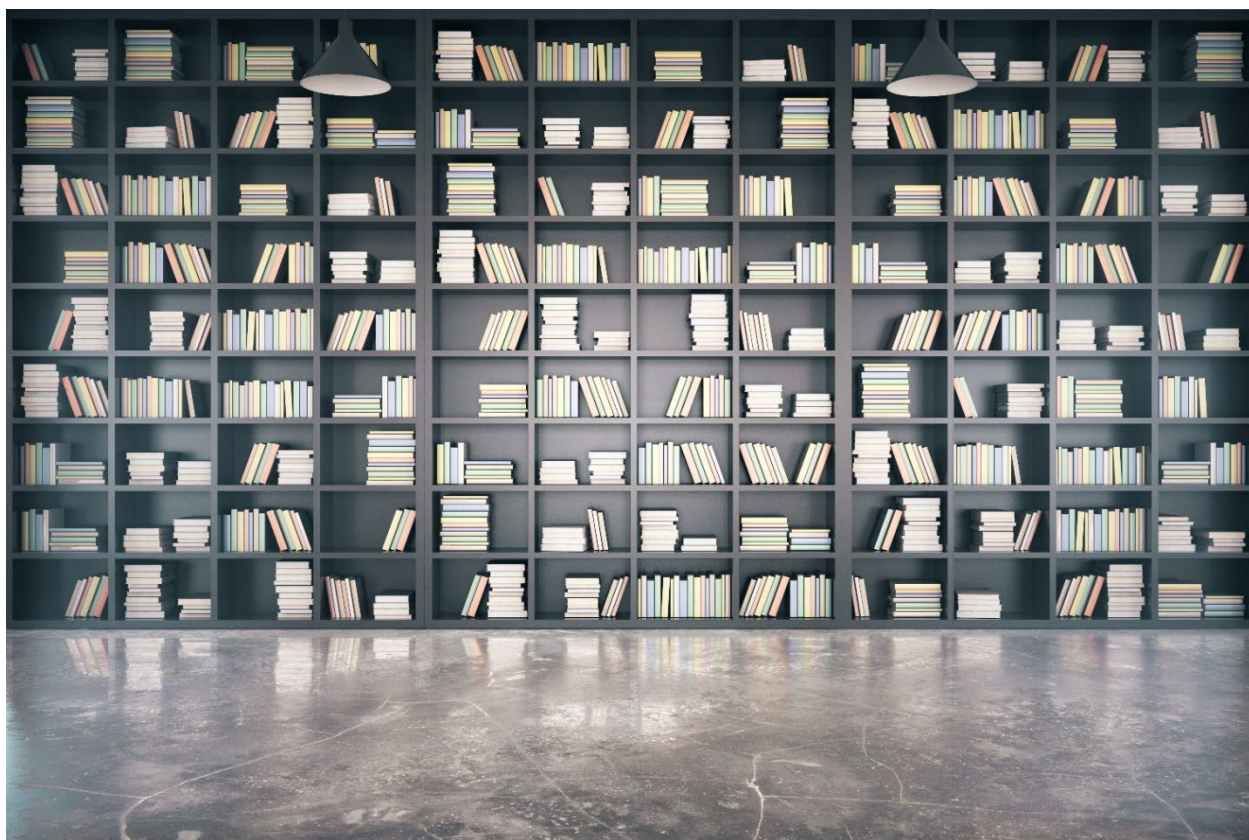




Chaque mois, avec le Cabinet Racine, l'essentiel du droit des affaires

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. Le manquement à une obligation pré-contractuelle d'information ne peut caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute son caractère intentionnel
2. Illicéité et nullité corrélatrice d'un contrat conclu en infraction à des règles déontologiques et détermination de la rémunération due au prestataire
3. N'est pas une clause pénale la stipulation prévoyant un abatement d'indemnité de fin de contrat plafonné non forfaitaire et non déterminé à l'avance
4. Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et fixation des objectifs conditionnant le paiement d'une prime contractuelle
5. Seul le fait de la victime à l'origine exclusive de son dommage fait obstacle à l'examen de la responsabilité du gardien de la chose
6. Inapplication de la loi sur les accidents de la circulation aux dommages causés aux marchandises par un accident survenu au cours d'un transport professionnel
7. Une demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive sur le fondement du C. consom., n'est pas soumise à la prescription quinquennale

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

6

8. Responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération
9. Loi applicable à une obligation de réparation au titre du devoir de diligence de la société « grand-mère » d'une société déclarée en faillite
10. L'acquisition de parts sociales ne suffit pas, à elle seule, à exclure la qualité de consommateur de l'emprunteur et la prescription de l'art. L. 218-2 C. consom.
11. La décision de révoquer un membre du directoire doit être justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social
12. Abus de marché : information portant sur la publication prochaine d'un article de presse relayant une rumeur de marché
13. Abus de marché : notion de divulgation « à des fins journalistiques »
14. Abus de marché : conditions de licéité de la divulgation d'une information privilégiée par un journaliste

