

**SOMMAIRE**

**BORDEAUX - CHAMBÉRY  
CLERMONT-FERRAND  
FORT-DE-FRANCE  
GRENOBLE - LE HAVRE  
LYON - MARSEILLE  
MONTPELLIER - NANTES  
PARIS - POINTE-A-PITRE  
POITIERS - ROUEN  
SAINT-ETIENNE  
SAINT-DENIS (La Réunion)  
STRASBOURG - TOULOUSE**

*Réseau SIMON Avocats*

**ALGÉRIE - ARMÉNIE  
AZERBAÏDJAN - BAHRÉÏN  
BELGIQUE - BRÉSIL  
BULGARIE - CAMEROUN  
CHILI - CHINE - CHYPRE  
COLOMBIE - COREE DU SUD  
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTE  
ÉMIRATS ARABES UNIS  
ESTONIE - ÉTATS-UNIS  
HONGRIE - ÎLE MAURICE  
INDE - INDONESIE - IRAN  
ITALIE - LUXEMBOURG  
MAROC - OMAN  
PARAGUAY - PÉROU  
RD CONGO - SÉNÉGAL  
THAÏLANDE - TUNISIE**

*Conventions transnationales*

[www.simonavocats.com](http://www.simonavocats.com)

<b>CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS</b>	
<b>Transmission universelle de patrimoine &amp; contrats conclus <i>intuitu personae</i></b> Cass. com., 8 novembre 2017, n°16-17.296	p. 2
<b>Émission d'actions de préférence et porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital</b> Communication ANSA, Comité Juridique n°17-045 du 4 octobre 2017	p. 3
<b>ENTREPRISES EN DIFFICULTE</b>	
<b>Absence de sanction du renouvellement de la période d'observation</b> Cass. com., 13 décembre 2017, n°16-50.051	p. 4
<b>Sur la durée du plan de redressement des agriculteurs personnes morales</b> Cass. com., 29 novembre 2017, n°16-21.032	p. 4
<b>CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX</b>	
<b>Limite quant à la validité des contrats portant sur la preuve</b> Cass. com., 6 décembre 2017, n°16-19.615	p. 5
<b>La clause compromissoire n'est pas valable dans les contrats conclus à titre non-professionnel</b> Cass. civ. 1 <sup>ère</sup> , 20 décembre 2017, n°16-21.425	p. 7
<b>DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION</b>	
<b>Rappel sur les contours de l'obligation d'assistance du franchiseur</b> CA Paris, 20 décembre 2017, RG n°13/23287	p. 8
<b>Violation de la clause de non-réaffiliation et juge des référés</b> CA Paris, 16 novembre 2017, n°16/16213	p. 9
<b>SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES</b>	
<b>Délai d'un mois pour notifier le licenciement et difficultés d'acheminement rencontrées par la Poste</b> Cass. soc., 30 novembre 2017, n°16-22.569	p. 11
<b>Divulgarion des salaires et licenciement pour faute grave</b> Cass. soc., 22 novembre 2017, n°16-24.069	p. 12
<b>IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME</b>	
<b>La possible contestation d'une OAP insérée dans un PLU</b> CE, 8 novembre 2017, n°402511	p. 13
<b>Paris : suppression des 20 tribunaux d'instance au profit d'un tribunal unique</b> Décret n°2017-1643 du 30 novembre 2017	p. 14
<b>PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES</b>	
<b>Illustration d'un dépôt frauduleux de marque</b> CA Paris, 7 novembre 2017, RG n°15/12767	p. 15
<b>Editeur de site internet : le juge n'est pas lié par la qualification retenue par les parties</b> TGI Paris, 21 novembre 2017, n°17/59485	p. 16
<b>PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION</b>	
<b>Mesure d'instruction <i>in futurum</i> et secret bancaire : pas d'empêchement légitime</b> Cass. com., 29 novembre 2017, n°16-22.060	p. 17
<b>Admission du référé expulsion à l'encontre d'un occupant sans droit ni titre</b> Cass. civ. 3 <sup>ème</sup> , 21 décembre 2017, n°16-25.469	p. 18
<b>DROIT PENAL</b>	
<b>La constitutionnalité du lien d'autorité entre le Garde des Sceaux et le Parquet</b> Conseil constitutionnel, 8 décembre 2017, n°2017-68 QPC	p. 19
<b>DROIT FISCAL – TVA</b>	
<b>Le droit à l'erreur : la nouvelle protection des contribuables de bonne foi</b> Projet de loi n°424 - Dossier de presse du 27 novembre 2017	p. 20
<b>INTERNATIONAL</b>	
<b>Accord de libre-échange entre le Japon et l'Union Européenne (JEFTA)</b> Finalisation des négociations le 8 décembre 2017	p. 21

## CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

### Transmission universelle de patrimoine & contrats conclus *intuitu personae*

Cass. com., 8 novembre 2017, n°16-17.296

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour de cassation vient apporter de nouvelles précisions sur l'étendue du principe de transmission universelle du patrimoine à l'associé unique, dans le cadre des contrats conclus *intuitu personae*. Selon elle, celui des cocontractants qui a fait de la personne de l'autre une condition déterminante de son engagement ne peut tirer prétexte des changements survenus dans sa propre personne pour prétendre se libérer du lien contractuel.**

*Pour approfondir :*

En 2002, une société de services (le prestataire) a conclu avec une banque un contrat de collaboration prévoyant notamment la participation de son dirigeant à des réunions et conférences d'information auprès de la clientèle de la banque. Ce contrat a été renouvelé en dernier lieu en 2009 pour deux années, avec tacite reconduction et moyennant une rémunération payable d'avance.

L'année suivante, un établissement financier devenu associé unique de la banque par l'acquisition de la totalité de son capital, a décidé de prononcer la dissolution de cette dernière. Conformément aux dispositions de l'article 1844-5 al 3, cette dissolution a entraîné *de facto* la transmission universelle du patrimoine de la banque à son associé unique, sans qu'il y ait eu lieu à liquidation. N'ayant pu obtenir le règlement de ses honoraires pour l'année 2011, le prestataire a assigné l'associé unique en paiement, lequel a opposé qu'en l'absence d'accord des deux parties sur la reprise du contrat conclu *intuitu personae*, celui-ci était caduc.

Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel de Paris. Cette dernière, par décision en date du 24 février 2016, a confirmé la décision rendue en première instance et reconnu la caducité du contrat de collaboration, faute d'accord sur sa reprise à la suite de la transmission universelle du patrimoine de la banque à son associé unique.

La Cour d'appel a basé sa décision sur deux arguments principaux :

- les prestations orales dispensées par le dirigeant de la société avaient pris, au fil du temps, une importance de plus en plus grande et la qualité de leur exécution dépendait nécessairement de celle de la personne qui les réalisait ; et
- le contrat avait été conclu en considération des besoins des clients, de leur profil et du type de relations que la banque entretenait avec eux et, de ce fait, son transfert à l'établissement financier dans le cadre de la transmission universelle de son patrimoine nécessitait l'accord des deux contractants.

La Cour de cassation a cassé et annulé en toutes ses dispositions la décision rendue par la Cour d'appel de Paris en se fondant, à son tour, sur deux motifs principaux :

- seul celui des cocontractants qui a fait de la personne de l'autre une condition déterminante de son engagement peut s'en prévaloir ;
- celui des cocontractants qui a fait de la personne de l'autre une condition déterminante de son engagement ne peut tirer prétexte des changements survenus dans sa propre personne pour prétendre se libérer du lien contractuel.

Cette décision est très intéressante car elle apporte de nouvelles précisions sur la transférabilité des contrats conclus *intuitu personae*.

En effet, il est de longue date admis qu'il existe une exception au principe de transmission automatique pour les contrats conclus *intuitu personae*, ces derniers étant réputés avoir été conclus essentiellement en raison des qualités personnelles de son cocontractant.

Dans une des premières décisions de justice visant expressément *l'intuitu personae* d'un contrat, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré que ce dernier n'était pas inclus dans le patrimoine transmis à titre universel (CA Aix-en-Provence, 12 juin 1997, 4<sup>ème</sup> ch. civ.). Cette décision, qui concernait le cas de la fusion, a depuis été étendue au cas de la dissolution.

Toutefois, dans les décisions précitées, l'espèce concernait le cas où le contrat litigieux avait été conclu en considération de la personne faisant l'objet de changements dans sa structure. Or, en l'espèce, le contrat litigieux a été conclu en considération du prestataire et plus précisément de son dirigeant.

Ce dernier étant toujours présent et ayant conservé le même rôle dans sa société, l'*intuitu personae* tenant au caractère déterminant de son niveau de compétence ou de sa personnalité dans le consentement de l'autre au contrat de collaboration ne pouvait, en l'état de la transmission universelle de patrimoine, constituer un obstacle au transfert du contrat de collaboration.

Afin d'éviter tous litiges entre les cocontractants, nous recommandons de prévoir, préalablement à la signature d'un contrat, les modalités de poursuite en cas de modification de la structure d'un des contractants intervenant notamment dans le cadre d'une dissolution, fusion, scission ou comme dans le cas de l'espèce, d'un transfert universel de patrimoine.

