

DJCE *Post*

Septembre 2021

REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DU DJCE DE LYON

Dans cette édition :

FISCALITE DES GAFA

Face à un été 2021 très agité, l'optimisation fiscale pratiquée par les GAFA est mise à mal. Zoom sur la nouvelle taxe internationale adoptée par l'OCDE.

LA VENTE A DECOUVERT

Vendre ce que l'on n'a pas ? Un rêve que beaucoup souhaiteraient voir se réaliser. Analyse d'un phénomène commun mais risqué du monde de la finance.

EPIC GAME VS APPLE

Faire tomber le géant à la pomme : c'est le défi que s'est lancé Epic Game, le créateur du célèbre jeu vidéo Fortnite. Retour sur cette première décision d'une affaire que certains qualifient déjà de "procès de la décennie".

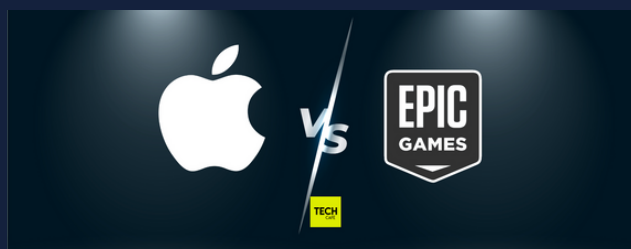
Mais aussi :

THE SUBMARINE AFFAIR

LE RGPD, UNE NOUVELLE ARME
CONTRE LES GAFA

FORCE MAJEURE AND COVID-19

TENSIONS ENTRE UE ET POLOGNE



Le Mot de la Rédac'

Suite au succès des éditos du DJCE l'année dernière, le pôle communication de l'association du DJCE de Lyon souhaitait reprendre le projet. A l'initiative de Mathilde Rossi, une amélioration en une véritable revue juridique bimensuelle fut proposée et adoptée.

Du droit fiscal au droit international, en passant par le droit des sociétés et le droit économique, cette revue a pour objectif de couvrir l'ensemble du droit des affaires. Afin de se diversifier, une rubrique d'actualités et un rappel des divers événements organisés par l'association ont également été ajoutés.

Fiscalité des GAFA, affaire submarine, vente à découvert, RGPD, Epic Game vs Apple, Force majeure en temps de Covid-19 ou encore tensions au sein de l'UE, les étudiants M1 et M2 du DJCE vous proposent une analyse juridique complète d'une partie de l'actualité de ces derniers mois.

L'ensemble de la rédaction souhaite féliciter chaque étudiant qui s'est investi dans ce projet audacieux et enrichissant.

En vous souhaitant une bonne lecture,
Le Pôle Communication.





SOMMAIRE

04 **POST DROIT FISCAL**

- Optimisation fiscale des GAFA : l'OCDE contre-attaque !

07 **POST DROIT DES SOCIÉTÉS**

- La vente à découvert, ou comment vendre ce que l'on n'a pas ?

11 **POST DROIT ÉCONOMIQUE**

- Le RGPD, nouvelle arme contre les GAFA
- EPIC Games v. Apple : Le début des pépins pour le marché des transactions de jeux mobiles ?

16 **POST INTERNATIONAL**

- Force majeure and frustration in the scope of the Covid-19 pandemic as a contract law and business issue
- The Submarine Affair: On what basis may France claim breach of contract?

24 **POST ACTU**

- Tensions croissantes entre la Pologne et l'UE : un POLEXIT à craindre?

28 **POST ÉVÈNEMENTS DU DJCE**

- Séminaire de rentrée du DJCE : les nouveaux défis de l'entreprise
- Évènements : RunninLyon et visites à Paris
- Rencontres avec nos partenaires

OPTIMISATION FISCALE DES GAFA : L'OCDE CONTRE-ATTAQUE !

Par Corentin AUVE, Lilian CIRIANI, Alexandrine ROUSSEAU et Valentine THIBAUT
Sous la supervision de Dorine PESSEMESE et Théo REVILLARD

Si la problématique de la taxation des grandes entreprises et de la fiscalité relative à l'économie numérique n'est pas nouvelle [1], l'été 2021 fut le moment propice pour remettre le sujet au cœur des débats [2], notamment à travers la réunion du G7 et l'ouverture des pourparlers au sein de l'OCDE. Aujourd'hui concrétisée [3], une réforme du système fiscal international ambitionne de réduire les stratégies d'optimisation fiscale des groupes internationaux et des géants du numérique [4]. À l'heure où les données personnelles apparaissent comme l'or noir de notre siècle, les acteurs de l'économie numérique sont sous les feux des projecteurs. Ces entreprises ont su tirer avantage d'une réglementation fiscale internationale parfois lacunaire, inadaptée à la nouvelle économie numérique [5].

Qui se cache derrière ces « géants du numérique » ?

Les nouveaux accords de l'OCDE visent principalement les leaders du marché numérique, les GAFA (Google, Apple, Facebook et Amazon), mais aussi des acteurs plus récents tels que la société Uber. À juste titre, cette réaction répond à l'utilisation par ces mastodontes de l'économie numérique d'une série de stratégies fiscales par lesquelles ils minimisent les sommes dues au titre de l'impôt sur les bénéfices réalisés. En France, les débats passionnés autour de la fiscalité de ces grands groupes étaient alimentés par

l'inquiétude, voire l'indignation, face aux faibles montants d'impôts sur les bénéfices acquittés par ces entreprises. En effet, respectivement 20,5 [6] et 4 [7] millions d'euros pour Google et Facebook en 2020 ; 14,5 millions d'euros pour Apple en 2017 [8] et pour le plus performant d'entre eux, Amazon, une absence totale de paiement d'impôts sur les bénéfices réalisés en France l'année dernière [9]. Ces montants paraissent dérisoires au regard des chiffres d'affaires colossaux comptabilisés par les GAFA.

[1] OCDE, Comité des affaires fiscales, 8 octobre 1998, « Un Monde sans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial »

[2] Accord mondial sur la fiscalité minimale des grandes entreprises [en ligne], Gouvernement, publié le 7 juin [consulté le 16 octobre 2021], disponible sur <https://www.gouvernement.fr/accord-mondial-historique-sur-la-fiscalite-minimale-des-grandes-entreprises>

[3] OCDE, 08 octobre 2020 La communauté internationale conclut un accord fiscal sans précédent adapté à l'ère du numérique

[4] O. EL ARJOUN, 18 mars 2021, « Réforme de la fiscalité du numérique : quelques réflexions sur le Pilier Un du projet OCDE », Lexis Nexis, Revue de Droit fiscal n°11, 177

[5] Ibid.

[6] Jamal Henni, « L'impôt minuscule (encore) payé par Google en France l'an passé », Capital, 18/08/2021

[7] Jamal Henni, « Facebook a encore payé un impôt ridicule en 2020 », Capital, 30/06/2021

[8] Apple France SARL en 2017 : Guillaume Poingt, « Combien d'impôts paient les GAFA en France et comment l'État va-t-il les taxer ? » Le Figaro / économie, 5/01/2019

[9] Xavier Martinage « 44 milliards d'euros de ventes, 0 impôts sur les sociétés : Amazon roi de l'optimisation fiscale en Europe », Capital, 04/05/2021



Comment parviennent-ils à accomplir un tel exploit fiscal ?

Manipulation des prix de transfert, des charges financières mais surtout de la notion d'établissement stable jugée trop étreinte et inadaptée au développement du commerce numérique [10], plusieurs leviers financiers s'offrent à ces firmes multinationales.

Certaines d'entre elles n'ont pas hésité à vider leurs locaux situés en France afin d'échapper à la caractérisation d'un établissement stable [11]. Les juges français leur ont donné raison en écartant l'imposition en France des bénéfices réalisés par

Google, dès lors que la société ne disposait pas d'un établissement stable sur le territoire français [12]. A l'inverse, d'autres sociétés préfèrent simplement s'établir dans un pays doté d'une fiscalité avantageuse. Apple en est un bel exemple, profitant de "rulings fiscaux" offerts par l'Irlande.

Ce schéma n'a pas laissé le juge insensible. Si, le 30 août 2016 [13], la Commission européenne a condamné l'Irlande, estimant que cet avantage était en décalage avec la réalité économique, le Tribunal de l'Union Européenne en a décidé autrement. Par un arrêt rendu le 15 juillet 2020 [14], celui-ci annule la décision de la Commission, considérant qu'Apple appliquait le droit commun irlandais et qu'aucun traitement de faveur ne lui était accordé [15]. Encore une tentative de sanction manquée... Le rêve fiscal se poursuit.

Ces discordances mettent en évidence la nécessité de définir une taxation sui generis, qui s'imprègnera de toutes les problématiques liées à l'immatérialité du marché au sein duquel les GAFA évoluent. A défaut d'accord entre les États de l'Union européenne, la France fait office de précurseur.

La figure française de la lutte contre l'évasion fiscale des géants du numérique

En droit positif français, une « taxe sur certains services fournis par des grandes entreprises du secteur numérique » dite « taxe GAFA » a en effet été adoptée le 24 juillet 2019 [16]. Celle-ci vise les grandes entreprises dont les services taxables ont rapporté cumulativement plus de 750 millions d'euros au titre des services fournis au niveau mondial, dont 25 millions d'euros au titre des services fournis en France [17].

