



## **Chaque mois, avec le Cabinet Racine, l'essentiel du droit des affaires**

Les Brèves d'actualités vous informent mensuellement des principales évolutions du droit intervenues dans les différents secteurs du droit des affaires correspondant aux départements du Cabinet Racine. Chaque information est identifiable par un intitulé suivi d'un résumé, la source étant quant à elle accessible en texte intégral par un simple clic. Vous pouvez vous y abonner gratuitement.

Les Brèves en lignes recensent l'intégralité des décisions de justice parues dans les Brèves d'actualités, suivant une présentation simplifiée (« un arrêt, une ligne ») dans le cadre d'une arborescence dédiée avec lien vers le texte intégral. Plus de 3 700 décisions y sont référencées à ce jour. Cette base de données est accessible gratuitement sur Internet <http://www.lesbrevesenlignes.fr/>

## SOMMAIRE

### DROIT DES OBLIGATIONS

4

1. Couverture de la nullité d'un contrat dépourvu de la signature électronique qui conditionne sa validité
2. Absence de nullité pour une erreur sur la constitution physique du bien vendu mais dont le caractère déterminant n'est pas démontré par l'acquéreur
3. Imprescriptibilité de l'action en régularisation forcée d'une cession à titre gratuit contenue dans un acte portant stipulation pour autrui
4. Date du transfert de propriété résultant d'une stipulation pour autrui faite à profit d'une personne future
5. Incidence de la fraude sur le point de départ de la prescription de l'action paulienne visant une cession de droits sociaux déposée au RCS
6. Cession de créance : l'endossement de la copie exécutoire à ordre d'un acte authentique constatant une créance doit être notifié par le notaire signataire, à peine d'inopposabilité
7. Celui qui est chargé de la maintenance d'une porte automatique d'accès à un parking est tenu d'une obligation de résultat s'agissant de la sécurité de l'appareil

### FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

6

8. Fusion : responsabilité pénale de l'absorbante du fait de l'absorbée en cas de fusion entrant dans le champ de la Dir. 2017/1132
9. Fusion : la procédure collective de l'absorbante n'empêche pas le créancier de l'absorbée bénéficiaire d'une décision d'inopposabilité d'agir sur le patrimoine de l'absorbée
10. Fusion : régime de la saisie-attribution pratiquée sur les comptes dévolus à l'absorbante par le créancier de l'absorbée bénéficiaire d'une décision d'inopposabilité
11. Fusion : l'assurance de responsabilité de l'absorbante souscrite avant la fusion n'a pas, en principe, vocation à couvrir la dette de responsabilité de l'absorbée
12. Cession de droits sociaux : point de départ de la prescription de l'action paulienne (
13. Enquêtes de l'AMF : seuls sont saisissables les documents et supports d'information qui appartiennent ou sont à la disposition de l'occupant des lieux

### BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

8

14. Cautionnement : la nullité du cautionnement dont la mention manuscrite n'est pas conforme à celle prévue par la loi n'est pas contraire au droit au respect des biens garanti par la CESDH
15. Cautionnement : en l'absence de disproportion manifeste initiale, le créancier n'a pas à prouver que le patrimoine de la caution appelée lui permet de faire face à son obligation
16. Cautionnement : objet de la preuve à rapporter par la caution qui invoque un manquement de la banque à son obligation de mise en garde envers elle
17. Prestataire de service de paiement : présomption conventionnelle d'acceptation concernant la modification du contrat-cadre conclu avec l'utilisateur
18. Application de la DSP 2 au paiement sans contact
19. Éligibilité de la cession de droits et actions nés de dommages consentie à l'assureur de marchandises par son assuré
20. Recevabilité de l'action en garantie introduite par un assureur dommage-ouvrages subrogé dans les droits du maître de l'ouvrage avant que le juge ne statue
21. L'assurance de responsabilité de l'absorbante souscrite avant la fusion n'a pas, en principe, vocation à couvrir la dette de responsabilité de l'absorbée
22. Assurance de responsabilité VTМ : l'action de l'assureur contre le conducteur impliqué en remboursement des indemnités allouées à la victime ne peut être fondée que sur l'art. L. 211-1 C. ass.
23. Conditions requises pour l'intervention volontaire du FGAO sur le fondement de l'art. L. 421-5 C. ass.
24. Une ordonnance renforçant le dispositif de gel des avoirs et d'interdiction de mise à disposition

### FISCAL

11

25. Fraude fiscale : renvoi de questions préjudicielles à la CJUE sur le cumul des sanctions pénales et fiscales
26. « Pacte Dutreil » et société holding animatrice
27. Si, en cas de silence gardé par l'administration sur une réclamation présentée sur le fondement de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales, le contribuable peut soumettre le litige au tribunal administratif à l'issue d'un délai de six mois, aucun délai de recours contentieux ne peut courir à son encontre, tant qu'une décision expresse de rejet de sa réclamation ne lui a pas été régulièrement notifiée
28. Incompatibilité avec le droit de l'Union européenne des dispositions de l'article 244 bis B du CGI, relatives au prélèvement sur les plus-values de cessions de droits sociaux réalisées par des personnes morales ou organismes dont le siège social est situé hors de France : décharge de l'imposition incompatible
29. Salariés impatriés : conditions d'exonération partielle d'impôt à raison des revenus et plus-values de cession d'origine étrangère
30. Transposition de la directive 2018/1910 du Conseil du 4 décembre 2018 en ce qui concerne l'harmonisation et la simplification de certaines règles dans le système de la taxe sur la valeur ajoutée pour la taxation des échanges entre les États membres, mesures « Quick fixes »

### RESTRUCTURATIONS

14

31. Recevabilité de demandes d'annulation et de résolution d'un contrat de vente nonobstant la liquidation judiciaire du vendeur
32. Droits et actions du créancier auquel une déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble est inopposable
33. La procédure collective de l'absorbante n'empêche pas le créancier de l'absorbée bénéficiaire d'une décision d'inopposabilité d'agir sur le patrimoine de l'absorbée
34. Sauvegarde : responsabilité de l'administrateur à raison de l'exécution ou de l'inexécution fautives du bail des locaux d'exploitation de l'entreprise
35. Conditions requises pour la résiliation d'un bail d'habitation en cours consenti par le débiteur
36. Traitement de la créance de l'avocat qui a assisté le débiteur dans l'exercice de ses droits propres
37. Diligences requises du liquidateur judiciaire qui entend céder de gré à gré et libre d'occupation le logement donné à bail d'habitation par le débiteur
38. Aptitude du débiteur à exercer, après clôture pour extinction du passif, des mesures d'exécution sur le fondement de décisions rendues à la requête du liquidateur
39. Aptitude du liquidateur à exercer, après clôture pour insuffisance d'actif, l'exécution d'une décision obtenue pendant la liquidation au bénéfice des créanciers
40. Juge compétent pour connaître de la répartition du prix de vente d'un immeuble sur saisie immobilière en l'absence d'effet attributif avant ouverture
41. Incidence de la cessation des paiements sur la caractérisation de la banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière
42. Caractérisation de l'élément intentionnel de la banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière

### IMMOBILIER – CONSTRUCTION

18

43. Bail commercial : pas de QPC sur les art. L. 145-33 et L. 145-34 al. 1<sup>er</sup> C. com.
44. Construction : réception tacite résultant de la prise de possession jointe au paiement intégral
45. Construction : application de la garantie décennale à un contrat de fourniture et pose d'une installation de chauffage incluant la fourniture et la mise en place d'une climatisation

- 46. Construction : point de départ de la prescription des recours en garantie
- 47. Architecte : charge de la preuve et droit à rémunération en cas de résiliation du contrat à l'initiative du maître de l'ouvrage
- 48. Copropriété : un droit de jouissance privatif sur des parties communes est un droit réel et perpétuel qui peut s'acquérir par usucapion et avoir pour objet l'apposition d'enseignes
- 49. Lotissement : nature et régime de l'engagement de cession à titre gratuit souscrit par le propriétaire d'un terrain au profit d'une ASL non encore constituée

## CONCURRENCE – DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE

20

- 50. La contestation de la décision de l'ADLC de limiter ou non la publicité d'une décision prise sur le fondement de l'art. L. 464-1 C. com. relève de la CA Paris
- 51. L'absence d'acte de commerce et de qualité de commerçant du débiteur ne suffit pas à exclure les pénalités de retard prévues à l'art. L. 441-6, I, C. com.
- 52. Pratiques commerciales déloyales : le règl. CE n° 1223/2009 n'a pas pour effet de soustraire les produits cosmétiques aux dispositions du C. consom. issues de la transposition de la Dir. 2005/29
- 53. Installation photovoltaïque, rentabilité économique et obligations du vendeur professionnel
- 54. Marque : termes constituant la désignation légale d'une activité réglementée

## AGROALIMENTAIRE

22

- 55. Bail rural : nécessité de caractériser un manquement préjudiciable du preneur pour prononcer la résiliation du bail sur le fondement de l'art. L. 411-31, II, 3° C. rur. p. m.
- 56. Bail rural : nullité d'un congé pour reprise en raison de la nécessité de recourir à des éléments extrinsèques pour apprécier le projet de reprise
- 57. Bail rural : les réparations occasionnées par la vétusté n'incombent pas au preneur à bail rural

## IT – IP – DATA PROTECTION

23

- 58. Clause contractuelle destinée à établir le consentement de la personne au traitement de ses données à caractère personnel
- 59. Couverture de la nullité d'un contrat de mandat d'agent sportif établi sous forme électronique mais dépourvu de signature électronique

## SOCIAL

24

- 60. Institutions représentatives du personnel : régime de la responsabilité de l'employeur à raison de l'inaccomplissement des diligences nécessaires à l'organisation d'une élection partielle
- 61. Droit d'alerte : une demande concernant le mode de calcul des indemnités compensatrices de congés payés des salariés intérimaires échappe à l'art. L. 2313-2 C. trav.
- 62. Le seul fait que l'action en justice du salarié soit contemporaine du licenciement ne fait pas présumer que celui-ci porte atteinte à la liberté d'agir en justice
- 63. Licenciement économique : la faute de l'employeur menaçant la compétitivité de l'entreprise et nécessitant sa réorganisation est de nature à priver les licenciements de cause réelle et sérieuse
- 64. Licenciement économique : l'erreur de l'employeur dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne prive pas à elle seule les licenciements de cause réelle et sérieuse
- 65. Travail temporaire : conditions requises pour le recours à l'utilisation de contrats de missions successifs et conséquences à défaut de réunion de ces conditions
- 66. Conditions requises pour que le manquement de l'employeur à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé soit une faute inexcusable
- 67. Amiante : application de la prescription biennale à l'action du salarié en réparation du préjudice d'anxiété
- 68. Protection sociale complémentaire des salariés : l'art. L. 911-8 CSS, d'ordre public, ne distingue pas selon que l'employeur est ou non in bonis et ne pose pas de condition de financement du maintien des couvertures
- 69. Pas de QPC sur l'art. L. 8223-1 C. trav.

