



DOSSIER DE PRESSE





SOMMAIRE

Année 2020

Prêt intragroupe : est-ce préférable de se financer entre soi ?

Pierre Masquart

DAF Magazine

Janvier 2020

L'auto-notation par les candidats à un marché public

Elie Weiss

Lamy de la Concurrence

Janvier 2020

Municipales : pourquoi les résultats du premier tour ne sont pas acquis

François-Henri Briard

Le Point

Mars 2020

Élections municipales 2020 : brève leçon de contentieux électoral

François-Henri Briard

Article paru sur le site Internet du cabinet

Mars 2020

Covid-19 et Monaco : le gouvernement engage-t-il sa responsabilité en restreignant ou interdisant une activité économique pour des raisons sanitaires ?

François-Henri Briard et Arnaud Zabaldano

Article paru sur le site Internet du cabinet

Mars 2020

Féminicide à Grande-Synthe en 2014 : pourquoi l'État a été condamné pour « faute lourde »

François-Henri Briard

Le Point

Avril 2020

Esplanade des pêcheurs à Monaco : les actes illégaux du Ministre d'État coûtent 136 millions d'euros à la Principauté

François-Henri Briard

Article paru sur le site Internet du cabinet

Juin 2020

Esplanade des pêcheurs à Monaco : les actes illégaux du Ministre d'État coûtent 136 millions d'euros à la Principauté

François-Henri Briard

Business Immo

Juin 2020

Esplanade des pêcheurs à Monaco : les actes illégaux du Ministre d'État coûtent 136 millions d'euros à la Principauté

François-Henri Briard

CFNews Immo

Juin 2020

QPC en matière de baux commerciaux : retour sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 mai 2020

François-Henri Briard

Revue Administrer

Juin 2020

Droit fiscal de l'entreprise et des affaires : chronique d'actualités

Pierre Masquart

La Semaine juridique – Entreprise et Affaires

Juillet 2020

Cour suprême : « Des Sages qui défient les pronostics hâtifs »

François-Henri Briard

Le Figaro

Septembre 2020

La cassation au service de l'entreprise

François-Henri Briard

Magazine Entreprendre

Septembre 2020

Les conséquences du Brexit sur la protection de l'environnement au Royaume-Uni

Floriane Beauthier

Actu-Environnement

Octobre 2020

Droit fiscal de l'entreprise et des affaires : chronique d'actualités

Pierre Masquart

La Semaine juridique – Entreprise et Affaires

Octobre 2020

Observation sur une évolution récente du moyen de cassation inopérant

Guillaume Canselier

Recueil Dalloz

Octobre 2020

La Cour suprême des États-Unis et la société américaine

François-Henri Briard

Le Journal Spécial des Sociétés

Octobre 2020



SOMMAIRE

Année 2020

La liberté de culte devant le Conseil d'État

François-Henri Briard

Le Figaro

Novembre 2020

Succès d'Orange devant le Conseil d'État

François-Henri Briard, Pierre Masquart

Article paru sur le site Internet du cabinet

Novembre 2020

Isoler les personnes atteintes du Covid-19 : que dit le droit ?

François-Henri Briard

Le Point

Décembre 2020

Subventions intra-groupe : attention aux redressements !

Pierre Masquart

DAF Magazine

Décembre 2020

Devant le Conseil d'État, le monde du spectacle plaide sa cause

François-Henri Briard

Le Monde

Décembre 2020

Référé-liberté : le cinéma plaide face au Conseil d'État

François-Henri Briard

Box Office

Décembre 2020

« Vous avez privilégié le marchand à la culture »

François-Henri Briard

Le Figaro

Décembre 2020

Francis Lalanne plaide la cause des artistes devant le Conseil d'État

François-Henri Briard

Lextenso

Décembre 2020



Prêt intragroupe : est-ce préférable de se financer entre-soi ?

Alternative au prêt bancaire, le prêt intragroupe qui permet à des sociétés issues d'un même groupe de procéder à des opérations de trésorerie. Si cela semble sur le papier plus simple, il existe des écueils à éviter.



Un Daf par nature est toujours en recherche de financements pour répondre aux besoins de développement de son entreprise ou simplement pour soutenir l'activité. De même il aura toujours tendance à chercher à diversifier les sources de financement en variant les natures et les durées de façon à ménager sa trésorerie et son bfr. Parmi les leviers à sa disposition, le prêt bancaire est le plus utilisé, suivi de près par le recours aux fonds de dette obligataire ou au private equity. Mais il n'est pas toujours nécessaire de faire appel à un tiers extérieur pour contracter un emprunt. Le prêt intragroupe peut être une alternative. En effet, au sein d'un groupe constitué d'une holding et de filiales, les différentes entités peuvent se prêter entre elles. Ce type de prêt fait partie des exceptions au monopole bancaire dans le code monétaire et financier et permet à des entreprises de procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés sœurs. «À partir du moment où une entreprise fait partie d'un groupe et peut justifier d'un lien de capital avec une société mère et/ou une ou plusieurs

filiales ou sous-filiales, il est possible de contracter un prêt intragroupe», explique Yann Beckers, avocat spécialisé en banque et financement, associé au cabinet Stephenson Harwood.

Ce serait donc une source de financement efficace et simple à mettre en place entre la contrôlante et les contrôlées ou les contrôlées entre elles. «Par

exemple, le prêt intragroupe permet de faire de la centralisation de trésorerie, du prêt à terme ou encore du prêt revolving, énumère Yann Beckers. En pratique, ce type de financement de groupe est très utilisé. Mais il est parfois difficile de justifier d'un pouvoir de contrôle effectif si le contrôle entre les deux sociétés est exercé par une personne physique au lieu d'une holding.» En effet, juridiquement, le pouvoir effectif est détenu par l'actionnaire majoritaire qui réunit 50% des actions +1. Or, dans le cas d'une joint-venture détenue à 50/50, il faut entrer dans le détail du pacte d'actionnaires et tenter de déterminer lequel des directeurs généraux dispose du pouvoir de contrôle effectif via l'exercice de ses droits de vote. Voilà donc une première subtilité à bien anticiper.

Par ailleurs, lorsque deux entreprises liées privilégient le financement entre-soi plutôt que de faire appel à un financeur tiers, il convient d'être particulièrement attentif d'un point de vue juri-



dique. «Justement parce qu'on est entre-soi, il faut être extrêmement précis et mettre des gardes fous fiscaux, sans quoi la sanction imposée par le vérificateur en cas de contrôle peut être lourde», prévient un avocat fiscaliste membre de l'Institut des Avocats Conseils Fiscaux (IACF). Dès lors que l'on fait du financement par le biais d'une centrale de trésorerie ou d'un prêt intragroupe, il convient de cadrer la démarche et de largement documenter chaque étape pour éviter d'avoir plus tard un retour de boomerang fiscal. Impossible de faire un financement sans contrepartie sous prétexte qu'il s'agit d'une société sœur. Au plan fiscal, il faut que le prêt consenti soit justement rémunéré et que la preuve de cette juste rémunération soit apportée. Toute la complexité du prêt intragroupe se situe donc au plan fiscal. Une entreprise qui a contracté un prêt intragroupe doit être en mesure de prouver à l'administration fiscale que le taux d'intérêt versé à l'entreprise liée est réaliste par rapport aux taux de marchés en pratique.

Mille-feuille fiscal et jurisprudentiel

L'entreprise est ainsi contrainte de plusieurs façons. Il y a d'une part des mécanismes qui se superposent et des règles strictes en matière de sous-capitalisation. En effet, une entreprise est sous-capitalisée lorsque le montant moyen de ses dettes vis-à-vis d'une entreprise liée excède 1,5 fois le montant de ses fonds propres à l'ouverture ou à la clôture de l'exercice. (À noter: lorsque l'entreprise appartient à un groupe consolidé, les dispositions prévues en cas de sous-capitalisation ne lui sont pas applicables si elle démontre que le ratio d'endettement du groupe consolidé est supérieur ou égal à son propre taux d'endettement.) D'autre part, la limitation à la déductibilité des intérêts ne doit pas être négligée. Pour se soustraire à cette limitation, les entreprises doivent justifier du taux défini dans le prêt. Or, l'écueil se situe justement dans l'apport de la preuve justifiant du taux. En effet, le référentiel accepté par l'administration fiscale en la matière était

« LA DÉDUCTION DES INTÉRÊTS FINANCIERS SUITE AUX OPÉRATIONS INTRAGROUPE EST PARTICULIÈREMENT SURVEILLÉE PAR L'ADMINISTRATION FISCALE QUI CRAINT QUE LES ENTREPRISES TENTENT PAR CE BIAIS DE RÉDUIRE LE MONTANT DE LEUR RÉSULTAT IMPOSABLE. »

Pierre Masquart

Avocat en droit fiscal au cabinet Briard

jusqu'à présent basé sur le référentiel bancaire. Toute référence à des taux pratiqués autre que bancaire, tel que les taux d'emprunts obligataires pratiqués par des entreprises tierces, étaient retoqués par le vérificateur sans autre forme de procès. Mais sur ce point précis, la jurisprudence a récemment évolué. Un avis du Conseil d'État rendu le 10 juillet dernier reconnaît une liberté totale quant au mode de production de preuve en explicitant qu'une entreprise «peut justifier du caractère non excessif d'un taux par tous les moyens». «Cela permet donc de se référer à un emprunt obligataire en provenance d'entreprises tierces si tant est que celui-ci ait été contracté dans des conditions similaires et qu'il représente une alternative réaliste à un prêt intragroupe», précise Pierre Masquart, avocat en droit fiscal au cabinet Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Établir une comparabilité juridique et financière des conditions du prêt pour éviter un futur rattrapage fiscal est donc impératif. «Il faut véritablement démontrer que la comparaison se justifie au cas d'espèce et non pas simplement citer des références», souligne Pierre Masquart.

Cette évolution jurisprudentielle va malgré tout dans le sens de l'ouverture et de la facilitation pour les entreprises. Il est désormais possible d'opposer à l'administration des rendements tiers et de contredire un redressement. Nous ne sommes plus uniquement sur le ter-

rain bancaire. En cela c'est une avancée intéressante. Même s'il est bien sûr préférable de rester prudent. Une vigilance particulière dans la rédaction de la convention de prêt intragroupe est nécessaire. Tout comme il faut être vigilant lors de la mise en place de cette même convention. Il faut passer en revue tous les dispositifs fiscaux anti-abus sans en oublier un seul ! Constituer un dossier documenté est donc absolument nécessaire même pour les PME, car c'est un sujet de redressement facile pour les vérificateurs. Pour autant, malgré ses contraintes fiscales, le prêt intragroupe demeure une solution de financement intéressante pour les entreprises, tout en restant dans les règles du commerce extérieur. ●

Par Camille George [@CamaluCamille](#)



Pour contracter un prêt intragroupe il faut

- Justifier le pouvoir de contrôle effectif ou a minima le lien de capital qui existe entre les deux entités.
- Justifier du taux d'intérêt emprunteur pratiqué en produisant la preuve d'une alternative réaliste.
- Établir une convention de prêt détaillée et documentée, explicitant sa mise en œuvre.

Jurisprudence commentée

RLC 3719

L'auto-notation par les candidats à un marché public

Le Conseil d'État a jugé illégale une méthode de notation laissant les candidats à un marché public s'attribuer eux-mêmes une note s'agissant de la valeur technique. Toutefois, la Haute juridiction laisse la porte ouverte au principe de l'auto-notation dans des conditions mieux encadrées par le pouvoir adjudicateur.

CE, 22 nov. 2019, n° 418460 et 418461, Autocars Faure et Cars Annequin, à mentionner aux tables du recueil Lebon



Par Elie WEISS⁽¹⁾

Avocat à la Cour

Cabinet Briard,
Avocat au Conseil
d'État et à la Cour
de cassation

Le pouvoir adjudicateur peut-il prévoir qu'un candidat à un marché public évalue lui-même son offre ?

C'est la question, en première analyse simple, à laquelle les 7^e et 2^e chambres réunies de la Section du contentieux du Conseil d'État ont répondu aux termes de deux décisions du 22 novembre 2019 au sujet d'un appel d'offres ouvert, lancé par le département de l'Isère, pour la passation d'un marché alloti de services réguliers de transports publics non urbains de personnes par voie terrestre, autrement dit des cars.

Au sein de cet appel d'offres, l'un des trois critères choisis, à savoir le critère de la valeur technique, comportait lui-même un sous-critère représentant 20 % de la note totale du marché tenant au « *niveau d'engagement du candidat en matière de notation de la qualité de service rendu* ». La notation de ce sous-critère dépendait ainsi de la note « qualité » que le candidat estimait devoir obtenir au moyen d'un outil de simulation établi par le pouvoir adjudicateur.

Si le juge du référé précontractuel a rendu une première ordonnance concernant cette procédure, il n'avait pas été saisi du problème de l'auto-notation, de telle sorte que seuls les juges du fond ont statué sur la question dans le cadre d'un recours dit « *Tropic* » formé par les candidats évincés en vue de l'annulation du contrat et de l'indemnisation du préjudice résultant de leur éviction illégale.

Bien que la réponse à cette question semble, à première vue, négative, le tribunal administratif de Grenoble puis la cour administrative d'appel de Lyon ont jugé qu'une telle méthode n'était pas irrégulière.

Une solution moins évidente qu'il n'y paraît en raison de la liberté du pouvoir adjudicateur

S'agissant de la régularité de la méthode de notation d'un marché public pour laquelle a opté le pouvoir adjudicateur, la liberté est la règle et la limite, l'exception.

C'est le principe établi par la décision *Commune de Belleville-sur-Loire* selon laquelle le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en

(1) Le Cabinet Briard était l'avocat des sociétés Autocars Faure et Cars Annequin dans la procédure faisant l'objet du présent article.

œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics.

Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité dans deux cas. D'une part, si elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération. D'autre part, si elles sont susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie⁽²⁾.

Concrètement, s'il est d'usage pour les pouvoirs adjudicateurs d'apprécier la valeur technique des offres au moyen d'un mémoire technique ou d'une note méthodologique⁽³⁾, la comparaison et la hiérarchisation des mémoires techniques produits par les différents candidats peut s'avérer délicate de par leur hétérogénéité.

Il convient par ailleurs de préciser que la valeur contractuelle de ces mémoires ou indications techniques au stade de l'analyse des offres est très incertaine si ce n'est inexistante – ce qui n'est pas sans incidence sur la solution apportée par le Conseil d'État à la question de l'auto-évaluation⁽⁴⁾.

Cette liberté de principe et cette difficulté pratique à départager les candidats s'agissant de la valeur technique de leur offre constituent les deux raisons pour lesquelles le Conseil d'État avait validé, en 2007, l'article 49 du code des marchés publics édicté à l'époque permettant au pouvoir adjudicateur d'exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché⁽⁵⁾.

Le commissaire du gouvernement Boulouis avait alors considéré que même si la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, d'une part, ne prévoyait pas la possibilité de demander des échantillons ou des descriptions au stade de l'analyse des offres et, d'autre part, n'évoquait la possibilité de produire des projets ou des plans que pour la procédure du concours, cette double circonstance n'impliquait pas que cette pratique soit prohibée dans le cadre des autres procédures, « *ni qu'une telle exigence soit par elle-même contraire aux principes de la commande publique* ».

(2) CE, 3 nov. 2014, n° 373362, Cne de Belleville-sur-Loire, Recueil p. 323, BJCP 2015. 112, concl. Pellissier.

(3) V. p. ex. CE, 8 févr. 2010, n° 314075, Cne de La Rochelle, Recueil p. 14.

(4) V. A. Latrèche, Mémoire technique : profession de foi du candidat ou réel engagement contractuel ?, Contrats publics, sept. 2014, n° 146, p. 43, et CE, 29 mai 2019, n° 428628.

(5) CE, 9 juill. 2007, n° 297711, Syndicat EGF-BTP, Recueil p. 298.

Aussi le pouvoir adjudicateur a-t-il la possibilité d'exiger des candidats à un marché public de services qu'ils effectuent des essais, et ce, afin d'apprécier la qualité de leurs offres⁽⁶⁾. Dans ses conclusions, Bertrand Dacosta ne voit pas « *de raison déterminante d'exclure qu'un pouvoir adjudicateur puisse utiliser une méthode d'évaluation des offres au seul motif qu'elle n'est pas explicitement autorisée par le code des marchés publics* »⁽⁷⁾.

Toujours dans le sens d'une plus grande liberté du pouvoir adjudicateur, la Haute juridiction a admis que celui-ci pouvait laisser aux candidats la faculté de proposer eux-mêmes une date précise d'achèvement du marché, si cette faculté était encadrée⁽⁸⁾. L'ensemble des facultés précitées reconnues au pouvoir adjudicateur sont, de la sorte, systématiquement subordonnées à la condition qu'elles ne puissent empêcher l'autorité d'exercer un contrôle que ce soit en aval ou en amont.

C'est, du reste, la grille de lecture adoptée par la cour administrative d'appel de Lyon concernant l'auto-notation, qui a validé le dispositif jugeant que le département n'avait pas renoncé à apprécier la valeur des offres, et ce, pour deux raisons.

D'abord, la cour a considéré que le département avait précisément défini et communiqué aux candidats les modalités selon lesquelles le sous-critère de la qualité serait apprécié et un outil de simulation avait été mis à la disposition des candidats permettant à des opérateurs expérimentés de ce secteur, d'évaluer le niveau de performance de leur service. Elle a, ensuite, jugé que la note attribuée aux candidats avait vocation à servir de référence pour la détermination de la note annuelle « qualité » et pour le calcul d'éventuelles pénalités en cas de futur manquement à cet engagement.

Une liberté limitée par les grands principes européens et nationaux de la commande publique

La latitude laissée au pouvoir adjudicateur trouve ses limites dans les textes et la jurisprudence de l'Union, aujourd'hui repris par le juge national.

Jadis appelés « droits fondamentaux du droit communautaire en matière de marchés publics », les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures

(6) CE, 26 juin 2015, n° 389124, Assistance Publique - Hôpitaux de Paris c/ Sté Am'Tech Médical, Tables p. 747, BJCP 2015.425, concl. B. Dacosta.

(7) « *Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures justifient, certes, des limitations ou des restrictions à la liberté contractuelle des personnes publiques, mais, dans le silence du code, la liberté doit jouer* ».

(8) CE, 1^{er} juin 2011, n° 345649, Cne de Saint-Benoit, Tables p. 1006.

d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure⁽⁹⁾.

Dans l'arrêt *EVN AG et Wienstrom c/ Autriche* de 2003, la Cour considère déjà qu'un critère d'attribution « *qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires est contraire aux principes du droit communautaire en matière de marchés publics* ».

La Cour de Luxembourg a donc précisé très tôt que cette obligation correspondait à l'essence même des directives dans le domaine des marchés publics et que les soumissionnaires devaient se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur⁽¹⁰⁾. Cela implique, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière et que, lors d'une évaluation des offres, ces critères doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires⁽¹¹⁾.

Toutefois, en France, il est de tradition que le juge administratif limite son propre contrôle à l'énoncé préalable des critères de sélection sans examiner l'appréciation ponctuelle du pouvoir adjudicateur des mérites de telle ou telle candidature au vu de ces critères.

Cette distinction fondamentale entre établissement des critères et évaluation des offres « *repose sur l'idée que l'énoncé des critères de sélection participe de la définition objective et préalable des besoins tandis que la notation est une opération subjective d'évaluation des mérites respectifs des offres au regard de ces critères* »⁽¹²⁾.

Si le juge n'a pas effacé, en tant que telle, cette ligne de démarcation, il l'a aménagée de façon à exercer un contrôle toujours plus poussé de la définition des critères.

La Haute juridiction juge en effet que les incertitudes, voire contradictions affectant les critères de sélection des offres constituent un manquement, par le pouvoir adjudicateur, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence⁽¹³⁾. Dans leurs conclusions, les rapporteurs publics

du Conseil d'État se réfèrent dorénavant régulièrement à l'arrêt *Commission européenne c/ Chypre* de 2011 et rappellent que si effectivement la jurisprudence du Conseil d'État témoigne de sa réticence à entrer dans l'appréciation subjective des offres, « *elle ne saurait, comme le rappellent les jurisprudences précitées de la CJUE, vous dispenser de contrôler que le dispositif mis en place pour noter les offres respecte le principe d'égalité entre les candidats* »⁽¹⁴⁾.

Prolongeant cette évolution vers un contrôle plus rigoureux, le Conseil d'État a, par une décision *société Autocars de l'Île de Beauté* de 2015, établi la règle selon laquelle lorsque, pour fixer un critère d'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats⁽¹⁵⁾.

Si la simple lecture de la décision ne permet pas de déceler immédiatement l'influence européenne sur la jurisprudence du Palais-Royal, on retrouve cette empreinte dans les conclusions du rapporteur public qui s'appuie notamment sur la nouvelle directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics qui dispose que « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution* »⁽¹⁶⁾.

La décision *Autocars Faure* commentée s'inscrit donc dans cet élan et le Conseil d'État y dégage un nouveau considérant de principe⁽¹⁷⁾ aux termes duquel « *une méthode de notation des offres par laquelle le pouvoir adjudicateur laisse aux candidats le soin de fixer, pour l'un des critères ou sous-critères, la note qu'ils estiment devoir leur être attribuée est, par elle-même, de nature à priver de portée utile le critère ou sous-critère en cause si cette note ne peut donner lieu à vérification au stade de l'analyse des offres, quand bien même les documents de la consultation prévoiraient que le candidat attributaire qui ne respecterait pas, lors de l'exécution du marché, les engagements que cette note entend traduire pourrait, de ce fait, se voir infliger des pénalités* ».

Ce faisant, la Haute juridiction se sert de principes généraux précités pour exiger du pouvoir adjudicateur qu'il se

(9) CJCE, 4 déc. 2003, aff. C-448/01, *EVN AG et Wienstrom*, ECLI:EU:C:2003:651, pt. 92.

(10) CJCE, 18 oct. 2001, aff. C-19/00, *SIAC Construction*, ECLI:EU:C:2001:553, pt. 34 ; CJCE, 24 nov. 2005, aff. C-331/04, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc*, ECLI:EU:C:2005:718.

(11) Arrêt *SIAC Construction*, préc., pt. 44 ; CJUE, 17 févr. 2011, aff. C-251-09, *Commission européenne c/ Chypre*, ECLI:EU:C:2011:84, pts. 39-40.

(12) Concl. Pellissier sur CE, 4 avr. 2018, n° 416577, *Ministre des armées c/ société Archimed*.

(13) V. p. ex. CE, 20 mai 2009, n° 318871, *Dpt du Var*.

(14) Concl. Pellissier sur CE, 19 avr. 2013, n° 365340, *Ville de Marseille*.

(15) CE, 9 nov. 2015, n° 392785, *société Autocars de l'Île de Beauté*, Table p. 746, *BJCP* 2016. 439, concl. Henrard.

(16) Point 4 de l'article 67.

(17) La décision est fichée aux tables sur ce point.

livre à un contrôle concret et attentif des notes que se sont attribués les candidats.

L'irrégularité de l'auto-notation si cette note ne peut être vérifiée au stade de l'analyse des offres

Appliquant ce considérant de principe, il apparaît que l'auto-notation par les candidats pose, dans la décision commentée, deux problèmes distincts : un premier problème concret lié à la nature humaine ainsi qu'une difficulté de principe en rapport avec les développements jurisprudentiels exposés.

D'une part, concernant le problème concret posé par l'auto-évaluation, il est à craindre que certains candidats se voient plus beaux qu'ils ne sont, fassent des châteaux en Espagne, tandis que d'autres, dont la modestie égale la grandeur, soient plus réalistes, voire même pessimistes quant à la qualité des prestations qu'ils estiment pouvoir délivrer.

Le rapporteur public, Mireille Le Corre, y voit deux risques : « soit que tous soient optimistes et s'auto-évaluent au maximum ce qui revient à neutraliser totalement le sous-critère et partant le critère dans son ensemble eu égard au poids du sous-critère, soit que l'offre la plus avantageuse ne soit pas retenue du fait qu'un candidat soit plus réaliste que le candidat retenu qui aurait lui un optimisme exagéré et en conséquence que le pouvoir adjudicateur ne puisse le vérifier qu'en aval ».

D'autre part, s'agissant du problème de principe et à supposer même que les candidats fassent montre de la plus parfaite probité, la circonstance qu'ils aient renseigné une information honnête sur ce qu'ils croient être la qualité exacte du service n'implique pas nécessairement qu'ils pourront, à l'avenir, proposer une prestation correspondant à cette qualité.

Autrement dit, comme le souligne le rapporteur public, « une bonne information n'est pas synonyme de fiabilité et de pertinence du critère » ; ce à quoi s'ajoute le problème d'un contrôle nécessairement postérieur au moment de l'analyse des offres alors que le pouvoir adjudicateur doit pouvoir vérifier, dès l'analyse des offres, les affirmations du candidat et ne saurait se reposer sur l'édiction d'hypothétiques sanctions.

Dans l'appel d'offres de transport terrestre de voyageurs ici examiné, l'outil de simulation préalablement établi par le département et mis à disposition des candidats les invitait à se donner plusieurs notes sur 10 attribuées à des sous-critères tels que « l'ambiance générale au sein du véhicule (température, lumière, son/bruit), la propreté intérieure et extérieure du véhicule, l'état des équipements à bord, la ponctualité, la conduite respectueuse du code de

la route et l'accueil à bord du véhicule (courtoisie, attitude commerciale, tenue du conducteur) ».

Or, aucun de ces éléments n'est vérifiable et ne saurait être justifié au stade de l'analyse des offres, et ce, même dans l'hypothèse extravagante où un candidat s'attribuerait la note minimale certifiant au pouvoir adjudicateur que ses chauffeurs sont absolument discourtois et ne respectent en aucun cas le code de la route.

Dès lors, cette méthode ne permettant pas au département d'évaluer les candidats de façon objective et uniforme, le Conseil d'État a appliqué le considérant de principe nouvellement dégagé pour annuler l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon.

L'auto-notation définitivement condamnée ?

Dans ses conclusions, Mireille Le Corre préconisait de ne pas sanctionner la méthode d'auto-évaluation en elle-même mais seulement parce qu'elle représentait 20 % de la note totale et car elle se fondait sur des sous-critères invérifiables : « Dit autrement, ce n'est pas l'auto-évaluation seule qui pose problème, c'est l'auto-évaluation prépondérante et non-vérifiable au stade de l'examen des offres ».

Par sa décision *Autocars Faure*, le Conseil d'État semble à première vue s'écarter du rapporteur public de la 7^e chambre lorsqu'il considère que cette méthode de notation est « par elle-même » de nature à priver de portée utile le critère ou sous-critère en cause. Toutefois, la méthode n'est considérée irrégulière que si cette note ne peut donner lieu à vérification au stade de l'analyse des offres, de telle manière que le considérant de principe formulé par le Conseil d'État rejoint l'analyse du rapporteur public : le principe de l'auto-notation n'est pas condamné en tant que tel.

Toujours est-il qu'une seconde incertitude persiste bel et bien.

Dans cette affaire, les candidats devaient certes s'auto-évaluer mais ne pouvaient ni se donner moins de 7/10, une note inférieure n'étant pas suffisante pour satisfaire les besoins du marché ni plus de 9/10, une note supérieure étant considérée comme irréaliste. La note finalement attribuée résulte d'une formule mathématique impliquant que le candidat s'engageant sur un niveau de qualité de 7/10 obtienne aucun point, un candidat s'engageant sur un niveau de 8/10 dix points et un troisième s'engageant sur un niveau de 9/10, le maximum des vingt points sur vingt.

Il résulte pourtant de la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire* précitée qu'est irrégulière une méthode de notation ayant pour effet de neutraliser les écarts entre les prix de sorte que les offres ne peuvent être différen-

ciées qu'au regard des autres critères de sélection, dans la mesure où cette méthode serait susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie⁽¹⁸⁾.

Or, un tel encadrement de la notation tend à favoriser le candidat proposant une qualité de service faible, qui verra sa note artificiellement haussée, et à l'inverse à défavoriser celui présentant une qualité de service élevée, qui verra sa note réduite. Un tel nivellement est, au reste, parfaitement contraire à l'objet même du critère de la valeur technique, à savoir discerner les offres de meilleure qualité.

Cependant, le Conseil d'État ne précise pas dans les motifs de sa décision si une telle méthode a ou non pour effet de neutraliser le critère de la valeur technique et doit être sanctionnée, alors même que ces mêmes motifs font référence à cet encadrement et que la seule référence jurisprudentielle indiquée par la Haute juridiction concerne justement la décision *Commune de Belleville-sur-Loire*.

Il faudra attendre les futures jurisprudences en la matière pour le découvrir, si toutefois la fermeté affichée par le Conseil d'État et la méticulosité du contrôle imposé aux pouvoirs adjudicateurs ne les découragent pas définitivement de recourir à l'auto-évaluation. ■

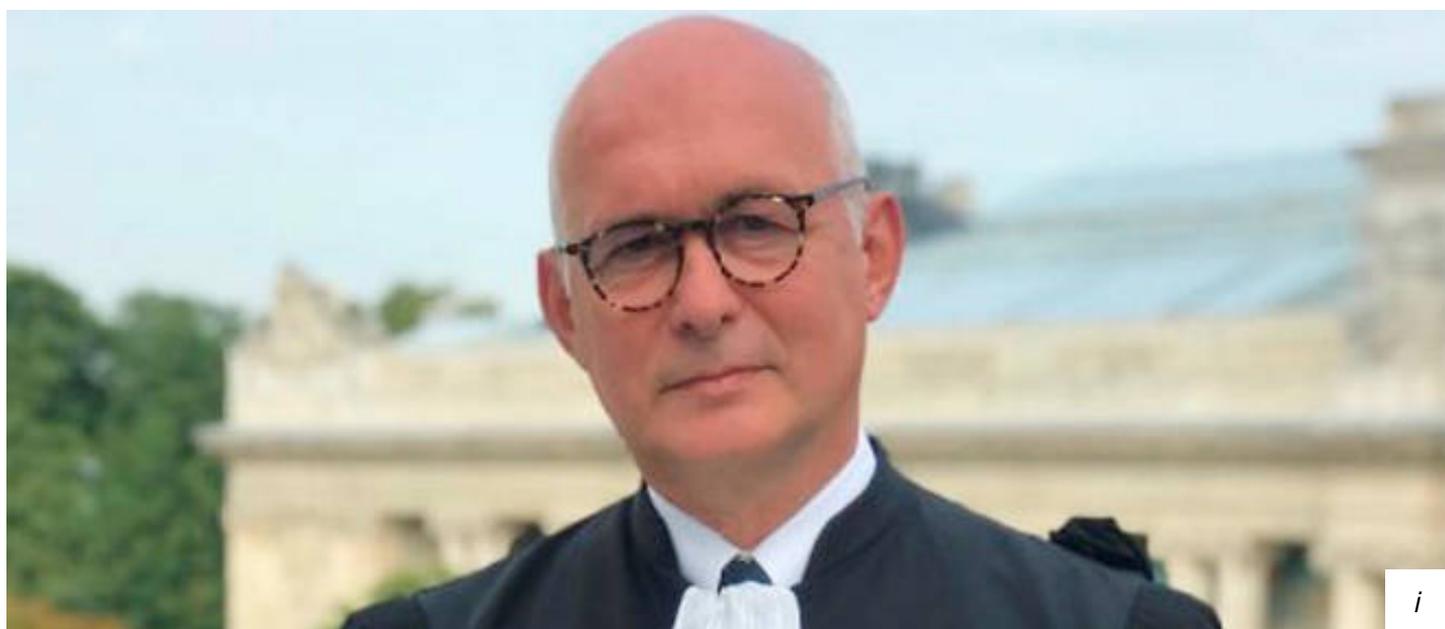
(18) CE, 3 nov. 2014, Cne de Belleville-sur-Loire, préc.

