



SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

JANVIER 2019

SOMMAIRE

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES	
Suppression du droit d'enregistrement des opérations relatives au droit des sociétés Loi n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019	p. 2
L'extension de la procédure d'abus de droit aux opérations ayant un motif principalement fiscal Loi n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019	p. 3
ENTREPRISES EN DIFFICULTE	
Groupe de sociétés en difficultés : une approche globale quant à l'issue envisagée à différentes procédures collectives en cours Cass. com., 19 décembre 2018, n°17-27.947	p. 4
Etat de cessation des paiements et caractère certain du passif Cass. com., 16 janvier 2019, n°17-18.450	p. 5
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX	
Dol : preuve facilitée du caractère intentionnel Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-28.725	p. 6
Le contrat signé par une société non-immatriculée est nul Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-15.386	p. 7
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION	
Rupture brutale : les frais fixes économisés par la victime sont déduits de l'indemnité qui lui est versée Cass. com., 23 janvier 2019, n°17-26.870	p. 7
Application didactique de la prohibition du déséquilibre significatif CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234	p. 8
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES	
La Cour d'appel de Paris reconnaît le statut de salarié d'un chauffeur Uber CA Paris, 10 janvier 2019, n°18-08.357	p. 9
Harcèlement moral et validité de la rupture conventionnelle Cass. soc., 23 janvier 2019, n°17-21.550	p. 10
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME	
Expropriation : indemnisation du titulaire d'un droit de terrasse consenti à titre précaire Cass. civ. 3 ^{ème} , 20 décembre 2018, n°17-18.194	p. 11
PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION	
Saisie attribution : action contre le tiers saisi Cass. civ. 2 ^{ème} , 10 janvier 2019, n°17-21.313	p. 12
Fin de non-recevoir tirée de la prescription et recevabilité d'une action devant la Cour d'appel Cass. civ. 2 ^{ème} , 10 janvier 2019, n°17-20.018	p. 13
DROIT PÉNAL	
La nullité des perquisitions causée par la présence d'un tiers autorisé Cass. crim., 9 janvier 2019, n°17-84.026	p. 14
DROIT DU SPORT	
Assiette forfaitaire et franchise de cotisations URSSAF : quels points de vigilance pour les clubs sportifs ? Cass. civ. 2 ^{ème} , 20 décembre 2018, n°17-26.921	p. 15
DROIT INTERNATIONAL	
CHINE : Projet de loi relatif aux Investissements Directs Etrangers Texte	p. 16
ACTUALITE	p. 19

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHRÉÏN
BELGIQUE - BIRMANIE
BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
COREE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTE
EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - LUXEMBOURG
MAROC - NICARAGUA
OMAN - PANAMA
PARAGUAY - PÉROU
PORTUGAL - RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM

Conventions transnationales

www.simonavocats.com

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES

Suppression du droit d'enregistrement des opérations relatives au droit des sociétés

Loi n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019

Ce qu'il faut retenir :

L'article 26 de la loi n°2018-1317 de finances pour 2019, publiée au Journal officiel le 30 décembre 2018, modifie le Code général des impôts concernant l'enregistrement des apports, des opérations sur le capital et de la dissolution de la société, et substitue un droit d'enregistrement gratuit au droit fixe de 375 euros (ou 500 euros en cas de société ayant un capital de 225 000 euros ou plus) à compter du 1^{er} janvier 2019.

Pour approfondir :

Concernant les apports, sont désormais enregistrés gratuitement :

- les apports purs et simples (autres que ceux soumis au droit de mutation) (CGI, art. 810, I) ;
- les apports purs et simples d'immeubles, de fonds de commerce, de clientèles ou de droits à un bail faits à une personne morale passible de l'IS par une personne non soumise à cet impôt si l'apporteur s'engage à conserver pendant trois ans les titres remis en contrepartie (CGI, art. 809, I, 3° ; CGI, art. 810, I et III). S'il n'y a pas d'engagement de conservation des titres ou s'il n'est pas respecté, alors l'apport d'un immeuble ou de droits immobiliers est soumis au taux de 2,20 % et l'apport d'un fonds de commerce, d'une clientèle, d'un droit au bail est enregistré au tarif prévu à l'article 719 du CGI ;
- les apports à titre onéreux résultant de la prise en charge par la société du passif dont sont grevés les immeubles ou droits immobiliers, fonds de commerce, clientèles, droits à un bail ou promesses de bail, en cas d'apport de l'ensemble des éléments d'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle, si l'apporteur s'engage à conserver les titres remis en contrepartie pendant 3 ans (CGI, art. 809, I, I bis, et CGI, art. 810, I et III) ;

- les apports d'immeubles passibles de la TVA (CGI, art. 810, IV).

Les opérations sur le capital bénéficiant de la gratuité de droit d'enregistrement sont :

- l'augmentation du capital des sociétés par l'incorporation de bénéfices, de réserves ou de provisions de toute nature (CGI, art. 812) ;
- les réductions de capital contre annulation ou réduction du nominal ou du nombre de titres, les réductions de capital consécutives au rachat par les sociétés de leurs propres titres, avec attribution de biens sociaux aux associés, y compris du numéraire, lorsqu'un seul acte est établi pour constater les deux opérations et les réductions de capital consécutives au rachat par les sociétés de leurs propres titres lorsque deux actes distincts sont dressés pour constater les deux opérations (sous réserve des dispositions de l'article 810, III du CGI) (CGI, art. 814 C) ;
- les actes qui constatent des opérations de fusion auxquelles participent exclusivement des personnes morales ou organismes passibles de l'impôt sur les sociétés, ainsi que la prise en charge du passif dont sont grevés les apports mentionnés dans ces actes et les scissions et apports partiels d'actifs (CGI, art. 816, 816 A et 817) ;
- les augmentations nettes de capital de sociétés à capital variable constatées à la clôture d'un exercice. La mention "gratuit" doit être portée sur le procès-verbal de l'assemblée générale statuant sur les résultats de cet exercice (CGI, art. 825).

Sont également soumis à un droit d'enregistrement gratuit :

- les actes constatant des prorogations pures et simples de sociétés (CGI, art. 811) ;
- les actes de dissolution de sociétés qui ne portent aucune transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes (CGI, art. 811) ;
- les actes constatant l'attribution d'actif net faite à un ou plusieurs organismes attributaires par une société d'habitations à loyer modéré. Cette disposition est applicable aux sociétés anonymes de crédit immobilier, aux sociétés coopératives artisanales et aux groupements de ces mêmes coopératives, ainsi qu'aux attributions de logements faites par les sociétés coopératives (CGI, art. 827) ;

■ Aix-en-Provence - Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Fort-de-France - Grenoble - Le Havre - Lyon
Marseille - Montpellier - Nantes - Paris - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Birmanie - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre
Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie
Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo
République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela - Vietnam ■

- les actes par lesquels les sociétés dites « de copropriété » augmentent leur capital, prorogent leur durée ou font à leurs membres, par voie de partage en nature à titre pur et simple, attribution exclusive en propriété des fractions, auxquelles ils ont vocation, d'immeubles ou groupes d'immeubles construits, acquis ou gérés par elles et les actes de dissolution et de partage des SCI d'accès progressive à la propriété (CGI, art. 828) ;
- les opérations de restructuration visées aux I et II de l'article 208 septies de CGI auxquelles participent les syndicats de défense des appellations d'origine et les syndicats agricoles reconnus comme organisations de producteurs (CGI, art. 810, VI).

A rapprocher : Article 810 bis du code général des impôts : établit qu'en cas d'apports réalisés à la constitution de la société et enregistrés gratuitement (CGI, art. 810), les dispositions figurant dans les actes, déclarations et leurs annexes, établis à l'occasion de la constitution de sociétés, sont également enregistrés gratuitement ; **Article 680 du code général des impôts :** maintient le droit d'enregistrement de 125 euros pour les actes innomés.