## DROIT DES OBLIGATIONS

—

### 1. Couverture de la nullité d'un contrat dépourvu de la signature électronique qui conditionne sa validité (Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 2020)

Aux termes de l'article 1108-1 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 susvisés.

Selon l'article 1316-1 du même Code, l'écrit sous forme électronique vaut preuve à la condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Selon l'article 1316-4, devenu 1367 du même Code, la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose et manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte et lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.

Il en résulte que, si le contrat en vertu duquel l'agent sportif exerce son activité peut être établi sous la forme électronique, il doit alors être revêtu d'une signature électronique. Cependant, si celle-ci constitue l'une des conditions de validité du contrat, son absence, alors que ne sont contestées ni l'identité de l'auteur du courriel ni l'intégrité de son contenu, peut être couverte par une exécution volontaire du contrat en connaissance de la cause de nullité, valant confirmation, au sens de l'article 1338 du même Code.

### 2. Absence de nullité pour une erreur sur la constitution physique du bien vendu mais dont le caractère déterminant n'est pas démontré par l'acquéreur (Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 oct. 2020)

Aux termes de l'article 1110, alinéa 1, du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

En matière de vente aux enchères publiques, si les mentions figurant au catalogue revêtent une importance particulière, leur caractère déterminant s'apprécie au regard des qualités substantielles de la chose attendues par l'acquéreur.

Saisie d'une demande en nullité de la vente d'une table pour erreur, une cour d'appel, après avoir retenu que ladite table était authentique, a relevé que, contrairement aux mentions du catalogue de la vente, son plateau n'était pas en chêne mais en bois plaqué chêne, que, cependant, l'acquéreur ne souhaitait pas essentiellement acheter une table avec un plateau en chêne mais une table « C... G... », qu'à l'époque, les tables avaient une destination purement utilitaire, que le recours au bois massif était exclu et que le plateau, conçu pour pouvoir être changé, apparaissait ainsi purement contingent et dissociable de l'œuvre de C... G..., de sorte que le principal intérêt de cette table résidait dans son piètement. Elle a ajouté que si, selon l'expert, la table aurait fait l'objet de restaurations à hauteur de 60 %, ses conclusions reposent sur des hypothèses.

De ces seuls motifs, la cour d'appel a souverainement déduit que n'était pas rapportée la preuve que l'erreur sur le bois constituant le plateau aurait déterminé le consentement de l'acquéreur et que les restaurations, avérées ou non, auraient altéré, dans son esprit, la substance de l'objet.

**3. Imprescriptibilité de l'action en régularisation forcée d'une cession à titre gratuit contenue dans un acte portant stipulation pour autrui (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

En l'état d'un acte notarié du 25 septembre 1981 publié le 23 décembre suivant, par lequel A et B, ayant entrepris la réalisation d'un lotissement, ont procédé à un échange de parcelles afin de constituer des lots réguliers et établi un état descriptif mentionnant les terrains qu'ils s'engageaient à céder à titre gratuit à la future association syndicale libre (ASL), constituée en 1985, moyennant le versement d'une indemnité de 200 000 francs par A à B, une cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'action en régularisation forcée de la cession engagée par l'ASL tendait à faire reconnaître le droit de propriété qui avait été cédé à celle-ci par l'effet de la stipulation pour autrui consentie dans l'acte d'échange et en a exactement déduit que cette action en revendication, imprescriptible, était recevable.

**4. Date du transfert de propriété résultant d'une stipulation pour autrui faite à profit d'une personne future (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020, même arrêt que ci-dessus)**

Ayant souverainement retenu, sans dénaturer malgré l'usage impropre du terme de « vente », que l'engagement de céder à titre gratuit les parcelles litigieuses à une future association syndicale libre (ASL), prévu dans un acte d'échange de parcelles pour permettre la réalisation d'un lotissement, constituait une stipulation pour autrui dont cette dernière était le bénéficiaire identifiable, une cour d'appel a pu en déduire qu'une fois constituée, l'ASL s'était vu immédiatement conférer la propriété de ces parcelles, avant même la régularisation de la cession par acte authentique.

**5. Incidence de la fraude sur le point de départ de la prescription de l'action paulienne visant une cession de droits sociaux déposée au RCS (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

Il se déduit des articles 1341-2 et 2224 du Code civil, 52 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 et du principe selon lequel la fraude corrompt tout que, lorsque la fraude du débiteur a empêché les créanciers d'exercer l'action paulienne à compter du dépôt d'un acte de cession de parts en annexe au registre du commerce et des sociétés, le point de départ de cette action est reporté au jour où les créanciers ont effectivement connu l'existence de l'acte.

**6. Cession de créance : l'endossement de la copie exécutoire à ordre d'un acte authentique constatant une créance doit être notifié par le notaire signataire, à peine d'inopposabilité (Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 oct. 2020)**

Violait l'article 6 de la loi n° 76-519 du 15 juin 1976 relative à certaines formes de transmission des créances la cour d'appel qui déclare opposable au débiteur saisi la copie exécutoire à ordre d'un acte notarié portant endossement au profit du créancier poursuivant, au motif que le débiteur a été informé de la cession de créance avant l'endossement des actes notariés et que l'endossement a été mentionné dans un autre acte, sans constater que l'acte d'endossement avait été notifié au débiteur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par le notaire signataire de l'acte notarié d'endossement.

**7. Celui qui est chargé de la maintenance d'une porte automatique d'accès à un parking est tenu d'une obligation de résultat s'agissant de la sécurité de l'appareil (Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 nov. 2020)**

Aux termes de l'article 1147 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas

que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Celui qui est chargé de la maintenance d'une porte automatique d'accès à un parking est tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de l'appareil.

## FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

–

### **8. Fusion : responsabilité pénale de l'absorbante du fait de l'absorbée en cas de fusion entrant dans le champ de la Dir. 2017/1132 (Com., 7 oct. 2020)**

Il se déduit de l'article 121-1 du Code pénal, interprété à la lumière de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'en cas de fusion absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération.

La personne morale absorbée étant continuée par la société absorbante, cette dernière, qui bénéficie des mêmes droits que la société absorbée, peut se prévaloir de tout moyen de défense que celle-ci aurait pu invoquer.

En conséquence, le juge qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption entrant dans le champ de la directive précitée ayant entraîné la dissolution de la société mise en cause, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer la société absorbante coupable de ces faits et la condamner à une peine d'amende ou de confiscation.

Cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne s'appliquera qu'aux opérations de fusion conclues postérieurement au 25 novembre 2020, date de prononcé de l'arrêt, afin de ne pas porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En tout état de cause, quelle que soit la date de la fusion ou la nature de la société concernée, la responsabilité pénale de la société absorbante peut être engagée si l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale et qu'elle constitue ainsi une fraude à la loi.

### **9. Fusion : la procédure collective de l'absorbante n'empêche pas le créancier de l'absorbée bénéficiaire d'une décision d'inopposabilité d'agir sur le patrimoine de l'absorbée (Com., 7 oct. 2020)**

En cas de fusion-absorption, un créancier titulaire sur la société absorbée d'une créance antérieure à cette opération et qui bénéficie, en application de l'article L. 236-14 du Code de commerce, d'une décision exécutoire lui déclarant la fusion inopposable, conserve le droit de recouvrer sa créance sur le patrimoine de la société absorbée dissoute.

Il en résulte qu'il ne peut se voir opposer l'arrêt ou l'interdiction des procédures d'exécution, prévus par l'article L. 622-21, II, du Code de commerce, résultant de l'ouverture de la procédure collective de la société absorbante.

**10. Fusion : régime de la saisie-attribution pratiquée sur les comptes dévolus à l'absorbante par le créancier de l'absorbée bénéficiaire d'une décision d'inopposabilité (Com., 7 oct. 2020, même arrêt que ci-dessus)**

Dans le cas d'une saisie-attribution pratiquée sur les comptes bancaires dont est devenue titulaire une société absorbante par un créancier à qui l'opération de fusion-absorption a été déclarée inopposable en application de l'article L. 236-14 du Code de commerce, l'effet attributif de la saisie s'étend à la totalité des soldes créditeurs de ces comptes, sauf pour le débiteur saisi, avisé de la saisie dans les conditions prévues par l'article R. 211-3 du Code des procédures civiles d'exécution, à établir que ces soldes sont constitués, en tout ou partie, de fonds ne provenant pas de la société absorbée, qui comme tels devraient être exclus de l'assiette de la saisie.

