

Veille juridique du 10 novembre 2016

Présentée par :

Alice CALDUMBIDE – Mélanie CESCUT-PUORE – Axel DELZEN – Andrea NACHE

CONSOMMATION

Vers la création d'un régime juridique propre à l'autoconsommation

- Ordonnance n°2016-1019 du 27 juillet 2016

Dans un contexte où de plus en plus de ménages ont recours à l'autosuffisance dans un but économique, une pratique répandue du fait du développement des énergies renouvelables, voilà une ordonnance qui devrait contribuer au développement d'opérations d'autoproduction et d'autoconsommation d'électricité.

L'ordonnance n° 2016-1019 du 27 juillet 2016 offre une base législative pour créer un régime juridique spécifique à ces opérations.

Concrètement, elle définit les opérations d'autoconsommation, qui consistent pour un producteur, à consommer lui-même tout ou partie de l'électricité produite par son installation. L'autoconsommation a, véritablement, été inscrite dans le droit avec la loi pour la transition énergétique et la croissance verte (LTECV).

Elle ajoute que désormais l'autoconsommation peut être aussi collective. Lorsque plusieurs producteurs ou consommateurs finals participent à cette opération. Ces personnes doivent dans ce cas se regrouper au sein d'une entité juridique (association, coopérative...) créée spécifiquement à cet effet. Afin de s'assurer du caractère de proximité sur le réseau électrique, les points de soutirage et d'injection doivent être situés sur une même antenne basse tension du réseau public de distribution.

L'autoconsommation collective pourra concerner, par exemple, des projets d'approvisionnement de logements collectifs ou de centres commerciaux par une installation solaire implantée sur site.

Toutefois, les installations de production qui participent à une opération d'autoproduction doivent, avant leur mise en service, être déclarées par leur exploitant auprès du gestionnaire de réseau de distribution auquel elles sont raccordées.

Le surplus de l'électricité produite non consommée pourra continuer à être injecté sur les réseaux publics, l'ordonnance précisant sur ce point que pour les installations d'une puissance inférieure à un seuil qui reste à définir, ce surplus pourra être vendu à un tiers ou cédé gratuitement au gestionnaire du réseau de distribution auquel le site est raccordé, afin de compenser les pertes techniques dudit réseau.

Andréa NACHE

Médiation obligatoire prévue au contrat de bail commercial

- Cass. Civ., 3^{ème}, 6 octobre 2016, n°15-17989

Un bailleur ou un locataire peuvent-ils saisir directement la justice lorsque le bail commercial contient une clause de médiation ?

Dans les contrats rythmant la vie des affaires, les parties peuvent prévoir le recours à la médiation et/ou à l'arbitrage. En insérant ces clauses, les parties décident, avant même la naissance du conflit, quels seront les outils mis en œuvre pour régler leurs différends le moment venu.

En l'espèce, une SCI (société civile immobilière) donne à bail à une société, un local dépendant d'un centre commercial en cours de construction, le contrat devant prendre effet à la date de livraison au preneur, au minimum trois mois avant l'ouverture au public. Un litige est né entre les parties à propos de l'implantation d'une enseigne extérieure, le locataire avait refusé d'entrer dans les lieux, ce qui avait amené le bailleur à saisir le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux pour obtenir sa condamnation à lui payer cette indemnité d'immobilisation.

Devant ce Tribunal, le locataire a contesté en faisant valoir la clause de médiation insérée dans le bail, qui distinguait les hypothèses de saisine directe du juge (seulement en cas d'arriérés de loyers, charges et accessoires ; l'indemnité d'immobilisation était donc contractuellement exclue) et de saisine indirecte (seulement après échec de la médiation sur toutes les autres questions, et donc aussi sur celle de l'indemnité d'immobilisation).

Le Tribunal a rejeté la demande du bailleur au visa de cette clause de médiation. Et ce, fort logiquement, compte tenu des termes clairs de son libellé : le bailleur aurait dû préalablement mettre en œuvre la procédure contractuelle amiable de médiation et ne s'adresser à la justice qu'en cas d'échec de celle-ci.

Le bailleur a fait appel de ce jugement et la Cour d' appel de Bordeaux lui a alors donné gain de cause, considérant que l'absence de mise en œuvre de la procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge pouvait être régularisée devant la Cour d'Appel avant qu'elle statue, se fondant sur l'article 126 du Code de procédure civile qui permet la régularisation dans ce délai des causes d'irrecevabilité tenant à des fins de non-recevoir.