**A rapprocher : Cass. com., 7 juin 2006, n°05-11.384**

---

**Émission d'actions de préférence et porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital**  
Communication ANSA, Comité Juridique n°17-045  
du 4 octobre 2017

*Ce qu'il faut retenir :*

**Les mesures de protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital social, prévues par l'article L.228-99 du Code de commerce applicable sur renvoi de l'article L.228-98, requises en cas de création d'actions de préférence modifiant les règles de répartition des bénéficiaires, s'imposent également dans l'hypothèse d'une nouvelle émission d'actions de préférence de catégorie préexistante donnant droit à un dividende prioritaire.**

*Pour approfondir :*

Conformément aux dispositions de l'article L.228-11 du Code de commerce, une société peut émettre des actions de préférence conférant à leurs titulaires un privilège dans la répartition des dividendes et du boni de liquidation.

Cette même société peut également être amenée à émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital social. Les titulaires de ces dernières bénéficient alors des mesures de protection visées à l'article L.228-98 du Code de commerce, à savoir l'interdiction pour ladite société de créer des actions de préférence entraînant une modification de la répartition des bénéficiaires, à moins d'y être autorisée par le contrat d'émission ou par l'assemblée des titulaires de ces valeurs mobilières et sous réserve de prendre les dispositions nécessaires au maintien de leurs droits.

La question posée à l'ANSA était de savoir si la société ayant d'ores et déjà émis des actions de préférence ainsi que des valeurs mobilières donnant accès au capital social, procédant à une nouvelle émission d'actions de préférence de même catégorie que les anciennes, est tenue de respecter les mesures de protection visées à l'article L.228-98 du Code de commerce. En d'autres termes, une nouvelle émission d'actions de préférence de catégorie préexistante nécessite-t-elle de protéger les porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital social ?

L'ANSA, considérant qu'il y a « *création d'actions de préférence* », a répondu par la positive.

Selon le comité, la mise en œuvre des mesures de protection visées à l'article L.228-98 du Code de commerce s'imposent et renvoient à l'article L.228-99 pour la détermination des conditions dans lesquelles les dispositions nécessaires au maintien des droits des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital doivent être prises. Or, ce maintien des droits des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital est imposé en cas de création d'actions de préférence modifiant la répartition des bénéficiaires.

Dans l'hypothèse susvisée, l'émission de nouvelles actions de préférence de même catégorie que celles déjà existantes est bien une « *création d'actions de préférence* », en ce qu'elle va accroître la part relative des actions ayant des privilèges pécuniaires et donc renforcer l'effet de modification de la répartition des bénéficiaires au-delà de ce qui résulterait du simple effet dilutif lié à l'augmentation de capital. Eu égard aux dispositions précitées, il apparaît dans ce cas nécessaire de respecter les mesures de protection des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital, sauf renonciation de leur part ou si le contrat d'émission est précis sur ce point et anticipe une telle émission d'actions de préférence.

**A rapprocher :** Communication Ansa, Comité juridique n°17-045 du 4 octobre 2017 ; Articles L.228-98 et L.228-99 du Code de commerce.

## ENTREPRISES EN DIFFICULTE

### Absence de sanction du renouvellement de la période d'observation

Cass. com., 13 décembre 2017, n°16-50.051

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le Tribunal ne commet pas d'excès de pouvoir en prorogeant exceptionnellement, et en l'absence de demande du ministère public, la période d'observation au-delà du délai de 12 mois.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, une société a bénéficié d'une procédure de **redressement judiciaire** au cours de laquelle le Tribunal a, au terme d'un délai de 12 mois, prorogé la période d'observation pour une période exceptionnelle de 6 mois et ce, en l'absence de demande spécifique du procureur de la République.

Or, l'article L.621-3 du Code de commerce dispose que :

*« Le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois, pour une durée maximale de six mois, par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. Elle peut en outre être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal pour une durée maximale de six mois. »*

La prolongation de la période d'observation ayant été prolongée en l'absence de demande du ministère public, ce dernier a fait appel de ce jugement, puis a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Reims, ayant refusé d'annuler le jugement prorogeant la période d'observation.

Saisi par le ministère public, la Cour de cassation a déclaré le recours irrecevable, considérant que le recours ouvert à ce dernier n'était recevable qu'en cas d'excès de pouvoir conformément aux dispositions des articles L.661-7 et L.661-6, I, 2° du Code de commerce. Toutefois, la Cour de cassation a pris le soin de préciser que « *ne commet pas d'excès de pouvoir le tribunal qui, en l'absence de demande du ministère public ou en dépit de l'opposition de celui-ci, prolonge exceptionnellement la période d'observation, pour une durée n'excédant pas six mois, à charge pour le débiteur de ne pas créer de nouvelles dettes. Dès lors, le pourvoi formé par le ministère public contre l'arrêt ayant refusé d'annuler le jugement prolongeant la période d'observation est irrecevable* ».

Cet arrêt s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait déjà jugé que « *la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et son décret d'application ne sanctionnent ni le dépassement des délais de la période d'observation, ni sa prolongation exceptionnelle en l'absence de demande du procureur de la République* ». Ainsi, le débiteur placé en **procédure collective** peut bénéficier d'une prolongation de la période d'observation en l'absence de demande spécifique du ministère public.

**A rapprocher :** Articles **L.661-7** et **L.661-6, I, 2°** du Code de commerce ; **Cass. com., 10 juin 2008, n°07-17.043**

### Sur la durée du plan de redressement des agriculteurs personnes morales

Cass. com., 29 novembre 2017, n°16-21.032

*Ce qu'il faut retenir :*

**En l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la durée du plan de redressement pour les agriculteurs personnes morales ne peut excéder dix ans.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, le 13 janvier 2006, une exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), personne morale, placée en redressement judiciaire, a bénéficié d'un plan de redressement d'une durée de dix ans.

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon - Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Pointe-à-Pitre - Poitiers - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou - RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Suivant jugement du 14 mars 2014, la durée du plan de redressement a été portée à quinze ans. Un créancier ayant interjeté appel de cette décision, un arrêt du 28 mai 2015 a annulé le jugement du 14 mars 2014 et a dit n'y avoir lieu à prorogation du plan.

Le débiteur a été débouté de son opposition contre cette décision par un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 31 mars 2016. La Cour d'appel a considéré que l'agriculteur personne morale ne pouvait bénéficier de la durée dérogatoire de 15 ans prévue à l'article L.626-12 du Code de commerce (article L.621-66 du Code de commerce dans sa version issue de la Loi du 25 janvier 1985).

Le débiteur a formé un pourvoi en cassation et a, parallèlement, posé une question prioritaire de constitutionnalité relative à la différence de traitement entre les agriculteurs personnes morales et personnes physiques quant à la durée d'un plan de sauvegarde ou de redressement en visant la définition du terme agriculteur prévue à la seconde phrase de l'article L.351-8 du Code rural et de la pêche maritime. L'article L.351-8 du Code rural et de la pêche maritime dans sa rédaction issue de la loi n°93-934 du 22 juillet 1993 prévoit, en ces termes, que : « *Le redressement et la liquidation judiciaires des exploitations agricoles sont régis par les dispositions de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Pour l'application des dispositions de la loi précitée, est considérée comme agriculteur toute personne physique exerçant des activités agricoles au sens de l'article L.311-1* ».

En l'espèce, la question prioritaire de constitutionnalité posée par le débiteur personne morale portait sur la seule définition du terme agriculteur issue de la seconde phrase de l'article L.351-8 du Code rural et de la pêche maritime qui créait selon lui une inégalité de traitement entre personnes morales et personnes physiques et serait contraire au principe d'égalité devant la loi.

Par décision du 28 avril 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré cette seconde phrase conforme à la constitution (Cons. const., 28 avr. 2017, n°2017-626) au motif que cette définition ne crée en elle-même aucune différence de traitement entre les agriculteurs personnes physiques et les agriculteurs personnes morales.

Toutefois, dans son communiqué, le Conseil constitutionnel, qui n'avait pas été interrogé sur les dispositions de l'article L.626-12 du Code de commerce, a précisé :

*« La différence de traitement alléguée par la société requérante, à supposer qu'elle existe, ne pourrait résulter que de l'article L.626-12 du Code de commerce, qui n'a pas été soumis au Conseil constitutionnel ».*

Par un arrêt publié au bulletin, la Cour de cassation, tirant les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans aux motifs que la seconde phrase de l'article L.351-8 du Code rural et de la pêche maritime était conforme à la constitution et qu'ainsi les dispositions de l'article L.626-12 du Code de commerce, prévoyant une durée maximale de quinze ans pour les plans de redressement réservés aux agriculteurs, n'étaient applicables qu'aux personnes physiques et non aux personnes morales.

On peut penser que si le Conseil constitutionnel avait été interrogé sur la constitutionnalité de l'article L.626-12 du Code de commerce, la solution présente aurait probablement pu être différente.

**A rapprocher : Cons. const. 28 avr. 2017, n°2017-626 ; L.626-12 du Code de commerce ; L.351-8 du Code rural et de la pêche maritime**

## CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

### Limite quant à la validité des contrats portant sur la preuve

Cass. com., 6 décembre 2017, n°16-19.615

*Ce qu'il faut retenir :*

**Les parties peuvent aménager conventionnellement les modes de preuve portant sur des droits dont elles ont la libre disposition. Les contrats portant sur la preuve ne peuvent cependant pas établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable.**

*Pour approfondir :*

Une société X a conclu le 17 juin 2011 avec une société Y, ayant pour activité l'édition de logiciels, un contrat de licence et de distribution portant sur un progiciel et prévoyant une rémunération à compter du 1<sup>er</sup> mai 2011.

Par lettre du 1<sup>er</sup> mars 2012, la société X a mis fin à ce contrat en invoquant des dysfonctionnements du progiciel.