C'est dès lors à bon droit et sans inverser la charge de la preuve qu'une cour d'appel retient qu'en regard de la fongibilité des comptes objet de la saisie-attribution, le créancier peut, dans la limite de la créance constatée par son titre exécutoire, agir en recouvrement contre la société absorbante sans avoir à établir préalablement l'origine des fonds saisis.

**11. Fusion : l'assurance de responsabilité de l'absorbante souscrite avant la fusion n'a pas, en principe, vocation à couvrir la dette de responsabilité de l'absorbée (Com., 26 nov. 2020)**

Selon l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Il résulte de l'article L. 236-3 du Code de commerce, dans sa version applicable à la cause, que, en cas de fusion entre deux sociétés par absorption de l'une par l'autre, la dette de responsabilité de la société absorbée est transmise de plein droit à la société absorbante.

Toutefois, l'assurance de responsabilité de la société absorbante, souscrite avant la fusion, n'a pas vocation à garantir le paiement d'une telle dette, dès lors que le contrat d'assurance couvre, sauf stipulation contraire, la responsabilité de la seule société assurée, unique bénéficiaire, à l'exclusion de toute autre, même absorbée ensuite par l'assurée, de la garantie accordée par l'assureur en fonction de son appréciation du risque.

**12. Cession de droits sociaux : point de départ de la prescription de l'action paulienne (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

Cf. brève n° 5.

**13. Enquêtes de l'AMF : seuls sont saisissables les documents et supports d'information qui appartiennent ou sont à la disposition de l'occupant des lieux (Com., 14 oct. 2020, Arrêt 1 ; Arrêt 2)**

Selon l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et de la correspondance que constitue la saisie de données électroniques n'est tolérée que si elle est prévue par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre ce but.

Selon l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier, qui prévoit la possibilité, pour le juge des libertés et de la détention, d'autoriser les enquêteurs de l'AMF à effectuer des visites en tous lieux et à procéder à la saisie de documents pour la recherche des infractions définies aux articles L. 465-1 à L. 465-3-3 du Code monétaire et financier et des faits susceptibles d'être qualifiés de délit contre les biens et d'être sanctionnés par la commission des sanctions de l'AMF en application de l'article L. 621-15 du même Code, l'occupant des lieux ou son représentant peut seul, avec les enquêteurs de l'Autorité et l'officier de police judiciaire chargé d'assister aux opérations, prendre connaissance des pièces avant leur saisie, signer le procès-verbal et l'inventaire, et c'est à l'occupant des lieux ou à son représentant que sont restitués les pièces et documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité.

Il en résulte que seuls sont saisissables les documents et supports d'information qui appartiennent ou sont à la disposition de l'occupant des lieux, soit la personne qui occupe, à quelque titre que ce soit, les locaux dans lesquels la visite est autorisée, à l'exclusion des personnes de passage au moment de la visite domiciliaire, ce passage serait-il attendu. (Arrêts 1 et 2)

## BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

–

### **14. Cautionnement : la nullité du cautionnement dont la mention manuscrite n'est pas conforme à celle prévue par la loi n'est pas contraire au droit au respect des biens garanti par la CESDH (Com., 21 oct. 2020)**

La sanction de la nullité du cautionnement dont la mention manuscrite n'est pas conforme à celle prévue par la loi, qui est fondée sur la protection de la caution, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens garanti par l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

### **15. Cautionnement : en l'absence de disproportion manifeste initiale, le créancier n'a pas à prouver que le patrimoine de la caution appelée lui permet de faire face à son obligation (Com., 21 oct. 2020)**

Il résulte de l'article L. 341-4 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016 alors applicable que, dès lors qu'un cautionnement conclu par une personne physique n'était pas, au moment de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, le créancier peut s'en prévaloir sans être tenu de rapporter la preuve que le patrimoine de la caution lui permettait de faire face à son obligation au moment où elle a été appelée.

### **16. Cautionnement : objet de la preuve à rapporter par la caution qui invoque un manquement de la banque à son obligation de mise en garde envers elle (Com., 21 oct. 2020, même arrêt que ci-dessus)**

Pour invoquer le manquement d'un établissement de crédit à son obligation de mise en garde envers elle, une caution, fût-elle non avertie, doit rapporter la preuve que son engagement n'est pas adapté à ses capacités financières personnelles ou qu'il existe un risque d'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation de celui-ci aux capacités financières de l'emprunteur débiteur principal.

**17. Prestataire de service de paiement : présomption conventionnelle d'acceptation concernant la modification du contrat-cadre conclu avec l'utilisateur (CJUE, 11 nov. 2020)**

L'article 52, point 6, sous a), de la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE, lu en combinaison avec l'article 54, paragraphe 1, de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il régit les informations et les conditions à fournir par un prestataire de services de paiement souhaitant convenir, avec l'utilisateur de ses services, d'une présomption d'acceptation concernant la modification, conformément aux modalités prévues à ces dispositions, du contrat-cadre qu'ils ont conclu, mais qu'il ne fixe pas de restrictions s'agissant de la qualité de l'utilisateur ou du type de clauses contractuelles pouvant faire l'objet d'un tel accord, sans préjudice toutefois, lorsque l'utilisateur a la qualité de consommateur, d'un possible contrôle du caractère abusif de ces clauses au regard des dispositions de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

**18. Application de la DSP 2 au paiement sans contact (CJUE, 11 nov. 2020, même arrêt que ci-dessus)**

L'article 4, point 14, de la directive 2015/2366 doit être interprété en ce sens que constitue un « instrument de paiement », tel que défini à cette disposition, la fonction de communication en champ proche (Near Field Communication) dont est dotée une carte bancaire multifonctions personnalisée et qui permet d'effectuer des paiements de faibles montants au débit du compte bancaire associé à cette carte.

L'article 63, paragraphe 1, sous b), de la directive 2015/2366 doit être interprété en ce sens que le paiement sans contact d'un montant de faible valeur au moyen de la fonction de communication en champ proche (Near Field Communication) d'une carte bancaire multifonctions personnalisée constitue une utilisation « anonyme » de l'instrument de paiement considéré, au sens de cette disposition dérogatoire.

L'article 63, paragraphe 1, sous a), de la directive 2015/2366 doit être interprété en ce sens qu'un prestataire de services de paiement qui entend se prévaloir de la dérogation prévue à cette disposition ne saurait se borner à affirmer qu'il est impossible de bloquer l'instrument de paiement concerné ou d'empêcher la poursuite de l'utilisation de celui-ci, alors que, au regard de l'état objectif des connaissances techniques disponibles, une telle impossibilité ne peut être établie.

**19. Eligibilité de la cession de droits et actions nés de dommages consentie à l'assureur de marchandises par son assuré (Com., 21 oct. 2020)**

Une personne, assurée contre le risque d'avaries et pertes subies par des marchandises transportées, peut librement consentir à son assureur une cession de ses droits et actions nés des dommages, de sorte que ce dernier peut agir en responsabilité contre le commissionnaire de transport et le transporteur sur le fondement de cette seule cession et non par voie de subrogation.

**20. Recevabilité de l'action en garantie introduite par un assureur dommage-ouvrages subrogé dans les droits du maître de l'ouvrage avant que le juge ne statue (Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 nov. 2020)**

Aux termes de l'article L. 121-12 du Code des assurances, l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers

qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur. Aux termes de l'article 2241, alors applicable, du Code civil, la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Aux termes de l'article 2270-1, alors applicable, du Code civil, les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation. Aux termes de l'article 126 du Code de procédure civile, dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

Doit être censurée la cour d'appel qui déclare irrecevable l'action d'un assureur dommages-ouvrage introduite le 15 janvier 2014 contre l'assureur de sous-traitants à raison de travaux réceptionnés le 17 juin 1994, au motif qu'à la date de la transaction conclue entre le premier et le maître de l'ouvrage [le 2 avril 2015], ce dernier n'avait plus d'action contre lesdits sous-traitants et leur assureur et n'avait donc pu leur transmettre aucune action contre ceux-ci, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'assureur demandeur n'avait pas été subrogé par le maître de l'ouvrage avant qu'elle ne statue.

**21. L'assurance de responsabilité de l'absorbante souscrite avant la fusion n'a pas, en principe, vocation à couvrir la dette de responsabilité de l'absorbée (Com., 26 nov. 2020)**

Cf. brève n° 11.

**22. Assurance de responsabilité VTM : l'action de l'assureur contre le conducteur impliqué en remboursement des indemnités allouées à la victime ne peut être fondée que sur l'art. L. 211-1 C. ass. (Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 nov. 2020)**

Il résulte de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 que les victimes d'un accident dans lequel se trouve impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peuvent être indemnisées que sur le fondement des dispositions de la loi du 5 juillet 1985.

Selon l'article L. 211-1, alinéas 2 et 3, du Code des assurances, les contrats d'assurance couvrant la responsabilité mentionnée en son premier alinéa doivent également couvrir la responsabilité civile de toute personne ayant la garde ou la conduite, même non autorisée, du véhicule, et l'assureur n'est subrogé dans les droits que possède le créancier de l'indemnité contre la personne responsable de l'accident que lorsque la garde ou la conduite du véhicule a été obtenue contre le gré du propriétaire. Il en découle que l'assureur qui entend exercer un recours contre le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation pour obtenir le remboursement des indemnités allouées aux victimes de cet accident ne peut agir que sur le fondement de ce texte, à l'exclusion du droit commun.

**23. Conditions requises pour l'intervention volontaire du FGAO sur le fondement de l'art. L. 421-5 C. ass. (Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 nov. 2020)**

Aux termes de l'article L. 421-5 du Code des assurances, le fonds de garantie peut intervenir même devant les juridictions répressives et même pour la première fois en cause d'appel, en vue notamment de contester le principe ou le montant de l'indemnité réclamée, dans toutes les instances engagées entre les victimes d'accidents ou leurs ayants droit, d'une part, les responsables ou leurs assureurs, d'autre part.