[10] M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, Précis de fiscalité des entreprises, 45e édition, 2021-2022, p.551 pt. 1446.

[11] Philippe MARCHESSOU, Juin 2018, Droit fiscal européen et droit fiscal international – Une interprétation contemporaine grandissante, Répertoire de droit européen, Dalloz, pt.50.

[12] CAA Paris, 25 avr. 2019, n° 17PA03065

[13] Décision (UE) 2017/1283 de la Commission du 30 août 2016 concernant l'aide d'État SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple

[14] L'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 15 juillet 2020 annulant la décision de la Commission sur des rulings fiscaux irlandais en faveur d'Apple - Jean-Claude Zarka - 22 décembre 2020 - Lextenso - Actu-Juridique Droit européen/UE

[15] Ibid.

[16] Loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés

[17] Art. 299 du Code général des impôts (CGI).



Les services taxables parmi lesquels figurent la mise à disposition d'une interface numérique pour entrer en contact et interagir avec d'autres utilisateurs ou encore les services commercialisés de messages publicitaires ciblés sont énumérés par le Code général des impôts [18].

L'assiette fiscale de cette taxe est constituée par le montant hors taxe de la valeur ajoutée (TVA) rapporté par les services imposables fournis en France, à laquelle s'applique un taux de 3% pour la détermination de l'impôt [19]. Quant au fait générateur et à l'exigibilité de la « taxe GAFA », ces derniers coïncident et interviennent lors de l'achèvement de l'année civile [20].

L'aboutissement attendu d'une réglementation internationale de lutte contre l'évasion fiscale des géants du numérique

L'OCDE étudie depuis plusieurs années une réforme du système fiscal international sans obtenir l'approbation de tous les états membres. Or, le 8 octobre dernier, l'OCDE est parvenue à finaliser sa réforme soumettant les entreprises multinationales (EMN) dont le chiffre d'affaires mondial dépasse les 20 milliards d'euros avec une rentabilité supérieure à 10% à l'application d'une taxe internationale. Cette réforme reposera sur deux piliers fondamentaux [21] :

- Une modification des règles de répartition de la base imposable des EMN entre les Etats dans lesquels elles exercent leurs activités, et où elles disposent de consommateurs ;
- Un impôt mondial minimum sur les bénéfices des EMN, dont le taux a été fixé à 15%.

L'objectif est limpide : harmoniser le taux d'imposition des grandes entreprises numérisées au niveau international. La réforme permet une répartition plus équitable des droits d'imposition sans tenir compte de la notion d'établissement stable, devenue obsolète.

Face à la multiplication des taxes unilatérales dans divers Etats (telle la taxe GAFA précédemment citée), la réforme pourrait limiter le risque de double imposition [22], avec la coopération évidente des États qui pourront prétendre recevoir une part de l'imposition lorsque les multinationales réalisent plus d'un million d'euros de chiffre d'affaires dans leur pays.

La France fait une nouvelle fois figure de bonne élève, en s'engageant à supprimer sa taxe GAFA d'ici 2023, année de l'entrée en vigueur de la taxe de l'OCDE [23].

[18] Ibid.

[19] Art. 299 quater CGI.

[20] Art. 299 ter CGI.

[21] OCDE, Juillet 2021, Rapport sur la fiscalité du Secrétaire général de l'OCDE à l'intention des ministres des Finances et des gouverneurs de banques centrales des pays du G20.

[22] O. EL ARJOUN, 18 mars 2021, « Réforme de la fiscalité du numérique : quelques réflexions sur le Pilier Un du projet OCDE », Lexis Nexis, Droit fiscal n°11, 177

[23] L-A. BOUVIER, 1er mai 2021, « Quelles voies pour l'imposition des géants du Web proposées par l'Union Européenne et la France ? », Revue française de finances publiques, n°154, page 151, §2.2.1.

LA VENTE À DÉCOUVERT OU COMMENT VENDRE CE QUE L'ON N'A PAS ?

Par Manon COUVAL, Guénaëlle CHOULET, Aymeric DE LARMINAT, Anton ETCHEGOYHEN, Jean-Baptiste ROSSIGNEUX, Marie TARDINI, Gaëtan VALETTE et Sarah VIVIER
Sous la supervision de Sarah VIVIER

« David contre Goliath », avec un brin d'emphase, c'est la façon dont on aurait pu décrire l'affaire Gamestop. C'est en janvier dernier que les petits porteurs et spéculateurs particuliers américains se sont organisés autour du forum Reddit [1] « Wall Street bet » pour faire ployer le genou des géants de Wall Street. Cet affrontement improbable prend jour lorsqu'une multitude de petits investisseurs amateurs remarquent que des hedge funds [2] prennent d'importantes positions de ventes à découvert contre l'entreprise Gamestop, géant de la vente de jeux vidéo en magasins et propriétaire notamment de la chaîne Micromania.



Alors que la société cotée sur le New York Stock Exchange (NYSE) déclinait depuis plusieurs années face à la concurrence des plateformes de vente de jeux vidéo dématérialisées, certains fonds ont parié sur une baisse de valeur des titres de la société et se sont alors adonné à la pratique dite de vente à découvert.

[1] Reddit est un site web communautaire américain d'actualités sociales fonctionnant via le partage de signets permettant aux utilisateurs de soumettre leurs liens et de voter pour les liens proposés par les autres utilisateurs.

[2] Fonds d'investissements en français.



Réalisée sur des très gros volumes, l'opération aurait pu compromettre définitivement la pérennité de Gamestop. Seulement, des dizaines de milliers de particuliers se sont organisés pour prévenir cette fin. L'achat des titres en masse de la société entraîne la remontée du cours de l'action. De nouveaux investisseurs professionnels décident de soutenir l'entreprise en entrant dans son capital, provoquant une nouvelle montée des cours. Pendant ce temps, les hedge funds commencent à restituer les actions empruntées et à payer les appels de marge [3]. Pour maintenir leurs positions, ils sont contraints d'emprunter de nouvelles actions à de nouveaux prêteurs. Ce faisant, la demande de l'action de Gamestop augmente alors même que le nombre d'actions sur le marché stagne. De facto, l'action connaît une flambée spectaculaire de sa cotation, achevant les derniers Goliath de la vente à découvert.

La vente à découvert, en quoi ça consiste ?

La vente à découvert [4] est une technique d'investissement permettant de bénéficier d'un effet de levier important. Elle consiste pour un investisseur, « le short seller », à adopter une position courte [5] sur les marchés boursiers afin d'anticiper la baisse du cours d'un titre [6]. De prime abord, ce mécanisme revêt la forme d'un pari pessimiste qui ne semble pas être profitable. Certains parleraient même d'une aubaine. Pourtant, il ne s'agit que d'une question d'anticipation, à savoir, vendre ce que l'on n'a pas, et ce, au moment le plus opportun.

En pratique, le « short seller » emprunte dans un premier temps les titres auprès d'un intermédiaire, le « broker », en contrepartie d'une commission afin de les vendre immédiatement sur le marché. Le succès de la vente à découvert réside alors dans l'espoir de racheter les titres ultérieurement à un prix inférieur. En pareils cas, le rachat des titres à un prix moindre entraîne restitution des titres susvisés au broker et donne lieu à une plus-value. En matière de vente à découvert, celle-ci découle de la différence entre le prix d'acquisition des titres à restituer et le prix de vente des titres de même nature en amont diminué des intérêts du prêteur de titres.

[3] Apport de liquidités supplémentaires afin de couvrir la dépréciation d'une position ouverte sur le marché.

[4] Aussi appelée « short sell » en anglais.

[5] « On parle de position courte lorsqu'un acteur de marché procède à la vente d'un titre avec l'intention de le racheter par la suite à un prix inférieur », CMS Francis Lefebvre, 2021.

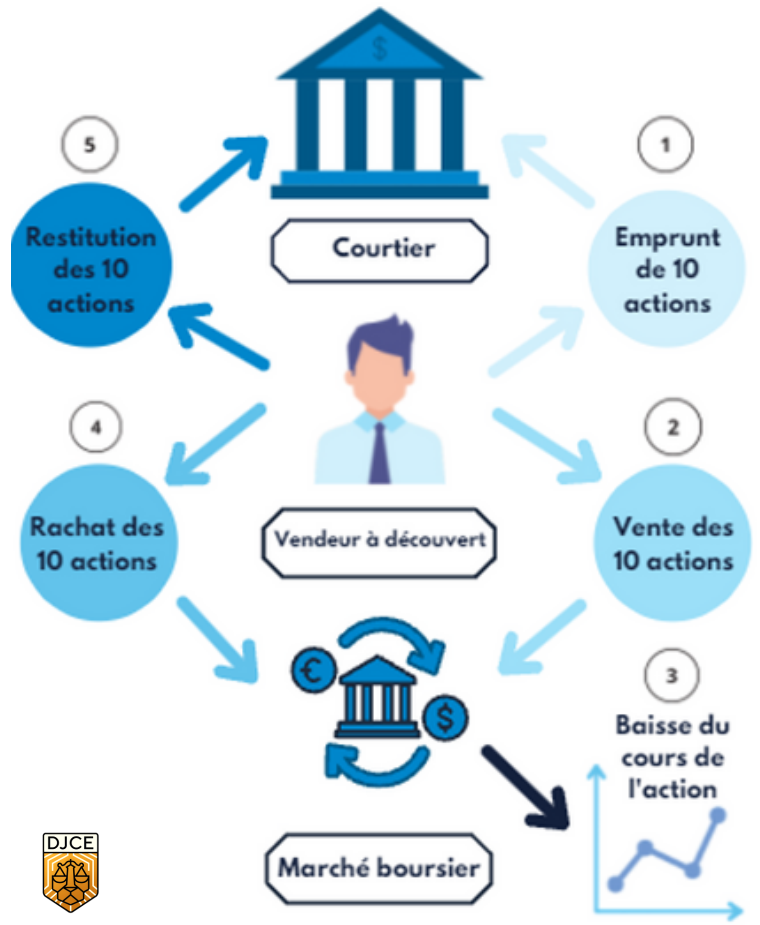
<https://cms.law/fr/fra/news-information/covid-19-et-interdiction-des-positions-courtes-nettes>

[6] KHAROUBI Cécile, « Hedge Funds : une analyse critique », RB édition, 2016, 126 p.

