

Sommaire

- 1 Éditorial
- 3 PRODUITS DE SANTÉ : Imputabilité et responsabilité du fait des produits de santé
- 5 CONCURRENCE : Suite de l'épisode « Class action » : Le Sénat adopte les articles relatifs à l'action de groupe
Indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles
- 7 DISTRIBUTION : Projet de loi Hamon : vers un rééquilibrage des relations fournisseurs - distributeurs
- 8 DROIT ÉCONOMIQUE : Vers l'affirmation du principe d'indivisibilité contractuelle en matière de vente de prestations au moyen d'un contrat de location financière
- 9 SOCIÉTÉS : La révocation d'un administrateur doit être fondée sur un motif, qu'il soit juste ou non
Nullité d'une vente de fonds de commerce en raison de l'absence de déclaration d'un fichier CNIL
- 11 DROIT FISCAL : Attention : La remise des documents comptables sous format dématérialisé sera obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2014
- 12 PROCÉDURES COLLECTIVES : Reprendre une entreprise à la barre, à réfléchir !
- 13 DROIT SOCIAL : Déblocage exceptionnel de l'intéressement et de la participation pendant 6 mois
- 14 DROIT PÉNAL : Infractions économiques et financières : l'étau se resserre
- 15 PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : Contrat de commandes : le transfert des droits attachés à l'œuvre commandée n'est pas automatique.
- 17 DROIT PUBLIC : De la loyauté dans les CCAG
- 18 TÉLÉCOM : L'ARCEP privée de ses pouvoirs de sanction par le Conseil constitutionnel
- 20 LE COIN LEXFORMATION
- 21 VIE DU CABINET

Éditorial

TRANSPARENCE

Les Politiques en ont parlé, l'Industrie Pharmaceutique l'a fait.

L'histoire édifiante que voici illustre les méfaits de l'opacité et la nécessité d'une certaine transparence; elle est révélée par l'enquête de La Croix de cet été consacrée aux «*supercherries de la science*». On y voit démonté de belle manière le mythe du vaccin qui rend autiste¹. Comment pareille coquecigrue peut-elle prendre corps et prospérer ? L'enquête révèle un mix de malhonnêteté, de partialité et de conflits d'intérêts dissimulés : «*La polémique est née en 1998 avec la publication d'un article dans le Lancet évoquant un lien possible entre l'autisme et le vaccin contre la rougeole. La publication rendait compte d'une étude conduite par un gastro-entérologue anglais, Andrew Wakefield, et portant sur 12 enfants (seulement); «les conclusions de ce travail ont très vite suscité du scepticisme*

dans le milieu scientifique», explique pourtant le professeur D. Floret (...) président du Comité technique des vaccinations. « Mais elles ont été largement reprises par la presse grand public (...). Si plusieurs études sont venues par la suite démentir tout lien entre le vaccin et l'autisme, il a fallu attendre la publication, en 2010, d'un rapport du Conseil général de la médecine britannique, pour rétablir la vérité. « Ce rapport estimait même que des données avaient été inventées et évoquait une fraude scientifique » (...) Début 2011, une nouvelle enquête publiée dans le British Medical Journal évoque également « un trucage délibéré » de la part du docteur Wakefield et met en avant ses liens d'intérêts non déclarés avec des lobbys anti-vaccins ».

Bien avant, il y avait eu la sinistre affaire du Mediator, à l'origine de la loi dite « Bertrand » du 29 décembre 2011, érigeant en culte la Transparence des liens entre industriels et prestataires de santé d'une part et tous professionnels et établissements de santé de l'autre, mais renvoyant au décret les « détails » de son application.

>>

¹ Cf l'injection de *radjadja*, le poison qui rend fou, Hergé, Lotus Bleu op. cit.

>>

Les juristes de la Pharma ont passé l'été à tenter de digérer et d'appliquer le décret d'application lacunaire, abscons et contradictoire du 29 mai 2013, peu éclairé par une circulaire publiée un mois plus tard. Comment peut-on en être là au terme de 18 mois de gestation ? Nul ne le sait. Mais voici un exemple : sous peine de sanctions pénales, l'existence de toute convention passée par la Pharma (prise au sens large) avec (notamment) un professionnel ou un établissement de santé doit depuis le 01 juin dernier être déclarée à un Ordre professionnel puis, depuis le 01 octobre, publiée en accès non restreint sur le site web de l'entreprise contractante.

Il en va de même de tous les « avantages » consentis au-delà d'un seuil de 10 euros par bénéficiaire. Alors d'où vient que deux lignes après avoir posé le principe de la publication de l'existence des conventions, le décret d'application du 29 mai 2013 y fasse une (énorme) exception en dispensant les conventions de prestations de services qui constituent pourtant et a priori la quasi totalité des conventions susceptibles d'être conclues entre opérateurs de santé ? On se perd en conjectures, en commentaires ... et en consultations.

Mais, à l'issue d'un énorme effort logistique accompli dans l'urgence, les industriels ont largement joué le jeu: des centaines de milliers de pages de données ont été mises en ligne, souvent à la fureur des bénéficiaires les plus fréquents: les



médecins. Chacun peut désormais savoir que, le 17 juillet 2013, le D^r X a été invité à déjeuner pour un coût de 33,50 euros par un visiteur médical du Laboratoire Y, ou encore que le D^r W est rémunéré par le Laboratoire Z pour présenter à tel congrès ses travaux relatifs à tel médicament en développement.

De nombreuses difficultés d'interprétation et d'application sont pendantes; elles font l'objet d'un colloque que nous organisons le 12 décembre à Paris avec l'Association

Française des Affaires Réglementaires (AFAR) en présence de représentants des Ordres professionnels concernés.

Nous vous souhaitons bonne lecture de ce numéro qui évoque aussi *inter alia* les pouvoirs de sanction de l'ARCEP, l'application du principe de loyauté dans les relations contractuelles nées des marchés publics, des nouveautés en matière de nullité de vente de fonds de commerce et un très prometteur arrêt de la Ch. Mixte de la C. de cassation, amorçant la dissociation, au sein d'un même ensemble contractuel, entre la fourniture de prestations de services et la location financière qui y est associée.

Les associés



Imputabilité et responsabilité du fait des produits de santé

A propos de Civ. 1ère 29 mai 2013, n°12-20.903

La potentielle corrélation entre une vaccination contre l'Hépatite B et l'apparition d'une maladie démyélinisante, telle que la sclérose en plaques, continue d'enrichir le contentieux.

L'arrêt rendu par la Cour suprême le 29 mai 2013 apporte à l'édifice une importante contribution, que l'on peut résumer comme suit : *ce n'est qu'une fois établie l'imputabilité d'un effet indésirable à un produit de santé que l'on peut rechercher – pour les exclure ou bien les retenir – ses autres causes possibles ; la seule implication du produit dans la réalisation du dommage ne suffit à établir ni le défaut, ni le lien de causalité entre le défaut et le dommage.*

Dans son arrêt, la Cour suprême énonce avec force : *« si la responsabilité du fait des produits défectueux requiert que le demandeur prouve le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage, la participation du produit à la survenance du dommage est un préalable implicite, nécessaire à l'exclusion éventuelle d'autres causes possibles de la maladie, pour la recherche de la défektivité du produit et du rôle causal de cette défektivité, sans pour autant que sa simple implication dans la réalisation du dommage suffise à établir son défaut au sens de l'article 1386-4 du code civil ni le lien de causalité entre ce défaut et le dommage. »*

Aux termes des articles 1386-1 et suivants du Code civil, *« le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit (...). La victime est obligée de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage »*. La nécessité, réaffirmée dans l'arrêt ici commenté, d'établir d'abord l'imputabilité pour pouvoir engager la responsabilité du producteur, résulte donc d'une construction purement prétorienne, dont la compatibilité avec l'art. 4 de la directive 83/374/CEE ne s'impose pas d'évidence.

