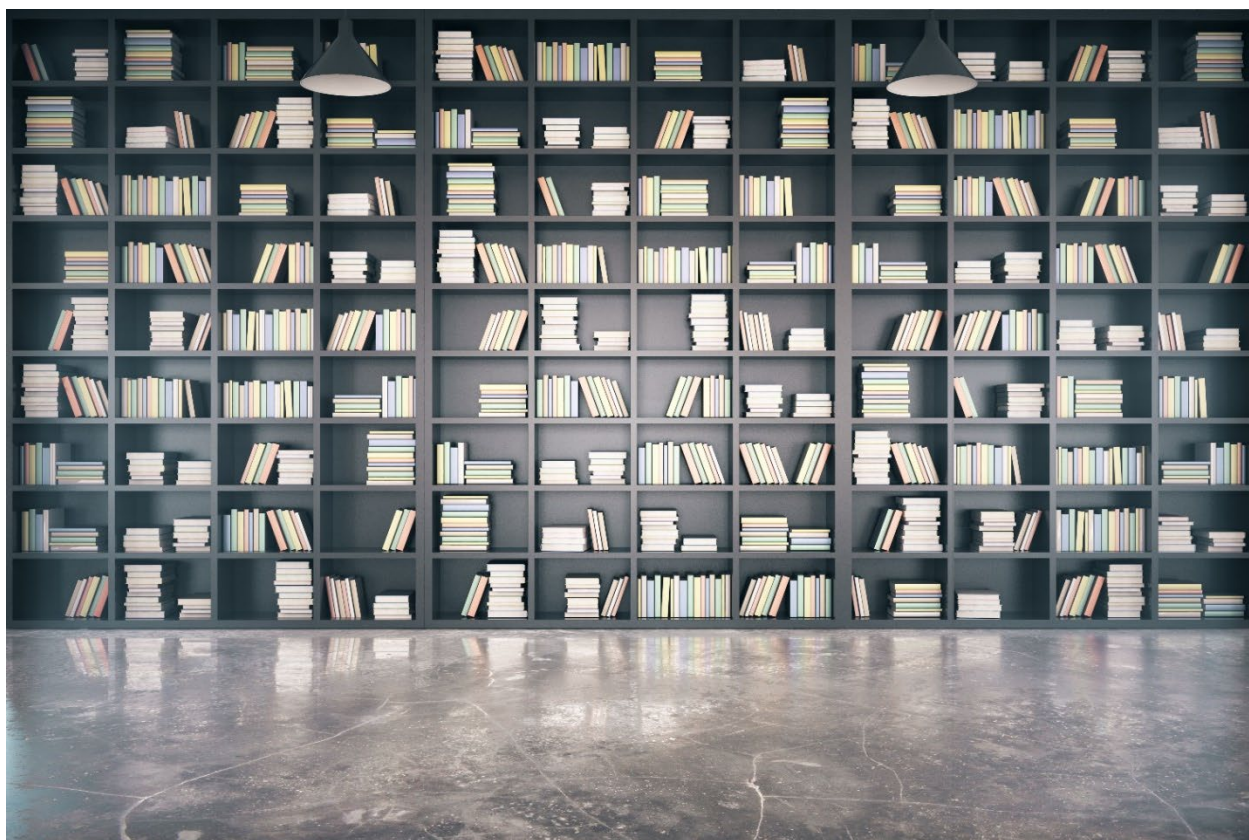




Chaque mois, avec le Cabinet Racine, l'essentiel du droit des affaires

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 3 900 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. *L'art. 1171 C. civ. sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des art. L. 442-6 C. com. et L. 212-1 C. consom.*
2. *Défaut de réciprocité d'une clause résolutoire de plein droit échappant à l'art. 1171 C. civ.*
3. *Modalités d'appréciation du déséquilibre significatif visé à l'art. 1171 C. civ.*
4. *La loi nouvelle ne peut, sauf rétroactivité expresse, remettre en cause la validité d'une clause régie par les règles en vigueur à la date où le contrat a été passé*
5. *Le médecin du travail salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie n'engage pas sa responsabilité civile personnelle*
6. *L'immunité du préposé ne peut s'étendre aux fautes susceptibles de revêtir une qualification pénale ou procédant de l'intention de nuire*
7. *Convention d'assistance bénévole : toute faute de l'assistant, fût-elle d'imprudence, ayant causé un dommage à l'assisté est susceptible d'engager la responsabilité de l'assistant*
8. *Le gérant d'affaires qui contracte avec un tiers en son nom personnel est personnellement tenu par le contrat, même après révélation de l'identité du maître*
9. *Le coemprunteur solidaire est tenu d'une obligation distincte de celle de son coemprunteur*
10. *Le point de départ de la prescription de l'action du subrogé est identique à celui de la prescription de l'action du subrogeant*
11. *Point de départ du délai de l'action récursoire de l'entrepreneur en garantie des vices cachés contre le vendeur et le fabricant*

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

7

12. *L'usufruitier de parts sociales n'est pas associé mais peut provoquer une délibération sur une question pouvant avoir une incidence directe sur son droit*
13. *SAS : les résolutions ne peuvent être adoptées par un nombre de voix inférieur à la majorité simple des votes exprimés, nonobstant les stipulations contraires des statuts*
14. *SCP : le choix offert par la loi au retrayant entre la cession et le remboursement de ses parts n'a pu être remis en cause par des textes réglementaires d'application*
15. *AMF : le f du paragraphe II de l'art. L. 621-15 CMF est contraire à la Constitution, mais non le c du paragraphe III*

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

9

16. *Cautionnement : la disproportion des engagements de cautions mariées sous le régime légal doit s'apprécier au regard de l'ensemble de leurs biens et revenus propres et communs*
17. *Cautionnement : l'obligation de garantie de la caution et celle de la sous-caution prennent naissance à la date à laquelle le débiteur contracte la dette principale*
18. *Cautionnement : les art. L. 133-18 et 24 CMF ne font pas obstacle à la mise en œuvre, par la caution de l'utilisateur, de la responsabilité contractuelle de droit commun de la banque*
19. *Prêt d'argent : point de départ du délai de prescription de l'action en déchéance du droit aux intérêts*
20. *Obligation d'information de la banque relatives à l'ouverture d'un plan d'épargne en actions*
21. *Appréciation de la clause résolutoire d'un contrat de location financière dans le cadre de l'art. 1171 C. civ.*
22. *Assurance dommages-ouvrage : caractère définitif de l'offre de l'assureur à l'issue du délai prévu à l'art. L. 242-1, al. 4, C. ass. et restitution de l'indu*
23. *Une clause d'exclusion ne peut être tenue pour formelle et limitée dès lors qu'elle doit être interprétée*
24. *Appréciation du caractère indemnitaire ou non de prestations versées par des institutions de prévoyance*
25. *Le point de départ de la prescription de l'action de l'assureur subrogé est identique à celui de la prescription de l'action du subrogeant*
26. *L'EIOPA lance une consultation sur les produits d'investissements en assurance*

FISCAL

11

27. *Imposition des plus-values résultant de la cession à titre onéreux de titres financiers au moyen d'un crédit-vendeur : les mots « les gains nets retirés des cessions à titre onéreux » figurant au 1 du paragraphe I de l'article 150-0 A du Code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, sont conformes à la Constitution*
28. *Revenus issus de la cession d'une partie des parts d'un partnership de droit américain*
29. *L'application, aux contestations des retenues à la source prélevées sur les dividendes de source française perçus par une société non-résidente, d'un délai de réclamation, prévu au b de la seconde partie de l'article R. 196-1 du LPF, d'une durée inférieure à celui prévu au b de la première partie du même article, applicable à la réclamation d'une société résidente contestant l'impôt sur les sociétés dû à raison de ces mêmes dividendes, sans que cette différence soit justifiée par une différence objective de situation, méconnaît le principe d'équivalence garanti par le droit de l'Union*
30. *Est suffisamment motivée la proposition de rectification remettant en cause un avantage fiscal qui se borne à faire état du retrait de l'agrément et à indiquer, en termes généraux, les motifs de ce retrait, sans annexer cette décision de retrait ou en reproduire de façon suffisamment précise les motifs*
31. *La procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF s'applique uniquement en cas de rectification notifiée par l'administration fiscale*
32. *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*
33. *Signature d'une nouvelle convention fiscale bilatérale entre la France et le Danemark*
34. *Une société tunisienne n'ayant pas réalisé de chiffre d'affaires en Tunisie mais ayant été soumise à l'IS dans ce pays doit être regardée comme résidente de Tunisie pour l'application de la convention fiscale franco-tunisienne*
35. *TVA sur marge (suite de l'arrêt Icade Promotion)*
36. *Abus de droit pour absence de substance économique et management package au programme de l'affaire Wendel-Editis*
37. *Question d'une députée sur le traitement juridique et fiscal réservé à la commercialisation des Non Fongibles Tokens (« NFT »)*
38. *Nouveau régime fiscal belge applicable aux impatriés (remplacement du régime des « cadres étrangers »)*
39. *Sociétés écrans dans le viseur : critères et indicateurs de substance enfin dévoilés par la Commission européenne*

RESTRUCTURATIONS

17

40. *Dirigeant ayant conscience de la cessation des paiements après à la date à laquelle elle a été reportée mais avant l'expiration du délai légal*
41. *A défaut d'avis donné au comptable public en application de l'art. R. 626-39, al. 2, C. com., le délai de forclusion de l'art. L. 622-24, al. 4, est inopposable*
42. *La disparition du fonds de commerce d'un débiteur, qui entraîne la cessation de l'activité de celui-ci, ne fait pas nécessairement obstacle à l'exécution du plan*
43. *L'époux commun en biens codébiteur solidaire d'un emprunteur en liquidation ne peut invoquer l'interdiction de reprise des poursuites prévue à l'art. L. 643-11 C. com.*

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

18

44. *Construction : point de départ du délai de l'action récursoire du constructeur en garantie des vices cachés contre le vendeur et le fabricant*
45. *Copropriété : la responsabilité du syndicat des copropriétaires au titre de l'art. 14 L. 1965 n'est pas exclusive de la responsabilité délictuelle encourue par un copropriétaire*

