

DANS CE NUMÉRO

Consommation

Société

Banque - Crédit

CONSOMMATION

■ La vente et la promotion des cigarettes électroniques sont constitutives de concurrence déloyale

Dans un jugement remarqué, le tribunal de commerce de Toulouse interdit, sur le fondement de la concurrence déloyale, à un vendeur de cigarettes électroniques tant de continuer à vendre que de faire de la publicité pour lesdites cigarettes. Cette décision risque de se trouver en contradiction avec la future loi Hamon relative à la consommation.



Depuis quelques mois, les boutiques commercialisant des cigarettes électroniques se développent à un rythme effréné, surfant sur la vague de la lutte contre le tabagisme. Il s'agit là, à l'évidence, du nouveau *business* à la mode, auquel l'on prête – à tort ou à raison – des perspectives de profit mirobolantes. Évidemment, ce phénomène ne plait pas à tout le monde : en particulier, il suscite l'ire des buralistes traditionnels, lesquels, s'ils bénéficient d'un monopole en matière de commercialisation du tabac, sont, en contrepartie, soumis à des contraintes juridiques, notamment en matière de publicité, et fiscales importantes. Ces contraintes ne s'imposeraient-elles pas également aux vendeurs de e-cigarettes ou, inversement, ces derniers bénéficient-ils d'un vide juridique pour exercer en toute liberté leur activité ? Cette question en appelle une autre : les cigarettes électroniques, ainsi que les e-liquides nécessaires à leur utilisation, doivent-ils être assimilés à du tabac ? C'est en tout cas ce qu'a estimé le tribunal de commerce de Toulouse, dans un jugement qui a fait la une des médias. Cette décision a considéré que s'est rendue coupable de concurrence déloyale une société pour avoir procédé : 1) à la promotion et à la publicité de cigarettes électroniques et de e-liquide tant dans les deux boutiques qu'elle exploite dans la région toulousaine (dont l'une à quelques mètres seulement du bureau de tabac exploité par l'auteur de l'assignation) que sur son site internet ; 2) à la commercialisation desdites cigarettes et liquides dans ses boutiques. Elle peut surprendre au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, mais peut-être moins si on la confronte tant au code de la santé publique qu'au code général des impôts.

D'abord, l'article L. 3511-3 du code de la santé publique prohibe, en effet, la publicité ou la propagande, directe ou indirecte, en faveur du tabac ou produits du tabac ou assimilés. Selon l'article L. 3511-1 du même code, « sont considérés comme produits du tabac les produits destinés à être fumés, prisés, mâchés ou sucés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac, ainsi que les produits destinés à être fumés même s'ils ne contiennent pas de tabac ». Pour les juges consulaires, « les produits destinés à être fumés même s'ils ne contiennent pas de tabac » visent les produits de substitution au tabac, ce que sont, entre autres, les cigarettes électronique et le e-liquide. Ce qui explique que leur publicité soit prohibée. Ensuite, l'article 564 decies du code général des impôts qui définit le champ du monopole des buralistes (en réalité du monopole de l'État qui délègue celui-ci aux buralistes), inclut dans ce champ les produits assimilés aux tabacs manufacturés, ce que sont, entre autres, « les cigarettes et produits à fumer, même s'ils ne contiennent pas de tabac ». Les cigarettes électroniques seraient donc également visées par cette disposition. Pour ces deux raisons, la concurrence déloyale a été retenue. Néanmoins, dès lors que le manquement incriminé constitue la violation de dispositions légales impératives, c'est plutôt sans doute de concurrence illégale qu'il faut parler. La notion de concurrence déloyale renvoie, en effet, davantage à l'idée, plus floue, de transgression des « bonnes mœurs » du commerce. Mais peu importe ; il ne s'agit là que de mots.