La société Y a assigné la société X afin de voir cette dernière condamnée au paiement de dommages et intérêts destiné à indemniser le préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de la brutalité de la rupture. En retour, la société X a quant à elle sollicité des juges du fond, à titre reconventionnel, qu'ils prononcent la résolution judiciaire du contrat.

La Cour d'appel de Versailles a fait droit aux demandes de la société Y et a rejeté toutes les demandes de la société X : elle a ainsi prononcé la résolution judiciaire du contrat aux torts de la société X et l'a condamnée à verser à la société Y une certaine somme en réparation du préjudice ainsi subi.

Saisie de cette affaire, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt publié au Bulletin, a confirmé l'arrêt rendu par la Cour d'appel et a rejeté le pourvoi formé par la société X.

Dans son pourvoi, la société X soulevait de nombreux moyens factuels ; l'un d'entre eux en particulier retient l'attention.

Dans le dixième moyen invoqué à l'appui de son pourvoi, la société X a en effet indiqué que « l'article 6.1 du contrat stipulait que la procédure de recette incombait au licencié (de la société X), qui disposait d'un délai de quinze jours à compter de la livraison du progiciel pour dénoncer tout « dysfonctionnement » en remplissant une « fiche individuelle » et qu'à défaut de réserves respectant ce formalisme, le progiciel devrait être considéré comme tacitement recetté ». Ainsi, en prévoyant dans le contrat une présomption de livraison conforme du progiciel, les parties avaient en fait inséré dans leur contrat un aménagement des modalités de preuve.

Toutefois, estimant être en présence d'une présomption irréfragable, la Haute juridiction a confirmé l'arrêt d'appel en décidant que « si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ; qu'ayant estimé que la société X rapportait la preuve que la société Y ne lui avait pas livré un progiciel qui pouvait fonctionner et être commercialisé, ce dont il résulte qu'elle avait renversé la présomption de recette tacite résultant de l'absence de réserve respectant le formalisme contractuellement prévu, la Cour d'appel n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la dixième branche ».

Cette décision inédite de la Haute juridiction apporte un éclairage intéressant sur les règles applicables aux modes de preuve applicables aux justiciables. En effet, il est établi de manière constante en droit français que les règles relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public et peuvent donc être librement aménagées par les parties (Cass. soc., 19 juin 1947 : Gaz. Pal. 1947, 2, p. 284). « Il s'ensuit que les parties peuvent y renoncer ou, mieux encore, déterminer leur propres règles dans une convention relative à la preuve » (L. Ruet, Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial : RTD com. 1991, p. 151).

Cette possibilité, qui leur était réservée par l'ancien article 1316-2 du Code civil (devenu l'article 1368 du Code civil), lequel prévoyait que « lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support », a été rappelée à maintes reprises par la jurisprudence (Cass. civ., 17 février 1838 : S. 1839, I, p. 317. – Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 novembre 1977, n°76-11.712 : Juris-Data n°1977-099393 ; JCP G 1978, IV, 20 : « la preuve contraire ne pouvait en conséquence être apportée que dans les conditions prévues aux articles 1341 et suivants du Code civil [désormais codifiés aux articles 1359 et suivants du Code civil suite à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations], dont les dispositions, quoique n'étant pas d'ordre public, s'imposaient aux juges du fonds dès lors que les parties n'y avaient pas explicitement ou tacitement renoncé »).

Toutefois, la jurisprudence est venue préciser que la liberté des parties sur l'aménagement conventionnel des modes de preuve n'est pas sans limite puisqu'elle ne peut concerner que des droits dont les parties ont la libre disposition.

Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 novembre 1999 : « *Pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites* » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 novembre 1989, n°86-16.197 : D. 1990, p. 369, Ch. Gavalda).

Au regard de ce qui précède, la position retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt d'espèce n'est pas innovante en ce qu'elle reprend le principe posé par la jurisprudence quant à la faculté pour les parties d'aménager les règles relatives aux modes de preuve.

L'arrêt a toutefois un apport indéniable dès lors que la Haute juridiction vient, pour la première fois, poser une limite à ce principe : si les contrats portant sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent toutefois établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable en faveur de l'une des parties au contrat.

Au regard des termes choisis par la Cour, il serait envisageable de penser que la solution retenue par la Haute juridiction serait en fait une application par anticipation du nouvel article 1356 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, lequel prévoit que :

*« les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Néanmoins, ils ne peuvent [...] établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ».*

A noter enfin que la possibilité pour les parties de conclure un contrat sur la preuve n'était, avant sa codification par l'ordonnance de 2016, que prétorienne.

#### **A rapprocher : Nouvel article 1356 du Code civil**

#### **La clause compromissoire n'est pas valable dans les contrats conclus à titre non-professionnel**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 2017, n°16-21.425

*Ce qu'il faut retenir :*

**Un contrat peut comprendre une clause compromissoire lorsqu'il a été conclu « à raison d'une activité professionnelle ».**

*Pour approfondir :*

Un employé de la société EDF a adhéré à un contrat d'assurance collective garantissant le risque invalidité et incapacité, et a souhaité en obtenir le bénéfice à la suite d'un accident de body-surf pendant ses congés. Suite au refus de prise en charge qui lui a été opposé, l'assuré a assigné son assureur en réparation de son préjudice et – au préalable – en nullité de la **clause compromissoire** insérée dans le contrat d'assurance.

En effet, le contrat d'assurance prévoyait le recours obligatoire à l'arbitrage en cas de contestation d'un refus de prise en charge.

A ce sujet, l'article 2061 du Code civil dans sa version applicable au litige dispose que : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

La question est donc de savoir si le contrat d'assurance proposé à une personne en sa qualité d'employé et couvrant des risques survenant dans le cadre de sa vie non-professionnelle est un contrat conclu à raison de l'activité professionnelle de l'assuré.

Les juges du fond ont – semble-t-il (la motivation n'est pas claire) – considéré que le contrat a été conclu dans le cadre de l'activité professionnelle de l'assuré et ont donc refusé de faire droit à sa demande d'annulation de la clause compromissoire.

Selon la Cour d'appel, « *il importe peu à cet égard que l'activité à l'occasion de laquelle [l'assuré] a été victime de l'accident [...] ait été une activité de loisir et que l'accident se soit produit durant ses vacances, dès lors que figurent parmi les risques couverts les accidents résultant de la pratique de tous les sports à titre d'amateur* ».

Logiquement, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'appel en considérant que la Cour d'appel s'était prononcée par des motifs impropres à établir que le contrat d'assurance avait été conclu à raison d'une activité professionnelle.

La Cour d'appel qui aura donc à trancher ce litige après renvoi devra donc plus justement répondre à la question posée.

**A rapprocher : Article 2061 du Code civil actuellement en vigueur**

## DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

**Rappel sur les contours de l'obligation d'assistance du franchiseur**  
CA Paris, 20 décembre 2017, RG n°13/23287

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour d'appel rappelle que l'obligation d'assistance du franchiseur à l'égard de ses franchisés est de nature exclusivement technique et commerciale et constitue une obligation de moyens.**

*Pour approfondir :*

Une société E.S., qui exploite un réseau de franchise dans le secteur de la restauration sur place ou à emporter et la livraison de sushis et d'autres spécialités japonaises, a confié à M. J.M.C l'exploitation d'un restaurant en franchise à Montpellier.

Le 24 mars 2010, M. J.M.C a constitué la société S. Montpellier aux fins d'exploiter le restaurant sous enseigne E.S. sur la ville de Montpellier.

Le 24 novembre 2011, M. J.M.C a fait part à son franchiseur de graves difficultés rencontrées dans l'exploitation de son restaurant, tout en sollicitant une assistance de sa part.

Le 16 mars 2012, constatant des impayés de redevances, la société E.S. a mis en demeure la société S. Montpellier d'avoir à lui régler la somme de 61.454,10 €. Le 26 mars 2012, la société S. Montpellier a invoqué un manquement grave du franchiseur à ses obligations contractuelles d'assistance et de formation pour justifier la suspension des paiements de redevances de franchise. Le 9 août 2012, la société S. Montpellier a indiqué à la société E.S. qu'elle cessait toute exploitation du restaurant et toute utilisation de la marque E.S. Par acte du 11 septembre 2012, la société E.S. a assigné à bref délai la société S. Montpellier et M. J.M.C. devant le Tribunal de commerce de Paris sollicitant :

- la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs de la société S. Montpellier et le paiement des redevances impayées,
- la condamnation de M. J.M.C et de la société S. Montpellier au paiement de dommages et intérêts pour rupture anticipée du contrat de franchise et pour violation de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle.

Par jugement du 15 novembre 2013, le Tribunal de commerce de Paris a constaté la résolution du contrat de franchise au 14 août 2012 aux torts des défendeurs et a condamné la société S. Montpellier à payer à la société E.S. les sommes de 89.311,30 euros au titre des factures impayées et de 24.677 euros, à titre de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de non-concurrence, avec exécution provisoire. La société S. Montpellier a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de Paris. Par jugement du 7 décembre 2015, la société S. Montpellier a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, qui a été convertie en liquidation judiciaire par jugement du 3 juin 2016.

Par jugement du 15 janvier 2016, la société E.S. a été placée en liquidation judiciaire. La Cour d'appel de Paris a, par arrêt du 20 décembre 2017, confirmé le jugement sauf en ce qu'il a constaté la résolution du contrat au 14 août 2012 et qu'il a condamné la société S. Montpellier à payer à la société E.S. les sommes de 89.311,30 euros au titre des factures impayées et de 24.677 euros à titre de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de non-concurrence (en raison du défaut de déclaration de la créance de la société E.S. au passif de la société S. Montpellier).