Il en résulte que l'intervention volontaire du FGAO sur le fondement de ce texte est subordonnée à l'existence d'une instance opposant la victime d'un accident ou ses ayants droit, d'une part, et le

responsable ou son assureur, d'autre part [ce qui exclut un litige opposant uniquement l'assureur à son assuré].

**24. Une ordonnance renforçant le dispositif de gel des avoirs et d'interdiction de mise à disposition (Ord. n° 2020-1342 ; Rapp. au Président de la Rép., 4 nov. 2020)**

Une ordonnance renforçant le dispositif de gel des avoirs et d'interdiction de mise à disposition, prise sur le fondement de l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 203 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE), est parue au Journal officiel, accompagnée d'un rapport au Président de la République.

## FISCAL

**25. Fraude fiscale : renvoi de questions préjudicielles à la CJUE sur le cumul des sanctions pénales et fiscales (Crim., 21 oct. 2020)**

La Cour de cassation renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne les questions suivantes relatives au régime français qui permet le cumul des sanctions pénales et fiscales en cas de fraude fiscale :

1/ L'exigence de clarté et de prévisibilité des circonstances dans lesquelles les dissimulations déclaratives en matière de TVA due peuvent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale est-elle remplie par des règles nationales telles que celles précédemment décrites ?

2/ L'exigence de nécessité et de proportionnalité du cumul de telles sanctions est-elle remplie par des règles nationales telles que celles précédemment décrites ?

**26. « Pacte Dutreil » et société holding animatrice (Com., 14 oct. 2020)**

Selon l'article 787 B du Code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007, les parts ou les actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale transmises par décès ou entre vifs sont, à condition qu'elles aient fait l'objet d'un engagement collectif de conservation présentant certaines caractéristiques, exonérées de droits de mutation à titre gratuit, à concurrence de 75 % de leur valeur.

Il en résulte que ce régime de faveur dit « Pacte Dutreil » s'applique aussi à la transmission de parts ou actions de sociétés qui, ayant pour partie une activité civile autre qu'agricole ou libérale, exercent principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice.

Doit être assimilée à ces sociétés ayant une activité mixte, dont la transmission des parts est éligible au régime de faveur, une société holding qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, a pour activité principale la participation active à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale, et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture à ces filiales de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers, le caractère principal de son activité d'animation de groupe devant

être retenu notamment lorsque la valeur vénale, au jour du fait générateur de l'imposition, des titres de ces filiales détenus par la société holding représente plus de la moitié de son actif total.

**27. Si, en cas de silence gardé par l'administration sur une réclamation présentée sur le fondement de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales (LPF), le contribuable peut soumettre le litige au tribunal administratif à l'issue d'un délai de six mois, aucun délai de recours contentieux ne peut courir à son encontre, tant qu'une décision expresse de rejet de sa réclamation ne lui a pas été régulièrement notifiée (Avis ; CE, 21 oct. 2020)**

Aux termes de l'article R. 772-1 du Code de justice administrative : « *Les requêtes en matière d'impôts directs et de taxe sur le chiffre d'affaires ou de taxes assimilées dont l'assiette et le recouvrement est confié à la direction générale des impôts sont présentées, instruites et jugées dans les formes prévues par le livre des procédures fiscales* ».

Aux termes de l'article R. 190-1 du livre des procédures fiscales : « *Le contribuable qui désire contester tout ou partie d'un impôt qui le concerne doit d'abord adresser une réclamation au service territorial, selon le cas, de la direction générale des finances publiques ou de la direction générale des douanes et droits indirects dont dépend le lieu d'imposition* ».

Aux termes de l'article R. 198-10 du même livre : « *La direction générale des finances publiques ou la direction générale des douanes et droits indirects, selon le cas, statue dans le délai de six mois suivant la date de leur présentation. Si elle n'est pas en mesure de le faire, elle doit, avant l'expiration de ce délai, en informer le contribuable en précisant le terme du délai complémentaire qu'elle estime nécessaire pour prendre sa décision. Ce délai complémentaire ne peut, toutefois, excéder trois mois./En cas de rejet total ou partiel de la réclamation, la décision doit être motivée/Les décisions de l'administration sont notifiées dans les mêmes conditions que celles prévues pour les notifications faites au cours de la procédure devant le tribunal administratif* ».

Aux termes de l'article R. 199-1 du même livre : « *L'action doit être introduite devant le tribunal compétent dans le délai de deux mois à partir du jour de la réception de l'avis par lequel l'administration notifie au contribuable la décision prise sur la réclamation, que cette notification soit faite avant ou après l'expiration du délai de six mois prévu à l'article R. 198-10./Toutefois, le contribuable qui n'a pas reçu la décision de l'administration dans un délai de six mois mentionné au premier alinéa peut saisir le tribunal dès l'expiration de ce délai./L'administration peut soumettre d'office au tribunal la réclamation présentée par un contribuable. Elle doit en informer ce dernier* ».

Aux termes de l'article R. 421-5 du Code de justice administrative : « *Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision* ».

Il résulte des dispositions de l'article R. 199-1 du livre des procédures fiscales que seule la notification au contribuable d'une décision expresse de rejet de sa réclamation assortie de la mention des voies et délais de recours a pour effet de faire courir le délai de deux mois qui lui est imparti pour saisir le tribunal administratif du litige qui l'oppose à l'administration fiscale, l'absence d'une telle mention lui permettant de saisir le tribunal dans un délai ne pouvant, sauf circonstance exceptionnelle, excéder un an à compter de la date à laquelle il a eu connaissance de la décision.

En revanche si, en cas de silence gardé par l'administration sur la réclamation, le contribuable peut soumettre le litige au tribunal administratif à l'issue d'un délai de six mois, aucun délai de recours contentieux ne peut courir à son encontre, tant qu'une décision expresse de rejet de sa réclamation ne lui a pas été régulièrement notifiée.

**28. Incompatibilité avec le droit de l'Union européenne des dispositions de l'article 244 bis B du CGI, relatives au prélèvement sur les plus-values de cessions de droits sociaux réalisées par des personnes morales ou organismes dont le siège social est situé hors de France : décharge de l'imposition incompatible (CE, 14 oct. 2020)**

Les deux premiers alinéas de l'article 244 bis B du Code général des impôts, dans leur rédaction applicable à la plus-value litigieuse, disposent que : « *Sous réserve des dispositions de l'article 244 bis A, les gains mentionnés à l'article 150-0 A résultant de la cession ou du rachat de droits sociaux mentionnés au f du I de l'article 164 B, réalisés par des personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France au sens de l'article 4 B ou par des personnes morales ou organismes quelle qu'en soit la forme, ayant leur siège social hors de France, sont déterminés et imposés selon les modalités prévues aux articles 150-0 A à 150-0 E lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant ou l'actionnaire ou l'associé, avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années* ».

Aux termes de l'article 200 A du même Code, dans sa rédaction applicable à la plus-value litigieuse : « *Les gains nets obtenus dans les conditions prévues à l'article 150-0 A sont imposés au taux forfaitaire de 19 %* ».

Aux termes du a quinquies du I de l'article 219 du même Code applicable aux plus-values de cession réalisées par les sociétés dont le siège social est situé en France : « *Pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2006, le montant net des plus-values à long terme afférentes à des titres de participation fait l'objet d'une imposition séparée au taux de 8 %. Ce taux est fixé à 0 % pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2007. / Pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2007, une quote-part de frais et charges égale à 5 % du résultat net des plus-values de cession est prise en compte pour la détermination du résultat imposable. Cette quote-part de frais et charges est portée au taux de 10 % pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2011* ».

S'il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en donnant à celle-ci, dans tous les cas où elle se trouve dans le champ d'application d'une règle du droit de l'Union européenne, une interprétation qui, dans la mesure où son texte le permet, soit conforme au droit de l'Union, et s'il appartient, le cas échéant, aux ministres, dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révéleraient incompatibles avec des règles du droit de l'Union, de donner instruction à leurs services de ne pas en faire application, les ministres ne peuvent en revanche trouver dans une telle incompatibilité un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions de caractère réglementaire qui se substitueraient à ces dispositions législatives.

Par suite, en déduisant de l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne des dispositions de l'article 244 bis B du CGI, relatives au prélèvement sur les plus-values de cessions de droits sociaux réalisées par des personnes morales ou organismes dont le siège social est situé hors de France, que l'imposition mise à la charge de la société requérante sur leur fondement pouvait être limitée à la seule fraction des impositions permettant d'assurer la neutralité de l'imposition au regard des libertés garanties par le TFUE, alors qu'elle ne peut donner lieu qu'à la décharge de l'imposition incompatible, et en estimant, au surplus, qu'en procédant ainsi l'administration fiscale avait fondé l'imposition maintenue sur des dispositions législatives interprétées au regard des exigences du droit de l'Union, alors même que l'Administration entendait faire application d'une instruction fiscale insusceptible de fonder une imposition, la cour a commis une erreur de droit.

## **29. Salariés impatriés : conditions d'exonération partielle d'impôt à raison des revenus et plus-values de cession d'origine étrangère (CE, 21 oct. 2020)**

L'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, rendu applicable aux procédures devant les juridictions de l'ordre administratif par l'article 15 de l'ordonnance n° 2020-305 du même jour, est applicable au délai qui résulte de la décision Société Hasbro European Trading BV n° 435634 du 13 mars 2020 par laquelle le Conseil d'Etat a fixé les modalités de mise en œuvre des dispositions réglementaires relatives au délai de recours contre les commentaires administratifs de loi fiscale.

