïque, électricité qui n'est donc pas, même partiellement, destinée à son usage personnel, est un acte de commerce par nature, et tant le contrat d'achat de l'installation que le contrat de prêt finançant cet achat, lequel ne relève pas du Code de la consommation, n'en sont que les accessoires comme actes préparatoires nécessaires, ce qui leur fait acquérir une nature commerciale, l'accessoire suivant ici le principal.

Cet arrêt a été rendu sur renvoi après cassation (Cass. 1re civ., 25 févr. 2016, n° 15-10.735, F-P+B).

CONTRAT DE VENTE (PRODUIT)

Produits défectueux : quelle est la responsabilité du producteur et du vendeur ?

La victime d'un défaut de sécurité peut invoquer la responsabilité du producteur d'un produit défectueux même en cas de destination professionnelle de l'usage de ce produit, ainsi que celle du vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés.

Cass. 1e civ. 11-1-2017 n° 16-11.726 FS-PBI, Sté XPO transports solutions Rhône Alpes France c/ Sté Seg Samro

La Haute Juridiction précise, pour la première fois, que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux s'applique au producteur d'un produit affecté d'un défaut, même si la destination de l'usage de ce produit est professionnelle. Autrement dit, les articles 1245 et suivants s'appliquent aux dommages causés par des biens à usage professionnel.

Dorénavant, il faut distinguer la destination du produit défectueux qui est en principe indifférente et celle du bien endommagé qui doit être privée.

La Cour de cassation écarte la responsabilité du vendeur des camions et du vendeur des essieux sur le fondement des articles 1245 et suivants du Code civil : en effet, dès lors que chaque sinistre trouvait son origine dans un défaut affectant les essieux des véhicules en cause, seule la responsabilité du producteur des essieux défectueux pouvait être engagée sur ce fondement.

En revanche, elle casse l'arrêt de la cour d'appel ayant refusé de retenir leur responsabilité au seul motif que seule celle du « producteur » (le fabricant des essieux) était engagée. La cour d'appel aurait dû rechercher, comme elle y était invitée, si les vendeurs n'avaient pas engagé leur responsabilité sur le fondement de la garantie des vices cachés (C. civ. art. 1641).

Tous les défauts ou tous les prétextes ne permettent pas de renoncer à un achat immobilier ou d'en obtenir ensuite l'annulation.

Cass. 3e civ., 5 janv. 2017, n° 15-27.540, D

Cass. 3e civ., 5 janv. 2017, n° 15-14.894, D

Tous les défauts ou tous les prétextes ne permettent pas de renoncer à un achat immobilier ou d'en obtenir ensuite l'annulation. Pour cela, il faudrait principalement, selon la Cour de cassation, que ces défauts aient été signalés par l'acheteur, dans le compromis ou dans l'acte de vente, comme des éléments essentiels pour lui, à rectifier, ou que, les connaissant, il se soit au moins renseigné sur la possibilité de les éliminer.

Dans deux décisions, les juges ont ainsi rejeté les réclamations d'acquéreurs qui invoquaient après coup des défauts qu'ils avaient négligés au moment de s'engager.

L'un refusait de signer l'acte de vente parce que le terrain n'était pas borné. Il estimait que l'étendue du bien vendu était incertaine et exigeait qu'elle soit précisée. C'est un élément objectivement important mais il n'est pas substantiel a estimé la Cour, puisque la surface vendue était déterminée précisément et puisque l'acquéreur n'a pas précisé avant de s'engager qu'il faisait d'un bornage précis une condition essentielle.

L'autre soutenait qu'il avait expressément acheté pour habiter une maisonnette isolée qui se révélait inhabitable. Elle était dépourvue d'eau, d'assainissement, de chauffage, d'accès suffisant et de toute possibilité de raccordement à un réseau. L'annulation de la vente a été refusée car l'acquéreur, sachant tout cela, n'a pas vérifié préalablement et prudemment, auprès des autorités, s'il serait possible d'obtenir un permis de construire.

CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

Cautionnement – mention manuscrite – Divergences dans les mentions – pas de nullité

Com., 31 janvier 2017, n° 15-15890, publié au bulletin

Une personne physique s'est rendue caution solidaire des engagements souscrits par une société envers un établissement de crédit.

Lorsque la mention manuscrite figure à deux reprises dans le contrat de cautionnement, et qu'une divergence existe entre elles concernant la durée de l'engagement (engagement pour une durée de onze mois / engagement jusqu'à la fin du mois d'octobre 2011), la validité de l'engagement n'est pas affectée par la contradiction entre ces deux dates, dès lors que l'une des mentions est conforme à celle prescrite par la loi. La cour d'appel a pu souverainement retenir que les parties entendaient limiter le cautionnement aux engagements souscrits par la société débitrice au plus tard le 31 octobre 2011.

Contrat de cautionnement – exception de nullité
Com., 31 janvier 2017, n°14-29474, publié au bulletin

La règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ne s'applique qu'à compter de l'expiration du délai de prescription de l'action.
Après cette date, l'exception n'est recevable que si l'acte n'a pas commencé à être exécuté.
La caution qui a été assignée en exécution de son engagement dans le délai de prescription peut quand même invoquer le jeu de l'exception de nullité une fois que le délai de prescription est expiré si elle n'a jamais accepté d'exécuter son engagement de caution. De sorte qu'en l'absence de commencement d'exécution, la demande d'annulation formulée par voie d'exception n'était pas soumise à la prescription.

CONTRAT D'ASSURANCE

Contrat d'assurance – paiement des primes dépourvu de contrepartie – sanction de la clause qui limite la durée de la garantie
Civ. 2, 2 février 2017, n° 16-10165, publié au bulletin

Un contrat d'assurance est conclu entre deux propriétaires immobiliers et un assureur pour garantir le risque d'impayé locatif.
La Cour de cassation juge que n'est pas dépourvue de cause et ne doit pas être réputée non écrite la clause d'un contrat d'assurance qui permet à l'assureur en cas de résiliation du contrat d'assurance de cesser de payer des indemnités aux assurés.
L'obligation des assurés de payer les primes avait pour contrepartie l'obligation faite à l'assureur d'indemniser les assurés des pertes locatives subies avant la résiliation du contrat et de prendre en charge après résiliation les frais de procédure lorsque les conditions du contrat sont remplies. Les pertes pécuniaires liées aux défaillances postérieures à la résiliation ne trouvaient pas leur origine dans les impayés survenus pendant la période de validité.
On peut donc penser que si la clause permet à l'assureur de ne pas payer les indemnités pour des impayés survenus pendant l'existence du contrat, une telle clause rendrait le payement des primes par les assurés dépourvu de contrepartie. Or les faits sont ambigus car il est précisé que l'assureur a notifié la résiliation du contrat « *puis cessé, à compter de cette date, la prise en charge de quatre sinistres déclarés antérieurement* ».

Contrat d'assurance – résiliation par envoi d'une lettre simple – Entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2014
Civ. 2, 2 février 2017, n°16-12997, publié au bulletin

L'article L.113-15-2 du code des assurances issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 et qui permet à l'assuré de résilier son contrat par lettre simple, par dérogation à l'article L.113-12 qui exige l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception, n'est applicable qu'aux contrats conclus ou tacitement reconduits à compter du 1er janvier 2015, lendemain de la publication du décret n°2014-1685 du 29 décembre 2014 précisant les modalités et conditions d'application de ces dispositions.

Contrat d'assurance – obligation de payer les primes par les assurés pourvue d'une cause
Civ. 2, 2 février 2017, n° 15-28011, publié au bulletin

La clause du contrat d'assurance qui permet à l'assureur de cesser d'indemniser les bailleurs assurés contre les risques d'impayés locatifs pour les sinistres nés et déclarés avant la résiliation du contrat d'assurance ne doit pas être réputée non écrite au motif qu'elle rendrait l'obligation de paiement des primes des assurés sans cause dès lors que cette obligation a pour contrepartie l'obligation de l'assureur d'indemniser les assurés pour les pertes locatives subies avant la résiliation du contrat et de prendre en charge, postérieurement à la résiliation, la totalité des frais de procédure et d'assurer le suivi de procédure jusqu'à son terme (pour les défaillances antérieures à la résiliation).

CONTRAT DE SOCIETE

Société coopérative et exclusion d'un membre – rupture brutale de la relation commerciale

Com., 8 février 2017, n°15623050, publié au bulletin

En vertu de l'article L. 442-6-I,5° du code de commerce et l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947, les statuts des coopératives fixent les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des associés. Les conditions dans lesquelles les liens unissant une société coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de cette société et échappent à l'application de l'article L 442-6-I,5° du code de commerce.

Société coopérative – clause d'exclusivité

Com., 8 février 2017, n°15623050, publié au bulletin

En vertu des articles 7 et 10 de la loi du 10 septembre 1947 et des clauses contractuelles, une clause d'exclusivité peut être violée lorsque le coopérateur utilise pour son compte personnel les véhicules mis à la disposition de la coopérative, peu important les biens que le coopérateur transporte grâce à eux (de mêmes biens que la coopérative ou d'autres biens).

CONTRAT DE PRET

Contrat de prêt – point de départ du délai de prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel

Com., 31 janvier 2017, n° 14-26360, publié au bulletin

Le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité du taux effectif global se situe au jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'erreur affectant celui-ci.

Tel n'est pas le cas de la date de l'acceptation de l'offre de prêt dès lors que ce document ne constatait aucun taux effectif global.

Contrat de crédit à la consommation – point de départ du délai biennal de forclusion

Civ. 1, 25 janvier 2017, n°15-21453, publié au bulletin

En vertu de l'article L.311-37 du code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la loi du 1er juillet 2010, le point de départ du délai biennal de forclusion propre au crédit à la consommation court à compter de la première échéance impayée et non régularisée.

Cette règle est d'ordre public, de sorte qu'il ne peut y être fait échec « *par l'inscription de l'échéance d'un prêt au débit d'un compte courant dont le solde est insuffisant pour en couvrir le montant quand aucune convention de découvert n'a été préalablement conclue* ».

Le prêteur a procédé au paiement de plusieurs mensualités en les prélevant sur le compte bancaire de l'emprunteur alors qu'il se trouvait débiteur. Les juges auraient dû considérer la première inscription au débit du compte bancaire de l'emprunteur dont le solde était négatif comme la première échéance impayée et non régularisée, en l'absence d'une convention de découvert. Alors que les juges ont ici reporté le point de départ du délai, en raison de la fluctuation du niveau positif et négatif du compte, au jour où le compte bancaire a présenté un solde négatif permanent.

AUTRES

Contrat portant sur l'utilisation d'un nom patronymique – absence de terme – contrat à durée indéterminée

Com., 8 février 2017, n°14-28232, publié au bulletin
En vertu des articles 1134 anc. et 1780 du code civil, un contrat à exécution successive dans lequel aucun terme n'est prévu n'est pas nul, c'est un contrat à durée indéterminée que chaque partie peut résilier unilatéralement à condition de respecter un juste préavis. Cela vaut pour le contrat portant sur l'utilisation du nom patronymique d'une personne.

Renonciation à un droit – transaction
Civ. 2, 2 février 2017, n° 16-13521, publié au bulletin
En vertu de l'article 1234 anc. du code civil, la renonciation à un droit est un acte unilatéral qui n'exige pas l'existence de concessions réciproques.
Ainsi l'assuré peut renoncer à se prévaloir envers l'assureur de l'inopposabilité de la clauses de limitation de garantie dans la lettre d'acceptation de la proposition d'indemnisation, sans que puisse être exigée pour la validité de la renonciation des concessions réciproques comme s'il s'agissait d'une transaction.

contrat d'association – décisions soumises à l'unanimité des voix dans le silence des textes et du contrat
Civ. 1, 1er février 2017, n° 16-11979, publié au bulletin
Il ressort des articles 1134 anc. Du code civil et 1er de la loi du 1er juillet 1901 que « *dans le silence des statuts d'une association, seules les modifications statutaires ayant pour effet d'augmenter les engagements des associés doivent être adoptés à l'unanimité* ».
La décision de l'assemblée générale de l'association prise à la majorité des membres présents prévoyant que l'admission des sociétaires serait désormais renouvelable chaque année ce qui a permis de rejeter la demande d'admission d'un ancien sociétaire, n'a pas à être prise à l'unanimité des membres.

CONCURRENCE & CONSOMMATION

présenté par Julien LOZE
****

DROIT DE LA CONCURRENCE

Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-17134 (Publié).
Pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, entente, objet anticoncurrentiel, restriction par objet.
La mise en œuvre, à l'expiration du monopole détenu en vertu d'un brevet, d'une politique de dénigrement des génériques concurrents et de remises fidélisantes constitue une restriction de concurrence par objet, sans qu'il ne soit nécessaire pour caractériser l'existence de l'entente de procéder à une analyse approfondie du contexte juridique et économique dans lequel s'inscrit l'accord.
*
La société Reckitt est la détentrice des droits du médicament princeps appelé « Subutex », ayant pour principe actif la molécule BHD, dont elle confie la commercialisation à la société Schering Plough. À partir de mars 2006 un concurrent, la société Arrow, entame la commercialisation d'un générique du Subutex. Se disant victime de pratiques anticoncurrentielles entravant son entrée sur le marché, cette dernière saisit le Conseil de la concurrence.
Le 18 décembre 2013, l'Autorité de la concurrence condamne les sociétés Schering Plough, Financière MSD et Merck&co pour abus de position dominante sur le marché de la BHD commercialisée en ville, par la mise en œuvre d'une politique de dénigrement des génériques concurrents du Subutex et de remises fidélisantes dépourvues de contrepartie économique justifiée aux pharmaciens.

Elle condamne en outre ces trois-mêmes sociétés, ainsi que les sociétés Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Ltd et Reckitt Benckiser (les sociétés Reckitt) pour entente sur le fondement de l'art. L420-1 du Code de commerce et de l'art. 101 TFUE.
Les sociétés Reckitt forment alors un pourvoi en cassation, faisant notamment grief à l'arrêt d'appel de n'avoir pas, pour considérer que l'accord litigieux constitue une restriction de concurrence par objet, procédé « à la moindre analyse de la teneur de l'accord ou de son contexte économique et juridique », et d'avoir confondu « les objectifs de concurrence et les impératifs de santé publique ».
La Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif que « l'élaboration d'une stratégie visant à retarder l'arrivée, sur les marchés de médicaments, des génériques qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique ». Elle considère que « la cour d'appel, qui a pris en compte le contenu de l'accord, les objectifs qu'il visait à atteindre et les éléments du contexte économique et juridique dans lesquels il s'insérait, a pu retenir que l'accord conclu entre les sociétés Reckitt et Schering-Plough avait un objet anticoncurrentiel, peu important que la société Reckitt n'ait pas procédé elle-même à la pratique de dénigrement ».
La Cour de cassation précise également que ni la licéité du contrat de licence prévoyant les rencontres entre les parties, ni le fait que les comportements objets de l'accord aient été exclusivement exécutés par le distributeur n'ont d'incidence sur la qualification de l'entente, pas plus que l'absence de position dominante de l'une des parties à l'accord.