Étapes

- 1 L'investisseur emprunte x actions à un courtier, appelé le broker, sous réserve de lui rendre la même quantité et la même nature d'actions dans le futur, et ce, en contrepartie d'une commission.
- 2 L'investisseur vend les actions empruntées au prix du marché dans un laps de temps très court.
- 3 Le cours des actions baisse.
- 4 L'investisseur achète des actions à un prix moindre, du fait de la baisse du cours des actions.
- 5 L'investisseur restitue les x actions qu'il avait empruntées auprès du broker.

LA VENTE A DECOUVERT EN SCHEMA



La plus-value représente la différence entre le prix de vente des actions empruntées (2) et le coût d'achat des actions à rendre (4) minorée du prix de la commission du broker.

La réglementation française des ventes à découvert

Si tous types de profils d'investisseurs peuvent avoir recours à la vente à découvert à travers le Service de règlement différé (S.R.D) [7], toutes les actions ne sont pas éligibles à ce service. En bref, le S.R.D, « *Deffered Settlement Service* » en anglais, est un service par lequel « l'intermédiaire financier offre la possibilité, moyennant une commission et la constitution d'une couverture, de différer le règlement et la livraison des titres jusqu'au dernier jour de bourse du mois » [8].

S'agissant des valeurs éligibles au S.R.D, la liste est publiée par Euronext Paris [9] selon des critères basés sur le volume de capitaux échangés régulièrement et la capitalisation boursière de la société. A savoir, respectivement, un volume de capitaux échangés quotidiennement de 1 million d'euros et une capitalisation boursière d'au moins 1 milliard d'euros [10].

Les opérations de ventes à découvert sont en outre soumises à des obligations déclaratives lorsqu'une personne détient une position courte nette égale ou supérieure à 0,2% du capital d'une société cotée en bourse sur un marché européen. L'information est rendue publique au-delà de 0,5% du capital [11].

Si cette pratique est aujourd'hui admise sur les marchés financiers, elle ne cesse d'attiser les critiques, particulièrement en temps de crise. Les régulateurs sont alors contraints à l'intervention. L'Autorité des Marchés Financiers a ainsi prononcé l'interdiction des ventes à découvert en mars 2020 pour une durée de deux mois en réponse à la baisse significative des instruments financiers provoquée par la pandémie liée à la COVID-19 [12]. Conscients du risque inhérent aux ventes à découvert, les gendarmes de la bourse demeurent vigilants quant à la mise en œuvre de cette pratique dangereuse et ne cessent d'en limiter les effets néfastes sur le marché [13].

[7] Autorité des Marchés Financiers (AMF), « Service de règlement différé : quand le client dûment alerté investit à ses risques et périls », 2020, [en ligne]. <https://www.amf-france.org/fr/le-mediateur/journal-de-bord-du-mediateur/dossiers-du-mois/service-de-reglement-differe-quand-le-client-dument-alerte-investit-ses-risques-et-perils>

[8] Autorité des Marchés Financiers (AMF), « De l'achat à la vente de votre titre coté en bourse », 2020, [en ligne]. <https://www.amf-france.org/fr/espace-epargnants/comprendre-les-marches-financiers/acheter-et-vendre-un-titre-cote-en-bourse>

[9] Euronext Paris, liste des valeurs éligibles au service de règlement différé, [en ligne]. <https://www.euronext.com/en/trade/euronext-trading-services>

[10] Boursorama, « investir au SRD », [en ligne]. ESSAYER DE TROUVER L'INFOS SUR EURONEXT <https://www.boursorama.com/aide-en-ligne/bourse/comment-ca-marche/investir-au-srd/question/quelles-sont-les-valeurs-eligibles-au-srd-26714>

[11] Autorité des Marchés Financiers, Publication des positions courtes nettes importantes sur les actions conformément à l'article 9 du Règlement Européen (EU) No 236/2012, octobre 2021, [en ligne].

[12] Autorité des Marchés Financiers, « L'AMF annonce une interdiction temporaire sur les ventes à découvert portant sur certaines actions pour la séance du 17 mars », 2020, [en ligne]. <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/communiques/communiques-de-lamf/lamf-annonce-une-interdiction-temporaire-sur-les-ventes-decouvert-portant-sur-certaines-actions-pour>

[13] Le 24 septembre dernier, l'ESMA a dévoilé un projet de révision du règlement européen n°236/2012 en matière de vente à découvert.

LE RGPD, NOUVELLE ARME CONTRE LES GAFA

Par Anna HARUTYUNYAN, Julia PINTURIER, Jean-Baptiste ROSSIGNEUX et Léa TRIVINO
Sous la supervision de Julia PINTURIER et Léa TRIVINO

Adopté le 27 avril 2016 et entré en vigueur le 25 mai 2018, le Règlement général de la protection des données (RGPD) était sans doute le texte le plus attendu concernant la protection des données personnelles des personnes physiques. Face aux géants du numérique, une réglementation européenne s'imposait quant à la collecte et l'utilisation des données personnelles des utilisateurs. Ce texte, d'ailleurs largement inspiré de la réglementation française, devient ainsi la lueur d'espoir d'un bon nombre d'associations de défense et de promotion des droits et libertés sur Internet.

Une association de défense en guerre contre les GAFA

Parmi les associations de défenses, la Quadrature du Net s'est démarquée par un très grand nombre de plaintes déposées. Elle annonçait, en effet, quelques jours après l'entrée en vigueur du règlement, avoir déposé cinq plaintes devant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) contre Google, Apple, Facebook, Amazon et LinkedIn [1]. Ce n'est que récemment que l'une de ses plaintes a abouti, donnant lieu à une sanction record prononcée par la Commission nationale pour la protection des données (CNPD) luxembourgeoise contre Amazon.

Dans ce bras de fer, l'association invoque une violation du RGPD par Amazon, notamment dans l'obligation de recueillir le consentement

des utilisateurs pour le traitement de leurs données à caractère personnel. Selon Amazon, la souscription des contrats par les utilisateurs en vue de bénéficier de ses services est synonyme d'une acceptation du ciblage publicitaire effectué [2]. Si tel est le cas, les méthodes d'Amazon pourraient échapper à une quelconque sanction. L'article 6 du RGPD admet en effet le traitement des données personnelles lorsqu'il « est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie » [3].

Une sanction exemplaire

La décision n'étant pas publiée, il est difficile d'analyser les contre-arguments d'Amazon devant la CNPD. La commission a en revanche souhaité marquer l'affaire au fer rouge en prononçant une amende de 746 Millions d'euros, battant ainsi des records dans l'univers GAFAM.

[1] V. FAGO, 7 juillet 2018, « La Quadrature du Net, les empêchements de tourner en rond du numérique », Le Monde, https://www.lemonde.fr/economie/article/2018/07/07/la-quadrature-du-net-les-empêchements-de-tourner-en-rond-du-numerique_5327568_3234.html

[2] La Quadrature du Net, 30 juillet 2021, « Amende de 746 millions d'euros contre Amazon suite à nos plaintes collectives », <https://www.laquadrature.net/2021/07/30/amende-de-746-millions-deuros-contre-amazon-suite-a-nos-plaintes-collectives/>

[3] CNIL, 23 mai 2018, « Le règlement général sur la protection des données – RGPD », art. 40 <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees>

Les autorités nationales au service de la protection des données

De prime abord, le traitement de la plainte déposée devant la CNIL (autorité française) par l'autorité Luxembourgeoise (CNPD) pourrait apparaître comme surprenant.

Cet effet miroir des procédures s'explique pourtant aisément par le « système du guichet unique » : si la réglementation en matière de protection des données est unifiée au niveau européen par le règlement, les juridictions demeurent nationales. Afin d'éviter tout conflit de compétence, les décisions sont rendues par l'autorité du pays dans lequel l'entreprise a son siège. Les différentes autorités nationales travaillent néanmoins en étroite collaboration afin de garantir une cohérence entre les Etats.