- 46. Copropriété : aucun texte n'impose au syndic d'envoyer par voie postale une copie des pièces justificatives des charges mentionnées à l'art. 18-1 L. 1965 aux copropriétaires
- 47. Copropriété : action en nullité du mandat du syndic pour défaut d'ouverture du compte séparé intentée par un copropriétaire ayant acquis cette qualité après la désignation du syndic
- 48. Copropriété : par l'effet rétroactif du partage, l'attributaire est censé être seul propriétaire des lots depuis le décès de son auteur et agir seul en annulation de l'AG
- 49. Vente immobilière : rétractation exercée autrement que par lettre recommandée avec demande d'avis de réception
- 50. Bail d'habitation : seul l'usufruitier, ayant qualité de bailleur en vertu de son droit de jouissance, peut délivrer un congé et agir en validité du congé pour reprise
- 51. Bail d'habitation : application immédiate de l'art. 15, I, L. 1989, réd. L. 24 mars 2014
- 52. Indivision : règlement d'échéances d'emprunts ayant permis l'acquisition d'un immeuble indivis, effectué par un indivisaire au moyen de ses deniers personnels

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

22

- 53. Le seul refus de la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative d'agréer des distributeurs remplissant les critères de sélection n'est pas prohibé
- 54. Obligation de la tête d'un réseau de distribution et de réparation sélectives qualitatives en matière de sélection et bonne foi contractuelle
- 55. L'action en parasitisme peut être mise en œuvre quels que soient le statut juridique ou l'activité des parties
- 56. L'art. 1171 C. civ. sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des art. L. 442-6 C. com. et L. 212-1 C. consom.
- 57. L'art. 910-4 CPC ne s'oppose pas à l'examen d'office du caractère abusif d'une clause contractuelle par le juge national
- 58. Franchise : l'art. L. 341-2 C. com. issu de loi du 6 août 2015 ne peut s'appliquer à un contrat ayant trouvé son terme antérieurement à cette loi

IT – IP – DATA PROTECTION

23

- 59. CNIL : une consultation publique sur les caméras dites « intelligentes » ou « augmentées » dans les espaces publics
- 60. CNIL : réutilisation des données par un sous-traitant pour son propre compte
- 61. CNIL : recherche sur Internet de fuites d'informations (RIFI)

SOCIAL

23

- 62. Accord collectif suspendant les clauses contractuelles contraires du contrat de travail et prévoyant le licenciement économique des salariés refusant de l'appliquer
- 63. Conditions d'opposabilité, aux anciens salariés, des modifications apportées à un régime de retraite surcomplémentaires
- 64. Dates d'appréciation de la condition de transparence financière et d'approbation des comptes d'un syndicat professionnel
- 65. Le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation
- 66. Preuve des heures supplémentaires et courriels produits par le salarié
- 67. Renonciation du salarié à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration du salaire
- 68. Rupture conventionnelle : l'employeur qui entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence doit le faire au plus tard à la date de rupture fixée par la convention, impérativement
- 69. Le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice non abusif par le salarié de sa liberté d'expression est nul
- 70. L'indemnité allouée en application de l'art. L. 1233-58, II, C. trav. répare le préjudice résultant pour les salariés du caractère illicite de leur licenciement
- 71. L'indemnité prévue par l'art. L. 1235-16 C. trav. ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
- 72. La persistance du comportement fautif du salarié protégé après l'expiration de la période de protection peut justifier le prononcé d'un licenciement
- 73. Si la période de protection est expirée lors de la résiliation judiciaire, le salarié ne peut prétendre à une indemnité pour violation du statut protecteur
- 74. Inaptitude : exigence de loyauté comme condition de l'application de la présomption instituée par l'art. L. 1226-10 C. trav.
- 75. CSE : éligibilité du responsable du service de sécurité et des conditions de travail et de l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail
- 76. Responsabilité du commettant, harcèlement moral, violation du secret professionnel et immunité civile du médecin du travail salarié

DROIT DES OBLIGATIONS

—

1. **L'art. 1171 C. civ. sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des art. L. 442-6 C. com. et L. 212-1 C. consom. (Com., 26 janv. 2022)**

Selon l'article 1171 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du Code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation.

L'article 1171 du Code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier, ne sont pas soumis aux textes du Code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence (Com. 15 janv. 2020, n° 18-10.512).

2. **Défaut de réciprocité d'une clause résolutoire de plein droit échappant à l'art. 1171 C. civ. (Com., 26 janv. 2022, même arrêt que ci-dessus)**

Aux termes de l'article 1171 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ; l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

Cassation de l'arrêt qui, pour dire que l'article 12 des conditions générales d'un contrat de location financière est réputé non écrit, retient que la clause réserve au loueur la faculté de se prévaloir d'une résiliation de plein droit qu'aucune autre stipulation n'ouvre au locataire, alors que le défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat prévue à l'article 12, a) des conditions générales [nb : clause résolutoire de plein droit pour défaut de paiement des loyers] se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties.

3. **Modalités d'appréciation du déséquilibre significatif visé à l'art. 1171 C. civ. (Com., 26 janv. 2022, même arrêt que ci-dessus)**

Cassation de l'arrêt qui, pour dire que l'article 12 des conditions générales d'un contrat de location financière est réputé non écrit, retient que la clause permet au loueur, spécialement dans son paragraphe b), de résilier le contrat de plein droit pour des causes qui ne correspondent pas à des hypothèses de manquements contractuels de la société locataire, qu'elle autorise le bailleur à résilier de plein droit le contrat dans des hypothèses qui affectent la vie sociale de la société locataire cependant que celle-ci en tant que personne morale reste tenue de ses engagements financiers à l'égard du loueur et qu'elle permet également à celui-ci de résilier le contrat si le locataire a manqué à ses engagements envers d'autres sociétés du groupe, sans nécessité de vérifier que le locataire a manqué à ses obligations dans le contrat

litigieux, quand ces possibilités ne sont pas laissées à la société locataire, statuant ainsi par des motifs pris du déséquilibre créé par la clause prévue à l'article 12, b) des conditions générales, pour réputer non écrite la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat par le locataire prévue à l'article 12, a).

4. La loi nouvelle ne peut, sauf rétroactivité expresse, remettre en cause la validité d'une clause régie par les règles en vigueur à la date où le contrat a été passé (Com., 16 fév. 2022)

Aux termes de l'article 2 du Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. Selon l'article 31, II de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, l'article L. 341-2 du Code de commerce réputant non écrites les clauses ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un contrat de distribution, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant, s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi.

Cassation de l'arrêt qui répute non écrite, sur le fondement de l'article L. 341-2 du Code de commerce, issu de la loi du 6 août 2015, la clause d'un contrat de franchise arrivé à son terme le 19 juin 2008, alors que la loi nouvelle ne peut, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, inexistant en l'espèce, remettre en cause la validité d'une clause contractuelle régie par les dispositions en vigueur à la date où le contrat a été passé.

5. Le médecin du travail salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie n'engage pas sa responsabilité civile personnelle (Soc., 26 janv. 2022)

En premier lieu, il résulte d'un arrêt du 25 février 2000 (Ass. plén., 25 février 2000, pourvoi n° 97-17.378, 97-20.152), publié au Rapport annuel, que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers, le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant. Par un arrêt du 9 novembre 2004 (1^{re} Civ., 9 novembre 2004, pourvoi n° 01-17.908, Bull., 2004, I, n° 262), la Cour de cassation a appliqué cette règle aux médecins salariés, en affirmant que le médecin salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient. La Cour de cassation juge également que le comportement du médecin du travail dans l'exercice de ses fonctions n'est pas susceptible de constituer un harcèlement moral de la part de l'employeur. (Soc., 30 juin 2015, pourvoi n° 13-28.201, Bull. 2015, V, n° 134).

Si l'indépendance du médecin du travail exclut que les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions puissent constituer un harcèlement moral imputable à l'employeur, elle ne fait pas obstacle à l'application de la règle selon laquelle le commettant est civilement responsable du dommage causé par un de ses préposés en application de l'article 1384, alinéa 5, devenu 1242, alinéa 5, du Code civil.

En conséquence, une cour d'appel a exactement retenu que le médecin du travail, salarié de l'employeur, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie, n'engage pas sa responsabilité civile personnelle.

6. L'immunité du préposé ne peut s'étendre aux fautes susceptibles de revêtir une qualification pénale ou procédant de l'intention de nuire (Soc., 26 janv. 2022, même arrêt que ci-dessus)

Après avoir rappelé que l'immunité du préposé ne peut s'étendre aux fautes susceptibles de revêtir une qualification pénale ou procéder de l'intention de nuire, et estimé que le médecin du travail devait bénéficier d'une immunité sauf en ce qui concerne le grief de harcèlement moral et celui de violation du secret professionnel, une cour d'appel a ainsi écarté l'existence de toute faute intentionnelle pour les autres faits allégués par le salarié à l'appui de son action en responsabilité civile contre le médecin.

7. Convention d'assistance bénévole : toute faute de l'assistant, fût-elle d'imprudence, ayant causé un dommage à l'assisté est susceptible d'engager la responsabilité de l'assistant (Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022)

En présence d'une convention d'assistance bénévole, toute faute de l'assistant, fût-elle d'imprudence, ayant causé un dommage à l'assisté est susceptible d'engager la responsabilité de l'assistant.

8. Le gérant d'affaires qui contracte avec un tiers en son nom personnel est personnellement tenu par le contrat, même après révélation de l'identité du maître (Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022)

Il résulte des articles 1372 et 1375 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 que le gérant d'affaires qui contracte avec un tiers dans l'intérêt du maître de l'affaire, mais en son nom personnel, est personnellement tenu de l'exécution des obligations du contrat, même après la révélation de l'identité du maître de l'affaire, laquelle n'a pas pour effet de substituer ce dernier au gérant d'affaires dans l'exécution du contrat conclu, et que le maître dont l'affaire a été bien administrée doit rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

9. Le coemprunteur solidaire est tenu d'une obligation distincte de celle de son coemprunteur (Com., 2 fév. 2022)

Cf. brève n° 43.

10. Le point de départ de la prescription de l'action du subrogé est identique à celui de la prescription de l'action du subrogeant (Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022)

Selon l'article L. 121-12 du Code des assurances, dans les assurances de dommages, 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.