Observations. La Cour semble admettre en l'espèce qu'un accord puisse être considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel en se livrant simplement à une analyse de son contenu, de ses objectifs, ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel il s'insère.
La solution n'est pas nouvelle, puisqu'il est en effet de principe qu'un accord ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence soit considéré comme une entente anticoncurrentielle sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une analyse des effets de la pratique. En pratique, les restrictions par objet et les restrictions par effet sont appréciées selon les mêmes critères, rappelés par la Cour de cassation en l'espèce, la différence se faisant au niveau du degré d'approfondissement de l'analyse contextuelle. Une restriction de concurrence par effet suppose ainsi une analyse contextuelle approfondie, alors qu'une restriction par objet ne devrait nécessiter qu'une analyse superficielle du contexte.
Or, la jurisprudence de la CJUE se livre ces dernières années à une appréciation extensive des restrictions par objet, en procédant pour leur détermination à une analyse contextuelle approfondie, normalement réservée aux restrictions par effet. Cette approche conduit à élargir le domaine de l'objet anticoncurrentiel, en donnant à la notion « un contenu aux frontières floues, variables selon les espèces », nuisant ainsi à la sécurité juridique des entreprises et à la prévisibilité du droit des pratiques anticoncurrentielles[1].
La Cour de cassation semble donc marquer une rupture avec la jurisprudence de la CJUE, opérant un retour au principe selon lequel l'appréciation d'une restriction par effet ne nécessite pas d'analyse contextuelle approfondie, à laquelle il ne devrait être procédé que s'il n'est pas démontré que l'accord litigieux ne constitue pas une restriction de concurrence par objet.

CJUE (dixième chambre), 12 janvier 2017, Timab Industries et Cie financière et de participations Roullier (CFPR) c/ Commission, aff. C 411/15 P.

Pratiques anticoncurrentielles, amende, transaction, procédures négociées.
Une entreprise qui, après avoir entamé avec la Commission Européenne des discussions en vue du recours à la procédure de transaction, décide de se retirer sans formuler de

[1] GRYNFOGEL C., La notion d'« objet anticoncurrentiel » et la sécurité juridique des entreprises, RJDA 8-9/14, 15/07/2014.

proposition dans le délai imparti ne saurait lui reprocher de s'être écartée du montant maximal que prévoyait la fourchette proposée au moment du prononcé de l'amende. Elle ne saurait non plus lui reprocher d'avoir fait usage des déclarations recueillies au cours de ces discussions pour établir sa culpabilité.

*

La société Timab Industries produit et commercialise des phosphates pour l'alimentation animale (PAA). Suite à plusieurs demandes de clémence, la Commission Européenne a découvert l'existence d'une entente anticoncurrentielle sur le marché des PPA, la première demande faisant état d'une infraction commise entre 1989 et 2003, et la dernière d'une infraction commise entre 1969 et 2004. Toutes les parties à l'entente ont formulé des propositions de transaction dans le délai imparti par la Commission, à l'exception des requérantes, à savoir la société Timab et la société Cie financière et de participations Roullier (CFPR), sa maison mère. Ces dernières, bien qu'ayant participé à des discussions avec la Commission en vue de recourir à la transaction, décident finalement de se retirer de la procédure.

Les requérantes reprochent à la Commission d'avoir prononcé à leur encontre une amende supérieure au montant maximal de la fourchette qui avait été déterminée au moment des discussions en vue de la transaction.

Elles considèrent notamment que le Tribunal a violé leur droit à ne pas s'auto-incriminer « en assimilant de manière automatique à des « aveux » les déclarations formulées dans leur demande de clémence et dans le cadre de la procédure de transaction », que la Cour rejette, conformément à sa jurisprudence antérieure[2]. En effet, la violation du droit de ne pas s'auto-incriminer suppose que « l'entreprise concernée ait été effectivement contrainte à fournir des informations ou des éléments susceptibles de prouver l'infraction », ce qui n'est pas le cas lors du recours à la procédure de clémence ou de transaction, qui revêt un caractère purement volontaire.

La Cour admet également la possibilité pour la Commission de prononcer une amende d'un montant supérieur au montant maximal que prévoyait la fourchette d'amende proposée dans le cadre des négociations en vue de la transaction. Elle considère ainsi que c'est à bon droit que le Tribunal a dissocié le déroulement de la procédure de transaction, qui n'est pas arrivée à son terme, de celui de la procédure ordinaire.

En effet, comme le relève le point 19 de la communication sur la transaction, si les entreprises ne présentent pas de proposition de transaction, il convient alors d'abandonner l'application des disposition spécifiques à cette procédure au profit des dispositions générales du règlement n° 773/2004, et donc d'opérer un retour à la procédure ordinaire.

La Cour considère enfin que le fait pour la Commission de s'être écartée du montant maximal que prévoyait la fourchette d'amende ne viole pas non plus le principe de confiance légitime, qui peut être invoqué par « tout opérateur économique chez lequel une institution, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître des espérances fondées ». En effet, comme l'avait déjà jugé la CJUE[3], « la Commission ne peut fournir aucune assurance précise quant au bénéfice d'une quelconque réduction ou immunité d'amende dans la phase de la procédure antérieure à l'adoption de la décision finale », ce qui s'oppose à ce que les parties à l'entente puissent se prévaloir du principe de confiance légitime.

La procédure ordinaire et la procédure de transaction étant distinctes l'une de l'autre, si une entreprise ne fait pas de proposition de transaction dans le délai imparti par la Commission, la Cour considère que cette dernière est « uniquement liée par la communication des griefs, qui ne fixe pas de fourchette d'amendes, et est tenue de prendre en considération les éléments nouveaux portés à sa connaissance lors de cette même procédure ». Les fourchettes proposées n'étaient valables que pour la période de l'infraction allant de l'année

---

[2] CJUE, 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, C 238/99 P, C 244/99 P, C 245/99 P, C 247/99 P, C 250/99 P à C 252/99 P et C 254/99 P, EU:C:2002:582, point 275.

[3] CJUE, 24 octobre 2013, Kone e.a./Commission, C 510/11 P, non publié, EU:C:2013:696, point 76 et point 78.

1978 à l'année 2004, et les requérantes « disposaient de tous les éléments leur permettant de prévoir qu'une contestation de leur participation à l'entente pour la période antérieure à l'année 1993 aurait nécessairement un impact sur les réductions pouvant leur être accordées ». Il s'ensuit qu'aucune « méconnaissance du principe de protection de la confiance légitime ne saurait être reprochée au Tribunal ».

Observations. Il découle de l'arrêt étudié que s'écarter d'une procédure de transaction après avoir entamé des négociations avec la Commission représente un pari risqué pour l'entreprise. En effet, il découle du principe d'indépendance de la procédure de transaction par rapport à la procédure ordinaire que la Commission n'est pas liée par la fourchette qu'elle proposait au moment des négociations, et le caractère volontaire de la participation de l'entreprise à cette procédure fait échec au droit à ne pas s'auto-incriminer. Il s'ensuit que la Commission peut utiliser les éléments qu'elle aura retenu au cours des négociations contre l'entreprise qui aura finalement décidé d'abandonner la procédure, sans être liée par la fourchette qu'elle proposait.

CJUE (huitième chambre), 18 janvier 2017, Toshiba Corp. c/ Commission, aff. C 623/15 P.

Pratiques anticoncurrentielles, ententes, société mère, filiale, influence déterminante, responsabilité solidaire.

L'influence déterminante d'une société mère sur sa filiale peut résulter, entres autres indices, de la détention tout au long de la durée de vie de cette dernière d'un droit de véto portant sur les questions revêtant une importance stratégique.

*

La société Toshiba produit et commercialise des tubes à rayons cathodiques (CRT), dont il existait deux types à l'époque des faits, les « colour display tubes », qui intervenaient dans la production d'écrans d'ordinateurs, et les « colour picture tubes » (CPT), qui intervenaient quant à eux dans la production d'écrans de télévision. Entre 1995 et 2003, Toshiba participait, directement comme par l'intermédiaire de ses filiales, à la production et à la commercialisation des CRT en Europe, en Asie ainsi qu'en Amérique du Nord. À partir du 31 mars 2003, Toshiba a transféré l'ensemble de son activité en matière de CRT à une entreprise commune, créée avec la société Matsushita Electric Industrial Co. Ltd (la société MEI, devenue la société Panasonic Corp. au 1er octobre 2008), à laquelle elle transfèrera finalement l'intégralité de sa participation dans l'entreprise commune le 31 mars 2007.

Suite à la découverte d'une entente à l'échelle mondiale entre les producteurs de CRT, la Commission Européenne condamne la société Toshiba en raison de sa participation directe à l'infraction, mais également sur la base de sa responsabilité solidaire avec la société Panasonic au titre de l'infraction commise par l'entreprise commune à compter de la création de cette dernière. Sa décision confirmée par le Tribunal de l'Union Européenne, Toshiba forme un pourvoi devant la CJUE, contestant avoir exercé une influence déterminante sur le comportement de l'entreprise commune.

Toshiba fait d'abord grief à l'arrêt d'avoir présumé l'influence déterminante au regard des dispositions légales et des stipulations contractuelles régissant la filiale commune. Conformément à sa jurisprudence antérieure[4], la Cour considère que « les éléments factuels qu'une partie invoque peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaite ». Elle conclut donc à la validité de la présomption retenue par le Tribunal.

Concernant la caractérisation de l'existence de l'influence déterminante, le Tribunal retient un certain nombre d'indices, tous confirmés par la Cour en l'espèce, parmi lesquels la détention d'un droit de véto par la mère sur les décisions stratégiques de la filiale. En application des stipulations de l'accord portant création de l'entreprise commune (ci-après le « BIA »), un certain nombre de décisions qu'il énumère nécessitent l'accord d'au moins un directeur désigné par chacune des sociétés mères, et ces dernières disposent d'un droit de véto sur

[4] CJUE, 1er juillet 2010, Knauf Gips/Commission, C 407/08 P, EU:C:2010:389.

les questions revêtant une importance stratégique, démontrant ainsi l'exercice d'un contrôle conjoint.
Le BIA détermine également une période de démarrage, durant laquelle « le plan de développement initial de l'entreprise commune serait adopté par les sociétés mères ». Or, cette période de démarrage a été systématiquement prolongée par les sociétés mères, « de telle sorte qu'elles devaient s'accorder sur le plan de développement de l'entreprise commune et sur ses révisions ultérieures pendant toute la durée de l'existence de cette entreprise ». La société Toshiba a donc disposé d'un droit de véto sur le plan de développement de l'entreprise commune durant toute la durée de son existence, ce qui conduit la Cour à considérer que « Toshiba avait effectivement exercé une influence déterminante sur l'entreprise commune ».
Elle considère en outre que « le Tribunal n'avait pas de raison d'analyser les motifs qui ont conduit à la prolongation de la période de validité de ce droit de veto », seul important le fait que ce droit de véto ait été prolongé. Elle considère encore que le seul fait que ce droit de véto n'ait jamais été exercé ne suffit pas à écarter l'influence déterminante, son détenteur devant nécessairement être consulté avant l'adoption des décisions qu'il serait susceptible de bloquer.

Observations. Il semble résulter de l'analyse de la Cour que ce n'est pas la détention d'un droit de véto par la société mère qui permet en soi de caractériser l'existence d'une influence déterminante sur le comportement de la filiale, mais plutôt le fait que ce droit de véto, initialement conçu comme temporaire, a été prolongé tout au long de la durée de vie de cette dernière. Cette considération, conjuguée à d'autres éléments tels que la nomination des vice-présidents de la filiale par les sociétés mères, et la connaissance approfondie par ces derniers de la politique et des objectifs de la société Toshiba permettent en l'espèce de conclure à l'existence d'une influence déterminante, et donc d'une unité économique donnant lieu à la qualification d'entreprise. Il semble que dans des circonstances différentes, la seule détention d'un droit de véto temporaire, quoique portant sur des décisions stratégiques, aurait pu être considérée comme insuffisante pour caractériser l'influence déterminante d'une société mère sur sa filiale.

Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 (Publié).
Pratiques restrictives, déséquilibre significatif.
« Mais attendu qu'après avoir rappelé que la loi du 4 août 2008 a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, tout en maintenant le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale, l'arrêt constate que la ristourne litigieuse ne figure pas dans les conditions générales de vente des fournisseurs et qu'elle est prévue dans l'annexe 2 des contrats-cadres pré-rédigés par le Galec, en 2009 et 2010 ; qu'il relève que les cent dix-huit contrats-cadres et leurs annexes ont été paraphés et signés par tous les fournisseurs, et ce, alors même qu'existait une contradiction entre l'article V des contrats-cadres et l'annexe 2, concernant les délais de paiement de cette ristourne ; qu'il retient que la différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans l'annexe 2 pré-rédigée par le Galec, lequel n'offre pas de démontrer que des négociations avec les fournisseurs auraient eu lieu sur ce point ; qu'il en déduit que la ristourne a été imposée aux fournisseurs concernés par ces cent dix-huit contrats, qui ont dû signer les contrats-cadres sans pouvoir les modifier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ».

Loi 2016-1920 du 29-12-2016 : JO du 30-12 texte n° 4. À compter du 1er mars 2017, le texte interdira les accords d'exclusivité entre centrales de réservation et les

entreprises de transports de personnes, sauf dans l'hypothèse où ils auraient des effets positifs sur le marché.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Cass. 1ère chambre civile, 11 janv. 2017, n° 15-25.479 (inédit).
Contrat, interprétation, clauses, consommateur.
« Mais attendu que, selon l'article L. 133-2 du code de la consommation, devenu L. 211-1 du même code en vertu de l'ordonnance n° 2016-310 du 14 mars 2016, les clauses des contrats proposées par des professionnels à des consommateurs qui ne sont pas rédigées et présentées de façon claire et compréhensible s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ; qu'ayant relevé, dans le paragraphe 4 du contrat, la contradiction existant entre la mention de pleine responsabilité pour les parties hautes du véhicule et la dernière phrase du paragraphe qui restreignait la responsabilité au montant de la franchise contractuelle, la cour d'appel, interprétant, en faveur du consommateur, ces stipulations qui n'étaient pas rédigées de façon claire et compréhensible, a retenu, à bon droit, qu'elles devaient se lire comme limitant la responsabilité de celui-ci à la franchise maximale de 900 euros ; que le moyen n'est pas fondé ».

Loi 2016-1547 du 18-11-2016 art.60 s.: JO du 19-11 texte n°1. Le texte donne naissance à de nouvelles actions de groupe, notamment en matière de discriminations, d'environnement.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, NUMÉRIQUE :

présenté par Olivia Epaminondas et Aurélien SERRE
****

Les taxes Google, entre application et censure : La taxe Google image, et la taxe sur les plateformes numériques dite « Google taxe ».

Historique des taxes Google. Depuis quelques années les multinationales ont tendance à installer leur siège social dans des pays plus attractifs sur le plan fiscal afin de payer moins d'impôt. On parle d'optimisation fiscale. L'année 2014 a été marqué par le scandale « LuxLeaks » révélant ainsi les pratiques fiscales des géants du Net et consorts pour échapper à l'impôt français qui s'élève à 33%.

L'une des cibles principales : la société Google et ses nombreuses plateformes. Le Royaume-Uni n'a pas attendu longtemps pour combattre ce phénomène à bras le corps en créant dés 2015 la « Google Tax » (impôt sur les « bénéfices détournés » des multinationales de 25%).
Par deux fois le Géant américain du net Google (2011 et 2015) a été inquiété par la justice française dans le cadre d'investigations menées par le fisc français et la brigade de répression de la grande délinquance financière.
Face à cette situation jugée intolérable le Législateur français a pris en urgence des décisions pour rétablir la justice fiscale française. Par de multiples mesures visant les plateformes et leurs sociétés gérantes telles que Google, Flickr ou Airbnb, la France ne dissimule plus son ambition de contrer ces structures.
Plusieurs « Google taxes » ont ainsi vu le jour en 2016, avec applicabilité pour l'année de 2017, dont la « taxe Google Images », prévue par la loi du 07/07/2016 et dont la mise en application était initialement prévue par les textes pour ce 08 mars 2017. Mais un obstacle de taille est intervenu, nous laissant dans l'expectative quant au devenir de cette loi (1).