Municipales : pourquoi les résultats du premier tour ne sont pas acquis

Pour François-Henri Briard, la faible participation de dimanche a porté atteinte à la sincérité du scrutin et pourrait remettre en cause sa validité. Entretien.

Par Laurence Neuer

Publié le 17/03/2020 à 09:46 | Le Point.fr



Le second tour des élections n'interviendra pas le « dimanche suivant le premier tour » comme le prévoit le Code électoral. Lundi, le délégué général de LREM Stanislas Guerini a demandé à ses candidats de suspendre leur campagne, et Emmanuel Macron l'a confirmé dans son allocution télévisée, à 20 heures. L'heure est à la mobilisation contre cette « guerre » inédite que nous livre le coronavirus.

Le report du second tour a d'ailleurs été réclamé par plusieurs responsables politiques au regard de la très faible participation dans la plupart des communes françaises, à la suite des annonces d'Édouard Philippe sur la nécessité du confinement. « Le taux d'abstention élevé que nous enregistrons témoigne de l'inquiétude grandissante de nos concitoyens face à l'épidémie qui nous frappe », a d'ailleurs reconnu le Premier ministre.

Le Point

Reste à savoir si, juridiquement, les deux tours peuvent être dissociés de plusieurs semaines, voire de plusieurs mois. Cette question, inédite, divise les constitutionnalistes dont certains penchent pour une annulation pure et simple du scrutin. Le report du second tour des élections passe-t-il par le vote d'une loi ? La justice sera-t-elle saisie par ce contentieux ? Pendant ce temps, les maires sortants poursuivront-ils leur mandat ?

Les réponses de François-Henri Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Lire sur ce sujet la chronique de Julien Damon, [Internet : la solution pour les prochaines élections](#)

***Le Point* : Les annonces d'Édouard Philippe sur la nécessité du confinement (notamment des personnes âgées), malgré l'incitation à aller voter, ont eu un effet désastreux sur la participation. Cela entache-t-il la validité du processus électoral ? Que dit le droit dans de telles circonstances ?**

François-Henri Briard : D'une manière générale, la régularité des élections n'est pas liée au taux de participation ; un vote peut être parfaitement régulier avec un faible taux de votants. Mais un scrutin est d'autant plus sincère qu'il est représentatif de l'opinion du corps électoral. Or, plus cette base de suffrages exprimés diminue, plus la représentativité des élus se réduit. À cet égard, par ses messages contradictoires (protégez-vous en restant chez vous mais allez voter...), Édouard Philippe a dissuadé de nombreux électeurs de se déplacer et a pris le risque d'un affaiblissement de la représentativité des conseils municipaux. La validité du processus électoral est-elle pour autant en cause ? Il faudrait examiner scrutin par scrutin, commune par commune, si les déclarations du Premier ministre ont pu décourager les électeurs d'aller aux urnes, dans des conditions altérant la sincérité du vote, sinon la liberté de celui-ci. Ces consignes nationales et l'appréciation de leur incidence au cas par cas permettront peut-être l'émergence d'une jurisprudence novatrice des tribunaux administratifs puis du Conseil d'État.

Comment en faire la preuve ?

Il serait envisageable de croiser quatre types de données pour mettre en évidence l'altération de la sincérité du scrutin :

- Le pourcentage des personnes âgées de la commune (> 65 ou 70 ans) ;
- Le comportement électoral national / régional / départemental / communal des personnes âgées ; le taux d'abstention de la commune : plus c'est élevé (par rapport au taux absolu et en comparaison des derniers scrutins), plus l'annulation sera facile à obtenir ;
- Les taux d'abstention par classe d'âge (il semble que les personnes âgées soient plus nombreuses que les autres à s'être abstenues) à l'échelle la plus fine possible (commune) ;
- Les écarts de voix entre les candidats.

L'on pourrait déduire de ces statistiques que dans certaines localités (comportant de nombreuses personnes âgées, votant majoritairement dans un sens déterminé, à droite par exemple, et dont on pourrait prouver par un sondage qu'ils sont nombreux à ne pas avoir voté), la sincérité du scrutin a été altérée, les résultats des élections ne reflétant pas l'opinion du corps électoral.

On pourrait alors considérer que le gouvernement a en un sens exercé sur les électeurs une influence justifiant l'annulation du scrutin.

Le plus souvent, les pressions sont exercées en faveur d'un candidat déterminé, mais il ne paraît pas inconcevable que des pressions à l'encontre d'une catégorie d'électeurs (les plus âgés) puissent altérer le scrutin si l'on prouve que ces électeurs avaient une tendance politique marquée (droite). Le mécanisme ressemblerait à celui de la discrimination indirecte.

Le Point

Lire aussi Municipales : avec le coronavirus, un premier tour pour rien

On pourrait vous opposer que le mécanisme des procurations a été facilité et que des mesures d'hygiène ont été observées dans les bureaux de vote...

Cela ne sera pas suffisant. La jurisprudence a déjà fait le lien entre le taux de participation et la sincérité du scrutin dans le cadre d'élections administratives. La cour administrative d'appel de Nantes a jugé, en 2007, que la sincérité du scrutin était altérée lorsque des mouvements de protestation affaiblissent à l'excès le taux de participation. Il s'agissait en l'espèce d'élections universitaires. Du fait même de l'impossibilité pour certains électeurs de prendre part au vote, le pourcentage global de la participation est passé de plus de 10 % en 2004 à 1,49 % en 2006. La cour en a déduit une impossibilité de participer au vote et a annulé les opérations électorales. Au cas présent, il ne s'agit pas d'une impossibilité matérielle mais d'une impossibilité encouragée ; une annulation pourrait se prévaloir de la sociologie politique ainsi que du fait que l'opinion publique et le vote sont très fortement corrélés à l'âge, les personnes les plus âgées ayant une tendance politique marquée à droite.

Peut-on reporter le second tour sans remettre en cause le premier tour ? Le politologue Jean-Yves Camus a fait observer que le fait de conserver les victoires du premier tour et de reporter les autres scrutins serait un cas de figure inédit.

Oui, c'est une hypothèse inédite. Elle est présentée par les pouvoirs publics comme une faculté légale, qui pourrait se prévaloir de circonstances exceptionnelles, mais elle me semble directement contraire au principe d'égalité. Comment admettre que ce principe fondamental, aussi bien pour les électeurs que pour les candidats, serait respecté pour un même scrutin alors que le premier tour a eu lieu en mars dans des conditions très troublées entraînant un effondrement de la participation de certaines catégories d'électeurs, tandis que le second tour se déroulerait en juin dans un climat

plus serein comportant une participation beaucoup plus forte et partant des résultats différents ? Ce n'est pas par hasard que le législateur électoral a prévu l'écoulement d'une semaine seulement entre les deux tours. Ce bref délai est un gage d'égalité dans les circonstances du vote. Si le second tour est reporté de plusieurs mois, les résultats du premier tour ne peuvent être « acquis ». Tout le scrutin doit être réitéré.

Quelles conséquences aurait le report du second tour sur le mandat des maires sortants ?

Leur mandat serait prorogé le temps que de nouvelles élections soient organisées, comme cela est déjà arrivé à trois reprises dans l'histoire de la France. Les élus de 2001 ont bénéficié d'un mandat de sept ans en raison de l'embouteillage électoral de 2007. La Première Guerre mondiale a également modifié le calendrier électoral des municipales initialement prévues en 1916. Le renouvellement des conseils municipaux élus lors des élections de 1912 a été reporté de trois ans. Il a fallu attendre la fin de la guerre, après l'armistice, pour que le gouvernement Georges Clemenceau décide ce report pour le fixer en 1919, soit sept ans après les derniers scrutins. La Seconde Guerre mondiale a commencé en 1939, soit quatre ans après les dernières élections municipales de 1935. En plein conflit, il était impossible d'en organiser de nouvelles et il a fallu attendre dix ans avant la tenue d'un nouveau rendez-vous électoral en 1945.

Elections municipales 2020 - brève leçon de contentieux électoral

13 mars 2020

Comme la plupart des scrutins politiques, les élections municipales de mars 2020 donneront lieu, après la bataille de l'opinion publique, à un débat contentieux. Les candidats doivent être prêts à cet affrontement d'un genre bien particulier, en demande ou en défense.

La contestation juridictionnelle des élections municipales comporte de nombreuses spécificités par rapport aux règles contentieuses classiques. Il s'agit en particulier d'assurer la célérité de l'instance, afin de ne pas troubler interminablement le jeu politique, et de respecter l'expression du suffrage et la légitimité des élus.

Bien qu'en raison de son apparente simplicité, le contentieux électoral ait pu être considéré par certains comme un « *petit contentieux* », un tour d'horizon de cette belle matière s'impose.

Du côté des candidats, un soin particulier doit être apporté à la préparation de leur action (I). Du côté du juge, la procédure lui accorde des pouvoirs considérables, dont il doit user avec prudence (II).

I L'introduction du recours

Compétence juridictionnelle. Le contrôle de la régularité et de la sincérité du scrutin relève en premier ressort de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve le siège du conseil municipal.

Qualité pour agir. « *Tout électeur et tout éligible a le droit d'arguer de nullité les opérations électorales de la commune devant le tribunal administratif* ». Les mouvements politiques, les associations et les communes ne sont en revanche pas recevables à déposer une protestation contre les opérations électorales.

Forme de la contestation. Elle peut prendre la forme soit d'une *protestation* comportant le nom et la signature de son auteur ainsi que son argumentation factuelle et juridique, à l'instar des recours juridictionnels classiques, soit d'une *réclamation* consignée au procès-verbal des opérations électorales. Cette réclamation doit alors être signée et contenir clairement une demande d'annulation des opérations. Une simple critique formulée au procès-verbal de l'élection ne mettant pas formellement en cause la validité de l'élection pourra être regardée comme une observation et non comme une réclamation. La réclamation est transmise au tribunal administratif par le préfet.

Délais de recours. Afin de ne pas perturber trop longtemps le fonctionnement des organes politiques, les délais prévus en la matière sont particulièrement brefs ; il convient donc d'y être très attentif. Les protestations ne sont recevables que si elles sont formées dans les cinq jours suivant la proclamation des résultats, qui a généralement lieu le jour des opérations de vote. Le respect de ce délai s'apprécie à la date de la réception de la protestation et non à celle de son expédition, les requêtes pouvant être déposées soit au greffe du tribunal administratif, soit à la préfecture ou sous-préfecture.

En ce qui concerne les élections à deux tours, un délai spécifique court à compter de chacun d'entre eux. Ainsi, à l'occasion d'un recours dirigé contre un second tour, le juge rejette les moyens mettant en cause les résultats du premier tour au motif qu'ils n'ont pas été attaqués dans les délais. Il est toutefois possible d'invoquer, au soutien de conclusions dirigées contre les résultats du second tour d'un scrutin, des irrégularités ayant affecté les opérations électorales du premier tour, à l'issue duquel aucun candidat n'a été proclamé élu, dès lors que les résultats du second tour ont pu en être affectés.

Contenu de la contestation. La requête doit être rédigée avec précision, de préférence par un avocat aux Conseils ou un avocat, et présenter le plus tôt possible une argumentation complète. En effet, les « *griefs nouveaux* » invoqués après l'expiration du délai de recours sont irrecevables. La jurisprudence administrative s'est durcie au fil du temps en distinguant de plus en plus finement les griefs les uns des autres, provoquant ainsi un resserrement des conditions de recevabilité. Seuls les griefs d'ordre public peuvent être invoqués à tout moment de la procédure (liés par exemple à la convocation tardive des électeurs, à l'inéligibilité d'un candidat ou encore à l'application d'un mode de scrutin erroné).

Les demandes du requérant doivent également être soigneusement rédigées car, conformément à la règle classique prohibant l'*ultra petita*, le tribunal est tenu de statuer dans la limite des conclusions et moyens présentés dans la protestation. Il est vrai que le juge électoral s'accorde une assez grande liberté vis-à-vis des écritures des parties. Cependant, afin de limiter la part d'aléa de ce genre de contentieux, il importe de faire preuve de précision.

Conformément au droit commun, la charge de la preuve des griefs invoqués repose en principe sur le demandeur. La règle s'inverse néanmoins lorsque l'éligibilité d'un candidat élu est contestée au motif pris de ce qu'il n'était pas inscrit au rôle des contributions directes ou sur une liste électorale et ne pouvait l'être : c'est alors au candidat de prouver son éligibilité. Par ailleurs, le juge possède des pouvoirs d'instruction qui lui permettent de forger sa conviction, à l'instar du contentieux administratif classique.

Les candidats élus dont l'élection est contestée ont intérêt à présenter leur défense devant le tribunal saisi.

II Les pouvoirs du juge

Délais de jugement. Toujours dans l'objectif d'assurer la célérité de l'instance et la continuité de la vie politique, le juge électoral est soumis à des contraintes temporelles fortes. En matière d'élections municipales, le tribunal administratif doit statuer dans un délai de trois mois à compter de l'enregistrement de la réclamation au greffe. En cas de méconnaissance de ce délai, le tribunal est dessaisi au profit du Conseil d'État, qui statue alors en premier et dernier ressort.

Le délai peut toutefois être prorogé si la réponse à la protestation implique de statuer sur une question préjudicielle, le plus souvent liée à une question d'état des personnes. Lorsque le tribunal est saisi de la contestation d'une élection pour laquelle le montant des dépenses électorales est plafonné, ce qui est le cas des élections municipales dans les communes de 9 000 habitants et plus, il sursoit à statuer jusqu'à la décision de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) ; le délai de trois mois dans lequel le tribunal administratif doit se prononcer court alors à partir de la date de réception de la décision de la CNCCFP.

Afin de permettre au juge d'adopter une décision rapide, le défendeur à l'action se voit également imposer des délais sévères : il doit produire ses écritures en défense dans les

cinq jours à compter de la notification du recours. Les candidats proclamés élus à l'issue du scrutin doivent donc se tenir prêts.

Contrôle de la moralité de l'élection. Le juge contrôle d'abord le respect du libre choix des électeurs en déjouant les manœuvres, fraudes ou pressions destinées à fausser le résultat électoral. Il contrôle également le respect de l'égalité entre les candidats, qui peut être mis à mal par l'utilisation par un candidat de moyens du service public mis à sa disposition dans le cadre de ses fonctions électives ou administratives. Son contrôle porte enfin sur la loyauté de la compétition électorale : il réprovoque ainsi les propos injurieux ou diffamatoires.

Toutefois, le contentieux électoral n'est pas formaliste et l'issue du procès fait à une élection dépend étroitement de l'écart de voix entre les candidats. La jurisprudence considère en général que la zone sensible se situe en dessous du seuil de 5% des suffrages exprimés.

Pouvoir d'annulation. Le juge peut annuler soit l'élection d'un ou de plusieurs candidats, notamment lorsque le candidat proclamé élu se trouve dans une situation d'inéligibilité ou d'incompatibilité avec une autre fonction, soit les opérations électorales dans leur ensemble, ce qui est le cas le plus fréquent, lorsqu'une fraude ou une manœuvre est de nature à fausser les résultats du scrutin ou à en altérer la sincérité. Le juge apprécie *in concreto* la régularité et la sincérité du scrutin. A cette fin, il recourt au critère du différentiel de voix entre les candidats mais aussi à la gravité du caractère et des effets de l'irrégularité constatée. Il dispose par ailleurs d'un original pouvoir d'annulation par voie de conséquence : il peut annuler le second tour d'un scrutin lorsque le premier tour a été annulé dans son ensemble ou que le second tour a été organisé pour l'élection d'un nombre de conseillers supérieur à celui des sièges à pourvoir, en raison notamment des rectifications apportées aux résultats du premier tour.

L'annulation définitive de l'opération électorale contestée entraîne en principe la convocation des électeurs pour de nouvelles élections dans un délai de deux mois. Par exception, l'annulation de l'élection dans une commune de 3 500 habitants et plus d'un conseiller municipal inéligible entraîne la proclamation du candidat de la même liste venant immédiatement à la suite du dernier élu. Si l'élection de tous les membres du conseil municipal est annulée de manière définitive, le préfet nomme une délégation spéciale dans les huit jours aux fins de remplir ses fonctions. La théorie du fonctionnaire de fait empêche l'annulation des actes pris par les autorités élues avant l'annulation de leur élection du seul fait de cette annulation.

Pouvoir de rectification. Le juge peut aussi réformer voire inverser les résultats, quitte à proclamer l'élection de candidats différents de ceux initialement déclarés vainqueurs. Il n'utilise cependant de ce pouvoir considérable, démesuré selon certains, que lorsque les irrégularités ont eu une incidence sur les résultats de l'élection et qu'il peut apprécier précisément ces incidences. Cela se produit notamment en cas de protestation portant sur la validité de certains bulletins de vote.

De manière générale, le juge tend à éviter la réformation et l'annulation partielle des résultats de l'élection. Afin de garantir une expression sincère du corps électoral, il préfère prononcer l'annulation totale des résultats, ce qui ouvre la voie à la tenue de nouvelles élections. Les requérants doivent donc se montrer prudents car, en remettant en cause l'élection de candidats concurrents, ils pourraient subir par ricochet l'annulation de leur propre élection.

Pouvoirs spéciaux liés à la lutte contre la fraude électorale. Après avoir prononcé une annulation, le juge peut décider que, pour les nouvelles élections qui en résultent, la présidence d'un ou de plusieurs bureaux de vote sera assurée par une personne désignée par le président du tribunal judiciaire. La loi fait également obligation au juge d'initier la répression pénale contre les fraudeurs en communiquant au procureur de la République compétent le dossier lorsqu'il retient des faits de fraude électorale.

Voies de recours – l’appel. Le jugement du tribunal administratif peut faire l’objet d’un appel devant le Conseil d’État, ouvert au préfet, au ministre de l’intérieur et aux parties intéressées. La compétence d’appel de la juridiction suprême doit bien entendu être soulignée ; elle résulte, là encore, de la nécessité de purger rapidement le scrutin de ses vices. L’appel doit être interjeté dans le mois suivant la notification du jugement. Il peut être déposé à la sous-préfecture, à la préfecture ou au Conseil d’État.

L’introduction de l’appel, de préférence par un avocat aux Conseils, a pour effet de suspendre l’exécution du jugement, de sorte que les candidats dont l’élection a été annulée restent en fonction jusqu’à la décision finale. Une telle dérogation aux règles du contentieux administratif classique vise bien entendu à assurer la stabilité des organes élus et la dignité du scrutin.

Les griefs nouveaux sont irrecevables en appel, même s’ils sont repris de protestations présentées par d’autres parties qui n’ont pas fait appel. Le Conseil d’État statue dans un délai de six mois. En cas d’annulation du jugement, il règle l’affaire au fond.

Enfin, toujours dans le cadre de la lutte contre la fraude électorale, si l’annulation est prononcée pour manœuvres dans l’établissement de la liste électorale ou irrégularité dans le déroulement du scrutin, le juge peut décider, malgré l’effet suspensif de l’appel, de suspendre le mandat de celui ou de ceux dont l’élection a été annulée. Le Conseil d’État doit alors se prononcer dans un délai de trois mois.

En définitive, le contentieux devant le juge administratif constitue une voie rapide, efficace et pragmatique pour remédier aux irrégularités d’un scrutin. Dans l’optique d’un tel affrontement, les candidats doivent se montrer vigilants et réactifs. Ils pourront alors répondre à cette question : convaincre les électeurs, est-ce aussi convaincre les juges ?

François-Henri Briard



COVID-19 ET MONACO

LE GOUVERNEMENT ENGAGE-T-IL SA RESPONSABILITE EN RESTREIGNANT OU INTERDISANT UNE ACTIVITE ECONOMIQUE POUR DES RAISONS SANITAIRES ?

La controverse récente qui s'est manifestée à Monaco sur les conséquences économiques de l'action gouvernementale en vue de faire face à la crise du COVID-19, notamment dans le secteur de la construction, conduit à s'interroger : la puissance publique peut-elle engager sa responsabilité en restreignant ou interdisant une activité économique dans les circonstances actuelles ?

En l'absence de décision publiée des juridictions monégasques, la référence à la jurisprudence du Conseil d'État du pays voisin s'impose. La réponse à cette question tient en deux mots : circonstances exceptionnelles.

Cette théorie a été inventée en 1918 pour une période de guerre par le Conseil d'État français (CE, 28 juin 1918, *Heyries*, n° 63412). Quarante ans plus tard, le Conseil d'État a fait application de ce principe en matière sanitaire à l'occasion d'une épidémie de poliomyélite, au nom d'un péril imminent et d'une exceptionnelle gravité (CE, Sect., 20 mai 1955, *Société Lucien, Joseph et compagnie*, n° 2399, Rec. p. 276). Lorsque la théorie des circonstances exceptionnelles est invoquée par l'administration et qu'un litige qui y est relatif est porté devant le juge, celui-ci doit rechercher « *si l'autorité administrative pouvait agir efficacement sans avoir recours à l'état d'exception, auquel cas la qualification de "circonstances exceptionnelles" ne serait pas retenue et la responsabilité de l'administration éventuellement engagée.* » (MEERPOËL, Matthieu. « *Conflictualité interne et action publique de crise* », Les Champs de Mars, vol. 20, no. 1, 2009, pp. 73-90). Le Conseil d'État de France a aussi plus largement mobilisé cette théorie pour consacrer l'irresponsabilité des pouvoirs publics lorsqu'ils interviennent dans l'activité économique. Dans la continuité de la jurisprudence *Heyries*, la jurisprudence a d'abord considéré que la théorie des circonstances exceptionnelles permettait de justifier une atteinte à la liberté de commerce (CE, 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*, n° 6159). Ensuite, elle a consacré dans plusieurs décisions le principe tenant à l'irresponsabilité de l'Etat quand il décide d'intervenir dans l'activité économique du fait de circonstances exceptionnelles (CE, Sect., 22 avril 1970, n° 70960 ; CE, Ass., 20 juin 1975, n° 98170 ; CE, 15 décembre 2014, n° 370321). Enfin, elle a appliqué ce principe au cas de circonstances exceptionnelles résultant d'une épidémie animale, qui a conduit le ministre compétent à porter atteinte aux conditions d'exercice d'une activité économique (CAA de Douai, 8 novembre 2006, n° 05DA00337). C'est aussi sur la théorie des circonstances exceptionnelles que s'est très récemment fondé le juge des référés du Conseil d'État pour justifier les pouvoirs propres du Premier ministre français en vue d'édicter des mesures de police sur l'ensemble du territoire dans le contexte de l'épidémie avérée du COVID-19 (CE 22 mars 2020, Syndicat des jeunes médecins, n° 439674).

L'irresponsabilité est donc de principe, mais elle n'est pas absolue et demeure soumise au contrôle juridictionnel.

Au regard de ces principes jurisprudentiels, comment analyser les conséquences économiques actuelles et futures des directives du gouvernement de Monaco ?

Comme un tiers de l'humanité, Monaco est confronté à une situation sanitaire sans précédent et à un virus très actif encore mal connu, qui est la cause de nombreux décès. Il s'agit assurément de circonstances exceptionnelles. En l'état des connaissances scientifiques, en l'absence de certitude sur la fiabilité de l'immunité collective s'agissant du COVID-19 et compte tenu des effets positifs du confinement, le Gouvernement de Monaco nous semble avoir agi, pour l'heure, sans engager sa responsabilité. La puissance publique pourra même légalement aller au-delà en ordonnant un confinement total et obligatoire impliquant l'arrêt des chantiers privés si la situation le justifie. Cette conclusion devra être réexaminée ultérieurement au regard de l'évolution de l'épidémie et des mesures adoptées, qui devront être proportionnées à la menace et permettre une reprise aussi rapide que possible de l'activité économique.

La question n'est pas celle du courage ; elle est celle de la conscience, pour trouver un juste chemin, guidé par l'esprit de prudence et de responsabilité, entre l'exigence sanitaire et la nécessité économique.

Arnaud ZABALDANO

Avocat défenseur

François-Henri BRIARD

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de
cassation



Esplanade des pêcheurs à Monaco : les actes illégaux du ministre d'Etat coûtent 136 M€ à la Principauté

Publié le 25/06/2020 à 16:21



Par une décision rendue ce jour après expertise, le Tribunal suprême de Monaco a condamné l'Etat à verser à un promoteur monégasque, [Caroli Immo](#), la somme de 136 M€ en réparation du préjudice résultant des décisions illégales de Serge Telle, ministre d'Etat. Déjà le 29 novembre 2018, cette juridiction avait jugé que le ministre et son administration avaient violé le droit de propriété, la sécurité juridique et le principe de confiance légitime en retirant irrégulièrement la signature de l'Etat dans un grand projet immobilier sur le port Hercule, l'Esplanade des Pêcheurs. C'est la première fois dans l'histoire multiséculaire de la Principauté que l'Etat est condamné à verser une telle somme pour avoir commis un excès de pouvoir.

Caroli Immo, bénéficiaire de cette condamnation, qui est définitive et sans aucun recours, était représentée dans cette procédure par Arnaud Zabaldano, avocat-défenseur à Monaco et François-Henri Briard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, assistés par Alain Dulac et René Mifsud, experts.

CFNEWS IMMO & INFRA | LES ALERTES DE CFNEWS IMMO-INFRA

#122 – On rembobine les actus de la semaine ! Comme chaque vendredi, CFNEWS IMMO & INFRA revient sur les dernières annonces du marché, petites et grandes, qui ont fait parler les spécialistes du real estate.

–
Par **CFNEWS.IMMO** 26/06/2020 à 15:14 / Mis à jour le 26/06/2020 à 17:45
7 MINUTE(S)

(Extrait)

Par une décision rendue après expertise, le Tribunal suprême de Monaco a condamné cette semaine l'État à verser à un promoteur monégasque, la société **Caroli Immo**, la somme de 136 M€ en réparation du préjudice résultant des décisions illégales de Serge Telle, ministre d'État. Déjà le 29 novembre 2018, cette juridiction avait jugé que le ministre et son administration avaient violé le droit de propriété, la sécurité juridique et le principe de confiance légitime en retirant irrégulièrement la signature de l'État dans un grand projet immobilier sur le port Hercule, l'Esplanade des Pêcheurs. C'est la première fois dans l'histoire multiséculaire de la Principauté que l'État est condamné à verser une telle somme pour avoir commis un excès de pouvoir. La société Caroli Immo, bénéficiaire de cette condamnation, qui est définitive et sans aucun recours, était représentée dans cette procédure par Arnaud Zabaldano, avocat-défenseur à Monaco et François-Henri Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, assistés par Alain Dulac et René Mifsud, experts.



Féminicide à Grande-Synthe en 2014 : pourquoi l'État a été condamné pour « faute lourde »

La justice a reconnu une négligence fautive des services de police. La victime avait déposé une plainte contre son ex-conjoint pour violences conjugales. Explications.

Par Laurence Neuer

Assigner l'État en responsabilité « pour faute lourde et déni de justice » dans le cadre d'un triple assassinat lié à des violences conjugales et à un harcèlement, la démarche est aussi rare qu'audacieuse. Mais elle a payé : le 16 mars 2020, [l'État a été condamné](#) à verser 100 000 euros à Cathy Thomas et à son fils, sœur et neveu d'Isabelle Thomas, assassinée le 4 août 2014 à Grande-Synthe avec ses deux parents par son ex-compagnon.

Cette professeure de mathématiques de 49 ans vivait à l'époque à Condé-sur-l'Escaut. En juin 2014, elle dépose une première plainte pour violences conjugales. « Elle avait des marques de strangulation et était remplie de traces de coups sur son corps. Elle explique qu'il l'a déjà menacée de se suicider et de mourir avec elle », raconte Isabelle Steyer, l'avocate de sa sœur. Son désormais ex-conjoint, Patrick Lemoine, est alors placé en garde à vue. Il est déféré au parquet, qui l'envoie devant le juge de la liberté et des détentions afin qu'il soit placé sous contrôle judiciaire. « Devant le juge, il revendique ses actes, dit qu'il est sous antidépresseurs. On ne lui place pas de bracelet électronique. En plus, la qualification pénale retenue, à savoir des *violences ayant entraîné une ITT de huit jours*, est totalement inadéquate ! Les faits méritaient à l'évidence la qualification de tentative de meurtre, qui est de nature criminelle, susceptible d'entraîner un mandat de dépôt et donc une protection de la victime », relève Me Steyer.

Convocation sans suite

L'homme part alors habiter chez sa mère, dans le village voisin, « à trois minutes en voiture de la victime », et, malgré le contrôle judiciaire qui lui fait interdiction d'entrer en contact avec son ex et de se rendre à son domicile, il n'aura de cesse de la harceler. Il lui adresse, par SMS ou oralement, des messages du type « tu es toujours à moi », « tu es la femme de ma vie », « je ne te laisserai jamais ».

Pour lui échapper, Isabelle Thomas décide d'aller vivre chez ses parents, à Grande-Synthe. Mais Patrick Lemoine ne la lâche pas. Il la suit en voiture jusque chez ses parents et même jusqu'au cabinet de son avocate. « Devant l'avocate, il lui dit qu'à cause d'elle il va avoir des soucis », relate

Me Steyer. Isabelle Thomas dépose de nouveau une plainte. Patrick Lemoine est convoqué, mais ne se présente pas au commissariat. « À ce moment-là, on aurait pu révoquer son contrôle judiciaire et le placer sous mandat de dépôt, d'autant que le parquet de Valenciennes était informé », note Me Steyer. Le harcèlement se poursuit et donne lieu à une nouvelle plainte, puis à une main courante. Mais Patrick Lemoine est toujours dans la nature...

Suicide en cellule

Il doit comparaître, à la suite de la plainte initiale de la victime, devant le tribunal correctionnel de Valenciennes en août 2014. Mais, quelques jours plus tôt, à l'issue d'une course-poursuite ponctuée de plusieurs coups de feu, il abattra successivement son ancienne compagne et les parents de celle-ci. Avant de succomber, Isabelle Thomas a désespérément tenté de mobiliser la police, qui a suivi le massacre en direct. « Le 17 enregistre les appels à l'aide, les supplications et les cris sans envoyer de voiture. La police arrivera sur les lieux après les pompiers, ce qui permettra à l'assassin de fuir en Belgique ! » s'indigne MeSteyer. Interpellé après ce triple assassinat et placé en détention, Patrick Lemoine se pendra dans sa cellule un mois et demi plus tard, entraînant l'extinction des poursuites.

« Le droit existe et il fallait l'utiliser »

En 2018, la sœur et fille des victimes, Cathy Thomas, décide d'assigner l'État devant la première chambre civile du TGI de Paris. Le motif ? « Un dysfonctionnement des services de la justice pour faute lourde et déni de justice. Nous reprochions la disqualification initiale de l'infraction qui aurait dû être traitée comme une tentative de meurtre, la carence des services de police quant au non-respect du contrôle judiciaire imposant l'éloignement de l'auteur des faits et leur inaction au moment des assassinats. C'était un pari audacieux, mais le droit existe et il fallait l'utiliser », précise leur avocate.