Ce jugement est également intéressant quant aux sanctions qu'il prononce. Comme souvent, en matière de concurrence déloyale, le préjudice est difficile à quantifier. Une baisse de chiffre d'affaires constatée par celui qui s'estime victime d'une telle concurrence peut, en effet, être imputable à de multiples facteurs (changement de comportement des consommateurs, etc.), et



pas seulement à une captation de clientèle par un concurrent en usant de procédés déloyaux. Par prudence, le tribunal de Toulouse a donc limité les dommages-intérêts à l'euro symbolique. Mais, comme de coutume, la sanction privilégiée revêt un caractère essentiellement préventif : elle consiste en la cessation forcée des agissements illicites, qu'il s'agisse de la vente - y compris par internet - comme de la publicité des produits litigieux. L'originalité réside ici dans le fait que cette mesure est prononcée non pas par le juge des référés, compétent pour prendre toute mesure destinée à prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite (C. proc. civ., art. 873), mais par le juge du principal.

Enfin, le jugement toulousain doit également être analysé à l'aune du projet de loi Hamon relatif à la consommation. En effet, l'article 17 *ter* du projet, issu d'un amendement déposé par un député en première lecture, prévoit d'interdire la vente, mais aux seuls mineurs, des cigarettes électroniques et des liquides avec ou sans nicotine nécessaires à leur utilisation (CSP, art. L. 3511-2-1). Cet article ayant été adopté sans modification par le Sénat, il est désormais figé. C'est dire que si le jugement toulousain se trouve confirmé, il sera partiellement en contradiction avec cette disposition. La prohibition qu'il édicte est, en effet, à la fois plus large et plus étroite que celle adoptée par le Parlement. Plus large, parce qu'elle s'applique à tout public, y compris celui des adultes. Plus étroite, car elle n'interdit pas la vente de cigarettes électroniques par les buralistes, y compris aux mineurs. Cette contradiction devra être tranchée un jour ou l'autre, soit par le législateur, soit par une juridiction d'un rang supérieur, en espérant que ce soit la Cour de cassation.

T. com. Toulouse,
9 déc. 2013, n° 2013J1206



■ Contestation des mesures recommandées par la commission de surendettement et pouvoir du juge

Rencontrant des difficultés financières, un couple avait saisi la commission de surendettement. En vain, dans un premier temps, la commission ayant déclaré le dossier irrecevable. Sur contestation des époux, le juge de l'exécution (désormais le juge d'instance) a, à l'inverse, déclaré les époux recevables à bénéficier de la procédure et renvoyé le dossier à la commission de surendettement. Diverses mesures furent alors recommandées, sans pour autant satisfaire les débiteurs qui les contestèrent. Alors que le juge de l'exécution saisi confirma le bénéfice de la procédure – il s'estimait lié par l'autorité de chose jugée attachée à la décision du premier juge –, la cour d'appel rejette leur demande au motif que les époux n'étaient pas en situation de surendettement.

Le pouvait-elle ? Au stade de la contestation des mesures recommandées, le juge n'est-il pas lié par la décision définitive du premier juge saisi d'un recours contre une décision d'irrecevabilité ? Nullement. Ce n'est pas parce que celui-ci a finalement déclaré la demande recevable que celui-là ne pourra pas constater l'absence de situation de surendettement et rejeter la demande. Le juge qui statue sur la contestation des mesures recommandées (ou imposées) retrouve, en première instance comme au stade de l'appel, la plénitude de son pouvoir juridictionnel sans pouvoir du reste écarter des créances qui n'avaient pas été déclarées devant la commission ou qui sont apparues postérieurement à sa décision. L'article L. 332-2, alinéa 4, du code de la consommation (avant comme après la L. n° 2010-737, 1^{er} juill. 2010) habilite expressément le juge à s'assurer que le débiteur se trouve bien en situation de surendettement.