De plus, dans son projet de finances pour 2017 l'Assemblée Nationale et le Sénat ont validé l'initiative d'une Google Tax à la Française. Malheureusement le Conseil constitutionnel en a décidé autrement en invalidant l'article 78 de la Loi dont « l'objet est d'étendre, sous certaines conditions, le champ de l'IS à des bénéfices réalisés en France par des personnes morales établies hors de France » (2).

1. La « taxe Google images » ou l'applicabilité de l'art.30 de la Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine – fin du délai au 08/02/2017.

L'été 2016 a été en France une période législative riche en matière de législation numérique. Juillet 2016, des aménagements législatifs sont avancés à l'encontre des moteurs de recherches « *dans le cadre duquel sont reproduites et mises à la disposition du public, à des fins d'indexation et de référencement, des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne* ». On parle alors de « **taxe Google images** ».

LOI n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine Article 30

I.-Le titre III du livre Ier de la première partie du code de la propriété intellectuelle est complété par un chapitre VI ainsi rédigé

« Chapitre VI
« Dispositions applicables à la recherche et au référencement des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques

« Art. L. 136-1.-On entend par service automatisé de référencement d'images, au sens du présent chapitre, tout service de communication au public en ligne dans le cadre duquel sont reproduites et mises à la disposition du public, à des fins d'indexation et de référencement, des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne.

« Art. L. 136-2.-I.-La publication d'une œuvre d'art plastique, graphique ou photographique à partir d'un service de communication au public en ligne emporte la mise en gestion, au profit d'une ou plusieurs sociétés régies par le titre II du livre III de la présente partie et agréées à cet effet par le ministre chargé de la culture, du droit de reproduire et de représenter cette œuvre dans le cadre de services automatisés de référencement d'images. A défaut de désignation par l'auteur ou par son ayant droit à la date de publication de l'œuvre, une des sociétés agréées est réputée gestionnaire de ce droit.
« II.-Les sociétés agréées sont seules habilitées à conclure toute convention avec les exploitants de services automatisés de référencement d'images aux fins d'autoriser la reproduction et la représentation des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques dans le cadre de ces services et de percevoir les rémunérations correspondantes fixées selon les modalités prévues à l'article L. 136-4. Les conventions conclues avec ces exploitants prévoient les modalités selon lesquelles ils s'acquittent de leurs obligations de fournir aux sociétés agréées le relevé des exploitations des œuvres et toutes informations nécessaires à la répartition des sommes perçues aux auteurs ou à leurs ayants droit. […]

« Art. L. 136-4.-I.-La rémunération due au titre de la reproduction et de la représentation des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques par des services automatisés de référencement d'images est assise sur les recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement dans les cas prévus à l'article L. 131-4.
« Le barème et les modalités de versement de cette rémunération sont fixés par voie de convention entre les sociétés agréées pour la gestion des droits des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques et les organisations représentant les exploitants des services automatisés de référencement d'images.
« La durée de ces conventions est limitée à cinq ans.
« II.-A défaut d'accord conclu dans les six mois suivant la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 136-3, ou si aucun accord n'est intervenu à la date d'expiration d'un précédent accord, le barème de la rémunération et ses modalités de versement sont arrêtés par une commission présidée par un représentant de l'Etat et composée, en nombre égal, d'une part, de représentants des sociétés agréées conformément au même article L. 136-3 et, d'autre part, des représentants des exploitants des services automatisés de référencement d'images.
« Les organisations amenées à désigner les représentants membres de la commission, ainsi que le nombre de personnes que chacune est appelée à désigner, sont déterminés par arrêté du ministre chargé de la culture.
« La commission se détermine à la majorité des membres présents. En cas de partage des voix, le président a voix prépondérante.

L'idée posée par l'art.30 de la loi semble simple : imposer pour chaque usage numérique d'une image (au sens le plus large) une « taxe », dont les sommes seront perçues par un ou plusieurs organismes spécifiquement choisis, chargés de négocier le montant de la rémunération, d'en percevoir les sommes, et de les répartir et reverser ultérieurement aux auteurs concernés. Est ainsi définie la notion de « service automatisé de référencement d'images » permettant, à l'instar de Google Images, Flickr, Pinterest, et autres consorts, de rechercher, visualiser, utiliser, et réutiliser des œuvres libres de droit ou protégés.

A travers l'objectif du contrôle numérique et de la stabilité de la rémunération des droits des auteurs d'œuvres « images », le législateur a ainsi prévu d'établir un dispositif pour contraindre les moteurs de recherche à verser une rémunération pour chaque usage d'image sur la toile. La cible principale : les plateformes Google, et la fonctionnalité Google Images de son moteur de recherche. A tort ou à raison, et en dépit du paiement régulier des droits d'auteur, Google est la cible d'accusations quant au manque de rémunération des auteurs face aux bénéfices économiques qu'elle acquière.

Dans l'application, cela semble cependant plus complexe, ne serait-ce que face à la notion d'œuvres libres. Les parlementaires soulevaient déjà plusieurs interrogations à ce sujet. L'opposition principale tient du fait que cette mesure porterait lourdement atteinte aux créateurs qui choisissent de publier leurs images et photographies sous des licences libres comme les Creative Commons, ou de placer volontairement leurs œuvres dans le domaine public, et serait ainsi contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne.

Le 12 décembre 2016, l'association « La Quadrature du Net » a soulevé la problématique à la Commission européenne. Elle rappelait alors que le cadre européen du droit d'auteur, fixé notamment par la directive 2001/29, vise à assurer aux auteurs un « haut niveau de protection » de leurs intérêts, en soulevant le fait que la Cour a récemment condamné la France dans un arrêt '*Doke et Soulier'*, rendu le 16/11/2016 par la 3^{e} Chambre de la Cour (Affaire C-301/15 Soulier et Doke, 3^{e} Chambre). La France avait alors été sanctionnée pour avoir instauré en matière d'exploitation des livres indisponibles du XXème siècle un dispositif de gestion collective présentant des similitudes très fortes avec le procédé de l'art.30 de la Loi du 7 juillet 2016.

La gestion collective obligatoire nuit donc à la possibilité de choix de l'auteur sur la gestion de sa rémunération, de même que sa liberté à établir un libre accès à ses œuvres. En termes contractuels, cela limite également le champ des négociations. Au niveau économique, se pose également la problématique de l'impact d'une telle mesure à l'échelle internationale, avec une gestion financière nationale de produits externes à la législation française, sans que ne soit prévu le devenir des fonds. Autant de problématiques qui ne semblent pas avoir reçu réponse à ce jour. Reste à voir l'effectivité de la loi, et ses apports pratiques après application.

Un délai de 6 mois était cependant prévu par la Loi après promulgation de la loi, pour déclencher la mise en gestion obligatoire du droit de référencer les photos et images. Le 08/02/2017, ce délai est donc parvenu à son terme. Cependant, face à l'opposition qu'elle a déclenchée, l'intervention ou non de la Commission européenne quant au devenir de l'applicabilité de cette taxe sera décisive.

En dépit de l'avis défavorable du gouvernement, la loi est donc passée, de même que son homologue ladite « taxe Youtube ». Après rejet de l'assemblée suite à l'audience publique du 21/10/2016, et suivant une seconde présentation le 07/12/2016, les députés ont finalement adopté le texte de loi relatif à la taxe sur les revenus publicitaires des sites mettant à disposition des vidéos gratuites ou payantes sur Internet, position suivie par les sénateurs le 17/12/2016.

Conclusion. Par conséquent, l'univers numérique demeure encore source de problématiques pour la législation, non encore alignée avec le développement informatique et numérique. S'il ne semble pas possible, en l'état actuel du Droit, de traiter tant à l'échelle nationale qu'européen et plus largement internationale, la question de la rémunération des auteurs face à l'ampleur de la toile internet, il est tout de même possible de se demander quelle sera l'évolution de la Loi, ou du moins, quelle sera la prochaine étape et quelles en seront les retombées pour le droit d'auteur.
En l'état actuel, la loi française semble donc vouloir passer outre la volonté des auteurs, pour leur imposer une monétisation des usages de leurs œuvres, là où ils sont pourtant permis par les licences. C'est quelque part une négation même du droit d'auteur, plus particulièrement de la liberté d'un auteur, de son droit d'interdire ou d'autoriser toute publication et utilisation de sa création.

Cet ensemble de législation, souvent mise en parallèle avec l'article 78 de la Loi de finances pour 2017 traitant de l'imposition des revenus des plateformes numériques et du contrôle de leurs activités, semble ici également viser principalement Google, via la création d'une taxe cette fois nommée « Google taxe », par reprise de l'expression anglophone.

2. La « Google taxe »

Un examen de l'anti-constitutionnalité de l'article 78 de la loi de finances pour 2017 a été demandé. Ainsi, le 29/12/2016, après promulgation de la loi n° 2016-1917 de finances pour 2017, le Conseil constitutionnel ayant été préalablement saisi l'a invalidé. Ce dernier a ainsi rappelé que seul « le législateur est à même de déterminer le champ d'application des contribuables concernés par l'impôt, et ne peut transmettre cette compétence à l'administration fiscale sous peine d'inconstitutionnalité » L'article a donc été censuré

« Décision n° 2016-744 DC du 29 décembre 2016 Sur l'article 78 :
80. L'article 78 insère, dans le code général des impôts, un article 209 C qui prévoit la soumission à l'impôt sur les sociétés des bénéfices réalisés en France par une personne morale établie hors de France.
81. Les sénateurs requérants reprochent à l'article 78 de la loi déférée d'être entaché d'incompétence négative et de méconnaître l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.
82. Le paragraphe VI de l'article 209 C du code général des impôts prévoit : « Les dispositions du présent article s'appliquent dans le cadre d'une vérification de comptabilité, sur décision de l'administration d'opposer au contribuable la présomption prévue au présent article ». Ces dispositions confèrent à l'administration le pouvoir de choisir, parmi les contribuables entrant dans le champ d'application de l'article 209 C, ceux qui seront effectivement soumis à l'impôt. Si le législateur dispose de la faculté de modifier le champ d'application de l'impôt sur les sociétés, afin d'imposer les bénéfices réalisés en France par des entreprises établies hors du territoire national, il ne pouvait, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, subordonner l'assujettissement à l'impôt à la décision de l'administration d'engager une procédure de contrôle.
83. Sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, les dispositions du paragraphe VI de l'article 209 C, qui méconnaissent l'article 34 de la Constitution, sont contraires à la Constitution.
84. Compte tenu de ses conséquences, la censure du seul paragraphe VI de l'article 209 C entraînerait des effets qui ne correspondent pas à l'intention du législateur. Par conséquent, l'ensemble de l'article 78 de la loi déférée doit être déclaré contraire à la Constitution.».

Face à la montée en puissance des plateformes de mise en relation des particuliers dans l'économie numérique le Législateur est une nouvelle fois intervenue.

Il a fallu attendre la Loi Macron d'août 2015 pour que les premiers jalons voient le jour dans ce domaine. Cette Loi a donc mis à la charge des opérateurs de plateforme en ligne une obligation d'information « loyale, claire et transparente » de leurs utilisateurs sur les conditions générales d'utilisation.

Après ce premier galon d'essai, l'article 87 pour la Loi de finances pour 2016 a créée l'article 242 bis du CGI pour combler à son tour le « vide juridique » régnant autour de l'essor des plateformes de mise en relation dans l'économie numérique (Leboncoin, Air BnB, BlablaCar …).

Cette nouvelle disposition est entrée en vigueur dés le 1er juillet 2016. Sa première mise en oeuvre est attendue au cours du 1er trimestre 2017. Mise en conformité et obtention du certificat délivré par le tiers indépendant sont les maitres mots.

Article 242 bis Créé par LOI n°2015-1785 du 29 décembre 2015 - art. 87 (V)
I.-Les entreprises, quel que soit leur lieu d'établissement, qui mettent en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service sont tenues de fournir, à l'occasion de chaque transaction, une information loyale, claire et transparente sur les obligations fiscales et sociales qui incombent aux personnes qui réalisent des transactions commerciales par leur intermédiaire. Elles peuvent utiliser, dans ce but, les éléments d'information mis à leur disposition par les autorités compétentes de l'Etat. Elles sont également tenues de mettre à disposition un lien électronique vers les sites des administrations permettant de se conformer, le cas échéant, à ces obligations.
II.-Les entreprises mentionnées au I adressent, en outre, à leurs utilisateurs, en janvier de chaque année, un document récapitulant le montant brut des transactions dont elles ont connaissance et qu'ils ont perçu, par leur intermédiaire, au cours de l'année précédente.
III.-Les obligations définies aux I et II s'appliquent à l'égard des utilisateurs résidant en France ou qui réalisent des ventes ou des prestations de services en France.
IV.-Les entreprises mentionnées au I font certifier chaque année, avant le 15 mars, par un tiers indépendant, le respect, au titre de l'année précédente, des obligations définies aux I et II.
V.-Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article.
NOTA : Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015, article 87 IV : Les I et II du présent article s'appliquent aux transactions réalisées à compter du 1er juillet 2016.

DROIT DES GROUPEMENTS

présenté par Émilie GARREAU et Doriane VILLANOVA
****

• **Com., 25 janv. 2017 n°14-28792** : Les conditions de direction d'une société par actions simplifiée sont fixées par les statuts. Si après transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiée les statuts ne font pas mention d'un conseil d'administration, les dirigeants membres de celui-ci avant transformation ont, par cette dernière, perdu leur qualité.

*« **Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les statuts de la société par actions simplifiée Cabinet Rexor ne faisaient pas mention d'un conseil d'administration, ce dont il résultait que M. X... n'avait pas conservé sa qualité d'administrateur à la suite de la modification de la forme juridique de cette société**, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ; »*

• **Com., 25 janv. 2017, n°15-28980** : Les héritiers d'un associé de société civile professionnelle, conservent leur droit aux bénéfices aussi longtemps que la valeur des parts ne leur a pas été remboursée.

« Et attendu, d'autre part, ***qu'en cas de décès de l'associé membre d'une société civile professionnelle titulaire d'un office notarial, ses héritiers ou légataires conservent vocation à la répartition des bénéfices jusqu'à la cession ou au rachat des parts de leur auteur ; que, par suite, ils conservent ce droit aussi longtemps que la valeur des parts sociales ne leur a pas été remboursée*** *; que l'arrêt relève que M. Y... a payé aux consorts X..., le 4 décembre 2008, la somme correspondant à la valeur des parts déterminée par l'expert ; qu'il en résulte que les consorts X... étaient fondés à obtenir la quote-part des bénéfices sociaux leur revenant du 27 janvier 2007 au 4 décembre 2008 ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile, la décision déférée se trouve légalement justifiée ; »*

DROIT BANCAIRE, INSTRUMENTS DE PAIEMENT ET DE CREDIT :

présenté par Marie SOTAS et Frédéric VERLHIAC
****

Concernant les comptes bancaires

Ordonnance du 22 décembre 2016 relative à l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base (Ord. n° 2016-1808, 22 déc. 2016 : Journal Officiel du 23 Décembre 2016, texte n° 17) .

Elle finalise la transposition de la directive du 23 juillet 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base, dite directive PAD (Dir. 2014/92/UE du 23 juill. 2014, JOUE, n° L. 257, 28 août).