En face, on fait valoir que l'homme n'avait pas de casier judiciaire ni d'antécédents de plaintes. En vain. « Les services de police n'ont pas tout mis en œuvre pour retrouver l'auteur des faits, et cette négligence fautive a conduit à la perte d'une chance de faire révoquer le contrôle judiciaire », tranche le tribunal. Une victoire méritée, selon Me Steyer : « Face à cette accumulation de fautes et de négligences, la justice a conclu à la faute inexcusable de l'État. Elle a estimé que les services de police ont, par leur faute, mis l'auteur des faits « en position de commettre les trois assassinats », commente l'avocate. Celle-ci réclamait pour ses clients la somme totale de 360 000 euros. Ils ont finalement obtenu 100 000 euros.

« Le service public de la justice est l'un des derniers bastions d'un régime exceptionnel de responsabilité de l'État pour faute lourde. »

« Cette condamnation témoigne de l'indépendance des juridictions judiciaires, seules compétentes pour réparer ce type de dommages, par exception à la compétence générale de la juridiction administrative en matière de responsabilité de la puissance publique », souligne François-Henri Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

L'État est en effet tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement defectueux du service de la justice depuis une loi du 5 juillet 1972. Cette responsabilité n'est engagée qu'en cas de faute lourde ou de déni de justice. Jusqu'à présent, les condamnations se comptent sur les doigts d'une main. L'une des plus emblématiques est celle intervenue dans l'affaire du petit Grégory, assassiné en octobre 1984. L'État a été condamné, en 2002, par la cour d'appel de Versailles (sur renvoi après cassation) à verser 63 000 euros à Marie-Ange Laroche et Murielle Bolle, puis, par la cour d'appel de

Paris, à verser à chacun des parents la somme de 35 000 euros pour « dysfonctionnement du service public de la justice » lors de l'instruction.

Enchaînement d'erreurs, de négligences et de déficiences

Dans le cadre d'homicides conjugaux, l'État a notamment été condamné à verser 150 000 euros de dommages et intérêts à la famille d'Audrey Vella, tuée de plusieurs coups de couteau par son ex-compagnon. « L'abstention fautive et répétée des services de gendarmerie » a constitué une faute lourde sans laquelle l'assassinat aurait pu être évité, avait estimé le tribunal. En 2017, l'État est encore condamné pour « négligences fautives assimilables à une faute lourde » dans [l'affaire Agnès Marin](#), une interne violée puis assassinée par un élève de son collège. Le tribunal a estimé que la remise en liberté du meurtrier avait été décidée sans les avis de l'expert psychiatre et de la protection judiciaire de la jeunesse. Il a octroyé aux parents, frère et grands-parents d'Agnès Marin la somme de 185 000 euros.

Dans toutes ces affaires, la faute lourde résulte d'un enchaînement d'erreurs, de négligences et de déficiences des services de police ou de justice. « Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 23 février 2001 intervenu dans le dossier Gregory, l'approche de la faute ne repose plus sur une appréciation subjective du dysfonctionnement et des agissements des agents concernés, mais sur un critère objectif, et une accumulation de fautes simples peut constituer une faute lourde », décrypte François-Henri Briard. « Le service public de la justice est l'un des derniers bastions d'un régime exceptionnel de responsabilité de l'État pour faute lourde. Dans d'autres domaines régaliens, notamment pour l'activité des services pénitentiaires et fiscaux, une faute simple engage désormais la responsabilité de l'État », ajoute-t-il.

Lire aussi [**Violences conjugales : « Notre seul mot d'ordre est la protection des victimes »**](#)

« Ce jugement est un appel à rendre nos politiques plus effectives »

Cette affaire a une résonance particulière à l'heure où, du fait du confinement, les signalements [de violences conjugales](#) ont beaucoup augmenté. « Ce jugement est certainement un appel à rendre nos politiques plus effectives, aussi bien quant au signalement des violences que quant à leur suivi et à leur traitement », reconnaît la garde des Sceaux, Nicole Belloubet, laquelle se refuse à tout commentaire sur le fond de l'affaire.

Lire aussi [**Confinement : le calvaire des femmes victimes de violences conjugales**](#)

En ce qui concerne le signalement des violences, « on peut souligner une plus grande réactivité des forces de police et de gendarmerie, spécialement formées à cette matière. De plus, la plainte en ligne va bientôt s'ajouter aux autres modes de signalement, notamment téléphonique (39 19 et 116 006) », poursuit la ministre. Concernant le suivi des dossiers, « je veille à la mise en œuvre des politiques de fermeté par les parquets, mais aussi à ce que les ordonnances de protection soient plus utilisées, ce qui a d'ailleurs été le cas en 2019. Notons sur ce point que ces ordonnances sont désormais délivrées en six jours ».

Enfin, concernant le traitement des dossiers, « la multiplication des dispositifs fait que les femmes sont mieux protégées. Les téléphones grave danger sont délivrés plus largement (1 000 environ) et les évictions de conjoints violents sont plus souvent prononcées », relève la ministre.

Lire aussi [**« Je ne sais pas si vous mesurez à quel point il est difficile de protéger les femmes »**](#)

À cela s'ajoute le bracelet anti-rapprochement qui verra le jour dans quelques mois. « Nous menons aussi un travail très soutenu auprès des juridictions de façon à maintenir le lien entre tous les acteurs concernés (le JAF, le médecin, etc.) », précise Nicole Belloubet.

Ce n'est pas tout. La justice veut aussi savoir où elle a péché. Fin avril, le ministère procédera à un « retour d'expérience sur les homicides conjugaux » afin d'identifier les éventuelles failles dans le traitement des dossiers.

Lire aussi [**Confinement : des mesures pour les femmes victimes de violences conjugales**](#)

Les violences conjugales font, bien sûr, exception au ralentissement de la justice du fait du confinement. Elles font partie des affaires prioritaires dans les commissariats, gendarmeries, et auprès du parquet. Depuis le début du confinement, 82 ordonnances de protection ont été délivrées, précise-t-on au ministère de la Justice.

Publié le 22/04/2020 à 12:07

Esplanade des Pêcheurs à Monaco : les actes illégaux du Ministre d'État coûtent 136 millions d'euros à la Principauté

25 juin 2020

Par une décision rendue ce jour après expertise, le Tribunal suprême de Monaco a condamné l'État à verser à un promoteur monégasque, la société Caroli Immo, la somme de 136 millions d'euros en réparation du préjudice résultant des décisions illégales de Serge Telle, Ministre d'État.

Déjà le 29 novembre 2018, cette juridiction avait jugé que le Ministre et son administration avaient violé le droit de propriété, la sécurité juridique et le principe de confiance légitime en retirant irrégulièrement la signature de l'État dans un grand projet immobilier sur le port Hercule, l'Esplanade des Pêcheurs ([lire l'article](#)). C'est la première fois dans l'histoire multiséculaire de la Principauté que l'État est condamné à verser une telle somme pour avoir commis un excès de pouvoir.

La société Caroli Immo, bénéficiaire de cette condamnation, qui est définitive et sans aucun recours, était représentée dans cette procédure par Arnaud Zabaldano, avocat-défenseur à Monaco et François-Henri Briard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, assistés par Alain Dulac et René Mifsud, experts.



Esplanade des pêcheurs à Monaco : les actes illégaux du ministre d'Etat coûtent 136 M€ à la Principauté

Publié le 25/06/2020 à 16:21



Par une décision rendue ce jour après expertise, le Tribunal suprême de Monaco a condamné l'Etat à verser à un promoteur monégasque, [Caroli Immo](#), la somme de 136 M€ en réparation du préjudice résultant des décisions illégales de Serge Telle, ministre d'Etat. Déjà le 29 novembre 2018, cette juridiction avait jugé que le ministre et son administration avaient violé le droit de propriété, la sécurité juridique et le principe de confiance légitime en retirant irrégulièrement la signature de l'Etat dans un grand projet immobilier sur le port Hercule, l'Esplanade des Pêcheurs. C'est la première fois dans l'histoire multiséculaire de la Principauté que l'Etat est condamné à verser une telle somme pour avoir commis un excès de pouvoir.

Caroli Immo, bénéficiaire de cette condamnation, qui est définitive et sans aucun recours, était représentée dans cette procédure par Arnaud Zabaldano, avocat-défenseur à Monaco et François-Henri Briard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, assistés par Alain Dulac et René Mifsud, experts.

CFNEWS IMMO & INFRA | LES ALERTES DE CFNEWS IMMO-INFRA

#122 – On rembobine les actus de la semaine ! Comme chaque vendredi, CFNEWS IMMO & INFRA revient sur les dernières annonces du marché, petites et grandes, qui ont fait parler les spécialistes du real estate.

–
Par **CFNEWS.IMMO** 26/06/2020 à 15:14 / Mis à jour le 26/06/2020 à 17:45
7 MINUTE(S)

(Extrait)

Par une décision rendue après expertise, le Tribunal suprême de Monaco a condamné cette semaine l'État à verser à un promoteur monégasque, la société **Caroli Immo**, la somme de 136 M€ en réparation du préjudice résultant des décisions illégales de Serge Telle, ministre d'État. Déjà le 29 novembre 2018, cette juridiction avait jugé que le ministre et son administration avaient violé le droit de propriété, la sécurité juridique et le principe de confiance légitime en retirant irrégulièrement la signature de l'État dans un grand projet immobilier sur le port Hercule, l'Esplanade des Pêcheurs. C'est la première fois dans l'histoire multiséculaire de la Principauté que l'État est condamné à verser une telle somme pour avoir commis un excès de pouvoir. La société Caroli Immo, bénéficiaire de cette condamnation, qui est définitive et sans aucun recours, était représentée dans cette procédure par Arnaud Zabaldano, avocat-défenseur à Monaco et François-Henri Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, assistés par Alain Dulac et René Mifsud, experts.



ADMINISTRER

LA REVUE PROFESSIONNELLE DE L'ADMINISTRATEUR DE BIENS

D R O I T I M M O B I L I E R

ÉTUDES ET COMMENTAIRES

L'eau dans la copropriété

**Les règles de tenue des AG en
période de crise sanitaire (suite) :
le syndic, maître des horloges**

**Jurisprudence Responsabilité
des constructeurs 2016/2019**

JURISPRUDENCE

TEXTES OFFICIELS

Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020
(état d'urgence sanitaire)

Ordonnance n° 2020-560
du 13 mai 2020 (délais)

Ordonnance n° 2020-595
du 20 mai 2020
(adaptation règles judiciaires)

Arrêté du 10 avril 2020
(énergie bâtiments tertiaires)

François-Henri Briard
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation

Décision n° 2020-837 QPC du 7 mai 2020 (Société A.D-Trezel)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 6 février 2020 par la Cour de cassation (troisième chambre civile, arrêt n° 219 du même jour), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour la société A.D-Trezel par la SCP Bernard Hémerly, Carole Thomas-Raquin, Martin Le Guerer, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2020-837 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

Au vu des textes suivants :

- la Constitution ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- la loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ;
- le Code de commerce ;
- la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises ;
- le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

Au vu des pièces suivantes :

- les observations présentées pour Mme Brigitte R. épouse S., partie au litige à

l'occasion duquel la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, par la SCP Alain Bénabent, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 14 février 2020 ;

- les observations en intervention présentées pour M. François-Xavier M., Mmes Catherine M. épouse B., Virginie M. épouse A., Bérengère M. épouse D., Anne M. épouse R., Janine M., par Me François Crépeaux, avocat au barreau de Grasse, enregistrées le 17 février 2020 ;
- les observations présentées pour la société requérante par la SCP Bernard Hémerly, Carole Thomas-Raquin, Martin Le Guerer, enregistrées le 25 février 2020 ;
- les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le 26 février 2020 ;
- les observations complémentaires présentées par le Premier ministre à la demande du Conseil constitutionnel pour les besoins de l'instruction, enregistrées le 17 avril 2020 ;
- les observations complémentaires présentées pour les parties intervenantes par Me Crépeaux à la demande du Conseil constitutionnel pour les besoins de l'instruction, enregistrées le 20 avril 2020 ;
- les autres pièces produites et jointes au dossier.

Après avoir entendu M. Philippe Blanc, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 21 avril 2020 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit :

1. L'article L. 145-34 du Code de commerce prévoit que, à moins d'une modification notable des éléments de détermination de la valeur locative qui sont mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 du même Code, le loyer de renouvellement des baux commerciaux dont la durée n'est pas supérieure à neuf ans est plafonné. Le dernier alinéa de cet article L. 145-34, dans sa rédaction résultant de la loi du 18 juin 2014 mentionnée ci-dessus, prévoit :

“En cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente”.

2. La société requérante, rejointe par les parties intervenantes, soutient que ces dispositions porteraient atteinte au droit de propriété du bailleur. Elle fait valoir que cette limitation de l'augmentation du loyer lors du renouvellement du bail ne serait justifiée par aucun motif d'intérêt général et pourrait avoir pour effet d'imposer un niveau de loyer fortement et durablement inférieur à la valeur locative du bien, entraînant ainsi une perte financière importante pour le bailleur. De plus, elle soutient que si ces dispositions peuvent être écartées par les parties dès lors qu'elles ne sont pas d'ordre public, leur application aux baux en cours, conclus avant leur

entrée en vigueur mais renouvelés postérieurement, conduit dans ce cas à priver, en pratique, les bailleurs de la possibilité d'y déroger.

3. Il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

4. L'article L. 145-33 du Code de commerce dispose que le loyer du bail commercial renouvelé doit correspondre à la valeur locative du bien loué et que, à défaut d'accord des parties, cette valeur est déterminée d'après les caractéristiques du local considéré, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité et le prix couramment pratiqué dans le voisinage. Le premier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce instaure un plafonnement du loyer ainsi renouvelé, en prévoyant que son taux de variation ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires intervenue depuis la fixation initiale du loyer du bail expiré.

5. Cette règle de plafonnement ne s'applique cependant pas aux baux initialement conclus pour une durée de plus de neuf années. Elle ne s'applique pas non plus aux baux dont la durée n'est pas supérieure à neuf ans lorsqu'est intervenue, entre la prise d'effet du bail initial et celle

du bail à renouveler, une modification notable des caractéristiques du local considéré, de la destination des lieux, des obligations respectives des parties ou des facteurs locaux de commercialité. Dans ces deux cas, les dispositions contestées prévoient que la variation du loyer ne peut toutefois conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente.

6. Ces dispositions empêchent le bailleur de percevoir, dès le renouvellement de son bail et le cas échéant jusqu'à son terme, un loyer correspondant à la valeur locative de son bien lorsque ce loyer est supérieur de 10 % au loyer acquitté lors de la dernière année du bail expiré. Elles portent ainsi atteinte au droit de propriété.

7. Toutefois, en premier lieu, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu éviter que le loyer de renouvellement d'un bail commercial connaisse une hausse importante et brutale de nature à compromettre la viabilité des entreprises commerciales et artisanales. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

8. En deuxième lieu, les dispositions contestées permettent au bailleur de bénéficier, chaque année, d'une augmentation de 10 % du loyer de l'année précédente jusqu'à ce qu'il atteigne, le cas échéant, la nouvelle valeur locative.

9. En dernier lieu, les dispositions contestées n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de ne pas les appliquer, soit au moment de la conclusion du bail initial, soit au moment de son renouvellement.

En outre, s'agissant des baux conclus avant la date d'entrée en vigueur de ces dispositions et renouvelés après cette date, l'application de ce dispositif ne résulte pas des dispositions contestées, mais de leurs conditions d'entrée en vigueur déterminées à l'article 21 de la loi du 18 juin 2014.

10. Il résulte de ce qui précède que le législateur n'a pas porté une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Le dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit donc être déclaré conforme à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel décide :

Article 1^{er}. - Le dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, est conforme à la Constitution.

Article 2. - Cette décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 7 mai 2020, où siégeaient : M. Laurent Fabius, Président, Mme Claire Bazy Malaurie, M. Alain Juppé, Mmes Dominique Lottin, Corinne Luquiens, Nicole Maestracci, MM. Jacques Mézard, François Pillet et Michel Pinault.

Rendu public le 7 mai 2020.

Loyer • Limitation du déplaçonnement • La loi Pinel est conforme à la Constitution • Conseil constitutionnel

QPC 2020-837 du 7 mai 2020

Les questions prioritaires de constitutionnalité sont suffisamment rares en matière de baux commerciaux pour que la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 7 mai 2020 soit soulignée.

1 - À l'origine de cette affaire se trouve une banale question de renouvellement du bail commercial d'une pharmacie dans le XVII^e arrondissement de Paris. La société bailleuse avait accepté le principe du renouvellement du bail mais sollicité la fixation du loyer à une somme qui était de cinq fois supérieure au loyer précédent.

La pharmacienne avait alors requis la fixation du prix du bail renouvelé en application des règles du plafonnement, pour un montant beaucoup plus raisonnable.

Par jugement du 17 octobre 2017, le juge des loyers commerciaux du tribunal de grande instance de Paris avait constaté le principe du renouvellement du bail, rejeté la demande du bailleur en déplaçonnement du prix du bail renouvelé et avant-dire droit sur le prix du bail renouvelé, désigné un expert.

Ce jugement avait été confirmé par la cour d'appel de Paris le 3 avril 2019.

Par un arrêt du 6 février 2020, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui avait été saisie d'un pourvoi et de deux questions prioritaires de constitutionnalité contenant plusieurs moyens relatifs à diverses dispositions du Code de commerce, en a retenu un seul, tiré de ce que la limitation législative du déplaçonnement était susceptible de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Elle a ainsi

transmis l'une des deux questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel⁽¹⁾.

À l'issue de l'instruction écrite et d'une audience au cours de laquelle seul le représentant du Premier ministre était représenté, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 7 mai 2020.

2 - L'article L. 145-34 du Code de commerce dispose que, à moins d'une modification notable des éléments de détermination de la valeur locative qui sont mentionnés aux 1^o à 4^o de l'article L. 145-33 du même Code, le loyer de renouvellement des baux commerciaux dont la durée n'est pas supérieure à neuf ans est plafonné. Le dernier alinéa de cet article L. 145-34, dans sa rédaction résultant de l'article 11 de la loi du 18 juin 2014, dispose pour sa part que *"en cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1^o à 4^o de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente"*.

Le bailleur soutenait que ces dispositions portaient atteinte à son

droit de propriété. Il prétendait que cette limitation de l'augmentation du loyer lors du renouvellement du bail ne serait justifiée par aucun motif d'intérêt général et pourrait avoir pour effet d'imposer un niveau de loyer fortement et durablement inférieur à la valeur locative réelle du bien, entraînant ainsi pour lui une perte financière importante. De plus, il faisait valoir que si ces dispositions peuvent, conformément au principe de liberté contractuelle, être écartées par les parties dès lors qu'elles ne sont pas d'ordre public, leur application aux baux en cours, conclus avant leur entrée en vigueur mais renouvelés postérieurement, conduit dans ce cas à priver, en pratique, les bailleurs de la possibilité d'y déroger.

Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette argumentation.

3 - Après avoir rappelé, aux termes d'un considérant de principe, qu'il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi, les sages de la rue Montpensier ont admis dans un premier temps que les dispositions de l'article L. 145-34, alinéa 1^{er} portent effectivement atteinte au droit de propriété dans la mesure où elles empêchent le bailleur de percevoir, dès le renouvellement de son bail et le cas échéant jusqu'à son terme, un loyer correspondant à la valeur locative de son bien lorsque ce loyer est supérieur

(1) Cass. civ. 3^e, 6 février 2020, n^o19-19503, Gaz. Pal. 10 mars 2020, p. 72, note C.-E. Brault ; J.-D. Barbier, Remontrances, éditorial Gaz. Pal. 10 mars 2020, p. 48.

de 10 % au loyer acquitté lors de la dernière année du bail expiré.

Mais le Conseil constitutionnel a considéré que cette atteinte était correctement calibrée et n'était pas disproportionnée pour trois raisons :

- le législateur a entendu éviter que le loyer de renouvellement d'un bail commercial connaisse une hausse importante et brutale de nature à compromettre la viabilité des entreprises commerciales et artisanales. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général ;

- les dispositions contestées permettent au bailleur de bénéficier, chaque année, d'une augmentation de 10 % du loyer de l'année précédente jusqu'à ce qu'il atteigne, le cas échéant, la nouvelle valeur locative ;

- les dispositions contestées n'étant pas d'ordre public (*le Conseil constitutionnel s'est ainsi référé sans le nommer à un avis de la troisième chambre civile de la Cour de cassation n°15004 du 9 mars 2018*)⁽²⁾, les parties peuvent convenir de ne pas les appliquer, soit au moment de la conclusion du bail initial, soit au moment de son renouvellement. En outre, s'agissant des baux conclus avant la date d'entrée en vigueur de ces dispositions et renouvelés après cette date, l'application de ce dispositif ne

résulte pas des dispositions contestées, mais de leurs conditions d'entrée en vigueur déterminées à l'article 21 de la loi du 18 juin 2014.

4 - Comme on le sait, ces dispositions de cadrage de l'évolution de certains loyers commerciaux (et non de privation du droit de propriété) avaient été introduites à l'issue d'un débat parlementaire controversé pour limiter les excès et les abus qui peuvent survenir à l'égard du "*petit commerce*" lors de la fixation du bail révisé ou renouvelé. L'instrument choisi par le législateur était d'instituer une limite annuelle de 10 % aux augmentations de loyer en cas de dérogation à la règle du plafonnement posée à l'article L. 145-34 du Code de commerce. Ce dispositif ne s'applique pas aux baux complexes des grandes enseignes.

Ainsi était créé un lissage dans le temps afin de permettre aux locataires, confrontés à des hausses brutales de loyers, de pouvoir effectuer le rattrapage des charges de loyers en résultant de manière progressive, dans des conditions permettant de rejoindre la valeur locative réelle.

Le Conseil constitutionnel a confirmé la constitutionnalité de cette mesure en consacrant l'intérêt général qui s'attache à la viabilité des petits commerces, dont la trésorerie est liée à la modération des augmentations des loyers commerciaux. Il a aussi confirmé la logique du "*lissage*" de l'augmentation du loyer sur plusieurs années et préservé dans une certaine mesure la liberté contractuelle puisque les parties peuvent écarter ce dispositif si elles en sont d'accord à l'avance. ■

(2) *Le loyer déplafonné est fixé à la valeur locative en application de l'article L. 145-33 du Code de commerce. Le dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce n'instaure, dans les cas qu'il détermine, qu'un étalement de la hausse du loyer qui résulte du déplafonnement, sans affecter la fixation du loyer à la valeur locative. Ce dispositif étant distinct de celui de la fixation du loyer, il revient aux parties, et non au juge des loyers commerciaux dont la compétence est limitée aux contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, d'établir l'échéancier de l'augmentation progressive du loyer que le bailleur est en droit de percevoir. L'étalement prévu par le texte s'opère annuellement par l'application d'un taux qui doit être égal à 10 % du loyer de l'année précédente, sauf lorsque la différence entre la valeur locative restant à atteindre et le loyer de cette année est inférieure à ce taux. L'étalement n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de ne pas l'appliquer. Cass. civ. 3^e, avis, 9 mars 2018, n° 17-70040, Administrer juillet 2018, p. 28, note J.-D. Barbier.*



ÉTUDE FISCALITÉ DES ENTREPRISES

ENTREPRISE

La présente étude, qui couvre la période du 1^{er} janvier au 31 mars 2020, traite d'une sélection de décisions importantes du Conseil d'État en matière de droit fiscal de l'entreprise et des affaires.

1300

Droit fiscal de l'entreprise et des affaires : chronique d'actualité



Étude rédigée par Pierre Masquart

Pierre Masquart est avocat au barreau de Paris, Cabinet Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

1. Impôt sur les sociétés

1 - **Le Koweït soumis à l'impôt sur les sociétés.** - Le Conseil d'État¹ a jugé qu'un État étranger qui a effectué des investissements immobiliers en France doit être assujéti à l'impôt sur les sociétés, dans le cadre de leur exploitation, au même titre que les organismes privés ou publics français réalisant de telles opérations. Les juges du Palais royal ont rejeté un premier pourvoi formé par l'État du Koweït contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles rendu le 3 mai 2018 qui avait confirmé son assujettissement à l'impôt sur les sociétés à raison de revenus locatifs retirés de la tour Manhattan, située à la Défense, dont il est propriétaire par l'intermédiaire de l'agence publique Kuwait Investment Authority dépendant du ministère des Finances du Koweït. Dans cette affaire, la Haute Assemblée a, tout d'abord, considéré que l'article 206, 1 du CGI assujettit à l'impôt sur les sociétés toutes les personnes morales qui se livrent à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif, « sans exclure les États étrangers ». Il s'ensuit que l'activité qu'un État étranger exerce en France est assujéti à l'impôt sur les sociétés « si cette activité, eu égard à son objet et aux conditions particulières dans lesquelles elle est exercée, relève d'une exploitation à caractère lucratif ». En l'espèce, le Conseil d'État a relevé que, conformément à la jurisprudence relative

¹ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 janv. 2020, n° 421913, publié au recueil *Lebon* ; *JurisData* n° 2020-000732. - CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 22 janv. 2020, n° 421914 et 421915, inédit.



aux collectivités publiques françaises², la cour s'était bien fondée sur la nature de l'activité en cause et sur les conditions particulières dans lesquelles elle était exercée, en écartant comme inopérante la circonstance que cette activité ne présentait pas un caractère commercial au sens des articles 34 et 35 du CGI. Dans ces conditions, les juges du fond n'avaient pas méconnu le 1 de l'article 206 du CGI et n'avaient pas commis d'erreur de droit. En outre, la cour avait relevé que l'activité de location de la tour Manhattan était réalisée dans des conditions similaires à celles dans lesquelles des entreprises privées, telles que des sociétés foncières, exercent leur activité, avec des prix pratiqués correspondant aux prix du marché et une clientèle composée de sociétés commerciales. Pour la Haute Assemblée, la cour n'avait donc pas commis d'erreur de droit ni donné aux faits une qualification juridique erronée en déduisant de ces constatations que l'activité exercée relevait d'une exploitation à caractère lucratif passible de l'impôt sur les sociétés.

Le Conseil d'État confirme également que la circonstance qu'une activité ne soit pas commerciale par nature ne fait pas obstacle à son assujettissement à l'impôt sur les sociétés³. Il en résulte que le fait que la location de locaux nus ne relève pas des bénéfices industriels et commerciaux, tels que définis à l'article 35 du CGI, ne saurait suffire à exclure par principe le caractère lucratif pour l'application de l'article 206 d'une activité de location.

Le Conseil d'État a, en revanche, accueilli les deux autres pourvois dirigés contre deux autres arrêts de la même cour qui avaient jugé que l'État du Koweït était imposable à l'impôt sur les sociétés à raison des bénéfices dégagés par deux SCI françaises, qui réalisaient la location de locaux nus à usages de bureaux en France, et qui étaient détenues à 99,99 % par l'État du Koweït. En effet, comme l'explique le rapporteur public Emilie Bokdam Tognetti dans ses conclusions, en raisonnant comme si l'activité des SCI était celle de l'État du Koweït, et en imposant ce dernier sur le fondement du 1 de l'article 206 à raison du caractère lucratif de l'activité de location des SCI, la cour a méconnu le principe de transparence des sociétés de personnes relevant de l'article 8 du CGI. Il en résulte que l'associé d'une société de personnes visée à cet article, qui n'a pas opté pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés ou n'y est pas assujettie de plein droit, n'est soumis à cet impôt, sur la quote-part des bénéfices réalisés par la société dans la proportion des droits qu'il détient, que s'il est lui-même assujetti à cet impôt.

2. Provisions

2 - Cotisations dues au titre des accidents du travail : la sinistralité, simple modalité de calcul. - Les entreprises relevant du

régime général de la sécurité sociale peuvent-elles déduire une provision passée pour anticiper la hausse de leur taux brut individuel de cotisations dues au titre des accidents du travail ? Appelé à se prononcer sur cette question ayant donné lieu à des décisions divergentes⁴, le Conseil d'État s'est prononcé par la négative⁵, confirmant ainsi la solution retenue par l'arrêt du 22 mai 2018 de la cour administrative d'appel de Versailles⁶. En l'espèce, la caisse régionale d'assurance maladie avait notifié à la société les décisions d'indemnisation d'accidents du travail survenus dans l'entreprise au cours des exercices antérieurs. La société a alors constitué une provision correspondant à la hausse des cotisations dues au titre des accidents du travail et maladies professionnelles rendue probable par l'augmentation de la sinistralité résultant de ces décisions d'indemnisation. Dans sa décision, le Conseil d'État rappelle qu'une entreprise peut valablement porter en provisions et déduire des bénéfices imposables d'un exercice des sommes correspondant à des pertes ou charges qui ne seront supportées qu'ultérieurement par elle, à la condition que ces pertes ou charges soient nettement précisées quant à leur nature et susceptibles d'être évaluées avec une approximation suffisante, qu'elles apparaissent comme probables eu égard aux circonstances constatées à la date de clôture de l'exercice et qu'elles se rattachent aux opérations de toute nature déjà effectuées, à cette date, par l'entreprise⁷. Si du fait des éléments communiqués par la caisse régionale d'assurance maladie, la charge provisionnée paraissait probable, évaluable et quasi certaine, le Conseil d'État a estimé que la prise en compte de la sinistralité passée ne peut être regardée comme un événement en cours à la clôture de l'exercice mais comme une simple modalité de calcul des cotisations. En effet, pour les juges du Palais royal, la responsabilité du financement des prestations et indemnités versées aux salariés au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles incombe aux caisses d'assurance maladie, les employeurs affiliés au régime général de sécurité sociale acquittant des cotisations présentant un caractère libératoire et dont le fait générateur est constitué par le versement des rémunérations⁸. Ainsi, l'obligation pour ces entreprises de verser les cotisations trouve sa source, non dans la réalisation de risques passés, mais, comme pour les autres entreprises, dans le versement des rémunérations des salariés au cours des périodes de référence. Or, une entreprise ne peut provisionner des salaires à verser au titre de périodes de travail non

² CE, 30 déc. 2010, n° 319617, CCI d'Ajaccio et de Corse : *JurisData* n° 2010-026557. - CE, 20 juin 2012, n° 341410, Cne La Ciotat : *JurisData* n° 2012-014859 ; *Dr. fisc.* 2012, n° 30, comm. 394.

³ V. dans ce sens, CE, 27 févr. 2013, n° 354994, Établissement Poudix : *JurisData* n° 2013-012766 ; *Dr. fisc.* 2013, n° 21, comm. 290 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 151, note J.-L. Pierre.

⁴ CAA Paris, 28 sept. 2010, n° 09PA01352, min. c/ Sté Worms et cie. - CAA Versailles, 13 mars 2012, n° 10VE003307, min. c/ Sté financière Franklin Roosevelt.

⁵ CE, 22 janv. 2020, n° 422501, Saint Louis Sucre, mentionné dans les tables du recueil Lebon : *JurisData* n° 2020-000558 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 25, comm. 279.

⁶ CAA Versailles, 22 mai 2018, n° 16VE00886.

⁷ CE, 28 juin 1991, n° 77921, min. c/ Sté Générale : *Dr. fisc.* 1991, n° 39, comm. 1694. - CE, 13 juill. 2007, n° 289233 et 289261, Sté Volkswagen France.