Il résulte de l'article 155 B du Code général des impôts que bénéficient de l'exonération partielle d'impôt sur le revenu à raison des revenus et plus-values de cession mentionnés au II de cet article les personnes qui satisfont aux conditions auxquelles le I subordonne le bénéfice de l'exonération partielle de rémunération d'activité qu'il prévoit.

Si le premier alinéa du II de l'article 155 B dispose que l'exonération qu'il prévoit s'applique aux salariés et personnes mentionnés au I pendant la durée où ils bénéficient des dispositions du même I, ces dispositions, eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur, n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de subordonner leur application à la condition que le contribuable bénéficie effectivement, à raison de la rémunération d'activité qu'il perçoit de l'entreprise qui l'a appelé de l'étranger, de l'exonération prévue au I, mais se bornent à prévoir, par renvoi aux dispositions du I, que l'exonération prévue au II s'applique, dans la version du texte applicable au litige, jusqu'au 31 décembre de la cinquième année civile suivant la prise de fonctions des salariés et dirigeants impatriés.

## **30. Transposition de la directive 2018/1910 du Conseil du 4 décembre 2018 en ce qui concerne l'harmonisation et la simplification de certaines règles dans le système de la taxe sur la valeur ajoutée pour la taxation des échanges entre les Etats membres, mesures « Quick fixes » (loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020, art. 34) (Bofip, 14 oct. 2020)**

L'article 34 de la loi n°2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020 a transposé la directive 2018/1910 du Conseil du 4 décembre 2018 en ce qui concerne l'harmonisation et la simplification de certaines règles dans le système de la taxe sur la valeur ajoutée pour la taxation des échanges entre les États membres.

Les mesures de simplification issues de cette directive sont introduites au III bis de l'article 256 du Code général des impôts, au I de l'article 256 bis du CGI et à l'article 289 B du CGI, en ce qui concerne le régime des stocks sous contrat de dépôt et au I de l'article 262 ter du CGI ainsi qu'au I de l'article 286 quater du CGI, en ce qui concerne les éléments de justification de l'exonération des livraisons intracommunautaires et le traitement des livraisons successives de mêmes biens (opérations en chaîne).

## **RESTRUCTURATIONS**

—

## **31. Recevabilité de demandes d'annulation et de résolution d'un contrat de vente nonobstant la liquidation judiciaire du vendeur (Com., 7 oct. 2020)**

Selon l'article L. 622-21, I, du Code de commerce, le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :

1° à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

Cassation de l'arrêt qui, pour déclarer les souscripteurs d'un crédit affecté destiné à l'acquisition de panneaux photovoltaïques irrecevables à agir contre le liquidateur du vendeur et contre la banque, retient que les demandes d'annulation et de résolution à l'encontre du vendeur affecteront nécessairement le passif de la liquidation et constituent une action prohibée, sauf à ce qu'il soit justifié d'une déclaration de créance et que, tel n'étant pas le cas, leur irrecevabilité à agir contre le vendeur leur interdit, en application de l'article L. 311-32 du Code de la consommation, d'agir également contre le prêteur, alors que les emprunteurs fondaient leur demande d'annulation du contrat de vente sur la violation de l'article L. 121-23 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016, et leur demande subsidiaire de résolution sur l'inexécution de prestations, sans demander de condamnation du vendeur au paiement d'une somme d'argent ni invoquer le défaut de paiement d'une telle somme, ni même réclamer la restitution du prix de vente, de sorte que leurs demandes ne se heurtaient pas à l'interdiction des poursuites.

### **32. Droits et actions du créancier auquel une déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble est inopposable** *(Com., 7 oct. 2020)*

Un créancier auquel une déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble est inopposable peut exercer son droit de poursuite sur celui-ci indépendamment de ses droits dans la procédure collective du propriétaire de cet immeuble. Il en résulte que rien ne lui interdit, tant que sa créance n'est pas prescrite, de faire inscrire une hypothèque provisoire sur ce bien dans les conditions du droit commun, lequel s'applique aussi à la demande de mainlevée d'une telle mesure conservatoire.

Mais si le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble est inopposable bénéficie d'un droit de poursuite sur cet immeuble, il n'en demeure pas moins soumis au principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites ainsi qu'à l'interdiction de recevoir paiement des créances dont la naissance est antérieure au jugement d'ouverture. Il en résulte que, s'il doit être en mesure d'exercer le droit qu'il détient sur l'immeuble en obtenant un titre exécutoire par une action contre le débiteur tendant à voir constater l'existence, le montant et l'exigibilité de sa créance, cette action ne peut tendre au paiement de celle-ci.

### **33. La procédure collective de l'absorbante n'empêche pas le créancier de l'absorbée bénéficiaire d'une décision d'inopposabilité d'agir sur le patrimoine de l'absorbée** *(Com., 7 oct. 2020)*

Cf. brève n° 9.

### **34. Sauvegarde : responsabilité de l'administrateur à raison de l'exécution ou de l'inexécution fautives du bail des locaux d'exploitation de l'entreprise** *(Com., 7 oct. 2020)*

Il résulte de la combinaison de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil et les articles L. 620-1, L. 622-1 et L. 622-13 du Code de commerce que la procédure de sauvegarde, qui bénéficie à un débiteur qui n'est pas en état de cessation des paiements, est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. L'administrateur, qui n'a reçu qu'une mission de surveillance, ne peut donc être tenu pour responsable de l'exécution ou de l'inexécution fautives du bail des locaux d'exploitation de l'entreprise, lequel s'est poursuivi de plein droit, tant qu'il n'a pas pris parti sur sa poursuite, dès lors que sa principale mission est d'établir le bilan économique de l'entreprise et de proposer un plan de sauvegarde.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour retenir la responsabilité de l'administrateur pour s'être abstenu de résilier le bail pendant que les loyers n'étaient pas payés depuis l'ouverture de la procédure, sans rechercher s'il n'était pas fondé à différer sa prise de position sur le sort du bail jusqu'à la réalisation du diagnostic de l'entreprise, qu'il devait effectuer conformément à sa mission légale.

### **35. Conditions requises pour la résiliation d'un bail d'habitation en cours consenti par le débiteur (Com., 7 oct. 2020)**

Il résulte de l'article L. 641-11-1, IV du Code de commerce que la résiliation d'un contrat en cours à la date du jugement ouvrant la liquidation judiciaire peut être demandée par le liquidateur, lorsque la prestation du débiteur ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent, au juge-commissaire qui ne peut prononcer la résiliation que si deux conditions cumulatives sont réunies : cette résiliation est nécessaire aux opérations de liquidation et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

Cassation de l'arrêt qui prononce la résiliation d'un bail d'habitation consenti par la société débitrice sans caractériser en quoi cette résiliation du bail était concrètement nécessaire aux opérations de liquidation, et en quoi l'atteinte portée aux intérêts des locataires n'était pas excessive, cependant que le bail dont la résiliation était demandée, portant sur la résidence principale des intéressés, se trouvait soumis aux dispositions d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989.

### **36. Traitement de la créance de l'avocat qui a assisté le débiteur dans l'exercice de ses droits propres (Com., 7 oct. 2020)**

D'une part, l'exercice du droit propre du débiteur à relever appel du jugement arrêtant le plan de cession de son entreprise échappe, par principe, puisqu'il peut exercer seul un tel droit, à la répartition des pouvoirs entre le débiteur et les organes de sa procédure collective. Il en résulte que la créance d'honoraires de l'avocat du débiteur assistant celui-ci dans l'exercice de ses droits propres est toujours née régulièrement. Ayant relevé que c'est en vertu du droit propre de la société débitrice que son gérant a interjeté appel du jugement arrêtant le plan de cession, a agi en référé pour arrêter l'exécution provisoire et a défendu à l'action en référé engagée par le cessionnaire de l'entreprise pour entrer en possession de celle-ci, une cour d'appel a ainsi fait ressortir que les honoraires réclamés par l'avocat, dans le cadre de ces actions, étaient des créances nées régulièrement.

D'autre part, ayant relevé que les procédures conduites par l'avocat étaient en lien avec l'adoption du plan de cession, que les recours et le suivi des procédures ont permis de consolider et de sécuriser, eu égard aux craintes qui pouvaient naître sur la pérennité de l'entreprise et la préservation de l'emploi, du fait de la personnalité du repreneur, ex-salarié licencié et ex-concubin d'une fille du gérant, la cour d'appel a pu en déduire que la créance d'honoraires était née pour les besoins du déroulement de la procédure.

Enfin, ayant indiqué précisément le montant des honoraires correspondant à chacune des procédures menées par la société débitrice dans l'exercice de ses droits propres, la cour d'appel a souverainement apprécié le caractère proportionné de la créance et sa conformité aux besoins de la procédure.

### **37. Diligences requises du liquidateur judiciaire qui entend céder de gré à gré et libre d'occupation le logement donné à bail d'habitation par le débiteur (Com., 7 oct. 2020, même arrêt qu'au n° 35)**

Il résulte de l'article 15, I et II de la loi du 6 juillet 1989 que lorsque le bailleur entend résilier un bail d'habitation relevant des dispositions d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989 pour vendre le logement

donné à bail, il doit, en respectant un délai de préavis de six mois, délivrer un congé qui, à peine de nullité, doit être motivé par sa décision de vendre le logement et indiquer le prix et les conditions de la vente projetée, le congé valant offre de vente au profit du locataire.

L'article L. 641-11-1, IV du Code de commerce n'excluant pas l'application des dispositions de la loi du 6 juillet 1989 en cas de liquidation judiciaire, il s'ensuit que, lorsque le bailleur est mis en liquidation judiciaire, le liquidateur qui entend céder de gré à gré et libre d'occupation le logement donné à bail est tenu de délivrer au locataire un congé pour vendre, en se conformant aux dispositions du premier texte.