Statuant à nouveau, la Cour a prononcé la résiliation du contrat de franchise au 14 août 2012 aux torts exclusifs du franchisé.

Cet arrêt est tout particulièrement intéressant en ce qu'il précise les obligations du franchiseur en matière d'assistance de ses franchisés, en considérant que l'assistance est de nature exclusivement technique et commerciale et constitue une obligation de moyens. Il en résulte, par conséquent, que seule l'inexécution grave de l'obligation d'assistance du franchiseur peut fonder la résiliation d'un contrat de franchise à ses torts.

La Cour d'appel de Paris a en effet considéré, sur ce point, que :

*« Il y a lieu de rappeler que si pendant l'exécution du contrat, le franchiseur est tenu de procurer une assistance, celle-ci est de nature exclusivement technique et commerciale et constitue une obligation de moyens. Le franchisé est un commerçant indépendant seul responsable de la gestion de son entreprise. Les manquements du franchiseur ne se déduisent pas du seul fait de l'existence de difficultés financières rencontrées par le franchisé. En effet, l'exploitation d'un fonds est soumise à de multiples aléas dont notamment ceux liés à la gestion du franchisé et à la situation économique du marché de référence.*

*Le premier grief relatif à l'absence de rentabilité du réseau et du concept ne peut constituer une faute du franchiseur, en ce que le contrat de franchise n'est pas remis en question en l'espèce. L'insuffisance de marge dégagée par la société S. Montpellier ne peut caractériser une faute contractuelle imputable à la société E.S. Ainsi, seule l'inexécution grave d'obligations contractuelles du franchiseur peut fonder la résiliation d'un contrat de franchise à ses torts. L'absence de rentabilité du magasin exploité par la société S. Montpellier ne peut donc être invoquée utilement par les appelants pour motiver l'exception d'inexécution » (Nous soulignons).*

Le franchiseur n'est donc pas tenu, de par son devoir d'assistance envers son franchisé, de soutenir financièrement son cocontractant, qui est un commerçant indépendant, seul responsable de la gestion de son entreprise.

Cet arrêt est à rapprocher d'une jurisprudence précédemment rendue par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 27 mars 2008, RG n°05/12294), qui avait considéré, en réponse au grief formulé par un franchisé, qui reprochait à la tête de réseau « *un défaut d'assistance technique et commercial et de ne pas lui avoir consenti une remise de redevances pour conserver une trésorerie, alors qu'elle était en difficulté* », « que le franchiseur ne peut se substituer au franchisé qui est un commerçant indépendant dans la gestion de ses affaires » (Nous soulignons).

**A rapprocher : CA Paris, 27 mars 2008, RG n° 05/12294**

#### **Violation de la clause de non-réaffiliation et juge des référés**

CA Paris, 16 novembre 2017, n°16/16213

*Ce qu'il faut retenir :*

**Après avoir constaté la violation flagrante de la clause de non-réaffiliation, celle-ci constituant un trouble manifestement illicite, le juge des référés a pris les mesures afin de faire cesser ce trouble et a notamment ordonné la descente de l'enseigne apposée en violation des termes de la clause de non-réaffiliation.**

*Pour approfondir :*

La société A.A. est à la tête d'un réseau de franchise d'opticiens qui exercent leur activité sous l'enseigne A.

La société O. exploitait trois points de vente sous l'enseigne A. en vertu de trois contrats de franchise signés avec la société A.A.

Face aux impayés du franchisé, le franchiseur a résilié les contrats de franchise. La société O. a alors poursuivi son activité d'opticien sous une enseigne concurrente à celle du franchiseur.

Or, les contrats de franchise contenaient chacun les dispositions suivantes :

*« clause de non-affiliation postérieure à l'exécution du contrat :*

*Le franchisé ne pourra, pendant une période d'une année à compter de la cessation du présent contrat, pour quelque raison que celle-ci*

*intervienne, et dans sa zone de protection territoriale définie à l'article V, adhérer directement ou indirectement sous quelque forme que ce soit (association, affiliation, franchise) à tout groupement ou réseau de franchise ou de distribution ou autre ayant une activité concurrente de celle des magasins A. Pendant ce délai d'un an, le franchisé sera donc libre d'exercer son activité, à titre individuel et sans affiliation au sens de l'alinéa précédent, dans la zone de protection territoriale prévue à l'article V notamment dans le ou les magasins visés à l'article 1 à condition en toute hypothèse de ne pas appliquer la politique commerciale, ni utiliser le savoir-faire [du franchiseur].*

*Clause de non-concurrence postérieure à l'exécution du contrat :*

*Dans le ou les magasins visés à l'article 1 et pendant une durée de 1 an à compter de la cessation du présent contrat, pour quelque cause que celle-ci intervienne, le franchisé ne pourra, directement ou indirectement, exercer une activité concurrente de celle des magasins A., que sous réserve, d'une part, de le faire à titre individuel et sans affiliation au sens du paragraphe b° ci-dessus, et, d'autre part, de ne pas appliquer la politique commerciale, ni utiliser le savoir-faire [du franchiseur]. »*

Le franchiseur a alors adressé une mise en demeure à son ancien franchisé en lui demandant de retirer l'ensemble des éléments de rattachement au réseau concurrent au sein de ses trois points de vente. Cette mise en demeure n'a pas été suivie. Le franchiseur a donc assigné l'ancien franchisé en référé.

Le juge des référés a enjoint à la société O., sous astreinte, de retirer l'enseigne concurrente de la façade, ainsi que tout signe de rattachement à cette enseigne au sein de ses trois points de vente, et de cesser toute relation d'affaire avec l'enseigne concurrente de celle du franchiseur. L'ancien franchisé a interjeté appel de l'ordonnance rendue par le juge des référés, soutenant notamment que la clause dont entendait se prévaloir la société A.A. était illégitime, disproportionnée et ne visait pas à protéger les intérêts fondamentaux du franchiseur, mais à interdire à une société franchisée toute poursuite d'activité postérieurement à la résiliation du contrat.

La société O. invoquait également que la société A.A. ne rapportait pas la preuve que la clause de non-concurrence et de non-affiliation étaient indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat et donc que les clauses litigieuses insérées dans chacun des contrats de franchise conclu avec la société A.A. étaient réputées non écrites.

Les contrats de franchise prévoyaient certes deux clauses (l'une de non-affiliation et l'autre de non-concurrence) mais le contenu de chacune d'elles n'était pas véritablement différent dans la mesure où la clause de non-concurrence n'interdit pas à l'ancien franchisé d'avoir une activité d'opticien à titre individuel.

Les juges du fond rappellent que « *la validité de la clause de non-réaffiliation doit être appréciée en termes de proportionnalité et de nécessité par rapport aux intérêts légitimes du franchiseur. L'appréciation de la proportionnalité s'apprécie tant au regard des limites de la clause de non-réaffiliation tant dans le temps que dans l'espace qu'au regard du mode d'exercice habituel de la profession concernée dès lors qu'il ne serait pas possible, sous peine de générer un trouble manifestement illicite, d'assurer l'efficacité d'une clause qui interdirait de fait à l'ex-franchisé de poursuivre son activité dans des conditions suffisamment rentables* ».

Les juges du fond relèvent que la clause de non-réaffiliation est limitée à une durée d'un an et est limitée dans l'espace (l'interdiction couvre les villes de la Rochelle et Pulboreau et le centre commercial Carrefour d'Angoulins sur Mer) et qu'elle n'interdit pas à l'ex-franchisé d'exercer une activité à titre individuel ; de ce fait, il n'est pas permis de dire que cette clause aurait pour effet d'empêcher l'ex-franchisé d'exercer son activité économique dans des conditions viables. Il n'existe donc aucune disproportionnalité manifeste.

S'agissant de la nécessité de la clause, les juges du fond soulignent qu'en signant les contrats de franchise, l'ex-franchisé avait reconnu le savoir-faire du franchiseur et que la clause de non-affiliation était applicable quelle que soit la cause de la fin des relations : il n'existait donc aucun motif évident justifiant en référé que la clause soit écartée.

Les juges du fond considèrent ainsi que « *c'est à bon droit que le premier juge a conclu que cette violation flagrante d'une obligation contractuelle constituait un trouble manifestement illicite et décidé qu'il convenait de prendre les mesures propres à faire cesser ce trouble à savoir d'ordonner à la société O. sous astreinte de 250 euros par jour et par magasin, de retirer l'enseigne [O.] de la façade de ses trois magasins et tout signe de rattachement à l'enseigne O. au sein de ses trois magasins ainsi que de faire cesser toute relation d'affaires avec la société O. dans un délai de 15 jours à compter de la signification de la décision, l'astreinte courant pendant un délai de 30 jours* ». Il convient de préciser que l'article 31 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 est venu ajouter un nouvel article : l'article L.341-2 du Code de commerce qui fixe désormais les conditions de validité des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelle. Il est à noter que cette nouvelle disposition n'était pas applicable aux faits de l'espèce.

**A rapprocher : article L.341-2 du Code de commerce**

## SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

**Délai d'un mois pour notifier le licenciement et difficultés d'acheminement rencontrés par la Poste**  
Cass. soc., 30 novembre 2017, n°16-22.569

*Ce qu'il faut retenir :*

**Lorsque l'employeur notifie le licenciement pour motif disciplinaire à l'adresse communiquée par le salarié dans le délai d'un mois prévu par le Code du travail, il ne saurait être tenu responsable des aléas de remise du courrier rencontrés par les services postaux.**

*Pour approfondir :*

Selon les dispositions de l'article L.1332-2 du Code du travail, lorsque l'employeur souhaite licencier un salarié pour motif disciplinaire, il doit le convoquer à un entretien préalable à un éventuel licenciement, procéder à la tenue de cet entretien, et l'éventuelle notification du licenciement qui s'en suivra est encadrée dans des délais précis.