⁸ Cass. 2^e civ., 25 mai 2004, n° 02-31.083, SA Elf Exploration Production : *JurisData* n° 2004-023799 ; *Bull. civ. II*, n° 236 ; *RJS* 2004, n° 958.



encore accomplis⁹, sauf si les charges de personnel résultent d'une obligation existant à la clôture de l'exercice¹⁰. La solution retenue par le Conseil d'État, qui est conforme à la doctrine comptable¹¹, est, en revanche, différente de la solution retenue pour le régime des industries gazières et électriques qui admet la déductibilité des provisions¹². Comme le rapporteur public Emilie Bokdam-Tognetti l'a souligné dans ses conclusions, cette différence s'explique par la circonstance que, dans le cadre du régime général, les cotisations dues au titre des accidents du travail et maladies professionnelles versées par les employeurs présentent, à la différence du régime des industries gazières et électriques, un caractère libératoire, la sécurité sociale n'est pas un simple collecteur ou gestionnaire mais supporte les conséquences pécuniaires des accidents du travail et maladies professionnelles et le fait générateur des cotisations versées n'est pas à trouver dans les décisions passées d'indemnisation mais dans le versement de salaires.

3. Abus de droit

3 - « **Management package** » : **l'artificialité d'abord !** - Par deux décisions du 12 février 2020, le Conseil d'État a estimé que l'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur, suivi d'un rachat de ceux-ci, de manière presque simultanée, par la société dont les titres ont été apportés, constituent une succession d'opérations ayant poursuivi un but exclusivement fiscal et comme nécessairement contraires à l'objectif poursuivi le législateur, dès lors qu'elle a permis aux requérants d'entrer artificiellement dans les prévisions de l'article 150-0 B du CGI en évitant l'imposition à laquelle ils auraient été soumis si la cession avait été réalisée directement et sans l'interposition d'une personne morale. Dans ces conditions, le Conseil d'État a jugé, alors même que les requérants soutenaient qu'ils n'avaient reçu aucune liquidité et qu'aucun désinvestissement n'avait eu lieu, que la cour administrative d'appel n'avait pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en retenant l'existence d'un abus de droit¹³. On peut s'interroger sur la portée de la formulation retenue par la décision qui ne mentionne pas explicitement un « montage artificiel »¹⁴ qui permet, en

principe, de réputer remplie la condition objective de l'abus de droit. Toutefois, il faut relever que, dans ses conclusions, le rapporteur public a bien évoqué qu'un tel montage ressortait des éléments de ces affaires en se fondant sur le fait que « les opérations litigieuses avaient permis d'appréhender en franchise d'impôt leurs parts de l'actif de la société CDA en se plaçant, artificiellement, grâce à l'interposition de leurs sociétés civiles, dans le champ du sursis d'imposition prévu par l'article 150-0 B du CGI, dont ils n'auraient pu bénéficier si CDA avait procédé au rachat de ses propres parts directement auprès d'eux, ce qui ne nous paraît pas correspondre à l'intention poursuivie par le législateur en édictant ces dispositions ».

Sur le terrain de la catégorie du gain réalisé par un dirigeant salarié et provenant d'un rachat de titres dans le cadre d'un dispositif d'intéressement des cadres dirigeants aux résultats de l'entreprise¹⁵, le Conseil d'État a estimé que la cour avait commis une erreur de droit dès lors qu'elle avait jugé que le gain litigieux devait être regardé comme un complément de salaire, sans caractériser l'existence d'un avantage financier consenti au contribuable par l'employeur à raison de ses fonctions de cadre dirigeant dont procéderait ce gain. Les affaires ont été renvoyées devant la cour administrative d'appel de Paris qui devra se prononcer sur l'existence et la caractérisation d'un tel avantage financier.

4. Taxe sur les surfaces commerciales

4 - **La Tascom et les « drive »**. - Après son application aux espaces de vente qu'un établissement assujéti met à la disposition de ses fournisseurs¹⁶ et aux magasins de vente au détail de marchandises en dépôt-vente¹⁷, la taxe sur les surfaces commerciales (Tascom) s'attaque aux ventes en ligne avec retrait. Certes, la doctrine administrative admet que les surfaces où sont stockés les produits à retirer, fermés aux clients, et les surfaces non couvertes auxquelles le public à accès pour effectuer les retraits n'ont pas à être soumises à la Tascom. Mais la même doctrine estime, en revanche, que le chiffre d'affaires réalisé à partir de ces « drive » doit être pris en compte dans le rapport « chiffre d'affaires/surface en m² » pour déterminer le taux de la taxe applicable¹⁸. Le Conseil d'État vient de confirmer cette interprétation¹⁹. Pour la Haute Assemblée il résulte des dispositions

9 V. J. Tirot, *Provisions pour pertes et charges ; que reste-t-il de la jurisprudence ?* : RIF 6/92, p. 471.

10 CE, 25 oct. 1989, n° 66990, SARI, Kamarina II. - CE, 31 mai 2000, n° 179552, Sté Total Raffinage Distribution : JurisData n° 2000-060586 ; Dr. fisc. 2000, n° 48, comm. 938.

11 Bull. CNCC n° 168, déc. 2012, EC 2012-44, p. 747 et s.

12 CE, 22 nov. 2017, n° 393619, min. c/ Sté Électricité de Strasbourg. - CE, 22 nov. 2017, n° 400914, min. c/ EDF.

13 CE, 10^e et 9^e ch., 12 févr. 2020, n° 421444 et 421441 : JurisData n° 2020-001671 ; Dr. fisc. 2020, n° 10, comm. 180, note R. Vabres. - V. aussi, J. Tirot, *La fin du « tout noir ou tout blanc ? »* : Dr. fisc. 2020, n° 10, comm. 68. - A. Périn-Dureau, *Apport-cession et abus de droit : élargissement de la répression ou retour à l'orthodoxie ?* : Dr. fisc. 2020, n° 19, étude 235.

14 V. not. CE, 3^e et 8^e ch., 19 juill. 2017, n° 408227, Sté Ingram Micro : Dr. fisc. 2017, n° 43-44, comm. 529, p. 62, note O. Fouquet. - CE, plén. fisc., 25 oct. 2017, n° 396954, Cts Verdannet : JurisData n° 2017-020912 ; Dr.

fisc. 2018, n° 2, comm. 64, concl. É. Crépey, note F. Deboissy ; RIF 1/2018, n° 70.

15 CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 sept. 2014, n° 365573, Gaillochet : JurisData n° 2014-022460 ; Dr. fisc. 2014, n° 47, comm. 636, concl. E. Cortot-Bouchet, note J. Tirot, J. Jeausserand et T. Audouard. - CE, (na) 21 févr. 2018, n° 405679. - CE, (na) 27 nov. 2019, n° 430600.

16 CE, 12 avr. 2019, n° 411500, Sté Printemps : Lebon T. ; JurisData n° 2019-006328 ; Dr. fisc. 2019, n° 44-45, comm. 430, concl. E. Bokdam-Tognetti.

17 CE, 24 oct. 2018, n° 419362, min. c/ EURL Floride : JurisData n° 2018-018687 ; Lebon T. ; Dr. fisc. 2018, act. 485.

18 BOI-TFP-TSC, n° 330.

19 CE, 10 mars 2020, n° 436879, Féd. des entreprises du commerce et de la distribution : JurisData n° 2020-002966 ; mentionné aux tables du recueil Lebon.



La circonstance qu'une activité ne soit pas commerciale par nature ne fait pas obstacle à son assujettissement à l'impôt sur les sociétés

mêmes de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1972, dans sa version issue de l'article 46 de la loi du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014, que le chiffre d'affaires à prendre en compte pour déterminer le taux de la Tascom est celui correspondant à l'ensemble des ventes au détail en l'état que cet établissement réalise annuellement, sans distinguer selon que ces ventes sont ou non réalisées dans des locaux dont la surface est prise en compte dans l'assiette de la taxe. Ainsi, les ventes relatives à des marchandises vendues sur Internet et dont le client prend livraison dans un espace dédié du magasin doivent être incluses dans le chiffre d'affaires total des ventes, alors même que les surfaces de cet espace de livraison ne seraient pas prises en compte dans l'assiette de la taxe.

5. Procédures fiscales

5 - **La fin d'un « splendide isolement ».** - Le Conseil d'État a jugé le 13 mars 2020 que dorénavant le délai de 2 mois était applicable au recours pour excès de pouvoir contre une instruction, une circulaire ou tout autre document émanant de l'administration fiscale publié au BOFIP²⁰, alors que jusqu'alors, il était possible de contester la doctrine de l'administration fiscale sans condition de délai²¹. Cette décision met ainsi fin à ce que le rapporteur public Karin Ciavaldini a appelé « un splendide isolement », dans la mesure où cette jurisprudence était en décalage avec celle applicable en contentieux général²². La décision précise que les instructions publiées avant le 1^{er} janvier 2019 peuvent être contestées jusqu'au 13 mai 2020, sous réserve de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 qui a prorogé les délais échus durant la période d'urgence sanitaire²³. Quant aux instructions publiées à compter du 1^{er} janvier 2019, elles doivent être contestées dans les 2 mois de leur mise en ligne.

6. Fiscalité des restructurations

6 - **TUP : portée générale de la clause de rétroactivité.** - La société Orange avait procédé le 5 février 2010 à une augmentation de capital de sa filiale détenue à 100 % depuis le 19 janvier 2010 afin de combler sa situation nette négative. Le 11 février 2010, elle a prononcé la dissolution sans liquidation de sa filiale avec

effet fiscal rétroactif au 1^{er} janvier 2010. Dans le calcul de la moins-value d'annulation des titres de sa filiale, la société Orange avait tenu compte de l'augmentation de capital pour la détermination

de la valeur brute des titres annulés. Il résulte de la jurisprudence qu'en cas de fusion avec clause de rétroactivité, toutes les conséquences de cette rétroactivité pour les opérations réalisées durant la période intercalaire doivent être tirées²⁴. Pour la cour administrative d'appel de Versailles, les principes en matière de rétroactivité des opérations de restructuration ne s'opposaient pas à la prise en compte de l'ensemble des éléments constituant le prix d'acquisition des titres annulés, y compris de ceux intervenus en période intercalaire. En effet, l'augmentation de capital n'avait pas d'incidence sur les résultats de la période intercalaire de l'absorbante et de l'absorbée, de sorte qu'elle ne devrait pas avoir à être neutralisée, comme dans le cas de neutralisation d'opérations réciproques, pour la détermination du prix de revient des titres de la société cible. De plus, en l'espèce, l'Administration avait pris en considération la cession de titres qui était intervenue le 19 janvier 2020, date à laquelle la société Orange avait acquis le solde des titres de sa filiale, mais s'était refusée à prendre en compte l'acquisition des titres le 5 février 2010 issue de l'augmentation de capital réalisée à cette date. Pour autant, le Conseil d'État, donnant une portée générale à la clause de rétroactivité fiscale, a censuré cette analyse en estimant que la société confondante devait être réputée s'être substituée fiscalement à la société confondue à la date d'effet rétroactif. Elle devait être regardée comme ayant reçu elle-même les apports pour leur valeur à la date où l'augmentation du capital est intervenue²⁵. À noter que depuis l'entrée en vigueur de l'article 39 quaterdecies 2 bis du CGI, la déduction de la moins-value subie n'est plus permise lorsque la valeur réelle des titres à la date de leur émission est inférieure à leur valeur d'inscription en comptabilité.

7. Revenus de capitaux mobiliers

7 - **Activité occulte en France et présomption de distribution.**

- Par une décision qui sera mentionnée aux tables du recueil Lebon²⁶, le Conseil d'État vient de compléter sa jurisprudence concernant l'existence d'une distribution de revenus en cas d'activité occulte en France par une société étrangère. La présomption de distribution prévue par l'article 109, 1, 1^o du CGI ne joue que s'il est apporté la preuve que les rectifications du

20 CE, 13 mars 2020, n° 435634, *Sté Hasbro European Trading BV*, publié au recueil Lebon ; *JurisData* n° 2020-004023 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 15-16, comm. 225, note S. Rudeaux. - N. Jacquot et N. Guillard, *R.I.P. le REP ?* ; *Dr. fisc.* 2020, n° 13, act. 105.

21 CE, sect., 4 mai 1990, n° 55124, *Assoc. Freudienne et a.* - Et CE, sect., 4 mai 1990, n° 55137, *Robinet et a.* - CE, 20 déc. 2013, n° 371157, 372025 et 372675, *Sté Axa France Vie et a.*

22 CE, sect., 27 juill. 2005, n° 259004, *Millon* ; *JurisData* n° 2005-068695 ; *Lebon*, p. 336 ; *JCP A* 2005, act. 480 ; *AJDA* 2005, p. 2462, note L. Janicot.

23 *Ord.* n° 2020-306, 25 mars 2020 ; *JO* 26 mars 2020, texte n° 9 ; *JCP E* 2020, act. 243 ; *JCP E* 2020, 1226.

24 CE, sect., 12 juill. 1974, n° 81753 ; *Dr. fisc.* 1974, n° 49, comm. 1525, concl. D. Mandelkern. - CE, 18 mars 1992, n° 62402, *SA Leybold-Heraus-Sogev* ; *JurisData* n° 1992-600212. - CE, 16 juin 1993, n° 70446, *Sté Laboratoires Wellcome* ; *JurisData* n° 1993-043197.

25 CE, 18 mars 2020, n° 426473, *Sté Orange* ; *JurisData* n° 2020-004082 ; mentionné dans les tables du recueil Lebon.

26 CE, 27 mars 2020, n° 421627 ; *JurisData* n° 2020-004304 ; mentionné dans les tables du recueil Lebon.



bénéfice de la société se traduisent par un flux de sortie vers des bénéficiaires et donc par l'existence d'un désinvestissement²⁷. Par une décision récente²⁸, le Conseil d'État avait jugé qu'une cour commet une erreur de droit en jugeant que l'Administration avait pu considérer que les bénéfices imputés à un établissement stable d'une société étrangère en France devaient être regardés comme appréhendés par les requérants en leur qualité de maître de l'affaire. Dans la décision du 27 mars 2020²⁹, la rectification procédait de la mise en évidence de l'exercice par une société de droit suisse d'une activité occulte en France, dont il n'a jamais été sérieusement soutenu qu'elle aurait été retracée dans sa comptabilité, ni que les bénéfices en résultant auraient été déclarés et soumis à l'impôt en Suisse. Dans ces circonstances différentes du précédent, les juges du Palais royal ont jugé que la cour administrative d'appel n'avait pas entaché son arrêt d'erreur de droit en regardant les bénéfices ainsi imposés en France, qui n'avaient été ni mis en réserve ni incorporés au capital, comme distribués en application du 1° du 1 de l'article 109 du CGI.

8. TVA sur marge

8 - Terrains à bâtir : la nécessité de l'identité de qualification. - Pendant le confinement, les marchands de biens et les lotisseurs ont eu la mauvaise surprise de découvrir une décision du Conseil d'État qui précise, de façon décevante pour eux, les conditions d'application de l'article 268 du CGI, relatif à l'application de la TVA sur marge en cas, notamment, de livraison d'un terrain à bâtir³⁰. Cet article prévoit que l'assiette de la TVA est calculée par différence entre le prix de vente et celui d'acquisition, c'est-à-dire la marge, pour les livraisons d'immeubles achevés depuis plus de 5 ans taxées sur option, et celles de terrains à bâtir « si l'acquisition par le cédant n'a pas ouvert droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée ». Dans cette affaire, le lotisseur

avait soumis à la TVA sur marge des livraisons de terrains à bâtir issus de la division d'une parcelle unique sur laquelle était édifié un immeuble d'habitation que la société avait fait démolir préalablement à la division et à la vente. La société avait alors fait valoir qu'elle pouvait placer les cessions de terrains à bâtir sous le régime de la TVA sur la marge, dès lors qu'elle n'avait pas bénéficié d'un droit à déduction de la TVA sur l'acquisition initiale de l'immeuble achevé depuis plus de 5 ans. Alors que le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Lyon lui avaient donné raison, le Conseil d'État a jugé, au contraire, que l'article 268 du CGI, lu à la lumière de l'article 392 de la directive TVA du 28 novembre 2006, dont il a pour objet d'assurer la transposition, limite le champ d'application des règles de calcul dérogatoire de la TVA sur marge « aux opérations de cession de terrains à bâtir qui ont été acquis en vue de leur revente et ne s'appliquent donc pas à une cession de terrains à bâtir qui, lors de leur acquisition, avaient le caractère d'un terrain bâti, quand le bâtiment qui y était édifié a fait l'objet d'une démolition de la part de l'acheteur-revendeur ». La cour administrative d'appel de Lyon a donc commis une erreur de droit en jugeant que le bénéfice du régime de la TVA sur marge était subordonné à la seule condition que l'acquisition du bien cédé n'ait pas ouvert droit à déduction de la taxe. Il en est de même en jugeant sans incidence sur sa mise en œuvre la circonstance que les caractéristiques physiques et la qualification du bien en cause aient été modifiées entre son acquisition et sa vente. Par sa décision, le Conseil d'État confirme donc la position de l'administration fiscale qui avait déjà indiqué que le régime de la TVA sur marge ne se conçoit que pour les livraisons d'immeubles acquis et revendus en gardant la même qualification³¹. Malgré ces précisions, le sujet ne semble pas épuisé. En effet, cette affaire, ainsi que d'autres, sont et vont être renvoyées devant les cours administratives d'appel qui devront se prononcer sur un certain nombre d'incertitudes. Tout d'abord, la position pourrait être différente si l'état de l'immeuble présent sur le terrain le rendait impropre à toute utilisation. De ce fait, le terrain ne devrait pas être regardé comme un terrain bâti. Dans une telle situation, l'identité juridique entre le bien acheté et le bien revendu serait conservée. Ensuite, selon certains auteurs, l'analyse du Conseil d'État reposerait sur une condition non transposée de la directive TVA, négligerait le principe de neutralité de la TVA et créerait même une véritable distorsion de concurrence³². Sujet à suivre... ■

27 CE, plén., 5 déc. 1984, n° 49962, *Étienvre* : *Lebon*, p. 403 ; *Dr. fisc.* 1985, n° 22-23, *comm.* 1068 ; *RJF* 2/1985, n° 251, *concl.* M.-A. Latornerie, p. 96 ; *GAJF*, n° 35. - CE, 7^e et 9^e ss-sect., 29 sept. 1989, n° 75304, *min. c/ Venutolo* : *Lebon T.*, p. 569 ; *Dr. fisc.* 1990, n° 5, *comm.* 142, *concl.* O. Fouquet ; *RJF* 11/1989, n° 1227 ; *RJF* 1/1990, p. 3, *chron.* J. Turot. - CE, 8^e et 3^e ch., 19 déc. 2019, n° 429309, *Sté Socoprim* : *JurisData* n° 2019-023165 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 18, *comm.* 232, *concl.* K. Ciavaldini ; *RJF* 3/2020, n° 221.

28 CE, 9^e et 8^e ch., 8 févr. 2019, n° 410301 et 410568, *Esch* : *JurisData* n° 2019-001854 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 26, *comm.* 306, *concl.* M.-G. Merloz ; *Dr. sociétés* 2019, *comm.* 119, *note* J.-L. Pierre ; *RJF* 5/2019, n° 442.

29 CE, 27 mars 2020, n° 421627, *préc.*

30 CE, 27 mars 2020, n° 428234, *min. c/ Sté Promialp* : *JurisData* n° 2020-004303 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 20, *comm.* 241 ; mentionné dans les tables du recueil *Lebon*.

31 V. BOI-TVA-IMM-10-20-10, n° 20.

32 V. dans ce sens G. Berger-Picq, *TVA sur marge dans les opérations immobilières : le choix de la complexité* : FR, n° 23/20.

Cour suprême: «Des Sages qui défient les pronostics hâtifs»

FIGAROVOX/TRIBUNE - La Cour suprême a un fonctionnement bien plus subtil qu'on ne le croit souvent, argumente Francois-Henri Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Par Francois-Henri Briard

Publié le 28/09/2020 à 19:53, mis à jour le 29/09/2020 à 12:32



La Cour suprême. Image libre de droits

Francois-Henri Briard est président de l'Institut Vergennes, fondé en 1993 avec le juge à la Cour suprême Antonin Scalia. Il est membre de la Société historique de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique.

Alors que le président [Donald Trump](#) vient de désigner un [possible successeur du juge Ruth Ginsburg](#) en la personne du [juge Amy Coney Barrett](#), qu'il soit permis à un professionnel du droit qui fréquente assidûment cette juridiction depuis près de trente ans, et qui en connaît bien les membres, de remettre un peu d'ordre dans le tumulte actuel, où l'approximation des commentaires le dispute à l'inexactitude.

Tout d'abord, il serait erroné de ne voir dans le choix du président des États-Unis qu'une opération politique. Nul ne conteste que ce type de nomination peut constituer un véritable enjeu de campagne à quelques semaines d'un scrutin présidentiel ; et depuis 1790, année au cours de laquelle la Cour suprême a statué pour la première fois, les nominations de ces grands juges figurent traditionnellement (...).

CABINET BRIARD : LA CASSATION AU SERVICE DE L'ENTREPRISE

Accompagner les entreprises françaises lors d'un pourvoi en cassation suppose une véritable culture économique et une pratique du droit bien particulière. Le cabinet Briard est un allié précieux dans tous les domaines des juridictions suprêmes aussi bien en France qu'en Europe, avec un particularisme américain. François-Henri Briard vous explique pourquoi.



Vous êtes avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, parlez-nous de cette profession.

« Nous sommes un ordre autonome d'Ancien Régime recréé en 1817, composé de 68 cabinets, tous au service du droit, du justiciable et des entreprises. C'est une profession pluridisciplinaire dans une spécialité française, la technique de cassation, qui consiste pour nos juridictions suprêmes à vérifier la motivation des décisions des juges du fond et à exercer un contrôle fondé sur la distinction du fait

et du droit. Nous représentons les justiciables devant le Conseil d'État, la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et les juridictions européennes. »

Quelle est la physionomie du cabinet Briard ?

« Nous sommes une équipe de vingt avocats et salariés. Le cabinet est implanté à Paris, face au Grand Palais. Nos principes de fonctionnement sont fondés sur la confiance réciproque, la réactivité, la disponibilité et l'association étroite de nos clients

et de leurs avocats pour l'instruction des dossiers. Nous avons toujours eu au cabinet une exigence fondamentale de qualité : juridique, intellectuelle et de relation-client. Droit civil, commercial, public, fiscal, pénal, nous couvrons toutes les matières de nos juridictions. Je suis personnellement aussi, par formation et par conviction, très attaché au droit européen, que nous pratiquons depuis longtemps, parfois avec le soutien de cabinets bruxellois. »

Et les entreprises dans tout cela ?

« Elles sont chères à notre cabinet. Je suis attaché à l'économie de marché et à la libre entreprise. Nous travaillons aussi bien pour de grands groupes internationaux que pour des TPE. Les entreprises qui, après la première instance et l'appel, sont confrontées à ce monde mystérieux du pourvoi en cassation ont besoin d'accompagnement, de pédagogie et de soutien. Travailler pour l'entreprise en cassation suppose une véritable culture économique, que nous possédons. Nous avons aussi beaucoup développé ces dernières années avec Pierre Masquart, avocat au Barreau de Paris, la pratique de la fiscalité en cassation. »

Vous avez un parcours assez atypique, notamment avec la défense et les États-Unis, à quoi cela correspond-t-il ?

« Comme d'autres membres du cabinet, je suis réserviste citoyen de la Marine nationale. Il s'agit d'un engagement bénévole, signe du lien entre l'armée et la nation. Je suis issu d'une famille de militaire et ancien auditeur de la session nationale de l'IHEDN. Il faut aimer notre pays et notre armée ainsi que ses valeurs, qui sont aussi précieuses pour le monde juridique et judiciaire. Quant aux États-Unis, je peux dire que c'est la grande aventure de ma vie, depuis 1989. J'ai bâti en 30 ans un vaste réseau de correspondants et de juristes, notamment à travers l'Institut Vergennes, cercle franco-américain que j'ai fondé en 1993 avec le juge Antonin Scalia, membre de la Cour suprême des États-Unis. Je pratique bien sûr couramment l'anglais juridique. Cette particularité peut être utile aux entreprises étrangères et notamment anglo-saxonnes qui doivent soutenir un pourvoi en cassation ou y défendre. »



 **BRIARD**
AVOCAT AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION



L'actualité professionnelle du secteur de l'environnement

erts Le blog des experts Le blog des experts Le blog des experts Le blog

Brexit : quelles conséquences pour la protection de l'environnement au Royaume-Uni ?

Les conséquences du Brexit sur la protection de l'environnement au Royaume-Uni restent incertaines. Le résultat dépendra surtout des liens futurs entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, selon l'avocate Floriane Beauthier du cabinet Briard.



Floriane Beauthier

Avocat au barreau de Paris, cabinet Briard.

Devenue explicitement l'un des objectifs principaux de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la protection de l'environnement, par son caractère nécessairement international – le réchauffement climatique ne s'arrêtant pas aux frontières –, est aujourd'hui majoritairement assurée par les directives et régulations issues du droit de l'Union.

Le processus de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne (*Brexit*) provoque donc de légitimes inquiétudes quant au devenir des législations environnementales outre-Manche. Le *Brexit* souligne également la complexité de l'imbrication de différents niveaux de normes ; par exemple, la protection de la nature est assurée à la fois par les directives Habitats (1992) et Oiseaux (2009), au niveau national par les lois transposant ces directives, mais aussi au niveau des gouvernements dévolus par d'autres législations spécifiques – par exemple, en Ecosse, par le *Nature Conservation (Scotland) Act 2004* et le *Natural Environment (Scotland) Act 2011* qui ont amendé les lois de transposition. Ces

législations locales pourront être des sources de conflits entre les gouvernements dévolus et le gouvernement central, si les premiers souhaitent conserver un haut de niveau de protection environnementale et que ce dernier s'y oppose.

L'avenir de la protection de l'environnement au Royaume-Uni dépend en réalité de la nature des liens futurs entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. En effet, si le Royaume-Uni n'est plus membre de l'Union européenne, il reste soumis au droit européen pendant la période de transition. Si aucun accord n'est signé entre l'Union européenne et le Royaume-Uni d'ici au 31 décembre 2020 et que la période de transition n'est pas rallongée, le Royaume-Uni sortira définitivement du droit de l'Union européenne (*no deal Brexit*).

Première option : rester dans l'espace économique européen

La solution la plus protectrice de l'environnement consisterait en ce que le Royaume-Uni reste partie à l'Espace économique européen (EEE), à l'instar de la Norvège. La participation au marché européen qui en découle aurait pour conséquence l'application de nombreuses normes européennes – notamment sur les produits échangés. En revanche, la réglementation applicable aux secteurs non concernés par le marché commun (par exemple, les directives Habitats, Oiseaux, Eau, ou Eau potable) ne trouverait plus à s'appliquer.

Point positif, le Royaume-Uni continuerait à faire l'objet de procédures d'infraction en cas de non-respect des normes européennes, et ce devant la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange (équivalente à la Cour de justice de l'Union européenne), ce qui renforcerait le caractère contraignant des normes environnementales européennes dans le cadre des relations post-*Brexit*.

La solution norvégienne semble toutefois peu probable, le gouvernement britannique ne souhaitant pas que son pays soit soumis à la compétence d'une nouvelle juridiction européenne.

Deuxième option : signer des accords de libre-échange

Une solution intermédiaire serait issue des exemples turc ou canadien, dans laquelle Royaume-Uni et Union européenne signeraient des accords visant à ce que le pays fasse partie de l'union douanière européenne (option turque) ou instaurant un libre-échange entre les deux zones (option canadienne). En conséquence, le pays devrait toujours respecter les normes environnementales relatives aux produits échangés. L'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA) établit par exemple un principe de « *non-régression* » qui interdit d'affaiblir les normes

environnementales dans le but de développement du commerce ou d'attractivité économique. On peut imaginer un principe similaire dans un éventuel accord entre le Royaume-Uni et l'Union européenne ; les négociations mentionnent d'ailleurs la nécessité de protection de l'environnement.

Cependant, les normes environnementales européennes s'appliquant aux secteurs non concernés par un tel accord – visant par exemple à protéger les milieux de vie, la biodiversité, etc. – n'auraient plus à être respectées par le Royaume-Uni, et la question des procédures de sanction efficaces en cas de non-respect des normes environnementales resterait à résoudre.

Troisième option : le no deal

La pire solution d'un point de vue environnemental serait évidemment un *no deal*, lequel aurait comme conséquence la possibilité pour le Royaume-Uni d'abandonner l'ensemble des normes environnementales instaurées par le droit de l'Union européenne.

Le pays ne serait plus soumis à la surveillance attentive de la Commission européenne ni au respect des condamnations prononcées par la Cour de justice de l'Union européenne quant au non-respect des normes ou objectifs environnementaux imposés par l'Union européenne, et ce alors qu'il est déjà aujourd'hui l'un des pays contre lequel la Commission a ouvert le plus de procédures d'infraction en matière environnementale.

Le *no deal* semble bien possible aujourd'hui, devant l'absence d'avancées dans les négociations.

Selon un rapport très complet sur la question, la protection des poissons, oiseaux et des « *habitats* », la lutte contre le changement climatique, le traitement des déchets et l'agriculture sont les secteurs les plus susceptibles de faire l'objet de réglementations moins strictes en cas de *no deal*.

Quelle que soit l'hypothèse considérée, les risques globaux principaux sont, selon ce rapport :

- l'absence de remise en cause des normes européennes transposées au jour de la sortie définitive mais l'absence d'évolution de ces dernières en fonction des avancées scientifiques, alors que l'Union européenne deviendra probablement plus protectrice de l'environnement (phénomène dit de « *zombification* » des normes) ;

- la protection des secteurs qui ne sont pas concernés par le marché commun ;
- les relations entre les gouvernements dévolus et le gouvernement central dans le cadre de la protection de l'environnement ;
- l'absence de « *watchdog* » (organe de contrôle) réellement efficace, c'est-à-dire d'autorité de surveillance du respect des normes environnementales par le gouvernement britannique, rôle qu'assument aujourd'hui la Commission et la Cour de Luxembourg.

Incertitudes autour du Brexit vert

Promouvant la possibilité d'un *Brexit vert*, le gouvernement britannique soutient que l'*Environment bill* en cours d'examen devant le Parlement assurera un haut niveau de protection environnementale. Des inquiétudes demeurent toutefois, tant sur les pouvoirs et l'indépendance du futur *watchdog* (l'Office for Environmental Protection) que sur certains domaines, à l'instar de la protection de la biodiversité ou de la qualité de l'air et de l'eau. Enfin, de nombreuses dispositions de l'*Environment bill* ne concernent que l'Angleterre et l'Irlande du Nord, si bien que de nombreux enjeux de coordination avec les autorités dévolues restent à résoudre sous peine d'aboutir à une divergence des législations environnementales au sein même du Royaume-Uni, voire de provoquer une crise institutionnelle majeure.

Le *Brexit* pose d'innombrables difficultés dans de nombreux domaines ; l'environnement en est un exemple parlant, parce qu'il s'agit d'un sujet international par essence, pour lequel l'Union européenne a montré une certaine efficacité. La tentation, pour le Royaume-Uni, de privilégier le mot d'ordre « *build, build, build* » et la conclusion rapide d'accords de libre-échange par rapport au respect et à l'amélioration des normes environnementales d'inspiration européenne inquiète ainsi de nombreux observateurs.

Avis d'expert proposé par Floriane Beauthier, avocat au barreau de Paris, cabinet Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avec l'aide de Clément Baillon, étudiant.