La solution ne peut pourtant surprendre puisqu'elle s'inscrit dans un courant jurisprudentiel ancien : Dans un arrêt du 27 février 2007, la 1^{re} Ch. civile avait en effet expressément affirmé que la responsabilité du fait d'un produit de santé supposait que soient rapportées quatre preuves et non plus trois : celle d'un dommage, celle de l'imputabilité du dommage à l'administration du produit, celle du défaut du produit et celle du lien de causalité. Il s'agissait en l'espèce également de l'apparition d'une sclérose en plaques « dans les suites » d'une vaccination contre l'Hépatite B. La Haute juridiction avait alors confirmé l'appréciation des juges du fond selon laquelle le risque lié à la vaccination n'était pas avéré au regard de l'état des connaissances scientifiques.

Une difficile question se posait alors : comment, et avec quel degré de certitude, démontrer la corrélation entre les troubles et la vaccination ?

Le 22 mai 2008, la Cour de cassation répondait à cette question en permettant au patient de recourir aux présomptions de l'article 1353 du Code civil : *« si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. »* Au cas d'espèce, en l'absence d'études scientifiques ayant conclu à un lien évident entre la vaccination et la pathologie dont souffrait la requérante, la Cour d'appel pouvait déduire l'absence de lien causal entre la maladie et la vaccination.

Dans l'un des arrêts du 22 mai 2008, la Haute juridiction a par ailleurs considéré que le fait que le patient ne rapporte pas la preuve d'un lien causal entre l'injection du vaccin et l'apparition de sa maladie *«exclua(it) ainsi l'imputabilité de la maladie à la vaccination»*. La Cour de cassation semblait donc assimiler – voire confondre – imputabilité et lien de causalité.



INDUSTRIES & PRODUITS DE SANTÉ

Par la suite, au terme d'une série d'arrêts inaugurée le 25 novembre 2010, la Haute juridiction a autorisé la démonstration de l'imputabilité (« corrélation ») au moyen des fameuses « *présomptions graves, précises et concordantes* », outils jusque là réservés à l'appréciation du lien de causalité : « *la cour d'appel a estimé souverainement qu'en l'absence de consensus scientifique en faveur d'un lien de causalité (...), le fait que M^{me} X... ne présentait aucun antécédent personnel ou familial et le fait que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes en sorte que n'était pas établie une corrélation entre l'affection et la vaccination.* C'est ici l'absence de consensus scientifique sur le lien causal qui semble autoriser la pesée des présomptions aux fins d'écarter, s'il y a lieu, la corrélation, autrement dit : l'imputabilité.

Ceci dit, comment articuler la pesée des éléments de preuve d'ordre général (scientifiques et statistiques notamment) et de ceux d'ordre particulier, propres à la personne du patient ?

Dans l'arrêt du 29 mai 2013, la Cour suprême relève que la Cour d'appel s'était, à bon droit, prononcée à la fois au regard de considérations d'ordre général liées à la démonstration du caractère positif du rapport bénéfique/risque et de considérations particulières liées à la patiente.

Aussi est-ce à travers ce double filtre, allant du général au particulier, que les juges du fond apprécieront souverainement si les troubles sont imputables au produit et ensuite seulement si la responsabilité du fabricant est engagée selon les prévisions de la directive. Et, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 juillet 2013, la décision qui ne se fonderait que sur des considérations d'ordre général sans prendre en compte les éléments de fait propres au patient appellerait automatiquement la censure .

Mais tout n'est pas réglé :

Un arrêt rendu le 26 septembre 2012 par la même 1^{re} Ch. civile vient semer la confusion : il y est en effet reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas, aux fins de caractérisation du défaut (et non de l'imputabilité), recherché si les circonstances relevées (absence d'antécédents, lien temporel) ne constituaient pas des « *présomptions graves, précises et concordantes* ».

Alors à quoi est finalement destiné l'outil analytique qu'est la méthode des présomptions ? A asseoir l'imputabilité, le lien de causalité ou bien le défaut ?

Certains arrêts antérieurs, et notamment une décision du 26 septembre 2012, ont pu laisser penser que la méthode des présomptions servait à établir la défectuosité.

L'arrêt du 29 mai 2013 semble vider le malentendu. En précisant que « (...) *dans ces conditions, les éléments invoqués par Mme X... étaient insuffisants pour constituer des présomptions graves, précises et concordantes de nature à imputer la sclérose en plaques dont elle souffre à la vaccination (...)* », la Cour suprême marque bien que les présomptions servent à établir l'imputabilité, et non la défectuosité ; ce que, finalement, l'instinct du juriste pressentait. L'imputabilité relève en effet de l'interaction entre un produit de santé et le vivant, et donc de la sphère médicale ; alors que l'analyse de la défectuosité est désincarnée, objective et toute fondée sur le raisonnement.

Et comme l'écrit avec naturel la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 10 février 2011 : une fois l'imputabilité établie, « *encore faut-il cependant que le produit soit défectueux et que (le) lien puisse être établi ente cette défectuosité et la maladie* » - *sancta simplicitas !* - et : « (...) *la seule implication du produit dans la réalisation du dommage ne suffit pas à mettre en jeu la responsabilité du producteur* ».

INDUSTRIES & PRODUITS DE SANTÉ

Finalement, la solution juste ne serait-elle pas la prise en charge du dommage par la solidarité nationale, lorsque les conditions de gravité de celui-ci sont réunies ?

Après tout: le rapport bénéfice/risque du vaccin n'est-il pas positif ? Les rares effets indésirables, avérés, possibles ou hypothétiques, ne sont-ils pas correctement signalés dans la notice de boîte ou dans le résumé des caractéristiques du produit ?

Autrement dit, en présence d'un produit dont l'utilité collective et le rapport bénéfice/risque individuel positif

sont constamment réaffirmés, n'est-on pas tout simplement en présence d'un aléa thérapeutique - plus exactement vaccinal - entrant dans les prévisions de la loi du 4 mars 2002 ?

La solution ne s'impose-t-elle pas aussi en équité, dès lors que dans la vaccination, c'est pour le bien du plus grand nombre qu'un petit groupe d'individus est (peut-être, car rien n'est moins établi), exposé à un risque individuel ?

Alain Gorny
agorny@lexcase.com

CONCURRENCE

Suite de l'épisode « Class action » : Le Sénat adopte les articles relatifs à l'action de groupe

Le Sénat a adopté le 13 septembre le projet de loi relatif à la consommation introduisant une action de groupe au profit des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles ou de manquements d'une entreprise au code de la consommation, en entérinant ainsi, sur ce point, le projet qui lui était soumis. Il est désormais disponible sur le site du Sénat.

Nous avons largement commenté cette nouvelle action dans notre article publié dans la newsletter de juin dernier. Pour rappel, en juin dernier, l'ensemble des débats devant l'Assemblée nationale avait principalement porté sur « la procédure d'action de groupe simplifiée » applicable dans les cas où les consommateurs lésés sont « identifiables » sur un fichier-client car liés au professionnel par un contrat d'abonnement ou de longue durée (par exemple, téléphonie mobile, distribution du gaz, de l'électricité, banque, assurance, etc).

Dans ce cas, il sera aisé d'envoyer un courrier d'opt-in aux consommateurs les informant du manquement du professionnel, du montant de l'indemnisation à laquelle la

réparation du préjudice causé par le manquement donne droit et de la possibilité de se joindre à cette action.

Dans les cas où les consommateurs ne sont pas aisément identifiables, ce sont des mesures de publicité ordonnées par le juge qui permettront aux quelques consommateurs ayant conservé leur preuve d'achat d'être identifiés et de se manifester, à l'instar par exemple des victimes de l'affaire dite de la viande de cheval. Il est cependant prévisible que cette procédure dite « normale » devienne l'exception et soit moins souvent mise en œuvre que la procédure simplifiée, en raison de la difficulté à identifier les victimes et à prouver leur dommage personnel, entraînant de ce fait un moindre niveau de réparation.