L'extension de la procédure d'abus de droit aux opérations ayant un motif principalement fiscal
Loi n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019

Ce qu'il faut retenir :

La loi de finances pour 2019 a étendu la notion d'abus de droit de l'article L.64 du Livre des procédures fiscales aux opérations ayant un motif principalement fiscal, et non plus exclusivement fiscal. Validée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 28 décembre 2018, cette disposition nouvellement insérée à l'article L.64 A du Livre des procédures fiscales s'inscrit dans une lutte contre la fraude et l'évasion fiscale menée aux niveaux interne et international.

Pour approfondir :

Le 28 décembre 2018, le Conseil constitutionnel a partiellement validé le projet de loi de finances pour 2019.

Cette décision entérine l'article 48 bis du projet de loi de finances qui insère au sein du Livre des procédures fiscales (LPF) l'article L.64 A, lequel étend la procédure de l'abus de droit aux opérations ayant un motif principalement fiscal, et non plus exclusivement fiscal.

Il est alors question d'un « abus de droit à deux étages », en ce qu'au mécanisme traditionnel de l'abus de droit de l'article L.64 du LPF vient s'ajouter celui de l'article L.64 A nouveau qui s'appliquera aux rectifications notifiées à compter du 1^{er} janvier 2021 et portant sur des actes réalisés à compter du 1^{er} janvier 2020. Derrière cette expression pouvant s'avérer abstraite, se cache un environnement législatif dense qu'il convient de présenter. Avant l'adoption de la loi de finances pour 2019, la procédure d'abus de droit était régie par l'article L.64 du LPF et concernait tous les impôts. Elle pouvait être déclenchée par l'administration fiscale en cas de fictivité, lorsque les actes qui lui étaient présentés ne correspondaient pas à la réalité des opérations et en cas de fraude à la loi visant les montages motivés par un motif exclusivement fiscal. Le montant de l'impôt dû par le contribuable pouvait ainsi être, d'une part, rectifié en sus d'intérêts de retard et, d'autre part, majoré conformément à l'article 1729 b du Code général des impôts (CGI) instituant ces sanctions fiscales (caractère répressif de l'abus de droit).

Depuis quelques années, le développement des mesures de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale ne cesse de s'accroître sous l'influence du droit de l'Union européenne et de l'OCDE. La naissance des clauses anti-abus européennes générales et sectorielles du régime mère-fille ou encore du régime spécial des fusions en est une illustration incontestable. En insérant l'article L.64 A nouveau, le législateur a souhaité aligner le champ d'application de l'abus de droit sur ces clauses anti-abus européennes.

La distinction entre la notion d'abus de droit au sens de l'article L.64 du LPF et les clauses anti-abus est primordiale : l'article L.64 du LPF permet de rectifier le montant de l'impôt dû et de sanctionner le contribuable le cas échéant, tandis qu'une clause anti-abus est une règle d'assiette qui certes rectifie, mais ne sanctionne pas en tant que tel le contribuable.

Autrement dit, le fait pour le législateur d'avoir aligné l'article L.64 A nouveau sur ces clauses anti-abus signifie que le mécanisme nouvellement inséré est une règle d'assiette, ce qui empêche l'administration de prononcer de façon automatique une sanction fiscale à l'égard du contribuable, qui pourra en revanche faire l'objet d'une rectification. En tant que règle d'assiette, la majoration de 80 % prévue à l'article 1729 b du CGI ne trouve donc pas à s'appliquer aux opérations ayant « pour motif principal d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

L'expression d'abus de droit à deux étages prend alors tout son sens : au rez-de-chaussée se situe l'abus de droit de l'article L.64 A du LPF visant les opérations motivées par un motif principalement fiscal auxquelles l'article 1729 b du CGI ne trouve pas à s'appliquer et à l'étage l'abus de droit de l'article L.64 du LPF visant la simulation et les opérations motivées par un motif exclusivement fiscal auxquelles s'applique la majoration de 80 %.

À noter que la compétence du comité de l'abus de droit fiscal ainsi que la procédure de rescrit prévue à l'article L.64 B du LPF est étendue à cette nouvelle procédure d'abus de droit. Cette volonté d'élargir la notion d'abus de droit aux opérations à but principalement fiscal n'est toutefois pas nouvelle. En effet, le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé dans une décision rendue le 29 décembre 2013 en censurant une disposition du projet de loi de finances pour 2014 qui avait vocation à étendre le champ d'application de l'article L.64 du LPF aux montages à but principalement fiscal et par là-même les sanctions de l'article 1729 b du CGI. Pour éviter une nouvelle censure du Conseil constitutionnel, l'insertion de l'article L.64 A s'est donc faite sur le schéma des clauses anti-abus faisant ainsi obstacle à l'application de l'article 1729 b du CGI.

Enfin, il semble nécessaire de souligner la connexité des articles L.64 A du LPF et 205 A du CGI. À travers la loi de finances pour 2019, le législateur a également eu la volonté de transposer en droit français l'article 6 de la directive « ATAD » (*Anti-Tax Avoidance Directive*) du 12 juillet 2006 visant à introduire une clause anti-abus en matière d'impôts sur les sociétés (IS).

L'article 205 A du CGI reprend cette clause anti-abus générale en matière d'IS en permettant à l'administration fiscale d'écarter tout montage dont l'objectif principal est d'obtenir un avantage fiscal ou qui n'est pas authentique.

Ainsi, les deux articles sont complémentaires en ce que l'article 205 A du CGI s'applique en matière d'IS tandis que l'article L.64 A du CGI trouve à s'appliquer pour l'ensemble des impôts.

A rapprocher : Décision n°2018-777 DC du 28 décembre 2018 ; Art. L.64 A du Livre des procédures fiscales ; Art. L.64 du Livre des procédures fiscales ; Art. 1729 b du Code général des impôts ; Décision n°2013-685 DC du 29 décembre 2013

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Groupe de sociétés en difficultés : une approche globale quant à l'issue envisagée à différentes procédures collectives en cours

Cass. com., 19 décembre 2018, n°17-27.947

Ce qu'il faut retenir :

Selon l'attendu de la Cour de cassation : « Si le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe, rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe ».

Pour approfondir :

En l'espèce, par jugement en date du 19 décembre 2015, un tribunal a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de différentes sociétés d'un même groupe.

Par jugement en date du 1^{er} février 2017, ce même tribunal a arrêté le plan de redressement de la société-mère de ce groupe et aux termes de cinq jugements distincts, a rejeté le plan de continuation des cinq SCI de ce groupe et ouvert des procédures de liquidation judiciaire à leur égard.

Une des SCI, via son liquidateur judiciaire, a contesté cette liquidation et interjeté appel, aux motifs notamment : « *Que lorsque plusieurs sociétés membres d'un même groupe font l'objet de procédures simultanées de redressement judiciaire, les chances de redressement de chacune de ces sociétés doivent être appréciées en tenant compte, non seulement de leurs propres capacités, mais aussi des chances de redressement du groupe dans son ensemble.* »

Dans son arrêt rendu en date du 19 septembre 2017, la Cour d'appel d'Angers n'a pas suivi cette argumentation et a considéré que lorsque la société en redressement judiciaire fait partie d'un groupe de sociétés détenues par une société-mère, l'impossibilité manifeste de plan de redressement exigée par l'article L.631-5 du code de commerce devait s'apprécier objectivement au regard de sa situation individuelle (CA Angers, ch. com., sect. A 26 sept. 2017, n°17/00375).

La Cour de cassation, bien qu'elle ait rejeté le pourvoi en considérant que les conclusions de la SCI ne tendaient qu'à favoriser le redressement de la seule société-mère, a tenu cependant à préciser que l'arrêté de plans de continuation ou de sauvegarde de sociétés d'un même groupe devait s'apprécier, au regard d'une situation globale et cohérente, et ce compte tenu des liens étroits existants entre ces sociétés. Par cet arrêt, la Cour de cassation a tenu à atténuer le principe de l'autonomie de la personnalité morale en droit des entreprises en difficultés, limitant ainsi ce principe à l'examen isolé des conditions d'ouverture d'une procédure collective.

Dans le cadre de l'examen des solutions proposées par chacune des sociétés d'un même groupe, pour mettre fin à des procédures collectives, l'approche globale doit ainsi être étudiée par le tribunal concerné, ce qui apparaît parfaitement justifié dans un souci de cohérence tant économique que financière.