Article publié le 01 octobre 2020

Les points de vue exprimés dans la rubrique avis d'expert n'engagent que leurs auteurs et ne constituent pas une prise de position ou un soutien de la rédaction d'Actu-environnement.

ÉTUDE FISCALITÉ DES ENTREPRISES

ENTREPRISE

La présente étude, qui couvre la période du 1^{er} avril au 16 juillet 2020, traite d'une sélection de décisions importantes du Conseil d'État en matière de droit fiscal de l'entreprise et des affaires.

1406

Droit fiscal de l'entreprise et des affaires : chronique d'actualité



Étude rédigée par Pierre Masquart



Pierre Masquart est avocat au barreau de Paris, Cabinet Briard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

1. Abus de droit

1 - Abus de droit et PEA. - Les deux conditions nécessaires pour caractériser l'abus de droit par fraude à la loi sont, tout d'abord, une condition objective, à savoir l'application littérale de textes à l'encontre des intentions du législateur, et une condition subjective, à savoir la recherche d'un but exclusivement fiscal¹. Lorsqu'un montage artificiel est caractérisé², le Conseil d'État considère que la recherche de la condition objective est remplie³. Un tel montage constitue également un indice sérieux d'un but exclusivement fiscal de l'opération mise en cause⁴. Le montage artificiel est en principe lié à l'interposition de sociétés dépourvues de substance. Toutefois, dans notre précédente

¹ CE, 27 sept. 2006, n° 260050, *Sté Janfin* : *JurisData* n° 2006-081020 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 47, *comm.* 744, *concl.* L. Olléon. - CE, 28 févr. 2007, n° 284565, *min. c/ Persicot* : *JurisData* n° 2007-081088 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 11, *act.* 272.

² CE, 18 févr. 2004, n° 247729, *SA Pléiade* : *JurisData* n° 2004-080518 ; *Dr. fisc.* 2004, n° 47, *comm.* 849. - CE, 18 mai 2005, n° 267087, *min. c/ Sté Sagal* : *JurisData* n° 2005-080715 ; *Dr. fisc.* 2005, n° 44-45, *comm.* 726, *concl.* P. Collin.

³ CE, 9^e et 10^e ch., 13 janv. 2017, n° 391196, *Sté Ingram Micro* : *JurisData* n° 2017-000568 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 15, *comm.* 254, *concl.* E. Crépey. - CE, 19 juill. 2017, n° 408227, *Sté Ingram Micro* : *JurisData* n° 2017-023084 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 43-44, *comm.* 529.

⁴ CE, 8 févr. 2019, n° 407641 : *JurisData* n° 2019-001839 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 21, *comm.* 272.

chronique⁵, nous avons mentionné les décisions dites Wendel⁶ par lesquelles le Conseil d'État a confirmé, qu'en matière d'abus de droit, l'absence de substance économique d'une société interposée n'est pas une condition nécessaire à l'identification d'un montage artificiel. En effet, ces décisions, tout comme le précédent Verdannet⁷, ont retenu l'absence de substance du montage mais pas celle de la société interposée elle-même.

Par deux décisions du 19 juin 2020⁸, le Conseil d'État est venu préciser, cette fois, dans quelle mesure un abus de droit est caractérisé lors d'une cession de titres d'une société holding inscrits sur un PEA. En l'espèce, pour écarter l'argumentation des requérants tirée de ce que la société Financière RKW Holding avait une réalité économique et que sa constitution avait pour objectif d'associer le groupe WPP au développement de la société KRM tout en préservant l'indépendance de cette dernière, la cour administrative d'appel de Paris s'était fondée sur la circonstance que les éléments apportés par les contribuables ne démontraient pas la nécessité de l'interposition de la société Financière RKW Holding. Le Conseil d'État a jugé qu'en exigeant ainsi que ces derniers justifient de ce que l'architecture d'ensemble mise en place était la seule possible pour atteindre l'objectif économiquement poursuivi, la cour avait commis une erreur de droit. Les juges du Palais Royal rappellent ainsi que les contribuables, interposant des sociétés holding pour bénéficier d'une économie fiscale, ne sont, en l'état du droit applicable au litige, jamais obligés de choisir la voie fiscalement la plus onéreuse⁹ et ils n'ont pas non plus l'obligation de démontrer que les actes passés étaient nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi¹⁰.

La Haute Assemblée a également reproché à la cour d'avoir commis une erreur de droit en n'ayant pas pris en compte l'ensemble des éléments de l'architecture mise en place par les contribuables. Ces derniers, après avoir créé, en janvier 2004, une société ayant notamment pour activité l'achat d'espaces publicitaires, la société KRM, avaient constitué, en décembre 2004, deux sociétés holding dont ils détenaient chacun 25 % des parts, l'autre moitié étant détenue, s'agissant de la société Financière RKW Holding, par le groupe publicitaire WPP, et s'agissant de la société RK Private, par plusieurs investisseurs. Les contribuables avaient alors cédé les parts de la société KRM à ces deux sociétés holding à concurrence de 924 parts pour la société Financière RKW Holding et de 926 parts pour la société RK Private.

5 P. Masquart, *Droit fiscal de l'entreprise et des affaires : chronique d'actualité* : JCP E 2020, 1300.

6 CE, 12 févr. 2020, n° 421444, Gautier : *JurisData* n° 2020-001671 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 10, comm. 180. - O. Fouquet, *Abus de droit : du nouveau ? À propos de l'affaire Wendel* : *FR 18/20, inf.* 17, p. 30.

7 CE, plén., 25 oct. 2017, n° 396954, *Éts Verdannet* : *JurisData* n° 2017-020912 ; *Dr. fisc.* 2018, n° 2, comm. 64, concl. E. Crepey, note F. Deboissy.

8 CE, 19 juin 2020, n° 418452, *Épx X.* : *JurisData* n° 2020-008427. - CE, 19 juin 2020, n° 429393, *Épx R.* : *JurisData* n° 2020-009063 ; mentionnés au *Tables du recueil Lebon*.

9 CE, 21 mars 1986, n° 53002, *SA Auriège*, concl. O. Fouquet.

10 CE, 11 févr. 2011, n° 314950, *Picoux*, concl. E. Cortot-Boucher.

2. Fiscalité internationale

2 - **La notion extensive de cession d'actif.** - La société Fromageries Bel, qui avait procédé à la liquidation sans dissolution de sa filiale SA Boursin, avait constaté un mali technique, dont elle avait inscrit une partie, correspondant aux fonds de commerce américains de la société Boursin, à l'actif de sa succursale établie aux États-Unis, qui constituait un établissement stable. Le Conseil d'État vient de confirmer, par sa décision *Sté Bel*¹¹, que la cour administrative d'appel de Versailles n'avait pas méconnu les articles 38 et 209 du CGI en jugeant que l'inscription à l'actif de sa succursale d'éléments qui, à l'issue de la transmission universelle de patrimoine placée sous le régime de faveur prévu par l'article 210 A du CGI, étaient affectés à ses exploitations françaises, avait les effets d'une cession faisant naître pour la requérante une plus-value soumise en France à l'impôt sur les sociétés¹². En effet, pour les juges du Palais Royal, lorsqu'une société établie en France inscrit au bilan fiscal d'une succursale établie à l'étranger, dont les bénéfices ne sont pas pris en compte dans ses bases d'imposition, un élément d'actif jusqu'alors affecté à ses exploitations françaises, une telle opération doit être regardée, pour l'établissement du résultat imposable en France de cette société, comme ayant les effets d'une cession d'élément d'actif. Cette solution confirme, tout d'abord, que la notion de cession, au sens de l'article 38 du CGI, doit être interprétée de manière extensive¹³. Ensuite, elle rappelle que les succursales étrangères sont dotées d'une personnalité fiscale propre en raison du principe de territorialité de l'impôt¹⁴. Enfin, cette solution doit être rapprochée de la jurisprudence abondante relative aux opérations financières entre un siège et sa succursale¹⁵.

3 - **Établissement stable et location-gérance.** - Par une décision de 1972¹⁶, le Conseil d'État a reconnu, pour l'application de la convention franco-suisse de 1953, que la perception de redevances par un résident suisse dans le cadre d'un contrat de location-gérance d'un fonds de commerce situé en France, caracté-

11 CE, 8^e et 3^e ch., 27 mai 2020, n° 434412, *SA Fromageries Bel* : *JurisData* n° 2020-007155 ; mentionné dans les *tables du recueil Lebon*.

12 Rappr. *Concl. J.-F. Verny* sous CE, sect., 9 janv. 1981, n° 10145, *Sté Timex Corporation* : *Dr. fisc.* 1981, n° 23, comm. 1237 ; D. 1981, p. 149, note G. Tixier et Ph. Derouin.

13 Rappr. CE, 29 déc. 1999, n° 171859 : *JurisData* n° 1999-159748 ; *Dr. fisc.* 2000, n° 21, comm. 427, dans le cas d'un transfert d'actif de l'entreprise vers le patrimoine privé de l'exploitant.

14 CE, plén., 25 oct. 1972, n° 81999 : *Dupont 1973*, p. 19. - CE, 14 nov. 1984, n° 40368, *SARL Sotradies* : *JurisData* n° 1984-600353.

15 CE, sect., 16 mai 2003, n° 222956, *Sté Télécoise* : *JurisData* n° 2003-080360 ; *Fiche pratique* n° 2081 - *S'implanter à l'étranger : succursale ou filiale ?*. - CE, 11 avr. 2014, n° 344990, *min. c/ Sté Bayerische Hypo und vereinsbank AG.* - CE, 11 avr. 2014, n° 346687 et 349015, *min. c/ Sté Unicredit.* - CE, 11 avr. 2014, n° 359640, *min. c/ Sté Caixa Geral de Despositos.* - CE, 9 nov. 2015, n° 370974, *Sté Sodirep Textiles SA-NV* : *JurisData* n° 2015-026400 ; *Dr. fisc.* 2016, n° 24, comm. 377. - CE, 10 juill. 2019, n° 418108, *Sté BNP Paribas* : *JurisData* n° 2019-012342 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 42, comm. 408.

16 CE, 8 mars 1972, n° 81907.

risait la détention par le bailleur d'un établissement stable en France. Il ne peut être pour autant déduit de cette solution ancienne que le bailleur d'un fonds de commerce disposerait nécessairement d'un établissement stable dans l'État dans lequel le fonds est exploité. En effet, tout dépend de la question de savoir si l'exploitant utilise le fonds avec ses propres moyens matériels ou avec ceux du propriétaire du fonds. Comme l'a précisé le rapporteur public Romain Victor, dans ses conclusions sous la décision Sté Bel¹⁷, dans l'affaire de 1972, « le résident suisse était propriétaire non seulement du fonds de commerce, mais aussi des locaux et des matériels qui en permettaient l'exploitation, de sorte que son activité [...] s'analysait comme une forme d'exploitation d'un établissement commercial ». Or, en l'espèce, la société française Boursin, propriétaire des fonds de commerce américains, les avait donnés en location-gérance à une autre société du groupe Unilever qui les avait sous-loués à une société Conopco, située aux États-Unis, qui les exploitait avec ses propres moyens matériels et non avec ceux de la propriétaire des fonds. Par conséquent, pour le Conseil d'État, la cour n'a commis aucune erreur de droit et n'a pas inexactement qualifié les faits en se fondant sur ce que la société américaine exploitait les fonds avec ses propres matériels, et non avec ceux de la société française, pour juger que la société Boursin n'exploitait aucune entreprise aux États-Unis pour l'application de l'article 209 du CGI et ne détenait pas d'établissement stable au sens de l'article 5 de la convention fiscale conclue entre la France et les États-Unis.

3. Fusions ou opérations assimilées

4 - **Notion de changement significatif d'activité.** - Le Conseil d'État vient d'avoir l'occasion de compléter sa jurisprudence en ce qui concerne les conditions d'octroi de l'agrément pour le transfert des déficits d'une société absorbée à une société absorbante. En application des dispositions de l'article 209, II, b du CGI¹⁸, l'agrément est délivré lorsque l'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé n'a pas fait l'objet par la société absorbée ou apporteuse, pendant la période au titre de laquelle ces déficits ont été constatés, de changement significatif, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité. Par sa décision SARL Serena Caoutchouc¹⁹ de 2017, la Haute Assemblée avait jugé qu'il résulte des dispositions de l'article précité que la condition qu'elles énoncent tient à ce qu'examinée pour elle-même, l'activité transférée à la société absorbante n'ait pas fait l'objet de changements significatifs pendant la période au titre de laquelle ont été constatés les déficits dont le transfert est demandé. Par la décision Sté ID

Espace²⁰, le Conseil d'État vient d'indiquer, cette fois, que cette période s'étend de l'exercice de naissance des déficits en cause jusqu'à celui au cours duquel est effectuée la demande tendant à leur transfert. Il résulte toutefois de ces dispositions, interprétées à la lumière des travaux préparatoires de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 de laquelle elles sont issues²¹, que la circonstance que l'activité à l'origine des déficits ait été en tout ou partie transférée par anticipation, avant l'opération de fusion ou assimilée, à la société qui la poursuit et demande à ce titre le transfert des déficits qui y trouvent leur origine, ne saurait être regardée comme un changement significatif d'activité justifiant le refus de l'agrément sollicité.

4. Intégration fiscale

5 - **Indication nécessaire à la société mère d'un groupe intégré des modalités de détermination des pénalités.** - Par une décision min. c/ SA BNP Paribas²², le Conseil d'État vient d'indiquer que l'information qui doit être donnée à la société mère d'un groupe fiscal intégré avant la mise en recouvrement peut être réduite à une référence aux procédures de rectification qui ont été menées avec les sociétés membres du groupe et à un tableau chiffré qui en récapitule les conséquences sur le résultat d'ensemble, sans qu'il soit nécessaire de reprendre l'exposé de la nature, des motifs et des conséquences de chacun des chefs de rectification concernés. Toutefois, reprenant la solution dégagée par sa décision Eurl Pub Finance²³, le Conseil d'État a précisé que cette information doit comporter, en ce qui concerne les pénalités, l'indication de leur montant, comme le prévoit l'article R. 256-1 du LPF, et des modalités de détermination mises en œuvre par l'administration, lesquelles constituent une garantie permettant à la société mère de contester utilement les sommes mises à sa charge. En l'espèce, le Conseil d'État a considéré qu'après avoir relevé la circonstance que le montant des « pénalités pour abus de droit de 80 % (article 1729) », qui avait été mentionné dans la lettre transmise avant la mise en recouvrement des sommes litigieuses, ne résultait pas de l'application du taux de 80 % au montant des cotisations supplémentaires assignées à la redevable, la cour avait pu, sans commettre d'erreur de droit, déduire de l'absence de toute indication sur les modalités de détermination des pénalités que l'information donnée à la SA

17 CE, 27 mai 2020, n° 434412, préc.

18 Dispositions transférées à l'article 209, II, 1, b du CGI par l'article 53 de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019.

19 CE, 24 oct. 2017, n° 401403, SARL Serena Caoutchouc : *JurisData* n° 2017-020887 ; *Dr. fisc.* 2018, n° 5, comm. 156, concl. R. Victor.

20 CE, 9 juin 2020, n° 436187, Sté ID Espace : *JurisData* n° 2020-007848 ; mentionné dans les tables du recueil Lebon.

21 À cet égard, le rapporteur public a relevé que l'évaluation préalable de l'article 15 du projet de loi de finances rectificative pour 2012 indiquait : « il est économiquement et juridiquement cohérent que les déficits suivent l'activité apportée lors d'une opération de restructuration, dès lors qu'elle est effectivement poursuivie dans des conditions analogues ».

22 CE, 25 juin 2020, n° 421095, SA BNP Paribas, concl. M.-G. Merloz : *JurisData* n° 2020-008759 ; mentionné aux tables du recueil Lebon ; *Dr. fisc.* 2020, n° 27, act. 228 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 41, comm. 405.

23 CE, 13 déc. 2013, n° 338133, EURL Pub Finance : *JurisData* n° 2013-029530 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 12, comm. 225, concl. C. Legras, note Ph. Durand.

Les succursales étrangères sont dotées d'une personnalité fiscale propre en raison du principe de territorialité de l'impôt

BNP Paribas sur ces dernières était insuffisante et prononcer, par voie de conséquence, leur décharge.

6 - Apport sous-évalué et sub-

vention. - Dans sa décision *Sté Lafarge*²⁴, le Conseil d'État vient de juger que lorsqu'une société d'un groupe fiscalement intégré apporte à une autre société du groupe des titres de participation, la différence positive entre la valeur réelle des titres apportés et celle des titres reçus en contrepartie, qui traduit une insuffisante rémunération de la société apporteuse, doit, alors même que cette minoration du nombre de titres émis en contrepartie de l'apport est sans incidence sur l'actif net de la société bénéficiaire de cet apport, être regardée comme une subvention de la société apporteuse à la société bénéficiaire de l'apport, soumise à déclaration en application des articles 223 B et 223 Q du CGI²⁵. Par ailleurs, la circonstance que l'avantage consenti par la société apporteuse aurait eu pour contrepartie un accroissement de la valorisation de sa filiale n'est pas de nature à retirer à cet avantage son caractère de subvention au sens et pour l'application des mêmes dispositions. Cette décision présente l'intérêt de compléter la jurisprudence sur les apports à une valeur sous-évaluée²⁶.

5. Lutte contre l'évasion et la fraude fiscale internationale

7 - L'article 155 A du CGI ne s'applique pas aux contrats de

licence de marques. - Le Conseil d'État vient de juger, par une décision inédite²⁷, que l'article 155 A du CGI n'était pas applicable à une personne physique fiscalement domiciliée en France qui contrôlait une société, dénommée *Interlicence Distribution Limited* située dans les Îles Vierges britanniques, à laquelle elle avait cédé un ensemble de marques et logos. Après avoir acquis les droits, cette société avait conclu un contrat de licence avec la société néerlandaise *D International BV*, qui était également contrôlée par la personne physique. Pour la Haute Assemblée, en jugeant que les redevances versées pour l'utilisation des marques et logos exploités par la société *D International BV*,

à la suite de leur cession par M. A. D. à la société *Interlicence Distribution Limited*, devaient être regardées comme les rémunérations d'une prestation liée au service rendu par M. A. D., et

étaient imposables, en conséquence, à l'impôt sur le revenu, à son nom, en application des dispositions du I de l'article 155 A du CGI, alors que ces redevances ne sont pas la contrepartie d'un service rendu²⁸, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit. Cette décision présente l'intérêt de juger que le droit d'exploiter, dans le cadre d'un contrat de licence, des marques et des logos ainsi qu'un nom à des fins commerciales ne constitue pas une prestation de services. Dans ses conclusions contraires, le rapporteur public Anne Iljic a indiqué que les redevances perçues par la société néerlandaise correspondaient aux revenus retirés de la seule exploitation de la notoriété personnelle de M. A. D., « laquelle ne résult(ait) pas d'une intervention particulière de sa part, ni d'une activité que cette société aurait déployée »²⁹, à la différence, par exemple, de l'affaire *Edmilson Gomes de Moraes*³⁰ où l'exploitation des droits résultait de l'activité en club du joueur de football. Dès lors qu'il y avait absence de prestation de services proprement dite, les juges du Palais Royal ont fait prévaloir une interprétation stricte du dispositif dérogatoire prévu par l'article 155 A du CGI.

8 - Pas de bénéficiaire effectif pour l'article 238 A du CGI.

- Par une décision min. c/ *Sté Faraday*³¹, le Conseil d'État a tranché, par l'affirmative, la question inédite³² de savoir si les paiements opérés dans un paradis fiscal doivent être présumés fictifs quel qu'en soit le bénéficiaire effectif. Les juges du Palais Royal ont estimé que les dispositions de l'article 238 A du CGI sont applicables aux sommes payées ou dues à des personnes domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors de France et qui y sont soumises à un régime fiscal privilégié, sans qu'il y ait lieu de rechercher, lorsque ces conditions sont remplies, si ces personnes les reversent ensuite à des tiers. En l'espèce, sur le fondement de l'article 238 A du CGI, l'administration fiscale avait réintégré dans les résultats imposables de la société *Faraday* les sommes versées à la société hongkongaise

24 CE, 1^{er} juill. 2020, n° 418378, *Sté Lafarge* : *JurisData* n° 2020-009723 ; mentionné dans les tables du recueil *Lebon* ; *Dr. fisc.* 2020, n° 29, act. 249 et 250 ; *JCP E* 2020, act. 537.

25 L'obligation déclarative a été supprimée pour les subventions intragroupes consenties à compter des exercices ouverts à partir du 1^{er} janvier 2019.

26 V. Ph. Oudenot, *Sous-évaluation des apports transcrits à la valeur comptable*. À propos de CE, 1^{er} juill. 2020, n° 418378, *Sté Lafarge* : *JCP E* 2020, 1329. - V. aussi CE, plén., 9 mai 2018, n° 387071, *Sté Cérés* : *JurisData* n° 2018-007717 ; *Dr. fisc.* 2018, n° 26, comm. 317. - CE, 5 janv. 2005, n° 254556, *Sté Raffypack* : *JurisData* n° 2005-080624 ; *Dr. fisc.* 2005, n° 13, comm. 318, concl. E. Glaser.

27 CE, 8 juin 2020, n° 418962 et 418963, D., *Vuarnet*, concl. A. Iljic, inédit au *Recueil Lebon* : *Dr. fisc.* 2020, n° 41, comm. 401 note Ch. de la Martinière. - V. aussi CE, 22 févr. 2017, n° 392959 et 392960 : *JurisData* n° 2017-005837 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 40, comm. 488, note J.-L. Pierre.

28 V. CE, 20 mars 2013, n° 346642, *Piazza* : *JurisData* n° 2013-005593 ; *Dr. fisc.* 2013, n° 20, comm. 282. - CE, 4 déc. 2013, n° 348136, *M. Edmilson Gomes de Moraes* : *JurisData* n° 2013-029523 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 11, comm. 211. - CE, 22 janv. 2018, n° 406888, *Caruso* : *JurisData* n° 2018-000482.

29 Rappr. CE, 6 avr. 2007, n° 271563, *Durand*.

30 CE, 4 déc. 2013, n° 348136, préc., aux concl. V. Daumas : *BDCF* 3/14, n° 26.

31 CE, 5 juin 2020, n° 425789 et 425962, min. c/ *Sté Faraday* et *Sté Faraday* : mentionné dans les tables du recueil *Lebon*, concl. E. Bokdam Tognetti : *JurisData* n° 2020-007560 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 24, act. 194. - C. Guibé, *Sommes versées à un résident étranger : à la recherche du bénéficiaire effectif* : *RJF* 7/20, p. 871.

32 Rappr. CE, 18 mai 1998, n° 157974, min. c/ *SA Arthur Loyd* : *Dr. fisc.* 1998, n° 29, p. 962.

Eagle Vantage Limited en application d'un contrat de prestation de services conclu entre ces deux sociétés et correspondant à des commissions fixes et proportionnelles. Pour écarter l'application de l'article 238 A du CGI aux sommes correspondant aux commissions proportionnelles au chiffre d'affaires de la société Faraday, la cour administrative d'appel de Paris avait retenu que ces sommes étaient destinées à rémunérer les guides et les agences de voyages apporteurs d'affaires et ne faisaient que transiter par la société Eagle Vantage Limited avant d'être remises aux intéressés, et en avait déduit que cette société ne pouvait être regardée comme en étant le bénéficiaire. Or, le Conseil d'État a estimé qu'en se fondant sur un tel motif, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si le destinataire du paiement des rémunérations était domicilié ou établi dans un État étranger ou un territoire situé hors de France et y était soumis à un régime fiscal privilégié, la cour a commis une erreur de droit. Le Conseil d'État a donc privilégié une lecture strictement juridique à une lecture économique de l'article 238 A du CGI en estimant que le juge fiscal ne doit s'attacher qu'à la situation du bénéficiaire direct des sommes versées sans rechercher si elles sont reversées à des tiers. Dans ses conclusions, le rapporteur public Émilie Bokdam-Tognetti a démontré que la logique de l'article 238 A du CGI n'est pas celle de l'article 155 A du CGI dans laquelle est recherché le prestataire effectif ni celle des conventions fiscales internationales³³. En réalité, pour le rapporteur public, le contribuable peut, « pour démontrer que les dépenses correspondent à des opérations réelles », apporter la preuve de « la contrepartie réelle à ces versements correspondant à l'intervention de leur bénéficiaire final »³⁴. Il est à noter qu'en ce qui concerne l'application de l'article 238 A du CGI, le Conseil d'État vient de préciser, par une décision SARL Bernys³⁵, que l'Administration ne peut être regardée comme apportant la preuve qu'une société est soumise à un régime fiscal privilégié, alors qu'elle se prévaut de la seule absence, au cours des exercices litigieux, d'un impôt sur les sociétés dans l'État en cause, sans prendre en compte les autres impositions directes sur les bénéfices et les revenus prévues, le cas échéant, par la législation de cet État. Cette précision vaut également pour l'application des dispositions relatives aux transferts indirects de bénéfices à l'étranger (CGI, art. 57), aux rémunérations de prestations de services versées à l'étranger (CGI, art. 155 A), aux participations dans des structures financières établies dans un paradis fiscal (CGI, art. 123 bis) et aux bénéfices provenant de sociétés établies dans un paradis fiscal (CGI, art. 209 B).

33 CE, 13 oct. 1999, n° 191191, min. c/ Sté Diebold Courtage, concl. G. Bachelier : *JurisData* n° 1999-051277 ; *Dr. fisc.* 1999, n° 52, comm. 948 ; *BDCF* 12/99, n° 125.

34 CE, 7 mars 1990, n° 54533, Sté Triumph France.

35 CE, 29 juin 2020, n° 433937, Sté Bernys : *JurisData* n° 2020-008964 ; *JCP E* 2020, act. 516 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 39, comm. 385. - R. Coin, Article 238 A du CGI : La remise en cause de la souveraineté fiscale française - Le début du chemin pour les fiscalistes internationaux ? : *Dr. fisc.* 2020, act. 299.

6. Plus-values professionnelles

9 - **Report d'imposition et exploitation personnelle des actifs par l'apporteur.** - L'article 151 *octies* du CGI, dans sa rédaction antérieure à l'article 38 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005³⁶, prévoit que le bénéfice du report d'imposition de la plus-value en cas d'apport en société de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle est subordonné à l'apport de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle ou sur une branche complète d'activité. Le Conseil d'État vient de juger, dans une décision du 5 juin 2020³⁷, que le bénéfice de ce report d'imposition n'est subordonné qu'à l'affectation à une activité professionnelle de l'élément d'actif en cause, sans qu'il ait d'incidence la circonstance que le contribuable n'en assure pas personnellement l'exploitation. Dans ses conclusions, le rapporteur public Émilie Bokdam-Tognetti a, en effet, estimé que la condition d'un apport de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affectés à l'exercice d'une activité professionnelle a « pour seul objet d'instituer une condition tenant au caractère global de l'apport, permettant de caractériser véritablement la mise en société d'une entreprise auparavant individuelle, et non d'instaurer en outre une condition d'exercice effectif personnel ». En l'espèce, le report d'imposition concernait une plus-value réalisée à l'occasion de l'apport en société du fonds de commerce d'une pharmacie, dont le contribuable et son épouse avaient la copropriété. À noter que la doctrine administrative admet l'application du report d'imposition de l'article 151 *octies* du CGI à l'ensemble des coindivisaires dans le cas des indivisions successorales.

7. Revenus de capitaux mobiliers

10 - **En quête de bénéficiaire effectif pour la directive mère-fille.** - Par un arrêt en date du 26 février 2019³⁸, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que les mécanismes de la directive 90/435/CEE, en particulier son article 5, sont « conçus pour des situations dans lesquelles, sans leur application, l'exercice par les États membres de leurs pouvoirs d'imposition pourrait

36 Pour les apports réalisés à compter de 2006, le report d'imposition concerne les plus-values lors de l'apport à une société d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité.

37 CE, 5 juin 2020, n° 425113 : *JurisData* n° 2020-007562 ; mentionné dans les tables du recueil *Lebon* ; *Dr. fisc.* 2020, n° 24, act. 193 ; *RJF* 8-9/20, n° 668, concl. E. Bokdam-Tognetti. - V. également CE, 27 sept. 2017, n° 395159 : *JurisData* n° 2017-018759 ; *Dr. fisc.* 2018, n° 5, comm. 155, où, dans cette même affaire, le Conseil d'État a admis le caractère d'actif professionnel des droits détenus dans la société d'acquêts par l'époux qui ne participe pas à l'exploitation du fonds de commerce.

38 CJUE, 26 févr. 2019, aff. C-116/16 et C-117/16, *Skatteministeriet c/ T Danmark et Y Denmark Aps*, pt 113. - V. aussi concernant la directive intérêts et redevances, CJUE, 26 févr. 2019, aff. C-115/16, 118/16, 119/16 et 299/16, *N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C. Danmark I ; Z Denmark ApS* : *Dr. fisc.* 2019, n° 21, comm. 275, note N. de Boynes. - V. aussi V. Bassani, *L'interdiction de l'abus de droit : principe général du droit de l'Union ?* : *Europe* 2019, étude 3.

La qualité de bénéficiaire effectif des dividendes doit être regardée comme une condition du bénéfice de l'exonération de retenue à la source

conduire à ce que les bénéfices distribués par la société filiale à sa société mère soient soumis à une double imposition. [...] De tels mécanismes n'ont en revanche pas vocation à s'appliquer lorsque le bénéficiaire effectif des dividendes est une

société ayant sa résidence fiscale en dehors de l'Union puisque, dans un tel cas, l'exonération de la retenue à la source desdits dividendes dans l'État membre à partir duquel ils sont versés risquerait d'aboutir à ce que ces dividendes ne soient pas imposés de façon effective dans l'Union ». Alors que l'expression de « bénéficiaire effectif » n'était pas employée dans la directive mère-fille, cette décision de la Cour de justice a permis au Conseil d'État de juger, par quatre décisions *Sté Eqiom* et *Sté Enka*³⁹, que la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes doit être regardée comme une condition du bénéfice de l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 5 de la directive. Par suite, les juges du Palais Royal ont estimé que la cour administrative d'appel de Versailles n'avait pas commis d'erreur de droit en jugeant que les sociétés requérantes n'étaient pas fondées à soutenir que les dispositions du 2 de l'article 119 *ter* du CGI, en ce qu'elles subordonnent le bénéfice de l'exonération à la condition que la personne morale justifie auprès du débiteur ou de la personne qui assure le paiement des dividendes qu'elle en est le bénéficiaire effectif, seraient incompatibles avec les objectifs de la directive mère-fille. De ces décisions, il peut être tiré trois enseignements. Tout d'abord, lorsque le bénéficiaire des dividendes est situé en dehors de l'Union européenne, l'exonération de retenue à la source n'est pas applicable. Ensuite, l'exonération peut être refusée sans qu'il soit besoin d'invoquer l'existence d'un abus de droit, dès lors qu'il n'est pas justifié que la société mère, établie dans un autre État membre, en est le bénéficiaire effectif. Enfin, c'est le régime de la preuve objective qui s'applique pour justifier du bénéficiaire effectif, supposant la production de pièces probantes, telles qu'un relevé d'identité bancaire afin de démontrer l'appréhension réelle des dividendes litigieux.