Charlotte Tasso-de Panafieu
ctp@lexcase.com

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com



CONCURRENCE

Indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles : la Commission facilite les actions en dommages et intérêts

La Commission a constaté qu'au cours des sept dernières années, seules 25% de ses décisions constatant une infraction au droit de la concurrence ont donné lieu à des actions en indemnisation (actions en « *private enforcement* »). Or elle estime que ces actions sont essentielles pour garantir l'effectivité du droit de la concurrence.

Le 11 juin dernier, elle a donc présenté dans une proposition de directive des dispositions visant à faciliter l'introduction de ces actions incluant notamment :

(i) l'attribution d'un pouvoir d'injonction aux juridictions nationales pour la production de preuves issues du dossier de l'autorité de concurrence, à quelques exceptions près comme les déclarations d'entreprises effectuées dans les demandes de clémence. En France, ce pouvoir est d'ores et déjà largement dévolu aux tribunaux de commerce.

(ii) la qualification automatique de l'infraction devant les juridictions nationales dès lors qu'une décision d'une Autorité de concurrence l'a constatée. Cette précision, évidente pour nombre de praticiens, facilitera grandement les questions de qualification dans les actions devant les tribunaux.

(iii) la clarification des délais de prescription applicables aux actions en indemnisation, notamment leur point de départ qui, dans le cas d'une infraction continue, est fixé à la fin de l'infraction. Il a également été précisé que tout acte d'instruction d'une autorité de concurrence lié à l'action en indemnisation constitue une cause

de suspension de la prescription, position que ne semble pas avoir adoptée la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 juin dernier.

Enfin, la proposition de directive a été complétée par une communication ainsi qu'un guide pratique à destination des tribunaux et des parties sur la quantification du préjudice, question qui est au cœur de ces actions en indemnisation qui sont intentées précisément pour dédommager les victimes. Sans être juridiquement contraignants, ces documents sont directement applicables par les juridictions et donc d'ores et déjà d'une grande utilité.

Cette proposition de directive n'est probablement pas révolutionnaire et doit encore être adoptée par le Parlement européen ; elle apporte cependant des précisions salutaires sur les problématiques de qualification de l'infraction et de prescription.

Charlotte Tasso-de Panafieu
ctp@lexcase.com

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com



Projet de loi Hamon : vers un rééquilibrage des relations fournisseurs - distributeurs

Le projet de loi relatif à la consommation (dit « projet de loi Hamon ») a été adopté par le Sénat en première lecture le 13 septembre dernier.

Ce texte vise, notamment, à combler certaines lacunes de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, en améliorant l'équilibre des relations contractuelles entre fournisseurs et distributeurs.

Pour ce faire, le projet de loi modifie l'article L.441-7 du Code de commerce, en renforçant la place des CGV comme « socle de la négociation commerciale » :

- **La convention unique, document annuel matérialisant l'ensemble des obligations respectives des parties, devra désormais rappeler explicitement les CGV, et en particulier le barème des prix.** Ce rappel facilitera le travail des services de contrôle (DGCCRF) dans le but de sanctionner les déséquilibres trop importants des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

- Afin que les distributeurs ne s'abritent pas derrière une communication trop tardive des CGV pour mener des négociations avec leurs fournisseurs « le couteau sous la gorge » dans les derniers jours précédant le 1^{er} mars, date butoir de conclusion de la convention annuelle, **les fournisseurs devront communiquer leur CGV « au plus tard trois mois avant cette date ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation ».**

- Le mécanisme de sanction pénale, peu voire pas utilisée en cas de manquements à la législation, **est remplacé par une amende administrative**, d'un montant de 75 000 euros pour une personne

physique et 375 000 euros pour une personne morale, doublée en cas de réitération dans un délai de deux ans.

De plus, un certain nombre d'industriels dénonçaient la rigidité du système de la convention unique. Etaient particulièrement concernés les distributeurs du secteur agroalimentaire, qui ne pouvaient pas renégocier les contrats en cours d'année alors que les prix des matières premières variaient au gré des fluctuations de leurs cours.

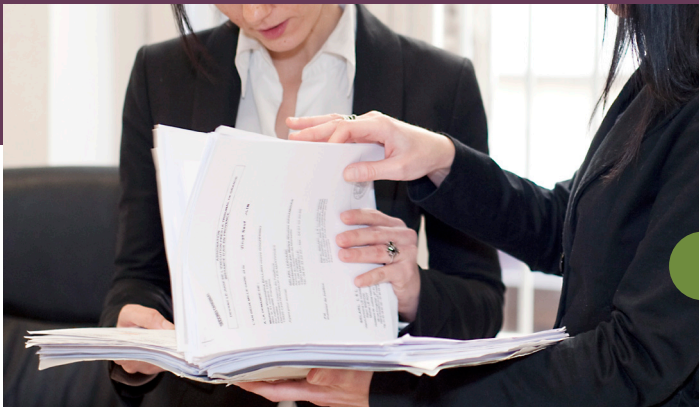
Afin de répondre à ces difficultés, le projet de loi rajoute un **nouvel article L.441-8** au Code de commerce en prévoyant la stipulation d'une **clause de renégociation de prix** dans tout contrat d'une durée d'exécution supérieure à trois mois, et portant sur un certain nombre de produits agricoles et alimentaires susceptibles de connaître des variations de prix importantes.

Ce dispositif permettra ainsi de mieux répercuter sur la grande distribution, et donc sur le consommateur, les variations de prix des matières premières, dans un contexte où les prix agricoles sont de plus en plus volatils.

Le texte a été transmis le 16 septembre 2013 à l'Assemblée nationale pour une deuxième lecture, et a fait l'objet, le 21 novembre dernier, d'un rapport de la Commission des Affaires Economiques, qui n'a, à ce jour, pas encore été publié. Affaire à suivre...

Anne-Sophie Ucello-Jammes
asjammes@lexcase.com

Thibaud Le Conte des Floris
tlecontedesfloris@lexcase.com



Vers l'affirmation du principe d'indivisibilité contractuelle en matière de vente de prestations au moyen d'un contrat de location financière

La chambre mixte de la Cour de cassation, dans deux arrêts rendus le 17 mai 2013 (n°II-22768 et n°II-22927), met fin à des divergences jurisprudentielles en ouvrant la voie à l'affirmation d'un principe général d'indivisibilité d'un ensemble contractuel incluant une location financière.

Dans la monde de l'entreprise, les ensembles contractuels comprenant un contrat de prestations de services et un contrat de location financière sont courants : photocopieur, machine à café, sauvegarde informatique, création d'un site web, etc. L'entreprise contracte, avec deux entités différentes (quelques fois à son insu, car le contrat de location financière est au verso du contrat principal), un contrat principal portant sur la prestation souhaitée (fourniture d'un photocopieur, de cafés, sauvegarde des fichiers informatiques), et un contrat de location financière qui en est l'accessoire (location de la machine, location d'un espace de sauvegarde).

Fréquentes sont les situations où l'entreprise met fin au contrat principal, en raison de prestations non satisfaisantes. Or l'entreprise se voit souvent

contrainte par la société de location financière de continuer le versement de mensualités jusqu'à la fin du contrat, conclu généralement pour une durée de 24 à 48 mois, au motif que, du fait du caractère distinct des deux contrats, la résiliation de l'un n'affecte pas la survie de l'autre et sa poursuite jusqu'à son terme.

Dans deux cas d'espèces similaires soumis à son appréciation le 17 mai 2013, pour lesquels les juges du fond avait rendu des solutions divergentes, la **chambre mixte de la Cour de Cassation affirme que doivent être réputées non écrites les clauses de divisibilité incluses dans des contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans un ensemble contractuel incluant une location financière.**

L'intervention de la chambre mixte marque un tournant important, puisqu'elle invalide l'insertion de clause de divisibilité dans ce type d'ensemble contractuel, faisant ainsi un pas vers l'affirmation d'un principe général d'indivisibilité contractuelle.