A ce titre, la notification du licenciement pour motif disciplinaire ne peut intervenir ni moins de 2 jours ouvrables après la tenue de l'entretien préalable, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien préalable.

Enfin, le licenciement doit être motivé et notifié au salarié intéressé.

Le fait pour l'employeur de notifier son licenciement pour motif disciplinaire au salarié concerné après l'expiration du délai d'un mois précité a pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Dans cette affaire, un conducteur de bus scolaire avait été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement qui s'était tenu le 18 février 2014.

Par la suite, l'employeur avait notifié son licenciement pour motif disciplinaire au salarié concerné aux termes d'une lettre recommandée avec accusé de réception en date du 4 mars 2014. Cette lettre était alors revenue à l'employeur avec la mention « *défaut d'accès ou d'adressage* ».

Le salarié licencié avait alors saisi le Conseil de Prud'hommes soutenant que, dans la mesure où son licenciement ne lui avait pas été notifié dans le délai d'un mois prévu par le Code du travail, celui-ci était donc sans cause réelle et sérieuse.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 30 juin 2016, avait donné raison au salarié estimant que le délai d'un mois étant dépassé, le licenciement était par conséquent abusif.

La question posée en l'espèce à la Cour de cassation était donc de savoir si l'employeur pouvait être tenu responsable en cas de non-respect du délai d'un mois imputable à des aléas rencontrés par les services postaux.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation, infirmant la décision rendue par la Cour d'appel de Paris, a estimé que l'employeur ne pouvait pas être tenu responsable des problèmes d'acheminement du courrier rencontrés par la Poste, et ce, dans la mesure où celui-ci avait pour sa part respecté les obligations mises à sa charge en notifiant le licenciement pour motif disciplinaire à l'adresse communiquée par le salarié dans les délais requis par le Code du travail.

**A rapprocher : Article 1332-2 du Code du travail**

**Divulgateion des salaires et  
licenciement pour faute grave**  
Cass. soc., 22 novembre 2017, n°16-24.069

*Ce qu'il faut retenir :*

**La salariée, qui a connaissance de par l'exercice de ses fonctions des salaires de l'ensemble du personnel de l'entreprise, commet une faute grave justifiant son licenciement en révélant le montant des salaires perçus par certains collègues de travail.**

*Pour approfondir :*

Dans un arrêt en date du 22 novembre 2017, la chambre sociale de la Cour de cassation nous donne une illustration de l'application de l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus les salariés dans le cadre de l'exécution de leur contrat de travail.

Une salariée, Responsable administrative, avait révélé à un salarié venu la consulter au sujet de la saisie sur salaires qui le concernait, les informations suivantes :

- le fait que son salaire n'allait être augmenté que d'un centime de plus par rapport au SMIC « *car il ne méritait pas plus* », comme l'un de ses collègues,
- que tous les deux avaient les salaires les plus bas au sein de l'entreprise,
- la prime de 1.500 € sur l'année accordée à un autre salarié,
- le nom des deux salariés percevant les salaires les plus élevés dans l'entreprise ainsi que leur montant,
- le chef d'entreprise avait des locations de logement pour certains salariés.

Elle lui avait également conseillé d'aller consulter un conseiller prud'homal avec elle. Le témoignage de ce salarié était corroboré par des témoignages d'autres salariés, notamment un salarié dont le nom avait été révélé pour évoquer les salaires les plus élevés dans l'entreprise ainsi que le bénéfice d'un logement de l'employeur.

Pour contester le bien-fondé de son licenciement pour faute grave, la Responsable administrative invoquait l'absence de tout antécédent disciplinaire et que cette divulgation n'était pas de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise.

Tel n'est pas l'avis de la Cour de cassation qui confirme que, par son comportement, la salariée avait manqué « *ainsi aux règles de confidentialité lui incombant au regard des fonctions exercées* » et était « *de nature à créer des difficultés au sein de l'entreprise* ». La Cour de cassation en déduit qu'un tel manquement constitue une faute grave rendant impossible le maintien de la salariée dans l'entreprise.

Cette décision est l'occasion pour la Haute juridiction de rappeler que tout salarié est tenu, en vertu de son contrat de travail, par une obligation de discrétion.

Cette obligation de discrétion lui interdit de divulguer un certain nombre d'informations auxquelles ses fonctions lui donnent accès, que ce soit en matière de secret de fabrication, de données sur la situation économique et financière de l'entreprise ou encore, comme c'est le cas en l'espèce, les salaires du personnel.

Cette obligation de discrétion s'applique tant à l'égard des personnes extérieures à l'entreprise qu'à l'égard des collègues du travail.

Enfin, il convient d'ajouter que tant les fonctions exercées par le salarié que les circonstances dans lesquelles une telle divulgation est faite, doivent nécessairement être prises en compte dans l'appréciation du caractère grave du manquement commis par le salarié.

Ainsi, il a pu être jugé qu'une Coordinatrice SIRH Contrôleur de gestion sociale ayant envoyé, par manque d'inattention, un fichier faisant un état récapitulatif par service des salaires et des effectifs de l'ensemble de la société à plusieurs membres du personnel dont deux représentants du personnel, n'avait pas commis une faute grave empêchant son maintien dans l'entreprise (CA Versailles, 14 mai 2014, n°12/05073).

En résumé, une analyse fine des faits et circonstances entourant le manquement commis par le salarié, en l'espèce, la divulgation d'informations confidentielles, doit toujours être effectuée avant toute décision de licenciement pour faute grave.

**A rapprocher :** CA Versailles, 14 mai 2014, n°12/05073

## IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

**La possible contestation d'une OAP  
insérée dans un PLU**  
CE, 8 novembre 2017, n°402511

*Ce qu'il faut retenir :*

**Par un arrêt en date du 8 novembre 2017, le Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles la contestation des OAP peut intervenir.**

**Le Conseil d'Etat considère que seules les OAP susceptibles de justifier un refus d'autorisation d'urbanisme sont susceptibles de faire l'objet d'une contestation devant le Juge administratif, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir introduit contre la délibération d'approbation d'un Plan local d'urbanisme (PLU)**

*Pour approfondir :*

Monsieur et Madame B ont saisi la juridiction administrative d'un recours contre la délibération d'approbation du PLU de Dammarie du 20 mars 2014.

Ce recours visait à obtenir, à titre principal, l'annulation de la totalité de la délibération, à titre subsidiaire, l'annulation de ladite délibération en tant que le PLU comporte des OAP qui incluent « *dans les potentialités résiduelles du tissu bâti le secteur rue de Concrez/rue de la Rigauderie* » le projet d'y construire un lotissement d'environ huit logements et, à titre encore plus subsidiaire, l'annulation de cette délibération en tant que ces OAP prévoient la possibilité de réaliser dans ce même secteur une sortie de ce lotissement sur les parcelles cadastrées section A n° 38 et 44 appartenant aux requérants.

Par une décision du 31 mars 2015, les juges de première instance ont rejeté l'ensemble de leurs demandes. Puis, par un arrêt du **17 juin 2016**, la Cour d'appel de Nantes a confirmé ce jugement.

Mais cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi, et le Conseil d'Etat, tout en confirmant la décision des juges d'appel, a été conduit à apporter certaines précisions.

Il résulte ainsi de la motivation retenue par la Haute Assemblée que, en application des dispositions de l'article L.123-5 du Code de l'urbanisme (codifiées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 à l'article L.152-1 du même code), les travaux et opérations d'urbanisme doivent être compatibles avec les OAP, lorsqu'elles existent, ce qui leur confère un caractère incontestablement contraignant.

Le Conseil d'Etat est néanmoins venu opérer une distinction entre les OAP dont la rédaction est telle qu'elle peut conduire à refuser un permis de construire, et celles dont l'imprécision ou l'absence d'intégration dans le PLU les prive de tout caractère contraignant.

Ainsi, dès lors qu'une OAP permet de fonder un refus d'autorisation, elle est susceptible de recours pour excès de pouvoir dans le cadre d'un recours contre la délibération approuvant le PLU, alors qu'une OAP imprécise, ne créant pas d'obligation, ne peut pas être contestée.

Poursuivant son raisonnement, le Conseil d'Etat considère par conséquent que l'imprécision de l'OAP faisait d'elle une simple « prévision » qui ne faisait pas grief aux requérants, et qui ne pouvait être assimilée à la création d'un emplacement réservé et ne constituait pas davantage une servitude au sens de l'article L.123-2 du Code de l'urbanisme (codifié depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 à l'article L.151-41 du même code). L'orientation contestée dans cette espèce n'était donc pas susceptible de créer, par elle-même, des obligations pour les propriétaires des parcelles concernées.

Il est toutefois à noter que cela signifie *a contrario* qu'une OAP suffisamment précise, et susceptible de justifier un refus d'autorisation d'urbanisme, doit être considérée comme créant des obligations à l'égard des propriétaires et donc assimilée à la création d'un emplacement réservé et/ou d'une servitude.