L'Irlande aux côtés des géants : entre intérêts économiques et protection des données personnelles

Les montants particulièrement importants de la condamnation de la CNPD, à la différence de ceux habituellement prononcés par les autorités nationales, propulsent la décision au centre des discussions juridiques et médiatiques. Le rapport d'une ONG [4] quantifie, avec des données très concrètes, les différences de traitement des

plaintes par les autorités nationales et notamment l'autorité Irlandaise. L'Irlande, terre d'accueil de multiples sièges d'entreprises du numérique en Europe, est ainsi compétente pour un certain nombre de plaintes. Pourtant, 98% de ces plaintes ne sont pas encore traitées. L'Irlande est ainsi synonyme de grande protection pour les géants du numérique.

Cette lenteur doit-elle alors être mise en perspective avec les intérêts nationaux de l'Irlande ?

Par ce constat semble ainsi apparaître la faille du système de guichet unique [5]. Les intérêts de l'État dont l'autorité est chef de file peuvent en effet passer devant ceux des consommateurs européens. Un encadrement du délai dans lequel les autorités nationales rendent leurs décisions semblerait peut-être opportun pour prévenir ce phénomène.

[4] J. RYAN, A. TONER, 2021, « Europe's enforcement paralysis », ICCL's 2021 report on the enforcement capacity of data protection authorities, <https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2021/09/Europes-enforcement-paralysis-2021-ICCL-report-on-GDPR-enforcement.pdf>

[5] CNIL, 9 juillet 2018, « Le guichet unique », <https://www.cnil.fr/fr/le-guichet-unique>

EPIC GAMES V. APPLE : LE DÉBUT DES PÉPINS POUR LE MARCHÉ DES TRANSACTIONS DE JEUX MOBILES?

Par Antoine FRADIN, Clara KIZARDJIAN, Marine OLIVEIRA et Baptiste ROCKENSTROCLY
Sous la supervision de Baptiste ROCKENSTROCLY

L'Apple Store est une plateforme qui permet l'achat d'applications produites par des développeurs professionnels ou amateurs pour les utilisateurs de l'IOS [1]. Apple joue donc le rôle d'un intermédiaire. En échange, Apple a décidé de mettre en place une taxe de 30% pour tout type d'achat sur sa plateforme, s'agissant des jeux eux-mêmes, ou bien des achats intégrés directement sur les applications. Cette taxation est minorée à 15% si les revenus de l'application sont inférieurs à 1 millions de dollars par an [2]. Elle représente donc un revenu colossal pour Apple puisqu'en 2020 les applications de l'App Store ont généré 643 milliards de dollars de dépenses [3].

EPIC Games contre Apple

EPIC Games a affronté l'une des plus grosses entreprises du monde, Apple, et ses 2,169 milliards de dollars de chiffre d'affaires. Son jeu phare « Fortnite » est disponible sur PC, console et Smartphone, le rendant éligible à la taxe de 30% de l'App Store. EPIC Games a tenté de la contourner en permettant aux utilisateurs de l'application de réaliser des achats directement sur son site internet.

La réaction du n°1 de l'électronique grand public est immédiate : Fortnite est banni de l'App store pour non-respect des termes de leur contrat [4]. EPIC contre-attaque en sortant, dans l'heure, une vidéo d'animation dénonçant les pratiques d'Apple [5]. L'action en justice devant les tribunaux californiens ne se fait pas

attendre : Epic reproche non seulement à Apple ses commissions jugées excessives, mais exige aussi le retour de son application sur l'Apple Store, et surtout, accuse la Pomme d'abuser de son monopole sur l'IOS. Le débat se recentre alors sur l'identification du marché pertinent. L'entreprise à la Pomme estime que le marché pertinent est celui des jeux vidéo en général alors qu'EPIC l'identifie comme celui des applications de l'App store.

Apple veut prouver qu'elle n'a fait preuve d'aucune pratique anticoncurrentielle et qu'elle est légitime à exploiter comme elle le souhaite son système d'exploitation. En effet, l'IOS est l'écosystème créé par Apple pour utiliser les téléphones ou tablettes produits par la société de Cupertino. Apple refuse qu'un autre « Digital Market » que leur App Store

[1] <https://www.apple.com/fr/app-store/>

[2] <https://www.apple.com/fr/newsroom/2020/11/apple-announces-app-store-small-business-program/>

[3] La Tribune, Apple : les applications sur l'App store ont généré 643 milliards de dollars en 2020, 3 juin 2021, <https://www.latribune.fr/technos-medias/apple-store-les-utilisateurs-ont-depense-643-milliards-de-dollars-sur-des-applications-en-2020-885983.html>

[4] Capital, L'éditeur de fortnite est banni de l'Apple Store, 29 août 2020, <https://www.capital.fr/entreprises-marches/lediteur-de-fortnite-est-banni-de-lapple-store-1379070>

[5] <https://www.youtube.com/watch?v=euiSHuaw6Q4>

puisse être installé donc aucune concurrence n'est possible au sein de l'IOS. Apple se justifie en invoquant la protection de ses utilisateurs pour refuser l'ouverture de son système d'exploitation. Par le contrôle d'Apple, aucun malware ou application frauduleuse ne peut être installé sur un Iphone. La Pomme justifie ainsi son fonctionnement par la nécessité de protéger son App store pour la sécurité et la tranquillité de ses utilisateurs.

Décision de la United State District de Californie

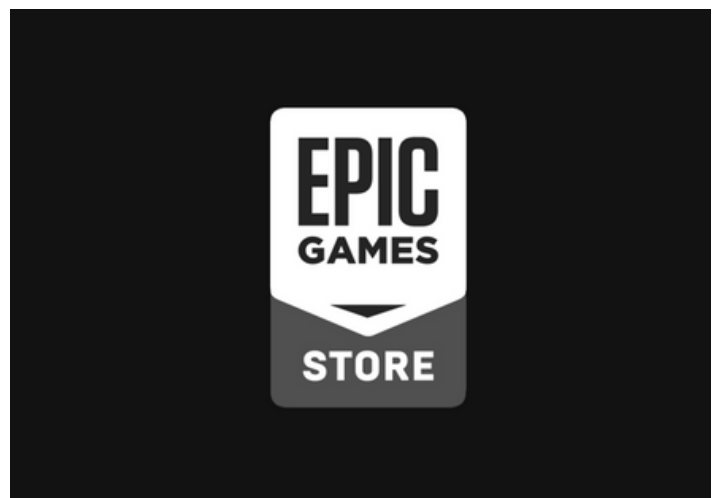
La juge Ivan Gonzalez-Rogers a dû trancher sur la question de la pratique anticoncurrentielle. La Cour choisit in fine une définition du marché pertinent différente de celle des deux parties : celui des transactions de jeux mobiles. La juge rappelle que c'est un marché qui pèse 100 milliards d'euros et qu'il rapporte 70% de tous les revenus de l'App Store.

La United State District Court de Californie du Nord a rendu une décision ambiguë. Il est rappelé qu'Apple détient 55% du marché pertinent identifié. Elle en tire certes une marge très élevée mais la Cour conclut que ce n'est pas une conduite antitrust en soi : « Success is not illegal » rappelle la juge. EPIC, par sa définition du marché pertinent trop

étroite, n'a pas su prouver qu'Apple entravait l'entrée du marché, ni les conséquences de cette entrave. Plus intéressant encore : la Cour déclare expressément que cette action en justice n'était pas vouée à l'échec mais qu'EPIC Games a échoué dans sa démonstration [6].

La District Court estime ainsi qu'Apple ne détenait pas de monopole sur le marché des transactions dans les jeux mobiles et que, par conséquent, la société originaire de la Silicon Valley ne pouvait être condamnée sur le fondement du monopole illégal.

La décision critique également les politiques de fonctionnement d'Apple sur ses plateformes en lui imposant de laisser plus de liberté aux éditeurs. En effet, elle considère que les développeurs d'applications étaient libres de rediriger les consommateurs de l'App Store sur leurs propres sites par le biais de liens, sous réserve de reverser une commission de 30% à Apple.



[6] « The Court does not find that it is impossible; only that Epic Games failed in its burden to demonstrate Apple is an illegal monopolist »

Multiplication des plaintes contre Apple à la suite d'EPIC Games

Depuis que cet arrêt a été rendu, de nombreuses conséquences et actualités connexes doivent être citées. Sans surprise les deux parties ont interjeté appel de la décision, dont Apple dans la semaine du verdict.

Aux niveaux européen et international, plusieurs actualités connexes sont notables.

En Europe, l'Authority for Consumers and Markets des Pays-Bas a considéré que les pratiques d'Apple sur son Apple Store relèvent de l'abus de position dominante [7]. Cette décision fait suite à une plainte déposée par la société Match Group (propriétaire de l'application Tinder, déjà venue au soutien d'EPIC). C'est une décision historique puisque c'est la première autorité de la concurrence à conclure à un abus de position dominante sur l'App store. La Commission Européenne a aussi ouvert une procédure d'abus dominante contre la pomme sur le marché de la musique en ligne [8].

En Australie, un autre procès Epic Games [9] C. Apple est en cours. La Cour fédérale plénière australienne, par la décision du 9 juillet 2021 [10], accepte cependant de traiter le litige sur son sol avec ses lois fédérales sur des griefs similaires à ceux portés devant les tribunaux des États-Unis. Une décision soutenue par la Commission australienne de la Concurrence et de la Consommation (ACCC) [11]. Cet organisme est en guerre contre Apple et Google, considérant que ces géants abusent de leur pouvoir sur la distribution d'applications et nuisent à la concurrence.