Cette solution est innovante dans la mesure où, jusqu'alors, la Cour de Cassation recherchait quelle

Brèves

Le juge judiciaire : juge compétent en matière de contentieux de raccordement

Une décision attendue dans le secteur du photovoltaïque : le 8 juillet 2013, le Tribunal des Conflits a retenu que le juge judiciaire était seul

compétent pour connaître des litiges liés au raccordement d'une installation privée de production d'électricité au réseau de distribution gérée par la société ERDF (T. Conflits n°3906, 8/07/2013).

C'est donc la fin des hésitations

sur la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif : Les conflits de raccordement d'installations privées ressortent de la compétence du juge judiciaire, selon cette décision du Tribunal des Conflits du 8 juillet dernier

avait été l'intention des parties, et admettait tantôt l'indivisibilité d'un ensemble contractuel, tantôt son caractère divisible, selon les cas d'espèce (ce à quoi une clause de divisibilité permettait d'échapper en tant que loi des parties). Or c'est au visa de l'article 1134 du code civil, qui affirme pourtant l'importance du respect de la volonté des parties, que la Cour limite cette liberté contractuelle dans un souci de cohérence et, *in fine*, de protection de l'entreprise contractante.

Attention : cette solution est aujourd'hui applicable à la seule location financière ; sa transposition au contrat de crédit-bail, également très courant dans ce type d'ensemble contractuel, n'a pour l'heure pas été

affirmée par la Cour.

L'on retiendra en tout état de cause de ces arrêts qu'ils constituent une avancée en termes de moralisation de la location financière, encourageant le fournisseur à orienter le locataire vers des prestataires fiables pour éviter l'anéantissement en cascade des contrats.

Juliette Clary
jclary@lexcase.com

Hubert de Boisse
hdeboisse@lexcase.com

DROIT DES SOCIÉTÉS

La révocation d'un administrateur doit être fondée sur un motif, qu'il soit juste ou non

La Cour de cassation a jugé par un arrêt de la chambre commerciale en date du 14 mai 2013 que la révocation d'un administrateur ne respectait pas le principe du contradictoire dans l'hypothèse où celle-ci interviendrait sans indiquer les motifs sur lesquels elle se fonde.

L'article L.225-18 du Code de commerce dispose que la révocation d'un administrateur ou du président du conseil d'administration est libre : elle peut intervenir à tout moment, sans juste motif et sans ouvrir droit à une quelconque indemnisation. On parle alors de révocation *ad nutum*.

Cette libre révocation connaît toutefois deux limites qui ont été établies par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (i.e. sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle) :

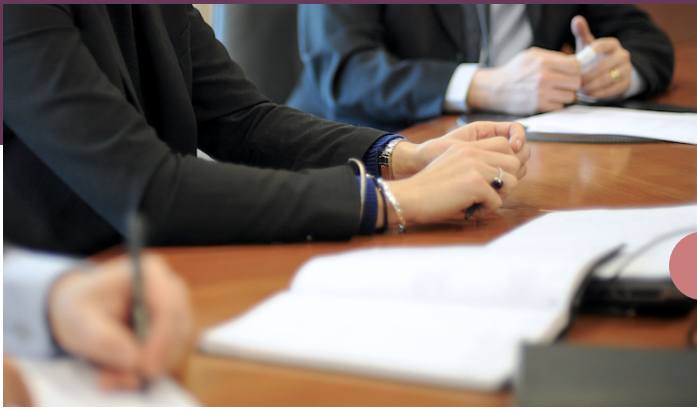
- la révocation ne peut porter atteinte à la réputation de l'administrateur révoqué, c'est-à-dire que les

circonstances de sa révocation ne doivent pas être vexatoires ou porter atteinte à son honneur ;

- la révocation doit respecter le principe du contradictoire, c'est-à-dire que l'administrateur doit être en mesure de répondre aux griefs qui lui sont présentés et par voie de conséquence que sa révocation n'intervienne pas de façon brutale.

En l'espèce, une assemblée générale d'actionnaires avait décidé la révocation d'un administrateur sans que cette décision ne soit inscrite à l'ordre du jour. L'intéressé avait néanmoins obtenu des suspensions de séance de plus de trois heures afin de contacter des tiers et de rédiger un communiqué. L'administrateur révoqué soulevait, à l'appui de sa demande de dommages et intérêts, le non-respect du principe du contradictoire caractérisé par le fait que les motifs de sa révocation n'avaient pas été portés à sa connaissance.





DROIT DES SOCIÉTÉS

Il est de jurisprudence constante que l'absence d'inscription de la révocation d'un administrateur à l'ordre du jour ne suffit pas pour caractériser une rupture brutale. Cette première circonstance a donc été écartée par la Cour de cassation.

En revanche, la nouveauté est que la haute juridiction a considéré que la libre révocation, caractérisée notamment par l'absence de juste motif, ne signifiait pas une absence de motif. En d'autres termes, que le motif soit juste ou non, l'administrateur révoqué doit connaître les motifs de sa révocation.

À défaut, l'administrateur ne peut assurer sa défense et le principe du contradictoire ne peut être considéré comme respecté.

*Guillaume Pierson
gpierson@lexcase.com*

*Florent Faurisson
ffaurisson@lexcase.com*

Nullité d'une vente de fonds de commerce en raison de l'absence de déclaration d'un fichier CNIL

La Cour de cassation a jugé par un arrêt de la chambre commerciale en date du 25 juin 2013 que la vente d'un fichier client non déclaré à la CNIL était nulle.

La clientèle constitue un élément essentiel d'un fonds de commerce et dans la plupart des cas, elle est répertoriée dans un fichier informatique client.

L'article 22 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés prévoit l'obligation pour toute personne privée de faire une déclaration à la CNIL dans le cas du traitement automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier informatique.

Les faits de l'arrêt du 25 juin 2013 étaient les suivants : une personne physique rachète à une société de vente de vins aux particuliers son fonds de commerce composé d'un fichier client de 6.000 noms. L'acquéreur constate après l'acquisition que le fichier ne contient, en réalité, que 1.950 noms et souhaite en conséquence obtenir la nullité de la vente. A l'appui de cette demande, l'acquéreur soulève comme argument que ce fichier client, entrant dans le périmètre de la loi du 6 janvier

1978, n'avait pas fait l'objet d'une déclaration à la CNIL.

La Cour de cassation a jugé en conséquence que ce fichier, non déclaré, n'était pas dans le commerce. Dès lors, ce dernier ne pouvait être vendu puisque l'objet de la vente était illicite et celle-ci devait être annulée !

En effet, l'article 1128 du Code civil dispose que : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.* »

La nullité prévue par l'article 1128 étant absolue, elle ne peut faire l'objet d'aucune régularisation et être demandée par toute personne.

La haute juridiction donne, par voie de conséquence, une nouvelle portée à la déclaration d'un fichier client qui désormais, n'a plus seulement vocation à protéger les données personnelles des clients mais devient une véritable condition pour sa valorisation dans l'actif incorporel du fonds de commerce.

Il conviendra dès lors de contrôler la déclaration d'un fichier de clientèle à la CNIL avant de procéder à la cession d'une clientèle civile, d'un fonds de commerce

ou encore à l'occasion d'un transfert partiel d'actif. A défaut, la vente pourrait être annulée.

Dans le même sens et beaucoup d'auteurs oublient de le mentionner, l'article 226-22 du Code pénal prévoit l'obligation d'informer (i) la CNIL de cette cession par une déclaration de modification et (ii) les personnes dont les données personnelles sont regroupées dans

ledit fichier cédé et de leur réserver un droit d'opposition pour la transmission de leurs données.

Guillaume Pierson
gpierson@lexcase.com

Florent Faurisson
ffaurisson@lexcase.com



DROIT FISCAL

Attention : La remise des documents comptables sous format dématérialisé sera obligatoire à compter du 1^{er} janvier 2014

Le contrôle fiscal d'une entreprise tenant sa comptabilité sous format informatisé porte sur l'ensemble des informations, données et traitements informatiques concourant à la détermination des résultats comptables et fiscaux, à l'élaboration des déclarations, ainsi que sur la documentation relative aux analyses, à la programmation et à l'exécution de ces traitements.