### **38. Aptitude du débiteur à exercer, après clôture pour extinction du passif, des mesures d'exécution sur le fondement de décisions rendues à la requête liquidateur (Com., 21 oct. 2020)**

Si le juge de l'exécution ne peut, sous prétexte d'interpréter la décision dont l'exécution est poursuivie, en modifier les dispositions précises, il doit en fixer le sens et déterminer le bénéficiaire de la condamnation que cette décision a prononcée.

Statuant après la clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif du débiteur, qui avait mis fin à la mission du liquidateur et au dessaisissement du débiteur et autorisait ce dernier à poursuivre lui-même l'exécution d'une condamnation prononcée en faveur de M. N..., agissant alors en qualité de liquidateur au nom et pour le compte du débiteur, une cour d'appel, après avoir relevé qu'il n'était justifié d'aucun paiement entre les mains de M. N..., ès qualités, en exécution des décisions en cause, retient exactement que le débiteur était en droit de faire exécuter lesdites décisions que le liquidateur avait antérieurement obtenues en le représentant.

### **39. Aptitude du liquidateur à exercer, après clôture pour insuffisance d'actif, l'exécution d'une décision obtenue pendant la liquidation au bénéfice des créanciers (Com., 21 oct. 2020)**

Aux termes de l'article L. 643-13, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et qu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, celle-ci peut être reprise. Il en résulte que le droit d'agir ainsi reconnu au liquidateur emporte, pour celui-ci, la faculté de poursuivre l'exécution forcée d'une décision obtenue pendant la liquidation judiciaire au bénéfice des créanciers et qu'il n'avait pu ramener à exécution.

### **40. Juge compétent pour connaître de la répartition du prix de vente d'un immeuble sur saisie immobilière en l'absence d'effet attributif avant ouverture (Com., 21 oct. 2020)**

Lorsque l'immeuble d'un débiteur mis en liquidation judiciaire a été vendu sur saisie immobilière, le juge compétent pour constater la caducité de la procédure de distribution du prix de vente n'ayant pas produit son effet attributif avant le jugement d'ouverture, en vertu de l'article R. 622-19 du Code de commerce, rendu applicable à la liquidation judiciaire par l'article R. 641-23 du même Code, et pour ordonner, en conséquence, la remise des fonds au liquidateur aux fins de répartition, en vertu de l'article R. 641-24 de ce Code, est non le juge des référés, mais le juge de l'exécution, en application de l'article L. 213-6 du Code de l'organisation judiciaire.

#### **41. Incidence de la de cessation des paiements sur la caractérisation de la banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière (Crim., 25 nov. 2020)**

Si la cessation des paiements, constatée par le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, est une condition préalable nécessaire à l'exercice de poursuites des chefs de banqueroute par emploi de moyens ruineux, tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière ou absence de comptabilité, sa date est sans incidence sur la caractérisation de ces délits, qui peuvent être retenus indifféremment pour des faits commis antérieurement ou postérieurement à la cessation des paiements.

#### **42. Caractérisation de l'élément intentionnel de la banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière (Crim., 25 nov. 2020, même arrêt que ci-dessus)**

Il résulte des articles L. 654-2 4° et 5° du Code de commerce 121-3 du Code pénal que la caractérisation de l'élément intentionnel des délits de banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière suppose la seule conscience de son auteur de se soustraire à ses obligations comptables légales.

Elle n'exige pas la preuve que le prévenu a eu la volonté soit d'éviter ou de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements, soit d'affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible.

## **IMMOBILIER – CONSTRUCTION**

—

#### **43. Bail commercial : pas de QPC sur les art. L. 145-33 et L. 145-34 al. 1er C. com. (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

La Cour de cassation était saisie d'une demande de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « *Les articles L. 145-33 et L. 145-34 alinéa 1er du Code de commerce sont-ils contraires au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au principe d'égalité garanti notamment par les articles 6 et 13 du même texte fondamental et par l'article 3 de la Constitution de 1958 ?* »

Elle considère que cette question, en ce qu'elle invoque une atteinte au droit de propriété, ne présente pas un caractère sérieux, dès lors, d'abord, que les dispositions contestées ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent les écarter afin de fixer d'un commun accord le prix du loyer du nouveau bail, ensuite, qu'à l'issue d'une période de trois ans, le bailleur peut demander la révision du loyer et compenser ainsi partiellement ou totalement la perte de revenu subie lors du renouvellement du bail, et enfin, que la fixation du loyer à la valeur locative, y compris à la baisse, correspond au juste prix du bail, déterminé si nécessaire après expertise contradictoire et sous le contrôle du juge, compte tenu des caractéristiques matérielles du bien et de l'état du marché locatif.

Elle considère également que la question posée ne présente pas davantage un caractère sérieux en ce qu'elle invoque une atteinte au principe d'égalité, dès lors que le bailleur et le preneur ne sont pas dans une situation identique, de sorte que le législateur était fondé à les soumettre à un traitement différent afin d'assurer la protection du preneur contre la surélévation du loyer en cas de dégradation de l'environnement économique du bail, que cette différence de traitement est limitée, proportionnée et en

rapport avec l'objet de la loi qui l'établit, et que, par suite, la fixation du loyer à la valeur locative, sans plancher à la baisse, n'est pas contraire au principe d'égalité.

Elle ajoute que la fixation du loyer lors du renouvellement du bail ne constituant pas une charge publique, la question posée, en ce qu'elle invoque une méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est inopérante.

**44. Construction : réception tacite résultant de la prise de possession jointe au paiement intégral (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

Ayant relevé que l'hôtel maître de l'ouvrage avait ouvert en septembre 2005, de sorte que l'installation litigieuse n'avait été mise en fonctionnement qu'à compter de cette date, mais que le paiement intégral de la facture n'était intervenu que le 26 mai 2006, une cour d'appel a pu en déduire que la réception tacite résultait de la prise de possession jointe au paiement intégral, de sorte que la date à retenir pour le point de départ de l'action en garantie décennale était le 26 mai 2006.

**45. Construction : application de la garantie décennale à un contrat de fourniture et pose d'une installation de chauffage incluant la fourniture et la mise en place d'une climatisation (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

Ayant constaté que les parties avaient conclu un contrat de fourniture et de pose d'une installation de chauffage incluant la fourniture et la mise en place de toute l'installation de climatisation d'un hôtel avec pose des compresseurs, climatiseurs, gaines et canalisation d'air dans et à travers les murs du bâtiment, une cour d'appel a pu en déduire que le litige portait sur la construction d'un ouvrage [rejet du pourvoi faisant notamment valoir que la garantie décennale des constructeurs suppose la construction d'un ouvrage et que tel n'est pas le cas des travaux d'installation d'un système de climatisation, lesquels ne constituent pas des travaux de construction d'un ouvrage].

**46. Construction : point de départ de la prescription des recours en garantie (Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 nov. 2020)**

Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Ayant relevé que les sociétés A et B exerçaient contre la société C un recours en garantie au titre des sommes réclamées par la société D et qu'elles avaient eu connaissance de cette réclamation par l'assignation qui leur avait été délivrée le 4 octobre 2010, de sorte qu'il s'était écoulé moins de cinq ans avant l'introduction de l'instance engagée contre la société C, une cour d'appel en a exactement déduit que l'action des sociétés A et B n'était pas prescrite.

N'est donc pas fondé le moyen faisant notamment valoir que la prescription de l'action récursoire en garantie ne court à compter de la mise en cause de son auteur que dans la mesure où cette action récursoire a pour cause cette mise en cause et qu'en l'espèce les demandes dirigées par les sociétés A et B à l'encontre de la société C avaient pour cause des condamnations prononcées plus de cinq ans avant l'introduction de l'action récursoire.

#### **47. Architecte : charge de la preuve et droit à rémunération en cas de résiliation du contrat à l'initiative du maître de l'ouvrage (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

Selon l'article 1315, devenu 1353, du Code civil, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Inverse la charge de la preuve de l'extinction de l'obligation à paiement des maîtres de l'ouvrage la cour d'appel qui, pour rejeter une demande en paiement d'honoraires formée par un architecte au titre des prestations réalisées [en exécution d'un contrat par la suite résilié de plein droit à l'initiative des maîtres d'ouvrage en application d'une clause de résiliation de plein droit], retient que les maîtres d'ouvrage contestent le caractère exploitable du travail fourni et que, la cour n'ayant pas les compétences nécessaires en matière d'architecture pour évaluer la qualité de celui-ci, il appartenait à l'architecte de solliciter le prononcé d'une mesure d'expertise permettant seule d'établir la réalité et la conformité des travaux exécutés, ce qu'il n'a pas fait, alors qu'elle avait retenu que ledit architecte était en droit de prétendre au paiement d'honoraires au titre des prestations réalisées.

#### **48. Copropriété : un droit de jouissance privatif sur des parties communes est un droit réel et perpétuel qui peut s'acquérir par usucapion et avoir pour objet l'apposition d'enseignes (Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 oct. 2020)**

Un droit de jouissance privatif sur des parties communes est un droit réel et perpétuel qui peut s'acquérir par usucapion et un tel droit peut avoir pour objet l'apposition d'enseignes sur les parties communes de la copropriété.

Ayant constaté que la pose d'enseignes en imposte sur les portes cochères n'avait pas été autorisée par l'assemblée générale et que le règlement de copropriété ne contenait aucune stipulation sur ce point et relevé que la société avait apposé les enseignes depuis 1964, voire 1953, et avait manifesté, depuis lors, son intention de se comporter en titulaire exclusif du droit de les poser, une cour d'appel en a souverainement déduit, sans qu'il y ait lieu de caractériser une acceptation expresse des copropriétaires, qu'il ne s'agissait pas d'une simple tolérance des autres copropriétaires, mais que cette société, ayant accompli, sans interruption depuis plus de trente ans, des actes caractérisant une possession continue, ininterrompue, paisible, publique et non équivoque, avait acquis, par usucapion, un droit de jouissance privatif réel et perpétuel au maintien des enseignes.