Fondement de l'ordonnance : **Loi ° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2.**

Elle transpose de nouvelles obligations à l'égard des établissements de crédit en matière d'accessibilité bancaire :

- En cas de dysfonctionnement du service de mobilité bancaire, l'établissement d'arrivée ou de départ devra indemniser « sans délai le titulaire de compte de tout préjudice subi, résultant directement du non-respect des obligations lui incombant dans le cadre de la procédure de mobilité bancaire (…) » sauf « en cas de circonstances anormales et imprévisibles échappant à son contrôle, dont les suites auraient été inévitables malgré tous les efforts déployés, ou lorsqu'il est lié par des obligations légales spécifiques » (C. mon. fin., art. L.312-1-7).
- Le droit au compte bénéficie désormais aux personnes physiques résidant légalement dans un autre Etat membre de l'Union européenne n'agissant pas pour des besoins professionnels et à toute personne physique de nationalité française résidant hors de France (art. L.312-1, I, 2°).
- Les établissements de crédit doivent aussi disposer, au sein de leur gamme de service, de prestations de base dont la liste sera fixée par décret.

— Les personnes en situation de fragilité financière se verront proposer une offre spécifique dans des conditions fixées par décret, qui devra répondre aux exigences de l'article L.312-1, II relatif au droit au compte.
— Les établissements de crédit devront justifier gratuitement par écrit le refus de l'ouverture d'un compte et orienter les demandeurs vers la Banque de France afin qu'ils puissent bénéficier du droit au compte (art. L.312-1, II).

Entrée en vigueur :
— 6 février 2017, concernant la mobilité bancaire ;
— 24 juin 2017, concernant le droit au compte de paiement.

Mots-clés : mobilité bancaire, droit au compte, compte de paiement.

Source : X. D., « Renforcement du dispositif du « droit au compte », *AJ Contrat* 2017, p. 7.

Arrêté ministériel du 10 janvier 2017 (NOR : ECFT1624314A, JO 13 janvier) : modification des pièces justificatives devant être transmises à la Banque de France pour l'exercice du droit au compte telles que prévues par l'arrêté du 31 juillet 2015 : désormais, nécessaire déclaration sur l'honneur attestant le fait que le demandeur ne dispose d'aucun compte de dépôt en son nom.
Entrée en vigueur : 23 juin 2017.

Cass. com. 13 décembre 2016, P+B, n°14-16.037 : Le compte-courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte est immédiatement exigible de la caution.

2 janvier 2017 : lancement par la Caisse des Dépôts du site internet Ciclade.fr permettant de rechercher gratuitement des assurances-vie et des comptes bancaires inactifs qui lui ont été transférés.
« Il s'agit d'un service d'intérêt général créé à la demande de l'état en application de la loi n° 2014-617 du 13 juin 2014 relative aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d'assurance vie en déshérence, dite loi « Eckert ».
Pour rappel, les établissements financiers conservent les comptes bancaires ou les contrats d'assurance-vie inactifs durant 10 ans puis les clôturent et transfèrent le solde à la Caisse des Dépôts qui, elle, les conserve pendant 20 ans. C'est durant ces 20 ans, que les bénéficiaires de ces sommes peuvent en demander la restitution via le site Ciclade. Après 30 ans d'inactivité et sans manifestation du bénéficiaire, l'argent est définitivement reversé à l'état. Il n'est alors plus possible d'en demander la restitution. La démarche sur le site Ciclade se déroule en trois temps. D'abord, la personne recherche sur le site si de l'argent lui revient. Il faut pour cette recherche rassembler un certain nombre d'informations sur le titulaire du compte ou sur le souscripteur du contrat d'assurance-vie. Puis si un résultat est trouvé, elle doit créer un espace et faire sa demande de restitution. Enfin, la Caisse des Dépôts traite sa demande. Si elle est validée, elle reçoit cet argent » (« Recherche facilitée de sommes non réclamées à la Caisse des Dépôts », *Revue Lamy droit des affaires*, n°123, 1er février 2017).

Chiffres : « Un an après son entrée en application, un bilan de la loi du 13 juin 2014 relative aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d'assurance-vie en déshérence, dite loi Eckert, est dressé par le secrétaire d'État chargé du Budget. Ainsi, au 31 décembre 2016, près de 3,7 milliards d'euros ont été transférés à la Caisse des dépôts et des consignations « par les organismes bancaires ou assurantiels ».
Dans ces 3,7 milliards, 1,9 milliards proviennent de comptes bancaires inactifs, 938 millions de l'épargne salariale et 843 millions des produits d'assurance. (…) Au 24 janvier, la Caisse des dépôts avait reçu 10 145 demandes de versements et traité 509 dossiers pour un montant total de 317 417 euros » (« Premier bilan pour la loi Eckert », *Droit et Patrimoine*, n°266, 1er février 2017).

Mots clés : Caisse des Dépôts, ciclade, site internet, assurances-vie, comptes-bancaires inactifs, Loi Eckert.

Source : « Recherche facilitée de sommes non réclamées à la Caisse des Dépôts », *Revue Lamy droit des affaires*, n°123, 1er février 2017.

Concernant les prêts bancaires et les crédits à la consommation :

Cass. com. 31 janvier 2017, FP+P+B+I, n°14-26.360 : le point de départ de la prescription de l'action en nullité du TEG se situe au jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'erreur affectant celui-ci.
Mots-clés : prêts bancaire, SCI, TEG, action en nullité.
Source : Delpech (X.), « Erreur de TEG : point de départ de la prescription de l'action en annulation de la stipulation d'intérêts », *Dalloz actualité*, 20 février 2017.

Cass. com. 18 janvier 2017, F-P+B, n°15-14.665 : la clause d'un contrat de prêt prévoyant le paiement d'intérêts à un certain taux jusqu'à l'échéance fixée pour le remboursement suffit pour que les intérêts continuent à courir après ladite échéance, si le débiteur ne se libère pas à cette époque.
Mots-clés : prêt, intérêts.
Source : Delpech (X.), « Droit pour la banque de percevoir des intérêts à la suite de l'échéance du prêt non remboursé », *Dalloz actualité*, 2 février 2017.

Cass. Civ. 1ère, 25 janvier 2017, FS-P+B, n°15-24.607 : l'écart entre le TEG mentionné dans le contrat de crédit et le taux réel ne saurait être sanctionné s'il est inférieur à la décimale prescrite par l'article R.313-1 du Code de la consommation.
Mots-clés : prêts, TEG, erreur.
Source : Ravel d'Esclapon (de) (Th.), Taux effectif global erroné : différence inférieure à la décimale, *Dalloz actualité*, 10 février 2017.

Cass. Civ. 1ère, 25 janvier 2017, FS-P+B, n°15-21.453 : il ne peut être fait échec aux règles d'ordre public relatives à la détermination du point de départ du délai biennal de forclusion propre au crédit à la consommation par l'inscription de l'échéance d'un prêt au débit d'un compte courant dont le solde est insuffisant pour en couvrir le montant, quand aucune convention de découvert n'a été préalablement conclue.
Mots-clés : crédit à la consommation, forclusion, compte-courant, convention de découvert.
Source : Ravel d'Esclapon (de) (Th.), « Crédit à la consommation : point de départ du délai biennal de forclusion », *Dalloz actualité*, 9 février 2017.

Arr. min. 29 déc. 2016, NOR : ECFT1637966A, JO 30 déc. : fixe les taux de l'intérêt légal pour le premier semestre 2017 :

- pour les créances des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels : à 4,16 % (contre 4,35 % au second semestre 2016) ;
- pour tous les autres cas (dettes dues à l'administration fiscale, à une entreprise, à une association, etc.) : à 0,90 % (contre 0,93 % au second semestre 2016).

Entrée en vigueur : 1er janvier 2017.
Mots-clés : taux d'intérêt légal, 1er semestre 2017.
Source : *Revue Lamy droit des affaires*, n°123, 1er février 2017.

Arrêté du 25 janvier 2017 relatif aux taux mentionnés dans le règlement du Comité de la réglementation bancaire n° 86-13 du 14 mai 1986 relatif à la rémunération des fonds reçus par les établissements de crédit (A. 25 janv. 2017 : Journal Officiel du 29 Janvier 2017, texte n° 5) : Pour la période du 1er février 2017 au 31 juillet 2017, sans préjudice des dispositions mentionnées au 3° du II de l'article 3 du règlement n° 86-13 du 14 mai 1986 susvisé, les taux mentionnés aux 1° à 5° du I du même article, sont respectivement fixés à :

1. – livrets A et livrets de développement durable : 0,75 % ;
2. – comptes sur livret du Crédit mutuel (après tous prélèvements fiscaux et sociaux) : 0,75 % ;
3. – comptes sur livret d'épargne populaire : 1,25 % ;
4. – comptes sur livret d'épargne entreprise : 0,50 % ;

— comptes d'épargne logement hors prime d'État : 0,50 %.

Mots-clés : épargne, taux.
Source : « Taux de l'épargne réglementée à compter du 1er février 2017 », *JCP* E, n°5, 2 février 2017, act. 93.

Cass. Civ. 1ère, 25 janvier 2017, F-P+B, n°16-10.105 : Le prêt consenti à une personne physique, inscrite au registre du commerce et des sociétés, en vue du financement de biens devant être loués, est destiné à financer une activité professionnelle, fut-elle accessoire, de sorte qu'il est exclu de la prescription biennale, applicable au seul consommateur.
Mots-clés : prêt, activité professionnelle, consommateur, prescription biennale.
Source : Ravel d'Esclapon (de) (Th.), « Prescription biennale : prêt consenti à une personne physique pour une activité professionnelle », *Dalloz actualité*, 14 février 2017.

Concernant le Bordereau de cession de créances professionnelles dit Bordereau Dailly :

Cass. com. 18 janvier 2017, FS-P+B, n°15-12.951 : Si le cessionnaire d'une créance professionnelle qui a notifié la cession en application de l'article L.313-28 du Code monétaire et financier bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, ou sa caution solidaire, sans avoir à justifier d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure, il est cependant tenu de justifier d'une demande amiable adressée préalablement à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement.
Mots-clés : cession de créance professionnelle, Dailly, recours, garant, mise en demeure préalable.
Source : Delpech (X.), « Cession Dailly : conditions du recours du cessionnaire impayé contre le cédant », *Dalloz actualité*, 13 février 2017.

Concernant l'affacturage :

CA Paris, pôle 1, ch. 1, 13 décembre 2016, n°RG : 16/03353 : opposabilité d'une clause compromissoire à l'affactureur.
Maintien d'une jurisprudence antérieure : CA Paris, pôle 1, ch. 1, 10 mai 2016, n°RG : 15/21115.
Mots-clés : affacturage, arbitrage, clause compromissoire.
Source : *Revue Lamy droit des affaires*, n°123, 1er février 2017.

Concernant la lettre de change :

CA Metz, 6e Metz, 16 janvier 2017, n°15/01214, STEF International Bordeaux c/ Sté SEE George ; jugement TGI Metz, 27 janv. 2015) : L'action en paiement d'une lettre de change matérialisant la créance du transporteur relève du délai annal de l'article L. 133-6 du Code de commerce et non du droit cambiaire. Pour autant, la signification de l'ordonnance d'injonction de payer, valant demande en justice, a un effet interruptif qui se prolonge durant l'instance.
De plus, à défaut de mention du nom du bénéficiaire, une traite est nulle au plan cambiaire mais sert d'élément de preuve selon le droit commun.
Mots-clés : lettre de change, droit cambiaire, prescription, paiement, transporteur, mention, nom du bénéficiaire, preuve.
Source : *Bulletin des Transports et de la Logistique*, n°3628, 23 janvier 2017.

Concernant les devoirs du banquier :

Cass. com. 31 janvier 2017, n°14-22.928, F-D : Les associés d'une société en nom collectif (SNC), ayant contracté un emprunt destiné au financement de l'acquisition de son fonds de commerce, tenus en cette qualité, solidairement et indéfiniment, des dettes de la société et étant ainsi commerçants de droit, ne peuvent se présenter comme "non avertis" et donc se prévaloir d'un devoir de mise en garde de la banque à leur égard, que ce soit lors de la conclusion du prêt ou, à plus forte raison, au cours de l'activité de la société, dès lors qu'ils ne démontrent pas que la banque ait disposé d'informations sur l'exploitation de la société dont ils n'auraient pas eux-mêmes eu connaissance, de par leur implication directe dans sa gestion.

« L'arrêt (d'appel) constate que sur la fiche de renseignements que la caution a personnellement complétée et revêtue de la mention manuscrite « renseignements certifiés sincères et véritables », suivie de sa signature, il a déclaré être directeur logistique d'une entreprise depuis trente-deux ans et en déduit qu'il était donc parfaitement apte, par ses connaissances et expérience professionnelles, à mesurer les enjeux et risques propres à la garantie apportée au projet commercial de la société reprenant une activité de restauration et entendant la développer ; (…) il rappelle, en outre, que la caution, dans ses conclusions, détaille précisément toutes les critiques qu'il a lui-même faites de la viabilité de ce projet au représentant de la banque lors d'un entretien téléphonique courant février 2004, pour indiquer que l'entretien s'est terminé par son refus de se porter caution et que, postérieurement à cet entretien, il a néanmoins souscrit le cautionnement, dont il ne demande pas la nullité, bien qu'aucun élément nouveau ne soit venu modifier le projet commercial ; (…) il relève, enfin, que l'implication de la caution dans la vie de la société est corroborée par de nombreux courriers adressés à la banque par l'un des gérants au nom de la société, après le démarrage de l'exploitation, dans lesquels celui-ci indique à plusieurs reprises s'être rendu à l'agence avec les cautions ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la caution avait le caractère de caution avertie ».

(…) L'épouse de la caution n'avait fait que donner son consentement exprès au cautionnement solidaire contracté par son époux et que cette intervention n'avait pour effet, conformément à l'article 1415 du Code civil, que d'engager les biens communs sans que ses biens propres ne soient engagés et qu'elle n'ait elle-même personnellement contracté un quelconque engagement de caution envers la banque, de sorte que cette dernière n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde envers l'épouse (cf. déjà Cass. com., 9 févr. 2016, nº 14-20.304, FS-P+B), qui n'était ni emprunteur, ni caution.

Mots-clés : devoir de mise en garde, banquier, établissement de crédit, associés, société en nom collectif, SNC, caution, averti.

Source : Téchéné (V.), « Devoir de mise en garde du banquier à l'égard des associés d'une société en nom collectif », Actualités du Droit du 21 février 2017, *Lamyline*, Une information Lexbase.

CA Metz, 6e ch., 31 janvier 2017, n°16/01396, SA Frovia c/ BECM ; jugement déféré : TGI Metz, 1er mars 2016 : concernant un prêt documentaire : Si la banque émettrice a manqué à son devoir de contrôle apparent en ne signalant pas les anomalies affectant les documents, le donneur d'ordre - qui a pris possession de la marchandise au lieu de les retourner et d'émettre des réserves - a renoncé à agir contre elle. Il ne saurait donc demander réparation du préjudice.

Mots-clés : prêt documentaire, devoir de contrôle apparent, anomalies, droit d'agir, réparation préjudice.

Source : « Crédit documentaire, faute de la banque « neutralisée » », *Bulletin des Transports et de la Logistique*, n°3631, 13 février 2017.

CJUE, 3e ch., 25 janv. 2017, aff. C-375/15, BAWAG PSK Bank c/ Verein für Konsumenteninformation :

« les modifications des informations et des conditions ou les modifications du contrat-cadre transmises uniquement par le biais d'une telle messagerie interne au site de banque en ligne ne sauraient être considérées comme étant fournies sur un support durable qu'à condition que le client :

5. – puisse accéder à ces informations et les reproduire à l'identique, pendant une durée appropriée, sans qu'aucune modification unilatérale de leur contenu par ce prestataire ou par un autre professionnel ne soit possible ;
6. – et soit prévenu de la mise à disposition de ces informations dans cette messagerie.