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

8

15. Cautionnement : la caution peut se prévaloir de la prescription biennale prévue à l'art. L. 218-2 C. consom., qui est une exception inhérente à la dette
16. Cautionnement : octroi d'un prêt sans éléments comptables sur l'activité prévisionnelle de l'emprunteur et preuve incombant à la caution qui invoque un manquement au devoir de mise en garde
17. Prêt libellé en devise étrangère : obligation d'informations de la banque prêteuse à l'égard de l'emprunteur
18. Prêt libellé en devise étrangère : exigence de transparence pesant sur la banque à l'égard de l'emprunteur consommateur
19. L'acquisition de parts sociales ne suffit pas, à elle seule, à exclure la qualité de consommateur de l'emprunteur et la prescription de l'art. L. 218-2 C. consom.
20. Le bénéficiaire d'un ordre de paiement dispose des fonds dès la date à laquelle le payeur consent à cette opération
21. Assurance : la subrogation prévue à l'art. L. 121-12 C. ass. n'exige pas que le paiement ait été fait entre les mains de l'assuré lui-même
22. Assurance : la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque est une clause d'exclusion

PENAL DES AFFAIRES

10

23. Confiscation d'un bien commun à des époux mariés sous le régime de la communauté légale réduite aux acquêts en présence d'un conjoint de bonne foi
24. Responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération
25. Les délits de recel d'abus de biens sociaux et de recel de banqueroute ne peuvent être retenus à l'encontre de la personne qui a commis les infractions principales

FISCAL

12

26. Visites et saisies en matière fiscale : les dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales qui permettent à l'administration fiscale de saisir toutes les données accessibles ou disponibles depuis les supports informatiques présents dans les lieux visités, y compris lorsque ces données sont stockées dans des lieux distincts de ceux dont la visite a été autorisée par le juge et appartiennent à des tiers à la procédure sont conformes à la Constitution
27. Précisions relatives aux obligations déclaratives à la charge de l'administrateur d'un trust
28. La qualification fiscale d'un partnership américain a fait l'objet d'une nouvelle analyse par le Conseil d'Etat
29. Cumul de poursuites et de sanctions en cas d'opposition à un contrôle fiscal : le deuxième alinéa de l'article 1732 du Code général des impôts est conforme à la Constitution
30. Actualisation du taux maximum des intérêts admis en déduction d'un point de vue fiscal
31. Crédit d'impôt pour dépenses de formation des dirigeants - Doublement du montant du crédit d'impôt pour les microentreprises - Application des plafonnements européens de minimis
32. Promesse de cession d'actions à un prix irrévocablement fixé : une libéralité constitutive d'un acte anormal de gestion ?
33. Marché secondaire des FPCI/FCPR - exonération à la vente de participations par le fonds
34. Les indemnités transactionnelles réparant un préjudice ne sont pas soumises à cotisations
35. Directive modifiant les directives 2006/112/CE et (UE) 2020/285 en ce qui concerne les taux de taxe sur la valeur ajoutée
36. Mise à jour de la liste française des ETNC en date du 16 mars 2022

RESTRUCTURATIONS

16

37. Transfert du centre des intérêts principaux du débiteur vers un autre État membre après l'introduction d'une demande d'ouverture d'une procédure principale
38. Inopposabilité de l'obligation de confidentialité et du secret professionnel applicables en procédure collective aux enquêteurs de l'ADLC
39. Action en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire d'un bail commercial introduite avant la mise sous sauvegarde du preneur
40. Le liquidateur ne peut agir en licitation-partage de la résidence principale que si tous les créanciers ont des créances nées avant publication de la L. 2015
41. La vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par le locataire commercial
42. Pas de compensation entre la dette de restitution consécutive à l'annulation d'une opération contractée après cessation des paiements et une créance admise au passif
43. La poursuite abusive d'une exploitation déficitaire justifiant la faillite personnelle peut être caractérisée même lorsque la cessation des paiements est déjà survenue
44. Nécessité de caractériser une faute de gestion du dirigeant excédant la simple négligence pour retenir la responsabilité pour insuffisance d'actif

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

19

45. Bail commercial : action en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire introduite avant la mise sous sauvegarde du preneur

- 46. Bail commercial : la vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par le locataire commercial
- 47. Construction : l'entrepreneur qui a indemnisé le maître de l'ouvrage ne peut agir en garantie contre le fabricant que sur le fondement de la responsabilité de droit commun
- 48. Copropriété : un copropriétaire n'est pas fondé à contester les décisions de l'administrateur provisoire approuvant les comptes et les budgets prévisionnels
- 49. Architecte : jeu de l'assurance en cas d'exécution de travaux en violation des règles d'urbanisme imposant l'obtention d'une autorisation de construire
- 50. Lotissement : prescriptions respectivement applicables à l'action en démolition et à l'action en réparation du préjudice consécutif à la violation du cahier des charges