La 3ème Chambre Civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 octobre 2016, casse l'arrêt d'appel et juge irrecevable la demande du bailleur, sur le motif de la clause contractuelle de médiation, qu'elle considère comme constituant la loi des parties.

Il existe aujourd'hui une volonté réelle de privilégier les modes alternatifs de règlement des conflits, c'est-à-dire par des procédés ne faisant pas appel aux juges mais favorisant la solution des litiges par le recours à un tiers (médiateur ou conciliateur). La Cour de cassation veille à ce que la volonté des parties soit respectée lorsqu'elles ont prévu le recours à ces techniques.

Andréa NACHE

**Notion de consommateur – La nature du contrat de prêt est indifférente pour
déterminer la qualité des emprunteurs**

- Civ. 1re, 22 sept. 2016, n° 15-18.858

Le droit de la consommation n'a vocation à s'appliquer que lorsque l'on se situe dans son champ d'application. Pour entrer dans ce dernier, il faut être face à une relation consommateur/professionnel ou, dans certains cas particuliers, dans une relation non-professionnel/professionnel. Tout l'enjeu de la qualification des parties est alors l'application des dispositions du Code de la consommation aux parties, et donc à leur litige.

L'article liminaire du Code de la consommation, issu de l'ordonnance du 14 mars 2016, définit le consommateur comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Dans l'affaire ayant fait l'objet de l'arrêt en présence, c'est bien de cette définition dont il est question. Plus précisément, la Cour de cassation avait à répondre de la question suivante : des époux ayant contracté un prêt de nature spéculative doivent-ils être considérés comme des consommateurs ou bien la nature du prêt en cause suffit-il à écarter la qualité de consommateur ?

La banque a notifié aux emprunteurs la déchéance du terme puis leur a délivré un commandement de payer. La prescription de droit commun est de cinq ans alors que la prescription prévue dans le Code de la consommation est de deux ans. Toute la question était donc de savoir si les époux, ayant consenti à un prêt de nature spéculative devaient se voir appliquer le délai de droit commun ou bien le délai de droit spécial. En l'espèce, si le délai de droit spécial était retenu, alors l'action de la banque était prescrite. Mais si le délai de droit commun était retenu, l'action de la banque était recevable car non prescrite. Le couple avait tout intérêt à se voir appliquer le délai du Code de la consommation tandis que la banque avait plutôt intérêt à ce que ce soit celui du Code civil.

Dans le but de voir son action non prescrite et de demander l'application du délai de droit commun, la banque avance l'argument selon lequel le couple ne possède pas la qualité de consommateur du fait de la nature spéculative du prêt consenti, qui n'est pas souscrit « pour des besoins ordinaires ». Partant, doit-on privilégier le critère matériel sur le critère finaliste de la qualification de consommateur ? La Cour de cassation répond par la négative en

énonçant de manière claire et explicite que « *ne perd pas la qualité de consommateur la personne physique qui, agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, souscrit un prêt de nature spéculative* », le prêt ayant été contracté à des fins étrangères à l'activité des époux, il n'entre donc pas dans le cadre de leur activité et doivent donc être considérés comme des consommateurs.

Dès lors, peu importe la nature du prêt, voire même plus largement du contrat conclu, à partir du moment où une personne physique agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole alors elle bénéficie automatique de la qualité de consommateur.

Mélanie CESCUT-PUORE

Aides d'État: L'Irlande a accordé pour 13 milliards d'euros d'avantages fiscaux illégaux à Apple

- SA.38373 § - Alleged aid to Apple DG Concurrence

La notion d'aide d'État peut être définie comme une aide accordée par les États ou au moyen de ressources d'États sous quelque forme que ce soit favorisant certaines entreprises ou productions¹. En l'espèce, il faut définir l'aide d'État comme une dépense fiscale : qui sont des pertes de recettes directes résultant des dérogations fiscales².

Les dépenses fiscales, sont légales, de ce fait, votées par le parlement. Ici nous sommes dans une situation bien différente. En effet, l'Irlande n'a pas voté de loi permettant à Apple de payer 0,005% d'impôt sur les sociétés (en 2014), mais a répondu à un rescrit fiscal. C'est une procédure permettant à un administré, personne physique ou morale, de poser une question à l'administration fiscale sur sa situation. La réponse de l'administration sera appelée rescrit fiscal en droit français, Tax-Ruling dans les pays anglo-saxon.