À défaut de notification au client de la mise à disposition des informations disponibles dans la messagerie, celles-ci sont simplement considérées comme mises à disposition de celui-ci ».

Source : « Un site internet peut être considéré comme un support durable pour la communication d'informations contractuelles d'une banque à ses clients », *JCP E*, n°5, 2 février 2017, act. 86.

Concernant les cartes bancaires :

Cartes bancaires prépayées : fixation des plafonds : décret du 15 décembre 2016 :

Le décret du 15 décembre 2016, dont le but est de renforcer la sécurité des cartes prépayées, insère un article D. 315-2 dans le Code monétaire et financier. Ce dernier introduit deux plafonds.

Le premier limitant la capacité maximale d'emport desdites cartes à 10 000 € et le second plafonnant les opérations de chargement, de retrait et de remboursement au moyen d'espèces ou de monnaie électronique anonyme à 1 000 €. Ainsi posée ce dispositif permet-il de renforcer efficacement la traçabilité des opérations.

Ce décret est entré en vigueur le 1er janvier 2017.

Mots-clés : cartes prépayées, sécurité, emport, plafond, opérations de chargement, retrait, remboursement, traçabilité.

Preuve de la fraude en cas de paiement par carte bancaire : arrêt Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-18102 :

Suivant les articles L. 133-19 IV et L. 133-23 du Code monétaire et financier, il appartient au banquier « de rapporter la preuve que l'utilisateur, qui nie avoir autorisé une opération de paiement, a agi frauduleusement ou n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave à ses obligations ». Selon la Cour, l'utilisation de données personnelles n'est pas en soi un élément de preuve, ce qui est contestable en cas d'utilisation de techniques hautement sécurisées. Aussi, la Cour de Cassation s'est-elle montrée particulièrement sévère à l'encontre de la banque, pour laquelle les chances de pouvoir démontrer la négligence ou la fraude de son client sont faibles pour ne pas dire quasi inexistantes.

Mots-clés : paiement par carte bancaire, fraude, négligence grave, preuve, charge, données personnelles.

Concernant la monnaie électronique :

Paiements en monnaie électronique : fixation des plafonds : décret du 30 décembre 2016 :

Le décret du 30 décembre 2016, modifie l'article D. 112-3 du Code monétaire et financier, et fixe, pour les paiements effectués en monnaie électronique lorsque le débiteur a son domicile sur le territoire français ou agit pour les besoins d'une activité professionnelle, le plafond à 3 000 euros.

Par ailleurs, lorsque le débiteur n'a pas son domicile fiscal en France et n'agit pas pour les besoins d'une activité professionnelle, le plafond pour les paiements en espèces ou en monnaie électronique est désormais fixé à 15 000 euros.

Enfin, le plafond de paiement en espèces ou en monnaie électronique propre aux opérations de prêts sur gages corporels effectués par les caisses de crédit municipal est désormais établi à 3 000 euros.

Les dispositions de ce décret sont entrées en vigueur le 1er janvier 2017.
Mots-clés : monnaie électronique, paiement, plafond, résident, activité professionnelle, espèces, prêts sur gages corporels, crédit municipal.

DROIT DES SÛRETÉS :

présenté par Sophie ATSARIAS
****

I. ACTUALITE LEGISLATIVE

CAUTIONNEMENT

Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin 2 », art. 84 : cet article pose l'interdiction aux établissements de crédit (ou sociétés de financement) de facturer les frais d'information annuelle aux cautions personnes physiques ou personnes morales garantissant un concours financier à une entreprise.
A titre de rappel, l'article L.313-22 du Code monétaire et financier impose aux créanciers dispensateurs de crédit d'informer les cautions des dettes d'une entreprise, tous les ans au plus tard avant le 31 mars, de l'existence du cautionnement, de sa révocabilité et du montant de la dette garantie au 31 décembre de l'année précédente. Cette information annuelle doit porter sur le montant du principal de la dette et des intérêts.
Aujourd'hui, le deuxième alinéa de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier est ainsi rédigé : « *La réalisation de cette obligation légale ne peut en aucun cas être facturée à la personne qui bénéficie de l'information* ».
Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 2017.

Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 « Égalité et citoyenneté », art. 121 : ce texte supprime l'exigence de rédaction d'une mention manuscrite à l'égard des cautions personnes morales d'un bail.
Depuis la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 (art. 22-1), toute caution d'un bail doit rédiger une mention manuscrite du montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location. En outre, la caution doit exprimer de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte.
Le dernier alinéa de l'article 22-1 ne vise désormais que la « *personne physique qui se porte caution* », écartant ainsi les cautions personnes morales du champ d'application de la protection.

II. ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

CAUTIONNEMENT

Mention manuscrite :
Cass. com., 31 janv. 2017, n°15-15.890, publié au bulletin : la validité de l'engagement de caution n'est pas affectée par la contradiction entre deux dates, dès lors que l'une des deux mentions manuscrites est conforme à celles prescrites par la loi
Cass. com., 18 janv. 2017, n° 14-26.604, publié au bulletin : l'ancien article L. 341-2 (devenu l'article L.331-1) du Code de la consommation n'impose pas la mention du montant de l'engagement de la caution à la fois en chiffres et en lettres, à l'inverse de l'article 1376 du Code civil. Ainsi, l'omission de l'indication du montant garanti en lettres dans la mention manuscrite constitue une simple erreur matérielle qui ne peut entraîner la nullité du cautionnement.

Exception de nullité et mention manuscrite :
Cass.com., 31 janv. 2017, n° 14-29.474, publié au bulletin :
« *la règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté, ne s'applique qu'à compter de l'expiration du délai de prescription de l'action ; après cette date, l'exception n'est recevable que si l'acte n'a pas commencé à être exécuté* ».
A la suite de la mise en liquidation judiciaire d'une société, l'un des fournisseurs habituels de la société exerce à l'encontre de la caution une action en exécution de son obligation. Or, la caution oppose la nullité de son engagement par voie d'exception, en invoquant l'absence de signature des mentions manuscrites portées sur l'acte de cautionnement.
La Cour de cassation confirme la décision des juges du fond selon laquelle, à défaut d'un commencement d'exécution, la demande d'annulation n'est pas soumise à la prescription, en l'espèce celle de l'article 1304 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016. L'exception de nullité opposée par la caution est donc recevable.

Disproportion : Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-12.723, publié au bulletin : les conditions générales de la garantie Oseo interdisant à la banque le recours à des procédures d'exécution forcée sur le logement de la caution pour le recouvrement de la créance garantie, n'exclut pas la prise en compte de ce bien dans l'appréciation de la disproportion dudit cautionnement

Cautionnement d'un bail commercial : Cass. 3e civ., 15 déc. 2016, n°15-25240 : la transformation du bail dérogatoire en un bail commercial entraîne la formation d'un nouveau contrat, de sorte que le cautionnement des loyers d'un bail dérogatoire ne s'étend pas aux obligations issues du nouveau bail, sauf clause contraire. En l'espèce, « *il résultait des actes de caution que l'engagement respectif de M. et Mme X... Y...était limité à l'exécution du bail dérogatoire du 5 octobre 2006 « éventuellement renouvelé* » ». Certes, les cautions avaient pris le soin d'aménager conventionnellement le sort de leur garantie, mais seulement dans l'hypothèse du renouvellement du bail dérogatoire et non d'une éventuelle transformation en un nouveau bail. Dès lors, les cautions n'étaient pas tenues du paiement des dettes nées du nouveau bail commercial, hypothèse non envisagée par la stipulation.

GARANTIE AUTONOME

Cass. com. 31 janv. 2017, n° 15-19.158, publié au bulletin : sauf convention contraire, la garantie autonome, qui ne suit pas l'obligation garantie, n'est pas transmise en cas de scission de la société bénéficiaire de la garantie. Cette solution, bien établie, trouve sa justification dans l'article 2321 alinéa 4 du Code civil : « *sauf convention contraire, cette sûreté [la garantie autonome] ne suit pas l'obligation garantie* ».

DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE :

présenté par Émilie GARREAU et Doriane VILLANOVA
****

I. ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

• **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 (dite Loi Sapin II, JO du 27 décembre 2016) :** modification, notamment, de l'article L651-2 du Code de commerce puisque désormais, en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif, la simple négligence est insuffisante.

Extrait - Alinéa 1 :
« Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. ***Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée*** *».*

• **Décret n°2016-1851 du 23 décembre 2016 relatif à la désignation des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires dans certaines procédures relatives aux entreprises en difficulté et modifiant le Code de commerce** (décret d'application d'une ordonnance du 2 juin 2016, JO du 10 décembre 2016)

II. ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

• **Com., 29 novembre 2016, n°15-10608** : L'opposabilité du droit de propriété suppose l'action en revendication et non une simple connaissance par le liquidateur de celui-ci.
*« **la reconnaissance par le liquidateur du droit de propriété ne dispense pas la propriétaire du bien détenu par le débiteur d'agir en revendication** ».*

• **Com., 29 novembre 2016, n°15-13190** : Le cessionnaire d'une créance non déclarée en raison de l'absence d'avertissement personnel par le liquidateur est un créancier intéressé qui peut demander la reprise des opérations de la liquidation judiciaire.
« Mais attendu qu'après avoir constaté que Mme X. était propriétaire d'un immeuble qui n'a pas été réalisé dans le cadre de sa liquidation judiciaire puis relevé que ***la banque, titulaire d'une hypothèque sur ce bien, n'a pas été avertie personnellement d'avoir à déclarer sa créance, l'arrêt en déduit exactement que, aucune forclusion ne lui étant opposable****, le FCT, venant aux droits de la banque, est, au sens de l'article L643-13, alinéa 2, du code de commerce, un* ***créancier intéressé à la reprise des opérations de liquidation judiciaire*** *».*

• **Com., 29 novembre 2016, n°15-10466** : La responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut reposer que sur des fautes commises avant le jugement d'ouverture, y compris en cas de conversion ultérieure en liquidation judiciaire.
« Vu l'article L651-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 (…) ***Qu'en statuant ainsi, en prenant en considération des fautes commises postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel a violé le texte susvisé*** *».*

• **Com., 29 novembre 2016, n°15-19474 :** L'apport sous condition d'infirmation d'une décision d'ouverture d'une procédure collective est un actif disponible.
« Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la somme que Mme Y. proposait d'apporter ***n'avait pas vocation, dès l'infirmation de la décision d'ouverture de la procédure collective, à être versée par le séquestre qui la détenait et ne constituait pas, dès lors, une réserve de crédit de nature à entrer dans l'actif disponible de la SCI…*** *».*

• **Com., 29 novembre 2016, n°15-12350** : En cas de revendication de choses fongibles par plusieurs propriétaires, la restitution doit être proportionnelle.
« Vu les articles L624-9, L624-16 et L624-17 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte du deuxième de ces textes que l'existence en nature de 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*** *».*

• **Com., 13 décembre 2016, n°14-16037** : Effets / enjeux de la clôture automatique du compte courant par le prononcé de la liquidation judiciaire : poursuite de la caution.

*« **le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte, est immédiatement exigible de la caution ;** que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé **que l'admission définitive des créances de la banque** au passif des procédures collectives des **sociétés dont M. X. a cautionné les obligations, s'impose à celui-ci, qui n'est pas fondé à contester les sommes dont le paiement lui est réclamé** »*

• **Com., 13 décembre 2016, n°15-14316 :** Le délai d'appel ne court pas en cas de défaut de notification de l'ordonnance de cession d'actifs mobiliers (en cause, une erreur dans l'adresse figurant sur le pli).

« Attendu que pour déclarer cet appel irrecevable, l'arrêt retient que les services postaux ont corrigé l'erreur commise dans l'adresse du représentant légal de la société, M. X. en délivrant le pli à la bonne adresse, et qu'ils ont porté sur le formulaire non pas le mention « destinataire connu inconnu à l'adresse » mais « pli avisé – non réclamé » ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que la société n'avait pas reçu la lettre recommandé lui notifiant l'ordonnance du juge-commissaire et qu'en conséquence, le délai d'appel n'avait pas couru*…».*

• **Com., 18 janv. 2017, n°15-16531** : Le mandant d'une agence gestionnaire d'immeuble en liquidation judiciaire, auquel des versements n'ont pas été restitués, peut déclarer sa créance de restitution au passif et en demander l'admission. En outre, cette admission ne remet pas en cause l'engagement contractuel de la société auprès de laquelle l'agence avait souscrit une garantie financière.

*« Mais attendu, en premier lieu, que le mandant d'un administrateur de biens a la faculté d'agir en justice contre son mandataire, sans préjudice de la mise en œuvre de la garantie financière ; que lorsque l'administrateur de biens est en procédure collective****, le mandant, auquel les versements effectués entre les mains de celui-ci pour son compte à l'occasion d'une opération mentionnée à l'article 1er de la loi du 2 janvier 1970 n'ont pas été restitués, peut déclarer sa créance de restitution au passif de l'administrateur de biens et en demander l'admission****, l'exercice de cette faculté ne remettant pas en cause l'affectation spéciale au remboursement des fonds, effets ou valeurs déposés de la garantie financière prévue par l'article 3, alinéa 2, 2°, de la loi précitée ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, après avertissement délivré aux parties, le rejet de la réclamation se trouve justifié ;*
Et attendu, en second lieu, ***que le juge-commissaire retient à bon droit que l'admission de la créance n'exonère pas Les Souscripteurs du Lloyd's de leur engagement contractuel de garant financier*** *».*

• **Com., 18 janvier 2017, n°15-10287** : les organes de la procédure ne commettent aucune faute en poursuivant le bail dans le but de trouver un repreneur, malgré l'absence de paiement des loyers.

*« … que des échanges de correspondances et de courriels entre le président du tribunal, l'avocat de la société France et le mandataire judiciaire démontrent qu'une solution de reprise de celle-ci par un acquéreur fiable et présentant des garanties suffisantes était recherchée (…) qu'il retient encore que l'administrateur se devait ainsi de rechercher, avant de demander l'arrêt de l'activité de la débitrice et le prononcé de sa liquidation judiciaire, des solutions propres à assurer la pérennité comme le paiement de ses créanciers, y compris ses bailleresses ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations****, faisant ressortir que***

la poursuite des contrats s'inscrivait dans une perspective raisonnable de redressement de la débitrice par voie de cession de son activité et un souci d'assurer ainsi le paiement de l'ensemble des créanciers, la cour d'appel a pu décider, nonobstant les difficultés financières de la débitrice à honorer le paiement des contrats en cours poursuivis, que M. X. n'avait pas commis de faute *».*

• **Com., 18 janvier 2017, n°15-14916** : le jugement arrêtant le plan de cession du crédit-preneur est opposable à tous et donc aux créanciers du repreneur ; mais le droit de propriété du bailleur leur est inopposable si un nouveau contrat de crédit-bail est signé entre le repreneur et le crédit-bailleur et n'est pas publié.

« Attendu ***que lorsque les formalités de publicité du contrat de crédit-bail en matière mobilière n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées*** *aux articles R313-4 à R313-6,* ***l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits*** *(…)*

Qu'en statuant ainsi, alors que la connaissance par les créanciers du repreneur, des droits du crédit-bailleur nés du contrat de crédit-bail conclu entre ce repreneur et le crédit-bailleur les 23 août et 2 septembre 2010, n'avait pu résulter de la seule publication, antérieure à ces dates, du jugement ayant arrêté, le 27 avril 2010, le plan de cession au profit du repreneur et emportant a transmission à celui-ci d'un autre contrat, aurait-il porté sur la location des mêmes biens, … ».

• **Com., 31 janvier 2017, n°15-15983** : l'agent comptable a, par détermination de la loi, le pouvoir de déclarer la créance d'une personne morale de droit public.