#### **49. Lotissement : nature et régime de l'engagement de cession à titre gratuit souscrit par le propriétaire d'un terrain au profit d'une ASL non encore constituée (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 nov. 2020)**

Cf. brèves n° 3 et 4.

## **CONCURRENCE – DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE**

–

#### **50. La contestation de la décision de l'ADLC de limiter ou non la publicité d'une décision prise sur le fondement de l'art. L. 464-1 C. com. relève de la CA Paris (T. confl., 5 oct. 2020)**

En vertu de l'article L. 464-7 du Code de commerce, les mesures conservatoires prises par l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, selon l'article D. 464-8-1 du même Code, « les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées à l'article L. 490-11 sont publiées sur le site internet de l'Autorité. Leur publicité peut être limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties et des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. ».

La décision prise par l'Autorité de la concurrence, sur le fondement des dispositions précitées de l'article D. 464-8-1 du Code de commerce, de limiter ou non la publicité d'une décision prise sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code est indissociable de cette décision elle-même. Dès lors, sa contestation relève également de la cour d'appel de Paris.

#### **51. L'absence d'acte de commerce et de qualité de commerçant du débiteur ne suffit pas à exclure les pénalités de retard prévues à l'art. L. 441-6, I, C. com. (Com., 21 oct. 2020)**

Les pénalités de retard prévues par l'article L. 441-6, I, du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, qui sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être mentionnées dans le contrat, et sont notamment applicables aux acomptes dus en vertu d'un marché de travaux, s'appliquent, selon l'alinéa 1 du texte, aux relations entre, d'un côté, tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur, de l'autre, tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui contracte pour son activité professionnelle.

Les seuls faits que la SCI débitrice n'avait pas la qualité de commerçant et qu'elle n'avait pas davantage conclu un acte de commerce sont impropres à écarter l'application des pénalités de retard prévues par le texte précité à son égard, la SCI pouvant être tenue, le cas échéant, pour un demandeur de prestations de services contractant pour son activité professionnelle au sens de ce texte.

#### **52. Pratiques commerciales déloyales : le règl. CE n° 1223/2009 n'a pas pour effet de soustraire les produits cosmétiques aux dispositions du C. consom. issues de la transposition de la Dir. 2005/29 (Crim., 20 oct. 2020)**

Le règlement (CE) n° 1223/2009, du 30 novembre 2009, relatif aux produits cosmétiques, n'a pas pour effet de soustraire ceux-ci aux dispositions issues de la transposition de la directive n° 2005/29 CEE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, ces textes ayant tous deux pour objectif de protéger les consommateurs et la directive pouvant s'appliquer, de manière complémentaire, aux allégations relatives aux produits cosmétiques dans la mesure où celles-ci sont le fruit d'une pratique commerciale trompeuse.

#### **53. Installation photovoltaïque, rentabilité économique et obligations du vendeur professionnel (Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 oct. 2020)**

Après avoir énoncé, à bon droit, que la rentabilité économique ne constitue une caractéristique essentielle d'une installation photovoltaïque au sens de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, qu'à la condition que les parties l'aient fait entrer dans le champ contractuel, puis retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve produits, qu'il n'était pas établi que le vendeur se serait engagé sur une rentabilité particulière qui serait inatteignable ou n'aurait obtenu le consentement des acquéreurs qu'en leur communiquant une étude économique fallacieuse, et qu'il n'était pas prouvé que le vendeur aurait sciemment fait état d'un partenariat mensonger avec la société EDF ou dissimulé une information dont il savait le caractère déterminant et ainsi commis un dol, une cour

d'appel n'a pu qu'en déduire que le vendeur n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles et que les demandes d'annulation des contrats litigieux devaient être rejetées.

#### **54. Marque : termes constituant la désignation légale d'une activité réglementée (Com., 14 oct. 2020)**

Si, aux termes de l'article L. 711-3, b, du Code de la propriété intellectuelle, alors applicable, ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe contraire à l'ordre public, la circonstance qu'un terme soit la désignation légale d'une activité réglementée ne suffit pas à en faire un signe contraire à l'ordre public.

L'article L. 711-2, dernier alinéa, du Code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 13 novembre 2019, prévoit la possibilité, pour tout signe dépourvu de caractère distinctif intrinsèque en vertu des a) et b) du même article, d'acquérir un caractère distinctif par l'usage. Une telle possibilité existe quand bien même les termes dont est composé le signe seraient la désignation légale d'une activité réglementée.

## **AGROALIMENTAIRE**

—

#### **55. Bail rural : nécessité de caractériser un manquement préjudiciable du preneur pour prononcer la résiliation du bail sur le fondement de l'art. L. 411-31, II, 3° C. rur. p. m. (Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 oct. 2020)**

Il résulte l'article L. 411-31, II, 3° du Code rural et de la pêche maritime que le bailleur peut demander la résiliation du bail s'il justifie d'une contravention aux obligations dont le preneur est tenu en application des articles L. 411-37 [, L. 411-39 et L. 411-39-1] du Code précité si elle est de nature à lui porter préjudice.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour prononcer la résiliation du bail, retient que les conditions de rémunération du preneur ne sont pas celles d'une présence à temps plein sur les lieux et qu'exerçant une autre profession incompatible avec celle d'agriculteur, celui-ci a manifestement abandonné à l'EARL [à qui les parcelles louées ont été mises à disposition] et à son co-associé l'exploitation effective et permanente des parcelles données à bail, sans constater que la contravention aux dispositions de l'article L. 411-37 précité, qu'elle retenait, était de nature à porter préjudice à la bailleuse.

#### **56. Bail rural : nullité d'un congé pour reprise en raison de la nécessité de recourir à des éléments extrinsèques pour apprécier le projet de reprise (Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 oct. 2020)**

Il résulte des articles L. 411-47 et L. 411-59 du Code rural et de la pêche maritime qu'il incombe au bailleur, lors de la délivrance du congé dont il est l'auteur, de prévoir le mode d'exploitation des terres reprises et d'en informer loyalement le preneur évincé.

Ne tire pas les conséquences légales de ses propres constatations la cour d'appel qui, pour rejeter une demande d'annulation d'un congé pour reprise, retient que, s'il ne fait pas littéralement état de ce que les biens seront exploités par une personne morale, le congé fait mention de l'autorisation d'exploiter obtenue par une Earl par arrêté préfectoral et précise que cette autorisation s'étend au preneur, ce qui constitue un indicateur sérieux que les biens repris vont être mis à la disposition de cette société, tout en

relevant qu'il était nécessaire de recourir à des éléments extrinsèques au congé pour apprécier le projet de reprise.

**57. Bail rural : les réparations occasionnées par la vétusté n'incombent pas au preneur à bail rural (Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 oct. 2020)**

Il résulte des articles 1720 du Code civil et L. 415-4 du Code rural et de la pêche maritime que les réparations occasionnées par la vétusté n'incombent pas au preneur à bail rural.

## **IT – IP – DATA PROTECTION**

–

**58. Clause contractuelle destinée à établir le consentement de la personne au traitement de ses données à caractère personnel (Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 2020)**

L'article 2, sous h), et l'article 7, sous a), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, ainsi que l'article 4, point 11, et l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), doivent être interprétés en ce sens qu'il appartient au responsable du traitement des données de démontrer que la personne concernée a, par un comportement actif, manifesté son consentement au traitement de ses données à caractère personnel et qu'elle a obtenu, préalablement, une information au regard de toutes les circonstances entourant ce traitement, sous une forme compréhensible et aisément accessible ainsi que formulée en des termes clairs et simples, lui permettant de déterminer facilement les conséquences de ce consentement, de sorte qu'il soit garanti que celui-ci soit donné en pleine connaissance de cause. Un contrat relatif à la fourniture de services de télécommunications qui contient une clause selon laquelle la personne concernée a été informée et a consenti à la collecte ainsi qu'à la conservation d'une copie de son titre d'identité à des fins d'identification n'est pas de nature à démontrer que cette personne a valablement donné son consentement, au sens de ces dispositions, à cette collecte et à cette conservation, lorsque

- la case se référant à cette clause a été cochée par le responsable du traitement des données avant la signature de ce contrat, ou lorsque
- les stipulations contractuelles dudit contrat sont susceptibles d'induire la personne concernée en erreur quant à la possibilité de conclure le contrat en question même si elle refuse de consentir au traitement de ses données, ou lorsque
- le libre choix de s'opposer à cette collecte et à cette conservation est affecté indûment par ce responsable, en exigeant que la personne concernée, afin de refuser de donner son consentement, remplisse un formulaire supplémentaire faisant état de ce refus.

**59. Couverture de la nullité d'un contrat de mandat d'agent sportif établi sous forme électronique mais dépourvu de signature électronique (Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 2020)**

Cf. brève n° 1.

## SOCIAL

—

### **60. Institutions représentatives du personnel : régime de la responsabilité de l'employeur à raison de l'inaccomplissement des diligences nécessaires à l'organisation d'une élection partielle (Soc., 4 nov. 2020)**

La Cour a jugé (Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-12.852, Bull. 2011, V, n° 108 ; Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-14.392 publié), qu'il résulte de l'application combinée de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des articles L. 2323-1 et L. 2324-5 du Code du travail, 1382 du Code civil et de l'article 8, § 1, de la Directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne que l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

En revanche, il appartient au salarié de démontrer l'existence d'un préjudice lorsque, l'institution représentative du personnel ayant été mise en place, des élections partielles doivent être organisées du fait de la réduction du nombre des membres élus de l'institution représentative du personnel, les salariés n'étant pas dans cette situation privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts.