En vertu des règles générales qui gouvernent la subrogation, prévues par les articles 1250 et suivants du Code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicables à la cause, le débiteur, poursuivi par un créancier subrogé dans les droits de son créancier originaire, peut opposer au créancier subrogé les mêmes exceptions et moyens de défense que ceux dont il aurait pu disposer initialement contre son créancier originaire (1^{re} Civ., 4 avril 1984, pourvoi n° 82-16.683, Bull. 1984, I, n° 131 ; 1^{re} Civ., 18 octobre 2005, pourvoi n° 04-15.295, Bull. 2005, I, n° 375 ; Com., 11 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.592, Bull. 2007, IV, n° 261). Il en résulte que celui qui est subrogé dans les droits de la victime d'un dommage ne dispose que des actions bénéficiant à celle-ci, de sorte que son action contre le responsable est soumise à la prescription applicable à l'action directe de la victime (1^{re} Civ., 4 février 2003, pourvoi n° 99-15.717, Bull. 2003, I, n° 30 ; 2^e Civ., 15 mars 2007, pourvoi n° 06-11.509).

En application de ces principes, le point de départ de la prescription de l'action du subrogé est identique à celui de l'action du subrogeant (1^{re} Civ., 4 février 2003, pourvoi n° 99-15.717, Bull. 2003, I, n° 30 ; 2^e Civ., 17 janvier 2013, pourvoi n° 11-25.723, Bull. 2013, II, n° 8 ; 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-22.179 ; Com., 5 mai 2021, pourvoi n° 19-14.486, en cours de publication).

Après avoir énoncé à bon droit que l'action de la personne subrogée dans les droits de la victime d'un dommage contre le responsable est soumise à la prescription applicable à l'action de la victime et retenu

qu'était applicable à l'action subrogatoire de l'assureur l'article L. 211-12 du Code de la consommation, selon lequel l'action résultant du défaut de conformité se prescrit par deux ans à compter de la délivrance du bien, une cour d'appel en a exactement déduit que le point de départ du délai de prescription devait être fixé à cette date.

11. Point de départ du délai de l'action récursoire de l'entrepreneur en garantie des vices cachés contre le vendeur et le fabricant (Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022)

Cf. brève n° 46.

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIETES – BOURSE

—

12. L'usufruitier de parts sociales n'est pas associé mais peut provoquer une délibération sur une question pouvant avoir une incidence directe sur son droit (Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022)

Aux termes de l'article 578 du Code civil, l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. Selon l'article 39, alinéas 1^{er} et 3, du décret du 3 juillet 1978, dans sa version applicable, un associé non gérant d'une société civile peut à tout moment, par lettre recommandée, demander au gérant de provoquer une délibération des associés sur une question déterminée. Si le gérant s'oppose à la demande ou garde le silence, l'associé demandeur peut, à l'expiration du délai d'un mois à compter de sa demande, solliciter du président du tribunal, statuant en la forme des référés, la désignation d'un mandataire chargé de provoquer la délibération des associés.

Il résulte de la combinaison de ces textes que l'usufruitier de parts sociales ne peut se voir reconnaître la qualité d'associé, qui n'appartient qu'au nu-propriétaire, mais qu'il doit pouvoir provoquer une délibération des associés sur une question susceptible d'avoir une incidence directe sur son droit de jouissance.

13. SAS : les résolutions ne peuvent être adoptées par un nombre de voix inférieur à la majorité simple des votes exprimés, nonobstant les stipulations contraires des statuts (Com., 19 janv. 2022)

Selon l'article L. 227-9, alinéa 2, du Code de commerce, dans les sociétés par actions simplifiées, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés.

Ce texte, créé par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, laisse une grande liberté aux associés pour déterminer, dans les statuts d'une telle société, la majorité exigée pour adopter des résolutions dans les matières qu'il énumère. Toutefois, cette liberté dans la rédaction des statuts trouve sa limite dans la nécessité d'instituer une règle d'adoption des résolutions soumises à l'examen collectif des associés qui permette de départager ses partisans et ses adversaires. Tel n'est pas le cas d'une clause statutaire stipulant qu'une résolution est adoptée lorsqu'une proportion d'associés représentant moins de la moitié des droits de votes présents ou représentés s'est exprimée en sa faveur,

puisque les partisans et les adversaires de cette résolution peuvent simultanément remplir cette condition de seuil.

Par conséquent, les résolutions d'une SAS ne peuvent être adoptées par un nombre de voix inférieur à la majorité simple des votes exprimés, nonobstant les stipulations contraires des statuts.

14. SCP : le choix offert par la loi au retrayant entre la cession et le remboursement de ses parts n'a pu être remis en cause par des textes réglementaires d'application (Civ., 1^{ère}, 16 fév. 2022)

Selon l'article 18 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, un associé peut se retirer de la société, soit qu'il cède ses parts sociales, soit que la société lui rembourse la valeur de ses parts. En vertu de l'article 21 de la même loi, lorsqu'un associé le demande, la société est tenue, soit de faire acquérir ses parts par d'autres associés ou des tiers, soit de les acquérir elle-même, dans les conditions déterminées par le décret particulier à chaque profession. Aux termes de l'article 28 du décret n° 69-1274 du 31 décembre 1969, dans le cas où la société refuse de consentir à la cession, elle dispose d'un délai de six mois à compter de la notification de son refus par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour notifier, dans la même forme, à l'associé qui persiste dans son intention de céder ses parts sociales et conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 19 de la loi du 29 novembre 1966 précitée, un projet de cession ou de rachat de celles-ci. Aux termes de l'article 31 du décret précité, lorsqu'un associé demande son retrait de la société en cédant la totalité de ses parts sociales, il est procédé conformément aux dispositions des articles 27 et 28.

Il en résulte qu'en application des dispositions précitées de la loi, l'associé a le choix de présenter un tiers cessionnaire ou d'obtenir le remboursement de ses parts sociales par la société et que ce choix n'a pu être remis en cause par des textes réglementaires d'application.

15. AMF : le f du paragraphe II de l'art. L. 621-15 CMF est contraire à la Constitution, mais non le c du paragraphe III (CC, 28 janv. 2022)

Le f du paragraphe II de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, est contraire à la Constitution.

La déclaration d'inconstitutionnalité prend effet dans les conditions suivantes. D'une part, les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée, ne sont plus en vigueur. D'autre part, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans les procédures en cours par la personne poursuivie en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution lorsqu'elle a préalablement fait l'objet de poursuites sur le fondement de l'article L. 642-2 du Code monétaire et financier.

En revanche, le c du paragraphe III du même article, qui ne méconnaît pas le principe de nécessité des délits et des peines, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution.

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

16. Cautionnement : la disproportion des engagements de cautions mariées sous le régime légal doit s'apprécier au regard de l'ensemble de leurs biens et revenus propres et communs (Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022)

La disproportion des engagements de cautions mariées sous le régime légal doit s'apprécier au regard de l'ensemble de leurs biens et revenus propres et communs. C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis et au vu des revenus des cautions, de leurs charges et de leur patrimoine qu'une cour d'appel a estimé que les cautionnements souscrits étaient manifestement disproportionnés et que la banque créancière ne rapportait pas la preuve qu'à la date où elles avaient été appelées en paiement, leur patrimoine leur permettait de faire face à leurs obligations.

17. Cautionnement : l'obligation de garantie de la caution et celle de la sous-caution prennent naissance à la date à laquelle le débiteur contracte la dette principale (Com., 9 fév. 2022)

L'obligation de garantie de la caution, qui ne devient exigible que dans l'hypothèse où le débiteur principal ne remplit pas ses obligations envers son créancier, a pour objet de couvrir les dettes que le débiteur a contractées pendant la période de couverture de cet engagement. Elle prend donc naissance à la date à laquelle le débiteur principal contracte ces dettes.

L'obligation de la sous-caution, qui a pour objet de garantir la caution non pas contre le risque auquel cette dernière est exposée de devoir payer le créancier à la place du débiteur principal défaillant mais contre celui de ne pas pouvoir obtenir du débiteur principal le remboursement des sommes qu'elle a payées pour son compte en exécution de son propre engagement, prend naissance à la même date et couvre l'intégralité de ces sommes, peu important la date de leur exigibilité et le fait que les paiements ont été effectués par la caution après l'expiration de la période de couverture de l'engagement de la sous-caution.

18. Cautionnement : les art. L. 133-18 et 24 CMF ne font pas obstacle à la mise en œuvre, par la caution de l'utilisateur, de la responsabilité contractuelle de droit commun de la banque (Com., 9 fév. 2022)

Les articles L. 133-18 et L. 133-24 du Code monétaire et financier, pris pour la transposition de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, prévoyant le remboursement immédiat des opérations de paiement non autorisées signalées par l'utilisateur à la banque, dans le délai de treize mois, pris pour la transposition de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, ne font pas obstacle à la mise en œuvre, par la caution de cet utilisateur, de la responsabilité contractuelle de droit commun de la banque.

19. Prêt d'argent : point de départ du délai de prescription de l'action en déchéance du droit aux intérêts (Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2022)

Lorsque la simple lecture de l'offre de prêt permet à l'emprunteur de déceler son irrégularité, le point de départ du délai de prescription de l'action en déchéance du droit aux intérêts se situe au jour de l'acceptation de l'offre, sans report possible tiré de la révélation postérieure d'autres irrégularités.

20. Obligation d'information de la banque relatives à l'ouverture d'un plan d'épargne en actions (Com., 9 fév. 2022)

L'article 1^{er} du décret n° 92-797 du 17 août 1992 dispose que l'ouverture d'un plan d'épargne en actions (PEA) fait l'objet d'un contrat écrit et que ce contrat informe le souscripteur qu'il ne peut être ouvert qu'un plan par contribuable ou par chacun des époux soumis à une imposition commune. Il en résulte que la seule obligation qui pèse sur la banque à cet égard est de proposer aux souscripteurs un contrat comportant la mention précitée.

21. Appréciation de la clause résolutoire d'un contrat de location financière dans le cadre de l'art. 1171 C. civ. (Com., 26 janv. 2022)

Cf. brèves n° 1 à 3.

22. Assurance dommages-ouvrage : caractère définitif de l'offre de l'assureur à l'issue du délai prévu à l'art. L. 242-1, al. 4, C. ass. et restitution de l'indu (Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022)

Selon l'article L. 242-1, alinéa 4, du Code des assurances, lorsqu'il accepte la mise en jeu des garanties prévues au contrat, l'assureur présente, dans un délai maximal de quatre-vingt-dix jours, courant à compter de la réception de la déclaration du sinistre, une offre d'indemnité, revêtant le cas échéant un caractère provisionnel et destinée au paiement des travaux de réparation des dommages. En cas d'acceptation, par l'assuré, de l'offre qui lui a été faite, le règlement de l'indemnité par l'assureur intervient dans un délai de quinze jours. Selon l'article 1235, alinéa 1^{er}, du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.