« ***lorsque le créancier est une personne morale, il déclare régulièrement la créance par l'intermédiaire des organes habilités par la loi*** *(…) l'agent comptable, est, par détermination de la loi et décision du groupement, le représentant organique de la personne morale de droit public pour le recouvrement de toutes les sommes qui lui sont due ;».*

• **Com., 31 janvier 2017, n°15-17296** : précisions sur l'admission d'une créance d'un organisme de sécurité sociale.

« Mais attendu, d'une part, que la lettre par laquelle un mandataire judiciaire invite un organisme de sécurité sociale à produire le titre exécutoire constatant sa créance et lui précisant qu'à défaut, il proposera son rejet, n'est pas une lettre de contestation au sens de l'article L622-27 du code de commerce de sorte que le défaut de réponse à cette lettre n'interdit pas à la cour d'appel de prononcer l'admission de la créance ;

Et attendu, d'autre part, ***que si la créance d'un organisme de sécurité sociale ne peut être admise lorsque ce dernier n'a pas émis le titre exécutoire constatant cette créance dans le délai fixé par le tribunal dans le jugement d'ouverture pour l'établissement par le mandataire judiciaire de la liste des créances, ce créancier peut produire le titre devant la cour d'appel, statuant en matière de vérification et d'admission des créances*** *».*

• **Com., 31 janvier 2017, n°15-16123** : l'existence d'une instance en cours prive le juge de la vérification des créances de tout pouvoir juridictionnel pour statuer sur la créance déclarée.

« Attendu que l'arrêt prononce le rejet de la créance après avoir relevé qu'il appartenait au créancier qui réclame le paiement de factures de reprendre l'action qu'il avait engagé par assignation du 5 avril 2011 et qui avait été gelée par l'ouverture de la liquidation judiciaire le 15 suivant ;

Qu'en statuant ainsi, ***alors qu'il résultait de ses constatations qu'une instance était en cours, ce qui lui ôtait tout pouvoir pour statuer sur la créance***

litigieuse, la cour d'appel, qui aurait dû relever d'office son absence de pouvoir juridictionnel, a violé…».

• **Com., 2 février 2017, n°16-21032, QPC** : renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel quant à la conformité au principe d'égalité devant la loi d'une disposition du droit des entreprises en difficulté consacrée aux agriculteurs.

*« la question de savoir si l'article L351-8 du code rural et de la pêche maritime, **qui dispose que, pour l'application de la législation sur les procédures collectives, l'agriculteur est une personne physique exerçant des activités agricoles, ce qui a pour effet d'exclure les personnes morales exerçant des activités de même nature du bénéfice des dispositions spéciales prévues par cette législation en faveur des agriculteurs, en particulier de la possibilité d'obtenir un plan de redressement d'une durée maximale de quinze ans**, en vertu de l'ancien article L621-66 du code de commerce, applicable en la cause, devenu l'article L626-12 depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, porte atteinte au principe d'égalité devant la loi est sérieuse ; ».*

• **Com., 22 février 2017, n°15-17166** : En application du Code du travail, dans sa rédaction applicable en la cause, les employeurs sont astreints au paiement de la taxe d'apprentissage au cours de l'année écoulée, de sorte que le fait générateur des créances fiscales résultant de cette obligation se situe au 31 décembre de l'année considérée. En l'espèce, nées après le jugement d'ouverture de la procédure collective et inhérentes à l'activité poursuivie, les créances entrent dans le champ d'application de l'article L622-17, c'est-à-dire éligibles au traitement préférentiel.

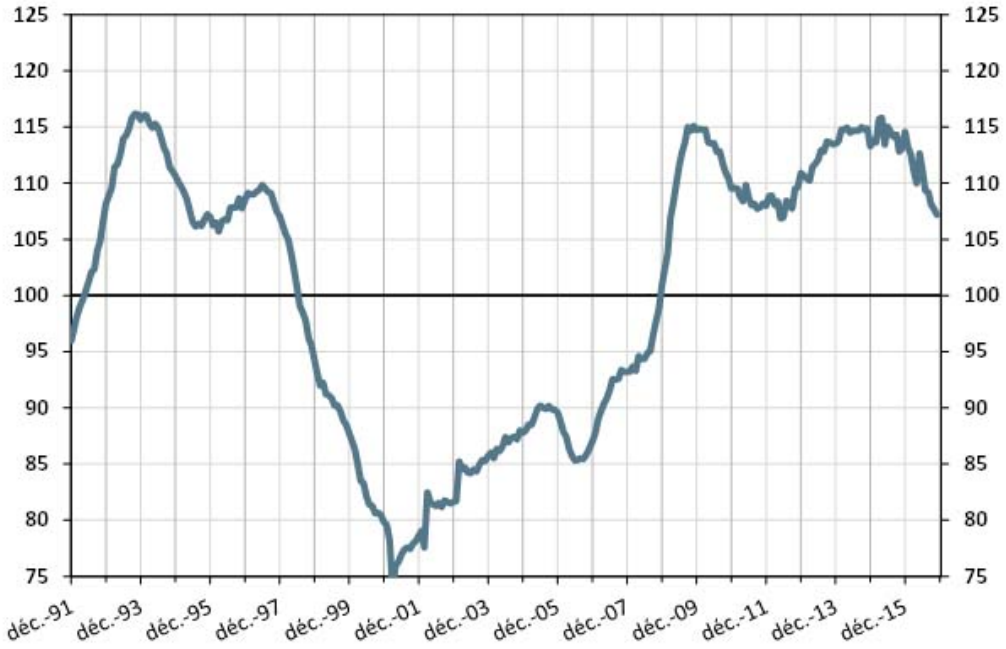
III. AUTRES

Communiqué de l'AGS du 4 janvier 2017, faisant un bilan de l'année 2016, deux chiffres clés (établis fin décembre) sont à retenir :
- d'une part, le montant des avances effectuées atteint 1744,3 millions d'euros, en recul de 15,4% par rapport à celles de l'année 2015 ;
- d'autre part, le montant des récupérations effectuées s'élève à 715,7 millions d'euros, en baisse de 1,1% par rapport à celles de l'année 2015.

Communiqué de la Banque de France sur les défaillances d'entreprises en date de décembre 2016 :
« - À la fin novembre, le cumul sur 12 mois du nombre de défaillances s'élève à 59039, soit une baisse de 5,3% par rapport à novembre 2015.
-Les secteurs de la construction et de l'industrie enregistrent les plus forts reculs du nombre de défaillances cumulées sur 12 mois. Le cumul des défaillances diminue également dans d'autres secteurs, notamment celui du commerce et de la réparation automobile et celui de l'hébergement et restauration. En revanche, les défaillances progressent sur douze mois dans le secteur du transport et de l'immobilier.
-Les défaillances cumulées reculent pour l'ensemble des PME, ainsi que pour le segment des ETI-grandes entreprises.
Les encours de crédits portés par les entreprises défaillantes sur les douze derniers mois représentant 0,4% du total des encours de crédit déclarés au Service Central des Risques de la Banque de France ».

Indice de défaillance des entreprises

Cumul 12 derniers mois
100 = moyenne déc. 90 – novembre 2016



FISCALITÉ DES ENTREPRISES :

présenté par Mustapha SIDIBE et Marina LO WING
****

CE, 8e et 3e ch. réunies, 25 janv. 2017, n° 390652 *Sté Intuigo*

Les magistrats du Conseil d'Etat valident la qualification, par une société, de frais inhérents à la mise à sa disposition d'un salarié en dépenses de personnel pour le calcul de son crédit d'impôt recherche. Cette qualification est toutefois subordonnée à la participation à l'activité de recherche du chercheur mis à disposition de la société dans les locaux et avec les moyens de cette dernière.

Mots-clés : crédit d'impôt recherche – dépenses de personnel – assiette – chercheur mis à disposition – rémunération

(extraits) Vu la procédure suivante :
La société à responsabilité limitée Intuigo a demandé au tribunal administratif de Versailles de prononcer le remboursement d'un crédit d'impôt pour les dépenses de recherche au titre de l'année 2007. Par un jugement n° 0810336 du 24 juillet 2012, ce tribunal a rejeté cette demande.
Par un arrêt n° 12VE03423 du 2 avril 2015, la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté l'appel formé contre ce jugement par la société Intuigo et ses conclusions à fin d'injonction tendant au réexamen de sa demande sous astreinte.
Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 3 juin et 3 septembre 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Intuigo demande au Conseil d'Etat :
1°) d'annuler cet arrêt ;
2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
Vu les autres pièces du dossier ;
Vu :
- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;
- le code de justice administrative ;
Après avoir entendu en séance publique :
- le rapport de M. Jean-Marc Anton, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Romain Victor, rapporteur public ;
La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Baraduc, Duhamel, Rameix, avocat de la société Intuigo ;

Considérant ce qui suit :
1. La société Intuigo, qui a pour activité la création de logiciels, a déposé une demande de remboursement de crédit d'impôt recherche pour un montant de 154 450 euros au titre de l'exercice clos au 31 décembre 2007. L'administration a fait partiellement droit à sa demande en lui accordant, sur le fondement du d bis du II de l'article 244 quater B du code général des impôts, un remboursement de 124 945 euros correspondant aux dépenses exposées pour la réalisation d'opérations de recherche confiées à des organismes de recherche agréés, mais a refusé d'admettre que la demande de remboursement entrait dans le champ d'application des b et c du II du même article. Le tribunal administratif de Versailles ayant rejeté par un jugement du 24 juillet 2012 la demande de la société Intuigo tendant au remboursement de la somme restant en litige, la société se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 2 avril 2015 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté son appel contre ce jugement.

2. Aux termes du II de l'article 244 quater B du code général des impôts, dans sa rédaction applicable en 2007: " Les dépenses de recherche ouvrant droit au crédit d'impôt sont : (...) b. Les dépenses de personnel afférentes aux chercheurs et techniciens de recherche directement et exclusivement affectés à ces opérations (...) c. les autres dépenses de fonctionnement exposées dans les mêmes opérations ; ces dépenses sont fixées forfaitairement à 75 p. 100 des dépenses de personnel mentionnées à la première phrase du b (...) ". Ces dispositions ne limitent pas les dépenses de personnel susceptibles d'ouvrir droit au crédit d'impôt aux seules rémunérations et charges sociales versées pour des personnes employées par l'entreprise et affectées à des opérations de recherche susceptibles d'ouvrir droit à ce crédit, mais s'étendent aux rémunérations et aux charges sociales prises en charge par l'entreprise au titre de la mise à sa disposition par un tiers de personnes afin d'y effectuer dans ses locaux et avec ses moyens des opérations de recherche.

3. Après avoir relevé que les honoraires en litige avaient été facturés par l'entreprise individuelle WZ Consulting en application d'une convention de mise à disposition de personnel et que, dans le cadre de cette convention, la société Intuigo prenait en charge les frais liés à la présence dans ses locaux de M.A..., sa rémunération et ses charges sociales, la cour a jugé que de telles dépenses ne pouvaient être regardées comme des dépenses de personnel au sens du b du II de l'article 244 quater B du code général des impôts au seul motif que M. A...n'était pas salarié de la société Intuigo, sans rechercher s'il avait été mis à la disposition de cette société afin d'y effectuer des opérations de recherche, dans ses locaux et avec ses moyens. Elle a ainsi commis une erreur de droit. Par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la société est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.
4. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat le versement à la société Intuigo d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt du 2 avril 2015 de la cour administrative d'appel de Versailles est annulé.
Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Versailles.
Article 3 : L'Etat versera à la société Intuigo une somme de 3 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société à responsabilité limitée Intuigo et au ministre de l'économie et des finances.

Commentaire[5]

Le crédit d'impôt recherche. Afin d'encourager les entreprises dans leur(s) activité(s) de recherche, le législateur a instauré à compter de 1983 le « crédit d'impôt recherche », ouvert aux « *entreprises industrielles et commerciales ou agricoles imposées d'après leur bénéfice réel* » (*CGI, art. 244 quater B, I, al. premier*). Certaines structures exonérées d'impôt sur les bénéfices peuvent en outre prétendre au crédit d'impôt recherche (ci-après CIR), parmi lesquelles notamment les jeunes entreprises innovantes, les entreprises créées pour la reprise d'une entreprise en difficulté, ou encore celles exerçant leur activité dans les zones de revitalisation rurale ou dans les zones franches urbaines.
Ce CIR profite aux entreprises ayant engagé des dépenses en termes de « *recherche scientifique et technique, qu'il s'agisse de recherche fondamentale, de recherche appliquée ou d'opérations de développement expérimental (y compris la réalisation d'opérations de conception de prototypes ou d'installations pilotes*) »[6]. L'avantage constitué par le bénéfice du CIR est considérable puisque ses taux sont de « *30 % pour la fraction des dépenses de recherche inférieure ou égale à 100 millions d'euros et de 5 % pour la fraction des dépenses de recherche supérieure à ce montant* » (*CGI, art. 244 quater B, I, al. premier*). Ce crédit d'impôt constituant une faveur fiscale du législateur à destination des entreprises innovantes, les dépenses y ouvrant droit sont limitativement énumérées par la loi à l'article 244 quater B, II, *a)* à *j)* du Code général des impôts.
Au nombre de ces dépenses figurent notamment « *les dépenses de personnel afférentes aux chercheurs et techniciens de recherche directement et exclusivement affectés à ces opérations* […] » (*CGI, art. 244 quater B, II, b)*), ainsi que « *les autres dépenses de fonctionnement exposées dans les mêmes opérations* ». Ces dernières sont toutefois déterminées de manière forfaitaire pour le calcul du CIR et limitées, notamment, à 50 % des dépenses de personnel. Précisons toutefois que cette proportion de dépenses de fonctionnement éligible au CIR s'élevait, dans la rédaction de l'article 244 quater B du CGI applicable au moment du litige, à 75 % des dépenses de personnel.

Faits et procédure. La SARL Intuigo, active dans le domaine de la recherche et plus particulièrement dans la création de logiciels, a bénéficié des compétences d'un chercheur « extérieur » en vertu d'une convention de mise à disposition de personnel conclue avec une entreprise individuelle. La SARL assumant le coût financier des rémunérations et des cotisations sociales relatives à ce travailleur, elle a qualifié ces frais de « dépenses de personnel » pour la détermination de l'assiette de son CIR. L'administration fiscale a, quant à elle, écarté cette qualification pour lui préférer celle de « *dépenses liées à des opérations de recherche confiées à des organismes de recherche agrées* ». Or en raison de ces divergences de qualification, et par application de règles d'assiette différentes, l'administration fiscale n'a accordé à la SARL Intuigo qu'un remboursement partiel de son crédit d'impôt recherche.
Contestant ce remboursement partiel et souhaitant obtenir restitution du reliquat de crédit d'impôt, la société a saisi le tribunal administratif de Versailles, lequel a cependant rejeté sa demande en remboursement par un jugement rendu le 24 juillet 2012. La cour administrative d'appel de Versailles, n'ayant pas davantage fait droit à la demande de la société Intuigo, a rendu un arrêt confirmatif du jugement en date du 2 avril 2015. La SARL se pourvoit finalement en cassation contre cet arrêt rendu par les juges du second degré.