11 - Maître de l'affaire et présomption d'appréhension. - En application de l'article 109,1, 1° du CGI, sont regardés comme revenus distribués tous les bénéfices qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital. Cette présomption légale de distribution s'applique aux bénéfices désinvestis qui, sans donner lieu à une distribution apparente, ont été transférés soit aux

associés et actionnaires, soit à des tiers (par exemple charges ou dépenses non admises en déduction du bénéfice imposable). Pour apporter la preuve de l'appréhension des sommes réputées distribuées, l'Administration doit démontrer que

la personne est le maître de l'affaire⁴⁰. Par un arrêt du 29 juin 2020⁴¹, le Conseil d'État vient de juger que la qualité de seul maître de l'affaire suffit à regarder le contribuable comme bénéficiaire des revenus réputés distribués par la société en cause, la circonstance qu'il n'aurait pas effectivement appréhendé les sommes correspondantes ou qu'elles auraient été versées à des tiers étant sans incidence à cet égard. En l'espèce, pour juger que M. A... pouvait être regardé comme le seul maître de l'affaire, la cour s'était fondée sur le fait qu'il disposait du pouvoir d'engager juridiquement la société *Red Advisors Ltd* à l'égard des tiers, qu'il détenait seul la signature du compte bancaire que la société avait ouvert auprès d'une banque suisse et qu'il avait été en mesure d'opérer des retraits d'espèces depuis ce compte.

En revanche, par un arrêt du même jour⁴², le Conseil d'État a jugé que la qualité de maître de l'affaire est inopérante pour la taxation de sommes non prélevées sur les bénéfices mises à disposition des associés. En l'espèce, pour juger que l'administration fiscale établissait l'existence de sommes mises à la disposition de M. B..., par la société *Le Coussinet moderne*, taxables entre ses mains, la cour, après avoir relevé que le résultat de la société était demeuré déficitaire après redressement, s'était fondée, d'une part, sur ce que l'intéressé ne contestait pas les rehaussements apportés aux résultats de la société et, d'autre part, sur ce que, disposant seul des pouvoirs les plus étendus au sein de la société, il devait être regardé comme le seul maître de l'affaire et, à ce titre, comme présumé avoir appréhendé les sommes correspondant à ces rehaussements. Le Conseil d'État a jugé qu'en statuant ainsi, la cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit. En effet, s'il n'a pas donné lieu, en l'absence de solde bénéficiaire, à l'établissement d'une cotisation d'impôt sur les sociétés, le rehaussement des résultats d'une société ne saurait par lui-même révéler l'existence de bénéfices ou produits non mis en réserve ou incorporés au capital, taxables entre les mains de leur bénéficiaire comme revenus distribués. Pour soumettre à l'impôt sur le revenu de tels revenus sur le fondement de l'article 109,1, 2° du CGI, il incombe à l'Administration d'établir qu'ils ont été mis à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts. Pour le Conseil d'État, la circonstance que le contribuable, que l'Administration entend imposer, soit le maître de l'affaire est à cet égard sans incidence. Il résulte de cette décision que la notion de maître de l'affaire

39 CE, 5 juin 2020, n° 423810, *Sté Eqiom* : inédit au recueil *Lebon*. - CE, 6 juin 2020, n° 423811, *Sté Eqiom* et *Sté Enka* : inédit au recueil *Lebon*. - CE, 5 juin 2020, n° 423812, *Sté Eqiom* et *Sté Enka*, inédit au recueil *Lebon*. - CE, 5 juin 2020, n° 423809, *Sté Eqiom* et *Sté Enka* : mentionné dans les tables du recueil *Lebon* ; *JurisData* n° 2020-007563 ; *Dr. fisc.* 2020, n° 24, act. 198. - C. Guibé, *Sommes versées à un résident étranger : à la recherche du bénéficiaire effectif* : *RJF* 7/20, p. 871. - O. Teixeira, *Exonération de RAS : la condition de bénéficiaire effectif est compatible avec la directive mère-fille* : *FR Lefebvre* 32/20, inf. 6, p. 15.

40 CE, 20 oct. 1982, n° 23942.

41 CE, 29 juin 2020, n° 432815 : *JurisData* n° 2020-008971 ; mentionné dans les tables du recueil *Lebon*.

42 CE, 29 juin 2020, n° 433827 : *JurisData* n° 2020-008969 ; mentionnée dans les tables du *Recueil Lebon* ; *JCP E* 2020, act. 517.

sert à établir l'appréhension des revenus réputés distribués mais pas à établir l'existence de ces revenus.

8. TVA sur marge

12 - Terrains à bâtir : saisine de la CJUE et refus de transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel. - À la suite de la décision *Promialp*⁴³, mentionnée dans notre précédente chronique⁴⁴, qui ne levait pas toutes les interrogations sur l'application du régime de la TVA sur la marge en matière de terrains à bâtir, le Conseil d'État, par sa décision *Sté Icade Promotion Logement*⁴⁵ du 25 juin 2020, a décidé de saisir la Cour de justice de l'Union européenne et de lui poser les questions préjudicielles suivantes : 1°) l'article 392 de la directive du 28 novembre 2006 doit-il être interprété comme réservant l'application du régime de taxation sur la marge à des opérations de livraisons d'immeubles dont l'acquisition a été soumise à la taxe sur la valeur ajoutée sans que l'assujetti qui les revend ait eu le droit d'opérer la déduction de cette taxe ? Ou permet-il d'appliquer ce régime à des opérations de livraisons d'immeubles dont l'acquisition n'a pas été soumise à cette taxe, soit parce que cette acquisition ne relève pas du champ d'application de celle-ci, soit parce que, tout en relevant de son champ, elle s'en trouve exonérée ? 2°) l'article 392 de la directive du 28 novembre 2006 doit-il être interprété comme excluant l'application du régime de taxation sur la marge à des opérations de livraisons de terrains à bâtir dans les deux hypothèses suivantes : - lorsque ces terrains, acquis non bâtis, sont devenus, entre le moment de leur acquisition et celui de leur revente par l'assujetti, des terrains à bâtir ; - lorsque ces terrains ont fait l'objet, entre le moment de leur acquisition et celui de leur revente par l'assujetti, de modifications de leurs caractéristiques telles que leur division en lots ou la réalisation de travaux permettant leur desserte par divers réseaux (voirie, eau potable, électricité, gaz, assainissement, télécommunications) ?

Les réponses des juges de Luxembourg auront sans aucun doute une influence sur le régime de TVA à la marge tel qu'il résulte des textes, de la jurisprudence récente du Conseil d'État et sur les dossiers actuellement en cours devant les juridictions de fond.

En revanche, par une décision du 16 juillet 2020⁴⁶, le Conseil d'État a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité selon laquelle en imposant de réunir les deux conditions cumulatives tenant à l'absence d'ouverture d'un droit à déduction lors de l'acquisition d'un bien et à l'identité de qualification juridique entre le bien acquis et le bien vendu, l'article 268 du CGI tel qu'interprété par le Conseil d'État dans sa décision *Promialp* méconnaîtrait les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques consacrés par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En effet, le Conseil d'État a estimé que si l'article 268 du CGI ainsi interprété implique que seules les opérations de vente d'un terrain à bâtir acheté comme tel, ou de vente d'un immeuble achevé depuis plus de 5 ans acheté comme tel, peuvent bénéficier des modalités de calcul de la taxe sur la valeur ajoutée qu'il prévoit, et que, corrélativement, l'opération de vente d'un terrain à bâtir acheté comme un immeuble bâti n'y ouvre pas droit et relève du régime de droit commun de la taxe, l'article 392 de la directive du 28 novembre 2006 n'ouvre la possibilité d'asseoir la taxe sur la valeur ajoutée sur la différence entre le prix de vente et le prix d'achat que dans la seule hypothèse de la livraison d'un bâtiment ou d'un terrain à bâtir acquis comme tel en vue de sa revente, lorsque l'assujetti n'a pas eu droit à déduction à l'occasion de l'acquisition. Ainsi, pour les juges du Palais Royal, les dispositions contestées se bornent à tirer les conséquences nécessaires, dans l'exercice de la faculté de transposition offerte aux États membres par l'article 392 de la directive, des dispositions précises et inconditionnelles de cet article qui ne mettent en cause aucune règle, ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. ■

43 CE, 27 mars 2020, n° 428234, *min. c/ Sté Promialp* : *JurisData* n° 2020-004303 ; mentionné dans les tables du recueil *Lebon* ; *Dr. fisc.* 2020, n° 20, *comm.* 241.

44 P. Masquart, *Droit fiscal de l'entreprise et des affaires : chronique d'actualité*, *préc.*

45 CE, 25 juin 2020, n° 416727, *Sté Icade Promotion Logement* : *JurisData* n° 2020-009034 ; inédit au recueil *Lebon*.

46 CE, 16 juill. 2020, n° 435464, *M. B... A...* : inédit au recueil *Lebon* ; *JurisData* n° 2020-010769.

Observations sur une évolution récente du moyen de cassation inopérant

Guillaume Canselier, Docteur en droit, Cabinet Briard - Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

La technique de cassation n'est pas figée et ne saurait l'être. Les textes étant à cet égard peu contraignants, la Cour de cassation dispose d'une grande liberté pour adapter sa pratique aux besoins de sa politique judiciaire, sous la contrainte que constitue la nécessité de réguler le flux des litiges. C'est dans ce contexte qu'émerge un nouvel usage de la technique de l'inopérance du moyen de cassation. Sans que cela ait attiré l'attention, la cour régulatrice écarte désormais des moyens qui critiquent une irrecevabilité prononcée par les juges du fond en les tenant pour inopérants, au motif que l'action du plaideur se trouvait en toute hypothèse infondée. Ainsi a-t-elle écarté le moyen d'emprunteurs qui faisaient grief à la cour d'appel d'avoir dit irrecevable leur demande en nullité de la stipulation d'intérêt figurant dans une offre de prêt, en retenant que « l'inexactitude du taux effectif global mentionné dans l'offre [...] ne peut être sanctionnée par la nullité de la clause le stipulant », de sorte que « le moyen, qui postule le contraire, est inopérant »⁽¹⁾. Semblablement, la haute juridiction a rejeté le moyen d'un consommateur qui reprochait aux juges d'appel d'avoir déclaré « irrecevables comme prescrites ses demandes tendant à voir juger non écrites les clauses abusives du contrat de prêt », motif pris de ce que « les clauses concernées, portant sur l'objet principal du contrat et considérées comme claires et compréhensibles, ne pouvaient être regardées comme abusives, de sorte qu'est inopérant le moyen fondé sur l'absence de prescription de demandes tendant à ce que soit constaté leur caractère abusif »⁽²⁾. De même, la Cour de cassation a récemment jugé inopérant le moyen de cautions qui contestaient l'irrecevabilité de leur action en répétition de l'indu, en relevant que « la cour d'appel s'étant placée dans l'hypothèse où l'action en répétition de l'indu serait recevable pour énoncer que la dette existait », le motif critiqué était « surabondant »⁽³⁾.

À première vue, cette méthode favorise opportunément une résolution rapide des litiges. À quoi bon remettre en cause un arrêt ayant débouté un plaideur dont la demande a été, fût-ce à tort, déclarée irrecevable, si celle-ci apparaît vouée à l'échec car sans fondement ? L'intérêt d'une bonne administration de la justice est d'empêcher la prolongation d'un procès à l'issue courue d'avance. Le pragmatisme n'est toutefois pas toujours de bon aloi. Des raisons pratiques et théoriques invitent à s'interroger sur le procédé mis en oeuvre, qui paraît négliger l'autonomie de l'action par rapport au droit litigieux (I) et s'écarter sans nécessité de l'usage habituel de la notion d'inopérance (II).

I - Une fausse équivalence entre la déclaration d'irrecevabilité et le rejet de la demande

Ledit procédé paraît supposer indifférent qu'une partie soit déboutée parce que sa demande est tenue pour irrecevable ou infondée. C'est là, semble-t-il, faire peu de cas de l'autonomie de l'action par rapport au droit substantiel litigieux.

Par définition, la juridiction qui accueille une fin de non-recevoir, et déclare donc une demande irrecevable, se prononce « sans examen au fond » (C. pr. civ., art. 122). Logiquement, la Cour de cassation en déduit que « le juge qui décide que la demande [...] est irrecevable excède ses pouvoirs en statuant au fond »⁽⁴⁾. Cela se justifie pleinement : le rejet au fond d'une demande irrecevable peut préjudicier au demandeur, celui-ci ne pouvant plus engager une nouvelle action - même en ayant remédié à la cause de l'irrecevabilité - sans se heurter à l'autorité de la chose jugée.

La séparation des notions de recevabilité et de fond implique aussi que les juges n'arguent pas du défaut de fondement d'une demande pour affirmer son irrecevabilité. Si la recevabilité est « l'éligibilité de la prétention [...] à être portée devant le juge et par lui examinée et tranchée au fond »⁽⁵⁾, l'on ne saurait sans incohérence conditionner la recevabilité d'une demande à la démonstration de son bien-fondé. C'est pourquoi la haute juridiction énonce que « l'existence du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de son action mais de son succès »⁽⁶⁾.

Par conséquent, la Cour de cassation censure invariablement les décisions qui déclarent une action en réparation irrecevable parce que le dommage n'aurait pas été établi, « l'intérêt à agir n'[étant] pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action »⁽⁷⁾. Ces censures ne deviennent-elles pas difficiles à expliquer si, comme on croit le discerner, la cour régulatrice commence à écarter certains moyens critiquant l'irrecevabilité au motif qu'ils seraient inopérants, parce que la demande était infondée ? En effet, les censures prononcées quand le défaut d'intérêt à agir avait été déduit de l'absence de préjudice découlent de l'accueil d'un moyen que la haute juridiction pourrait dans d'autres cas qualifier d'inopérant, l'absence de dommage excluant en principe l'indemnisation.

II - Une évolution dispensable de la notion d'inopérance

On enseigne qu'« est inopérant le moyen qui, dans une espèce donnée n'est pas susceptible d'entraîner la cassation », que ce moyen « se distingue du moyen mal fondé en ce que l'argumentation juridique proposée n'est pas nécessairement erronée en elle-même, mais simplement inefficace en la cause » et que si « les raisons de cette inefficacité sont multiples », elles « résultent toujours de ce que le moyen proposé soit est sans incidence sur la solution retenue, soit l'est devenu en raison de la réponse apportée aux autres moyens, d'une décision rendue dans une autre instance ou d'un événement extérieur »⁽⁸⁾. En bref, le moyen inopérant est celui qui n'a pas d'incidence sur le chef de dispositif critiqué.

Dans les hypothèses relatées ici, il ne semble pas que les moyens écartés n'avaient aucune influence sur les dispositions critiquées, déclarant les demandes irrecevables. À bien y regarder, les moyens faisaient montre d'une certaine pertinence quant à l'irrecevabilité qu'ils contestaient : les critiques formulées ne manquaient par leur cible. Seulement, elles étaient sans efficacité sur une seconde cible, distincte, relative au fond du droit, qui conditionnait à un stade ultérieur le succès de la demande dont les plaideurs se trouvaient déboutés.

Techniquement, cet usage extensif de la notion d'inopérance ne va pas de soi. Par le contrôle de légalité, le juge de cassation veille à ce que

le dispositif de la décision soit justifié par ses motifs. Ainsi qu'on l'a dit, le chef de dispositif déclarant une demande irrecevable ne peut être justifié que par des motifs relatifs à la fin de non-recevoir retenue. Si ces motifs s'avèrent insuffisants ou erronés, la cassation devrait normalement être prononcée, la haute juridiction ne pouvant sans artifice sauver la décision par une motivation qui aurait trait au fond du litige. En bonne logique, une telle motivation ne pourrait justifier qu'un chef de dispositif rejetant la demande. En somme, outre qu'une cour d'appel ayant déclaré une demande irrecevable ne s'est par définition pas prononcée au fond, un motif de fond serait impropre à justifier le rejet d'un moyen contestant une décision d'irrecevabilité.

Les principales ressources qu'offre la technique de l'inopérance du moyen - qu'il s'agisse de la reconnaissance du caractère surabondant des motifs critiqués ou de la substitution de motifs - ne permettent, semble-t-il, pas de surmonter ces obstacles. D'une part, les motifs de l'arrêt attaqué relatifs à l'irrecevabilité ne devraient pas pouvoir être tenus pour surabondants, car ils sont les seuls présents qui soient de nature à justifier le chef de dispositif ayant dit la demande irrecevable. D'autre part, la substitution de motifs ne peut opérer que si le motif substitué est propre à justifier le dispositif, puisqu'il doit produire un effet juridique identique à celui retenu par l'arrêt attaqué. Dès lors, des motifs relatifs au bien-fondé d'une demande ne devraient pas pouvoir être substitués à ceux par lesquels une cour d'appel a prononcé son irrecevabilité, l'existence du droit invoqué conditionnant le succès de l'action et non sa recevabilité. De plus, le recours à la technique de l'inopérance laisse ici subsister une incohérence en raison du maintien d'un chef de dispositif relatif à l'irrecevabilité, préservé sur la seule base d'arguments tirés du fond du droit. Or cela aurait été irrémédiablement sanctionné si cela avait été le fait des juges du fond eux-mêmes.

Le procédé ne demeurerait probablement pas longtemps sans effets si la haute juridiction devait s'engager plus avant dans cette voie. Une telle évolution pourrait inciter les avocats aux Conseils, lorsqu'ils défendent à un moyen critiquant une irrecevabilité, à s'avancer plus fréquemment sur le fond pour contester le droit substantiel litigieux, dans l'espoir de convaincre de ce que le pourvoi ne peut changer l'issue du litige. Cela ne compromettrait-il pas le souhait, parfois exprimé, d'endiguer le volume des mémoires soumis aux hauts magistrats ?

Une autre voie paraît offrir les mêmes avantages, sans présenter de semblables inconvénients. Désormais, la Cour de cassation peut « statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie » (COJ, art. L. 411-3). Partant, dans les cas d'où est issue notre réflexion, il eût été envisageable de procéder en deux temps. D'abord, exerçant son office de juge de cassation, la haute juridiction aurait pu - si elle estimait le moyen fondé - censurer le chef de dispositif ayant dit la demande irrecevable, en prononçant la cassation sans renvoi. La recevabilité étant ainsi acquise, elle aurait ensuite pu rejeter la demande, en statuant au fond. Le procédé d'inopérance pourrait sembler plus souple, mais il paraît à l'analyse moins satisfaisant pour l'esprit et pourrait devenir, à terme, source d'incohérences, voire d'effets pervers.

Mots clés :

CASSATION * Matière civile * Pourvoi en cassation * Moyen * Moyen inopérant

(1) Civ. 1^{re}, 26 sept. 2018, n° 17-15.352, AJDI 2018. 792 .

(2) Civ. 1^{re}, 24 oct. 2019, n° 18-18.047.

(3) Civ. 2^e, 27 févr. 2020, n° 18-23.370, D. 2020. 493 .

(4) V. par ex. Civ. 2^e, 6 juin 2019, n° 18-14.357.

(5) L. Cadet, J. Normand et S. Anrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, n° 80.

(6) V. par ex. Com. 10 juin 2020, n° 18-20.650.

(7) Civ. 2^e, 6 mai 2004, n° 02-16.314.

(8) A. Perdriau et *al.*, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, 3^e éd., 2012, n° 793.

La Cour suprême des États-Unis et la société américaine



François-Henri Briard,
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Dans le chapitre VI de son ouvrage majeur *De la démocratie en Amérique* qu'il consacre au pouvoir judiciaire aux États-Unis et à son action sur la société politique, Alexis de Tocqueville, observateur précieux et immuable des institutions américaines, écrit : « *Je ne pense pas que, jusqu'à présent, aucune nation au monde ait constitué le pouvoir judiciaire de la même manière que les Américains.* »

Tout au long du XX^e siècle, les juristes français ont éprouvé un mélange de fascination et d'étonnement pour cette institution unique qui s'est approprié, depuis le grand arrêt *Marbury v. Madison* rendu plus de deux siècles avant la question prioritaire de constitutionnalité française (1803-2008), le pouvoir de contrôler, *a posteriori*, la constitutionnalité des lois et de limiter la toute-puissance du législateur. Le juriste Édouard Lambert a ainsi inventé en 1921 l'expression de « *gouvernement des juges* » pour qualifier cette juridiction exotique aux yeux d'un Français vivant dans un pays légicentriste où primauté était alors donnée à la loi, expression de la volonté générale.

Par sa longue histoire et son importance mythique, la Cour suprême, qui est une juridiction de droit public, a souvent eu à trancher les grands débats qui animent la société américaine. Elle peut, selon une expression consacrée aux États-Unis, envoyer en enfer le Président, le Congrès et tous les gouverneurs. Alexis de Tocqueville l'avait à nouveau décelé, écrivant dans l'ouvrage précité qu'il « *n'est pas de question politique, aux États-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire* ». De John Jay nommé en 1790 à John Roberts nommé en 2005, la Cour a toujours porté dans l'opinion publique le nom de son président, en lui attachant tel ou tel courant jurisprudentiel en miroir de l'évolution de la société américaine : « *Marshall Court, Warren Court, Roberts Court...* ». Ces noms résonnent en creux dans les nombreuses décisions de principe



Antonin Scalia à la Cour Suprême des États-Unis et François-Henri Briard

qui égrènent l'histoire de la Cour et celle du pays tout entier.

L'œuvre constitutionnelle de la Cour s'est développée au fil de l'évolution de la société américaine : liberté économique, usage des armes à feu, liberté d'expression, liberté de pensée, liberté religieuse, non-discrimination, liberté sexuelle, peine de mort, droit à la vie, droits des détenus... Il semble qu'aucune des grandes questions qui divisent la société américaine n'ait échappé au contrôle de la Cour.

Très tôt et au nom du *due process of law* inspiré du 14^e amendement, la Cour suprême a invalidé des législations qui s'opposeraient aux « *principes du droit naturel* ». Cette interprétation extensive fit d'abord échec à de nombreuses législations sociales : en 1905, la Cour suprême invalida ainsi une loi de l'État de New York, limitant à soixante heures la durée hebdomadaire de travail dans les boulangeries, au nom de la protection de la liberté contractuelle. Du nom de cet arrêt, *Lochner v. New York*, est tirée l'expression de *Lochner era* pour désigner cette période particulière d'activisme judiciaire s'opposant aux développements de l'État social américain.

L'avènement du *New Deal* mit fin, en partie, à cette vision : l'arrêt *West Coast Hotel v. Parrish* rendu en 1937 admit ainsi l'instauration d'un salaire féminin minimum. Beaucoup des réformes du président Roosevelt furent anéanties par la Cour, et il s'en suivit une confrontation violente, le chef de l'exécutif accusant la Cour de devenir un organe politique.

Toutefois, la doctrine du *substantive due process* ne fut jamais reniée. Dans l'après-guerre, la Cour suprême la ressuscita, cette fois-ci dans une optique de protection des droits individuels. Ce nouveau positionnement la rendit davantage populaire auprès des démocrates qui l'avaient violemment critiquée au temps du *New Deal*. Cette politique, qualifiée parfois de *judicial activism*, aboutit à des décisions marquantes. Alors que la plupart des pays sont passés par le vecteur de la loi et du vote pour trancher des sujets de sociétés complexes, aux États-Unis, c'est la Cour suprême qui permit la délivrance de pilules contraceptives (arrêt *Griswold v. Connecticut*), la légalisation de l'avortement (*Roe v. Wade*), la dépénalisation des relations sexuelles entre personnes homosexuelles (*Lawrence v. Texas*),

l'interdiction de la discrimination raciale à l'école (*Brown v. Board of Education*), puis même l'autorisation des discriminations positives dans l'enseignement supérieur (*Grutter v. Bollinger*) au nom de l'impact éducatif positif que constituerait un « *corpus estudiantin diversifié* ». Dans cette dernière décision rendue en 2003, les juges majoritaires étaient bien conscients de l'impact social de leur décision, puisqu'ils écrivaient « *espérer que d'ici vingt-cinq ans, le recours à des préférences raciales ne sera plus nécessaire pour avancer l'objectif* » d'égalité des citoyens...

Plus récemment, c'est bien la Cour suprême, et non le législateur, qui étendit en 2015 le droit au mariage aux personnes de même sexe, par sa décision *Obergefell v. Hodges*. Répondant par avance aux critiques, la Cour écrit : « *Une personne peut invoquer un droit à la protection constitutionnelle lorsqu'elle est lésée, même si l'opinion publique n'est pas d'accord et même si le législateur refuse d'agir [...]. Les droits fondamentaux ne peuvent être soumis à un vote ; ils ne dépendent du résultat d'aucune élection* ».

La Cour suprême et ses membres dont les opinions majoritaires, dissidentes ou concurrentes sont parfaitement connues, est dans une dialectique permanente avec l'opinion publique, répondant à ses évolutions tout en l'influençant fortement par sa place centrale dans la culture américaine. La décision *Obergefell* semble ainsi avoir entraîné une hausse des attitudes positives envers les homosexuels ; sa pérennité n'est cependant nullement assurée, Justice Thomas et Justice Alito ayant récemment déclaré que cette solution relative au mariage entre personnes du même sexe avait des conséquences désastreuses sur l'exercice de la liberté de conscience protégée par le Premier Amendement. Un impact similaire avait été constaté après sa décision *Loving v. Virginia* de 1967 qui avait légalisé les mariages dits « *interraciaux* »¹. D'intéressantes études de science politique ont par ailleurs montré que les décisions de la Cour suprême étaient le plus souvent conformes à l'opinion majoritaire². De même, lorsque la popularité de la Cour diminue, elle annule moins de lois fédérales³.

Autre exemple de l'influence de la Cour suprême sur les sujets de bioéthique, l'arrêt *Myriad Genetics* a posé en 2013 le principe

qu'« *un segment d'ADN d'origine naturelle est un produit de la nature et ne peut pas être brevetable* », contrairement aux gènes artificiellement produits en laboratoire sous forme d'ADN complémentaire, ce qui a permis de baisser considérablement le prix de nombreux tests de dépistage. Cet arrêt pourrait avoir un impact important sur le droit européen qui n'est aujourd'hui pas aussi restrictif.

John Marshall avait déjà écrit, dans l'arrêt de 1819 *McCulloch v. Maryland*, que la Constitution américaine était « *appelée à durer pour les âges à venir et par conséquent [devait] être adaptée à toutes les diverses crises des affaires humaines* ». Ce constat a été repris et développé par les partisans de l'école de la *Living Constitution*, selon lesquels la Constitution doit être malléable pour s'adapter aux évolutions sociales sans devoir pour autant être formellement amendée.

Cet activisme judiciaire ne fait évidemment pas l'unanimité dans la société américaine. Chaque décision citée a fait l'objet de protestations importantes d'une large partie de l'opinion publique. L'opposition de la Cour suprême au *New Deal* a ainsi provoqué une crise institutionnelle majeure tandis qu'à la suite de l'arrêt *Brown* (1954) interdisant la discrimination raciale, près de cent parlementaires républicains signèrent une déclaration solennelle condamnant un « *abus manifeste de l'autorité judiciaire* ».

À cet activisme judiciaire s'oppose le *judicial restraint*, philosophie selon laquelle les juges ne doivent pas s'ingérer outre mesure dans la vie politique de leur pays. Parmi les tenants de cette vision, on trouve les textualistes qui estiment que la loi doit être interprétée selon ce qu'elle dit et non en prenant en compte la volonté du législateur. D'autres juristes se réclament de l'originalisme et estiment que le texte constitutionnel doit être interprété en recherchant la volonté du constituant américain de 1787. Amy Coney Barrett, nouvellement nommée par le président Trump, est perçue comme une originaliste et une textualiste. L'arrêt *Heller*, rendu en 2008, selon lequel il est inconstitutionnel de limiter fortement le port d'arme, est ainsi d'influence originaliste.

La Cour suprême est un haut lieu de débats à la fois juridiques et politiques ; en témoignent les opinions divergentes rédigées

par les juges, minoritaires, en désaccord avec l'arrêt – pratique fréquente dans les pays anglo-saxons. La décision *Furman v. Georgia* (1972) qui avait rendu impossible à réaliser la plupart des peines capitales prononcées, est un reflet éclairant de la division que ce sujet provoque aux États-Unis : de nombreuses opinions divergentes ont en effet été rédigées, et ce même au sein des juges ayant formé une majorité, les uns étant en faveur d'une interdiction de la peine de mort *per se*, les autres critiquant simplement la procédure criminelle qui était alors en vigueur dans de nombreux États américains. On retrouve ces échanges dans des décisions plus récentes, comme *Glossip v. Gross* (2015) par laquelle la Cour suprême a jugé conforme à la Constitution les injections létales : dans une opinion dissidente, Justice Stephen Breyer estima que la peine de mort constituait une peine cruelle contraire au Huitième Amendement. À l'inverse, Justice Antonin Scalia, dans un positionnement originaliste, releva que la peine de mort faisait partie du système judiciaire américain depuis ses débuts, et que les pères fondateurs ne s'y étaient pas opposés.

Non élus, désignés par le président et confirmés par le Sénat, dotés d'une forte indépendance d'esprit et arbitres des déchirements de la société civile, les *Justices* jouent ainsi depuis la fondation des États-Unis d'Amérique un rôle majeur dans la vie politique du pays, même si les débats entre eux restent de nature technique et juridique. C'est volontairement que le constituant américain leur a donné un pouvoir aussi important ; le but était bien de fonder solidement le fédéralisme américain et l'unité du pays, en faisant prévaloir la Constitution fédérale sur les lois votées dans les États fédérés, et de lutter contre la tyrannie d'une majorité législative en assurant à la Constitution une primauté absolue.

Légitime par sa fonction et par sa riche histoire, gardienne de la loi fondamentale du pays et plus largement de l'État de droit, organe de régulation de l'ensemble du système judiciaire américain, fédéral et fédéré, respectueuse des deux autres pouvoirs, la Cour suprême des États-Unis constitue toujours, plus de deux siècles après sa fondation, un modèle de juridiction suprême.

2020-6339

1) Margaret E. Tankard et Elizabeth Levy Paluck, « *The Effect of a Supreme Court Decision Regarding Gay Marriage on Social Norms and Personal Attitudes* », *Psychological Science*, 2017.

2) Micheal W. Giles, Bethany Blackstone, et Richard L. Vining Jr., « *The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the Linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making* », *The Journal of Politics*, 2008.

3) Lee Epstein et Andrew D. Martin, « *Does Public Opinion Influence the Supreme Court - Possibly Yes (But We're Not Sure Why)* », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 263-281.

La liberté de culte devant le Conseil d'État

Religieux et laïcs catholiques ont défendu le droit d'aller à la messe, dont ils sont privés par le gouvernement.

Par Paule Gonzalès

Publié le 05/11/2020 à 18:59, mis à jour le 05/11/2020 à 18:59



Messe de Pentecôte en l'église Notre-Dame-des-Pins, à Cannes, le 31 mai dernier. « Le décret décide ce qui est plus nécessaire: une messe d'enterrement plutôt que d'Eucharistie », dénonce Me François Henri Briard, qui représente six évêques. *Lionel Urman/Lionel Urman/Sipa USA via Reuter*

Une salle comble pour vingt et une requêtes émanant de religieux, d'associations catholiques et de fidèles. Tous contestent les articles 4 et 47 du décret du 29 octobre dernier, fixant les règles du reconfinement. Ils revendiquent devant le Conseil d'État le droit d'aller à l'église et la liberté de célébrer toutes les messes, pas seulement les obsèques. Le président de l'audience, Frédéric Aladjidi, est celui-là même qui, le 18 mai, à la sortie du confinement, a desserré l'étau de l'interdiction générale de culte. Il était utile qu'un magistrat dominant un dossier aussi sensible mène les débats pour maîtriser une audience à fleur de peau. D'autant que la conférence des évêques, jusque-là si discrète et plus encline à la négociation, a cette fois déposé un recours. «*Nous avons toujours préféré la poursuite du dialogue aux actions en justice. Nous sommes devant vous, justement, car nous n'avons pas connaissance de nouveaux échanges prévus*», a affirmé M^e Guillaume Valdelièvre au nom de cette dernière.