Il résulte de ces dispositions que l'assureur ne peut plus contester, après l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours, la définition des travaux propres à remédier aux dommages déclarés et dont il a offert l'indemnisation. Il en résulte, encore, que l'assureur ne peut réclamer la restitution d'indemnités affectées par l'assuré à l'exécution des travaux que cette indemnité était destinée à financer.

23. Une clause d'exclusion ne peut être tenue pour formelle et limitée dès lors qu'elle doit être interprétée (Civ. 2^{ème}, 20 janv. 2022)

Une clause d'exclusion ne peut être tenue pour formelle et limitée, au sens de l'article L. 113-1, alinéa 1, du Code des assurances, dès lors qu'elle doit être interprétée.

Viola ce texte une cour d'appel qui, pour faire application d'une clause excluant de la garantie « les dommages intentionnellement causés ou provoqués par toute personne assurée ou avec sa complicité », retient que les dommages résultant d'un incendie intentionnellement déclenché par l'assuré sont, dans les termes clairs et précis d'une clause formelle et limitée, exclus de la garantie de l'assureur, qu'ils aient été voulus et donc causés par leur auteur, ou qu'ils soient une conséquence involontaire de l'incendie déclenché par ce dernier qui les a ainsi provoqués, procédant ainsi à l'interprétation d'une clause d'exclusion ambiguë, ce dont il résulte qu'elle n'était ni formelle ni limitée.

24. Appréciation du caractère indemnitaire ou non de prestations versées par des institutions de prévoyance
(Civ. 2^{ème}, 20 janv. 2022)

Aux termes de l'article L. 931-11 du Code de la sécurité sociale, pour le paiement des prestations à caractère indemnitaire, les institutions de prévoyance sont subrogées jusqu'à concurrence de ces prestations dans les droits et actions du participant, du bénéficiaire ou de leurs ayants droit contre les tiers responsables.

Prive sa décision de base légale une cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'imputation du capital-décès et des rentes éducation sur le préjudice économique des ayants droit, énonce qu'il n'est pas démontré que ces prestations auraient un caractère indemnitaire, et ajoute que le fait que la rente éducation versée aux enfants de la victime soit d'un montant identique, nonobstant leur différence d'âge, « plaide », au contraire, pour un caractère forfaitaire, se déterminant ainsi en considération du seul montant des rentes éducation, alors que l'assureur soutenait que l'ensemble des prestations versées revêtaient un caractère indemnitaire, dès lors qu'elles avaient été fixées en fonction des revenus de la défunte, et qu'elles n'étaient, de ce fait, pas indépendantes, dans leurs modalités de calcul et d'attribution, de celles de la réparation du préjudice selon le droit commun, de sorte que la cour d'appel aurait dû rechercher quel était le mode de détermination des prestations en cause.

25. Le point de départ de la prescription de l'action de l'assureur subrogé est identique à celui de la prescription de l'action du subrogeant (Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022)

Cf. brève n° 10.

26. L'EIOPA lance une consultation sur les produits d'investissements en assurance (Comm. EIOPA, 28 janv. 2022)

L'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (EIOPA) lance une consultation publique relative à la protection des investisseurs de détail sur les produits d'investissements en assurance (*retail investor protection in relation to the sale of Insurance-Based Investment Products – IBIPs*).

FISCAL

27. Imposition des plus-values résultant de la cession à titre onéreux de titres financiers au moyen d'un crédit-vendeur : les mots « les gains nets retirés des cessions à titre onéreux » figurant au 1 du paragraphe I de l'article 150-0 A du Code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, sont conformes à la Constitution (CC., 14 janv. 2022)

Le paragraphe I de l'article 150-0 A du Code général des impôts, dans cette rédaction, prévoit :

« 1. Sous réserve des dispositions propres aux bénéfices industriels et commerciaux, aux bénéfices non commerciaux et aux bénéfices agricoles ainsi que des articles 150 UB et 150 UC, les gains nets retirés des cessions à titre onéreux, effectuées directement, par personne interposée ou par l'intermédiaire d'une fiducie, de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres mentionnés au 1° de l'article 118 et aux 6° et 7° de l'article 120, de droits portant sur ces valeurs, droits ou titres ou de titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, sont soumis à l'impôt sur le revenu.

« 2. Le complément de prix reçu par le cédant en exécution de la clause du contrat de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux par laquelle le cessionnaire s'engage à verser au cédant un complément de prix exclusivement déterminé en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société dont les titres sont l'objet du contrat, est imposable au titre de l'année au cours de laquelle il est reçu.

« Le gain retiré de la cession ou de l'apport d'une créance qui trouve son origine dans une clause contractuelle de complément de prix visée au premier alinéa est imposé dans les mêmes conditions au titre de l'année de la cession ou de l'apport.

« 3. (abrogé)

« 4. Les sommes ou valeurs attribuées en contrepartie de titres pour lesquels l'option pour l'imputation des pertes a été exercée dans les conditions du deuxième alinéa du 12 de l'article 150-0 D sont imposables au titre de l'année au cours de laquelle elles sont reçues, à hauteur de la perte imputée ou reportée ».

Les dispositions contestées prévoient que sont soumises à l'impôt sur le revenu les plus-values de cession à titre onéreux de valeurs mobilières, de droits sociaux et de titres assimilés. Il résulte d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat que la date à laquelle la cession doit être regardée comme réalisée est celle à laquelle s'opère le transfert de propriété, indépendamment des modalités de paiement et des événements postérieurs à ce fait générateur.

En premier lieu, en application de l'article 1583 du Code civil, la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Ainsi, à la date de la vente, le contribuable a acquis une créance certaine dont il peut disposer librement.

En second lieu, d'une part, le fait qu'une partie du prix de cession doive être versée de manière différée par le cessionnaire au contribuable, le cas échéant par le biais d'un crédit-vendeur, relève de la forme contractuelle qu'ils ont librement choisie. D'autre part, la circonstance que des événements postérieurs affectent le montant du prix effectivement versé au contribuable est sans incidence sur l'appréciation de ses capacités contributives au titre de l'année d'imposition.

Il en résulte que les mots « les gains nets retirés des cessions à titre onéreux » figurant au 1 du paragraphe I de l'article 150-0 A du Code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, sont conformes à la Constitution.

28. Revenus issus de la cession d'une partie des parts d'un partnership de droit américain (CE, 2 fév. 2022)

Les revenus issus de la cession d'une participation dans un partnership de droit américain ne sauraient être regardés comme ayant été réalisés par l'intermédiaire de cette entité pour l'application du 4 de l'article 7 de la convention franco-américaine du 31 août 1994 relatif aux bénéfices des entreprises et relèvent de l'article 13 de cette convention relatif aux gains en capital.

Dès lors que la cession d'une partie des parts d'une telle entité n'est pas constitutive d'une aliénation portant sur l'intégralité d'un établissement stable ou sur des biens mobiliers inscrits à l'actif d'un tel établissement, le a du 3 de cet article 13 n'est pas applicable aux revenus issus de cette cession. ...Par suite, en vertu des stipulations résiduelles du 6 du même article, ces gains sont imposables dans l'Etat de résidence du cédant.

- 29. L'application, aux contestations des retenues à la source prélevées sur les dividendes de source française perçues par une société non-résidente, d'un délai de réclamation, prévu au b de la seconde partie de l'article R. 196-1 du LPF, d'une durée inférieure à celui prévu au b de la première partie du même article, applicable à la réclamation d'une société résidente contestant l'impôt sur les sociétés dû à raison de ces mêmes dividendes, sans que cette différence soit justifiée par une différence objective de situation, méconnaît le principe d'équivalence garanti par le droit de l'Union (CE, 2 fév. 2022)**

Le principe d'équivalence garanti par le droit de l'Union européenne impose que les modalités procédurales de traitement de situations trouvant leur origine dans l'exercice d'une liberté garantie par le droit de l'Union ne soient pas moins favorables que celles concernant le traitement de situations purement internes. Lorsqu'il apparaît que le contribuable non-résident a été effectivement traité de manière défavorable, il appartient à l'administration fiscale et, le cas échéant, au juge de l'impôt, d'appliquer au contribuable non-résident des règles procédurales de nature à rétablir une équivalence de traitement.

Il en résulte que l'application, aux contestations des retenues à la source prélevées sur les dividendes de source française perçues par une société non-résidente, d'un délai de réclamation, prévu au b de la seconde partie de l'article R. 196-1 du LPF, d'une durée inférieure à celui prévu au b de la première partie du même article, applicable à la réclamation d'une société résidente contestant l'impôt sur les sociétés dû à raison de ces mêmes dividendes, sans que cette différence soit justifiée par une différence objective de situation, méconnaît le principe d'équivalence garanti par le droit de l'Union. Par suite et dans un tel cas, il y a lieu d'écarter l'application du b de la seconde partie de l'article R. 196-1 du LPF.

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il y a lieu d'appliquer le b de la première partie de l'article R. 196-1 du LPF dont il résulte que le délai de réclamation expire le 31 décembre de la deuxième année suivant celle du versement de l'impôt contesté lorsque cet impôt n'a pas donné lieu à l'établissement d'un rôle ou à la notification d'un avis de mise en recouvrement. Ce b de la première partie de l'article R. 196-1 du LPF s'applique indifféremment à toute réclamation, que le contribuable invoque une violation du droit de l'Union ou une disposition de droit interne. Il aménage un délai de réclamation suffisant. Par suite, il ne méconnaît pas les principes d'équivalence et d'effectivité.

Par ailleurs, en prévoyant un délai de réclamation expirant au 31 décembre de la deuxième année suivant celle du paiement de l'impôt, le b de la première partie de l'article R. 196-1 du LPF n'instaure, par lui-même, aucune différence de traitement entre sociétés résidentes et sociétés non-résidentes. La circonstance que la date de paiement de l'impôt diffère selon qu'il s'agisse du prélèvement de retenues à la source pour les sociétés non-résidentes ou du paiement de l'impôt sur les sociétés pour les sociétés résidentes, est inhérente à la différence de technique d'imposition liée à des modalités de recouvrement différentes et ne confère, en tout état de cause, aux sociétés résidentes aucun avantage constitutif d'une entrave à la libre circulation des capitaux.