A rapprocher : Cass. com., 26 juin 2007, n°06-20.820

Etat de cessation des paiements et caractère certain du passif

Cass. com., 16 janvier 2019, n°17-18.450

Ce qu'il faut retenir :

La créance résultant d'une condamnation en paiement d'une provision par ordonnance de référé, confirmée en appel et dont le sort ne fait pas l'objet d'une instance au fond, est une créance certaine et exigible, qui doit être par conséquent comprise dans le calcul du passif exigible pour déterminer l'état de cessation des paiements de débiteur.

Pour approfondir :

Un bailleur commercial obtient par ordonnance de référé la condamnation de son locataire au paiement d'une provision au titre de loyers échus et impayés. Quelques mois plus tard, le tribunal prononce la liquidation judiciaire du locataire.

A la suite d'une assignation en report, la date de cessation des paiements est fixée au jour de l'exigibilité de la provision ordonnée par la décision de référé. Le bailleur forme alors tierce opposition contre le jugement de report, motif pris notamment que la provision ne pouvait être prise en compte dans la détermination du passif exigible.

La difficulté était alors de savoir si pour déterminer l'état de cessation des paiements, la créance résultant de la condamnation au paiement d'une provision par ordonnance de référé, confirmée en appel et dont le sort ne fait pas l'objet d'une instance au fond, devait être comprise dans le calcul du passif exigible.

Fort logiquement, la Cour de cassation y répond favorablement. Pour déterminer le montant du passif exigible, il faut prendre en compte les créances certaines et exigibles. En l'espèce, la provision était exigible à compter de la signification de l'ordonnance ; cette dette était en outre certaine, l'ordonnance ayant été confirmée en appel.

A rapprocher : Cass. com., 25 novembre 2008, n°07-20.972 ; Cass. com., 16 mars 2010, n°09-12.539

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Dol : preuve facilitée du caractère intentionnel
Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-28.725

Ce qu'il faut retenir :

Le cocontractant qui garde le silence sur des informations dont il ne pouvait ignorer l'importance pour l'autre partie, l'a nécessairement fait intentionnellement. La preuve du caractère intentionnel du dol – en fait souvent très difficile à rapporter – est donc facilitée.

Pour approfondir :

Une société d'édition a acheté les actions d'une agence de publicité dans l'objectif d'avoir ainsi, par l'intermédiaire de cette agence de publicité, un contact direct avec les annonceurs (les annonceurs étant, dans ce domaine, les clients à l'origine des prestations de la société d'édition).

Après avoir compris le réel fonctionnement de l'agence de publicité, la société d'édition a assigné le vendeur des actions pour obtenir – notamment – la nullité de la vente pour dol. La société acheteuse reprochait au vendeur de lui avoir caché le fait que l'agence de publicité réalisait 85 % de son chiffre d'affaires via une autre société qui avait seule le contact direct avec les annonceurs et qui, en plus, était dirigée par la compagne du vendeur.

La Cour d'appel a rejeté le dol au motif que la société acheteuse ne rapportait pas la preuve que c'est de manière intentionnelle que le vendeur ne l'a pas informée (i) de l'existence de cette autre société qui avait le véritable contact direct avec les annonceurs, (ii) des liens personnels que le vendeur entretenait avec la dirigeante de cette autre société et (iii) de la dépendance économique dans laquelle se trouvait la société cédée à l'égard de cette société tierce.

S'il n'est pas discutable que la personne qui se fonde sur le dol doit prouver le caractère intentionnel, on doit reconnaître qu'il est souvent difficile – voire même impossible – de prouver que l'autre partie avait l'intention de cacher une information importante. En pratique, le demandeur à la nullité pour dol trouve rarement un mail ou un courrier où le cocontractant écrit noir sur blanc « *je vais lui cacher cette information* ».

Pour autant, la Cour de cassation a cru bon d'adopter une position souple pour apprécier la preuve de l'élément intentionnel du dol. Selon la Cour de cassation, dès lors que les juges d'appel avaient constaté que les informations cachées étaient de nature à affecter les résultats et les perspectives de la société cédée, alors ils auraient dû en tirer la conséquence que le silence gardé l'avait été intentionnellement : « *le silence gardé par [le vendeur] sur ces informations, dont il ne pouvait ignorer l'importance dans la mesure où elles faisaient peser un aléa sur la pérennité des sociétés qu'il cédait, était nécessairement intentionnel* ». Autrement dit, le titulaire des actions d'une société agit nécessairement dans le but de tromper le futur acquéreur lorsqu'il lui cache le fait que la quasi-totalité du chiffre d'affaires de la société cible est réalisé grâce à une société tierce.

Selon le contexte, il est possible de déduire le caractère intentionnel en examinant la nature des informations cachées. Cette souplesse ne pourra pas aider tous les cocontractants se prévalant d'un dol, mais elle permettra de rationaliser certains cas de preuve impossible.

A rapprocher : Nouvel article 1137 du code civil

Le contrat signé par une société non-immatriculée est nul

Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-15.386

Ce qu'il faut retenir :

Le contrat conclu avec une société qui n'a jamais été immatriculée est nul car conclu avec une société dépourvue de personnalité juridique. Partant, il est inutile de rechercher à agir contre la personne physique qui a signé au nom de cette société pour tenter de lui faire supporter l'exécution du contrat, sauf clause contraire. Il est donc très important de vérifier la situation de la société avec laquelle on envisage de contracter afin – le cas échéant – d'insérer une clause appropriée permettant d'assurer la validité du contrat.

Pour approfondir :

Une société a conclu un contrat avec une autre société qui n'était pas immatriculée au jour de la conclusion du contrat (et ne l'a pas plus été par la suite). Le contrat ne précisait cependant pas la réalité de la situation, à savoir que le signataire concluait au nom d'une société « en cours de formation ». Aussi, quand les factures n'ont pas été payées par ladite société, le cocontractant assigna en paiement la personne physique qui avait signé au nom de la société non-immatriculée. La Cour d'appel condamna la personne physique au paiement d'une somme provisionnelle au titre des factures. Pour juger que le signataire personne physique est tenu des actes accomplis, les juges d'appel ont relevé que :

- le fait que le contrat ne mentionne pas que la société était en cours de formation est sans portée dès lors que la société n'existait pas, et
- sauf mauvaise foi de sa part, le signataire, qui agissait au nom d'une société qu'il avait tout pouvoir de créer, ne pouvait contracter que dans la perspective de sa création.

La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel en s'appuyant sur le texte très clair des articles 1842 et 1843 du code civil. Selon l'article 1842, les sociétés (autres que les sociétés en participation) jouissent de la personnalité morale à partir de leur immatriculation ; autrement dit, la capacité de conclure un contrat ne naît qu'à compter de l'immatriculation. Selon l'article 1843, ce sont « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation » qui sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis.

Partant, dès lors que la Cour d'appel avait bien relevé que le contrat avait été conclu par une société dépourvue de personnalité juridique, elle aurait dû en conclure que le contrat était nul et non pas qu'il était applicable au signataire personne physique.

Cette solution n'est pas étonnante mais elle a le mérite de rappeler la vigilance qui doit être portée à la personne de son cocontractant. Il est indispensable de vérifier la situation juridique de la société avec laquelle un contrat doit être signé AVANT de le signer (à l'aide d'un extrait kbis à jour notamment).

Ces vérifications, qui sont en fait relativement simples et rapides, permettront d'anticiper une difficulté d'exécution du contrat par l'insertion d'une clause adaptée à la situation rencontrée.

Pour exemple, dans notre espèce, il aurait fallu prévoir que le signataire personne physique qui signe au nom de la société en cours de formation est tenu personnellement de l'ensemble des engagements découlant du contrat tant que ce contrat n'aura pas été repris par la société régulièrement immatriculée.

A rapprocher : Articles 1145 et suivants du code civil

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Rupture brutale : les frais fixes économisés par la victime sont déduits de l'indemnité qui lui est versée
Cass. com., 23 janvier 2019, n°17-26.870

Ce qu'il faut retenir :

Quand la victime de la rupture brutale des relations commerciales réalise des économies de frais fixes, leur montant peut être déduit de l'indemnisation de la marge brute versée à la victime.