**A rapprocher : CE, 26 mai 2010, n°320780**

**Paris : suppression des 20 tribunaux d'instance au profit d'un tribunal unique**

Décret n°2017-1643 du 30 novembre 2017 relatif à la création du tribunal d'instance de Paris et à la suppression des vingt tribunaux d'instance d'arrondissement

*Ce qu'il faut retenir :*

**Par décret du 30 novembre 2017, les vingt tribunaux d'instance parisiens ont été supprimés au profit d'un tribunal d'instance unique, compétent sur le ressort de la ville de Paris.**

*Pour approfondir :*

Cette suppression s'explique par le désir du gouvernement de voir regrouper ces derniers au sein du nouveau Palais de Justice de Paris pensé par l'architecte Renzo Piano et construit au nord de la ZAC des Batignolles, 29-45 Avenue de la Porte de Clichy dans le 17<sup>ème</sup> arrondissement de Paris.

Ce décret entrera en vigueur le 14 mai 2018.

A compter de cette date, toutes les nouvelles demandes devront être portées devant le tribunal d'instance de Paris nouvellement créé.

Les tribunaux d'instance saisis à l'origine demeureront néanmoins compétents pour statuer sur les procédures introduites antérieurement au 14 mai 2018 jusqu'aux dates suivantes en fonction des tribunaux concernés :

- Tribunal d'instance de Paris 1<sup>er</sup> arr. : 12 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 2<sup>ème</sup> arr. : 1<sup>er</sup> juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 3<sup>ème</sup> arr. : 12 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 4<sup>ème</sup> arr. : 31 mai 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 5<sup>ème</sup> arr. : 11 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 6<sup>ème</sup> arr. : 13 juin 2018 ;

- Tribunal d'instance de Paris 7<sup>ème</sup> arr. : 11 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 8<sup>ème</sup> arr. : 13 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 9<sup>ème</sup> arr. : 1<sup>er</sup> juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 10<sup>ème</sup> arr. : 5 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 11<sup>ème</sup> arr. : 31 mai 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 12<sup>ème</sup> arr. : 11 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 13<sup>ème</sup> arr. : 6 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 14<sup>ème</sup> arr. : 31 mai 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 15<sup>ème</sup> arr. : 7 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 16<sup>ème</sup> arr. : 12 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 17<sup>ème</sup> arr. : 4 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 18<sup>ème</sup> arr. : 7 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 19<sup>ème</sup> arr. : 14 juin 2018 ;
- Tribunal d'instance de Paris 20<sup>ème</sup> arr. : 4 juin 2018 ;

Au lendemain de chacune de ces dates, le tribunal correspondant sera supprimé et les procédures transférées en l'état au tribunal d'instance de Paris dans les conditions prévues à l'article **R.221-2 du Code de l'organisation judiciaire**.

**A rapprocher :** Cette suppression fait échos au programme des « *cinq grands chantiers de la justice* » annoncé par le Premier Ministre et la Garde des Sceaux début octobre au rang desquels figure notamment « *l'adaptation de l'organisation judiciaire* ».

Les conclusions des travaux de concertation ne seront remises que le 15 janvier 2018 mais il semblerait déjà question de supprimer un certain nombre de cours d'appel.

## PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

**Illustration d'un dépôt frauduleux de marque**  
CA Paris, 7 novembre 2017, RG n°15/12767

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le dépôt d'une marque sur une dénomination générique dont le déposant sait qu'elle est utilisée par un tiers est frauduleux et le juge peut prononcer sa nullité.**

*Pour approfondir :*

En droit des marques, la fraude peut revêtir des formes variées comme l'illustre l'affaire ayant conduit la Cour d'appel à prononcer la nullité d'un dépôt de marque en raison de son caractère frauduleux.

Une société de conseil en management, communication relation client et négociation, avait engagé une action en contrefaçon de droits d'auteur et de droit de marque à l'encontre de l'un de ses concurrents. Cette société se prévalait des droits d'auteur sur le titre d'un livre ayant pour sujet une théorie proposant une nouvelle approche de la relation de l'entreprise à ses produits et services dont les droits d'auteur lui avait été apportés par l'auteur lors de sa constitution. La société avait par la suite procédé au dépôt de la marque reprenant la dénomination constituant le titre de l'ouvrage.

Elle faisait grief à l'un de ses concurrents d'utiliser cette dénomination, en particulier sur un site internet et un blog. Cette société concurrente se trouvait dans une position un peu similaire puisqu'elle avait été constituée par un expert en marketing et professeur de communication qui exposait avoir également développée une théorie pour décrire une approche innovante de la communication et de l'e-communication dont le titre était devenu le nom commercial et le slogan de sa société.

La Cour d'appel a rejeté l'action en contrefaçon du titre de l'ouvrage, fondée sur les dispositions de l'**article L.112-4 du Code de la propriété intellectuelle**, pour des motifs sur lesquels nous ne reviendrons pas sauf à préciser que le titre a été jugé comme dépourvu d'originalité.

Ce titre faisait également l'objet d'un dépôt à titre de marque. L'action en contrefaçon fondée sur cette marque ne va pas davantage prospérer puisque la Cour a fait droit à la demande reconventionnelle en nullité de la marque : la société poursuivie considérait que le dépôt de la marque avait été effectué de manière frauduleuse dans le seul dessein de la lui opposer et de tenter ainsi de l'évincer du marché dans lequel ils sont en concurrence directe.

La Cour vise les dispositions de l'**article L.712-6 du Code de la propriété intellectuelle** selon lequel « *Si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice. A moins que le déposant ne soit de mauvaise foi, l'action en revendication se prescrit par trois ans à compter de la publication de la demande d'enregistrement* » et, « *qu'en application du principe *fraus omnia corrumpit*, un dépôt de marque est frauduleux lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité présente ou ultérieure ; que la fraude est caractérisée dès lors que le dépôt a été opéré pour détourner le droit des marques de sa finalité, non pour distinguer des produits et services en identifiant leur origine mais pour priver des concurrents du déposant ou tous les opérateurs d'un même secteur d'un signe nécessaire à leur activité ; que le caractère frauduleux du dépôt s'apprécie au jour du dépôt et ne se présume pas, la charge de la preuve de la fraude pesant sur celui qui l'allègue* ». Il faut également préciser que le dépôt frauduleux peut être sanctionné par le prononcé de sa nullité.

Ces principes rappelés, la Cour va caractériser la fraude en l'espèce en se fondant sur le courrier adressé à la société poursuivie quatre jours après le dépôt de la marque, ce qui, selon les juges du fond, montre que la société avait une parfaite connaissance, à la date du dépôt de sa marque 4 jours seulement avant l'envoi dudit courrier, de l'usage antérieur par M. S et la société S de l'expression litigieuse et ce, tant à titre de dénomination sur un site internet que dans le cadre de l'activité de conférencier de M. S. Ayant connaissance de la situation, elle a néanmoins procédé au dépôt de la marque et a immédiatement adressé une première lettre de mise en demeure à M. S et la société SAPHIR pour faire état de ce dépôt et leur interdire l'usage d'un signe dont elle savait qu'il était nécessaire à leurs activités respectives alors que les parties au litige sont concurrentes.

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon - Marseille - Montpellier -  
Nantes - Paris - Pointe-à-Pitre - Poitiers - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -  
Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -  
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Ces motifs établissent, selon la Cour, que le dépôt de la marque française a été effectué dans le dessein de s'approprier l'usage d'une expression générique nécessaire à l'activité de M. S et de la société S et d'en priver ainsi ses concurrents, en s'arrogeant un monopole d'exploitation sur cette expression.

La solution nous semble sévère ; en effet, les juges ont considéré que le dépôt était animé par une intention de nuire alors qu'il était possible de considérer que le déposant avait voulu conforter ses droits sur une dénomination dont il faisait déjà usage.

L'envoi d'une mise en demeure dans les jours suivant le dépôt n'aura pas été neutre dans cette affaire puisqu'il aura conduit les juges à caractériser la connaissance de cet usage avant le dépôt et donc l'intention de s'en prévaloir pour monopoliser une expression jugée générique.

**A rapprocher : article L.712-6 du Code de la propriété intellectuelle**

---

**Editeur de site internet : le juge n'est pas lié par la qualification retenue par les parties**  
TGI Paris, 21 novembre 2017, n°17/59485

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le Président du Tribunal de grande instance de Paris, selon ordonnance de référé en date du 21 novembre 2017, a rappelé les critères objectifs de la notion d'éditeur de site internet, et en l'absence de mentions légales, s'est fondé sur un faisceau d'indices pour retenir cette qualification.**

**Le juge rappelle que l'éditeur a « l'obligation de surveiller a priori la licéité de toutes les informations diffusées sur l'intégralité du site ».**

*Pour approfondir :*

**L'article 6-I- 2°** de la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN) définit les hébergeurs de site internet comme les personnes mettant « à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».

Leur responsabilité ne peut être engagée du fait des activités ou des informations hébergées sauf si elles avaient effectivement connaissance de leur caractère illicite et sauf si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles n'ont pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

L'éditeur est défini comme étant « la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge ». Il est donc le responsable, désigné en principe comme tel dans les mentions légales, du contenu qu'il met en ligne.

Le Président du Tribunal de grande instance de Paris, selon ordonnance de référé en date du 21 novembre 2017, a rappelé quels sont les critères objectifs à retenir pour qualifier un acteur du e-commerce d'éditeur de site internet, et les obligations lui incombant à ce titre.

Dans cette affaire, la société LAFUMA, ayant constaté la vente en ligne de produits contrefaisant sa marque sur le site B2B de Alibaba.com, a assigné les sociétés étrangères du groupe ALIBABA ainsi que la société ALIBABA France, considérant que cette dernière avait qualité d'éditeur de site internet, et était, à ce titre responsable des contenus en ligne et de la vente de produits contrefaisants.

En effet, en l'absence de mentions légales sur le site internet Alibaba.com relatives aux coordonnées de l'éditeur, la société LAFUMA s'est fondée sur un faisceau d'indices pour attribuer cette qualité à ALIBABA France.