- 30. Est suffisamment motivée la proposition de rectification remettant en cause un avantage fiscal qui se borne à faire état du retrait de l'agrément et à indiquer, en termes généraux, les motifs de ce retrait, sans annexer cette décision de retrait ou en reproduire de façon suffisamment précise les motifs (CE, 3 fév. 2022)**

Le retrait de l'agrément du ministre chargé du budget auquel est subordonné dans certains cas, en vertu du IV de l'article 199 undecies C du Code général des impôts, la réduction d'impôt prévue à cet article entraîne, en vertu du V de ce même article, la reprise de la réduction d'impôt. Ce retrait constitue dès lors, en lui-même, le motif justifiant la remise en cause de l'avantage fiscal.

Par suite, est suffisamment motivée la proposition de rectification remettant en cause cet avantage fiscal qui se borne à faire état du retrait de l'agrément et à indiquer, en termes généraux, les motifs de ce retrait, sans annexer cette décision de retrait ou en reproduire de façon suffisamment précise les motifs.

31. La procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF s'applique uniquement en cas de rectification notifiée par l'administration fiscale (CE, 4 fév. 2022)

Il résulte de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales (LPF), dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008, et du IX de l'article 35 de cette loi que la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF s'applique uniquement en cas de rectification notifiée par l'administration fiscale.

Si un acte de droit privé opposable aux tiers est en principe opposable dans les mêmes conditions à l'administration tant qu'il n'a pas été déclaré nul par le juge judiciaire, il appartient à l'administration, lorsque se révèle une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public, d'y faire échec même dans le cas où cette fraude revêt la forme d'un acte de droit privé. Ce principe peut conduire l'administration à ne pas tenir compte d'actes de droit privé opposables aux tiers et s'applique également en matière fiscale, dès lors que le litige n'entre pas dans le champ d'application des dispositions particulières de l'article L. 64 du LPF qui, lorsqu'elles sont applicables, font obligation à l'administration fiscale de suivre la procédure qu'elles prévoient.

Ainsi, hors du champ de ces dispositions, l'administration, qui peut toujours écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors qu'elle établit que ces actes ont un caractère fictif, peut également se fonder sur le principe qui vient d'être rappelé pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles.

32. Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (OCDE, 20 janv. 2022)

L'OCDE publie l'édition 2022 des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales.

33. Signature d'une nouvelle convention fiscale bilatérale entre la France et le Danemark (Communiqué Ministère de l'économie, 4 fév. 2022)

Bruno Le Maire, ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance de la République française, et Nicolai Wammen, ministre des Finances du Royaume de Danemark, ont signé aujourd'hui vendredi 4 février 2022, une nouvelle convention fiscale bilatérale, en présence du député français Alexandre Holroyd, de la troisième circonscription des Français établis hors de France.

La signature de cette nouvelle convention fiscale revêt une grande importance au regard du poids économique des relations entre le Danemark et la France et met fin à treize années d'absence de convention bilatérale entre les deux pays.

La France est le premier pays d'accueil des investissements danois en Europe en 2020, devant le Royaume-Uni, et les 400 filiales d'entreprises danoises présentes en France emploient plus de 40 000 personnes. En

parallèle, de l'ordre de 9 milliards d'euros d'investissements directs français ont été enregistrés au Danemark en 2020, malgré la crise sanitaire.

Cette nouvelle convention fiscale constitue par conséquent une avancée importante dans la relation de confiance qu'entretiennent les deux pays et contribuera à renforcer les liens sur le plan économique et financier. Elle offrira un cadre conventionnel bilatéral à l'élimination des doubles impositions, y compris en matière de pensions, tout en permettant de prévenir les abus, l'évasion et la fraude fiscale, conformément aux standards internationaux les plus récents, auxquels la France et le Danemark attachent une importance particulière. Elle contient également de nombreuses dispositions favorables aux intérêts économiques des deux parties et au développement des investissements de leurs entreprises respectives.

L'entrée en vigueur du nouveau texte interviendra à l'issue du processus de ratification législatif à venir.

34. Une société tunisienne n'ayant pas réalisé de chiffre d'affaires en Tunisie mais ayant été soumise à l'IS dans ce pays doit être regardée comme résidente de Tunisie pour l'application de la convention fiscale franco-tunisienne (CE, 9e et 10e ch., 2 févr. 2022, n° 443018)

Il résulte des termes mêmes du paragraphe 1 de l'article 3 de la convention franco-tunisienne du 28 mai 1973, qui définissent le champ d'application de la convention, conformément à son objet principal qui est d'éviter les doubles impositions, que les personnes qui ne sont pas soumises à l'impôt en cause par la loi de l'État concerné à raison de leur statut ou de leur activité ne peuvent être regardées comme assujetties au sens de ces stipulations.

Par ailleurs, et pour les personnes qui ne sont assujetties que partiellement à l'impôt, il résulte du même paragraphe 1 de l'article 3 de cette convention que, pour son application, la qualité de résident d'un État contractant est subordonnée à la seule condition que la personne qui s'en prévaut soit assujettie à l'impôt dans cet État en raison de son domicile, de sa résidence ou d'un lien personnel analogue et non en raison de la seule existence de revenus y trouvant leur source.

En l'espèce, le litige portait sur une société de droit tunisien, dont le siège est situé à Tunis, et n'étant exonérée, en tant qu'entreprise dite « totalement exportatrice » qu'à raison de bénéfices provenant de l'exportation mais non de ceux susceptibles de provenir d'une activité réalisée en Tunisie.

Alors même que la société n'a pas réalisé de chiffre d'affaires sur le marché local pendant la période en litige, elle est soumise à l'impôt sur les sociétés en Tunisie à raison de son activité. Par suite, pour l'application de l'article 3 de la convention fiscale entre la France et la Tunisie, la société doit être regardée comme résidente de ce dernier État.

35. TVA sur marge (suite de l'arrêt Icade Promotion) (Rép. Min., 1er fév. 2022)

L'administration sanctuarise les conditions d'application actuelle du régime de la marge dans l'attente d'un aménagement de sa doctrine pour tirer les conséquences de l'arrêt Icade Promotion (CJUE, aff. C-299/20, arrêt du 30 septembre 2021).

Cet arrêt devrait entraîner, selon toute vraisemblance, une réduction du champ d'application du régime de la marge dont l'ampleur devra être précisée par l'administration dans un calendrier qui n'est pas encore connu et qui dépend du délai dans lequel le Conseil d'Etat rendra sa décision. Cette situation génère une incertitude sur le sort fiscal de toutes les cessions de biens immobiliers acquis sans TVA entrant dans le champ de l'article 268 du CGI.

Par une réponse ministérielle publiée au Journal officiel du 1er février 2022 à une question écrite de M. le député Romain Grau, le ministre confirme que les modalités actuelles d'application du régime de la marge

commentées au BOFIP sous les références BOI-TVA-IMM-10-20-10 demeurent opposables sur le fondement de l'article L 80 A du livre des procédures fiscales aussi longtemps que la mise à jour tirant les conséquences de l'arrêt *lcade* n'est pas effectuée, y compris s'agissant d'opérations intervenues postérieurement à la publication des nouveaux commentaires mais pour lesquelles l'acquisition du bien sera intervenue ou aura fait l'objet d'un compromis de vente antérieurement à cette publication.

Autrement dit, les conséquences de l'arrêt de la CJUE ne concerneront que la revente de biens acquis à compter de la mise à jour de la doctrine administrative qui n'interviendra en tout état de cause, selon l'administration, qu'après l'arrêt du Conseil d'Etat et à l'issue d'une concertation avec les acteurs du secteur de l'immobilier.

36. Abus de droit pour absence de substance économique et management package au programme de l'affaire *Wendel-Editis* (CE, 28 janvier 2022, n° 433965)

Le Conseil d'Etat confirme l'existence d'un abus de droit à raison de la mise en place d'un montage artificiel transfrontalier.

Le Conseil d'Etat rappelle que pour la CAA de Paris la société belge P, était dénuée de substance économique (absence de locaux, de moyens, de personnel, aucune autonomie de gestion sur ces titres). Le Conseil d'Etat confirme que ce qui était constitutif d'un abus de droit fiscal ce n'était pas le fait créer une société en Belgique, notamment en vue de la transmission du patrimoine aux enfants mais, la création d'une société en Belgique ayant eu pour seul objectif de permettre à M. H résident fiscal français, de faire échapper la PV de cession à son imposition en France.

Dans trois arrêts de principe du 13 juillet 2021, le Conseil d'Etat avait précisé que les gains résultant de l'acquisition, de l'exercice et de la cession de BSA/COA sont imposables dans la catégorie des traitements et salaires (et donc pas en plus-value mobilière) dès lors qu'un lien avec les fonctions de dirigeant ou de salarié du bénéficiaire peut être suffisamment caractérisé.

Le Conseil d'Etat fait application de cette nouvelle grille de lecture fiscale dans la présente affaire.

37. Question d'une députée sur le traitement juridique et fiscal réservé à la commercialisation des Non Fongibles Tokens (« NFT ») (question posée au Gouvernement le 25 janvier 2022)

Comme le souligne la députée, les NFT, n'ont à ce jour, pas été qualifiés d'un point de vue juridique. Le droit fiscal étant un droit de superposition, le régime fiscal des cessions de NFT est malheureusement très incertain.

S'agissant de cette qualification juridique, la députée précise que l'une des approches possible et évoquée par les praticiens pourrait être d'établir une assimilation des NFT à la notion d'œuvres d'art au sens de l'article L. 111-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Or, le régime fiscal des œuvres d'art est aujourd'hui bien connu et codifié aux articles 150VI à 150VM du Code général des impôts.

La parlementaire a donc demandé au Gouvernement qu'il lui précise le régime fiscal applicable en cas de cession à titre habituel de NFT et en cas d'échange d'un NFT contre une crypto-monnaie.

38. Nouveau régime fiscal belge applicable aux impatriés (remplacement du régime des « cadres étrangers »)

Depuis le 1er janvier 2022, le régime spécial d'imposition belge des impatriés a remplacé le régime des cadres étrangers de la Circulaire de 1983. Le nouveau régime est intégré dans le Code des impôts sur les revenus 1992 : nouveaux articles 32/1 & 32/2 CIR 92.

Ce nouveau régime veut simplifier les conséquences fiscales liées au bénéfice de ce régime spécial d'imposition, par l'exonération au titre de frais propres à l'employeur de maximum 30% de la rémunération (plafond à 90k€ par an).

Ce remplacement a de nombreuses conséquences, et requiert des actions à entreprendre pour bénéficier du régime :

- Pour les bénéficiaires de l'ancien régime des cadres étrangers (action à entreprendre avant le 31 juillet 2022) ;
- Pour les impatriés qui ont rejoint la société (ou son établissement belge ou l'association) depuis moins de 5 ans (action à entreprendre avant le 31 juillet 2022).