### **61. Droit d'alerte : une demande concernant le mode de calcul des indemnités compensatrices de congés payés des salariés intérimaires échappe à l'art. L. 2313-2 C. trav. (Soc., 14 oct. 2020)**

Aux termes de l'article L. 2313-2 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, résultant notamment de toute mesure discriminatoire en matière de rémunération et qu'après en avoir saisi l'employeur, qui doit procéder sans délai à une enquête avec le délégué et prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation, en cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec lui, le délégué du personnel, si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui peut ordonner toute mesure propre à faire cesser cette atteinte.

Ayant constaté qu'elle était saisie de l'exercice d'un droit d'alerte, fondé sur le mode de calcul des indemnités compensatrices de congés payés des salariés intérimaires, une cour d'appel a décidé à bon droit que cette demande n'entrait ainsi pas dans les prévisions de l'article L. 2313-2 du Code du travail.

### **62. Le seul fait que l'action en justice du salarié soit contemporaine du licenciement ne fait pas présumer que celui-ci porte atteinte à la liberté d'agir en justice (Soc., 4 nov. 2020)**

Le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure de licenciement ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice.

Ayant constaté, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, que les actions en justice engagées par les salariés [les 4 octobre 2017 et 4 janvier 2018] portaient sur la question du lieu de pause, soit sur une question sans rapport avec le motif de

licenciement, que la lettre de licenciement ne contenait pas de référence à ces actions en justice, que la procédure de licenciement avait été régulièrement suivie et que la lettre de notification du licenciement était motivée en ce qu'elle contenait l'exposé de faits circonstanciés dont il appartient à la seule juridiction du fond de déterminer s'ils présentent un caractère réel et sérieux notamment au regard de la pratique antérieure, des consignes et de la formation reçues et qu'enfin, pour avoir été inopiné, le contrôle [ayant conduit à la mise à pied des salariés le 29 janvier 2018 puis à leur licenciement le 15 février suivant] n'en était pas moins une pratique dans l'entreprise dont la déloyauté n'était pas en l'état manifeste s'agissant de celui du 29 janvier 2018, ce dont il résultait que le licenciement ne présentait pas de caractère manifestement illicite, une cour d'appel a, sans inverser la charge de la preuve, exactement déduit l'absence d'un trouble manifestement illicite [rejet du pourvoi contre les arrêts ayant jugé qu'il n'y avait pas lieu à référé et rejeté les demandes des salariés tendant, notamment, à voir ordonner leur réintégration sous astreinte].

**63. Licenciement économique : la faute de l'employeur menaçant la compétitivité de l'entreprise et nécessitant sa réorganisation est de nature à priver les licenciements de cause réelle et sérieuse (Soc., 4 nov. 2020)**

Cf. brève 64 ci-dessous.

**64. Licenciement économique : l'erreur de l'employeur dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne prive pas à elle seule les licenciements de cause réelle et sérieuse (Soc., 4 nov. 2020)**

Si la faute de l'employeur à l'origine de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise rendant nécessaire sa réorganisation est de nature à priver de cause réelle et sérieuse les licenciements consécutifs à cette réorganisation, l'erreur éventuellement commise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule une telle faute.

**65. Travail temporaire : conditions requises pour le recours à l'utilisation de contrats de missions successifs et conséquences à défaut de réunion de ces conditions (Soc., 12 nov. 2020, Arrêt 1 ; Arrêt 2)**

Aux termes de l'article L.124-2 alinéa 1 devenu l'article L.1251-5 du Code du travail, le contrat de mission, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice.

Selon les articles L. 124-2 alinéa 2, L.124-2-1 et D. 124-2 devenus les articles L. 1251-6 et D. 1251-1 du même Code, dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il peut être fait appel à un salarié temporaire pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire dénommée « mission » pour certains des emplois en relevant lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats de mission successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié.

Il résulte de l'application combinée de ces textes, que le recours à l'utilisation de contrats de missions successifs impose de vérifier qu'il est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi.

Doit être approuvé l'arrêt qui requalifie la relation de travail en contrat à durée indéterminée à compter du premier contrat de mission irrégulier au motif que l'entreprise utilisatrice, qui avait ensuite directement recruté le salarié au moyen de contrats à durée déterminée d'usage successifs, ne produisait

aucun élément permettant au juge de contrôler de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi. (Arrêt 1)

Les dispositions de l'article L. 1251-40 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui sanctionnent l'inobservation par l'entreprise utilisatrice des dispositions des articles L. 1251-5 à L.1251-7, L. 1251-10 à L. 1251-12, L. 1251-30 et L. 1251-35 du même Code, n'excluent pas la possibilité pour le salarié d'agir contre l'entreprise de travail temporaire lorsque les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'œuvre est interdite n'ont pas été respectées.

Par ailleurs, il résulte de l'article L. 1251-36 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, et de l'article L. 1251-37 du même Code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, que l'entreprise de travail temporaire ne peut conclure avec un même salarié sur le même poste de travail, des contrats de missions successifs qu'à la condition que chaque contrat en cause soit conclu pour l'un des motifs limitativement énumérés par le second de ces textes, au nombre desquels ne figure pas l'accroissement temporaire d'activité.

Doit, en conséquence, être approuvée la cour d'appel qui, ayant fait ressortir que l'entreprise de travail temporaire avait conclu plusieurs contrats de mission au motif d'un accroissement temporaire d'activité sans respect du délai de carence, en a exactement déduit, d'une part, que la relation contractuelle existant entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire devait être requalifiée en un contrat de travail à durée indéterminée, et, d'autre part, que le non-respect du délai de carence caractérisant un manquement par l'entreprise de travail temporaire aux obligations qui lui sont propres dans l'établissement des contrats de mission, cette dernière devait être condamnée in solidum avec l'entreprise utilisatrice à supporter les conséquences de la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, à l'exception de l'indemnité de requalification, dont l'entreprise utilisatrice est seule débitrice. (Arrêt 2)

#### **66. Conditions requises pour que le manquement de l'employeur à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé soit une faute inexcusable (Soc., 8 oct. 2020, Arrêt 1 ; Arrêt 2)**

Le manquement à l'obligation légale de sécurité et de protection de la santé à laquelle l'employeur est tenu envers le travailleur a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était soumis le travailleur et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Doit être censurée la cour d'appel qui ne retient pas la faute inexcusable de l'employeur alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du risque d'agression physique auquel étaient exposés les conducteurs salariés (arrêt 1).

De même, doit être censurée la cour d'appel qui ne retient pas la faute inexcusable de l'employeur alors qu'il résultait de ses constatations une inefficacité des mesures de protection mises en œuvre par l'employeur (Arrêt 2).

**67. Amiante : application de la prescription biennale à l'action du salarié en réparation du préjudice d'anxiété (Soc., 12 nov. 2020)**

L'action par laquelle un salarié, ayant travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, demande réparation du préjudice d'anxiété, au motif qu'il se trouve, du fait de l'employeur, dans un état d'inquiétude permanente généré par le risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, se rattache à l'exécution du contrat de travail.

Il en résulte que cette action est soumise à la prescription de deux ans prévue à l'article L. 1471-1 du Code du travail.

**68. Protection sociale complémentaire des salariés : l'art. L. 911-8 CSS, d'ordre public, ne distingue pas selon que l'employeur est ou non in bonis et ne pose pas de condition de financement du maintien des couvertures (Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 nov. 2020)**

L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, créé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, permet aux salariés garantis collectivement dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 du même Code contre les risques décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, de bénéficier du maintien à titre gratuit de cette couverture en cas de cessation du contrat de travail, non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par l'assurance chômage, selon des conditions qu'il détermine.

Ces dispositions, qui revêtent un caractère d'ordre public en application de l'article L. 911-14 du Code de la sécurité sociale, n'opèrent aucune distinction entre les salariés des entreprises ou associations in bonis et les salariés dont l'employeur a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire et ne prévoient aucune condition relative à l'existence d'un dispositif assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance.

**69. Pas de QPC sur l'art. L. 8223-1 C. trav. (Soc., 23 oct. 2020)**

La Cour de cassation était saisie d'une demande de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « *L'article L. 8223-1 du Code du travail méconnaît-il les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en ce qu'il met à la charge de l'employeur une indemnisation forfaitaire égale à six mois de salaires en matière de travail dissimulé, sans rapport avec l'ampleur du préjudice effectivement subi par le salarié et sans faculté de modulation pour le juge ?* »

Rappelant que la disposition contestée a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2011-111 QPC rendue le 25 mars 2011 par le Conseil constitutionnel, elle considère qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est intervenu qui, affectant la portée de cette disposition, en justifierait le réexamen, de sorte qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.



RESPONSABLE DE LA PUBLICATION :

Antoine Hontebeyrie, *avocat associé, professeur agrégé des facultés de droit*

[ahontebeyrie@racine.eu](mailto:ahontebeyrie@racine.eu)

*Les informations contenues dans les présentes brèves d'actualités sont d'ordre général. Elles ne prétendent pas à l'exhaustivité et ne couvrent pas nécessairement l'ensemble des sujets abordés dans leurs sources (textes, décisions, etc.). Elles ne constituent pas une prestation de conseil et ne peuvent en aucun cas remplacer une consultation juridique sur une situation particulière. Ces informations renvoient parfois à des sites Internet extérieurs sur lesquels Racine n'exerce aucun contrôle et dont le contenu n'engage pas sa responsabilité.*

*Ce document est protégé par les droits d'auteur et toute utilisation sans l'accord préalable de l'auteur est passible des sanctions prévues par la loi.*