Pour approfondir :

Une rupture brutale des relations commerciales établies intervient lorsqu'une entreprise rompt sa relation avec une autre entreprise, sans respecter un préavis écrit suffisant, au regard notamment de la durée de la relation entre les parties concernées.

Dans un tel cas, la jurisprudence – désormais relativement établie elle aussi – retient une indemnisation du préjudice subi par la victime sur la base du montant de la marge brute que la victime aurait dû percevoir pendant la durée du préavis qui n'a pas été accordée (soit en cas d'absence de préavis, soit en cas de préavis jugé trop court).

Dans un arrêt du 23 janvier 2019 – non publié au bulletin – la Cour de cassation indique que pour indemniser la victime à hauteur du préjudice réellement subi, le montant de l'indemnisation peut être inférieur au montant de la marge brute dont elle a été privée (du fait du préavis insuffisant), lorsque les frais fixes supportés par la victime ont été réduits pendant cette période.

Ce faisant, outre la question de la prise en considération de la baisse de frais fixes, la Cour de cassation admet alors la **possibilité de prendre en considération des éléments postérieurs à la rupture** pour évaluer le préjudice de la victime.

En l'espèce, la société victime de la rupture avait subi des pertes de commissions liées à la brutalité de la rupture, dont elle était indemnisée sur la base de la marge brute correspondant à ces commissions (la Cour de cassation rappelant que la notion de marge brute consiste dans la différence entre le chiffre d'affaires HT de la victime et les coûts HT qu'elle supporte).

Cependant, la cour d'appel – suivie par la Cour de cassation dans son raisonnement – avait constaté que la victime de la rupture avait réduit ses frais fixes de personnel et de loyer pendant la période de préavis qui aurait dû lui être accordée.

Dès lors, **le montant de ces économies de frais fixes a été déduit du montant de la marge brute non perçue par la victime**, divisant ainsi par plus de deux le montant de l'indemnisation finalement accordée à la victime.

A rapprocher : Cass. com., 23 janvier 2019, n°17-26.870

Application didactique de la prohibition du déséquilibre significatif

CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234

Ce qu'il faut retenir :

La condamnation d'une partie pour des faits de soumission, ou de tentative de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif nécessite de démontrer cumulativement : (1) l'existence d'un partenariat commercial, (2) l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission, et (3) l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Pour approfondir :

A l'issue d'une procédure d'appel d'offres, la société Bizcom a été sélectionnée par la société Hewlett-Packard France (HP) le 9 juillet 2009 comme deuxième partenaire de facturation et de logistique, avec diverses conditions. HP et Bizcom ont conclu le 14 décembre 2009 un contrat cadre dénommé « contrat de commissionnaire », prenant effet rétroactivement au 1er novembre 2009, pour une durée de 24 mois avec une tacite reconduction pour 12 mois supplémentaires.

À défaut d'accord entre les parties en 2011, le contrat de 2009 s'est renouvelé une première fois tacitement pour un an jusqu'au 31 octobre 2012, puis une seconde fois jusqu'au 31 octobre 2013. Par lettre du 18 février 2013, HP a informé Bizcom du non-renouvellement du contrat à l'échéance du 31 octobre 2013.

Par assignation en date du 27 décembre 2013, Bizcom a assigné HP devant le tribunal de commerce de Paris aux fins d'obtenir la réparation des préjudices qu'elle estimait avoir subis des pratiques restrictives de concurrence, déloyales et abusives de HP.

Par jugement en date du 14 novembre 2016, le tribunal de commerce de Paris a débouté Bizcom de l'ensemble de ses demandes. Les demandes de Bizcom portent principalement sur : le déséquilibre significatif, la concurrence déloyale, et la rupture brutale de relations commerciales.

S'agissant de la prétention relative à l'existence d'un déséquilibre significatif, la Cour d'appel de Paris rappelle que pour faire application de l'article L.442-6, I, 1° et 2° du code de commerce, il convient :

- (1) dans un premier temps de rechercher dans quelle mesure les parties au litige sont susceptibles d'être qualifiées de partenaires commerciaux, ensuite,
- (2) de démontrer la réunion des deux éléments constitutifs de la pratique restrictive de concurrence de déséquilibre significatif, lesquels sont en premier lieu (a) la soumission ou la tentative de soumission, et en second lieu (b) l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif.

En l'espèce, sur la notion de partenariat, la Cour rappelle qu'un « *partenaire se définit comme le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant.* ». Or, HP soutenait que les déséquilibres dont se prévalait Bizcom étaient antérieurs à la signature du contrat, époque à laquelle les parties n'auraient pas encore été partenaires. Cependant, eu égard aux faits de l'espèce, la Cour retient l'existence d'un partenariat en relevant que Bizcom sollicite l'indemnisation des pratiques qu'elle critique pour avoir été opérées en cours d'exécution du contrat, non pas seulement avant sa conclusion. Sur la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif, la Cour précise que l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration soit d'une position de force soit de l'absence de négociation effective du contrat (insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses), l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En l'espèce, s'agissant de la période précontractuelle, la Cour retient : « *dès lors que Bizcom a participé, librement, à la procédure d'appel d'offres lancée par HP à laquelle elle n'était aucunement liée, elle échoue à démontrer une dépendance économique à l'égard de HP, partant la soumission à une obligation créant un déséquilibre significatif.* »

S'agissant de la période entre l'attribution du marché et la signature du contrat, la Cour écarte le grief de déséquilibre significatif en retenant notamment que les échanges entre les parties témoignent de véritables négociations, exclusives d'une soumission ou tentative de soumission tout au long des relations entretenues. S'agissant de la période postérieure à la conclusion du contrat, Bizcom reproche à HP l'imposition de coûts additionnels.

La Cour s'appuie sur la rédaction du contrat pour retenir que la modification litigieuse s'avérait entrer dans les conditions du contrat, de sorte que la prétention est rejetée.

A rapprocher : CA Paris, 27 septembre 2017, n°16/00671

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

La Cour d'appel de Paris reconnaît le statut de salarié d'un chauffeur Uber

CA Paris, Pôle 6 - Chambre 2, 10 janvier 2019, n°18-08.357

Ce qu'il faut retenir :

Après l'arrêt « Take Eat Easy » rendu le 28 novembre 2018 par la Cour de cassation, qui a requalifié en contrat de travail le contrat de prestation de services d'un livreur à vélo d'une plateforme numérique, c'est au tour de la Cour d'appel de Paris de reconnaître le statut de salarié à un chauffeur Uber.

Décision inédite pour Uber qui a annoncé se pourvoir en cassation.

Pour approfondir :

Dans **cette affaire**, un chauffeur avait été engagé par la société Uber en octobre 2016, selon un contrat de prestation de services, dans le cadre duquel il avait accepté les conditions intitulées « *Conditions de partenariat* » ainsi que la charte intitulée « *Charte de la communauté d'Uber* ».

Le chauffeur s'était, au préalable à ce contrat, inscrit au répertoire des métiers en tant qu'indépendant en septembre 2016.

Après quelques mois d'exercice en avril 2017, la société Uber a soudainement et définitivement désactivé le compte Uber du chauffeur, le privant de la possibilité de recevoir de nouvelles demandes de réservation, avec pour seule explication une « *étude approfondie de son cas* ».

C'est dans ces conditions que le chauffeur a saisi le Conseil de Prud'hommes de Paris aux fins de contester les conditions de cette rupture qu'il assimilait à un licenciement abusif et de solliciter la requalification de sa relation de travail en contrat de travail à durée indéterminée, avec les demandes indemnitaires y afférentes.

Aux termes d'une décision en date du 28 juin 2018, le Conseil de Prud'hommes de Paris s'est jugé incompétent au profit du tribunal de commerce, considérant qu'il s'agissait d'un contrat de nature commerciale.

La Cour d'appel de Paris a, aux termes d'un arrêt particulièrement motivé, analysé très précisément les conditions de travail du chauffeur pour en conclure qu'il était bien soumis à un lien de subordination caractérisant l'existence d'un contrat de travail, dont elle rappelle qu'il est « *constitué par l'engagement d'une personne à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant rémunération, le lien de subordination juridique ainsi exigé se caractérisant par le pouvoir qu'a l'employeur de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son salarié* ».