Actuellement, le Livre des procédures fiscales permet aux entreprises de transmettre leurs documents comptables sous format dématérialisé répondant à des normes spécifiques fixées par arrêté. En pratique, la communication de la comptabilité sous format dématérialisé permet à l'administration fiscale d'effectuer des tris, classements, croisements de fichiers, et tous calculs permettant de s'assurer de la concordance des enregistrements comptables et des déclarations fiscales.

À compter du 1^{er} janvier 2014, cette simple faculté devient une obligation : en cas de contrôle fiscal, toutes les entreprises tenant une comptabilité informatisée devront désormais présenter leurs documents comptables sur support dématérialisé dès le début des opérations de contrôle. Un arrêté du 29 juillet 2013 est venu apporter des précisions sur les normes techniques que devront respecter ces fichiers, et nous restons dans l'attente de commentaires supplémentaires de l'administration fiscale sur ce point.

Les entreprises doivent donc se préparer à cette

nouvelle contrainte, et s'assurer que leurs systèmes informatiques leur permettront de répondre à ces nouvelles obligations.

En pratique, les principaux systèmes comptables devraient permettre la transmission des fichiers comptables sous les normes requises. Toutefois, s'agissant des entreprises tenant leur comptabilité en normes étrangères (ex : US GAAP), une vigilance particulière devra être accordée à la faculté de se soumettre à ces nouvelles obligations, dans la mesure où la comptabilité doit en principe être tenue en utilisant les normes comptables françaises.

En tout état de cause, l'enjeu est de taille : pour chaque exercice soumis à contrôle, le non respect de cette obligation entraîne l'application d'une amende de 5 ‰ du chiffre d'affaires réhaussé, ou de 5 % du montant des recettes brutes réhaussé (en l'absence de réhaussement, l'amende est égale à 5 ‰ du chiffre d'affaires déclaré ou du montant des recettes brutes déclarées). Par ailleurs, l'opposition à la transmission des données sous forme matérialisée justifie dorénavant une évaluation d'office des bases taxables, entraînant une majoration de 100% des droits.

Philippe Drouillot
pdrouillot@lexcase.com

Matthieu Philippe
mphilippe@lexcase.com



Reprendre une entreprise à la barre, à réfléchir !

La reprise annoncée, mais encore recherchée ici et là, ne saurait occulter les faillites régulières d'entreprises dont la presse se fait l'écho. Au demeurant, bien que renforcée par la crise, la régularité des volumes de déclaration de cessation de paiement traverse les cycles économiques en servant à chaque époque des opportunités d'investissement à ne pas négliger.

Reprendre une entreprise à la barre, selon la formule consacrée, n'est pas chose aisée, mais offre aux candidats repreneurs de se renforcer ou d'attaquer de nouveaux marchés, dans des conditions souvent plus favorables que celles rencontrées dans le cadre de reprise d'entreprises *in bonis* (entreprises saines) ou de création *ex nihilo*.

Force est néanmoins de constater que, quel que soit le côté où l'on se place, les mots « *faillite* », « *plan de cession* », « *passif* » ou « *créancier* », pour ne citer qu'eux, font peur et poussent nombre de potentiels candidats à passer à tort leur chemin. A tort, parce les motifs de s'y intéresser sont aussi nombreux que les profits à en tirer.

Les raisons d'un dépôt de bilan sont variées et dissimulent souvent, sans qu'on y prête forcément attention, une activité saine, des salariés compétents ou un actif industriel de premier ordre. Les plans de cession interviennent lorsque le redressement de l'entreprise n'est plus possible, pour sauver ses actifs, c'est à dire ses salariés, son exploitation, son outil de travail, mais aussi, par le prix de cession, tenter de désintéresser, au moins en partie, les créanciers victimes de la faillite.

Reprendre une entreprise à la barre, c'est donc :

- reprendre un actif déterminé,
- en écartant le passif,
- dans des délais extrêmement brefs,

- dans des conditions financières souvent plus favorables que si l'entreprise avait été *in bonis*.

On notera que le mythe de la reprise à l'euro symbolique n'a plus cours et les Tribunaux attachent aujourd'hui une importance particulière au prix de cession offert au regard des actifs repris. Pour autant ce prix sera toujours mis en rapport avec l'effort fait au plan social et les nécessités de la relance d'une entreprise qui a défaillié.

Si l'on est très réactif, si l'on a les capacités permettant d'anticiper les besoins financiers de l'exploitation reprise et si l'on sait prendre le temps de reconstruire une entreprise qui a été abimée par les épreuves, alors on a les qualités pour relever le challenge de la reprise d'une entreprise à la barre d'un Tribunal de Commerce, challenge qui offre de nombreuses satisfactions et notamment celle d'avoir su redresser une entreprise et sauver ses emplois.

Les équipes de LexCase interviennent régulièrement dans ce contexte et conseillent des repreneurs convaincus des opportunités offertes par de telles reprises. Elles assurent également une veille quotidienne des entreprises à céder.

Amaury Dumas-Marze
adumasmarze@lexcase.com

Guillaume Pierson
gpierson@lexcase.com



Déblocage exceptionnel de l'intéressement et de la participation pendant 6 mois

La loi n° 2013-561 du 28 juin 2013 donne aux salariés la possibilité de débloquer, de façon anticipée et dans la limite de 20.000 euros, les sommes issues de la participation et de l'intéressement investies dans un compte courant bloqué ou sur un plan épargne salariale (à l'exception des sommes placées dans un plan d'épargne retraite collectif (PERCO) et de celles investies dans les fonds solidaires).

Ces sommes, habituellement bloquées pendant 5 ans, pourront être débloquées pendant 6 mois du 1er juillet au 31 décembre 2013, en-dehors des cas de déblocage anticipé habituels.

- Les entreprises visées

Toutes les entreprises ayant mis en place un accord d'intéressement et un plan d'épargne salariale (plan d'épargne entreprise ou de groupe, plan d'épargne interentreprises) ou disposant d'un régime de participation.

- Les sommes débloquées

La Loi autorise le déblocage exceptionnel des droits issus de la participation et ceux issus de l'intéressement affectés avant le 1er janvier 2013 sur un plan d'épargne salariale.

Sont exclues de la mesure : les sommes investies dans un PERCO ou dans un fonds solidaire, les actions de l'entreprise ou d'entreprises liées, souscrites ou acquises à la suite de l'exercice d'options sur titres (stock-options), dans le cadre d'un plan d'épargne salariale.

Le montant du déblocage dont peut bénéficier le salarié est plafonné à 20 000 euros net de prélèvements sociaux.

- La demande du salarié

Le salarié ne peut présenter qu'une seule demande. Il a au plus tard jusqu'au 31 décembre 2013, pour

demander le déblocage de toute ou partie de l'épargne qui ne peut s'opérer qu'en une seule fois.

- La marche à suivre

Le déblocage intervient sur simple demande des salariés. Toutefois, la conclusion préalable d'un accord collectif ou d'un avenant à votre accord existant est nécessaire pour le déblocage des sommes issues de la participation ou de l'intéressement affectées à :

- l'acquisition de titres de l'entreprise ou d'une entreprise qui lui est liée dans le cadre de la mise en place d'une participation ou d'un intéressement au sein d'un groupe d'entreprise ;
- l'acquisition de parts de FCPE d'actionnariat salarié ou d'actions de société d'investissement à capital variable d'actionnariat salarié (SICAVAS) ;
- ou encore placées dans un fonds que l'entreprise consacre à des investissements.

Il faudra être vigilant dans la rédaction de l'accord d'entreprise ou de l'avenant. Cet accord doit faire l'objet d'un dépôt auprès de la Direccte du lieu de signature.