A l'encontre de Google, des griefs similaires sont invoqués. Les procureurs généraux de 36 États des USA accusent le groupe de violer les lois antitrust avec sa boutique d'application Android [12]. Cette action conjointe devra déterminer si la firme abuse de sa position dominante sur son magasin d'application. Si Google autorise le Slideload (la possibilité de télécharger des applications en dehors du « Store » officiel, une pratique absente de l'IOS et dénoncée par EPIC Games), elle taxe cependant l'intégralité des transactions sur son store à hauteur de 30%, à l'instar d'Apple [13].

Les institutions de régulation de la concurrence, européennes et américaines, ainsi que plusieurs entreprises à travers le globe (Appfairness [14]) semblent vouloir dénoncer une fois pour toute la mainmise de grands groupes sur leur marché de logiciel pour mobile : le début de sérieux pépins pour Apple.

[7] Challenges, « Concurrence: Apple rappelé à l'ordre aux Pays-Bas, un effet domino en Europe? », 15 octobre 2021 : https://www.challenges.fr/high-tech/concurrence-apple-rappelle-a-lordre-aux-pays-bas-un-effet-domino-en-europe_784914

[8] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_2061

[9] <https://www.epicgames.com/site/en-US/freefortnite-australia>

[10] Media Writes, "Epic Games, Inc v Apple Inc: choice of forum clauses and public policy grounds – Epic Games, Inc v Apple Inc [2021] FCAFC 122", 12 août 2021, <https://mediawrites.law/case-update-epic-games-inc-v-apple-inc-choice-of-forum-clauses-and-public-policy-grounds-epic-games-inc-v-apple-inc-2021-fcafc-122/>

[11] <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-seeks-leave-to-appear-in-epic-v-apple-appeal>

[12] Courrier International, Trente-six États américains portent plainte contre Google pour son Play Store, 08 juillet 2021, <https://www.courrierinternational.com/article/antitrust-trente-six-etats-americains-portent-plainte-contre-google-pour-son-play-store>

[13] Capital, « Google poursuivi dans 36 États américains », 08 juillet 2021, [https://www.capital.fr/entreprises-marches/google-poursuivi-dans-36-etats-americains-1408952#:~:text=\(AOF\)%20%2D%20Les%20procureurs%20g%C3%A9n%C3%A9raux,a%20viol%C3%A9%20les%20lois%20antitrust.](https://www.capital.fr/entreprises-marches/google-poursuivi-dans-36-etats-americains-1408952#:~:text=(AOF)%20%2D%20Les%20procureurs%20g%C3%A9n%C3%A9raux,a%20viol%C3%A9%20les%20lois%20antitrust.)

[14] <https://appfairness.org/members/>

FORCE MAJEURE AND FRUSTRATION IN THE SCOPE OF THE COVID-19 PANDEMIC AS A CONTRACT LAW AND BUSINESS ISSUE

By Zoé ALLAIT - Academic work for a LLM

COVID-19 has sent shockwaves throughout the business world. For some businesses the impact has been severe and they will find it difficult or impossible to perform contracts entered into before the onset of the pandemic [1]. In this context, there would be a risk of having non-performing parties who will try to use contractual force majeure provisions or the common law rules on frustration to avoid being liable for breach of contract.

When parties wish to avoid contractual liability for a breach of contract by invoking force majeure and/or frustration, they must initially check whether or not there is a force majeure clause in the contract. If a force majeure clause is included in a contract, it is very likely to affect argument about frustration [2].

In a lot of countries that have a Civil Code, when a force majeure event occurs as a supervening circumstance, whilst the parties are legally bound by a contract, the law recognises that one of them is simply unable to fulfil their obligations [3]. However, in the UK, there is no Civil Code. Although there is much legislation, many areas of the law remain based on a case law system, based on precedents. The UK courts have previously decided that a force majeure event can be, for example, an earthquake or other natural disaster, terrorism, chemical or biological contamination or an unanticipated embargo.

Force majeure clauses are an agreement between contracting parties that their contract may be varied or suspended in specified exceptional circumstances. The scope and effect of a force majeure provision will depend on the words used, as interpreted in the context of the contract as a whole and the admissible factual background. This means that disputes are likely to turn on the drafting of the relevant provision and the specific facts of each case [4]. Frustration is also a contractual way to avoid liability for a breach of contract. In the absence of an applicable force majeure clause, a non-performing party may seek to rely on the common law concept of frustration. For example, in the context of the current pandemic, a party can argue that the spread of Covid-19 is a “supervening event”, which has brought the contract to an end and released both parties from further performance of it [5].

[1] Neil Williamson, EM Law, COVID-19 Force Majeure and Frustration, 29 March 2020.

[2] Peter de Verneuil Smith QC, Adam Kramer QC and William Day, 3 Verulam Buildings, COVID-19: force majeure, frustration and illegality in English law: a detailed guide, 2021.

[3] The Hybiz Podcast by Hybrid Legal, Force Majeure and Frustrated Contracts, 12 May 2020 (on Spotify).

[4] Macfarlanes, Force majeure and frustration in the context of Covid-19, 23 March 2020.

[5] Ibid.

Thus, non-performing parties may try to use these contractual mechanisms in the context of the coronavirus crisis to avoid liability for breaching their contract. Covid-19 has indeed caused a crisis. It appeared in early 2020, leading to lockdowns in several countries and hurting economic growth. Business law – through the common law of contract – has had to adapt to this public health crisis.

Consequently, it is necessary to understand if the Covid-19 pandemic could be a justification to invoke contractual force majeure provisions or/and the common law rules on frustration in order to avoid liability for breaching a contract.

Force Majeure clauses:

First, before examining the potential use of force majeure clauses in the context of Covid-19, we should examine the principles of this contractual mechanism.

As mentioned above, it is necessary to check first whether there is a force majeure clause.

It is worth noting, though, that the clause does not have to be named “force majeure” in the contract.

A force majeure clause typically **excuses one or both parties** from **performance of the contract**. It will apply when an **extraordinary event beyond their control** prevents a party or parties from fulfilling their obligations. The most important condition is to show that the parties’ non-performance, or late performance, was **truly outside their control and could not have been prevented or mitigated** [6].

That party will not be liable for its failure to perform the obligations, in accordance with the clause [7].

Regarding the Covid-19 crisis:

A list of specific events

The force majeure clause may relate to a specific event such as war, terrorism, or an epidemic.

Thus, a force majeure clause could indeed include the Covid-19 pandemic as a force majeure event. It is necessary to know whether there is an express reference in the clause to **epidemics or pandemics (or similar)** or if the **pandemic is caught by more general language** in the force majeure clause. Where the term “epidemic”, or “pandemic” has been used, that will clearly cover Covid-19 [8].

If there is no mention of “pandemic” or “epidemic”, the focus will turn to the nature of the list of force majeure events and the precise wording of the clause. If there is no wording suggesting the non-exhaustive nature of the list, it would be difficult to argue that the parties agreed to cover an event that was not specifically included in the contractual provisions.

Broad criteria

Parties can use a force majeure clause in the context of Covid-19 if the purpose of the clause fits with the effects of the coronavirus crisis. For example, if the clause provides that it can be triggered when the performance is “*physically or legally impossible*” because of a force majeure event, the Covid-19 crisis could be a contractually justifiable source of non-performance. Another example can be used: contractual provisions can refer to events or circumstances “*beyond the parties' reasonable control*”. There

[6] Pinsent Mason, Will Covid-19 trigger a force majeure clause?, 26 March 2020.

[7] Thomson Reuters, Practical Law, Glossary – Force majeure.

[8] Pinsent Mason, Will Covid-19 trigger a force majeure clause?, 26 March 2020.

must be an interpretation of facts to determine whether the Covid-19 crisis comes within this definition or not.

If the consequence of the pandemic is merely to increase the performance cost, this is unlikely to be considered by the court as being sufficient.

The impossible triggering of the clause

The Covid-19 pandemic cannot always justify a force majeure clause being triggered. For example, the provision cannot be triggered if the non-performance of a party in the context of Covid-19 could have been avoided by reasonable means. In addition, if Covid-19 is not the only event that led to the failure to perform, the clause cannot be triggered.

There are some cases that highlight how it can be difficult to trigger a force majeure clause in the context of Covid-19. In *Fibula Air Travel SRL v Just-US Air SRL* [2020] EWHC 3048, in making an application for an injunction, the claimant contended that a wet lease for the charter of an aircraft for commercial flights had terminated by force majeure on 17 March 2020. The court ultimately did not accept the arguments by Fibula that a force majeure situation occurred on the 17 March 2020 for two reasons: 1. at that point, there were no suspensions in flights between Romania and Turkey and 2. the force majeure clause specifically required the situation to continue for a period of ten days or longer [9].

While the pandemic had already struck by 17 March 2020, commercial flights were not suspended between the two countries until some weeks later. This underlines the importance of identifying precisely what is said to impact contractual performance. On normal force majeure wording, you cannot simply rely on the fact of the pandemic itself: you have to pinpoint the relevant consequences of the pandemic upon performance [10].