La société ALIBABA France, pour sa part, a prétendu qu'elle n'était pas l'éditeur du site dès lors qu'elle n'avait qu'une activité de développement marketing de la marque.

Les autres sociétés du groupe ont, quant à elles, brandi leur qualité d'hébergeur pour tenter de faire échec aux demandes de la société LAFUMA à leur encontre.

A la faveur de son ordonnance, le Président a fait droit à l'argumentation de la société LAFUMA et considéré qu'elle était bien fondée à considérer que la société ALIBABA France était l'éditrice du site internet proposant à la vente les produits litigieux. Le juge a fait fi des qualifications et dénominations alléguées par les sociétés du groupe ALIBABA.



En l'absence de mentions légales relatives à l'identité de l'éditeur sur le site French.Alibaba.com, il a retenu que la société ALIBABA France avait, au regard de son k-bis, certes une activité de marketing, mais également une mission de développement de la plateforme, ainsi qu'une activité de service clients, et qu'elle était donc éditrice du site internet. Quant aux autres sociétés du groupe, le juge a considéré qu'elles offraient des abonnements « Premium » donnant accès à certaines fonctionnalités personnalisées. Leur rôle actif sur le contenu du site, dont elles contrôlent les données publiées, est un élément fondamental retenu par le juge. Dès lors qu'elles hiérarchisent les offres, et mettent en avant celles qui leur rapportent plus de revenus, elles ne peuvent soutenir qu'elles ont un simple rôle d'hébergeur fournissant un accès à une plateforme de vente. Elles ne se limitent pas à fournir un service neutre, et reçoivent donc la qualité d'éditrices de site internet. Le juge rappelle que ces sociétés éditrices ont « l'obligation de surveiller a priori la licéité de toutes les informations diffusées sur l'intégralité du site ».

Cette décision, si elle est n'est pas nouvelle dans le principe qu'elle édicte, a le mérite de fixer les contours de la notion d'éditeur, et de rappeler en termes clairs l'obligation pesant sur l'éditeur, qui se révèle être lourde de conséquences tant opérationnelles que juridiques, compte tenu de l'importance du réseau constitué par les sociétés concernées.

**A rapprocher : Art. 6 LCEN**

## PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

**Mesure d'instruction *in futurum* et secret bancaire :  
pas d'empêchement légitime**

Cass. com., 29 novembre 2017, n°16-22.060

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le secret bancaire institué par l'article L.511-33 du Code monétaire et financier ne constitue pas un empêchement légitime au sens de l'article 145 du Code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers**

**confident, mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée.**

*Pour approfondir :*

Sur le fondement de **l'article 145 du Code de procédure civile**, des mesures d'instruction peuvent être ordonnées en référé ou sur requête visant à obtenir la production ou la conservation d'une preuve susceptible d'être versée dans le cadre d'un potentiel futur procès. Toutefois, ces mesures, qui doivent être fondées sur un motif légitime, peuvent se heurter à un empêchement légitime dont peut se prévaloir la personne qui supporte la mesure, tel que le secret professionnel.

Dans le cas d'espèce, une société, régie par le droit des Îles Caïmans, a effectué un virement bancaire à partir d'un compte dont elle était titulaire dans une banque en Suisse vers un autre de ses comptes, ouvert dans la même banque. Le même jour, elle a transféré cette somme à une autre société sur un compte ouvert toujours dans la même banque. Quelques mois plus tard, une juridiction des Îles Caïmans a prononcé la liquidation judiciaire de la société ayant effectué les virements et a nommé trois liquidateurs. Ces derniers ont présenté une requête au Président du Tribunal de commerce de Paris sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, visant à obtenir la désignation d'un huissier chargé, d'une part, de rechercher des documents permettant d'établir la preuve que le virement fait au profit de la société bénéficiaire avait été réalisé en violation des obligations de la banque et que celle-ci avait facilité, en connaissance de cause, la réalisation d'une opération visant à détourner des avoirs, alors que la situation financière de la société effectuant le virement était précaire. Aux termes de son ordonnance, le juge des requêtes a désigné un huissier de justice avec pour mission, notamment, de rechercher et se faire remettre un certain nombre de documents relatifs aux relations entre les sociétés, aux virements effectués et aux opérations réalisées sur les comptes et autorisation de procéder à une copie complète de fichiers et données qui lui paraîtraient en rapport avec la mission confiée. L'ordonnance précisait, par ailleurs, que les requérants devaient assigner en référé les parties visées par les mesures dans un délai de trente jours après l'exécution de celles-ci, faute de quoi le mandataire de justice devait remettre les pièces et documents recueillis à la partie dont il les aurait obtenus.

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon - Marseille - Montpellier -  
Nantes - Paris - Pointe-à-Pitre - Poitiers - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -  
Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -  
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Après l'accomplissement de la mission de l'huissier, la société en liquidation a demandé au juge des référés qu'il ordonne à l'huissier de lui remettre l'intégralité des documents recueillis au cours de l'exécution de sa mission, lesquels furent placés sous séquestre. Par une demande reconventionnelle, la banque a demandé la rétractation de l'ordonnance en se prévalant d'un empêchement légitime, à savoir le secret professionnel.

Le juge des référés, puis la Cour d'appel ont rejeté la demande de rétractation de l'ordonnance. La banque a formé un pourvoi en cassation en faisant valoir que les mesures autorisées par l'ordonnance contrevenaient au secret bancaire. Pour la banque, le secret professionnel institué par l'article L.511-33 du Code monétaire et financier constituait un empêchement légitime opposable au juge civil.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme que le secret bancaire institué par l'article L.511-33 du Code monétaire et financier ne constitue pas un empêchement légitime au sens de l'article 145 du Code de procédure civile lorsque la demande de communication de documents est dirigée contre l'établissement de crédit non en sa qualité de tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre lui en vue de rechercher son éventuelle responsabilité dans la réalisation de l'opération contestée. Cette position revient à dire que l'établissement de crédit ne peut invoquer le secret professionnel au bénéfice de sa propre défense.

**A rapprocher : Cass. com., 19 juin 1990, n°88-19.618**

---

**Admission du référé expulsion à l'encontre d'un occupant sans droit ni titre**

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 décembre 2017, n°16-25.469

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite donnant lieu à une action en référé.**

*Pour approfondir :*

Dans cette affaire, l'Office public de l'habitat, propriétaire d'un ensemble immobilier, a assigné en expulsion des occupants sans droit ni titre. La Cour d'appel a rejeté la demande et considéré qu'il n'y avait pas lieu à référé, en précisant qu'une mesure d'expulsion, qui aurait pour effet de placer les occupants sans droit ni titre dans une plus grande précarité, s'agissant de ressortissants syriens ayant été contraints de quitter leur pays d'origine, caractériserait une atteinte plus importante au droit au respect du domicile que le refus de cette mesure au droit de propriété de l'Office public, et serait, à l'évidence, dans les circonstances de l'espèce, de nature à compromettre l'exercice par ceux-ci de leurs droits consacrés par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Cour d'appel a ainsi considéré que le trouble allégué était dépourvu de toute illécitité manifeste.

L'arrêt est cassé par la Cour de cassation qui considère qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé l'article 849, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile. La Cour de cassation rappelle que l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite donnant lieu à une action en référé.

En effet, il convient de rappeler qu'en application de l'article 849 du Code de procédure civile, le juge peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Concernant les troubles manifestement illicites, la Cour de cassation avait déjà affirmé que le Président du Tribunal de grande instance est compétent en référé pour prononcer des mesures provisoires destinées à mettre fin à une occupation sans droit ni titre d'un immeuble appartenant à autrui.

**A rapprocher : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 20 janvier 2010, n°08-16.088**

---

## DROIT PENAL

**La constitutionnalité du lien d'autorité entre le Garde des Sceaux et le Parquet**  
Conseil constitutionnel, 8 décembre 2017, n°2017-68 QPC

*Ce qu'il faut retenir*

**Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le lien d'autorité existant entre le Garde des Sceaux et les magistrats du Parquet.**

*Pour approfondir*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 septembre 2017 par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Cette question était posée par l'Union syndicale des magistrats et concernait la conformité de l'article 5 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 aux droits et libertés garantis par la Constitution.

L'article 5 de ladite ordonnance dispose que : « *Les magistrats du Parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. A l'audience, leur parole est libre* ».

L'Union syndicale des magistrats (USM) reprochait à ce texte de méconnaître le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire énoncé par l'article 64 de la Constitution au motif qu'il place les magistrats du Parquet sous la subordination hiérarchique du Garde des Sceaux alors que lesdits magistrats devraient bénéficier de la même indépendance constitutionnellement protégée que les magistrats du siège.

En outre, et sur ce fondement, l'USM reprochait à cet article de méconnaître le principe de séparation des pouvoirs en portant atteinte au principe d'indépendance de l'autorité judiciaire.

L'un des intervenants soutenant également que ces dispositions portaient atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense.

Dans sa décision, le Conseil Constitutionnel renvoie à :

- l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 consacrant le principe de la séparation des pouvoirs ;
- l'article 20 de la Constitution prévoyant que le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation et notamment dans les domaines d'action du Ministère Public ;
- les articles 64 et 65 de la Constitution consacrant l'indépendance de l'autorité judiciaire et l'inamovibilité des magistrats du siège ainsi que leurs conditions de nomination et le pouvoir disciplinaire à leur encontre.