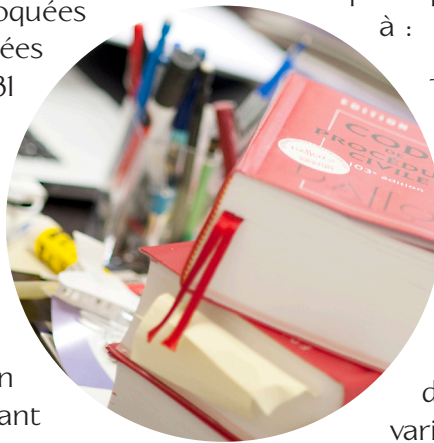
Loi n°2013-561 du 28 juin 2013

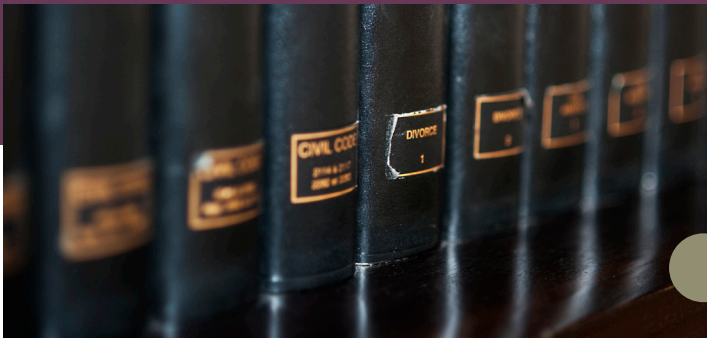
Circulaire du 4 juillet 2013

Circulaire Acoff du 19 juillet 2013

Florence Drapier Faure
fdrapierfaure@lexcase.com

David Lachassagne
dlachassagne@lexcase.com





Infractions économiques et financières : l'étau se resserre

Sur fond de crise économique, la poursuite et la répression des infractions financières et fiscales semblent se durcir en France. C'est en tout cas ce qui paraît se dégager des dernières évolutions jurisprudentielles et législatives.

Parmi ces évolutions, les plus récentes et notables sont les suivantes :

- Tout d'abord, par un arrêt en date du 23 mai 2013 (n° 12-87.473), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré qu'en vertu des nouvelles dispositions de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, les articles 131-21 du Code pénal et 706-148 du Code de procédure pénale permettent à un Juge d'Instruction de saisir l'actif net d'une société civile immobilière, lorsque certains des associés qui la composent sont « susceptibles » d'avoir commis des faits de blanchiment.

Selon la Chambre criminelle, la nouvelle rédaction des articles susvisés permet désormais de saisir à titre conservatoire les biens d'une personne « *susceptible d'être mise en examen* », voire les biens dont elle n'a que la libre disposition, dès lors que le crime ou le délit susceptible d'avoir été commis prévoit une peine de confiscation.

Cette jurisprudence extensive concerne bien entendu notamment le délit de fraude fiscale, mais aussi le délit de blanchiment, faisant l'objet lui-même d'une seconde évolution jurisprudentielle extensive, cette fois quant au point de départ du délai de prescription de l'action publique :

- C'est par un arrêt du 16 janvier 2013 (n° 11-83.689) que la Chambre criminelle vient étendre la solution adoptée de manière traditionnelle s'agissant de la prescription de l'escroquerie. En effet, dans un arrêt du 23 octobre 1978, il avait été jugé que lorsque les

manœuvres constituaient non pas une succession d'escroqueries distinctes mais une opération délictueuse unique, la prescription ne commençait à courir qu'à la date de la dernière remise de fonds.

Cette solution a par la suite été étendue en matière de concussion dans un arrêt de la Chambre criminelle en date du 31 janvier 2007, puis en matière d'abus de faiblesse dans un arrêt du 27 mai 2004.

C'est ainsi que dans l'arrêt du 16 janvier 2013, la Cour de Cassation étend à nouveau la notion d'opération délictueuse, mais cette fois à l'infraction de blanchiment. Par cet arrêt, la Cour fait référence à l'unité infractionnelle des opérations de blanchiment de l'espèce, afin de reculer le point de départ du délai de prescription.

En effet, les différentes opérations reprochées aux mis en cause, formeraient un tout indivisible permettant de reculer le point de départ de la prescription au jour de la dernière transaction.

Ces arrêts très récents illustrent une fois encore le pragmatisme actuel de la jurisprudence en matière de sanction des infractions économiques et financières.

Cette volonté répressive trouvera également son expression dans les toutes prochaines évolutions législatives annoncées :

- C'est le cas notamment du projet de loi destinée à renforcer la lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique, présenté fin avril 2013 en Conseil des ministres.

Ce projet de loi AN n°1011, 2012-2013, prévoit notamment la création d'un « Procureur national financier » qui exercera une compétence concurrente à celle des autres Parquets.

DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

Ce Parquet financier ultra spécialisé sera compétent de façon générale pour traiter de toutes les poursuites et infractions économiques complexes ou qui se distingueront particulièrement en raison de l'importance de la fraude constatée, ou de leur dimension internationale.

Disposant de moyens d'investigations étendus (policiers et assistants spécialisés), le Parquet financier sera notamment compétent pour le traitement des infractions suivantes : corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme, fraude fiscale, blanchiment.

Enfin, l'institution de ce « Procureur national financier » s'accompagnera d'une simplification de l'architecture des organes en charge du traitement de la délinquance économique et par une suppression des Pôles économiques et financiers régionaux.

Face à des infractions économiques de plus en plus complexes, la machine répressive est en marche.

Nicolas Kéramidas
nkeramidas@lexcase.com

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Contrat de commandes : le transfert des droits attachés à l'œuvre commandée n'est pas automatique

Quelque soit l'objet social de votre société, il est probable que vous ayez déjà eu recours à des prestataires extérieurs, agence de communication, développeurs informatiques etc.... dans le cadre de contrats de prestations de services ou de commandes pour la réalisation d'œuvres soumises au droit d'auteur.

Le panel des œuvres de l'esprit soumises au droit d'auteur est très large: il couvre toutes les créations graphiques, les logos, les illustrations et plans, les photographies, ainsi que les logiciels y compris leur matériel préparatoire.

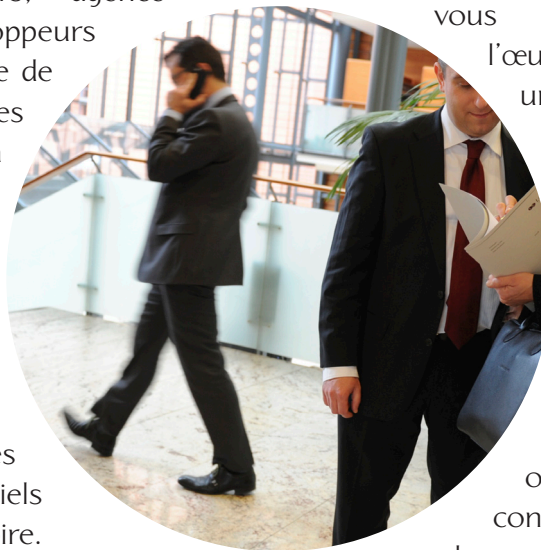
Contrairement au droit américain et au régime du *work made for hire*, le fait de commander ou de financer une œuvre en droit français **ne confère pas au commanditaire de droits de propriété**

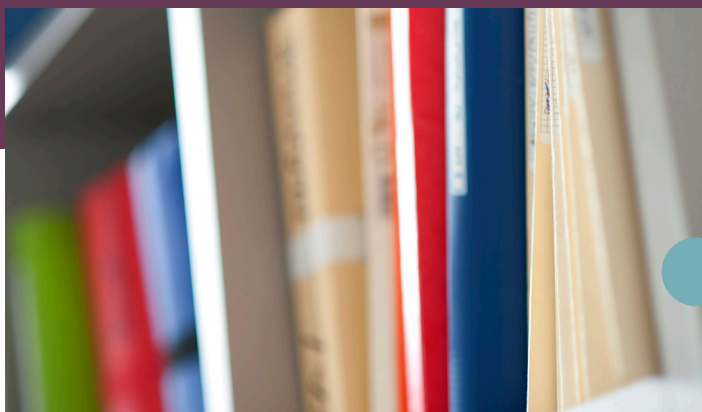
intellectuelle sur cette œuvre.