Civ. 2^e, 17 oct. 2013,
F-P+B, n° 12-23.360



#SOCIÉTÉ

■ Rachat par une société de ses propres parts en vue de leur annulation : régime fiscal

Le propriétaire de parts sociales de 665 parts d'une société civile immobilière décède après avoir, par testament, institué une légataire universelle et octroyé un legs particulier de 300 parts à un tiers. Selon les statuts de cette société civile immobilière (SCI), en cas de décès d'un associé, la société continue entre les associés survivants, les droits attachés aux parts de celui décédé étant transférés aux associés survivants ou à la société, si les associés décident du rachat des parts en vue de leur annulation, tandis que les ayants droit de l'associé décédé ont seulement droit au prix de rachat, par les associés survivants, des parts de l'associé décédé. Près d'un an après le décès, les deux légataires ont cédé à la SCI l'intégralité de la créance représentant la valeur des parts ayant appartenu au *de cujus*. L'administration fiscale a alors adressé à la SCI une mise en demeure de présenter cet acte à la formalité de l'enregistrement, puis lui a notifié une proposition de rectification le taxant d'office. Après mise en recouvrement du rappel d'impôt en résultant et rejet de sa réclamation amiable, la SCI a saisi le tribunal de grande instance afin d'être déchargée de cette imposition. Sa demande est rejetée tant devant les premiers juges que par la cour d'appel. Pour rejeter cette demande, l'arrêt relève que deux actes ont été établis, l'un du 22 février 2005, avec les ayants droit du *de cujus*, pour constater le rachat par la SCI de la créance née du décès de celui-ci, l'autre du 18 avril suivant pour procéder à la réduction du capital de la SCI. Il retient dès lors que, au sens du droit fiscal, ce rachat est assimilé à une cession donnant ouverture à la perception du droit de cession dans des conditions identiques à celles d'une cession de parts à





un tiers (soit à l'époque des faits et, conformément à l'art. 726, I, du CGI, au taux de 4,80 %).

Cassation. Pour la Cour, l'acte litigieux ne pouvait recevoir légalement la qualification de cession de parts sociales. Elle demeure néanmoins silencieuse sur la qualification à retenir et sur le régime fiscal à adopter. Si l'on s'en tient à la doctrine administrative, celle-ci envisage l'hypothèse du rachat par une société de ses propres titres en vue de leur annulation et la réduction de capital correspondante, que ces opérations soient constatées par un acte unique ou par deux actes distincts. Dans la seconde, qui est celle qui nous intéresse, l'acte qui constate le rachat par une société de ses propres titres est assujéti au droit proportionnel de cession des titres prévu à l'article 726 du code général des impôts. En revanche, l'acte de réduction corrélative de capital est enregistré au droit fixe visé à l'article 814 C, 3°, du code général des impôts dès lors que deux actes distincts sont dressés pour constater les deux opérations, soit 375 € ou 500 € selon que le montant du capital de la société concernée est inférieur ou supérieur à 225 000 euros.

Com. 22 oct. 2013,
FS+P+B, n° 12-23.737



■ Marchés financiers : notion d'information privilégiée précise

La Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union européenne par voie préjudicielle sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par information privilégiée précise au sens des directives de 2003 sur les abus de marché.

La Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF) a infligé à la société Wendel et au président du directoire de cette société à l'époque des faits une sanction pécuniaire de 1,5 million d'euros chacun pour défaut d'information du marché sur la préparation de la montée de Wendel au capital de Saint-Gobain, société cotée. La technique utilisée, quoique pas totalement novatrice – elle avait déjà été expérimentée par le groupe LVMH pour tenter de prendre le contrôle d'Hermès – était relativement originale : des dérivés sur actions (ou contrats de *total return swap* [TRS] conclus avec plusieurs établissements de crédit), habituellement utilisés pour se couvrir contre un risque de dépréciation ou pour spéculer, avaient été émis afin de constituer une participation significative dans le capital de la cible. La sanction a ensuite été confirmée par la cour d'appel de Paris.

Pour les juges d'appel, en substance, il importe, pour les besoins de l'information du public, laquelle doit être « exacte, précise et sincère » (RG AMF, art. 223-1), que l'investisseur soit à même de porter à la connaissance du marché « les principales caractéristiques » de l'opération financière qu'il prépare (RG AMF, art. 223-6), ce qui suppose que cette opération n'en soit pas à un simple projet mais qu'elle soit « suffisamment avancée ». Ils ont ajouté que l'article 223-6 du règlement général de l'AMF n'exige pas que la préparation d'une opération financière ait une issue certaine et soit exempte d'aléas, ni que l'opération envisagée soit exclusive de solutions alternatives.