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

20

- 51. Inopposabilité de l'obligation de confidentialité et du secret professionnel applicables en procédure collective aux enquêteurs de l'ADLC
- 52. Cumul entre une amende pour infraction au droit de la concurrence de l'Union et une décision rendue à l'issue d'une procédure afférente aux mêmes faits
- 53. Clause abusive : une demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive sur le fondement du C. consom., n'est pas soumise à la prescription quinquennale
- 54. Clause abusive : portée d'un avis non contraignant de la juridiction suprême de l'État membre concerné
- 55. Clause abusive : rétablissement des parties à un contrat de prêt dans la situation qui aurait été la leur s'il n'avait pas été conclu
- 56. Contrats à distance et les contrats hors établissement : exception au droit de rétractation relative aux prestations de services liés à des activités de loisirs
- 57. Conditions requises pour que la forclusion par tolérance puisse être efficacement opposée à une action en nullité de la marque

IT – IP – DATA PROTECTION

22

- 58. Nom de domaine, droit au respect des biens et droit de propriété
- 59. Copie privée : fourniture de services de stockage en nuage et notion de « reproductions effectuées sur tout support »
- 60. Copie privée : fourniture de services de stockage en nuage et compensation équitable
- 61. Données personnelles : conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation
- 62. Collecte de données commerciales par un clicwalker et notion de subordination nécessaire à la constitution du délit de travail dissimulé

SOCIAL

24

- 63. Transfert du contrat de travail : résiliation d'un contrat de gestion emportant retour de l'entité au autonome au propriétaire de l'établissement
- 64. Transfert du contrat de travail : recours du premier employeur contre le repreneur qui a illicitement refusé de poursuivre les contrats de travail
- 65. La poursuite du contrat intra-groupe n'emporte pas transmission de l'ensemble des obligations qui incombent à l'ancien employeur, sauf stipulations expresse
- 66. Il entre dans les attributions du président d'une association, sauf disposition statutaire contraire, de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié
- 67. Le salarié d'une association peut contester le pouvoir du signataire de la lettre de licenciement mais non l'irrégularité de la désignation de l'organe habilité à licencier
- 68. Liberté d'expression et licenciement fondé notamment sur des propos reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes
- 69. Licenciement économique : si le CE doit être saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs, la réorganisation peut être mise en œuvre avant homologation du PSE
- 70. Licenciement économique : l'inobservation des règles sur l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement d'une cause réelle et sérieuse mais donne lieu à dommages-intérêts
- 71. Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la convention de forfait en heures
- 72. Conformité de la prescription biennale de l'art. L. 1471-1 C. trav. au droit d'accès au juge
- 73. Une créance de participation aux résultats de l'entreprise n'a pas une nature salariale et ne relève donc pas de la prescription prévue à l'art. L. 3245-1 C. trav.
- 74. Peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution
- 75. Collecte de données commerciales par un clicwalker et notion de subordination nécessaire à la constitution du délit de travail dissimulé
- 76. Conditions de désignation d'un membre suppléant du CSE en qualité de délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés
- 77. CSE : la désignation d'un représentant syndical est une prérogative que la loi réserve aux syndicats qui sont reconnus représentatifs dans l'entreprise ou dans l'établissement
- 78. CSE : l'analyse de l'évolution de la rémunération dans toutes ses composantes et de la politique de recrutement et des modalités de départ entre dans la mission de l'expert

DROIT DES OBLIGATIONS

—

1. **Le manquement à une obligation pré-contractuelle d'information ne peut caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute son caractère intentionnel** (Civ. 1^{ère}, 20 avril 2022)

Il résulte de l'article 1116 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, que le dol doit être apprécié, au moment de la formation du contrat. Il implique l'intention, chez son auteur, de tromper autrui en vue de le contraindre à s'engager. Ainsi, le manquement à une obligation pré-contractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement.

2. **Illicéité et nullité corrélative d'un contrat conclu en infraction à des règles déontologiques et détermination de la rémunération due au prestataire** (Civ. 1^{ère}, 6 avril 2022)

Selon l'article 24 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2014-443 du 30 avril 2014, les honoraires de l'expert-comptable doivent constituer la juste rémunération du travail fourni comme du service rendu et ne peuvent en aucun cas être calculés d'après les résultats financiers obtenus par les clients.

Il en résulte qu'un contrat conclu entre un expert-comptable et son client, en ce qu'il fixe les honoraires dus en fonction de tels résultats, est illicite et, partant, nul, de sorte que le montant des honoraires dus à l'expert-comptable doit être déterminé en fonction du travail fourni et du service rendu.

Cassation de l'arrêt retenant notamment que les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et n'entraînent pas, à elles seules, la nullité des contrats conclus en infraction à leurs dispositions.

3. **N'est pas une clause pénale la stipulation prévoyant un abattement d'indemnité de fin de contrat plafonné non forfaitaire et non déterminé à l'avance** (Civ. 2^{ème}, 31 mars 2022)

Constitue une clause pénale au sens de l'article 1152 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, applicable à la cause, la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée. Par suite, n'est pas une clause pénale, soumise au pouvoir de modération du juge, la stipulation de l'accord contractuel conclu entre une entreprise d'assurance et les syndicats professionnels de ses agents généraux qui, en cas de méconnaissance par un agent général de certaines des obligations de son mandat, prévoit à la charge de ce dernier un abattement, non forfaitaire et non déterminé à l'avance, ne pouvant excéder 30 % de la totalité de son indemnité de fin de mandat.