La Cour a également rappelé que la qualification de contrat de travail est d'ordre public et qu'elle ne dépend pas de la volonté des parties mais des conditions d'exercice de l'activité que le juge apprécie selon un faisceau d'indices, auquel il a eu recours pour renverser la présomption de non salariat issue de l'article L.8221-6 du Code du travail qui s'appliquait au chauffeur compte tenu de son inscription au répertoire des métiers.

L'analyse de ce faisceau d'indices a fait ressortir que le chauffeur ne bénéficiait pas des conditions de travail d'un indépendant dès lors qu'il n'avait pas la possibilité de :

- constituer sa propre clientèle, interdite par la « *Charte de de la communauté d'Uber* » ;
- fixer ses tarifs, contractuellement établis au moyen des algorithmes de la plateforme ;

- déterminer les conditions d'exercice de sa prestation de transports centralisées par Uber.

La Cour a, par ailleurs, constaté l'existence des critères relatifs à un lien de subordination, dès lors que le chauffeur :

- devait suivre les instructions du GPS de l'application ;
- était contrôlé via un système de géolocalisation concernant l'acceptation des courses, le refus de courses entraînant des messages de relances et pouvant conduire à la désactivation du compte par Uber ;
- était soumis à un pouvoir de sanction permettant d'entraîner une « *perte définitive d'accès à l'application uber* » en cas de taux d'annulation trop élevé, ou de signalements émanant des utilisateurs « *peu important que les faits reprochés soient constitués ou que leur sanction soit proportionnée à leur commission* », dans ce dernier cas.

La Cour d'appel de Paris a donc déduit de ce faisceau d'indices l'existence d'un lien de subordination et ainsi d'un contrat de travail. Elle a renvoyé l'affaire devant le Conseil de Prud'hommes aux fins de fixation des conséquences de la rupture du contrat de travail ainsi qualifié.

Il faut donc vraisemblablement s'attendre à d'autres saisines de chauffeurs Uber et, de manière plus générale, à d'autres décisions à l'encontre des plateformes de géolocalisation, dans le sillon de l'arrêt « *Take Eat Easy* » rendu par la Cour de cassation qui se prononcera d'ailleurs, à nouveau, dans le cadre de la présente affaire.

A rapprocher : Cass. soc., 28 novembre 2018, n°17-20.079

Harcèlement moral et validité de la rupture conventionnelle

Cass. soc., 23 janvier 2019, n°17-21.550

Ce qu'il faut retenir :

Un contexte de harcèlement moral n'affecte pas nécessairement la validité de la rupture conventionnelle.

En effet, pour invalider la convention signée, il convient de pouvoir rapporter la preuve que le consentement du salarié a été vicié. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans son arrêt du 23 janvier dernier.

Pour approfondir :

Le consentement du salarié est une condition de validité de la rupture conventionnelle. Aussi, un contexte de harcèlement moral peut légitimement mettre en doute le caractère libre et éclairé du consentement donné par le salarié.

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur un tel cas d'espèce en 2013. Elle avait confirmé la décision des juges du fond qui, considérant que le salarié était au moment de la signature de la convention de rupture conventionnelle dans une situation de violence morale du fait du harcèlement et des troubles psychologiques qui en avaient résulté, avaient conclu que le vice du consentement était caractérisé. De la même manière, la Haute Cour avait considéré en 2016 qu'un salarié ayant subi un épisode de harcèlement moral, l'ayant incité à choisir la voie de la rupture conventionnelle, n'avait pas librement consenti à la convention de rupture.

Dans la présente affaire, les juges du fond avaient retenu pour invalider la rupture conventionnelle, qu'un salarié pouvait obtenir l'annulation de la rupture de son contrat de travail, dès lors qu'il établissait qu'elle était intervenue dans un contexte de harcèlement moral, sans avoir à prouver un vice du consentement. La Haute Juridiction n'a pas suivi le raisonnement de la Cour d'appel et a cassé l'arrêt. Elle a en effet précisé que l'existence d'un harcèlement moral ne caractérisait pas automatiquement un vice du consentement. Il appartient donc au salarié qui se prévaut d'un vice du consentement affectant sa rupture conventionnelle de prouver en quoi le contexte de harcèlement moral a vicié son consentement. Autrement dit, il lui appartient de démontrer que le harcèlement l'a contraint de conclure une rupture conventionnelle.

Cette décision est l'occasion pour la Cour de cassation d'apporter cette précision et de compléter ainsi sa jurisprudence antérieure.

A rapprocher : Cass. soc., 30 janvier 2013, n°11-22.332 ; Cass. soc., 28 janvier 2016, n°14-10.308

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Expropriation : indemnisation du titulaire d'un droit de terrasse consenti à titre précaire

Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2018, n°17-18.194

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'un exploitant de restaurant, qui bénéficie d'un droit de jouissance d'une terrasse à titre gratuit et précaire, fait l'objet d'une expropriation, celui-ci bénéficie d'une indemnité à raison de la suppression de ladite terrasse dès lors que l'autorisation accordée est toujours en vigueur au jour de l'expropriation.

Pour approfondir :

Une société, exploitant un fonds de commerce de bar-tabac-brasserie, était titulaire d'une autorisation temporaire accordée à titre gratuit et précaire sur les parties communes par une association syndicale libre et le syndicat des copropriétaires et sur laquelle il a édifié une véranda.

La parcelle concernée ayant fait l'objet d'une expropriation et l'expropriant ayant saisi le juge de l'expropriation pour fixer l'indemnité, ce dernier soutenait que le preneur occupant ne pouvait prétendre à une indemnité. A cet effet, l'expropriant relève qu'il ne peut y avoir une allocation d'indemnité que si le préjudice est fondé sur un « droit juridiquement protégé » tel qu'il existe à la date de la procédure d'expropriation.

Or, celui-ci fait valoir qu'en l'espèce, au regard du procès-verbal de l'assemblée générale de l'ASL, l'exproprié ne dispose, à cette date, que d'une autorisation précaire et révocable ne pouvant être caractérisée comme un tel droit. Il observe que cette autorisation d'exploitation, s'agissant d'un droit précaire, ne serait peut-être pas accordée pour l'avenir.

Selon lui, le fait d'accorder une indemnisation malgré l'absence d'un droit juridiquement protégé constituerait une violation de l'article L.321-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique en vertu duquel « les indemnités allouées couvrent l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation ».

L'exproprié affirme quant à lui que la privation d'un droit de jouissance est indemnisable.

Il soutient également qu'il peut valablement prétendre à une indemnisation en raison du fait que l'autorisation précaire était toujours valable lorsque l'expropriant est devenu propriétaire des lieux.

Sans l'intervention de ce dernier, l'autorisation n'aurait pas pris fin. Enfin, il fait valoir qu'il bénéficie d'un droit portant sur la construction réalisée par application de l'article 2255 du Code civil qui définit la possession.

La Cour d'appel de Versailles a fait droit à la demande de l'exproprié en fixant le montant de l'indemnité à laquelle il prétend pouvoir bénéficier, considérant que, si ce dernier était titulaire d'une autorisation temporaire d'exploiter son fonds de commerce sur la terrasse, accordée à titre gratuit et précaire depuis 1981, cette autorisation était toujours en vigueur au moment de la procédure d'expropriation et qu'il devait continuer à profiter de cet usage.

Dès lors, elle affirme que l'appelant peut valablement prétendre à une indemnisation, son préjudice ayant un lien avec l'expropriation.

La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a **validé le raisonnement des juges du fond et rejeté le pourvoi de l'expropriant.**

En effet, l'expropriation pour cause d'utilité publique suppose l'indemnisation de « *l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation* » (article L.321-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique).

La Haute juridiction considère en l'espèce que la perte de la terrasse constitue un préjudice répondant à ces critères dès lors que cette autorisation était en vigueur lors de l'expropriation.

A rapprocher : Article L.321-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; Article L.145-5 du Code de commerce ; Article 2255 du Code civil ; Article 2265 du Code civil

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Saisie attribution : action contre le tiers saisi
Cass. civ. 2^{ème}, 10 janvier 2019, n°17-21.313

Ce qu'il faut retenir :

En cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur, la contestation est portée devant le juge de l'exécution qui peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi.