Une période transitoire peut être appliquée jusqu'à fin 2023.

39. Sociétés écrans dans le viseur : critères et indicateurs de substance enfin dévoilés par la Commission européenne (Comm., Commission européenne, 22 déc. 2021)

La Commission européenne a présenté le 22 décembre 2021 une proposition de Directive visant à combattre les sociétés intermédiaires.

Cette proposition va influencer la manière de structurer les groupes, et doit déjà être prise en compte dès maintenant dans l'évaluation des structurations existantes et à venir. Sont visées par cette proposition de directive les entreprises qui exercent une activité économique, mais qui sont dotées d'une substance insuffisante, et qui sont susceptibles d'être utilisées dans le but d'obtenir abusivement des avantages fiscaux (double test). Ces sociétés intermédiaires visées par la proposition de Directive sont des « sociétés écrans ».

RESTRUCTURATIONS

—

40. Dirigeant ayant conscience de la cessation des paiements après à la date à laquelle elle a été reportée mais avant l'expiration du délai légal (Com., 12 janv. 2022)

Le dirigeant qui n'a pas conscience de la cessation des paiements à la date à laquelle elle a été reportée la date de cessation des paiements de la société qu'il dirigeait peut néanmoins se voir reprocher le fait d'avoir omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure collective dans le délai légal, dès lors qu'il est établi par des défauts de paiements de charges ultérieurs que bien qu'ayant alors conscience de l'état de cessation des paiements, il n'a pas formé cette demande dans le délai de quarante-cinq jours prévu par l'article L. 653-8, alinéa 3, du Code de commerce.

41. A défaut d'avis donné au comptable public en application de l'art. R. 626-39, al. 2, C. com., le délai de forclusion de l'art. L. 622-24, al. 4, est inopposable (Com., 2 fév. 2022)

Il résulte de l'article L. 622-24, alinéa 4, du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, que si une procédure administrative d'établissement de l'impôt a été engagée, l'établissement définitif des créances fiscales déclarées à titre provisionnel doit être effectué avant le dépôt au greffe du compte-rendu de fin de mission par le mandataire judiciaire.

L'article R. 626-39, alinéa 2, du même Code, pris en application de ce texte, précise que le mandataire judiciaire, informé de la mise en œuvre d'une telle procédure, avise le comptable public compétent, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, du dépôt de son compte-rendu de mission quinze jours au moins avant sa date.

Cette dernière disposition, qui a pour finalité de porter à la connaissance du comptable public la date de l'expiration du délai qui lui est imparti, dont il ne pourrait être autrement informé, rend inopposable le délai de forclusion de l'article L. 622-24, alinéa 4, du Code de commerce, lorsque le mandataire judiciaire n'a pas accompli cette diligence.

42. La disparition du fonds de commerce d'un débiteur, qui entraîne la cessation de l'activité de celui-ci, ne fait pas nécessairement obstacle à l'exécution du plan (Com., 2 fév. 2022)

Il résulte des articles L. 626-27 et L. 631-19 du Code de commerce qu'un plan de sauvegarde ou de redressement ne peut être résolu qu'en cas de cessation des paiements constatée au cours de l'exécution du plan ou d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements dans les délais fixés par le plan.

La disparition du fonds de commerce du débiteur, qui entraîne la cessation de l'activité de celui-ci, ne faisant pas nécessairement obstacle à l'exécution du plan, doit être approuvée une cour d'appel qui, ayant constaté que le débiteur était à jour du paiement des dividendes prévus au plan et que celui-ci était respecté, rejette la demande de résolution du plan formée par un créancier sur le fondement de l'article L. 626-27, I, alinéa 2, du Code de commerce.

43. L'époux commun en biens codébiteur solidaire d'un emprunteur en liquidation ne peut invoquer l'interdiction de reprise des poursuites prévue à l'art. L. 643-11 C. com. (Com., 2 fév. 2022)

L'époux commun en biens, codébiteur solidaire d'un emprunteur objet d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, ne peut invoquer l'interdiction de reprendre les poursuites contre son conjoint prévue par l'article L. 643-11 du Code de commerce qui ne lui profite pas en raison de sa qualité de débiteur tenu d'une obligation distincte.

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

—

44. Construction : point de départ du délai de l'action récursoire du constructeur en garantie des vices cachés contre le vendeur et le fabricant (Civ. 3^{ème}, 16 fév. 2022)

Les vices affectant les matériaux ou les éléments d'équipement mis en œuvre par un constructeur ne constituent pas une cause susceptible de l'exonérer de la responsabilité qu'il encourt à l'égard du maître de l'ouvrage, quel que soit le fondement de cette responsabilité. Sauf à porter une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, le constructeur dont la responsabilité est ainsi retenue en raison des vices affectant les matériaux qu'il a mis en œuvre pour la réalisation de l'ouvrage, doit pouvoir exercer une action récursoire contre son vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés sans voir son action enfermée dans un délai de prescription courant à compter de la vente initiale. Il s'ensuit que, l'entrepreneur ne pouvant pas agir contre le vendeur et le fabricant avant d'avoir été lui-même assigné par le maître de l'ouvrage, le point de départ du délai qui lui est imparti par l'article 1648, alinéa 1^{er}, du Code civil est constitué par la date de sa propre assignation et que le délai de l'article L. 110-4 I du Code de

commerce, courant à compter de la vente, est suspendu jusqu'à ce que sa responsabilité ait été recherchée par le maître de l'ouvrage.

45. Copropriété : la responsabilité du syndicat des copropriétaires au titre de l'art. 14 L. 1965 n'est pas exclusive de la responsabilité délictuelle encourue par un copropriétaire (Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2022)

Aux termes de l'article 31 du Code de procédure civile, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. Selon l'article 15 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, le syndicat des copropriétaires a qualité pour agir, tant en demandant qu'en défendant, même contre certains des copropriétaires, il peut notamment agir, conjointement ou non avec un ou plusieurs de ces derniers, en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble ; tout copropriétaire peut néanmoins exercer seul les actions concernant la propriété ou la jouissance de son lot, à charge d'en informer le syndic. Selon l'article 14 de la même loi, le syndicat des copropriétaires est responsable des dommages causés aux copropriétaires ou aux tiers par le vice de construction ou le défaut d'entretien des parties communes, sans préjudice de toutes actions récursoires.

La responsabilité du syndicat de copropriétaires au titre de l'article 14 précité n'est pas exclusive de la responsabilité délictuelle encourue par un copropriétaire.

46. Copropriété : aucun texte n'impose au syndic d'envoyer par voie postale une copie des pièces justificatives des charges mentionnées à l'art. 18-1 L. 1965 aux copropriétaires (Civ. 3^{ème}, 9 fév. 2022)

Aucun texte n'impose au syndic d'envoyer par la voie postale une copie des pièces justificatives des charges de la copropriété mentionnées à l'article 18-1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 aux copropriétaires qui le demanderaient, quand bien même ils accompagneraient leur demande d'un chèque pour défrayer le syndic.

47. Copropriété : action en nullité du mandat du syndic pour défaut d'ouverture du compte séparé intentée par un copropriétaire ayant acquis cette qualité après la désignation du syndic (Civ. 3^{ème}, 9 fév. 2022)

Il résulte de l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965 qu'à défaut d'ouverture, à l'expiration du délai de trois mois suivant sa désignation, d'un compte bancaire séparé au nom du syndicat des copropriétaires sur lequel sont versées sans délai toutes les sommes ou valeurs reçues au nom ou pour le compte du celui-ci, est nul de plein droit le mandat du syndic. Aux termes de l'article 31 du Code de procédure civile, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé, et, aux termes de l'article 32 du même Code, est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir.

La demande de constatation de la nullité de plein droit du mandat du syndic, faute pour celui-ci d'avoir soumis au vote de l'assemblée générale des copropriétaires la décision d'ouverture ou non d'un compte bancaire séparé, ne peut être formulée que par un copropriétaire.

Doit être censurée la cour d'appel qui déclare irrecevable une demande de constatation de la nullité de plein droit du mandat du syndic, au motif que la demanderesse n'est pas recevable, comme dépourvue de qualité à agir, à soutenir ce moyen de nullité pour la période antérieure au 28 février 2013, date à laquelle

elle a acquis la qualité de copropriétaire et, qu'à cette date, le syndic était titulaire d'un compte séparé qui avait été ouvert au plus tard le 3 juillet 2012, alors qu'elle avait constaté que ladite demanderesse avait acquis la qualité de copropriétaire au jour de l'introduction de la demande.

48. Copropriété : par l'effet rétroactif du partage, l'attributaire est censé être seul propriétaire des lots depuis le décès de son auteur et agir seul en annulation de l'AG (Civ. 3^{ème}, 9 fév. 2022)

Aux termes de l'article 883, alinéa 1^{er}, du Code civil, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. Selon l'article 42, alinéa 2, de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, les actions en contestation des décisions des assemblées générales doivent, à peine de déchéance, être introduites par les copropriétaires opposants ou défaillants, dans un délai de deux mois à compter de la notification qui leur en est faite.

Par l'effet rétroactif du partage, l'attributaire [nb : ayant, en l'espèce, introduit l'action avec son coïndivisaire] est censé être seul propriétaire des lots de copropriété depuis le décès de son auteur et agir seul en annulation de l'assemblée générale sans qu'il y ait lieu à régularisation de l'acte introductif d'instance. Cassation de l'arrêt qui déclare son action irrecevable au motif que l'acte de partage n'a pas eu pour conséquence de régulariser rétroactivement sa situation au regard de la procédure de contestation de l'assemblée générale.

49. Vente immobilière : rétractation exercée autrement que par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (Civ. 3^{ème}, 2 fév. 2022)

Aux termes de l'article L. 271-1, alinéa 2, du Code de la construction et de l'habitation, l'acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes.

Ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour dire que l'envoi, par les acquéreurs, d'un courriel ne leur avait pas permis d'exercer régulièrement leur droit de rétractation, retient que ce mode de notification ne présente pas, pour la détermination de la date de réception ou de remise, des garanties équivalentes à celles de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qu'en effet, l'envoi d'un courriel ne permet ni d'identifier l'expéditeur et le destinataire ni d'attester sa date de réception, que si la loi du 7 octobre 2016 et son décret d'application du 9 mai 2018 affirment l'équivalence entre la lettre recommandée papier et la lettre recommandée électronique, il en résulte que cette équivalence ne peut être étendue à un simple courriel, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'envoi d'un tel document au notaire mandaté par le vendeur pour recevoir l'éventuelle notification de la rétractation, lequel a attesté en justice avoir reçu le courriel litigieux le 9 mai 2017 à 18 heures 25, n'avait pas présenté des garanties équivalentes à celles d'une notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

50. Bail d'habitation : seul l'usufruitier, ayant qualité de bailleur en vertu de son droit de jouissance, peut délivrer un congé et agir en validité du congé pour reprise (Com., 26 janv. 2022)

Il résulte de l'article 595 du Code civil et 122 du Code de procédure civile, que seul l'usufruitier, en vertu de son droit de jouissance sur le bien dont la propriété est démembrée, peut, en sa qualité de bailleur, agir en validité du congé pour reprise, et que le défaut de qualité à agir constitue une fin de non-recevoir. Selon

les articles 329 et 330 du Code de procédure civile, l'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme, elle est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie.

Viole ces textes la cour d'appel qui, pour déclarer recevable l'action du nu-propriétaire, après avoir donné acte de son intervention à l'usufruitier, retient que ce dernier est intervenu volontairement à la procédure pour soutenir l'action alors que seule l'intervention de l'usufruitier à titre principal pour se substituer au nu-propriétaire et élever des prétentions pour son propre compte, était de nature à permettre d'écarter la fin de non-recevoir opposée par la locataire.

Il résulte de l'article 595, alinéa 1, du Code civil que seul l'usufruitier, ayant qualité de bailleur en vertu de son droit de jouissance sur le bien dont la propriété est démembrée, peut délivrer un congé et agir en validité du congé pour reprise. Selon l'article 25-8, alinéa 3, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, à peine de nullité, le congé donné par le bailleur doit indiquer le motif allégué et, en cas de reprise, les nom et adresse du bénéficiaire de la reprise ainsi que la nature du lien existant entre le bailleur et le bénéficiaire de cette reprise qui ne peut être que le bailleur, son conjoint, le partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, de son partenaire ou de son concubin notoire. Par l'effet combiné de ces dispositions, les conditions de la validité du congé pour reprise ne peuvent être appréciées qu'au regard du lien existant entre le bénéficiaire de la reprise et l'usufruitier.

Cassation de l'arrêt qui, pour valider le congé, pour reprise, notifié par le nu-propriétaire, retient que ce congé respecte les dispositions légales, dès lors qu'il précise que le bénéficiaire de la reprise est sa belle-fille et que ce lien avec celle-ci est établi par la production d'un certificat de vie commune depuis plus d'une année à la date de délivrance du congé avec la mère de la bénéficiaire dont le livret de famille est produit.

51. Bail d'habitation : application immédiate de l'art. 15, I, L. 1989, réd. L. 24 mars 2014 (Civ. 3^{ème}, 9 fév. 2022)

Il résulte de l'article 2 du Code civil que la loi nouvelle régit les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées. Selon l'article 15, I, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, lorsqu'il donne congé à son locataire pour reprendre le logement, le bailleur justifie du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise. En cas de contestation, le juge peut, même d'office, vérifier la réalité du motif de congé. Il peut notamment déclarer non valide le congé si la non-reconduction du bail n'apparaît pas justifiée par des éléments sérieux et légitimes.

Cassation de l'arrêt qui, pour déclarer un congé valable, retient que, si la loi du 24 mars 2014 a reconnu au juge le pouvoir de contrôler a priori la réalité et le sérieux du motif de congé invoqué, elle n'est pas applicable aux baux en cours à la date de son entrée en vigueur, alors que l'article 15, I, de la loi du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de la loi du 24 mars 2014, est applicable à la contestation du congé délivré après l'entrée en vigueur de cette loi, même si le bail a été conclu antérieurement à celle-ci.

52. Indivision : règlement d'échéances d'emprunts ayant permis l'acquisition d'un immeuble indivis, effectué par un indivisaire au moyen de ses deniers personnels (Civ. 1^{ère}, 26 janv. 2022)

Le règlement d'échéances d'emprunts ayant permis l'acquisition d'un immeuble indivis, lorsqu'il est effectué par un indivisaire au moyen de ses deniers personnels au cours de l'indivision, constitue une dépense nécessaire à la conservation de ce bien et donne lieu à indemnité sur le fondement de l'article 815-13, alinéa 1, du Code civil, peu important que le prêt soit un prêt amortissable ou un crédit relais.

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE

—

53. Le seul refus de la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative d'agréer des distributeurs remplissant les critères de sélection n'est pas prohibé (Com., 16 fév. 2022)

Ni le droit européen, ni le droit national de la concurrence ne prohibent le seul refus, par l'opérateur à la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative, d'agréer des distributeurs qui remplissent les critères de sélection, seule une mise en œuvre discriminatoire de ces derniers ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence ou un refus ayant le même objet ou effet étant prohibés par les articles 101 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-1 du Code de commerce.

54. Obligation de la tête d'un réseau de distribution et de réparation sélectives qualitatives en matière de sélection et bonne foi contractuelle (Com., 16 fév. 2022, même arrêt que ci-dessus)

Si pour assurer la libre concurrence sur le marché, le droit de la concurrence impose à la tête d'un réseau de distribution et de réparation sélectives qualitatives de déterminer les critères de sélection requis par la nature des biens distribués ou réparés ou des services effectués et de les mettre en œuvre uniformément et de manière non discriminatoire, cette exigence ne relève pas de l'obligation de bonne foi contractuelle.

55. L'action en parasitisme peut être mise en œuvre quels que soient le statut juridique ou l'activité des parties (Com., 16 fév. 2022)

L'action en parasitisme, fondée sur l'article 1382, devenu 1240, du Code civil, qui implique l'existence d'une faute commise par une personne au préjudice d'une autre, peut être mise en œuvre quels que soient le statut juridique ou l'activité des parties, dès lors que l'auteur se place dans le sillage de la victime en profitant indûment de ses efforts, de son savoir-faire, de sa notoriété ou de ses investissements.

Ayant constaté d'abord que la SPA, dont la notoriété est établie auprès du public français qui la place en troisième position des associations caritatives les plus connues, justifie d'investissements publicitaires pour une opération de communication dénonçant la maltraitance animale, qui a été relayée dans des médias nationaux, et ensuite qu'une association et une Fondation ont détourné ses affiches, sur leurs sites internet respectifs, pour traiter des causes qui leurs sont propres, quelques jours seulement après le lancement de la campagne nationale de la SPA, une cour d'appel, qui a établi l'utilisation, par l'association et la fondation, des outils de communication conçus et financés par la SPA, a pu en déduire, peu important la finalité de leurs campagnes respectives, qu'elles avaient commis des actes de parasitisme.

N'est donc pas fondé le moyen faisant notamment valoir que le parasitisme consiste pour un opérateur économique à se placer dans le sillage d'un autre pour tirer indûment un profit économique de la notoriété acquise ou des investissements consentis et qu'une campagne à des fins politiques n'a pas pour finalité de tirer un profit économique d'une notoriété acquise ou des investissements.

56. L'art. 1171 C. civ. sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des art. L. 442-6 C. com. et L. 212-1 C. consom. (Com., 26 janv. 2022)

Cf. brève n° 1.

57. L'art. 910-4 CPC ne s'oppose pas à l'examen d'office du caractère abusif d'une clause contractuelle par le juge national (Civ. 1^{ère}, 2 fév. 2022)

Le principe de concentration temporelle des prétentions posé par l'article 910-4 du Code de procédure civile ne s'oppose pas à l'examen d'office du caractère abusif d'une clause contractuelle par le juge national, qui y est tenu dès lors qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet.

58. Franchise : l'art. L. 341-2 C. com. issu de loi du 6 août 2015 ne peut s'appliquer à un contrat ayant trouvé son terme antérieurement à cette loi (Com., 16 fév. 2022)

Cf. brève n° 4.

IT – IP – DATA PROTECTION

59. CNIL : une consultation publique sur les caméras dites « intelligentes » ou « augmentées » dans les espaces publics (CNIL, 14 janv. 2022)

La CNIL lance une consultation publique sur un [projet de position](#) relatif aux conditions de déploiement des caméras dites « intelligentes » ou « augmentées » dans les espaces publics.

60. CNIL : réutilisation des données par un sous-traitant pour son propre compte (CNIL, 12 janv. 2022)

La CNIL rappelle les conditions auxquelles un sous-traitant peut réutiliser, pour son propre compte, les données personnelles qu'il traite pour le compte du responsable du traitement.

61. CNIL : recherche sur Internet de fuites d'informations (RIFI) (CNIL, 11 janv. 2022)

Un communiqué de la CNIL expose les règles applicables aux recherches sur Internet destinées à détecter une fuite de données, dites « Recherches sur Internet de fuites d'informations » (RIFI).

SOCIAL

62. Accord collectif suspendant les clauses contractuelles contraires du contrat de travail et prévoyant le licenciement économique des salariés refusant de l'appliquer (Soc., 16 fév. 2022)

D'une part, il résulte de l'article L. 2254-1 du Code du travail qu'un accord collectif ne peut modifier, sans l'accord des salariés concernés, les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail. D'autre part, selon l'article L. 2251-1 du même Code, un accord collectif ne peut déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public telles que celles relatives à la cause du licenciement.

Il en résulte que, sauf disposition légale contraire, un accord collectif ne peut suspendre les clauses contractuelles des contrats de travail qui lui seraient contraires et prévoir que le licenciement des salariés ayant refusé l'application de cet accord entraînant une modification de leur contrat de travail reposerait

sur un motif de licenciement et serait prononcé, indépendamment du nombre de salariés concernés, selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique.

63. Conditions d'opposabilité, aux anciens salariés, des modifications apportées à un régime de retraite surcomplémentaires (Soc., 19 janv. 2022)

Seul un accord collectif conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l'entreprise qui ont vocation à négocier pour l'ensemble des salariés et anciens salariés peut apporter, de façon opposable aux anciens cadres salariés adhérents de l'association, des modifications au régime de retraite surcomplémentaire à prestations définies et garanties.

64. Dates d'appréciation de la condition de transparence financière et d'approbation des comptes d'un syndicat professionnel (Soc., 2 fév. 2022)

C'est à la date de l'exercice de la prérogative syndicale que la condition de la transparence financière doit être appréciée et l'approbation des comptes d'un syndicat pour un exercice clos doit avoir lieu au plus tard à la clôture de l'exercice suivant.