C'est, dès lors, à bon droit qu'une cour d'appel retient que la stipulation qui prévoit un tel abattement n'est pas une clause pénale mais constitue l'un des éléments de calcul de l'indemnité de fin de mandat, de telle sorte qu'il n'est pas soumis au pouvoir modérateur du juge.

4. **Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et fixation des objectifs conditionnant le paiement d'une prime contractuelle** (Com., 30 mars 2022)

Selon l'article 1104, alinéa 1, du Code civil, les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Cassation de l'arrêt qui, pour rejeter la demande en paiement de la prime sur objectifs formée par un dirigeant social,

après avoir relevé que la convention en cause prévoyait son versement et que les objectifs devaient être fixés par le conseil de surveillance de la société, retient que ce dirigeant avait la possibilité de demander à la société de procéder à la fixation de ses propres objectifs et que s'en étant abstenu, il ne peut reprocher à cette dernière un manquement dans ses obligations pour ne pas y avoir procédé, alors qu'il résultait de ses constatations qu'il incombait à la seule société de fixer les objectifs à réaliser par le dirigeant et qu'elle ne l'avait pas fait.

5. Seul le fait de la victime à l'origine exclusive de son dommage fait obstacle à l'examen de la responsabilité du gardien de la chose (Civ. 2^{ème}, 7 avril 2022)

Il résulte de l'article 1242 du Code civil que seul le fait de la victime à l'origine exclusive de son dommage fait obstacle à l'examen de la responsabilité du gardien de la chose.

Viole ce texte une cour d'appel qui retient que la victime, alcoolisée et ayant consommé du cannabis, ayant chuté depuis le 5^e étage d'un immeuble après s'être assise sur le rebord d'une fenêtre, a commis une faute déterminante dans la survenance du dommage et que la fenêtre ne pouvait être considérée comme instrument du dommage, alors qu'elle constatait que la fenêtre, située à 42 centimètres du sol de l'appartement, était dépourvue de garde-corps susceptible d'empêcher une chute, ce dont il se déduisait que l'imprudence de la victime n'était pas la cause exclusive du dommage.

6. Inapplication de la loi sur les accidents de la circulation aux dommages causés aux marchandises par un accident survenu au cours d'un transport professionnel (Civ. 2^{ème}, 7 avril 2022)

Il résulte de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985, tel qu'interprété par la jurisprudence, qu'elle instaure un régime d'indemnisation autonome et d'ordre public, excluant l'application du droit commun de la responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, qui fait peser sur le conducteur du véhicule impliqué, soumis à une obligation d'assurance, la charge de cette indemnisation.

Cette loi, qui tend à assurer une meilleure protection des victimes d'accidents de la circulation par l'amélioration et l'accélération de leur indemnisation, dès lors qu'est impliqué un véhicule terrestre à moteur, n'a pas pour objet de régir l'indemnisation des propriétaires de marchandises endommagées à la suite d'un tel accident, survenu au cours de leur transport par le professionnel auquel elles ont été remises à cette fin, en exécution d'un contrat de transport. Les conditions et modalités de la réparation de tels préjudices, d'ordre exclusivement économique, sont déterminées par ce contrat et les dispositions du Code de commerce qui lui sont applicables.

7. Une demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive sur le fondement du C. consom., n'est pas soumise à la prescription quinquennale (Civ. 2^{ème}, 30 mars 2022)

Par arrêts du 10 juin 2021 (C-776/19 à C- 782/19), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 6, § 1, et l'article 7, § 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lus à la lumière du principe d'effectivité, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale soumettant l'introduction d'une demande par un consommateur aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et ce consommateur à un délai de prescription.

Il s'en déduit qu'une demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive sur le fondement des articles L. 132-1, devenu L. 212-1, et L. 241-1 du Code de la consommation, n'est pas soumise à la prescription quinquennale.

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

8. Responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération (*Crim.*, 13 avril 2022)

La Cour de cassation juge (*Crim.*, 25 novembre 2020, pourvoi n° 18-86.955) qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société, la société absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération dans deux hypothèses :

- lorsque l'opération, conclue postérieurement au 25 novembre 2020, entre dans le champ de l'application de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 relative à la fusion des sociétés anonymes, codifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017. Dans ce cas seule une peine d'amende ou de confiscation peut être prononcée à l'encontre de la société absorbante ;
- lorsque l'opération, quelle que soit sa date et quelle que soit la nature des sociétés concernées, a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale et qu'elle constitue ainsi une fraude à la loi. Dans ce cas, toute peine encourue peut être prononcée.

Il s'en déduit que les juridictions d'instruction ne sauraient prononcer une décision de non-lieu fondée sur la dissolution de la société absorbée contre laquelle elles relèvent des charges suffisantes d'avoir commis les faits dont elles sont saisies, sans vérifier, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, au besoin en ordonnant un supplément d'information, si les conditions pour exercer des poursuites à l'encontre de la société absorbante ne sont pas susceptibles d'être remplies.