La Commission européenne a ouvert une enquête en matière d'aides d'État en juin 2014 concernant l'Irlande et deux sociétés d'appel au sujet de « Ruling ». Ces dispositifs sont considérés comme contraires aux règles de l'Union européenne car ils confèrent à l'entreprise un avantage significatif que n'ont pas les concurrents d'Apple.

La commission peut ordonner, sur demande, à ce que l'aide soit récupérée par l'État sur une durée de 10 ans à compter de la première demande de renseignements (article 15 §1 du Règlement 659/1999), en l'espèce entre juin 2003 à juin 2014. Ce montant est égal à 13 milliard d'euros, plus intérêts (article 9 784/2004).

Le principe du Ruling n'est pas illégal en soi. Un pays peut vouloir attirer des entreprises sur son territoire. En revanche, que le Ruling soit seulement artificiel, c'est un principe qui n'a pas été accepté par la Commission.

Cette décision ne remet pas en cause le principe que tous les pays membres de l'Union européenne, restent souverains en matière fiscale, que ce soit l'assiette ou les taux d'imposition.

¹ C. GAVALDA; G. PARLEANI, Droit des affaires de l'union européenne, 6^{ème} édition, p.494

² Rapport public annuel de la Cour des comptes février 2011

Qu'en est-il de la récupération de ces aides d'Etat ? En principe, l'article 14 du Règlement 659/1999 tend à s'appliquer. L'aide doit être récupérée par l'État membre afin de supprimer la distorsion de concurrence. Cette décision est susceptible de recours devant les juridictions de l'Union européenne, ici devant le Tribunal de Première Instance (TPI), par le destinataire, ou les tiers (CJCE 28 janvier 1986, aff. 169-84). Cependant, ce recours n'est pas suspensif, l'État se doit de récupérer l'aide.

Cette décision a été rendue publique le 30 août 2016. Le 9 novembre 2016, l'Irlande via son Premier Ministre Enda Kenny a fait savoir son intention de faire appel de cette décision, en arguant que cela aurait de graves conséquences sur l'économie et l'image dont jouit l'Irlande sur la place internationale quant à ses taux d'imposition, ces derniers étant les plus faibles d'Europe : aux alentours de 12,5% pour l'impôt sur les sociétés.

La Commission a déjà, dès le mois d'octobre 2015, considéré que le Luxembourg avait accordé des avantages fiscaux, en contradiction avec les règles européennes sur les aides d'État. La Belgique quant à elle, a accordé des avantages, dits « aides d'États » pour les bénéficiaires excédentaires de 35 multinationales implantées sur le sol européen.

Dans les mois à venir, ce sont deux géants américains Mac Donald's et Amazon, tous deux basés au Luxembourg, qui vont être sollicités par la Commission.

La Commission, par ses prises de position, veut être le fer de lance d'une imposition plus équitable et d'une plus grande transparence en matière fiscale des États membres. Elle tend à améliorer les échanges d'informations afin de lutter contre l'évasion. A fortiori, elle pourra, peut être, se permettre d'imposer, ou recommander, dans une version plus souple, des taux d'imposition minimum aux États membres afin de garantir une compétition par le haut des règles fiscales, et non pas par le moins imposant.

Axel DELZEN

Le 8 novembre 2016 : L'Autorité de la Concurrence a sanctionné conjointement les groupes Altice et SFR à une amende de 80 millions d'euros.

L'article L.430-1 du Code de commerce établit la notion de concentration :

I. - Une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

Cependant, il apparaît que l'opération de concentration n'est pas libre. Au contraire, elle est très strictement contrôlée. Celle-ci doit, ainsi, faire l'objet d'une notification à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation. Au titre de l'article L.430-3 du Code de commerce, la notification peut « intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti, pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique ».

C'est sur ces fondements que l'Autorité de la Concurrence a rendu une décision sans précédent : une première en France et en Europe.

Le groupe Altice a en effet écopé d'une amende de 80 millions d'euros, pour avoir mis en oeuvre sa fusion avec Numéricable lors de son rachat en 2014, sans avoir notifié cette opération à l'Autorité de la concurrence. Cette pratique est qualifiée de réalisation anticipée de concentration, ou « gun-jumping ».