Pour approfondir :

Par acte du 3 novembre 2011, sur le fondement d'une sentence arbitrale devenue exécutoire, une société a fait pratiquer une saisie-attribution entre les mains d'une banque au préjudice de son débiteur pour obtenir paiement des sommes dues. Cette saisie-attribution faisait suite à une autre saisie-attribution pratiquée le 27 juillet 2011 par d'autres créanciers, dont la mainlevée avait été ordonnée par un jugement du 27 octobre 2011, ainsi qu'à deux saisies-attributions, diligentées, à l'initiative de la société, les 12 et 28 octobre 2011, qui faisaient l'objet au jour de la saisie du 3 novembre 2011 de contestations de la part du débiteur. Par jugement du 15 décembre 2011, le juge de l'exécution a ordonné la mainlevée de la saisie attribution du 12 octobre 2011. Par acte du 10 juillet 2015, la banque a saisi un juge de l'exécution aux fins de voir annuler le procès-verbal de saisie-attribution du 3 novembre 2011 et tous les actes subséquents et, à titre subsidiaire, constater qu'elle n'était pas personnellement débitrice de la société. La Cour d'appel a condamné la banque à payer à la société créancière le montant des fonds disponibles entre ses mains du fait de la mainlevée de la saisie-attribution du 12 octobre 2011, en retenant que les décisions du juge de l'exécution sont exécutoires de plein droit en application de l'article R.121-21 du code des procédures civiles d'exécution, et que la décision de mainlevée d'une saisie-attribution emporte suppression de tout effet d'indisponibilité au profit du saisissant dès sa notification, peu important que cette décision ne soit pas irrévocable.

La Cour d'appel a considéré qu'il résultait de ces dispositions et des décisions de mainlevée successives que les fonds saisis le 12 octobre 2011 entre les mains de la banque, rendus indisponibles en exécution du jugement du juge de l'exécution du 15 décembre 2011, ont été attribués à cette date à la saisie postérieure du 28 octobre 2011, peu important le recours formé à l'encontre de la décision de mainlevée, avant d'être attribués, en exécution du jugement de mainlevée de la saisie du 28 octobre 2011 rendu le 6 janvier 2012, à la saisie du 3 novembre 2011.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation invalide cette position. Elle rappelle le principe de l'article R.211-9 du code des procédures civiles d'exécution, en indiquant qu'en cas de refus de paiement par le tiers saisi des sommes qu'il a reconnu devoir ou dont il a été jugé débiteur, la contestation est portée devant le juge de l'exécution qui peut délivrer un titre exécutoire contre le tiers saisi.

En l'espèce, relevant qu'il ne résultait d'aucune constatation que la banque s'était reconnue débitrice du débiteur saisi au jour de la saisie-attribution litigieuse et qu'il n'était pas soutenu qu'elle en avait été jugée débitrice, la Cour d'appel a violé le texte susvisé. La société créancière ne pouvait pas se dispenser de la décision du juge de l'exécution, pour obtenir son titre exécutoire.

A rapprocher : Article R.211-9 du code des procédures civiles d'exécution

Fin de non-recevoir tirée de la prescription et recevabilité d'une action devant la Cour d'appel
Cass. civ. 2^{ème}, 10 janvier 2019, n°17-20.018

Ce qu'il faut retenir :

Ayant constaté que les conclusions déposées par les intimés avaient été déclarées irrecevables, ce dont il résultait qu'ils étaient réputés ne pas avoir conclu et s'être approprié les motifs du jugement ayant accueilli la fin de non-recevoir tirée de la prescription, c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué sur le moyen de défense dont elle était saisie.

Pour approfondir :

Par acte sous seing privé du 27 juin 1986, un associé a cédé à titre onéreux à ses frères ses parts dans la société fondée par leur père et dont ils étaient les coassociés. Une action en partage a été introduite après le décès de leur père. Estimant avoir été spolié lors de la cession de ses parts sociales, le cédant a fait assigner, par acte du 17 juin 2011, ses frères en annulation de celle-ci pour dol et, subsidiairement, en responsabilité pour manquement à leur obligation de loyauté en tant que dirigeants sociaux à l'égard de l'associé cédant.

La Cour d'appel a déclaré irrecevable, car prescrite, l'action diligentée par le cédant à l'encontre de ses frères, sauf en ce qu'elle tendait à la condamnation de ceux-ci à lui payer des dommages-intérêts. L'associé cédant a formé un pourvoi en cassation, en soutenant que les juges ne pouvaient pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription et que, selon les dispositions de l'article 954, alinéa 2, du code de procédure civile, les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée. Le cédant estimait que la Cour d'appel n'était saisie que des prétentions énoncées au dispositif des conclusions d'appel des parties, rappelant que l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.

Selon le pourvoi, il en résultait que la Cour d'appel ne pouvait retenir qu'une demande formulée par l'appelant est prescrite, lorsque l'intimé n'a pas déposé devant la Cour d'appel des conclusions d'appel recevables, et ceci même si l'intimé a soulevé la fin de non-recevoir tirée de la prescription devant la juridiction de première instance, même si la juridiction de première instance a déclaré prescrite cette demande et même si la dévolution s'est opérée pour le tout devant la Cour d'appel. La Cour de cassation rejette l'argumentation du demandeur au pourvoi, en relevant qu'ayant constaté que les conclusions déposées par les intimés avaient été déclarées irrecevables, ce dont il résultait qu'ils étaient réputés ne pas avoir conclu et s'être approprié les motifs du jugement ayant accueilli la fin de non-recevoir tirée de la prescription, c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué sur le moyen de défense dont elle était saisie.

A rapprocher : Article 954, alinéa 2, du code de procédure civile

DROIT PÉNAL

La nullité des perquisitions causée par la présence d'un tiers autorisé

Cass. crim., 9 janvier 2019, n°17-84.026

Ce qu'il faut retenir :

Une perquisition réalisée en présence d'un tiers autorisé par l'autorité judiciaire doit être frappée de nullité s'agissant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement de l'acte et portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne.

Pour approfondir :

Le 24 avril 2012, la SNCF a déposé plainte contre l'auteur d'une série de dégradations volontaires par graffitis et gravures sur plusieurs de ses équipements, commises entre le 18 mai 2011 et le 13 avril 2012. Monsieur L., le mis en cause, reconnaissant les faits, a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour dégradation de monument destiné à l'utilité ou à la décoration publique en récidive et pour pénétration, circulation ou stationnement dans une partie de la voie ferrée ou de ses dépendances non affectées à la circulation publique.

Par jugement du 15 octobre 2015, le tribunal correctionnel a rejeté ses demandes en nullité d'acte de la procédure et a ordonné un supplément d'information. Le prévenu et le Ministère Public ont interjeté appel de cette décision.

La Cour d'appel a, à son tour, rejeté la demande de nullité formée par le prévenu considérant que la présence alléguée de journalistes durant la perquisition ne peut constituer à elle seule un motif d'annulation de l'acte d'enquête sauf à ce que cette présence ait conduit les enquêteurs à ne pas respecter certaines règles de procédure prévues par le code de procédure pénale, ce qui, en l'espèce, n'est pas démontré.

Le prévenu a, alors, formé un pourvoi en cassation.

La chambre criminelle de la Cour de cassation fait droit aux arguments du prévenu considérant, aux visas notamment des articles 11, 56 et 76 du code de procédure pénale que :

« en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses propres constatations, que des journalistes ont assisté, avec l'autorisation des enquêteurs, à une perquisition au domicile de M. L., ont pris connaissance de documents utiles à la manifestation de la vérité, qui ont été immédiatement saisis et placés sous scellés, la cour d'appel qui, de surcroît, n'a pas répondu comme elle le devait aux conclusions présentées par le conseil de M. L., a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés ».