65. Le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation (Soc., 26 janv. 2022)

Cassation de l'arrêt qui, pour débouter un salarié de sa demande en dommages-intérêts pour violation de la durée maximale du travail, après avoir constaté que le salarié avait travaillé 50,45 heures durant la semaine du 6 au 11 juillet 2015, retient que celui-ci doit démontrer très exactement en quoi ces horaires chargés lui ont porté préjudice et qu'en l'état des éléments soumis, ce préjudice n'est pas suffisamment démontré, alors que le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation.

66. Preuve des heures supplémentaires et courriels produits par le salarié (Soc., 16 fév. 2022)

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

Cassation de l'arrêt qui, pour débouter un salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et des repos compensateurs, constate que ce salarié produit un décompte hebdomadaire des heures supplémentaires qu'il dit avoir effectuées et verse aux débats des courriels attestant de l'amplitude de sa journée de travail et de l'obligation qui lui est faite de travailler jusqu'à 21 heures en moyenne, puis relève que, cependant, ces courriels en date du 14 octobre 2012 à 20h25 et du 18 février 2013 à 20h11 ne font pas preuve, en l'absence de réponse du salarié, que celui-ci les ait lus à l'heure de leur envoi et que le salarié ne produit qu'un courriel envoyé un samedi à 22h10 ne prouvant ni l'amplitude de sa journée de travail, ni les heures supplémentaires effectuées, pour en déduire que les éléments produits par le salarié ne sont pas de nature à étayer ses prétentions, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que le

salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, d'autre part, que ce dernier ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail, la cour d'appel ayant ainsi fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié.

67. Renonciation du salarié à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration du salaire (Soc., 26 janv. 2022)

Selon l'article L. 3121-45 dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. L'accord entre le salarié et l'employeur est établi par écrit. Le nombre de jours travaillés dans l'année ne peut excéder un nombre maximal fixé par l'accord prévu à l'article L. 3121-39. A défaut d'accord, ce nombre maximal est de deux cent trente-cinq jours. Un avenant à la convention de forfait conclue entre le salarié et l'employeur détermine le taux de la majoration applicable à la rémunération de ce temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %. En l'absence de conclusion d'un tel accord, le juge fixe, dans le respect du minimum de 10 %, le montant de la majoration applicable à la rémunération due en contrepartie du temps de travail excédant le forfait convenu.

Après avoir constaté l'absence d'accord écrit relatif à la renonciation des jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire et que l'employeur, qui en avait connaissance, avait payé les jours accomplis au-delà du forfait, de sorte que les parties étaient convenues de la renonciation aux jours de repos correspondants, une cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a estimé le montant des sommes restant dues au salarié en contrepartie des jours travaillés en dépassement du forfait de 215 jours fixés par la convention individuelle de forfait en jours.

N'est donc pas fondé le moyen de l'employeur faisant notamment valoir (i) que l'article L. 3121-45 subordonne le droit à majoration de rémunération à la renonciation préalable du salarié, avec l'accord de l'employeur, à une partie de ses jours de repos, (ii) qu'en l'absence d'avenant précisant un taux de majoration supérieur au taux légal de 10 %, le salarié a uniquement droit à celui-ci et (iii) que le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas reconnaissance de celui-ci de sorte que la cour d'appel ne pouvait considérer que le silence gardé par l'employeur valait reconnaissance de l'existence d'un accord des parties sur une majoration de 25 %.

68. Rupture conventionnelle : l'employeur qui entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence doit le faire au plus tard à la date de rupture fixée par la convention, impérativement (Soc., 26 janv. 2022)

La Cour de cassation juge qu'aux termes de l'article L. 1237-13 du Code du travail, la convention de rupture conclue entre un employeur et un salarié fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation par l'autorité administrative. Elle en a déduit que le délai de quinze jours au plus tard suivant la première présentation de la notification de la rupture dont dispose contractuellement l'employeur pour dispenser le salarié de l'exécution de l'obligation de non-concurrence a pour point de départ la date de la rupture fixée par la convention de rupture. (Soc., 29 janvier 2014, pourvoi n° 12-22.116, Bull. 2014, V, n° 35).

Elle décide également qu'en cas de rupture du contrat de travail avec dispense d'exécution du préavis par le salarié, la date à partir de laquelle celui-ci est tenu de respecter l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité sont celles du départ effectif de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires. (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-

21.150, Bull. 2013, V, n° 72). Elle en déduit que l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires (Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-24.471, Bull. 2015, V, n° 3). Elle décide de même qu'en cas de rupture du contrat de travail résultant de l'adhésion du salarié au contrat de sécurisation professionnelle, l'employeur doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires (Soc., 2 mars 2017, pourvoi n° 15-15.405).

Ces solutions se justifient par le fait que le salarié ne peut être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler.

Il en résulte qu'en matière de rupture conventionnelle, l'employeur, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, doit le faire au plus tard à la date de rupture fixée par la convention, nonobstant toutes stipulations ou dispositions contraires.

69. Le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice non abusif par le salarié de sa liberté d'expression est nul (Soc., 16 fév. 2022)

Il résulte des articles L. 1121-1 du Code du travail et 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées. Le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice non abusif par le salarié de sa liberté d'expression est nul.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande en nullité du licenciement fondé sur la tenue de certains propos, après avoir notamment constaté qu'aucun des éléments versés aux débats ne démontrait que le salarié se fût exprimé sur un désaccord dans des termes outranciers ou injurieux, retient que l'intéressé n'a pas abusé de sa liberté d'expression et que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse, alors qu'elle avait constaté que les propos litigieux sur lesquels était fondé le licenciement ne caractérisaient pas un abus par le salarié de sa liberté d'expression, de sorte qu'elle aurait dû en déduire la nullité du licenciement.

70. L'indemnité allouée en application de l'art. L. 1233-58, II, C. trav. répare le préjudice résultant pour les salariés du caractère illicite de leur licenciement (Soc., 16 fév. 2022)

Ayant constaté que la décision d'homologation du document unilatéral prise par la Direccte avait été annulée par arrêt de la cour administrative d'appel devenu irrévocable, une cour d'appel a retenu à bon droit que le préjudice résultant pour les salariés du caractère illicite de leur licenciement était déjà réparé par l'indemnité allouée en application de l'article L. 1233-58, II, et qu'ils ne pouvaient dès lors être indemnisés une seconde fois, de sorte qu'ils devaient être déboutés de leurs demandes en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts supplémentaires pour non-respect du périmètre d'application des critères d'ordre.

71. L'indemnité prévue par l'art. L. 1235-16 C. trav. ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 16 fév. 2022)

Aux termes de l'article L. 1235-3 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et

sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Selon l'article L. 1235-16 du même Code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, l'annulation de la décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 pour un motif autre que celui mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 1235-10 donne lieu, sous réserve de l'accord des parties, à la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. A défaut, le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Il en résulte que l'indemnité prévue par l'article L. 1235-16 du Code du travail, qui répare le préjudice résultant pour le salarié du caractère illicite de son licenciement, ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui répare le même préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi.

72. La persistance du comportement fautif du salarié protégé après l'expiration de la période de protection peut justifier le prononcé d'un licenciement (Soc., 16 fév. 2022, même arrêt qu'au 66)

Est irrégulier le licenciement du salarié protégé au terme de la période de protection prononcé en raison de faits commis pendant cette période et qui auraient dû être soumis à l'inspecteur du travail. Toutefois, la persistance du comportement fautif du salarié après l'expiration de la période de protection peut justifier le prononcé d'un licenciement.

73. Si la période de protection est expirée lors de la résiliation judiciaire, le salarié ne peut prétendre à une indemnité pour violation du statut protecteur (Soc., 16 fév. 2022)

Il résulte de l'application des articles L. 2411-13 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 et l'article 1184 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 que le salarié protégé dont la demande de résiliation judiciaire est accueillie n'a droit, au titre de la violation de son statut protecteur, qu'au paiement d'une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours au jour de sa demande en résiliation.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour condamner l'employeur à verser au salarié des dommages-intérêts pour violation du statut protecteur, retient que le salarié a droit à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours au jour de la demande de résiliation judiciaire, soit du 26 avril 2016, date de la saisine du conseil de prud'hommes, au 18 mars 2017, date de la fin de son statut protecteur, alors qu'il résultait de ses constatations que la période de protection en cours au moment de la demande était expirée lorsqu'elle a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail, en sorte que le salarié ne pouvait prétendre à l'allocation d'une indemnité pour violation du statut protecteur.

74. Inaptitude : exigence de loyauté comme condition de l'application de la présomption instituée par l'art. L. 1226-10 C. trav. (Soc., 26 janv. 2022)

La présomption instituée par l'article L. 1226-12 du Code du travail, aux termes duquel l'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail, ne joue que si l'employeur a proposé au salarié, loyalement, en tenant compte des préconisations et indications du médecin du travail, un autre emploi approprié à ses capacités, aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail.

75. CSE : éligibilité du responsable du service de sécurité et des conditions de travail et de l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail (Soc., 19 janv. 2022)

Il résulte de l'article L. 2314-3 du Code du travail qu'assistent aux réunions du comité social et économique, portant sur les attributions du comité en matière de santé, de sécurité ou des conditions de travail, prévues aux deux premiers alinéas de l'article L. 2315-27 du même Code, et, le cas échéant, aux réunions de la commission santé, sécurité et conditions de travail, avec voix consultative, le responsable interne du service de sécurité et des conditions de travail, ou, à défaut, l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail.

Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, ne peuvent exercer un mandat de représentation les salariés qui, soit disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise, soit représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel ou exercent au niveau de l'entreprise à l'égard des représentants du personnel les obligations relevant exclusivement du chef d'entreprise.

Dès lors qu'ils interviennent de façon ponctuelle lors des seules réunions visées à l'article L. 2314-3 du Code du travail en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail afin d'éclairer les membres du comité social et économique et disposent d'une voix seulement consultative, le responsable du service de sécurité et des conditions de travail, ainsi que l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail, ne représentent pas l'employeur devant les institutions représentatives du personnel. Il en résulte qu'ils sont éligibles au comité social et économique.

76. Responsabilité du commettant, harcèlement moral, violation du secret professionnel et immunité civile du médecin du travail salarié (Soc., 26 janv. 2022, même arrêt qu'au n° 6)

Cf. brèves n° 5 et 6.



RESPONSABLE DE LA PUBLICATION :

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

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.