Ainsi, aussi surprenant qu'il peut en être, vous n'êtes pas propriétaire de l'œuvre commandée et payée mais uniquement licencié. Vous n'aurez à ce titre qu'un droit d'usage sur l'œuvre commandée.

En effet, et conformément aux règles générales du droit d'auteur, l'auteur jouit sur son œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété intellectuelle exclusif et opposable à tous, nonobstant tout contrat de travail ou de prestations de services qu'il aurait pu conclure.

Par conséquent, y compris dans le cadre d'une œuvre réalisée sur commande d'une entreprise, en l'absence de dispositions contractuelles particulières





PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

conformes aux exigences du Code de la propriété intellectuelle en matière de cession de droit d'auteur, les droits sur l'œuvre demeurent la propriété exclusive de l'auteur.

Il est vrai qu'un mouvement jurisprudentiel initié par un arrêt de la Cour de cassation du 21 novembre 2006 (Cass.1ère Civ., 21 nov.2006, n°05-19.294) a semblé admettre la possibilité d'une cession implicite de droits d'auteur (contrairement aux règles édictées par l'article L.131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle au terme duquel toute cession doit être écrite et comporter un certain nombre de mentions obligatoires).

Cet arrêt du 21 novembre 2006 a, en effet, jugé que le formalisme imposé l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle devaient être limité aux seuls contrats visés à l'article L.131-2 du Code de la propriété intellectuelle, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle.

En d'autres termes, les autres contrats n'auraient pas à respecter le formalisme précité.

Cette tendance jurisprudentielle n'a cependant pas été confirmée depuis, et n'a été suivie que de manière limitée par certains juges du fond :

- Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch.1, 18 nov.2009 :

En l'espèce, la facturation de logotypes par un professionnel de la communication emportait cession implicite des droits de création en exécution des contrats de commande, au bénéfice de la société pour laquelle lesdits logotypes ont été réalisés.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel n'a toutefois pas défini ce qu'elle entendait par "professionnel de la communication".

- Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch.1, 17 oct.2012 :

En l'espèce, il résultait des relations commerciales (bons de commande, facturation, 10 ans de relations commerciales) qui existaient entre les parties qu'une illustratrice avait cédé de façon implicite ses droits de reproduction des illustrations qu'elle avait créées au profit d'une société d'édition.

L'arrêt précité de la Cour de cassation du 21 novembre 2006 a, de plus, été critiqué par une majorité de la doctrine, minimisant sa portée à un simple arrêt d'espèce. : "Il s'agit, en effet, d'un arrêt de rejet, non publié au Bulletin, procédant d'un amalgame erroné entre l'article L.131-3 et L.131-2 du CPI" (A.Lucas, Prop. Intell 2007, n°22, p.93).

Au regard de la jurisprudence fluctuante, et des principes édictés par le code de la propriété intellectuelle, il apparaît donc plus qu'opportun d'insérer, dans les contrats de commande, une clause de cession des droits de propriété intellectuelle conforme aux exigences du Code de la propriété intellectuelle: à savoir énumérant de façon distincte les droits cédés, les modes d'exploitation prévus, le lieu d'exploitation et la durée d'exploitation.

Par défaut, tout ce qui ne sera pas visé sera réputé ne pas avoir été cédé. Par exemple : si la cession ne vise qu'une exploitation publicitaire et non commerciale, ou que le droit d'utilisation et non le droit de modification.

Cette clause de cession apparaît ainsi comme le moyen le plus simple de sécuriser vos droits.

*Anne-Sophie Ucello-Jammes
asjammes@lexcase.com*



De la loyauté dans les CCAG !

Les cahiers des clauses administratives générales en marchés publics renferment des règles de procédure trop souvent oubliées : mention des destinataires précis des mémoires en réclamation dans les marchés de travaux, délais stricts pour former une réclamation amiable et préalable auprès de l'Administration...toutes ces règles de forme et de procédure peuvent donner lieu à des rejets et des forclusions des demandes formulées par les opérateurs privés auprès de l'Administration.

Le droit public des affaires se modernise cependant en recherchant aujourd'hui la bonne foi et en consacrant une nouvelle fois le principe de loyauté des relations contractuelles dans les différends entre l'Administration et ses co-contractants.

A ce titre, la Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 18 déc. 2012, n° IIPA01446, SA Colombo) a eu l'opportunité d'en donner une intéressante illustration dans le cadre d'un différend portant sur le décompte général d'un marché public de travaux.

En l'occurrence, l'opérateur privé avait méconnu deux points importants du CCAG TRAVAUX (ancienne version) dans le cadre de la procédure d'établissement du décompte.

Premièrement, l'entrepreneur n'avait pas inclus lors de l'établissement du projet de décompte final la totalité de la somme qui correspondait à la rémunération de travaux supplémentaires, et il avait ultérieurement opposé de telles sommes dans un mémoire en réclamation, en méconnaissance de l'article 13.33 du CCAG Travaux.

Deuxièmement, l'entrepreneur avait transmis son mémoire en réclamation au seul maître d'ouvrage et non pas au maître d'œuvre, en méconnaissance de l'article 13.44 du CCAG Travaux.

Deux règles de procédures avaient donc été méconnues par l'opérateur privé dans l'introduction et la poursuite de sa réclamation auprès de l'Administration.

Et pourtant le juge administratif est venu ici rectifier le tir et sauver la demande de la société.

En effet, considérant que l'Administration (ici la Chambre de commerce et d'industrie de Paris) ne s'était jamais prévalu de la méconnaissance des règles de forme du CCAG et avait même statué sur la réclamation présentée par l'opérateur privé, la Cour administrative d'appel de Paris considère que les deux parties ont de ce fait entendu renoncer d'un commun accord à l'application des dispositions du contrat ayant imposé un certain formalisme.

La Cour ajoute *«Par suite, et compte tenu du principe de loyauté des relations contractuelles, elle ne peut plus (l'Administration), devant le juge du contrat, invoquer à son profit la méconnaissance de ces stipulations pour soutenir que la réclamation de la (société) n'est plus susceptible d'être discutée au plan contentieux».*

Il en résulte qu'il appartient au maître d'ouvrage de ne pas oublier d'invoquer la méconnaissance des formalités prévues par les articles 13.33 et 13.44 du CCAG Travaux, lorsqu'il statue sur une réclamation présentée par l'entrepreneur.

A défaut, l'Administration est réputée avoir renoncé à ces formalités, et ne pourra plus s'en prévaloir devant le Juge du contrat.

La logique dégagée dans cette décision pour les marchés publics de travaux a vocation à être appliquée dans tous les contrats administratifs, principe de loyauté des relations contractuelles oblige. Cette logique a déjà été reprise depuis notamment par la Cour administrative d'appel de Lyon (CAA Lyon, 28 février 2013, n°12LY01035, SARL VPB ; *a contrario*, cf. CAA Lyon 4 juillet 2013, n°12LY02398, BRB Construction).

Alain de Belenet
adebelenet@lexcase.com

Raphaël Apelbaum
rapelbaum@lexcase.com



L'ARCEP privée de ses pouvoirs de sanction par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a fait droit, le 5 juillet 2013, à une question prioritaire de constitutionnalité (« QPC ») qui lui était soumise dans le cadre d'un recours contre une sanction de 5 millions d'euros prononcée par l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (« ARCEP ») sur le fondement de l'article L. 36-11 du Code des Postes et des Communications Electroniques (« CPCE »).

Selon cet article, une mise en demeure est préalablement adressée à l'opérateur par le directeur général de l'ARCEP, le sommant de se conformer à ses obligations légales ou réglementaires, avant toute sanction prononcée par l'Autorité.