La question soumise aux magistrats du Conseil d'Etat. La qualification ou le refus de qualification de dépenses de personnel était déterminante pour le calcul de l'assiette du CIR. En effet si la qualification de « dépenses de personnel » devait être retenue, le montant de ces dépenses augmentant, augmentait également la fraction de dépenses de fonctionnement ouvrant droit au CIR et pour partie égale à l'époque à 75 % des dépenses de

[5] Cette veille a été réalisée, notamment, sur la base du commentaire paru au Feuillet Rapide Fiscal Social 7/17, inf. 1 p. 2.
[6] Mémento Fiscal 2016, éd. Francis Lefebvre, § 10 480.

personnel. A l'inverse, à défaut de qualification de dépenses de personnel des rémunérations et cotisations sociales perçues par le chercheur mis à disposition, la fraction des dépenses de fonctionnement prise en compte pour le calcul du CIR s'en trouvait nécessairement réduite.
Le problème juridique auquel se trouvait confronté le Conseil d'Etat était donc relatif à la qualification, en matière de crédit d'impôt recherche, des dépenses engagées par une société pour un chercheur mis à sa disposition et non salarié de cette société. De sa résolution dépendaient en effet la détermination du montant des dépenses de personnel éligibles au CIR, mais également de la portion de dépenses de fonctionnement retenue pour le calcul de l'assiette du CIR et, *in fine*, le montant du crédit d'impôt.

La décision du Conseil d'Etat. Les magistrats du Conseil d'Etat annulent l'arrêt confirmatif rendu par la cour administrative d'appel de Versailles pour erreur de droit. Ils considèrent en effet que la qualification de dépenses de personnel ne pouvait être écartée au seul motif que le chercheur mis à disposition de la société n'était pas salarié de cette dernière, « *sans rechercher s'il avait été mis à la disposition de cette société afin d'y effectuer des opérations de recherche, dans ses locaux et avec ses moyens* ».

Les apports de l'arrêt. L'apport de cet arrêt est donc double. Tout d'abord, il convient désormais de faire **une lecture moins restrictive du *b)* du II de l'article 244 quater B du CGI**. Le Conseil d'Etat considère en effet par cette décision qu'outre les dépenses afférentes aux chercheurs salariés de la société souhaitant bénéficier du CIR – *i.e.* les travailleurs liés à elle par un contrat de travail et un lien de subordination – il est également possible de faire figurer parmi les dépenses de personnel les frais pris en charge par la société et relatifs à la présence de salariés mis à sa disposition par un tiers. Il ne s'agit toutefois que d'une possibilité de qualification pour la société et non d'une qualification systématique.
En effet dans un second temps, le Conseil d'Etat subordonne cette qualification de dépenses de personnel pour des frais afférents à un chercheur extérieur à **la satisfaction de deux conditions cumulatives**. La Haute Assemblée requiert, d'une part, que le chercheur mis à disposition de la société exerce l'activité de recherche dans les locaux de celle-ci et, d'autre part, qu'il exerce cette activité avec les moyens de cette même société. Ainsi, il est finalement exigé que le chercheur extérieur participe à l'activité de recherche dans les mêmes conditions que les chercheurs salariés de la société à la disposition de laquelle il a été mis. Dès lors que ces conditions seront vérifiées, « *il n'y a pas lieu d'appliquer aux sommes versées à cette personne un traitement différent de celui appliqué aux rémunérations allouées à un chercheur salarié* »[7].

Le Conseil d'Etat donc, par cette décision, affirme la possibilité pour une société de qualifier les dépenses relatives à un chercheur mis à sa disposition de dépenses de personnel pour le calcul de la base du crédit d'impôt recherche. En conclusion et bien que cette qualification soit soumise à conditions, la Haute Assemblée renforce le caractère favorable de la mesure par un possible élargissement des dépenses de recherche éligibles au CIR.

---

[7] Feuillet Rapide Fiscal Social 7/17, inf. 1 p. 2.

DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

présenté par Aliénor BOULANGER, Arnaud MALIK, Amandine SALA et Fabien VESSIO

****

I. ACTUALITE LEGISLATIVE

Ordonnance n° 2016-1635 du 1er décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme

présenté par Arnaud MALIK

JORF n°0280 du 2 décembre 2016

Résumé: Dans les développements suivants seront traités les principaux apports de la transposition en droit interne de la 4e directive européenne visant à lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Mots clefs: **Obligation de vigilance - approche fondée sur les risques - bénéficiaires effectifs - responsable conformité**

La directive de l'Union Européenne 2015/ 849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme et le règlement (UE) 2015/847, du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, sur les informations accompagnant les transferts de fonds a été transposée par l'ordonnance n° 2016-1635 du 1er décembre 2016. La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 avait autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures législatives nécessaires à la transposition de cette directive.

Cette quatrième directive anti-blanchiment a pour fondement principal une approche fondée sur les risques, déjà amorcée par les deux précédentes directives en la matière.

Ses apports principaux tiennent en cinq points.

Tout d'abord, le périmètre des personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment fixé à l'article L. 561-2 du CMF s'étend. Sont désormais soumis à ces obligations les intermédiaires en opérations de banques et en services de paiement, les plateformes de conversion de monnaies virtuelles, c'est-à-dire par exemple les plateformes qui font la conversion de la crypto-monnaie Bitcoin en monnaie légale et inversement.
En font aussi partie les plateformes de don mentionnées à l'article L. 548-2 du CMF, c'est-à-dire les plateformes de financement participatif.

Ensuite, des mesures de vigilance simplifiées devront être mises en oeuvre envers les clients ou les produits qui ne présentent qu'un faible risque de blanchiment.

Une cartographie des risques doit être réalisée par les assujettis. En d'autres termes, ces derniers ont l'obligation d'identifier, d'évaluer et de classifier les risques de blanchiment au sein de l'organisme. Le détail de ce travail de cartographie figure à l'article L561-4-1 du CMF.

Ce qui peut être la nouveauté la plus importante, c'est que les personnes morales et les trusts immatriculés au RCS doivent obtenir et conserver des informations actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs, c'est-à-dire la personne physique ou morale qui contrôle directement ou indirectement le client au crédit duquel la transaction est réalisée. Ces sociétés et entités sont tenues de déposer au greffe du tribunal de commerce un document contenant les éléments d'identification et le domicile personnel de ce bénéficiaire effectif, ainsi que les modalités du contrôle qu'il exerce. Ce document sera annexé au RCS. Les modalités d'application de ce texte seront précisées ultérieurement par décret.

L'article L. 561-3, VI prévoit, dans les établissements financiers d'un autre Etat membre de l'UE ou assimilé et ayant une activité en France, qu'un responsable conformité permanent, résident sur le territoire national, devra être nommé afin d'assurer le respect des

règlementations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT) au sein de l'organisme financier. Ce responsable conformité sera l'interlocuteur privilégié de TRACFIN.

Enfin, en matière de sanction, l'article L561-36-3 du CMF vient préciser que lorsque l'assujetti viole de façon sérieuse et répétée les obligations de vigilance et de déclaration de soupçon, la sanction administrative encourue est plafonnée à un million d'euros ou au double du montant de l'avantage retiré du manquement lorsqu'il peut être déterminé.

Une 4e directive Bis européenne est en cours de réalisation, de nouvelles obligations devraient donc venir s'ajouter à celles-ci dans les mois à venir.

Autres réformes :
présenté par Amandine SALA

Loi n°2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, du 9 décembre 2016, dite SAPIN 2[8] :
contient 169 articles. Cette loi met en place notamment l'Agence française anticorruption (AFA). Elle énonce aussi une définition et un régime de protection pour les lanceurs d'alerte. Cette loi est complétée par la loi n°2016-1690 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte, du 9 décembre 2016.

Proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale, Sénat, 31 janvier 2017[9] : propose notamment que les meurtres commis en bande organisée soit jugées par une cour d'assises spéciale composée uniquement de magistrats professionnels. Ceci en raison de la complexité de ces affaires, pour lesquelles les jurés sont souvent dépassés.

- **Procédure pénale : réforme des délais de prescription**

Une proposition de loi réformant la prescription pénale a été adoptée définitivement par le Parlement le 16 février 2017. Celle-ci double les délais de prescription des crimes et des délits, passant respectivement de 10 à 20 ans et de 3 à 6 ans. Mais, elle réforme également le régime des infractions occultes et dissimulées, en définissant leurs domaines respectifs (respectivement celles dont les éléments constitutifs tendent à les rendre inconnues de la victime et de l'autorité judiciaire, et celles dont l'auteur cache volontairement l'existence par des manœuvres). En outre, pour ce même type d'infractions, la loi prévoit que la prescription ne pourra commencer à courir qu'à compter de sa découverte mais sans jamais dépasser le délai de douze ans à compter de la commission du délit, trente ans pour les crimes. Cette mesure intéresse particulièrement le droit pénal des affaires, au sein duquel les infractions dissimulées sont légion. Notamment l'abus de biens sociaux dont la jurisprudence avait retardé le point de départ au jour de la découverte de l'infraction, ce qui, au sens d'une partie de la doctrine, en faisait une infraction « *imprescriptible* ».

Extraits :
(S1) Article 1er
Le code de procédure pénale est ainsi modifié :
1° Les articles 7 à 9 sont ainsi rédigés :
« *Art. 7.* – L'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.
« L'action publique des crimes mentionnés aux articles 706-16, 706-26 et 706-167 du présent code, aux articles 214-1 à 214-4 et 221-12 du code pénal et au livre IV *bis* du même code se prescrit par trente années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.
« L'action publique des crimes mentionnés aux articles 211-1 à 212-3 dudit code est imprescriptible.

[8] Dorothée GOETZ, « *Du nouveau pour les lanceurs d'alerte* », Dalloz actualité 15 décembre 2016.
[9] C. FLEURIOT, D. actualité, 20 février 2017.

« *Art. 8.* – L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.
« L'action publique des délits mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, à l'exception de ceux mentionnés aux articles 222-29-1 et 227-26 du code pénal, se prescrit par dix années révolues à compter de la majorité de ces derniers.
« L'action publique des délits mentionnés aux articles 222-12, 222-29-1 et 227-26 du même code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par vingt années révolues à compter de la majorité de ces derniers.
« L'action publique des délits mentionnés à l'article 706-167 du présent code, lorsqu'ils sont punis de dix ans d'emprisonnement, ainsi que celle des délits mentionnés aux articles 706-16 du présent code, à l'exclusion de ceux définis aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du code pénal, et 706-26 du présent code et au livre IV *bis* du code pénal se prescrivent par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.
« *Art. 9.* – L'action publique des contraventions se prescrit par une année révolue à compter du jour où l'infraction a été commise. » ;
2° Après l'article 9, sont insérés des articles 9-1 A 9-1 à 9-3 ainsi rédigés :
« *Art. 9-1 A 9-1.* – Le délai de prescription de l'action publique des crimes et délits mentionnés à l'article 706-47 du présent code et aux articles 222-10 et 222-12 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur un mineur, court à compter de la majorité de ce dernier.
« Le délai de prescription de l'action publique du crime prévu à l'article 214-2 du même code, lorsqu'il a conduit à la naissance d'un enfant, court à compter de la majorité de ce dernier.
« Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise.
« Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire.
« Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte.
[…]

II. ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE

présenté par Aliénor BOULANGER et Amandine SALA

Cass. crim. 28 septembre 2016, n° 15-84.48510.

La chambre criminelle admet pour la première fois qu'une escroquerie puisse porter sur un immeuble. Ce dernier est alors considéré comme un bien quelconque au sens de l'article 313-1 CP. Les réserves à l'admission de l'immeuble, comme objet de l'escroquerie, tiennent à la difficulté de qualifier la remise au sens classique du terme. En effet, un immeuble ne peut matériellement être remis à une personne. La remise, nécessaire pour consommer le délit, a priori se matérialise par le biais d'un transfert des clés de l'immeuble ou des titres de propriété.

TGI Paris 8 décembre 2016[11], affaire CAHUZAC.

Le tribunal condamne J. CAHUZAC à trois ans de prison ferme pour blanchiment de fraude fiscale et fraude fiscale. D'autres protagonistes, dont la femme de l'ancien ministre, la

[10] Guillaume BEAUSSONIE, « *Fin de l'antagonisme entre escroquerie et immeuble* », AJ pénal, 2016, p. 582. Stéphane DETRAZ, « *Escroquerie d'immeuble et recel consécutif* », Recueil Dalloz 2016 p.2382.
[11] Dorothée GOETZ, « *Jugement Cahuzac : sanction hors-norme pour une affaire hors-norme ou révolution du droit pénal des affaires ?* », TGI Paris, 8 déc. 2016, Dalloz actualité 14 décembre 2016.

banque et l'avocat, ont aussi été condamnés. Les juges ont relevé que la qualité de ministre au moment des faits de l'auteur justifie la sévérité de la sanction.
J. CAHUZAC a fait appel de la décision.

Cass. crim. 5 janv. 2017, n°15-86.362, FS-P+B, Rejet

Les instructions données aux directeurs d'hôtels, y compris lorsqu'elles sont données par d'autres complices, les directeurs régionaux, constituent la complicité d'escroquerie pour avoir, en produisant des dossiers d'indemnisation comportant de fausses attestations de formation, trompé le fonds d'assurance de la formation dans l'industrie hôtelière le déterminant à remettre des fonds, soit des indemnités de formation. De plus, le délit de recel est caractérisé dès lors qu'en faisant financer par le fonds de formation des audits sociaux et des consultations, les prévenues ont bénéficié en connaissance de cause, d'un soutien juridique et administratif. Enfin, il ne saurait être reproché à l'arrêt d'appel d'avoir condamné les prévenues de ces deux délits, ceux-ci ne procédant pas d'une seule et même action, caractérisée par une seule intention coupable.
« Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors que, d'une part, les instructions données aux directeurs d'hôtel, même par l'intermédiaire d'autres complices, que sont les directeurs régionaux, constituent la complicité reprochée, d'autre part, le soutien juridique et administratif frauduleusement financé par le FAFIH ayant bénéficié aux directeurs salariés des hôtels contrôlés par la société Timhotel qui avait choisi la société FCA pour leur formation continue et validait les demandes de stages, constitue le recel reproché, et, enfin, les prévenues ne sauraient faire grief à l'arrêt de les avoir déclarées coupables, cumulativement, de ces deux délits, ceux-ci ne procédant pas de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable, la cour d'appel a justifié sa décision ».

Cass. crim. 18 janv. 2017, n°16-80.200, F-P+B, Rejet

Pour déclarer un président d'association coupable d'escroquerie par usage d'une fausse qualité, les juges du fond ont valablement retenu qu'il avait trompé un fournisseur en passant une commande quelques mois après la dissolution de l'association, sans l'informer de la situation ni apporter de rectification aux devis acceptés.
« le fait de se présenter comme le président d'une association dont la dissolution a été décidée constitue l'usage d'une fausse qualité au sens de l'article 313-1 du code pénal, peu important que l'existence juridique de l'association perdure pour les besoins de sa liquidation ».

Cass. crim. 18 janv. 2017, n°15-85.209, F-P+B, Rejet

Pour déclarer une société et son gérant coupable d'escroquerie l'arrêt d'appel a valablement caractérisé le stratagème lui permettant de percevoir, « en sus des honoraires contractuellement prévus, des rémunérations substantielles par le biais de majorations de prix intégrées dans le montant des marchés de travaux ne correspondant à aucune prestation effective ou à de quelconques frais de dossiers, sommes que les victimes auraient, à l'évidence, refusé de payer si elles avaient eu connaissance de la destination des fonds et de l'importance de la majoration appliquée sur le prix des marchés en cause ».
« dès lors que le mensonge, corroboré par l'émission, par des tiers, de factures dissimulant de concert des commissions occultes rétrocédées au prévenu constitue une manœuvre frauduleuse, au sens de l'article 313-1 du code pénal, la cour d'appel a justifié sa décision ».