Au centre des débats, la question de la proportionnalité des mesures. En l'occurrence, celle posant l'interdiction de la liberté de culte face à la nécessité constitutionnelle de la protection de la santé, mais au regard d'interdictions moins restrictives permettant l'ouverture des écoles, des lycées et... des magasins de bricolage: *«L'État a choisi de privilégier une perceuse par rapport à la vie éternelle»*, dénonce M^e Bertrand Périer, qui défend l'association «Pour la messe». Comme ses confrères, il s'appuie sur un avis du Conseil scientifique du 26 octobre, selon lequel les lieux de culte n'ont pas été des lieux de transmission du virus. Et il insiste: *«Je ne sais pas ce qui, d'un point de vue épidémiologique, fait la différence entre une messe d'obsèques et une messe de baptême ou de confirmation.»* Avant d'enchaîner: *«Du point de vue épidémiologique, quelle est la cohérence de l'État qui permet les messes jusqu'au 3 novembre et l'interdit après?»* *«Vous touchez au principe de laïcité»*, s'insurge M^e Jérôme Triomphe, qui représente des fidèles, *«car le décret décide ce qui est plus nécessaire: une messe d'enterrement plutôt que d'Eucharistie»*.

Le droit à la vie est aussi inscrit en lettres de feu. Tout le monde veut sa liberté fondamentale. Nous essayons de les concilier

Pascale Leglise, représentante du gouvernement

M^e François Henri Briard, représentant six évêques, s'étonne que *«l'État accepte bien des dérogations, y compris la chasse au sanglier, plutôt que de laisser les fidèles se rassembler»* et de regretter que, pour fonder son point, *«le gouvernement ait fait valoir une jurisprudence sur une interdiction de prière musulmane se déroulant dans des locaux insalubres et squattés de résidence universitaire»*. *«La liberté de culte, dans sa dimension collective, est inscrite en lettre de feu dans la Convention européenne des droits de l'homme»*, insiste-t-il. Très agacée, la représentante du gouvernement, Pascale Leglise, réplique que *«le droit à la vie est aussi inscrit en lettre de feu. Tout le monde veut sa liberté fondamentale. Nous essayons de les concilier»*, affirme-t-elle, mettant maladroitement sur un même plan *«l'interdiction de culte et celle de casino»* avant d'insister sur *«les risques de contagion au moment de la distribution des hosties»*.

Autre question, qui deviendra sans doute récurrente au fil des référés, l'imprécision de l'attestation par l'absence de case à cocher pour se rendre au culte. *«Il est possible de cocher la case déplacement bref dans la limite d'une heure, ou motif impérieux familial, ou achat de première nécessité»*, défend Pascale Leglise. *«Aujourd'hui, pour se rendre à l'église, il faut être sportif, posséder un chien, se promener, ou avoir un motif familial impérieux et si l'on dit la vérité on est verbalisé»*, déplore M^e François Henri Briard. *«C'est du Samuel Beckett.»* *«Cela n'avait pas été nécessaire en mars dernier. S'il faut rajouter une case, on le fera»*, promet donc à l'audience Pascale Leglise, qui a aussi clarifié la règle imprécise et byzantine de la limitation à six personnes. Cette dernière ne concerne pas les officiants et ce sont bien ces derniers qui sont responsables d'organiser, comme ils l'entendent, les flux et les offices filmés. La décision devrait arriver avant le week-end.

Succès d'Orange devant le Conseil d'État

16 novembre 2020

Le Conseil d'État a rendu le 13 novembre 2020 une décision favorable à la société Orange, clôturant un contentieux fiscal initié il y a plus de dix ans et ayant déjà donné lieu à une première cassation (CE, 5 décembre 2016, n° 398859, Société Orange).

Ce dossier, unique et exceptionnel par son enjeu financier pour une seule société (2,2 milliards d'euros avec les intérêts moratoires), traitait de questions fiscales et de procédure particulièrement complexes.

Outre l'application du principe d'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit et de correction symétrique des bilans, la décision du Conseil d'État aborde la distinction entre compensation et substitution de motifs, le traitement d'un mali de fusion dans le cadre d'une opération de transmission universelle de patrimoine et l'imputation de moins-values à long terme.

La société Orange était assistée par Stéphane Austray et Benoît Foucher du cabinet CMS Francis Lefebvre Avocats, Gauthier Blanluet (Sullivan & Cromwell LLP) et le [cabinet Briard](#) (Francois-Henri Briard et Pierre Masquart).



Isoler les personnes atteintes du Covid-19 : que dit le droit ?

Le projet d'isolement contraint des personnes infectées ou susceptibles de l'être est sanitaire discutable et juridiquement compliqué. Éclairage.



La tendance gagne de plus en plus de pays et pas seulement les plus autoritaires : des mesures d'isolement obligatoire des personnes testées positives au Covid-19 sont adoptées pour barrer la route à la pandémie et permettre à l'économie de repartir. La France suit le même chemin comme l'a laissé entendre Emmanuel Macron lors de son allocution télévisée du 24 novembre. Et le porte-parole de l'Élysée Gabriel Attal l'a confirmé dès le lendemain : « L'isolement contraignant est une possibilité, on y travaille. » Dans la foulée, Jean Castex a annoncé le dépôt imminent d'un projet de loi sur le sujet.

« Isoler » ou « s'isoler » ?

Le dépistage massif et les mesures de traçage, notamment via l'application TousAntiCovid téléchargée par un peu moins de 10 millions de personnes, ont en effet révélé leurs limites. La brutalité de la seconde vague a aussi montré que le volontariat sur lequel misait le gouvernement jusqu'à présent ne donne pas les résultats escomptés. À croire que les Français souffrent d'une bonne dose d'incivisme et que nombre de personnes contaminées, censées s'isoler pendant sept jours, n'ont pas joué le jeu de la responsabilisation individuelle... Face au défi d'une troisième vague après les fêtes de Noël, la solution serait de contraindre les personnes testées positives à s'isoler pendant le délai de contagiosité.

Pour l'heure, l'isolement contraint n'est prévu qu'à l'égard des « personnes qui, ayant séjourné au cours du mois précédent dans une zone de circulation de l'infection, entrent sur le territoire hexagonal, arrivent en Corse » ou dans un des territoires d'outre-mer, précise l'article L3131-15 du Code de la santé publique.

Élargir cette contrainte à l'ensemble des cas positifs et à risque soulève des questions juridiques et éthiques inédites. Tout d'abord, comment s'exprimera-t-elle ? Le choix des mots est loin d'être anodin en la matière. Mieux vaut employer le terme « s'isoler » que le terme « isoler » a fait observer le président du Sénat Gérard Larcher. Ensuite, qui sera concerné : les « cas contacts » seront-ils aussi isolés sous contrainte, et si oui,



[Visualiser l'article](#)

pendant combien de temps ? Comment s'assurer de la compatibilité d'une telle mesure avec les contraintes quotidiennes comme le fait d'accompagner ses enfants à l'école ou d'effectuer des achats alimentaires ?

Lire aussi Emmanuel Macron, la fin de l'infantilisation ?

D'autres pays serrent la vis

Autre question qui électrise les débats : le non-respect de l'isolement entraînera-t-il des sanctions ? Va-t-on créer une nouvelle infraction ? Pour rappel, le non-respect du confinement devient un délit passible de 6 mois de prison et de 3 750 euros d'amende après deux récidives en l'espace d'un mois. Par ailleurs, qui contrôlera le respect de cette mesure d'isolement contraint ? S'il n'entend pas « mettre un policier derrière chaque personne », l'exécutif réfléchit à un « accompagnement ». « Notre intention n'est pas de contrôler pour contrôler, c'est de mieux faire respecter l'isolement », a voulu rassurer Jean Castex. L'idée est de favoriser un « accompagnement le plus individualisé possible pour faire en sorte que cet isolement soit mieux accepté et donc plus efficace » et à cet effet de « renforcer les moyens humains et médicaux », a indiqué le Premier ministre. Va-t-on organiser un système de visites domiciliaires ? Outre le caractère très intrusif d'une telle mesure, est-elle réaliste sur le plan des moyens si le nombre de cas venait à flamber après la période de Noël ?

« Rien ne se fera sans débat démocratique », a affirmé l'Élysée. Mais un tel débat subira l'influence des mesures en vigueur chez nos voisins européens. En Belgique, une personne contaminée ne respectant pas sa quarantaine encourt jusqu'à 4 000 euros d'amende et une peine de prison allant de 6 jours à 18 mois. Le Royaume-Uni impose un isolement de 10 jours et 14 jours pour les cas contacts, et prévoit des sanctions allant jusqu'à 10 000 livres.

L'Italie serre encore plus la vis. Touché par la foudre du Covid en mars et faisant face à une sérieuse seconde vague, le pays prévoit une période d'isolement allant jusqu'à 21 jours et de 10 jours pour les cas contacts. Les personnes qui ne respectent pas leur quarantaine encourtent une amende allant de 500 à 5 000 euros et une peine de 3 à 18 mois d'emprisonnement.

Les règles sont encore plus strictes en Espagne : l'isolement contraint est de 10 jours et la loi prévoit jusqu'à 600 000 euros d'amende pour les récalcitrants en état de récidive. De plus, la police est habilitée à vérifier que les consignes sont bien respectées. Mais le champion européen toutes catégories de la contrainte est la Grèce, qui prévoit des peines allant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement. La peine peut même atteindre dix ans si le contrevenant a contaminé une personne, voire quinze ans si la contamination a entraîné un décès et la prison à vie s'il en résulte plusieurs décès.

Lire aussi Covid : les recettes radicales de l'Asie pour éviter la deuxième vague

Stratégies de contournement

En France, l'idée d'isoler sous contrainte les personnes atteintes de maladies très contagieuses ou risquant de l'être n'est pas nouvelle. Une proposition de loi prophétique « relative à la sécurité sanitaire », visant à lutter contre la propagation sur le territoire des maladies vectorielles (dengue, zika, chikungunya...), avait été déposée fin 2019 par le sénateur LREM des Bouches-du-Rhône Michel Amiel, quelques semaines avant que la pandémie ne mette à genoux la planète. Elle prévoit la prise en charge, dans un « établissement de santé », des personnes atteintes d'une maladie hautement contagieuse « causant un risque grave pour la santé de la population », dès lors qu'elles ne respectent pas les consignes d'isolement. Une telle décision est « prise par arrêté préfectoral motivé, sur proposition du directeur général de l'agence régionale de santé après avis médical motivé et circonstancié », dit le texte. « L'isolement contraint est à la maladie infectieuse ce que l'hospitalisation d'office est à la psychiatrie », a souligné son auteur, par ailleurs médecin.



Adopté en première lecture au Sénat, le texte a été transmis à l'Assemblée nationale en mars 2020. Mais l'agenda législatif s'est trouvé bousculé par la pandémie et par l'adoption précipitée de la loi d'urgence sanitaire, le 23 mars 2020. L'idée d'un isolement sous contrainte s'est de nouveau invitée lors des débats sur la prorogation de l'urgence sanitaire en mai 2020. Mais, cette fois, les sénateurs l'ont balayée. « Si le régime est un régime de contrainte, il va y avoir de nombreuses stratégies d'évitement, de contournement. Les porteurs du virus seront tentés de le dissimuler », avait mis en garde le président LR de la commission des lois Philippe Bas.

Lire aussi Ce que le confinement fait de nous

« Nul ne peut être arbitrairement détenu »

Ce risque d'inefficacité d'une telle mesure contraignante entrera dans le champ de réflexion du Conseil constitutionnel s'il venait à être saisi avant la promulgation de la loi. « S'agissant d'une mesure d'isolement sans consentement, on bascule dans le régime de l'article 66 de la Constitution selon lequel « nul ne peut être arbitrairement détenu », rappelle François-Henri Briard, avocat auprès du Conseil d'État et de la Cour de cassation. « Le Conseil constitutionnel exige que les atteintes portées à l'exercice de la liberté individuelle doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis », poursuit-il. Ainsi, « ils mettront en balance, d'un côté, l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir qui est la liberté la plus absolue, et de l'autre, l'état du contexte sanitaire », complète Alexandre Gauthier avocat spécialiste de droit public au cabinet Gide.

Les sages ont déjà été amenés à préciser leur position sur le sujet lors de l'examen du texte sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, prévoyant le placement et le maintien en isolement des personnes infectées pour une durée de quatorze jours, renouvelable une fois. Ils ont estimé que les mesures d'isolement complet, impliquant une interdiction de « toute sortie », étaient privatives de liberté. « Il en va de même lorsqu'elles imposent à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour », ont-ils souligné.

Le gouvernement marche donc sur des œufs et devra faire en sorte d'encadrer strictement la mesure envisagée. « Elle devra être assortie de garanties de fond (par exemple, l'appréciation par un collège de médecin de la situation médicale objective du patient de façon à définir une durée d'isolement adéquate) et de garanties de procédure, telle que la possibilité pour le juge judiciaire de contrôler la situation dans un bref délai dès lors que la personne estime qu'elle est arbitrairement isolée », détaille Me Briard.

Restera à s'interroger sur les risques de pérennisation d'une telle contrainte sanitaire. « L'on peut craindre que l'ordre réglementaire de l'hygiénisme n'écrase, à terme, au nom d'une certaine forme de quête de la santé et de longévité, nos idéaux de liberté et de bonheur. La déresponsabilisation des citoyens va de pair avec la défaillance de notre société », note Me Gauthier. Et de citer sur ce point Victor Hugo : « Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité. »

Subventions intra-groupe : attention aux redressements !

Publié par Eve Mennesson le 8 déc. 2020 - mis à jour à 18:52

La jurisprudence concernant les transferts d'actifs entre sociétés d'un même groupe évolue défavorablement et les redressements sont de plus en plus monnaie courante. Si des portes de sortie existent, les entreprises doivent manier cet outil avec prudence et parcimonie.

En juillet dernier, une décision du Conseil d'État (arrêt Lafarge) a mis fin à la neutralité pour les transferts d'actifs entre sociétés d'un même groupe : *"Il a été considéré que l'apport par une société-mère intégrante de titres d'une société à une autre société du groupe pouvait être qualifié de subvention si la rémunération de l'apport avait été sous-évaluée"*, rapporte Me Pierre Masquart, avocat au Cabinet Briard, au Conseil d'État et à la Cour de cassation. En cas d'apports sous-évalué, une pénalité de 5% est appliquée.

Difficile évaluation de la valeur de l'actif transféré

"De manière générale, on assiste à davantage de redressements au niveau des transferts, observe Me Marie-Hélène Raffin, fondatrice de Florilèges Société d'Avocats. Mais jusqu'à présent, il était considéré qu'on ne risquait rien lorsque l'apport était à destination d'une société détenue à 100%". Désormais, lorsqu'un élément d'actif est apporté et que sa valeur est minorée par rapport à sa valeur de marché, cet apport est apprécié comme un enrichissement, même au sein d'un même groupe.

Or, cette évaluation de la valeur d'un actif transféré n'est pas aisée. *"Il y a de nombreuses façons d'évaluer un bien et il est difficile de démontrer que la valorisation choisie correspond bien à celle du marché et qu'il n'y a pas de différentiel entre la valorisation et l'apport réalisé"*, estime Me Raffin.

La porte de sortie du prix coûtant

Pas de panique, une porte de sortie existe : *"Des dispositions réglementaires offrent la possibilité de considérer comme valeur de marché au sein d'un groupe tout ce qui*

est à prix coûtant : des services, des actifs, des titres mais aussi des prêts de deniers", précise Me Marie-Hélène Raffin.

L'avocate met cependant en garde : *"Cela n'est applicable qu'au sein de l'intégration fiscale : il faut donc être vigilant en cas de cession d'une filiale par exemple"*. Elle ajoute, par ailleurs, que **cela n'est pas applicable pour les éléments d'actifs immobilisés**. *"Mais un stock peut être apporté à prix coûtant"*, poursuit-elle.

Me Marie-Hélène Raffin souligne une autre limite de ces transferts intra-groupe : l'intérêt social des entités. *"On ne peut pas indéfiniment déshabiller Pierre pour habiller Paul sans contrepartie"*. Elle invite donc à utiliser cet outil à bon escient et de manière équilibrée. *"Des échanges de prestations à prix coûtant doivent être faites dans les deux sens, ou il faut dédommager les actionnaires minoritaires"*, conseille-t-elle.

CULTURE • SCÈNES

« Nous sommes des réanimateurs, nous aussi » : devant le Conseil d'Etat, le monde du spectacle plaide sa cause

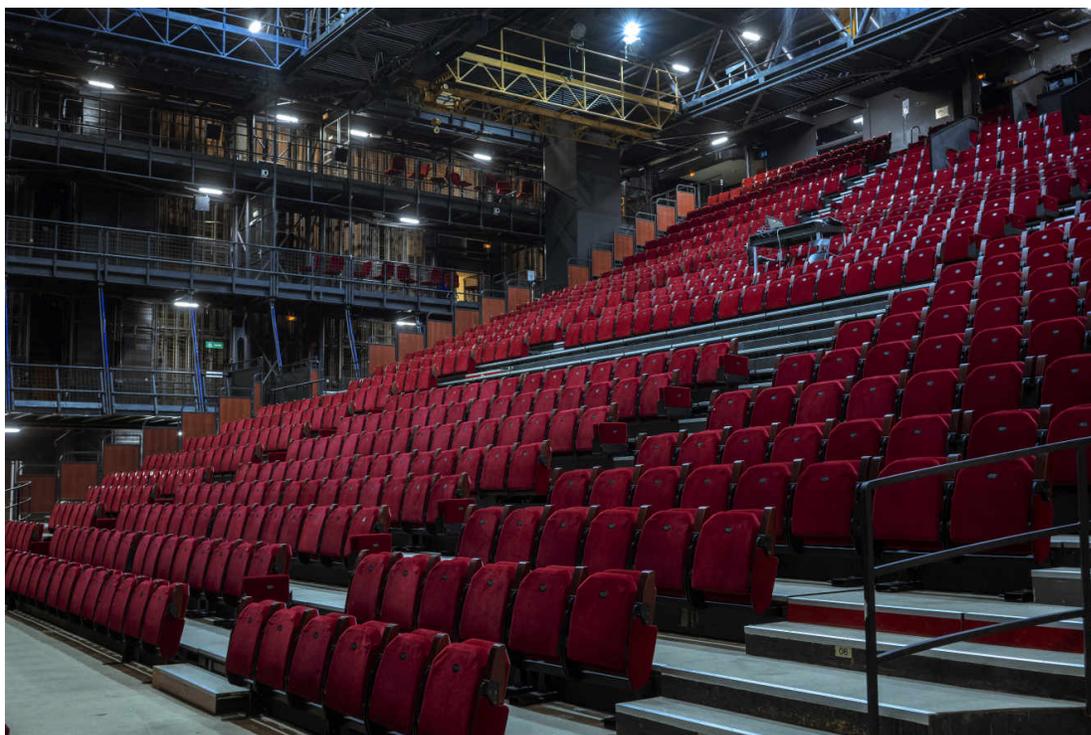
La plus haute juridiction administrative a examiné les recours en référé-liberté déposés par plusieurs organisations d'artistes qui contestent la fermeture des salles de spectacle par précaution sanitaire.

Par Laurent Carpentier

Publié le 21 décembre 2020 à 20h18 - Mis à jour le 22 décembre 2020 à 10h25

• Lecture 6 min.

Article réservé aux abonnés



La salle Jean-Vilar, au Théâtre national de Chaillot, à Paris, le 17 décembre. AGNÈS DHERBEYS/MYOP POUR « LE MONDE »

En ce pluvieux lundi 21 décembre, place du Palais-Royal, à Paris, entre la Comédie-Française et le ministère de la culture, on donnait la meilleure – et seule – pièce de théâtre à voir en ce moment : l'audience au Conseil d'Etat, sur les parquets cirés de la salle du contentieux, de cinq référés contre la décision de maintenir fermées, au moins jusqu'au 7 janvier, les salles de spectacles.

Côte à côte, on y trouve un regroupement d'une vingtaine d'organisations théâtrales, d'une quinzaine de cinémas, les représentants du monde du cirque, de six théâtres parisiens (Le Monfort, Théâtre 14, Théâtre Paris-Villette...), et puis le chanteur « gilet jaune » Francis Lalanne (qui s'est associé à quelques amis, dont l'humoriste Jean-Marie Bigard ou l'actrice Béatrice Dalle...).

Tous sont venus contester une décision gouvernementale jugée contraire à la Constitution par son atteinte à la liberté d'expression, de création, de commerce... Pas moins de vingt acteurs sur le plateau et autant de spectateurs dans la salle, pour une pièce de trois heures qui ne devait en durer qu'une. Un sixième référé, concernant les arts plastiques, devait être traité mardi, car il concerne des lieux un peu différents – les musées et centres d'art.

Un plaidoyer, non une plaidoirie

C'est qu'on a fait les choses bien du côté de la plus haute juridiction administrative française. On ne voulait pas se retrouver avec une nouvelle tribune dans les colonnes du *Monde*, comme ce fut le cas le 12 avril, avec celle de l'avocat William Bourdon – venu ici défendre les théâtres parisiens –, qui, quelques jours après avoir été débouté d'un référé au nom de plusieurs associations humanitaires, y dénonçait la « dévitalisation » de l'institution.

« *Les juges administratifs du Conseil d'Etat se situent loin des polémiques* », avait répondu, dans les mêmes colonnes, Jean-Denis Combrexelle, président de la section du contentieux, venu lundi en personne, entouré de deux confrères, quand, en général, ce type d'audience est tenu par un seul juge. Pour montrer à quel point le sujet est traité sérieusement ?

Lire aussi | [Covid-19 : la culture se mobilise pour faire rouvrir les salles de spectacle](#)

« *C'est un recours historique* », annonçait il y a quelques jours un William Bourdon promettant la venue de la juriste Mireille Delmas-Marty, du philosophe Edgar Morin ou de l'actrice Jeanne Balibar... Ils sont absents – la pluie les en aura-t-elle dissuadés ?

Malgré quelques effets de manche, des arguments bien troussés, l'avocat se tournant parfois vers le – maigre – public, quand l'usage, en ces lieux, est plutôt de s'adresser aux juges, la confrontation entre les deux hommes n'a pas eu lieu. Le Conseil d'Etat n'est pas un lieu de plaidoirie mais de plaidoyer, où, foin des concours d'éloquence, les juges écoutent, clarifient, avant de délibérer sur les requêtes.

Nietzsche et Giacometti convoqués

Reste que cette petite foule inhabituelle, d'hommes de lettres ou de scène, donne des airs de fête aux ors austères. « *Cela me sort de ce que je fais d'habitude* », s'amuse Martin Le Guerer, avocat associé au Conseil d'Etat. Jean-Michel Ribes, le patron du Théâtre du Rond-Point, perclus d'un lumbago, cite d'une voix éteinte Giacometti – « *Dans un incendie, entre un Rembrandt et un chat, je sauverais le chat* » – et Nietzsche – « *L'art nous est donné pour nous empêcher de mourir de la vérité* » – pour exposer « *l'aspect thérapeutique* » de la culture :

« *Nous sommes des réanimateurs, nous aussi. On apporte aux gens de l'air, l'idée que tout n'est pas foutu.* »

Voilà déjà presque deux heures que l'on discute. François-Henri Briard, avocat associé au Conseil d'Etat, de sa voix de stentor, a tenté de séparer la situation du septième art – « *Le cinéma est né en France !* » – des théâtres (« *Dans les uns, le public est face à un écran, dans l'autre, face à un plateau, donc à des risques de postillons* ») lorsque Francis Lalanne, qui trépignait sur sa chaise, obtient enfin la parole. Empruntant le ton d'un tribun de Molière, le chanteur donne à cette pièce des accents de comédie populaire :

« *Faut-il, Mooooonsieur le préésident, que nous allions chanter dans les supermarchés, dans les églises, dans les lieux qui sont restés ouverts parce qu'on considère qu'acheter du fromage est essentiel ? Il n'y a aucune différence, Monsieur le président, entre une queue devant le fromager et une*

queue devant un théâtre ! Il y a là une rupture d'égalité entre citoyens qui ne peut être. Je vous en conjuuuuure, Monsieur le président, dites-le, s'il vous plaît. »

Sous son masque, on jurerait que le président, Jean-Denis Combrexelle, se marre. En face, on rit moins. Notamment du côté de l'association Coronavictimes, venue, par la bouche de son président, Michel Parigot (président également du Comité antiamiante Jussieu), s'opposer à la réouverture des salles au nom du principe de précaution.

Lire aussi | [Covid-19 : la France devrait-elle prendre des mesures de confinement plus drastiques ?](#)

Peu d'espoir pour les requérants

Du côté du gouvernement, on explique être « *dans une approche probabiliste* ». Comprendre : à la question de savoir s'il existe des études montrant la nocivité des salles de spectacles dans l'expansion de la pandémie de Covid-19, la réponse est un « *non* » assumé. « *Notre objectif est d'éviter les morts évitables* », même si « *la fermeture des cinémas et théâtres est un crève-cœur* », affirme Charles Touboul, directeur des affaires juridiques au ministère de la santé, dont les arguments sont clairs, lustrés. L'homme est rodé. Depuis le début de la crise, c'est la 57^e fois qu'il vient mener la même bataille devant le Conseil d'Etat. « *Ne doutons pas qu'il y aura d'autres audiences, d'autres procès, devant d'autres juges qui nous demanderont un jour si nous avons pris les bonnes mesures pour éviter les morts* », plaide-t-il. Et on sent la lassitude qui pointe.

Il faut dire que – malgré les quelques dizaines de manifestants venus à l'appel de la CGT braver la pluie sous les fenêtres – la décision ne laisse guère d'espoir aux requérants de voir le Conseil d'Etat invalider les positions gouvernementales. L'évolution actuelle de la crise sanitaire donne à ces débats le sentiment de jouer à contre-courant.

« Si la nécessité du maintien de la fermeture avait été bien expliquée, les gens l'auraient acceptée » – Pascal Rogard, DG de la SACD

« *En réalité, c'est comment le Conseil d'Etat va légitimer sa décision qui sera intéressant* », avance Marc-Olivier Sebbag, le délégué général de la Fédération nationale des cinémas français. Car le but du jeu est de prendre date pour la suite. Que se passera-t-il le 7 janvier, date fixée par le premier ministre, Jean Castex, pour reconsidérer la situation compte tenu des conditions sanitaires ? Et de s'assurer que la concertation du gouvernement avec ces grandes organisations, qui avait fonctionné jusqu'en octobre, soit de nouveau à l'ordre du jour.

Lire notre analyse : [Spectacles et musées, l'inquiétude du monde de la culture](#)

« *Ils ne vont pas valider la décision du gouvernement sans mettre quelques épines au milieu*, espère Pascal Rogard, directeur général de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques. *Le gouvernement a mal géré l'affaire. Tous les directeurs des lieux ont dans les gènes le respect du public. Si la nécessité du maintien de la fermeture avait été bien expliquée, les gens l'auraient acceptée. Mais là, tout est aberrant.* » Et d'ajouter, en bon lobbyiste : « *Gouverner, c'est convaincre.* » Réponse du Conseil d'Etat mercredi.

Grand chapeau bleu sur la tête, Jean-Michel Ribes a pris dix ans lorsqu'il redescend l'escalier monumental : « *Ce qui m'inquiète, c'est la stigmatisation de notre profession. On apparaît comme des petits nombrilistes* », confie-t-il, déprimé. L'actrice Anna Mouglalis, restée observatrice dans la maigre

assistance, ne baisse pas les bras, à défaut de lever le rideau : « *Symboliquement, il était important que ça puisse être dit et entendu ici.* » Et comme il n'y a pas un café ouvert, tout le monde file comme des ombres sous la pluie. Foutue pandémie.

Lire le reportage : [La métropole lyonnaise organise une exposition temporaire frondeuse](#)

Laurent Carpentier

Le référé liberté : le cinéma plaide face au Conseil d'État

Législation • 21 décembre 2020



Salle d'audience, lundi 21 décembre 2020 ©Marion Delique

L'audition du référé liberté porté par le secteur culturel devant le tribunal administratif suprême a eu lieu ce lundi 21 décembre matin. Les seize organisations du cinéma étaient représentées par Richard Patry et Marc-Olivier Sebbag de la Fédération nationale des cinémas français, initiatrice

de la procédure aux côtés de la SCAD, les Théâtres parisiens, des cirques et de Francis Lalanne, soit neuf recours au total.

la Scam, le SDI, le SPI, la SRP et l'UPC : c'est tout le cinéma français que la FNCF a défendu devant le Conseil d'État ce matin, évoquant sa place essentielle tenue dans la vie des Français, son maillage territorial inégalé et sa qualité de première activité culturelle du pays (213 millions d'entrées et 1,5 milliard de CA en 2019).

« Au-delà des libertés fondamentales d'entreprendre et d'expression, ce qui est très frappant c'est que nous sommes aujourd'hui confrontés à une position totalement indifférenciée des pouvoirs publics sur la question du cinéma », a déploré maître François-Henri Briard. Dans sa plaidoirie, l'avocat a souligné en outre la qualité du protocole sanitaire mis en place dans les cinémas, *« le plus élaboré jamais mis en place depuis le début de la crise sanitaire et régulièrement mis à jour depuis »*. Les représentants de la filière ont critiqué *« l'absence de prise en considération de critères spécifiques pour le cinéma alors que ces critères ont été établis pour les commerces non essentiels »*. Ils ont réclamé enfin au Conseil d'État présidé par Jean-Denis Combrexelle *« qu'il soit enjoint au Premier ministre de réexaminer la décision de report d'ouverture en concertation avec les représentants de la profession »*.

Une position différenciée et une étude implacable

Maître François-Henri Briard a toutefois insisté sur le fait que la demande, en ce qui concerne les cinémas, est celle d'un simple réexamen des conditions de réouverture. *« Nous sommes confrontés à une position différenciée par rapport au reste de la Culture »,* a-t-il souligné en déplorant le manque de distinction entre les différents lieux de spectacle. *« Nous sommes de tout cœur avec les théâtres, cependant les conséquences sanitaires des métiers »,* entre les scènes de spectacle vivant et les séances de cinéma, *« ne sont pas les mêmes »*.

Quant aux statistiques et chiffres relatifs à l'incidence de l'ouverture des lieux culturels sur la pandémie, l'avocat s'en réfère non seulement à l'avis du conseil scientifique du 26 octobre dernier mais surtout à [l'étude de l'Institut Pasteur, publiée le 8 décembre](#). Cette dernière démontre que les événements culturels tiennent une place *« absolument réduite »*

» dans la propagation du virus, seuls 2,2 % des des individus positifs les suspectant d'avoir été la source de la contamination (page 7).

Entre le sanitaire et le thérapeutique

Nous ne comprenons pas pourquoi nous sommes stigmatisés comme des lieux de sur risque alors que toutes les études montrent que cela n'est pas vrai.