Or, le directeur général de l'ARCEP, chargé dans ce cadre de l'exercice des poursuites devant l'Autorité, est également nommé par le président de l'ARCEP et placé sous son autorité et assiste aux délibérations

de l'ARCEP. Le Conseil constitutionnel a donc constaté que les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 méconnaissaient le principe d'impartialité et a ainsi déclaré inconstitutionnelle la procédure encadrant les pouvoirs de sanction de l'ARCEP.

L'Autorité se voit donc privée de ses pouvoirs disciplinaires tant qu'une révision de l'article L. 36-11 ne sera pas intervenue, et ce pour toutes les procédures en cours devant l'ARCEP et aux instances non définitivement jugées au 5 juillet 2013. Cette décision prive l'ARCEP d'un de ses outils les plus dissuasifs évitant de nombreux abus des opérateurs de télécommunications aussi bien que postaux.

Constatant l'urgence à remédier à cette situation, le Gouvernement a ainsi introduit dans un projet de loi du 4 septembre 2013 l'habilitant à adopter des ordonnances une disposition l'autorisant à

Brèves

Le Gouvernement veut obtenir l'habilitation de préciser les conditions de déploiement de la fibre optique dans les immeubles par ordonnance

Dans le cadre du projet de loi déposé le 4 septembre 2013 à l'Assemblée nationale (susmentionné), le Gouvernement entend obtenir l'habilitation de clarifier par

voie d'ordonnance le partage des responsabilités du fibrage des immeubles existants, prévu à l'article L. 33-6 du CPCE. Le Gouvernement entend ainsi clarifier « les catégories d'immeuble auxquels cet article s'applique, les parties de ces immeubles qui sont concernées et enfin les charges financières de chacune de ces parties » Ces précisions sont indispensables

pour accélérer la décision des copropriétaires de faire fibrer les immeubles existants, alors que les abonnements Fiber to the Home (« FTTH ») (415 000 abonnements au deuxième trimestre 2013) restent largement inférieurs aux accès en fibre optique déployés jusqu'en bas de l'immeuble (FTTLA, FTTB).



« sécuriser » le pouvoir de sanction de l'ARCEP en définissant une procédure distinguant les fonctions de poursuite et de jugement. Trois options sont envisagées pour ce faire, inspirées d'autres autorités administratives indépendantes :

- L'instauration d'un rapporteur indépendant du collège de l'ARCEP ;
- La création d'une commission des sanctions au sein de l'ARCEP ;
- La création d'une formation restreinte du collège.

L'Autorité devrait donc récupérer ses pouvoirs de sanction d'ici mi-2014, pour le plus grand bénéfice du marché et des consommateurs, même si dans l'intervalle, toute procédure pendante aura perdu tout fondement légal.



Hubert de Boisse
hdeboisse@lexcase.com

Estelle Rigal-Alexandre
erigal@lexcase.com

Brèves

La Commission européenne soumet un nouveau paquet télécom au vote du Parlement

La Commission a publié, le 11 septembre dernier, ses propositions pour un nouveau paquet télécom dans le but de parvenir à créer un marché unique pour l'Union européenne. Parmi les mesures proposées, la

mesure phare de ce texte consiste en l'interdiction des surcoûts des appels entrants lors de déplacements intra-communautaires. S'agissant des appels sortants en itinérance internationale (« roaming »), la Commission propose d'imposer aux opérateurs de proposer dès mi-2014 des abonnements sans surcoûts, ou de permettre à leurs abonnés de passer par un opérateur tiers lors de leurs

déplacements, sans changer de carte SIM. Par ailleurs, le Parlement devra statuer sur la possibilité d'obtenir une autorisation unique d'exploiter des réseaux et de fournir des services de communications électroniques dans les 28 États membres et sur le renforcement des pouvoirs du BEREC. Ce projet sera plus amplement analysé dans le prochain Lex&Case.



Nous vous présentons ci-dessous une sélection des formations proposées au cours des mois de décembre et janvier prochain.

Notre nouveau catalogue de formations pour l'année 2014 est disponible sur le site www.lexformation.com. Il a été actualisé et s'est enrichi de quinze nouvelles formations dont des formations technico-juridiques.

DÉCEMBRE 2013

PARIS	Ma 3	Les accords-cadres et marchés à bons de commande (5.11)
	J 5	Les voies d'exécution au service de votre entreprise (3.8)
	Ma 10	La pratique du référé et des procédures d'urgence (3.7)
	Me 11	Le point sur la réforme des produits de santé (11.4)
	L 16	Les rendez-vous des DRH (6.4)
LYON	Ma 17	Droit de la concurrence et média (1.1)
	Me 4	Les contrats entre opérateurs télécoms (9.4)
	J 5	Facturation : appréhender les règles juridiques et fiscales, et maîtriser le formalisme (7.4)
	Ma 10	Les rendez-vous des DRH (6.4)
	J 12	Contentieux des marchés publics (5.4)
MARSEILLE	Ma 17	Les marchés à procédure adaptée (5.12)
	J 5	L'issue de la procédure collective et la responsabilité du dirigeant (12.4)
	V 6	Savoir constituer et analyser un dossier de consultation des entreprises (5.15)
	Me 11	La protection du jeu vidéo par le droit de la propriété intellectuelle (10.4)
	J 12	Les pactes (2.4)
	Ma 17	Les principales infractions de la vie des affaires (4.4)
	J 19	Les rendez-vous des DRH (6.4)
V 20	Panorama des risques contentieux dans la passation des marchés publics (5.13)	

JANVIER 2014

PARIS	Me 8	La dénonciation calomnieuse : quels moyens d'action ? (4.1)
	J 9	Le Service Universel des télécommunications (9.5)
	V 10	Les clauses sensibles du contrat de travail (6.3)
	L 13	Le licenciement économique dans les entreprises en difficulté (6.9)
	Ma 14	Répondre à un marché public par voie électronique (5.16)
	Me 15	Les sociétés cotées (2.5)
	J 16	Les allégations nutritionnelles et de santé (11.5)
	V 17	Le droit de la facturation, du paiement et du recouvrement (3.6)
	L 20	Conformité concurrence, la "compliance" : pourquoi, comment (1.6)
	Ma 21	Signature électronique : facturation électronique (3.10.2)
	Me 22	Détermination du résultat fiscal (7.3) (10.5)
	J 23	Comment encadrer les développements logiciels des collectivités locales (5.20)
	V 24	Dépendance économique, déséquilibre de la relation commerciale (3.2)
	Ma 28	Le temps de travail : conséquences des dernières évolutions sur votre pratique dans l'entreprise (6.10)
	Me 29	La responsabilité pénale des personnes morales et de leurs dirigeants (4.5)
J 30	Dématérialisation des procédures de marchés publics (5.21) (10.6)	

VIE DU CABINET

• 1^{er} janvier 2014 - Cooptation d'un nouvel associé au sein du Département Droit Public des Affaires

Raphaël APELBAUM (38 ans) a rejoint l'équipe de droit public des affaires de LEXCASE en juin 2012, en tant que Of Counsel, pour travailler aux côtés d'Alain de BELENET, Associé.

Avocat aux Barreaux de Paris (2001) et New York (2004), Raphaël est titulaire d'un DEA de droit public de l'économie (Paris 2), d'un DESS de Contentieux de droit public (Paris 1). Il est également diplômé de *Georgetown University Law School - Washington DC. (LL.M.)*.

Raphaël est spécialiste des contrats publics d'affaires et montages contractuels publics complexes. Il anime également l'activité *Immigration professionnelle* du cabinet Lexcase en partenariat avec Philippe Drouillot (Associé - Fiscal) et Florence Drapier Faure (Associé - Social).

Cette association s'accompagne de l'arrivée de deux nouveaux collaborateurs, Sarah Stadler et Allison Bishop.

Le Cabinet peut désormais s'appuyer sur un département Droit public comptant sept avocats (deux associés, cinq collaborateurs).



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

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

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

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

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

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

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