On aurait pu s'attendre à un rejet du pourvoi dirigé contre l'arrêt d'appel. Il n'en est rien. Devant la Cour de cassation, tout le débat a tourné autour du sens à donner à la notion d'information « précise » au sens de l'article 223-1. Évidemment, l'ancien président de la société Wendel a défendu une conception restrictive de celle-ci. Il considère, dans son pourvoi, que « l'information n'est précise au sens de ce texte que si elle permet à celui qui la détient d'anticiper dans quel sens le cours du titre de l'émetteur concerné variera lorsque cette information sera rendue publique ». Pour l'AMF, en revanche, une telle conception « va au-delà de la lettre du texte des directives 2003/6/CE et 2003/124/CE [sur les abus de marché] qui ne fait pas mention du sens de l'effet possible de l'information sur le cours des instruments financiers concernés ». La Cour de cassation préfère ne pas trancher elle-même le débat. Elle sursoit à statuer et saisit la Cour de justice de l'Union européenne, auxquels elle pose la question suivante : « Les articles 1^{er}, point 1, de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) et 1^{er} § 1, de la directive 2003/124/CE de la Commission, du 22 décembre 2003, portant modalités d'application de la directive 2003/6 en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché doivent-ils être interprétés en ce sens que seules peuvent constituer des informations à caractère précis au sens de ces dispositions celles dont il est possible de déduire, avec un degré de probabilité suffisant, que leur influence potentielle sur les cours des instruments financiers concernés s'exercera dans un sens déterminé, une fois qu'elles seront rendues publiques ? ». Voilà une belle question de principe !

Com. 26 nov. 2013,
FS+P+B, n° 12-21.361



■ Rapport Grandguillaume : vers un statut unique d'entreprise individuelle ?

Le rapport du député Laurent Grandguillaume, intitulé « Entreprises et entrepreneurs individuels - Passer du parcours du combattant au parcours de croissance » contient vingt-sept recommandations, dont la plus emblématique est celle qui vise à créer un statut juridique unique d'entreprise individuelle, dotée de la personnalité juridique et disposant de son patrimoine propre.

Laurent Grandguillaume, député de la Côte-d'Or (PS), a remis le 17 décembre 2013 aux ministres Sylvia Pinel, titulaire du portefeuille de l'artisanat, du commerce et du tourisme et de Fleur Pellerin, ministre chargée, entre autres, des petites et moyennes entreprises, son rapport sur





l'entrepreneuriat individuel. Pour mémoire, ce rapport a été commandé à la fin de l'été par le premier ministre Jean-Marc Ayrault, dans le but de trouver un compromis entre les représentants des auto-entrepreneurs, favorables au *statu quo*, et ceux des artisans, qui, accusant ce régime de source de concurrence déloyale, souhaitent le limiter. Sa vocation initiale est d'alimenter en amendements le projet de loi Pinel sur l'artisanat, le commerce et les très petites entreprises, présenté en Conseil le 21 août 2013 et qui doit être débattu à l'Assemblée nationale en février prochain. Mais il est en réalité bien plus ambitieux. Ses premières pistes sont déjà connues ; elles ont, en effet, été dévoilées à l'occasion de la remise d'un pré-rapport à la mi-novembre. C'est dire que le rapport définitif ne surprendra pas les observateurs les plus attentifs.

Consécration de l'entreprise individuelle

Ce rapport est assorti d'une liste de vingt-sept propositions dont la plus emblématique est celle qui vise à « créer un statut juridique unique d'entreprise individuelle, dotée de la personnalité juridique et disposant de son patrimoine propre », qui serait soumise aux dispositions du code de commerce, hormis pour les dispositions non pertinentes, notamment du fait de l'absence d'associés. L'idée est audacieuse, voire révolutionnaire, la distinction de l'homme et de l'entreprise, pour reprendre la formule de Houin n'ayant jamais été réalisée sur le plan juridique, y compris pour l'entrepreneur individuel ayant opté pour le dispositif de l'EIRL. L'insaisissabilité par défaut – c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'exercer une option en ce sens – de l'habitation principale pour tout entrepreneur individuel serait instituée. Ce statut unique irait de pair avec la disparition de toutes les autres formes juridiques unipersonnelles, à savoir l'entreprise individuelle « classique », l'EIRL et même l'EURL.