Après avoir énoncé les principes établis par ces textes, le Conseil constitutionnel en conclut que ces dispositions consacrent « *l'indépendance des magistrats du Parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables par les magistrats du siège* ».

Le Conseil constitutionnel opère alors un contrôle des relations établies par la loi entre le Garde des Sceaux et les magistrats du Parquet.

Ainsi, dans un premier temps, le Conseil rappelle que l'autorité du Garde des Sceaux à l'égard des membres du Parquet se manifeste par :

- l'exercice de son pouvoir de nomination et de sanction ;
- les instructions générales de politique pénale, justifiées notamment par la nécessité d'assurer une égalité des citoyens devant la loi sur l'ensemble du territoire de la République.

Puis, dans un second temps, le Conseil constitutionnel précise que cette autorité hiérarchique est limitée notamment par :

- l'impossibilité pour le ministère de la justice d'adresser aux membres du Parquet des instructions dans des affaires individuelles (article 30 du Code de procédure pénale) ;
- le principe d'impartialité devant régir l'exercice de l'action publique (article 31 du Code de procédure pénale) ;

- la liberté de parole des magistrats du Parquet (article 33 du Code de procédure pénale et article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958) ;
- la liberté pour le Parquet d'engager des poursuites (article 40-1 du Code de procédure pénale).

Dès lors, le Conseil constitutionnel considère qu'au regard des tous ces textes, les dispositions contestées de l'article 5 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 « assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs », ni le droit à un procès équitable, ni les droits de la défense ou aucun autre droit constitutionnellement protégé.

Il convient toutefois de mettre en perspective cette décision avec la jurisprudence européenne qui refuse de considérer les magistrats du Parquet comme « autorité judiciaire » en raison de leur absence « d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif » bien que cette jurisprudence soit antérieure à la loi n°2013-669 du 25 juillet 2013 interdisant au Garde des Sceaux d'adresser au Parquet des instructions dans des affaires individuelles (CEDH, 29 mars 2010, n°3394/03 Medvedyev contre France et CEDH, 23 novembre 2010, n°37104/06, Moulin contre France).

**A rapprocher :** CEDH, 29 mars 2010, n°3394/03 Medvedyev contre France et CEDH, 23 novembre 2010, n°37104/06, Moulin contre France

## DROIT FISCAL – TVA

### Le droit à l'erreur : la nouvelle protection des contribuables de bonne foi

Projet de loi n°424 - Dossier de presse du 27 novembre 2017

Ce qu'il faut retenir :

**Présenté au Conseil des ministres du 27 novembre 2017, le projet de loi pour Un Etat au service d'une société de confiance prévoit notamment un droit à l'erreur pour les contribuables.**

**Ce dispositif vise essentiellement les erreurs commises de bonne foi dans les déclarations évitant ainsi aux contribuables l'application totale ou partielle de pénalités ou d'intérêts de retard.**

Pour approfondir :

Le droit à l'erreur prévu par le projet de loi actuel dispose de deux volets régissant respectivement la relation entre, d'une part, l'administration et les contribuables et, d'autre part, l'administration et les entreprises.

Dans le cadre de ce projet, le contribuable, aussi bien personne physique que morale, bénéficierait d'une limitation dans l'application de certaines sanctions.

En effet, il est prévu qu'une « personne ayant méconnu une règle applicable à sa situation ne peut faire l'objet, de la part de l'administration, d'une sanction, pécuniaire ou consistant en la privation de tout ou partie d'une prestation due, si elle a régularisé sa situation de sa propre initiative ou après avoir été invitée à le faire par l'administration, dans le délai que celle-ci lui a indiqué ».

Ainsi, en cas de déclaration erronée ou incomplète :

- Soit le contribuable rectifie spontanément son erreur. Dans ce cas, les majorations d'impôts ne sont pas appliquées et l'intérêt de retard éventuellement dû serait réduit de moitié (à noter que la loi de finances rectificative pour 2017 prévoit de faire passer le taux actuel de 0,40 % à 0,20 % par mois. Le taux effectif en cas de rectification spontanée serait alors de 0,10 %) ;
- Soit l'administration détecte l'erreur lors d'un contrôle sur pièces. Les pénalités ne seraient pas appliquées et l'intérêt de retard éventuellement dû serait réduit de 30% dès lors que le contribuable formule une demande de régularisation dans les 30 jours suivants ce contrôle ;
- Soit l'administration démontre la mauvaise foi et les intérêts de retard s'appliqueraient sans aucune réduction.

A titre d'exemple, constitueraient des erreurs, l'oubli d'un justificatif ou le défaut de souscription de la déclaration de résultat par voie dématérialisée.

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon - Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Pointe-à-Pitre - Poitiers - Rouen - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou - RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

En toute hypothèse, ce droit à l'erreur ne trouverait à s'appliquer qu'une fois et exclurait de son champ d'application certaines sanctions dont les sanctions requises pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne ou les sanctions prononcées en cas de méconnaissance des règles préservant la santé publique, la sécurité des personnes et des biens ou l'environnement.

Enfin, outre la possibilité de demander un rescrit sur sa situation fiscale, les entreprises pourraient demander à l'administration de venir les contrôler sur place, dans le cadre d'un contrôle préalable, pour valider ses résultats fiscaux. Les conclusions de ce contrôle seraient opposables à l'Administration fiscale.

## INTERNATIONAL

### Accord de libre-échange entre le Japon et l'Union Européenne (JEFTA) Finalisation des négociations le 8 décembre 2017

*Ce qu'il faut retenir :*

**Les négociations sur l'Accord économique entre le Japon et l'Union Européenne (JEFTA - Japan Europe Free Trade Agreement) ont été finalisées le 8 décembre 2017, sur la base d'un accord de principe qui avait été donné le 6 juillet 2017. Cet accord vise à faciliter l'exportation de biens et services entre l'Union Européenne et le Japon.**

**Les négociations pour un accord de partenariat économique entre le Japon et l'Europe ont été menées à bien par la Commission européenne et le Japon. L'Accord entrera en vigueur après adoption du texte par les institutions de chaque partie.**

**Cet accord dit « de nouvelle génération » montre la volonté de l'Europe de refuser le protectionnisme et de libéraliser les échanges sur la base d'un accord global, protecteur des intérêts des parties signataires.**

*Pour approfondir :*

En mars 2013, la Commission européenne a entamé des négociations pour établir un accord de partenariat économique global avec le Japon au nom et pour le compte de la Communauté européenne et des États membres après que le mandat de négociation a été adopté par le Conseil des États membres de l'Union européenne en novembre 2012. Les négociations ont abouti à un accord le 8 décembre 2017.

L'accord, déjà diffusé sur le site internet de la Commission européenne pour des raisons de transparence, devra être approuvé par le Parlement européen puis ratifié par les États membres. La Commission européenne espère une ratification rapide pour une entrée en vigueur avant la fin du mandat de l'actuelle Commission, en 2019.

Le JEFTA couvre un tiers de l'économie mondiale, ce qui en ferait le plus important accord de commerce et d'investissement à ce jour. Comme le CETA (accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne) ou le TAFTA (accord de libre-échange entre l'Europe et les États-Unis), le JEFTA est un accord global dit de « nouvelle génération », à savoir un accord de commerce qui contient, outre les dispositions traditionnelles relatives à la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires affectant les échanges, des dispositions dans diverses matières liées au commerce telles que la propriété intellectuelle, la concurrence et le développement durable.

Cet accord entre donc dans le cadre de l'avis rendu le 16 mai 2017 par la Cour de Justice de l'Union européenne (n°2/15) qui précise que ce type d'accord relève à la fois de la compétence exclusive de l'Union Européenne et d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres. Le JEFTA doit donc être ratifié par le Conseil, par le Parlement européen mais aussi par les 38 parlements nationaux et régionaux des États membres pour entrer en vigueur.

Cet accord, tel qu'il est rédigé aujourd'hui, permettra la suppression de 90% des droits de douanes qui s'appliquent sur les échanges entre l'Union Européenne et le Japon. Le JEFTA profite donc aux entreprises européennes exportant vers le Japon et aux entreprises japonaises exportant vers des États membres de l'Union européenne.

Le JEFTA augmente les quotas annuels d'exportation de produits agricoles exemptés, qui correspondront, à terme, à 85% des exportations vers le Japon, notamment sur des produits tels que le porc, le bœuf ou encore le vin et l'alcool. Il facilitera également les échanges de services entre l'Union européenne et le Japon.

En outre, le JEFTA reconnaît le statut des appellations d'origine et protège ainsi plus de 200 produits européens comme le Roquefort, le vinaigre balsamique de Modène, le Prosecco ou encore le Whisky Irlandais.

L'accord devrait permettre une intensification des échanges avec l'ouverture du marché japonais (de plus de 127 millions de consommateurs) dans de nombreux secteurs (tels que les transports) et pour les marchés publics. Il porte également sur une meilleure coopération en termes d'investissement, de développement durable ou encore de protection des données à caractère personnelles (sur ce dernier point, les termes seront négociés postérieurement). Enfin, pour la première fois, l'accord prend en compte les règles de gouvernement d'entreprise basées sur les principes dégagés par le G20 sur ce sujet.

*A noter :*

L'accord économique entre le Japon et l'Union européenne permet aux parties de conserver leur souveraineté en ce qui concerne les services publics, notamment en termes de télécommunication, de santé public ou d'éducation.

Le texte du 8 décembre 2017 a été publié dans un but purement informatif, il est donc susceptible d'être modifié.

**A rapprocher : Key elements of the EU-Japan Economic Partnership Agreement - Memo ; EU-Japan FTA / EPA without prejudice as of 07 December 2017**