9. Loi applicable à une obligation de réparation au titre du devoir de diligence de la société « grand-mère » d'une société déclarée en faillite (*CJUE*, 10 mars 2022)

L'article 4 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), doit être interprété en ce sens que la loi applicable à une obligation de réparation au titre du devoir de diligence de la société « grand-mère » d'une société déclarée en faillite est, en principe, celle du pays où est établie cette dernière, bien que la préexistence d'une convention de financement entre ces deux sociétés, assortie d'une clause d'élection de for, soit une circonstance pouvant établir des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, au sens du paragraphe 3 de cet article.

10. L'acquisition de parts sociales ne suffit pas, à elle seule, à exclure la qualité de consommateur de l'emprunteur et la prescription de l'art. L. 218-2 C. consom. (*Civ. 1^{ère}*, 20 avril 2022)

Cf. brève n° 19.

11. La décision de révoquer un membre du directoire doit être justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social (*Com.*, 30 mars 2022, même arrêt qu'au n° 4)

Selon l'article L. 225-61, alinéa 1, du Code de commerce, les membres du directoire peuvent être révoqués par l'assemblée générale, ainsi que, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages-intérêts.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour juger qu'un dirigeant, membre et président du directoire, ne rapportait pas la preuve de l'absence de juste motif à sa révocation et rejeter sa demande en paiement de dommages-intérêts, relève que la société l'a, par une lettre du 18 mars 2017, informé de sa volonté de mettre en place une nouvelle gouvernance, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la décision de révoquer le dirigeant était justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social.

12. Abus de marché : information portant sur la publication prochaine d'un article de presse relayant une rumeur de marché (*CJUE*, 15 mars 2022)

L'article 1^{er}, point 1, de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), doit être interprété en ce sens que, aux fins de la qualification d'une information privilégiée, est susceptible de constituer une information « à caractère précis », au sens de cette disposition et de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2003/124/CE de la Commission, du 22 décembre 2003, portant modalités d'application de la directive 2003/6 en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché, une information portant sur la publication prochaine d'un article de presse relayant une rumeur de marché concernant un émetteur d'instruments financiers et que sont pertinents, aux fins de l'appréciation dudit caractère précis, pour autant qu'ils aient été communiqués avant cette publication, le fait que cet article de presse mentionnera le prix auquel seraient achetés les titres de cet émetteur dans le cadre d'une éventuelle offre publique d'achat ainsi que l'identité du journaliste ayant signé ledit article et de l'organe de presse en assurant la publication. Quant à l'influence effective de cette publication sur le cours des titres auxquels celle-ci se rapporte, si elle peut constituer une preuve ex post du caractère précis de ladite information, elle ne saurait suffire, à elle seule, en l'absence d'examen d'autres éléments connus ou divulgués antérieurement à ladite publication, à établir un tel caractère précis.

13. Abus de marché : notion de divulgation « à des fins journalistiques » (*CJUE*, 15 mars 2022, même arrêt que ci-dessus)

L'article 21 du règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6 et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, doit être interprété en ce sens qu'est réalisée « à des fins journalistiques », au sens de cet article, la divulgation par un journaliste, à l'une de ses sources d'information habituelles, d'une information portant sur la publication prochaine d'un article de presse à sa signature relayant une rumeur de marché, lorsque cette divulgation est nécessaire pour permettre de mener à bien une activité journalistique, laquelle inclut les travaux d'investigation préparatoires des publications.

14. Abus de marché : conditions de licéité de la divulgation d'une information privilégiée par un journaliste
(CJUE, 15 mars 2022, même arrêt que ci-dessus)

Les articles 10 et 21 du règlement n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6 et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, doivent être interprétés en ce sens qu'une divulgation d'une information privilégiée par un journaliste est licite lorsqu'elle doit être considérée comme étant nécessaire à l'exercice de sa profession et comme respectant le principe de proportionnalité.

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

—

15. Cautionnement : la caution peut se prévaloir de la prescription biennale prévue à l'art. L. 218-2 C. consom., qui est une exception inhérente à la dette *(Civ. 1^{ère}, 20 avril 2022)*

L'article L. 218-2 du Code de la consommation dispose que l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. Selon l'article 2253 du Code civil, les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer ou l'invoquer lors même que le débiteur y renonce. Il résulte de l'article 2313 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette, mais ne peut lui opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

Il a été jugé qu'en ce qu'elle constitue une exception purement personnelle au débiteur principal, procédant de sa qualité de consommateur auquel un professionnel a fourni un service, la prescription biennale prévue par l'article L. 218-2 du Code de la consommation ne pouvait être opposée au créancier par la caution (1^{re} Civ. 11 décembre 2019, pourvoi n° 18-16.147, publié).

Une telle solution exposait le débiteur principal au recours personnel de la caution, le privant ainsi du bénéfice de la prescription biennale attachée à sa qualité de consommateur contractant avec un professionnel fournisseur de biens ou de services, outre qu'elle conduirait à traiter plus sévèrement les cautions ayant souscrit leur engagement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée, laquelle permet en principe à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur.

Il y a donc lieu de modifier la jurisprudence et de décider désormais que, si la prescription biennale de l'article L. 218-2 du Code de la consommation procède de la qualité de consommateur, son acquisition affecte le droit du créancier, de sorte qu'il s'agit d'une exception inhérente à la dette dont la caution, qui y a intérêt, peut se prévaloir, conformément aux dispositions précitées du Code civil.