Le statut juridique unique de l'entrepreneur individuel se déclinerait en deux régimes sur les aspects fiscaux, et sociaux et deux seulement : le régime réel (ou de droit commun) et le régime au forfait (ou simplifié). Le régime réel correspondrait globalement au régime existant pour les entrepreneurs individuels gérants majoritaires de sociétés. L'originalité, sur le plan fiscal, résiderait toutefois dans le fait que serait créé un impôt sur les entreprises (IE) équivalent de l'impôt sur les sociétés, applicable aux bénéficiaires de l'entreprise individuelle. Sur le plan social, le régime serait proche du régime de droit commun actuel, à quelques nuances près, toutefois. L'assiette serait simplifiée, en étant constituée des prélèvements de toute nature effectués par l'entrepreneur. Par souci de simplicité et de lisibilité, il est, par ailleurs, proposé d'appliquer un taux unique, avec le moins possible de seuils, de plafonds et de différences entre catégories d'entrepreneurs individuel. Il est également envisagé de simplifier les cotisations sociales en régime réel en début d'activité en permettant une déclaration trimestrielle. Pour ne pas mettre à mal les finances du régime social des indépendants (RSI), il n'est cependant pas envisagé de supprimer les cotisations minimales obligatoires pour les personnes relevant de ce régime, en dépit du mécontentement qu'elles suscitent (elles doivent, en effet, être versées même en cas d'absence de chiffre d'affaires). Mais il est proposé de modifier leur montant, ainsi que les protections qui leur sont associées. Quant au régime au forfait, il rassemblerait les personnes actuellement soumises au régime de la micro-entreprise et les auto-entrepreneurs. Il ne serait guère modifié. Il est cependant proposé, et pour les seuls entrepreneurs soumis à ce régime, de remplacer la CFE (cotisation foncière des entreprises) par une contribution économique territoriale proportionnelle au chiffre d'affaires.

Développer l'accompagnement

Selon ce statut juridique unique, la création d'une nouvelle activité se ferait tout d'abord sous la forme d'une déclaration d'intention, donnant lieu à une immatriculation provisoire, en amont de la première déclaration de chiffre d'affaires. Les droits sociaux ne seraient ouverts au profit de l'entrepreneur individuel qu'à compter de la première déclaration de chiffre d'affaires. Un accompagnement tout au long de la vie entrepreneuriale est préconisé. Il est, à cet effet, suggéré de construire, à l'échelle régionale, une politique en faveur de l'entrepreneuriat, en lien avec l'ensemble des acteurs de l'accompagnement (réseau des chambres de commerce et d'industrie, boutiques de gestion, etc.). Il est également préconisé, pour ceux qui envisagent d'exercer une activité artisanale, de moderniser le contenu du stage préparatoire à l'installation (SPI), notamment en adaptant son contenu à la situation particulière de chacun. Il est, enfin, proposé de détecter et prospecter les entrepreneurs au régime simplifié dont le niveau d'activité les rapproche du régime réel pour leur proposer un accompagnement personnalisé. Dans le même ordre d'idées, le passage du régime simplifié au régime réel sera encouragé, cela en incitant fiscalement les entrepreneurs au régime forfaitaire qui dépassent un certain chiffre d'affaires à être suivi par un organisme de gestion agréé (ou équivalent).