A titre d'exemple, parmi les précédents notables en Europe et dans le monde, on peut citer l'affaire Gemstar aux Etats-Unis en 2003 (environ 5 millions d'euros d'amende), l'affaire Mars/Nutro en Allemagne en 2008 (4,5 millions d'euros d'amende), l'affaire Electrabel de la

Commission européenne en 2009 (20 millions d'euros d'amende) et l'affaire Cisco Systems Inc / Technicolor au Brésil en 2016 (environ 8 millions d'euros d'amende).

I. Pourquoi la réalisation de l'opération de réalisation anticipée de concentration est-elle prohibée?

Une telle interdiction a plusieurs objectifs : en tout premier lieu, elle permet de garantir l'exercice effectif par l'Autorité de son pouvoir d'autorisation de l'opération. En effet, si des changements structurels ou des échanges d'informations interviennent avant la décision de l'Autorité, le refus par cette dernière n'aurait aucun effet. Dans le même sens, les changements structurels ou échanges d'information ne se produiront pas, dès lors que les parties renoncent à l'opération du fait de cette procédure de contrôle.

Par ailleurs, l'opération produit des effets sur les marchés concernés. L'Autorité doit pouvoir les apprécier avant qu'ils aient un possible effet indésirable. Elle pourra ainsi rendre les remèdes nécessaires. Les entreprises seront ainsi incitées à coopérer avec l'Autorité.

Ainsi, cette interdiction empêche aux entreprises de cesser de se comporter comme des concurrents, pour agir comme une entité unique, avant la date d'autorisation.

II. Comment l'Autorité de la Concurrence a-t-elle pu déceler la réalisation anticipée de l'opération de concentration?

L'Autorité est dotée de véritables pouvoirs d'enquête. Elle a pu, à ce titre, mener une perquisition dans les locaux d'Altice, et examiner tous les échanges de mails et les comptes rendus de réunions intervenus entre les deux entreprises.

Des faits matériels ont ainsi pu donner à l'Autorité des indices flagrants de la réalisation anticipée et ce, à plusieurs titres. Ainsi, Altice (qui opérait par le biais de sa filiale Numéricable) est intervenu à plusieurs reprises dans la gestion opérationnelle de SFR, en validant par exemple un certain nombre de décisions stratégiques. Ainsi, dès juin 2014, Altice est directement intervenu sur la politique commerciale de SFR et, en particulier, sur sa politique tarifaire concernant les offres d'accès internet très haut débit. Le 4 juillet, deux

semaines après une intervention du président d'Altice, SFR a dû par exemple suspendre une offre promotionnelle sur la fibre, qui devait initialement se poursuivre jusqu'au 25 août.

Par ailleurs, l'Autorité a pu déceler un renforcement des liens économiques entre SFR et Numéricable. Par exemple, les deux groupes sont allés jusqu'à négocier et préparer opérationnellement le lancement sous la marque SFR d'une nouvelle gamme d'offres d'accès internet très haut débit utilisant la box, les bouquets TV et le réseau de Numéricable (projet dit « marque blanche »). Ce projet marquait un changement important dans la stratégie très haut débit de SFR, qui était engagé jusqu'alors, dans le développement de sa propre infrastructure.

III. La décision de l'Autorité de la Concurrence a-t-elle réellement eu un impact sur les entreprises concernées ?

Cette sanction a été rendue suite à une procédure transactionnelle. Celle-ci est définie à l'article L.464-2 III, introduit dans le Code de commerce par la loi dite « Macron » du 6 août 2015. Elle permet aux entreprises qui renoncent à contester les griefs notifiés par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, de se voir proposer par le rapporteur général de l'Autorité une transaction fixant le montant maximal et minimal de la sanction encourue.

Cette procédure a permis aux entreprises de s'éloigner très largement du montant potentiel de l'amende que si Altice avait contesté la qualification juridique de l'infraction, à savoir 550 millions d'euros (5% du chiffre d'affaires des entreprises).

Ainsi, il faut se poser la question suivante : 80 millions d'euros d'amende pour une réalisation anticipée d'une opération de concentration, est-ce réellement dissuasif ?

Il semble falloir répondre par la négative. Si le montant semble exorbitant, il n'est que dérisoire pour une entreprise générant un chiffre d'affaires de 14 milliards d'euros et une capitalisation boursière d'environ 30 milliards d'euros. C'est certainement pour cela que le groupe aurait effectué une autre réalisation anticipée de concentration, au Portugal cette fois, avec le rachat de Portugal Télécom, et pour laquelle l'Autorité a ouvert une enquête. Affaire à suivre.

Alice CALDUMBIDE