Ainsi, au soutien de sa décision, la chambre criminelle se fonde, dans un premier temps, sur l'article 11 du code de procédure pénale considérant que constitue « une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, la présence au cours de l'exécution de cet acte, d'un tiers étranger à la procédure, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, fût-ce pour en relater le déroulement dans le but d'une information du public ». Dans un second temps, elle ajoute, sur le fondement des articles 56 et 76 du code de procédure pénale qu'« à peine de nullité de la procédure, l'officier de police judiciaire a seul le droit, lors d'une perquisition, de prendre connaissance des papiers, documents ou données trouvés sur place, avant de procéder à leur saisie ».

Ainsi, la violation est caractérisée dans la mesure où un tiers, même autorisé par l'autorité publique, est présent aux opérations de perquisitions puisque celui-ci (i) n'est pas soumis au secret de l'enquête et de l'instruction comme l'est un magistrat ou un officier de police et que (ii) seul un officier de police judiciaire est autorisé à prendre connaissance des éléments recueillis lors des perquisitions.

La Cour de cassation considère que la violation est caractérisée :

- sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'un grief pour la personne dont le local a été perquisitionné ;

- sans qu'il puisse être opposé le principe de la liberté d'expression et l'information au public ;
- sans qu'il puisse être opposé l'autorisation judiciaire accordée ;
- sans qu'il puisse être opposé le fait que le tiers n'ait pas pris connaissance des documents saisis puisque sa seule présence lors des opérations pourrait lui permettre de prendre connaissance d'informations couvertes par le secret.

Sur ce dernier point, la chambre criminelle avait déjà considéré que la violation du secret de l'enquête et de l'instruction était caractérisée dès lors qu'un tiers avait capté le déroulement d'une enquête par le son ou l'image (Cass. crim., 10 janvier 2017, n°16-84.740).

Dans cet arrêt la chambre criminelle va encore plus loin dans la protection du secret de l'enquête et de l'instruction en considérant que la seule présence d'un tiers quel qu'il soit lors d'une perquisition entraîne de fait la nullité de celle-ci.

A rapprocher : Cass. crim., 10 janvier 2017, n°16-84.740

DROIT DU SPORT

Assiette forfaitaire et franchise de cotisations URSSAF : quels points de vigilance pour les clubs sportifs ?

Cass. civ. 2^{ème}, 20 décembre 2018, n°17-26.921

Ce qu'il faut retenir :

Il n'est pas possible pour une association sportive gérant le centre de formation d'un club sportif professionnel, d'appliquer le mécanisme de l'assiette forfaitaire de cotisations de Sécurité sociale prévu par l'arrêté du 27 juillet 1994 aux sommes versées pour les mineurs de moins de 16 ans, accueillis au sein du club dans le cadre d'une convention de préformation.

Pour approfondir :

A l'occasion d'un vaste contrôle national des clubs de football professionnels mené par l'URSSAF, l'association Football Club des Girondins de Bordeaux s'est vue notifier un rappel de cotisations du chef de l'application erronée selon l'URSSAF, du mécanisme de l'assiette forfaitaire des cotisations de Sécurité sociale, aux sommes versées pour les mineurs de moins de 16 ans accueillis au centre de formation dans le cadre d'une convention de préformation.

Le club de Bordeaux considérait que les gratifications qui étaient versées au sein de l'association amateur, support du club professionnel, à destination des jeunes joueurs de moins de 16 ans, sous convention de formation et ayant vocation à intégrer le centre de formation du club, pouvaient bénéficier du mécanisme d'assiette forfaitaire de cotisations prévu pour les personnes exerçant une activité rémunérée liée à l'enseignement ou à la pratique d'un sport dans le cadre d'une association de jeunesse ou d'éducation populaire agréée par le Ministère de la Jeunesse et des Sports.

Pour sa part, l'URSSAF estimait qu'un stage de formation ou une alternance professionnelle au sein d'une association sportive, ne constituait pas l'exercice d'une activité rémunérée liée à l'enseignement ou à la pratique d'un sport permettant de bénéficier de l'assiette forfaitaire de cotisations sociales.

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir validé le redressement et privilégie le fait que ces jeunes, avant 16 ans, dans le cadre de ce stage de formation rémunéré, continuaient parallèlement de suivre une scolarité obligatoire.

Dès lors, ils ne pouvaient être considérés comme exerçant une activité rémunérée même si, en pratique, les gratifications versées par les associations sportives support des clubs professionnels, pour des joueurs entre 14 et 16 ans, dans le cadre de ses conventions de préformation peuvent parfois déjà être relativement importantes.

Cet arrêt est l'occasion de rappeler l'existence en matière sportive, des mécanismes d'assiette forfaitaire et de franchise de cotisations sociales qui peuvent permettre aux clubs sportifs d'opérer des économies substantielles, mais doivent être utilisés avec vigilance.

Le **mécanisme d'assiette forfaitaire** de cotisations sociales est issu d'un arrêté du 27 juillet 1994 qui permet aux clubs sportifs, ou à un organisateur de manifestations sportives, de ne payer les cotisations de Sécurité sociale que sur une assiette forfaitaire, et non sur la totalité de la rémunération versée.

Ainsi, pour les rémunérations inférieures à 45 smic horaire, l'assiette forfaitaire correspond à 5 smic horaire ; pour les rémunérations situées entre 45 et 60 smic horaire, l'assiette forfaitaire correspond à 15 smic horaire ; etc. jusqu'à une assiette forfaitaire de 50 smic horaire pour une rémunération mensuelle située entre 100 et 115 smic horaire.

L'adoption de ce dispositif a eu pour but de privilégier les déclarations d'embauche officielles même sur des faibles rémunérations (temps partiel, ...) et d'éviter les tentatives pouvant exister au sein de certains clubs ou associations sportives, de ne pas déclarer les salariés embauchés pour de faibles volumes horaires, préférant des paiements sous forme de frais de déplacement parfois fictifs, ou autres mécanismes de contournement.

A noter cependant : ce mécanisme d'assiette forfaitaire ne s'applique qu'aux personnes exerçant dans le cadre d'organismes à but non lucratif, dont pouvait, dans l'arrêt commenté, faire partie de l'association loi 1901 gérant le secteur amateur du club professionnel.

Dans le même ordre d'idée, une circulaire interministérielle du 28 juillet 1994 permet aux clubs sportifs de verser certaines sommes en **franchise de cotisations**, aux sportifs ou aux personnes qui participent ou assument, des fonctions nécessaires à l'encadrement et à l'organisation des manifestations sportives pour le compte des clubs ou des organisateurs (guichetiers, billettistes, accompagnateurs, collaborateurs occasionnels ; les arbitres disposant eux de leur propre mécanisme d'exonération en application de l'article L.241-16 du Code de la Sécurité sociale).

Ainsi, dans la limite de 5 manifestations par mois, une somme correspondant en 2019 à 130 euros par manifestation, peut être versée en exonération de cotisations. Cette exonération ne concerne pas les cotisations AGS et assurance chômage si le bénéficiaire perçoit parallèlement un salaire soumis à cotisations au sein du club. Ce mécanisme est utilisé par de nombreux « petits » clubs pour gratifier certains sportifs ou employés occasionnels, puisque cette mesure est réservée à ceux employant moins de dix salariés permanents à l'exclusion des sportifs eux-mêmes. Attention cependant : ce mécanisme de franchise de cotisations ne s'applique pas aux membres du corps médical et paramédical, aux professeurs, moniteurs et éducateurs sportifs chargés de l'enseignement du sport, ni aux personnels administratifs desdites structures.

Les deux mécanismes (assiette forfaitaire et franchise) peuvent se cumuler. D'une manière générale, comme en témoignent de réguliers redressements, ces dérogations sont appréciées strictement par l'URSSAF et les juridictions, de sorte que même si elles apparaissent évidemment utiles et favorables aux clubs sportifs, elles doivent être maniées avec prudence.

A rapprocher : CA Toulouse, 19 mai 2017, n°14/03922

DROIT INTERNATIONAL

CHINE : Projet de loi relatif aux Investissements Directs Etrangers

Texte

Ce qu'il faut retenir :

Le 23 décembre 2018, le projet de loi sur les investissements étrangers en Chine (中华人民共和国外商投资法 (草案)) (« Projet de loi ») a été soumis au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale (pouvoir législatif suprême chinois) pour un premier examen et devrait remplacer les trois lois actuellement en vigueur en Chine concernant les entités sous contrôle étranger.