Un calendrier ambitieux

Toutes ces mesures ne pourront bien entendu être effectives dans un avenir proche. S'il est proposé d'intégrer dans notre législation les propositions sociales et fiscales du rapport Grandguillaume dès le projet de loi Pinel, sous forme d'amendements en première lecture, les changements liés au statut juridique de l'entrepreneur individuel nécessitent en revanche d'être analysés de manière plus approfondie. Les adaptations législatives et réglementaires requises devraient être prévues





pour le dernier trimestre 2014. Quant aux systèmes d'information des services fiscaux et sociaux et, dans une moindre ampleur ceux de l'INSEE et des CFE et du guichet-entreprise, ils devront être adaptés aux nouvelles règles. Selon le député Grandguillaume, le nouveau dispositif devrait être opérationnel pour les créateurs d'activité pour le début de l'année 2015, ce qui semble optimiste. Pour ce faire, le député propose la mise en place d'un comité de pilotage de la réforme de l'entrepreneuriat individuel, associant les parties prenantes, et un comité opérationnel, chargé de préparer et d'assurer le suivi de la mise en œuvre des décisions. Ambitieux programme !

#BANQUE - CRÉDIT

■ Information en cas d'émission de chèque sans provision : question de preuve

Il incombe seulement à l'établissement de crédit de prouver, lorsqu'il délivre par courrier l'information requise par l'article L. 131-73 du code monétaire et financier en cas d'émission d'un chèque sans provision, qu'il l'a adressée au tireur avant le rejet du chèque en cause.

L'article L. 131-73, alinéa 1^{er}, du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de loi « MURCEF » n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, met à la charge du banquier, teneur d'un compte à partir duquel a été émis un chèque sans provision, une obligation d'information du tireur, son client, dont l'objectif est de diminuer les interdictions bancaires. Ce texte obéit, en effet, à une logique préventive, en ce qu'il vise à accorder au client une « dernière chance » de régularisation, avant le rejet définitif du chèque et la mise en œuvre de la procédure d'interdiction. Cette disposition est rédigée dans les termes suivants : « le banquier tiré peut, après avoir informé par tout moyen approprié mis à disposition par lui le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision, refuser le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante ».

La loi est cependant restée muette quant à la charge de la preuve de l'accomplissement de cette obligation d'information. La jurisprudence est opportunément venue pallier ce silence en posant des solutions somme toute équilibrées. Comme bien souvent, elle fait peser cette preuve sur le professionnel, ici le banquier, bien qu'il soit le débiteur légal de cette obligation d'information. Mais, en contrepartie, le fardeau de la preuve est allégé : « il incombe seulement à l'établissement de crédit de prouver, lorsqu'il délivre par courrier l'information requise par l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, qu'il l'a adressée au tireur avant le rejet du chèque en cause ». Pas davantage. Le banquier n'a donc pas à établir que le client a effectivement reçu les courriers contenant cette information préalable. La solution n'est pas nouvelle. Elle a également été posée de manière très explicite à propos de l'obligation d'information de la caution par le banquier prévue par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier. Concrètement, si cette information est communiquée par courrier, ce qui est l'usage, une lettre simple paraît suffire. Une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qui, seule, fait véritablement preuve de ce que le destinataire a effectivement reçu le courrier qui lui a été adressé, n'est pas requise, ce qui, pratiquement, est source d'économie pour le banquier. Mais, à mesure que les modes d'information par voie électronique (SMS, courriels, etc.) se généralisent, cette jurisprudence pourrait rapidement se retrouver dénuée d'intérêt.

Com. 19 nov. 2013,
F-P+B, n° 12-26.253



Conditions d'utilisation :

L'ensemble des articles reproduits dans la présente newsletter sont protégés par le droit d'auteur.

Les Éditions DALLOZ sont seules et unique propriétaires de ces articles dont le droit de reproduction et de représentation n'est concédé au CNB qu'à titre temporaire et non exclusif, en vue d'une exploitation au sein de Newsletters thématiques.

Cette autorisation d'exploitation n'entraîne aucun transfert de droit de quelque sorte que ce soit au bénéfice du destinataire final. Ce dernier est néanmoins autorisé à re-router la lettre, sous réserve de respecter son intégrité (en ce compris la présente notice), vers sa clientèle, liberté lui étant laissée pour faire œuvre de communication dans le corps du mail envoyé, en fonction de la clientèle visée.