16. Cautionnement : octroi d'un prêt sans éléments comptables sur l'activité prévisionnelle de l'emprunteur et preuve incombant à la caution qui invoque un manquement au devoir de mise en garde *(Com., 9 mars 2022)*

La circonstance que la banque a octroyé le prêt sans disposer d'éléments comptables sur l'activité prévisionnelle de l'emprunteur ne dispense pas la caution non avertie qui soutient que la banque était tenue à son égard d'un devoir de mise en garde, d'établir qu'à la date à laquelle son engagement a été

souscrit, il existait un risque d'endettement né de l'octroi du prêt, lequel résultait de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur.

17. Prêt libellé en devise étrangère : obligation d'informations de la banque prêteuse à l'égard de l'emprunteur (Civ. 2^{ème}, 30 mars 2022, même arrêt qu'au n° 7)

Une banque, qui consent un prêt libellé en devise étrangère, stipulant que celle-ci est la monnaie de compte et que l'euro est la monnaie de paiement et ayant pour effet de faire peser le risque de change sur l'emprunteur, est tenue de fournir à celui-ci des informations suffisantes et exactes lui permettant de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières pendant toute la durée de ce même contrat, notamment en cas de dépréciation importante de la monnaie ayant cours légal dans l'État où celui-ci est domicilié et d'une hausse du taux d'intérêt étranger.

18. Prêt libellé en devise étrangère : exigence de transparence pesant sur la banque à l'égard de l'emprunteur consommateur (Civ. 1^{ère}, 20 avril 2022)

Cassation de l'arrêt qui, pour dire qu'une clause de monnaie étrangère ne crée aucun déséquilibre significatif au détriment de l'emprunteur, retient que le fait que celui-ci supporte le risque de variation du taux de change, qui ne dépend pas de la volonté des parties, et en particulier de celle de la banque, ne crée pas un déséquilibre entre leurs droits et obligations respectifs et que l'emprunteur était maître du choix de la devise dans laquelle le prêt était tiré, ce dont il résulte que la banque n'a nullement imposé à l'emprunteur une devise à son détriment, après avoir retenu que les documents remis au consommateur ne lui permettaient pas d'évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, de la clause, autorisant le tirage du prêt dans une autre devise, sur ses obligations financières, en l'absence de tout exemple chiffré, de toute simulation et de toute explication sur la distinction entre la monnaie de compte et la devise initiale, ce dont il résultait que la banque n'avait pas satisfait à l'exigence de transparence à l'égard du consommateur.

19. L'acquisition de parts sociales ne suffit pas, à elle seule, à exclure la qualité de consommateur de l'emprunteur et la prescription de l'art. L. 218-2 C. consom. (Civ. 1^{ère}, 20 avril 2022)

Selon l'article L. 137-2, devenu L. 218-2 du Code de la consommation, l'action des professionnels, pour les biens ou services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. La personne physique qui souscrit un prêt destiné à financer l'acquisition de parts sociales ne perd la qualité de consommateur que si elle agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle.

Cassation de l'arrêt qui, pour rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription biennale de l'action en recouvrement de la banque, retient que l'opération est destinée à financer l'acquisition de parts sociales, ce qui exclut que les emprunteurs puissent être considérés comme des consommateurs, alors que l'acquisition de parts sociales ne suffit pas, à elle seule, à exclure la qualité de consommateur des emprunteurs.

20. Le bénéficiaire d'un ordre de paiement dispose des fonds dès la date à laquelle le payeur consent à cette opération (Crim., 22 mars 2022)

Il résulte de l'article L. 133-6 du Code monétaire et financier qu'une opération de paiement est autorisée si le payeur a donné son consentement à son exécution. Ainsi, le bénéficiaire d'un ordre de paiement dispose des fonds dès la date à laquelle le payeur consent à cette opération.

Ne justifie pas sa décision l'arrêt qui déclare irrecevables des plaintes avec constitution de partie civile au motif que les sommes versées par les parties civiles ont été inscrites au crédit du compte du régisseur d'avances et de recettes hors du délai imparti par le juge d'instruction, alors que les parties civiles faisaient valoir que le virement des sommes avait été ordonné dans le délai imparti.

21. Assurance : la subrogation prévue à l'art. L. 121-12 C. ass. n'exige pas que le paiement ait été fait entre les mains de l'assuré lui-même (Civ. 2^{ème}, 31 mars 2022)

L'article L. 121-12 du Code des assurances, selon lequel l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui ont causé le dommage, n'exige pas que ce paiement ait été fait entre les mains de l'assuré lui-même.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui écarte la subrogation légale prévue par ce texte sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le paiement invoqué par l'assureur n'avait pas été opéré, au titre de l'indemnisation d'assurance, sur ordre et pour le compte de l'assuré.

22. Assurance : la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque est une clause d'exclusion (Civ. 3^{ème}, 20 avril 2022)

Il résulte de l'article L. 113-1 du Code des assurances que la clause, qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque, constitue une clause d'exclusion de garantie.