Richard Patry, président de la FNCF

Prenant la parole au nom de toute une filière mise à l'arrêt avec la fermeture des salles, Richard Patry a avant tout salué la solidarité de l'ensemble du monde de la Culture. « *Alors que nous nous battons tous pour combattre cette pandémie, nous ne comprenons pas pourquoi nous sommes stigmatisés comme des lieux de sur risque alors que toutes les études montrent que cela n'est pas vrai* ». Le président de la FNCF a rappelé de fait les 25 millions de spectateurs qui sont allés au cinéma entre la réouverture et la fermeture du 29 octobre au moment de la mise en place du nouveau confinement. « *Entretemps on nous a imposé un couvre-feu. Mais à ce moment-là, le gouvernement discutait avec nous et nous avons adapté notre activité.* » Élargissement de l'éventail des horaires pour une meilleure répartition du public, suppression des queues, gestion des flux d'entrée et de sortie, respect de la distanciation physique et port du masque dans la salle... Pour Richard Patry, le protocole sanitaire des salles de cinéma et de spectacle – « *à chaque fois mis à jour et validé par le ministère de la Santé* » – est respecté, « *mais surtout bien supérieur à ce que nous voyons ailleurs. Au lieu d'aller devant les vitrines et les magasins, peut-être qu'une partie de nos concitoyens irait au cinéma, au théâtre, au cirque... et au final il n'y aurait pas plus de brassage.* »

Enfin, le président de la FNCF a mis en avant, au-delà de son rôle économique, tout le bien que la Culture pourrait faire en permettant au public de « *s'évader, de sortir de la morosité ambiante* ». Et conclu en demandant un simple « *traitement égal, qui donnerait la possibilité à nos concitoyens de pouvoir venir se distraire et se cultiver dans nos établissements* ». Un appel renforcé par l'artiste de théâtre Jean-Michel Ribes, représentant la SACD, lors de son passage "à la barre" : « *Ne négligeons pas l'aspect thérapeutique de la Culture, nous sommes aussi des réanimateurs !* »

Sortie d'audience

Commentant la session qui venait de se terminer, maître François-Henri Briard a insisté sur la requête en égalité de traitement du secteur. Il a en outre noté que la position prise par l'administration à l'égard de la Culture procède « *d'une espèce de principe de précaution porté à l'extrême, sans que le risque soit établi. Ce qui est actuellement contradictoire, c'est que l'on privilégie les activités non essentielles qui ne présentent pas de garanties sanitaires, et l'on interdit celles qui en présentent. Alors que nous n'avons pas entendu au cours de l'audience un seul mot sur les critères entre un "non essentiel" et un autre* ».

La liberté d'expression est l'un des des droits les plus précieux de l'Homme.

Maître François-Henri Briard

Le deuxième problème soulevé par l'avocat est celui de la hiérarchie faite par l'administration dans les libertés en cause. « *Il n'y a pas que la liberté du commerce et de l'industrie. La Culture ne serait pas au même niveau que la liberté de culte, comme l'administration l'a écrit dans ses mémoires. Mais elle oublie qu'en termes de libertés, celle de l'expression que représentent le cinéma comme le théâtre, inscrite dans l'article 11 de la déclaration de 1789, est l'un des des droits les plus précieux de l'Homme.* »

Enfin, l'avocat s'est félicité d'un « *débat constructif* » qui laisse « *bon espoir* » de la part d'un Conseil d'État chargé de trouver le bon équilibre entre l'ordre public sanitaire et la protection des libertés. À noter que la demande des parties ne porte non pas sur une injonction dans les trois jours, « *mais une injonction au gouvernement de fixer la date de réouverture avec nous, en gros de renouer le dialogue* ».

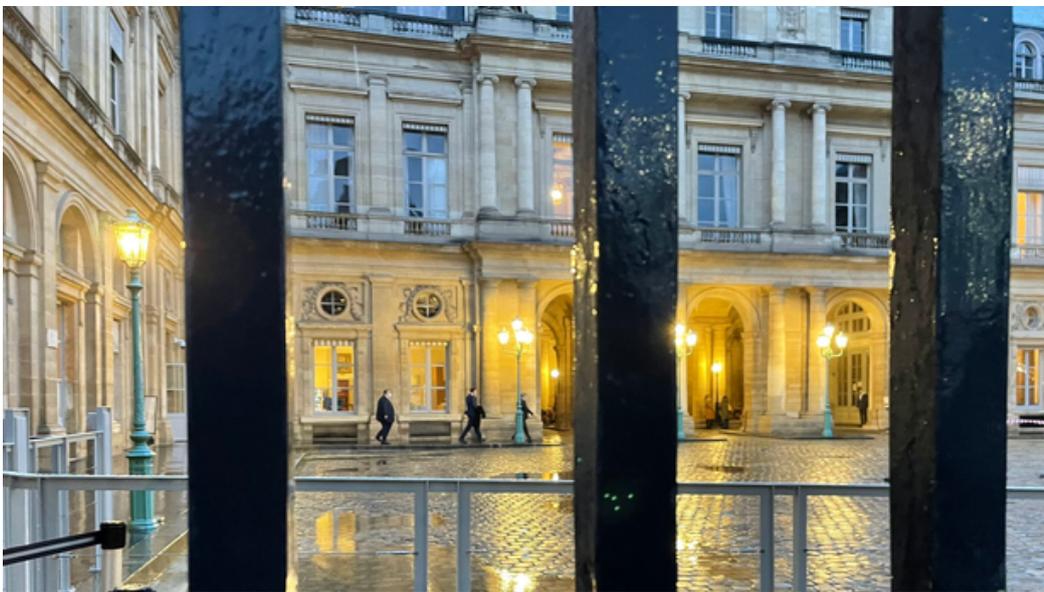
Richard Patry a confirmé de son côté ne pas demander une réouverture immédiate. « *Il nous faut de la visibilité, que l'on sache quand et dans quelles conditions nous allons pouvoir rouvrir pour pouvoir se préparer. J'espère que le gouvernement va prendre conscience qu'il n'est pas possible de continuer à traiter la Culture comme ça.* »

L'instruction sera close demain midi. La décision est attendue dans deux jours, mercredi 23 décembre au soir.



«Vous avez privilégié le marchand à la culture» : devant le Conseil d'État, l'exécutif accusé d'en faire trop face au Covid

NOUS Y ÉTIIONS - Représentants du théâtre, du cinéma et du cirque ont demandé à la haute juridiction administrative de surseoir à l'interdiction d'ouverture prise par le gouvernement.



Au Conseil d'État, lundi matin, les avocats des théâtres et des cinémas ont plaidé leur cause face aux représentants du gouvernement. Lena Lutaud/Le Figaro

Le jour ne s'est pas encore levé qu'une longue file d'attente s'étire, lundi, sous la pluie devant les grilles du Conseil d'État, place du Palais-Royal. Outre de nombreux journalistes et avocats, on reconnaît Francis Lalanne avec ses bottes montantes et son catogan serré par un nœud en soie, Richard Patry, le président de la Fédération nationale des cinémas français, son secrétaire général Marc Olivier Sebbag. Chapeau bleu sur la tête, Jean-Michel Ribes, le patron du Théâtre du Rond-Point, avance avec une canne. Pas l'ombre d'une star du cinéma ou d'un grand comédien de théâtre. Cela aurait pourtant été le moment de faire preuve d'un peu de solidarité. Le monde de la culture a saisi la plus haute justice administrative pour attaquer en référé la décision gouvernementale de maintenir fermées salles de spectacles et de cinéma en raison de la pandémie. Les musées et les lieux d'exposition font l'objet d'une autre procédure qui sera examinée ultérieurement.

Un majestueux escalier en marbre mène à l'étage et à la salle du Contentieux. Un ancien théâtre où Molière a été pris d'un malaise en jouant *Le Malade Imaginaire* et est mort quelques heures plus tard le 17 février 1673. Tout un symbole. Aujourd'hui, c'est une grande salle boisée, tout en dorures, avec lustres, grands tableaux et volets intérieurs en bois. Trépignant sur son banc, Francis Lalanne nous explique «avoir porté plainte avec Jean-Marie Bigard, Béatrice Dalle, Jean-Luc Moreau».



À neuf heures précises, le président Jean-Denis Combrexelle et les deux juges des référés Christine Maugüe et Bertrand Dacosta font leur entrée. Ils prennent place devant une grande cheminée flanquée de bibliothèques. L'ambiance est policée. Le président énonce le déroulement de la séance. Le directeur des affaires juridiques du ministère de la Santé va expliquer les mesures sanitaires prises, les requérants doivent démontrer en quoi elles sont une atteinte aux libertés fondamentales puis et c'est le vrai sujet : quelles sont l'adéquation et la proportionnalité entre les mesures prises et leurs conséquences. Le tout en comparant la France avec les autres pays.

Sans preuve directe de contamination dans les salles de spectacles, le simple risque suffit du point de vue du gouvernement.

Charles Touboul, représentant du ministère de la Santé

La petite lumière rouge du micro de Charles Touboul, le représentant de l'État s'allume. «La situation sanitaire est très préoccupante. Le plateau est beaucoup plus haut que nous ne l'avions imaginé. Depuis 48 heures avec le virus mutant détecté en Grande-Bretagne qui est 70% plus contaminant, c'est encore pire. Nous connaissons malheureusement mal et maîtrisons mal ce virus. Même sans preuve directe de contamination dans les salles de spectacles, le simple risque suffit du point de vue du gouvernement», explique-t-il.





[Visualiser l'article](#)

Dans la salle, Francis Lalanne trépigne. «J'ai porté plainte avec Jean-Marie Bigard, Béatrice Dalle, Jean-Luc Moreau», explique le chanteur. Lena Lutaud/Le Figaro

«Vous avez ouvert les commerces et les lieux de cultes qui pourtant représentent des risques équivalents», proteste le conseil de la SACD. William Bourdon, avocat représentant les théâtres privés, renchérit d'une voix forte: «Votre politique est à caractère géométrique variable. Qui peut douter de l'asymétrie en voyant les images des Français agglutinés devant les grands magasins ? La décision du gouvernement est politique et pas uniquement sanitaire. Vous avez privilégié le marchand à la culture. C'est ce que nous vous demandons de rectifier.»

À partir du 10 décembre, à aucun moment, un représentant du gouvernement n'a pris la peine de nous prévenir que nous risquions de ne pas rouvrir

François-Henri Briard, avocat représentant les cinémas

De sa voix grave avec diction impeccable, François-Henri Briard, avocat des cinémas ajoute : « Avec 213 millions d'entrées en 2019, le cinéma est la première sortie culturelle des Français. 90% des moins de 25 ans vont au cinéma. C'est un secteur économique majeur qui représente 1,5 milliard d'euros de chiffre d'affaires. Le cinéma est évidemment entièrement solidaire avec le gouvernement sur la question sanitaire. La preuve, notre protocole est le plus élaboré depuis le début de la crise. » À l'écouter, le principal souci a été l'absence totale de concertation du gouvernement au moment du second confinement. «Le président annonce une réouverture possible le 24 novembre pour le 15 décembre, raconte l'avocat. À partir du 10 décembre, à aucun moment, un représentant du gouvernement n'a pris la peine de nous prévenir que nous risquions de ne pas rouvrir. Nous demandons davantage de concertation. »

Un médecin mandaté par le ministère de la Santé fait le point sur la situation sanitaire : plus de 60.000 décès, 25.000 patients hospitalisés, un taux de contagiosité qui augmente tout comme le nombre de cas. Le plus grave est dans le Grand Est. «La France est-elle dans une situation défavorable comparée aux autres pays européens?», demande le président. «Beaucoup de pays confinent et ceux qui ne veulent pas le faire à Noël pour des raisons politiques, le feront après», estime le médecin. Le président : «Existe-t-il des études scientifiques qui montrent que les cinémas et les théâtres seraient comme les restaurants et les cafés des lieux de contamination?» Réponse du représentant de l'État : «Non. Il y a juste un exemple de théâtre au Japon, cet été. Le seul évènement qui a fait flamber la pandémie en France a été un rassemblement évangéliste dans l'Est». Francis Lalanne marmonne «merci, merci». Michel Parigot, de l'association Victimes Corona prend la parole : «La hausse des cas intervient une semaine après avoir autorisé les commerces et les lieux de cultes à rouvrir. Si on continue sur cette lancée ce que nous estimons être une erreur, le phénomène va s'accroître et la France va dépasser les 100.000 morts.»

Dire que nous amplifions le brassage de foule est faux.

Jean-Michel Ribes, directeur du Théâtre du Rond-Point

D'une voix lente et étouffée, Jean-Michel Ribes prend la parole à son tour. «Si les gens avaient peur, ils ne viendraient pas au théâtre, explique-t-il. Il ne faut pas sous-estimer l'aspect thérapeutique du théâtre, beaucoup de gens sont aujourd'hui en dépression et ont besoin d'espoir et de se changer les idées. Nous, on apporte un ailleurs, on fait rêver. Bien entendu, nous sommes solidaires face à la pandémie mais l'effondrement moral de nos troupes, de nos auteurs est très important. Nos lieux ont le droit de vivre comme les Galeries Lafayette.» Et d'ajouter : «Dire que nous amplifions le brassage de foule est faux. Les spectateurs arrivent avec leur billet préacheté sur leur téléphone. Nous n'avons plus de file d'attente à l'entrée comme à la sortie. Les gens sortent rang par rang.» Le président : «Comme dans les avions ?» Jean-Michel Ribes:



[Visualiser l'article](#)

«Je n'ai pas pris l'avion depuis longtemps mais sans doute oui.» Francis Lalanne s'agite et se lève : «Comme Jean-Michel Ribes, je veux m'exprimer.» Il devra attendre.



«Nous vous demandons à être traités comme les autres et à ne plus être stigmatisés», explique Richard Patry, patron de la Fédération nationale des cinémas français. Lena Lutaud/Le Figaro
François-Henri Briard pour les cinémas : «Il y a objectivement une différence entre les cinémas et les théâtres : nous n'avons pas de projection venant de la scène, c'est un métier différent. Il faut lire l'étude Pasteur du 21 octobre au 3 novembre, quinzaine pendant laquelle les cinémas étaient ouverts. Il y est montré que la culture tient une place infime dans la contamination : 2,2%. À quel moment deux heures au spectacle peuvent se comparer avec un après-midi aux soldes du Black Friday au BHV ? » Richard Patry développe en détails les mesures sanitaires prises dans les cinémas depuis juin et conclut: «Nous vous demandons à être traités comme les autres et à ne plus être stigmatisés.»

On veut nous imposer la croyance religieuse qu'on tombe malade en allant au théâtre mais quand on s'enferme dans un wagon on ne prend pas de risque ? Faut-il que nous allions chanter dans les grands magasins et dans les églises ? Vous devez dire au gouvernement qu'il fait une erreur.

Francis Lalanne

Francis Lalanne a enfin la parole, il se précipite et passe la barre boisée qui sépare le public des avocats et des juges. «Merci monsieur le juge. On veut nous imposer la croyance religieuse qu'on tombe malade en allant au théâtre mais quand on s'enferme dans un wagon on ne prend pas de risque ? Faut-il que nous allions chanter dans les grands magasins et dans les églises ? Vous devez dire au gouvernement qu'il fait une erreur. Le pouvoir discrétionnaire ne peut pas être celui du Prince, s'enflamme-t-il. Pardonnez-moi si je parle avec passion mais si on ressort d'ici sans la réouverture des théâtres, c'est la désolation. Au nom de tous les artistes, dites-le.»

À 11h15, après deux heures de plaidoiries, la séance est levée. Si le gouvernement veut apporter de nouvelles pièces liées à l'évolution de la situation sanitaire, il a jusqu'à mardi pour le faire. Les cinémas, théâtres et

www.lefigaro.fr
Pays : France
Dynamisme : 1



[Visualiser l'article](#)

cirques sauront s'ils peuvent rouvrir et si le gouvernement sera dorénavant obligé de communiquer en amont, mercredi 23 décembre en fin d'après-midi.

Crise sanitaire : Francis Lalanne plaide la cause des artistes devant le Conseil d'Etat

CHRONIQUE JUDICIAIRE LIBERTÉS PUBLIQUES / DDH ILE-DE-FRANCE PARIS (75)

Publié le 21/12/2020 - mis à jour le 21/12/2020 à 18H47

Olivia Dufour

Journaliste

Lundi 21 décembre, le Conseil d'Etat a examiné les référés-liberté déposés par le monde du spectacle contre la fermeture des salles en raison de la crise sanitaire. A la barre, Francis Lalanne a plaidé pour les artistes et le respect de l'état de droit.



Photo : ©AdobeStock/fergregory

Des évêques, des restaurateurs, des patrons de casinos, de salles de sport et de remontées mécaniques, un magistrat essayiste, des syndicats d'avocats...c'est un véritable défilé à la Prévert auquel assiste le Conseil d'Etat depuis quelques mois. Tous viennent dans le cadre de la procédure de référé-liberté expliquer au juge administratif que la mesure d'interdiction qui les frappe sur fond de crise sanitaire est manifestement disproportionnée et doit être levée. Ce lundi matin 21 décembre, c'était au tour des représentants du cinéma, du théâtre et du cirque d'exposer leurs doléances au juge des référés.

« Les chaînes de contamination sont difficiles à détecter »

Dans la salle d'audience, on reconnaît quelques stars judiciaires dont William Bourdon, mais aussi des stars tout court. Le directeur du théâtre du Rond-Point, Jean-Michel Ribes, tout de mauve vêtu est assis à côté des avocats, le chanteur Francis Lalanne a pris place au premier rang du public.

A 9 heures précises, trois magistrats font leur entrée, dont le président de la section du contentieux lui-même Jean-Denis Combexelle. Une formation à trois magistrats signifie que le sujet est considéré comme relativement complexe par la juridiction. Lors de l'examen de la demande des évêques de France visant à lever l'interdiction de la messe, il n'y avait qu'un seul juge, mais pour les libraires en revanche, on en comptait trois.

Le président choisit de donner d'abord la parole au ministère de la santé afin qu'il s'explique sur la décision du gouvernement de fermer les salles de spectacle. Charles Touboul n'y va pas par quatre chemins. « Nous sommes sur un plateau haut, plus haut que ce qu'on avait imaginé, pire que ce que nous avons à l'esprit il y a deux jours quand nous avons produit notre mémoire ». La fermeture des salles de spectacle, explique-t-il, se justifie parce qu'elles présentent un risque propre à la fréquentation de ces lieux, lié au fait que ce sont des établissements clos, favorables à la promiscuité et dans lesquels on reste longtemps. Mais il y a aussi un autre risque lié au mouvement, aux interactions que cela génère.

« Les chaînes de contamination sont difficiles à détecter mais la seule probabilité forte suffit à fonder une interdiction sans que le gouvernement soit tenu de démontrer un lien direct » précise-t-il. En clair, l'objectif du gouvernement consiste à agir sur le seul levier connu qui est celui de la limitation des contacts. Il le fait sous la double contrainte de ne pas paralyser la vie économique ni porter une atteinte disproportionnée à une liberté fondamentale. Il n'est pas nécessaire de démontrer un risque spécifique à l'activité concernée (d'où le maintien de la fermeture des remontées mécaniques), tout est en réalité affaire de mise en balance des intérêts en présence. Le problème, c'est que les personnes concernées exigent quant à elles qu'on leur explique le risque réel qu'elles représentent. Surtout à l'approche des fêtes de Noël quand se multiplient dans les médias les images de transports en commun bondés et de magasins pris d'assaut....

Sur le même sujet lire nos compte-rendus d'audience relatifs à la demande d'autorisation de la messe, la réouverture des librairies, l'ouverture des remontées mécaniques

« Ce n'est pas sanitaire, c'est politique, on privilégie le marchand par rapport à la culture »

Deux libertés sont principalement en cause, font valoir les représentants du monde du spectacle, la liberté d'expression et la liberté du commerce et de l'industrie. L'interdiction générale et absolue qui frappe les salles non seulement affecte une liberté particulièrement forte, mais elle engendre un effet désastreux pour le spectacle vivant. Ce qu'ils ne comprennent pas et qui reviendra comme un leitmotiv tout au long de l'audience, c'est pourquoi leur infliger ce traitement alors que les commerces et les lieux de culte, eux, ont rouvert. « Qui peut douter du caractère à géométrie variable au vu des cohues devant la porte des grands magasins, qui peut douter de l'asymétrie ? Ce n'est pas sanitaire, c'est politique, on privilégie le marchand à la culture » s'insurge William Bourdon qui dénonce un argument théologique fondé uniquement sur des statistiques qui font peur.

Comme d'autres avant eux, les requérants soulignent l'importance des conséquences économiques prévisibles. Le cinéma est ainsi la première activité culturelle du pays. En 2019, il a comptabilisé 213 millions d'entrées pour un chiffre d'affaires de 1,5 milliards d'euros. Il ne demande pas sa réouverture immédiate, mais la reprise des discussions avec le gouvernement et la reconnaissance de sa spécificité. Et l'on découvre au passage que si les différentes activités culturelles présentes à l'audience tentent de faire front uni, il apparaît assez vite que chacune s'estime plus sécurisée ou plus en risque vital que les autres.

Le cœur du sujet, c'est la proportionnalité, souligne le président Combrexelle qui a une idée très claire du plan de son audience. Il faut donc mettre en rapport l'interdiction générale avec notamment l'état de la situation sanitaire. Le gouvernement, inlassablement rappelle les chiffres. Ils sont mauvais, et même très mauvais aux yeux du médecin qui est venu porter la parole du ministère de la santé, aux côtés de Charles Touboul. Le taux d'incidence ne baisse pas, les hôpitaux ne se vident plus, on compte 2500 patients en réanimation, c'est autant de places en moins pour les personnes qui nécessitent une chirurgie lourde et dont on retarde les opérations. Surtout, la barre des 60 000 décès a été franchie. Et inutile de tenter de se rassurer avec la baisse des tests positifs. Celle-ci doit être appréciée au regard de trois facteurs qui expliquent la diminution. D'abord, un cas positif même s'il se fait tester plusieurs fois n'est plus pris en compte durant trois mois. Ensuite, les tests antigéniques utilisés depuis septembre sont plus rapides, mais moins sensibles. Enfin, beaucoup de gens actuellement se font tester non parce qu'ils présentent les symptômes, mais pour se rassurer.

« Vous êtes pourvoyeurs de maladie et de mort »

Le président en vient à la question la plus compliquée pour le gouvernement qui est celle du risque effectif attaché au spectacle. Charles Touboul admet qu'il n'existe pas d'étude spécifique sur ces établissements, mais, précise-t-il, il n'y avait pas non plus d'études sur les salles de sport, ni les universités ou les casinos. « On se base sur des études génériques, au termes desquels le virus se propage dans les espaces clos, à forte densité de personne, lors de contacts prolongés. La culture coche toutes les cases » conclut-il.

Existe-t-il des exemples de clusters dans des lieux culturels depuis la fin du premier confinement ? interroge une magistrate. Le médecin du ministère ne peut en citer qu'un dans un théâtre au Japon en juillet dernier : 54 contaminations. « Il y a une chose qu'ils ne veulent pas dire, c'est que cette augmentation des contaminations coïncide avec la décision de réouverture des commerces et des lieux de culte, intervient le président de l'association des coronavictimes. Si on continue ce que nous considérons comme une erreur, on va dépasser la barre des 100 000 morts ». Il est opposé à la réouverture des lieux de spectacles et cite à l'appui de sa position l'exemple des universités qu'on a du fermer car les protocoles se sont révélés inopérants.

Les protocoles sont justement au coeur de l'incompréhension du monde de la culture (comme c'était d'ailleurs le cas avec les professionnels du ski, l'église catholique ou les restaurateurs). « On nous dit : vous êtes pourvoyeur de maladie, de mort, si c'est le cas on s'arrête immédiatement, explique Jean-Michel Ribes. Les protocoles sont considérables, les spectateurs ne circulent pas, il sont installés à des distances barrière, les sorties de secours sont maintenues ouvertes pour l'aération. On loue les places par téléphone, l'accueil exerce un filtre ; à la sortie, chaque rangée est évacuée l'une après l'autre. S'il y avait la moindre crainte, les gens ne viendraient pas, or ils viennent en nombre. On leur apporte de l'aide, l'espoir que tout n'est pas foutu ». Me Guillaume Valdelièvre rappelle pour sa part que la condition de proportionnalité suppose de démontrer un risque « personne ne nie la gravité de la situation, ce que nous récusons c'est que dès lors qu'on donne les chiffres de l'épidémie tout débat devient impossible ». Me William Bourdon surenchérit en citant une étude allemande au terme de laquelle si les protocoles sont respectés, il n'y a pas de risques dans les salles de spectacle. Me François-Henri Briard qui représente le cinéma cite une étude de l'institut Pasteur selon laquelle les contaminations dans les cinémas et les théâtres seraient de l'ordre de 2,2%. « A quel moment une salle remplie à 40% est plus dangereuse qu'une après-midi au BHV lors d'un black friday ? » s'interroge un autre avocat.

Francis Lalanne à la barre

Francis Lalanne avait réclamé la parole au début de l'audience, le président la lui donne enfin. Cheveux longs en catogan, masque mal ajusté sous le nez, habillé de cuir noir, il s'approche de la barre. Et soudain la sage justice assise du Conseil d'Etat semble se transformer en théâtrale cour d'assises. Le chanteur a une voix forte de ténor du barreau, il s'exprime sans notes avec un talent oratoire indéniable : « Dans votre grande sagesse, Monsieur le Président, vous avez posé la bonne question, la seule dont nous débattons : y a-t'il aujourd'hui une preuve que se rendre au spectacle en respectant les consignes de sécurité va accroître la pandémie ? Il n'y a en aucune. La France est un état laïc, elle ne peut se contenter de thèses religieuses pour contrevenir aux libertés fondamentales. Si on va s'enfermer dans un wagon de train on ne met pas en péril l'intérêt général, mais dans un théâtre si, c'est à cause de ça qu'on condamne les professionnels du spectacle à l'effroi, au chaos et à la désolation ? C'est inadmissible, c'est pourquoi dans votre grande sagesse, vous allez dire au gouvernement qu'il fait une erreur manifeste d'appréciation. Ce n'est plus l'état de droit mais le fait du prince. A l'heure où nous parlons, il n'existe aucune preuve que les personnes dans un wagon de train sont moins en risque que dans un théâtre. Il y a rupture d'égalité, l'intérêt général ne peut pas être discriminatoire. Ce ne serait plus la France. Avant-hier Monsieur Bernard Arnault qui a financé la campagne d'Emmanuel Macron a donné un spectacle aux galeries La Fayette, il y avait des milliers de personnes. Faut-il que nous allions chanter dans les supermarchés ou les églises ? Il n'existe aucune différence entre une queue devant un fromager et une queue devant un théâtre ». Le chanteur semble intarissable sur le sujet mais le président parvient en douceur à l'inciter à conclure son propos. « Il y a une mauvaise appréciation du gouvernement, ce sera la désolation si nous sortons d'ici sans rouvrir les théâtres. Je vous en conjure, au nom de tous les artistes qui sont ici » lance l'artiste avant de retourner s'asseoir.

C'est au tour du représentant des cinémas de revenir à la charge. « Nous ne comprenons pas pourquoi on stigmatise les cinémas, cirques et théâtres car personne au gouvernement n'est capable de nous l'expliquer. On nous dit qu'il n'y a pas d'étude démontrant le risque, mais il y a des études, qui disent au contraire que ce n'est pas risqué ».

La peur du virus anglais

Piqué au vif pas l'accusation d'utiliser les statistiques comme unique argument « théologique », Charles Touboul se défend de toute volonté de stériliser la pensée en jouant sur l'émotion. « Le gouvernement se fonde sur des constats scientifiques, plus limités que ce qu'il souhaiterait, mais si on connaissait l'épidémie on la contrôlerait. L'objectif du gouvernement consiste à éviter des morts, c'est aussi simple que ça ». Et d'ajouter « La situation actuelle est extrêmement dégradée, on a passé les 60 000 morts, c'est proprement effrayant. Hier, une nouvelle souche du virus qui serait 70% plus contaminante que celle que l'on connaît nous a forcés à fermer la frontière avec la Grande-Bretagne en 48 heures, on n'a même plus le temps de réfléchir ». Charles Touboul en vient à évoquer le coeur de la stratégie du gouvernement.

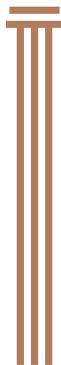
« Il ne faut pas raisonner en termes de risque intrinsèque, on peut se dire que cette audience n'est pas fameuse d'un point de vue sanitaire, mais ici on rend la justice, il fallait se réunir et le faire en présentiel *. C'est une question de balance entre les différents intérêts en présence, nous sommes attachés à la culture, à l'émancipation des individus et à leur bien-être, mais ce n'est pas comparable à la justice ou à la liberté de culte. On sait bien que les transports en commun présentent des risques, mais c'est moins long qu'un spectacle, et surtout c'est indispensable. Si on arrête les transports on paralyse tout « .

Lors d'une précédente audience, Charles Touboul avait expliqué qu'il était impossible dans un pays comme la France d'interdire la fête de famille qu'est Noël. Mais le gouvernement s'attend à un rebond de l'épidémie en janvier, » l'objectif est qu'il soit la plus faible possible. Il s'agit de se préparer » a encore précisé l'intéressé. Autant dire que le rendez-vous pris en janvier avec les représentants de la culture s'inscrit déjà sous de bien mauvais auspices.... » Vous avez décrété que nous n'étions pas des gens essentiels, c'est une honte de dire des choses pareilles » s'emporte alors Francis Lalanne qui vient d'obtenir de nouveau la parole. Très en verve, il dénonce l'incohérence du gouvernement qui impose la distance d'un siège vide entre les personnes dans les salles mais ne voit pas de problème à ce que les gens voyagent côté à côté dans les trains. Le président le rappelle à l'ordre, il ne veut de procès d'intention dans son audience. Le chanteur se rassoit. « L'absence d'étude ne peut pas être invoquée quand une épidémie est exponentielle, si on fait le pari de ne rien faire, on sait qu'on aura des morts » rappelle alors le président de l'association Coronavictimes.

Au bout de presque trois heures de débat, le dernier mot est revenu à Me William Bourdon :
» l'administration n'a pas pu répondre sur le risque sanitaire des salles de théâtre, la culture a été sacrifiée de façon commode à l'idéologie marchande ». Et l'avocat de citer Camus « Tout ce qui dégrade la culture, raccourcit le chemin vers la servitude ».

La décision sera rendue mercredi soir. Au sortir de l'audience, un observateur confie « on peut s'attendre à une décision semblable à celle rendue pour la messe, avec une invitation du Conseil d'Etat à reprendre le dialogue ». Un dialogue dont les perspectives sont considérablement assombries par les mauvais chiffres de l'épidémie, le rebond annoncé après les fêtes et peut-être surtout l'inquiétante nouvelle souche apparue en Grande-Bretagne.

NDLR : Saisi de la question de savoir s'il était admissible d'étendre la visioconférence aux assises, le Conseil d'Etat a estimé que non.



AVOCAT AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION



**Le cabinet Briard est titulaire d'un office d'avocat
au Conseil d'État et à la Cour de cassation.**

Il est composé d'un associé et de plusieurs équipes
d'avocats spécialisés dans différentes disciplines,
toutes ordonnées à l'exercice du contrôle de cassation
en matière civile, pénale, administrative et fiscale.



**9-11 avenue Franklin Roosevelt,
75008 Paris**

Tél : 01 44 09 04 58

www.cabinet-briard.com