In France, for example, the commercial court of Paris gave the first decision on business interruption in the context of the pandemic on 12 May 2020. It qualified as fanciful the insurer's allegation that "it does not rely on any legal provision of public order mentioning the uninsurable nature of a consequence of a pandemic" and deduced that it was "up to AXA to exclude this risk by agreement". However, this risk was not excluded from the contract signed between the parties [11]. Thus, it can be very difficult to prove the efficiency of a force majeure clause in this context. Parties have to be careful in their use of force majeure clauses because they are construed restrictively and can often be limited.

[9] Tony Payne, DLA Piper, Case Law Update: COVID-19, Force Majeure, and Aircraft Leases, 27 November 2020.

[10] P. de Verneuil Smith QC, A. Kramer QC and W. Day, 3 Verulam Buildings, COVID-19: force majeure, frustration and illegality in English law: a detailed guide, 2021.

[11] Rodolphe Bigot, Le caractère inassurable du risque pandémique : une « allégation fantaisiste » d'AXA – Dalloz Actualité, 28 May 2020.

It is thus necessary to have a well-drafted clause to identify the nature and consequences of a force majeure event.

If the force majeure is proved, there are consequences.

If a force majeure clause is triggered effectively, the non-performing party cannot be liable for its non-performance until the force majeure event ceases to apply. Moreover, the contract will be suspended or terminated if the clause provides it. In addition, parties could be obliged by a clause to find a solution to this non-performing problem [12].

Consequently, it is essential to provide a force majeure clause to protect parties from certain types of events. Thus, if parties wish to trigger a force majeure clause, they have to prove the following criteria:

- the force majeure event was the cause of the inability to perform or delayed performance;
- their non-performance was due to circumstances beyond their control; and
- there were no reasonable steps that they could have taken to avoid or mitigate the event or its consequences.

Frustration:

There is however a potential “plan B” if the parties did not insert a force majeure clause in the contract. It is called a frustrated contract (frustration of the possibility to continue the contract). This is a legal principle. There is not a statute about it. It only applies to contracts that become impossible to perform due to a change in the circumstances relating to



performance of the contract. It is not easy to prove. The Court will check the contract and the circumstances carefully to avoid terminating it too fast.

First, it is necessary to consider the conditions in which a party may seek to rely on frustration.

Frustration can only apply to events that occur after the contract has been entered into. In general, it only applies when an unforeseen event makes the performance of the contract impossible; illegal; or something radically different from that originally envisioned by the parties [13]. This last frustrating criterion is difficult to prove because the word “radically” means that it is not enough that a contract becomes more expensive or onerous, as with the test for “prevention” of performance under force majeure clauses. It will thus be important to identify precisely if the pandemic’s effects have played a role in the non-performance of the parties, and, if so, to what extent. In addition, showing that an epidemic or a pandemic is unforeseeable can also be difficult because there were warnings that such an event was likely to occur. Lockdowns, however, could be considered as unforeseeable [14].

Second, when frustration occurs, the contract comes to an end automatically, without the need to notify the other party. It is an efficient way to terminate the contract. However, the consequence can be commercially undesirable because termination happens regardless of the wishes of the parties.

[12] Macfarlanes, Force majeure and frustration in the context of Covid-19, 23 March 2020.

[13] Norton Rose Fullbright, Force majeure/hardship clauses and frustration in English law contracts amid COVID-19, March 2020.

[14] Pinsent Mason, Will Covid-19 trigger a force majeure clause?, 26 March 2020.



In addition, the termination of the contract may lead to the parties having to put themselves back in the position they were in before the contract was entered into. This may include reimbursement for performances already undertaken).

Thus, the doctrine of frustration may enable either party to be excused for non-performing the contract in the absence of a force majeure clause.

In conclusion, a carefully worded Force Majeure clause is an efficient way to be protected from liability for breaching the contract due to non-performance. However, even if there is no such clause, the legal principle of frustration may enable a non-performing party to avoid liability too. It is important to note that it is clearly preferable for parties to stipulate Force Majeure clauses. Such clauses provide greater certainty. It is suggested that lawyers will seek to reinforce this certainty by making specific references to a "pandemic" in the future, in the light of the Covid-19 crisis.

THE SUBMARINE AFFAIR: ON WHAT BASIS MAY FRANCE CLAIM BREACH OF CONTRACT?

By Selima AMMAR, Carla BERNARD, Carla FARAVELLON & Lara YILMAZ

Under the supervision of Coline DIODONNAT and Alison SERRIERE

In 2016, France and Australia signed a contract relating to the sale of twelve French submarines. The price Australia was to pay France for the submarines was eight billion euros to Australia, making it a huge deal, especially for France.

However, France has now been ousted by her ally: The United States. To be clear, with this new deal between Australia and the USA, Australia is supposed to have access to nuclear-powered submarines. They can sail further, longer and are more discreet. However, this new deal causes a problem because nations that have access to the nuclear force are not allowed to sell this technology to other countries such as Australia who should not acquire this technology from a nuclear power.

France is outraged by the loss of the multi-billion dollar mega-contract for the sale of submarines to Australia.

But while Paris cries out “betrayal”, many analysts believe that Canberra’s decision is, above all, linked to the evolution of the Chinese threat, as well as to France’s position with Beijing, perceived as too ambiguous on the British/US side.

The aim of this article is to look at this crisis, not from the usual diplomatic angle, but to question the potential legal claims France could bring against Australia.

France claims an abusive breach of negotiations and a breach of contract but also raises the principle of exclusivity according to the nuclear power. On the other hand, Australia has already explained that there was not a closed deal but, on the contrary, they had expressed serious reservations relating to the sale.

An abusive termination

According to Jean-Yves Le Drian, France’s foreign minister, Australia’s decision to tear up the submarine deal was a “a stab in the back (...) We had established a relationship of trust with Australia, this trust has been betrayed...”. [1] He also announced that Paris was not going to let Canberra get away with cancelling the contract: “We’re going to need clarifications. We have contracts. The Australians need to tell us how they’re getting out of it. We’re going to need an explanation. We have an intergovernmental deal with precise commitments, with clauses, how are they getting out of it? They’re going to have to tell

[1] France accuses Australia of “breach of trust” after “stab in the back” on submarines - Source: Xinhua

us. So this is not the end of the story". [2] Furthermore, according to the Australian press, the termination of the contract is expected to cost Canberra several hundred million dollars in compensation.

However, South Australian Senator Rex Patrick has declared "There will be an exit fee, but the cost of doing that is substantially less than continuing in my view." [4]

Back in 2017, the Australian government revealed the terms of one of the contracts under which either France or Australia could pull out unilaterally. It is the case "*where a Party's ability to implement the Agreement is fundamentally impacted by exceptional events, circumstances or matters*". Hence, the question raised now is whether or not cost overruns and delays could be legitimately regarded as "exceptional events".

The exclusivity of nuclear power

This new defence partnership between Australia, the United States of America and the UK has significant advantages in terms of defence for Australia.

Originally, Australia had sought conventional diesel-powered French submarines. Such submarines must rise to the surface every few days to recharge their batteries. This issue has plagued Australia's defence strategy for a long time.

In contrast to French submarines, American and British submarines are able to stay longer in deep water and are, consequently, more efficient. However, these submarines are composed of a huge quantity of uranium (enriched to a level of 93%). This is also the same level of uranium concentration needed for a powerful nuclear weapon. Indeed, Alan Kuperman, professor at the University of Texas said, « US Navy reactors currently use the equivalent in HEU of 100 nuclear bombs, more than all the nuclear power plants in the world combined ». Therefore, these submarines could allow Australia to have access to nuclear energy.

If Australia obtains nuclear energy, this would have significant consequences for international relations. Indeed, only six countries (The United States of America, the UK, France, China, India and Russia) have nuclear-powered submarines. This change could have negative impacts in the world.

Some authors have said that there could be a snowball effect and that this deal will encourage countries such as Argentina, Brazil, Canada, Saudi Arabia and South Korea, that do not have nuclear weapons, to buy nuclear submarines. A scientist from the USA, Hans Krtiensen, said that « Russia could potentially increase supply of such technology to India, China could potentially provide naval reactor technology to Pakistan or others, and Brazil might see an easier way forward on its troubled domestic submarine reactor project ». [4]

[2] 'Stab in the back': France slams Australia, US over move to ditch €50B submarine deal – Source Politico

[3] Why Australia wanted out of its French submarine deal – source Politico

[4] We felt fooled': France still furious after Australia scraps \$90bn submarine deal | Aukus | The Guardian

Australian defence: “deep and serious reservations” [5]

Faced with all these accusations, Australia has adopted a relatively simple defence by emphasizing the fact that it has always expressed many reservations concerning the conclusion of this deal.

On the 19th September 2021, the Australian Prime Minister, Scott Morrison, announced that the French government already knew about their “*deep and serious reservations*” referring to the sale. Indeed, he claimed that those reservations had been made known to France even before the breach of contract [6]. Even though France didn’t want to believe it, these reservations were about the submarine’s capacities: they did not comply with Australia’s characteristics, nor to their strategic interest. According to the Prime Minister, it would have been negligent and irresponsible to acquire French submarines while he knew that this purchase would be a “*violation of national interest*”.



Thus, Australia considers that it has been totally honest and open towards France. On the other hand, France argues that she was not aware at all of Australia’s concerns.