L'exécution des travaux en violation des règles d'urbanisme imposant l'obtention d'une autorisation de construire constitue une circonstance particulière de la réalisation du risque. Doit en conséquence être cassé l'arrêt jugeant que cette circonstance relève non pas d'une exclusion de garantie mais d'un risque non couvert par l'assureur.

PENAL DES AFFAIRES

—

23. Confiscation d'un bien commun à des époux mariés sous le régime de la communauté légale réduite aux acquêts en présence d'un conjoint de bonne foi (Crim., 30 mars 2022)

Lorsque le bien dont la confiscation est envisagée est en état d'indivision entre la personne condamnée et son époux de bonne foi, cette peine ne peut porter que sur la part indivise de la personne condamnée, les droits de l'époux de bonne foi devant lui être restitués, y compris lorsque le bien constitue le produit direct ou indirect de l'infraction (Crim., 7 novembre 2018, pourvoi n° 17-87.424, Bull. crim. 2018, n° 188).

En revanche, lorsque le bien dont la confiscation est envisagée est commun à des époux mariés sous le régime de la communauté légale réduite aux acquêts et que l'époux non condamné pénalement est de bonne foi, la confiscation ne peut qu'emporter sa dévolution pour le tout à l'Etat, sans qu'il puisse

demeurer grevé des droits de l'époux de bonne foi, la confiscation faisant naître un droit à récompense pour la communauté lors de la dissolution de celle-ci (Crim., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-84.619).

Dans ce cas, il appartient à la cour d'appel saisie de l'appel interjeté par l'époux de bonne foi contre le jugement rejetant, en raison du prononcé de la peine complémentaire de confiscation, sa requête en restitution d'un bien commun placé sous main de justice, d'abord de s'assurer du caractère confiscable du bien dont la restitution est sollicitée, en application des conditions légales, en précisant la nature et l'origine de ce bien ainsi que le fondement de la mesure (Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 16-87.009, Bull. crim. 2018, n° 128). Il lui appartient ensuite d'apprécier si, nonobstant la reconnaissance d'un droit à récompense pour la communauté, il y a lieu de confirmer la confiscation en tout ou partie, en restituant tout ou partie du bien à la communauté, au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation de son auteur, ainsi que de la situation personnelle de l'époux de bonne foi, en s'expliquant, hormis le cas où la confiscation, qu'elle soit en nature ou en valeur, porte sur un bien qui, dans sa totalité, constitue l'objet ou le produit de l'infraction, sur le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'époux de bonne foi lorsqu'une telle garantie est invoquée, ou procéder à cet examen d'office lorsqu'il s'agit d'une confiscation de tout ou partie du patrimoine.

24. Responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération (Crim., 13 avril 2022)

Cf. brève n° 8.

25. Les délits de recel d'abus de biens sociaux et de recel de banqueroute ne peuvent être retenus à l'encontre de la personne qui a commis les infractions principales (Crim., 13 avril 2022)

Selon une jurisprudence constante et ancienne de la Cour de cassation, l'infraction de recel ne peut être retenue à l'égard de celui qui a commis l'infraction originaire dont provient la chose recélée (Crim., 29 juin 1848, B., n° 192 ; 2 décembre 1971, pourvoi n° 71-90.215, Bull. n° 337).

La Cour de cassation, infléchissant son interprétation antérieure, a jugé qu'un ou des faits identiques ne peuvent donner lieu à plusieurs déclarations de culpabilité concomitantes contre une même personne, outre le cas où la caractérisation des éléments constitutifs d'une infraction exclut nécessairement la caractérisation des éléments constitutifs d'une autre, lorsque l'on se trouve dans l'une des deux hypothèses suivantes : dans la première, l'une des qualifications, telle qu'elle résulte des textes d'incrimination, correspond à un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'autre, qui seule doit alors être retenue ; dans la seconde, l'une des qualifications retenues, dite spéciale, incrimine une modalité particulière de l'action répréhensible sanctionnée par l'autre infraction, dite générale (Crim., 15 décembre 2021, pourvoi n° 21-81.864, publié au Bulletin).

Dès lors, la question de savoir si ledit infléchissement de jurisprudence est de nature à modifier celle décrite au précédent paragraphe se pose.

Il convient de relever que la jurisprudence portant sur l'infraction de recel et l'infraction d'origine interdit non seulement de cumuler les qualifications mais également de retenir le recel, délit continu, à l'égard de l'auteur de l'infraction originaire lorsque cette dernière est prescrite (Crim., 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-83.073, Bull. crim. 2015, n° 253).

La Cour de cassation considère ainsi ces infractions comme exclusives l'une de l'autre, de sorte qu'elles se rattachent à la catégorie des infractions incompatibles. Cette exclusion étant étrangère au principe ne bis in idem, l'infléchissement de la jurisprudence relative à ce principe est sans incidence sur elle. Par

conséquent, les délits de recel d'abus de biens sociaux et de recel de banqueroute ne peuvent être retenus à l'encontre de la personne qui a commis les infractions principales.