III. AUTRES

présenté par Fabien VESSIO

- **Droit pénal de la consommation : la recodification du Code de la consommation**

Le Code de la consommation a fait l'objet d'une recodification par des dispositions entrées en vigueur le 1er juillet 2016. Une première modification de portée générale, sur

l'ensemble de la partie législative, a été opérée par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016. Puis, la partie règlementaire a été modifiée par le décret n°2016-884 du 29 juin 2016. Plus spécifiquement, une ordonnance n°2016-351 du 25 mars 2016, transposant la directive 2014/17/UE, a réformé la règlementation en matière de crédit immobilier. Cette réforme n'est pas seulement consumériste au sens strict du terme. Elle nécessite également de s'interroger sur ses incidences en droit pénal de la consommation, puisque les éléments légaux figurent dans ce même Code de la consommation.

Les évolutions de la branche répressive sont uniquement «*formelles*»[12], puisque l'ordonnance s'est contentée de dissocier les articles consacrés aux comportements incriminés de ceux établissant les sanctions qui leur sont attachées. D'une manière générale, le Code de la consommation regroupe désormais les sanctions pénales, mais aussi administratives et civiles, dans des titres exclusivement dédiés, au sein de chaque chapitre. Cependant, il faut noter que les contraventions sont autonomes, puisqu'elles sont regroupées dans un livre propre à la partie règlementaire. Malgré son caractère uniquement formel, cette réforme a suscité certaines critiques liées à l'utilisation massive de la pénalisation par renvoi qui, loin d'améliorer la lisibilité du texte, complexifierait son usage.[13] En matière de crédit immobilier, l'ordonnance du 25 mars 2016 a entrainé une réforme sur la forme mais aussi le fond, à travers de nouvelles obligations dont la non-observation est sanctionnée pénalement : obligation précontractuelle du prêteur en matière de publicité et d'information (Article L. 341-21 et suivants du Code de la consommation), d'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur mais aussi du bien immobilier (L. 341-29 et suivants du Code de la consommation), de formation du contrat (Article L. 341-37 et suivants du Code de la consommation), et, d'exécution du contrat du crédit (Article L. 341-46 du Code de la consommation).

- <u>Droit pénal financier : non-cumul des poursuites administratives et pénales pour abus de marché</u>

La décision n°2015-462 QPC du Conseil Constitutionnel en date du 18 mars 2015, dans l'affaire « EADS »[14], a généré l'obligation de réformer le droit pénal financier, dans la mesure où elle affirmait la contrariété du cumul des poursuites administratives et pénales avec le principe « non bis in idem ». Dès lors, la loi n°2016-819 du 21 juin 2016, puis le décret n°2016-1121 du 11 août 2016 portant application de l'article L. 465-3-6 du Code monétaire et financier, ont mis la législation en conformité avec cette décision. Mais au-delà de cet aspect procédural, cette réforme était requise pour des motifs d'ordre substantiels, la transposition de la directive 2014/57/UE du 16 avril 2014 imposant un renforcement des sanctions pénales en matière d'abus de marché.

La décision du Conseil constitutionnel en date du 18 mars 2015 imposait l'instauration d'un régime de répartition entre les poursuites pénales engagées par le Procureur national financier (PNF), et, les procédures de sanctions administratives déclenchées par l'Autorité des marchés financiers (AMF). La loi du 21 juin 2016 et son décret d'application du 11 août 2016[15] ont répondu à cette attente par l'instauration de l'article L. 465-3-6 du Code monétaire et financier.[16] Désormais, le cumul des poursuites est impossible. Si l'AMF souhaite poursuivre administrativement des abus de marchés, elle doit en informer le PNF, et inversement si ce dernier souhaite poursuivre pénalement pour des faits de même nature. Le

[12] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « La double réforme du droit pénal des crédits aux consommateurs », AJ Pénal 2016, p. 251

[1313] C. AMBROISE-CASTEROT, « La recodification 2016 du Code de la consommation…ou le chemin de croix du pénaliste », AJ Pénal 2016, p. 374 : « *ce choix coule dans le marbre la pratique de la pénalisation par renvoi* »

[14] C. MASCALA, « Droit pénal des affaires Mai 2015 - juin 2016 », Recueil Dalloz, 2016, p. 1836

[15] P.-H. CONAC, « Décret n°2016-1121 du 11 août 2016 portant application de l'article L. 465-3-6 du Code monétaire et financier », Revue des sociétés, 2016, p. 626

[16] C. MASCALA, Ibidem.

récipiendaire de l'information dispose de deux mois pour se positionner. Le cas échéant, le primo-agissant a quinze jours pour confirmer son intention initiale et saisir le Procureur général près la Cour d'appel de Paris qui tranchera en dernier ressort. Cependant, cette réforme a suscité quelques critiques d'une partie de la doctrine. La plus évidente réside dans le fait que la loi ne détermine aucun critère permettant au Procureur général d'opérer un choix entre poursuite administrative et pénale.[17] En outre, il a pu être mis en avant la précocité de la décision à un stade où peu d'éléments permettent au Ministère public de faire un choix, et, le risque d'un choix d'opportunité en fonction de la probabilité d'obtenir une sanction pénale. Les carences de qualification technique du Procureur général ont également été mises en avant, en comparaison de celle de l'AMF, mais aussi d'un point de vue formel, puisque la Cour européenne des droits de l'homme lui refuse la qualification d'autorité judiciaire.[18] Quoi qu'il en soit, une décision du Conseil constitutionnel n°2016-572 QPC en date du 30 septembre 2016 a conforté la constitutionnalité du nouveau dispositif légal au regard du principe de nécessité des délits et des peines, en l'espèce en matière de délit de diffusion de fausses informations et de manquement à la bonne information du public.

En ce qui concerne la transposition de la directive européenne du 16 avril 2014, la loi du 21 juin 2016 a uniformisé la sanction applicable pour tous les initiés, n'opérant plus de distinctions entre initiés primaires, secondaires et tertiaires. L'article L. 465-1 du Code monétaire et financier a porté la sanction à 5 ans d'emprisonnement (et non plus seulement 2 ans)[19] et 100 millions d'euros d'amende ou le décuple du montant du profit retiré de l'infraction, en matière de délit d'initié, mais aussi en matière d'incitation ou de recommandation à l'opération d'initié ou d'usage de celle-ci, nouvelles incriminations créées par la réforme. Ces mêmes sanctions sont également applicables en matière de délit de communication d'une information privilégiée, de manipulation de cours, de diffusion de fausses informations et de manipulation d'indices.

- **Droit pénal des entreprises en difficulté : cumul des sanctions civiles et pénales en matière de banqueroute**

Le droit répressif semble être l'objet d'une volonté réformiste dans son aspect le plus étendu. Ainsi, après la décision du 18 mars 2015 relative au cumul des sanctions pénales et administratives prononcées par l'AMF, le Conseil constitutionnel est saisi de deux QPC relatives à la constitutionnalité du cumul des sanctions pénales et civiles en matière de banqueroute. Deux décisions du 29 septembre 2016 n° 2016-570 QPC et 2016 n°573 QPC apportent une réponse ambigüe.

Les dirigeants coupables de délits de banqueroute, par détournement ou dissimulation d'actifs et par irrégularités comptables, peuvent être condamnés à des peines de 5 ans de prison et 75 000 euros d'amende, mais également à des sanctions civiles : faillite personnelle et interdiction de gérer. Ces dernières peuvent être prononcées par le juge pénal dans le cadre des poursuites pour banqueroute, mais aussi par le juge commercial ou civil saisi d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Le Conseil constitutionnel, dans deux décisions du 29 septembre 2016, reconnait la conformité à la Constitution du cumul de ces sanctions pénales et civiles, dans la mesure où la nature différente des sanctions assure le respect du principe de nécessité des délits et des peines posé par

[17] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Présentation succincte de la réforme du droit pénal financier », AJ Pénal 2016, p. 424 ; A. BELLEZZA, « La réforme en demi-teinte du système de répression des abus de marché », RSC 2016, p. 316

[18] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, Ibidem.

[19] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, Ibidem. : l'auteur souligne les conséquences importantes en matière de procédure pénale de cette augmentation de la peine d'emprisonnement, puisqu'elle permet désormais de recourir à certains procédés tels que les infiltrations ou les interceptions téléphoniques.

l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (D.D.H.C.).[20] En revanche, la décision n° 2016 n°573 QPC nuance cette position en déclarant l'inconstitutionnalité de l'article L. 654-6 du Code de commerce. Cette disposition interdisait le cumul des sanctions civiles à la fois prononcées par le juge commercial ou civil et le juge correctionnel lorsque le juge non répressif s'était déjà prononcé en premier lieu[21]. Mais l'inverse, c'est-à-dire une condamnation à des sanctions civiles par le juge pénal, puis par le juge civil ou commercial était tout à fait possible. Dès lors, l'article L. 654-6 du Code de commerce violant le principe d'égalité devant la loi des citoyens posé par l'article 6 de la D.D.H.C., le Conseil constitutionnel l'a abrogé au 1er octobre 2016, mais uniquement dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008. Cependant, pour une partie de la doctrine[22], il s'agit d'un coup d'épée dans l'eau dans la mesure où cette abrogation débouche à un retour à la case départ, c'est-à-dire la version de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 qui prévoit un dispositif similaire, et, maintient l'inégalité de traitement.

DÉVELOPPEMENT DURABLE, ENVIRONNEMENT, RISQUES INDUSTRIELS (réservé)

****

DROIT SOCIAL (réservé)

****

DROIT DES TRANSPORTS :

présenté par Tamara DUPUY

****

I. ACTUALITÉS LÉGISLATIVES

Lois

Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes a modifié :

-par son article 26 les dispositions L. 6361-1, L.6361-11 du code des transports et a abrogé l'article L.6361-10 et créé l'article L.6361-4-1 du code des transports.

-par son article 29 les articles L. 1261-1 et suivants du code des transports, et abrogé l'article L. 2131-2 du code des transports.

Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (article 117) a modifié l'article L.1213-3-2 du code des transports.

Loi n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes.

---

[20] B. SAINTOURENS, « Cumul des sanctions civiles et pénales applicables au chef d'entreprise de l'entreprise en difficulté : le contrôle de constitutionnalité », Bulletin Joly Sociétés n° 12, 31 décembre 2016, p. 738

[21] C. ROBACZEWSKI, « Cumul de sanctions en matière de banqueroute : conformité à la Constitution », Gazette du Palais n°2, 2017, p. 80

[22] B. SAINTOURENS, Ibidem.

Loi n° 2016-1888 du 28 décembre 2016 de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne a créé une nouvelle section 4 : Transports pour les besoins de l'éducation nationale et un article L.1253-4.
Loi n° 2016-1887 du 28 décembre 2016 relative à une liaison ferroviaire entre Paris et l'aéroport Paris-Charles de Gaulle ratifie l''ordonnance n° 2016-157 du 18 février 2016 relative à la réalisation d'une infrastructure ferroviaire entre Paris et l'aéroport Paris-Charles de Gaulle avec modification de son article 2. Cette loi modifie aussi les articles L. 2111-3 et L.2111-3-1 du code des transports.

Décrets
Décret n° 2017-187 du 14 février 2017 précisant les **conventions internationales** applicables au titre de l'article L. 5522-2 du code des transports.
Décret n° 2017-107 du 30 janvier 2017 relatif à la codification du titre VI du livre II de la première partie ainsi que des chapitres IV et V du titre Ier du livre Ier de la troisième partie du code des transports et comportant diverses dispositions en matière de transport public routier de personnes
Décret n° 2017-60 du 23 janvier 2017 instaurant une redevance pour service rendu au titre des missions de coordination et de facilitation horaires sur les aérodromes
Décret n° 2017-26 du 12 janvier 2017 relatif aux infrastructures de recharge pour véhicules électriques et portant diverses mesures de transposition de la directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs.
Décret n° 2017-23 du 11 janvier 2017 pris pour l'application de l'article L. 224-8 du code de l'environnement définissant **les critères caractérisant les autobus et autocars à faibles émissions.**
Décret n° 2017-21 du 11 janvier 2017 relatif aux obligations d'achat ou d'utilisation de véhicules à faibles émissions par les gestionnaires de flottes de véhicules, les loueurs de véhicules automobiles, les exploitants de taxis et exploitants de voitures de transport avec chauffeur.
Décret n° 2017-16 du 6 janvier 2017 relatif à la circulation des transports exceptionnels.
Décret n° 2017-1 du 3 janvier 2017 portant publication du protocole additionnel à la convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) concernant la lettre de voiture électronique, signé à Genève le 20 février 2008 (1).
Décret n° 2016-2013 du 30 décembre 2016 relatif au transport postal des suppléments et hors-série.
Décret n° 2016-1927 du 28 décembre 2016 fixant les conditions dans lesquelles est acquittée **l'obligation de capacité de transport** établie par l'article L. 631-1 du code de l'énergie.
Décret n° 2016-1893 du 28 décembre 2016 relatif aux dispositions du livre Ier, du livre IV, à l'exception de son titre IV, ainsi que des chapitres Ier et IV des titres Ier à IX du livre VII de la cinquième partie réglementaire du code des transports, et portant diverses mesures d'adaptation relatives à l'outre-mer.
Décret n° 2016-1862 du 23 décembre 2016 relatif aux conditions de l'expérimentation de l'usage de caméras individuelles par les agents des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens.

II. ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

Produits défectueux et usage professionnel du bien défectueux versus usage professionnel du bien endommagé – achat de véhicules de transport
Cass. 1re civ., 11 janvier 2017, n°16-11726, publié au bulletin
« (…) *s'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que* ***la réparation des dommages causés à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage ne relève pas du champ d'application***

de la directive 85/ 374/ CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (arrêt du 4 juin 2009, moteurs Leroy Somer, C-285/ 08), ***la même directive s'applique, en revanche, au producteur d'un produit affecté d'un défaut, quelle que soit la destination, privée ou professionnelle, de l'usage de ce produit ;***
*Et attendu qu'ayant constaté que chaque sinistre trouvait son origine dans un défaut affectant les essieux des véhicules en cause et que les essieux défectueux avaient été fabriqués par la société SAE, dont, par suite, en sa qualité de producteur, seule la responsabilité était engagée, la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'un moyen fondé sur le caractère professionnel de l'usage auquel étaient destinés les véhicules et marchandises endommagés et n'était pas tenue de procéder aux recherches visées par les deuxième et troisième branches, que ses constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de mettre hors de cause les sociétés Seg Samro et Fontenax (les vendeurs), en application des articles 1386-1 et suivants du code civil, devenus 1245 et suivants du même code****, peu important que les camions semi-remorques litigieux, et donc les essieux défectueux de ces camions, aient été destinés à un usage professionnel*** ».

Produits défectueux et exclusion de la responsabilité des vendeurs sur le fondement de l'article 1245 mais admission possible sur le fondement de l'article 1641 du code civil – achat de véhicules de transport
Cass. 1re civ., 11 janvier 2017, n°16-11726, publié au bulletin

« *Vu l'article 1641 du code civil ;*
Attendu que, pour mettre hors de cause les sociétés Seg Samro et Fontenax, l'arrêt se borne à constater que chaque sinistre trouvait son origine dans un défaut affectant les essieux des véhicules en cause et que ces essieux avaient été fabriqués par la société SAE, dont, par suite, en sa qualité de producteur, seule la responsabilité était engagée ;
Qu'en se déterminant par de tels motifs, ***sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les sociétés Seg Samro et Fontenax, en leur qualité de vendeurs, n'avaient pas engagé leur responsabilité sur le fondement de la garantie des vices cachés, en application de l'article 1641 du code civil,*** *la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

PROCÉDURES JUDICIAIRES ET ARBITRALES, VOIES D'EXÉCUTION (réservé)

****

DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL DES AFFAIRES

****

DIVERS

****