To conclude, the breach of this deal has had very broad consequences affecting diplomatic and commercial relations between France and its known allies, the United Kingdom, USA and Australia. However, the French alleged legal claims, while interesting and superficially relevant, do not appear to be very effective. We could therefore reproach France for having taken its partners for granted. More careful legal planning was required!

[5] “Experts react: The US, UK, and Australia struck a nuclear submarine deal. What does it mean?” By Atlantic Council

[6] Australia had ‘deep and grave’ concerns about French submarines’ capabilities, PM says - CNN

TENSIONS CROISSANTES ENTRE L'UE ET LA POLOGNE: UN POLEXIT À CRAINDRE ?

Par Marie BUZOLICH, Orlane GAUTHÉ, Elise LE DOUAIRON, Salomé PASQUET, Pauline SASSARD et Baptiste ROCKENSTROCLY
Sous la supervision de Mathilde ROSSI



Depuis l'arrivée au pouvoir du parti conservateur nationaliste Droit et justice (PiS) en 2015, les relations entre la Pologne et l'Union européenne (UE) se sont montrées particulièrement tendues. Ces divergences concernent notamment les réformes judiciaires introduites par le gouvernement Polonais qui pourraient, selon l'UE, nuire à l'indépendance de la justice et à l'Etat de droit.

La bataille entre Varsovie et Bruxelles s'est intensifiée cet été après que le premier ministre Mateusz Morawiecki ait demandé à la Cour constitutionnelle d'étudier la compatibilité des traités européens avec la Constitution polonaise.

La Cour constitutionnelle a reporté à quatre reprises sa délibération sur la prévalence, ou non, du droit communautaire sur le droit polonais. Elle s'est finalement prononcée le 7 octobre dernier et refuse de reconnaître la primauté du droit européen. Selon les juges polonais, certains articles des traités européens seraient incompatibles avec la Constitution nationale polonaise et porteraient atteinte à la souveraineté de l'Etat. Craignant une possible sortie de l'UE que l'on surnomme déjà « POLEXIT », des dizaines de milliers de Polonais se sont rassemblés ce 10 octobre 2021 pour soutenir l'appartenance de la Pologne à l'UE et s'opposer à la position adoptée par la Cour constitutionnelle

Les tensions montantes entre l'UE et la Pologne

La décision rendue par le Conseil Constitutionnel Polonais n'est en réalité que le dernier acte d'une longue guerre froide.

Les tensions apparaissent au mois de mars 2014, alors que l'UE propose son nouveau plan de renforcement de l'Etat de droit [1] en augmentant la portée de l'article 2 du TUE [2]. Ce dernier est appliqué à la Pologne en 2016 [3]. La Commission attire l'attention du Conseil Constitutionnel polonais sur les modalités douteuses de nomination des juges, l'absence de publication des décisions au Journal officiel ainsi que le fonctionnement et l'effectivité du contrôle réalisé.

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe durcit sa position en 2020 avec la publication de son rapport sur le fonctionnement des institutions démocratiques polonaises [4], constatant clairement une atteinte à « l'indépendance de la magistrature et à l'Etat de droit en Pologne ». Le 29 avril 2020, la Commission déclenche la quatrième procédure d'infraction contre la Pologne sur l'atteinte à l'indépendance des juges polonais. En cela, rien d'étonnant : le principe de primauté du droit européen est affirmé depuis l'arrêt Costa contre E.N.E.L de 1964.

Cela n'a pas empêché la Pologne de saisir sa propre cour constitutionnelle pour demander la conformité du droit Européen et d'une décision de la CJUE à son droit interne.

Face à cet affront politique, que peut faire l'Union Européenne?

Deux solutions sont pleinement envisageables : elle pourrait d'abord décider de retenir les 36 milliards d'euros attendus par la Pologne au titre du plan de relance anti-covid. Si c'est un moyen de négociation efficace, son non-versement effectif affecterait davantage la population civile que les institutions affectant l'Etat de Droit [5]. La deuxième solution est l'utilisation de l'article 7 du TUE, une procédure administrative dite "nucléaire".

Article 7, Etat de droit et « POLEXIT »

L'article 7 du Traité sur l'Union européenne (TUE) [6] est bien au cœur des tensions entre l'Union Européenne et la Pologne. Cette « arme » européenne, jugée comme la plus puissante, possède deux facettes : l'une préventive, l'autre répressive. L'article 7 a été déclenché pour le cas de la Pologne dans le but de protéger l'Etat de droit.

Le premier paragraphe, volet « préventif », permet de constater l'existence d'un « risque clair de violation grave par un État membre » de l'État de droit. En Pologne, l'indépendance de la magistrature et l'État de droit ont été les instruments du contrôle politique et ont été de ce fait malmenés au gré des réformes du système judiciaire polonais. La procédure préventive de l'article 7 a donc été déclenchée après un dialogue juridique infructueux et la non mise en œuvre des recommandations de la Commission pour pallier cette violation des principes mêmes de la démocratie.

[1] Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit, 11 mars 2014 :

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0011.01/DOC_1&format=PDF

[2] Article 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

[3] État de droit en Pologne: la Commission lance un dialogue », Réunion Hebdomadaire, Commission Européenne, 13 janvier 2016, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/WM_16_2030

[4] « Le fonctionnement des institutions démocratiques en Pologne », Résolution 2316 (2020), APCE, 28 janvier 2020

[5] Les Echos, Etat de droit : le premier ministre polonais droit dans ses bottes, 25 octobre 2021 :

<https://www.lesechos.fr/monde/europe/etat-de-droit-le-premier-ministre-polonais-droit-dans-ses-bottes-1358181>

[6] Retrouver l'article 7 TUE : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT>

Le deuxième paragraphe, volet « répressif », peut être déclenché sur vote à l'unanimité si « l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2 » est avérée. Force est de constater que la force préventive de l'article 7 n'a pas impacté efficacement la réalité politique de la Pologne. En effet, le ministre de la Justice est toujours également le Procureur général, loin du souhait européen de renforcer l'autonomie et l'indépendance des ministères publics. De plus, la Cour suprême ayant créé un « effet dissuasif » pour les juges, le régime disciplinaire de ces derniers n'apparaît pas compatible avec le droit de l'Union européenne [7]. Ont été constatés non seulement une augmentation significative de la corruption, mais également la multiplication des entraves lors de certaines enquêtes utilisant la contrainte juridique dans l'optique d'accéder à des données financières. A travers ces exemples tirés de la Communication de la Commission de juillet 2021 à propos de l'État de droit dans l'Union européenne, la situation de l'État de droit polonais continue à inquiéter.

Portée des manifestations sur les scènes nationales et internationales

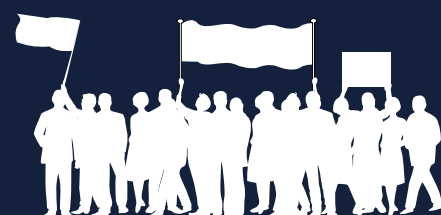
Sans surprise, les manifestations liées à la décision de la Haute Cour polonaise génèrent des avis tranchés au sein du pays. Les pro-UE en faveur de la primauté du droit européen dénoncent la décision de la Cour et s'opposent à la vision davantage conservatrice et nationaliste de leurs concitoyens, prônant quant à eux la souveraineté nationale.

Cette décision à l'origine des manifestations est globalement contestée sur le plan international, ou du moins européen. Certains états-membres comme la France ou l'Allemagne pointent du doigt la fragilisation du modèle européen que pourraient entraîner des décisions contestant sa primauté. C'est en effet ce pouvoir souverain d'édicter des règles juridiques qui est au cœur du marché commun : en remettant en cause ce pouvoir, l'UE perdrait toute crédibilité tant vis-à-vis des autres états membres qui pourraient y voir une plus grande permissivité de la part de la Cour européenne que vis-à-vis des autres organisations internationales. La présidente de la Commission européenne, Ursula Von der Leyen, s'est prononcée à ce sujet lors de son discours au Parlement européen du 19 octobre 2021, déclarant

ne pas vouloir laisser « nos valeurs communes être mises en danger ».

Les manifestations polonaises pro Europe ont par ailleurs suscité de vives réactions en France, exacerbées par l'approche des élections présidentielles. Certains politiciens tels M. Beaune, secrétaire d'Etat français aux affaires européennes, critiquent la position nationaliste embrassée par Varsovie en jugeant celle-ci « gravissime » vis-à-vis des principes de l'Union et de l'Etat de droit en particulier. D'autres, aux antipodes de M. Beaune, tels Marien Le Pen ou Eric Zemmour, défendent cette position en ce qu'elle permettrait l'affirmation de la primauté du droit constitutionnel interne sur la législation européenne. Ils arguent d'une souveraineté nationale méprisée par le droit de l'UE, souveraineté que ces nationalistes souhaitent retrouver.

[7] arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 2021, Commission/Pologne, C-791/19, ECLI :EU :C :2021 :596



La menace d'un POLEXIT... à relativiser

Au lendemain d'un BREXIT vivement critiqué, la décision du Conseil et les manifestations qui s'en suivent font écho au scénario qui s'est déroulé au Royaume-Uni il y a peu. Les journalistes comme les politiciens évoquent un « POLEXIT juridique et législatif » : juridique, la décision provenant de l'institution judiciaire polonaise la plus influente - la Cour Constitutionnelle - et politique, en ce que l'arrivée au pouvoir du parti PiS est l'élément déclencheur de décisions antérieures qui mettaient déjà en joue la primauté du droit européen. Les hauts fonctionnaires polonais affichent depuis plusieurs années leur volonté de se détacher « politiquement et sur certains points » du droit européen par la mise en place de « mesures drastiques ».