Ce Projet de loi devrait permettre de favoriser davantage les droits des investisseurs étrangers en Chine.

Pour mémoire :

Concernant les investissements directs étrangers en Chine, il existe actuellement trois lois en la matière, à savoir (« **3 Lois** ») :

- la loi sur les joint-ventures à capitaux sino-étrangers (中外合资经营企业法),
- la loi sur les joint-ventures contractuelles à capitaux étrangers (中外合作经营企业法),
- la loi sur les sociétés à capitaux entièrement étrangers (外资企业法).

Ces 3 Lois, malgré leur mise à jour pour la dernière fois en date du 3 septembre 2016 par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, ne peuvent plus répondre à l'évolution de la situation économique, alors que la Chine s'efforce de construire de nouveaux projets et d'ouvrir davantage son économie.

Une nouvelle loi unifiée et claire, tant attendue par tous les acteurs de l'économie, vise à garantir cette prochaine phase de mise en place d'un nouveau système d'ouverture économique chinoise, et un meilleur accueil des investissements directs étrangers en Chine.

Pour approfondir :

- **Les principes (Art. 1 à 8)**

Selon le Projet de loi, les entreprises étrangères recevront un traitement national de pré-établissement (准入前国民待遇) ainsi qu'un système de gestion de la Liste négative (负面清单) (Art. 4).

Selon la pratique internationale, le traitement national de pré-établissement repose essentiellement sur le traitement national des capitaux étrangers lors d'entrée dans un pays.

Il existe toutefois quelques exceptions à ce traitement : de nombreuses nations recourent ainsi au principe de la liste négative pour empêcher les capitaux étrangers d'entrer dans des industries clés ou des secteurs sensibles.

A contrario, tous les domaines ne figurant pas sur la liste négative sont accessibles aux capitaux étrangers par un traitement uniforme et sans approbation préalable du gouvernement.

De même, d'après le Projet de loi, les entreprises ne seront pas réglementées en fonction de leur détention capitalistique directe, mais en fonction de la personne qui détient le contrôle de l'entreprise. Ainsi, les sociétés étrangères en Chine contrôlées par des investisseurs étrangers seront considérées comme étrangères, tandis que celles qui sont contrôlées par des investisseurs chinois seront considérées comme chinoises (Art. 2).

Cette initiative permettra de créer un environnement commercial prévisible et transparent pour les investisseurs mondiaux et de protéger leurs intérêts et leurs droits, tout en leur assurant un traitement national et des conditions de marché équitables.

- **La promotion d'investissements étrangers (Art. 9 à 19)**

Les investisseurs étrangers bénéficieront des mêmes droits que les entreprises nationales pour participer à des opérations sur le capital telles que l'émission d'actions (Art. 17) et la passation de marchés publics en Chine (Art. 16). Le Projet de loi indique également que l'Etat chinois peut continuer à établir les politiques de promotion encore plus avantageuses dans les différentes zones franches en Chine (Art. 13). De même, les gouvernements locaux dans les provinces peuvent établir leurs propres politiques de promotion d'investissements étrangers dans le cadre des principes nationaux.

- **La protection des investissements étrangers (Art. 20 à 26)**

Le Projet de loi prévoit également que l'apport en capital, les bénéfices et les gains en capital des investisseurs étrangers en Chine pourront être librement transférés (sans autorisation administrative préalable) hors du pays, en renminbi ou dans d'autres devises (Art. 21). Par ailleurs, le Projet de loi précise que l'Etat protégera les droits de propriété intellectuelle des investisseurs étrangers et encouragera la coopération technologique fondée sur des principes de volontariat et les règles commerciales (Art. 22).

Les conditions relatives à ce type de coopération seront déterminées par consultation entre les parties concernées.

Le transfert forcé de technologies des entreprises étrangères vers les sociétés chinoises est ainsi empêché, et le Projet de loi accorderait ainsi aux sociétés étrangères les mêmes prérogatives dont jouissent les compagnies chinoises en matière de la protection de propriété intellectuelle.

L'expropriation des actifs des investissements étrangers en Chine est en principe interdite, sauf si l'intérêt général prouve une réelle nécessité et à condition d'indemniser les investisseurs étrangers à juste titre (Art. 20).

De leur côté, les départements du commerce des provinces doivent également créer un système de traitement des plaintes des investisseurs étrangers pendant leur établissement et améliorer leurs mécanismes de travail afin de mieux traiter ces sujets et de réagir rapidement aux problèmes (Art. 25).

- **La gestion des investissements étrangers (Art. 27 à 33)**

L'article 27 souligne qu'il est interdit pour les investisseurs étrangers d'investir dans les secteurs définis dans la Liste négative préparée par le gouvernement chinois (Conseil des affaires d'Etat) (Art. 4).

Toutes les procédures administratives des investissements étrangers se font dans un guichet unique (Art. 29).

L'Etat chinois établit un système de rapport d'information pour les investissements étrangers, l'Administration des Industries et Commerces doit rapporter toutes les informations concernées vers le Mofcom (Art. 31).

- **La responsabilité légale et les annexes (Art. 34 à 39)**

La corruption des fonctionnaires dans les procédures administratives des investissements étrangers doit être réprimée (Art. 34).

Les investissements réalisés dans les secteurs interdits définis par la Liste négative, malgré les mises en demeure faites par l'administration chinoise compétente, sont donc confisqués par l'Etat chinois (Art. 35). Les entités sous contrôle étranger, établies dans le cadre des 3 Lois, peuvent continuer à exister pendant 5 ans à partir du moment de l'entrée en vigueur du Projet de loi (Art. 39).

Le même jour que la soumission du Projet de loi au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale (23/12/2018), le Projet de loi a été publié sur le site officiel de l'Assemblée populaire nationale, pour solliciter l'opinion publique. Le public peut faire entendre sa voix sur Internet ou envoyer des propositions par mail jusqu'au 24 février 2019 :

http://www.npc.gov.cn/COBRS_LFYJNEW/user/UserIndex.jsp?ID=13126141

Monsieur Tang Wenhong, Directeur général du Département de l'administration des investissements étrangers au Ministère du Commerce (Mofcom), précise que le Mofcom et d'autres autorités compétentes faciliteront le processus législatif du Projet de loi.

« Dans des circonstances actuelles, les multinationales souhaitent sans aucun doute renforcer la coopération avec leurs partenaires chinois pour promouvoir le développement régional, l'innovation technologique, les services de sous-traitance et la sécurité des produits », a déclaré Monsieur Liu Junhai, Professeur de droit commercial à l'Université Renmin de Chine.

En dépit du ralentissement des investissements internationaux transfrontaliers mondiaux et de la concurrence mondiale de plus en plus intense, les investissements directs étrangers en Chine ont continué à bien progresser en 2018, a souligné le Mofcom : au total, 60 533 nouvelles entreprises à financement étranger ont été créées en Chine au cours de l'année 2018, soit une hausse de 69,8 % par rapport à l'année précédente (http://www.fdi.gov.cn/1800000121_33_11806_0_7.html).

ACTUALITÉ

ÉVÉNEMENTS A VENIR :

FEVRIER 2019

Actualités des baux commerciaux

Petit-déjeuner conférence organisé par [SIMON ASSOCIES](#) et animé par [AMELIE PINÇON](#)

19 février 2019 – Paris

COMPLET

MARS 2019

Quelles sont les responsabilités partagées en matière de Compliance ?

Webinaire organisé par [SIMON ASSOCIES](#) et animé par [FLORENCE SCHLEGEL](#)

14 mars 2019 – Live

Plus d'informations prochainement

Espionnage économique : comment s'en prémunir ?

Matinale organisé par le [MEDEF LYON-RHONE](#) et [SIMON ASSOCIES](#)

Avec les interventions de [FLORENCE SCHLEGEL](#) et du Ministère de l'Intérieur

21 mars 2019 – Lyon

En savoir plus et s'inscrire

Compliance & Cyber-sécurité

Conférence organisée par [SIMON ASSOCIES](#) et animée par [STEPHANIE DE GIOVANNI](#)

28 mars 2019 – Paris

Plus d'informations prochainement