En somme, même si les Polonais ne souhaitent pas aller jusqu'à la sortie de l'UE, la remise en cause des fondements de l'Union pourrait finir par les y pousser. Un éventuel POLEXIT est toutefois à relativiser. La Pologne est consciente de l'aide financière considérable apportée par l'Union. Le parti politique en vigueur (PiS) a même affirmé qu'il y avait « une perspective d'avenir dans l'UE [8] », bien qu'il souhaite retrouver une certaine liberté politique et juridique sur certains sujets cruciaux jugés trop

internes pour être définis par le droit européen. Enfin, les sondages des citoyens polonais vis-à-vis d'un éventuel POLEXIT montrent clairement que, même en cas de reproduction du BREXIT avec une sortie laissée à l'appréciation des citoyens, il n'y aurait pas les mêmes effets. En effet, à minima 80% des Polonais souhaitent rester dans l'UE, ce qui ne laisse que peu de chance à l'éventualité d'un POLEXIT.

[8] Président du PiS, Jarosław Kaczyński dans une interview le 17 octobre 2021



É
V
É
N
E
M
E
N
T
S

SEPTEMBRE /
OCTOBRE 2021



LES NOUVEAUX DÉFIS DE L'ENTREPRISE

Séminaire de rentrée du
DJCE



Pour accueillir sa 46ème promotion, les étudiants du DJCE de Lyon ont eu le plaisir d'organiser leur premier séminaire de rentrée, sur le thème des nouveaux défis de l'entreprise. Étudiants, avocats, professionnels du droit et de l'entreprise se sont ainsi réunis pendant deux jours sur le campus des quais de l'Université à l'occasion de cet événement inédit. Les participants ont appris, échangé et débattu sur des thèmes décisifs du monde du travail actuel, tels que la digitalisation ou encore la responsabilité sociale des entreprises. Ces deux journées furent également l'occasion de partager des moments conviviaux autour d'un petit déjeuner et de buffets. Retour sur une rentrée haute en couleurs.

MERCREDI : Les défis des LegalTech et de la transformation digitale

La première journée du séminaire s'est concentrée sur le thème des nouveaux challenges de l'entreprise à l'ère du numérique. Les étudiants ont été accueillis par plusieurs personnalités majeures du monde du droit lyonnais, dont Monsieur le Professeur Hervé de GAUDEMAR, Doyen de la Faculté de Droit, et Maître Serges DEYGAS, Bâtonnier et avocat au barreau de Lyon.

Leurs propos introductifs ont ouvert le bal des tables rondes.

La première s'est intéressée aux nouveaux enjeux des LegalTech. L'intervention a été animée par deux spécialistes de la question : Maître Aurélie DANTKIZAN-FRACHON, avocate associée au sein du cabinet LAMY LEXEL, était accompagnée par le cofondateur de LEGAL PILOT, Maître Pierre-Michel MOTTEAU. Les étudiants ont été sensibilisés aux impacts des nouvelles technologies sur le monde du droit et, plus précisément, à la révolution provoquée par les LegalTech dans leur pratique future. Les LegalTech, comme il le fut souligné, sont une innovation à la portée complexe, source d'accompagnement pour les professionnels du droit mais aussi de disruption dans un système en pleine révolution.

Cette première rencontre a été enrichie pendant l'après midi par une seconde table ronde sur un sujet complémentaire : l'adaptation de l'entreprise aux conséquences de la transformation digitale. Le débat a permis de mettre en exergue l'effet paradoxal de la digitalisation de l'économie, qui prépare une place croissante à la technologie et l'intelligence artificielle tout en requérant des travailleurs une exploitation accrue de leurs compétences « humaines » : empathie, créativité, adaptabilité....

Maître Olivier MOUSSA (SHIFT AVOCATS) et Maître Géraldine SAROLD (METALAW) nous ont fait l'honneur de nous rejoindre pour ce sujet.

JEUDI : les nouvelles responsabilités des entreprises. Les défis de la RSE et de la compliance

POST ÉVÈNEMENTS

Les participants se sont retrouvés le second jour du séminaire pour aborder un nouveau thème tout aussi actuel : l'accommodation de l'entreprise face à la crise environnementale et aux enjeux sociaux modernes. La première table ronde, axée sur le thème de la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE), a été menée par trois intervenants aux expériences complémentaires : Monsieur Nicolas MOHR, directeur général de la médiation des entreprises au Ministère de l'économie, Madame Bérengère BOUVIER, directrice générale Auvergne Rhône Alpes chez BOUYGUES IMMOBILIER ainsi que Maître Gilles SABART, avocat au sein du cabinet LEGAL ENVIRONNEMENT, ont illustré le rôle majeur joué par la RSE dans leur pratique professionnelle.

La RSE, qui constitue aujourd'hui un indicateur clé de la gouvernance et du financement des entreprises, représente également un enjeu essentiel pour le juriste de demain, amené à s'intéresser tant aux problématiques de protection de l'image de l'entreprise que de la responsabilité du dirigeant en cas de manquement aux engagements sociaux contractés par la société.



L'activité des entreprises, dans une économie mondialisée engageant de plus en plus de parties prenantes, nécessite plus que jamais l'anticipation des risques et la prise en compte des enjeux sociétaux à toutes les échelles de production. La compliance, ou conformité, thème choisi pour notre dernière table-ronde, requiert l'implication assidue des membres décisionnels de l'entreprise, passant tant par une expertise juridique que par un audit des risques. Nous avons eu le plaisir de recueillir sur ces questions le regard croisé de Monsieur Jean Christophe RODA, professeur des Universités et directeur du Centre de Droit de l'Entreprise de l'Université Jean Moulin, et de Monsieur Cyrille VIOLOT, directeur juridique conformité chez HERMÈS INTERNATIONAL.

La richesse des interventions et l'actualité des thématiques évoquées ont permis aux étudiants du DJCE d'approfondir des questions décisives pour leur pratique professionnelle et de débiter l'année universitaire par des rencontres stimulantes. Nous remercions chaleureusement l'ensemble des participants, et particulièrement les intervenants qui ont pris de leur temps pour se joindre à nous. Rendez-vous en septembre 2022 pour la prochaine édition du séminaire !



Découvrez la vidéo de
présentation du séminaire:

https://fb.watch/8_xhLXThUo/



RUN IN LYON • 3 octobre 2021

Le pôle RSE s'est surpassé lors de la course du Run in Lyon en courant sous les couleurs du CSE. Les étudiants ont couru le 10km et le semi-marathon en dédiant leur effort sportif au collectif de solidarité étudiante qui vise aider les étudiants en précarité.

Le DJCE de Lyon est à Paris ! • 5-9 octobre 2021

Toute la promotion du DJCE de Lyon s'est rendue à Paris du 5 au 9 octobre dernier. Nous avons eu l'occasion de rendre visite à différents acteurs du monde du droit. Parmi eux, les cabinets d'avocats **VEY et Associés**, **Freshfields Bruckhaus Deringer** et **Goodwin**. Nous avons également été reçus par le **médiateur des entreprises** et **l'Autorité de la Concurrence (ADLC)**. Ce séjour à aussi été l'occasion de participer à l'événement Bpifrance **Inno Generation** (BIG) organisé par la Banque Public d'Investissement (BPI). Enfin, nous avons rencontré **PREDICTICE**, start-up de la legaltech française.

Outre son objectif professionnel, ce séjour fut également l'occasion de renforcer plus encore les liens au sein de notre promotion, de retrouver les alumnis logeant à Paris et de rencontrer la promotion des DJCE de l'Université Panthéon-Assas Paris II.

Nous remercions grandement tous les professionnels nous ayant reçus, pour le temps qu'ils nous ont accordé, la richesse de tous nos échanges et pour leur accueil chaleureux.





NOS PARTENAIRES

Les promotions M1 et M2 du DJCE ont, comme d'habitude, pris un grand plaisir à venir rencontrer leurs partenaires. Ce début d'année a été marqué par la visite des cabinets FIDAL et DELSOL, mais également et pour la première fois, par la visite de l'étude ACTALION NOTAIRES.

Ces rencontres sont l'occasion pour les étudiants d'échanger avec les professionnels sur leur pratique du droit et leur parcours, et de découvrir les infrastructures et fonctionnement de chaque cabinet / étude.

Nous remercions encore vivement nos partenaires pour leur accueil !

L'association du DJCE de Lyon a enfin eu l'immense plaisir de signer quatre nouveaux partenariats en cette rentrée 2021 : les cabinets Ydès Avocats et Bignon Lebray Avocats, ainsi que la société de production de films publicitaires Josephine Production, dirigée par Mme Gaëlle CRETINON. Nous sommes enfin très heureux de vous annoncer notre premier partenariat RSE avec l'association « Droit Comme Un H ! », qui facilite l'insertion des étudiants en situation de handicap dans la profession d'avocat d'affaires et de juriste d'entreprise.

Nous les remercions également pour leur confiance et leur soutien !