FISCAL

26. Visites et saisies en matière fiscale : les dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales qui permettent à l'administration fiscale de saisir toutes les données accessibles ou disponibles depuis les supports informatiques présents dans les lieux visités, y compris lorsque ces données sont stockées dans des lieux distincts de ceux dont la visite a été autorisée par le juge et appartiennent à des tiers à la procédure sont conformes à la Constitution (CC, 11 mars 2022)

L'article L. 16 B du livre des procédures fiscales permet aux agents habilités de l'administration fiscale d'effectuer des visites en tous lieux, même privés, où sont susceptibles d'être détenus des pièces et documents se rapportant à des agissements frauduleux en matière d'impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou de taxes sur le chiffre d'affaires. Ces agents peuvent procéder à la saisie des documents accessibles ou disponibles depuis les locaux visités, notamment ceux présents sur un support informatique, quand bien même ces documents sont stockés sur des serveurs informatiques situés dans des lieux distincts.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel considère qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu adapter les prérogatives de l'administration fiscale à l'informatisation des données des contribuables et à leur stockage à distance sur des serveurs informatiques. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale.

En deuxième lieu, d'une part, le droit de saisie reconnu aux agents habilités de l'administration des impôts ne peut être mis en œuvre qu'au titre d'une visite ayant pour objet la recherche de la preuve d'agissements de fraude fiscale, dans le cas où il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou des taxes sur le chiffre d'affaires en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, en utilisant ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en passant ou en faisant passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le Code général des impôts.

D'autre part, si peuvent être saisis à cette occasion des documents n'appartenant pas aux personnes visées par ces présomptions, ce n'est qu'à la condition qu'ils se rapportent à de tels agissements.

En dernier lieu, d'une part, la saisie ne peut intervenir qu'à l'occasion d'une visite autorisée par le juge des libertés et de la détention, qui doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise comporte tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite. Sa décision doit être motivée par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui laissent présumer, en l'espèce, l'existence des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée.

D'autre part, les opérations de visite et de saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge des libertés et de la détention, qui est tenu informé du déroulement de ces opérations et peut donner des instructions aux agents, se rendre dans les locaux durant l'intervention et décider à tout moment la suspension ou l'arrêt de la visite.

Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées procèdent à une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale et le droit au respect de la vie privée.

En conséquence, les mots « ou d'être accessibles ou disponibles » figurant au paragraphe I de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, sont conformes à la Constitution.

27. Précisions relatives aux obligations déclaratives à la charge de l'administrateur d'un trust (Bofip, 30 mars 2022)

L'administration fiscale met à jour les commentaires relatifs aux obligations déclaratives à la charge de l'administrateur d'un trust, prévues à l'article 1649 AB du Code général des impôts, et dont les modalités d'application sont codifiées à l'article 369 de l'annexe II au CGI, à l'article 369 A de l'annexe II au CGI et à l'article 369 B de l'annexe II au CGI.

28. La qualification fiscale d'un partnership américain a fait l'objet d'une nouvelle analyse par le Conseil d'Etat (CE, 2 fév. 2022)

Les administrations française et américaine peuvent connaître des divergences d'interprétation sur la qualification de la cession de droits dans un partnership.

D'un côté, pour les autorités américaines, dès lors que le partnership est totalement transparent fiscalement, la cession des parts sociales est assimilée à une cession d'une partie de l'actif du partnership. Si cet actif est en tout ou partie affecté à la poursuite d'une activité commerciale ou industrielle exercée aux États-Unis dans le cadre d'un ES, il en résulte que l'associé est considéré comme cédant une partie de cet ES à proportion de ses droits dans le partnership. Le droit d'imposer le gain de cession est donc revendiqué par les États Unis sur le fondement des stipulations de l'article 13 § 3.a) de la convention franco-américaine.

De l'autre côté, selon les autorités françaises, la cession de droits détenus dans un partnership par un résident de France est considérée comme génératrice d'un gain en capital exclusivement imposable dans l'État de résidence du cédant, i.e. en France, en application de l'article 13 § 6 de la convention.

Le Conseil d'État juge, en application de la convention franco-américaine, que les revenus issus de la cession par un résident français de droits dans un partnership américain constituent des gains en capital visés à l'art. 13 § 6 de la convention franco-américaine, qui attribue à l'État de résidence du cédant le droit exclusif de les imposer. Il confirme en ce sens la position de la doctrine administrative française.

Le Conseil d'Etat énonce que « les titres qu'un associé détient dans un partnership ne sont pas réputés faire partie de l'actif de cette entité », ce qui ne prête guère à discussion. Il estime ensuite que la cession de droits dans un partnership de droit américain ne saurait être regardée comme ayant été réalisée par l'intermédiaire de cette entité, peu importe que cette entité fiscale soit considérée comme transparente par le droit américain. Il refuse donc l'application :

- des stipulations de l'article 7 § 4 de la convention franco-américaine (bénéfices d'entreprise) qui sont limitées à l'imposition des revenus du partnership ;
- des stipulations de l'article 13 § 3.a) de la convention franco-américaine (cession d'établissement stable ou de biens mobiliers inscrits à l'actif d'un établissement stable).

L'imputation des crédits d'impôt est donc refusée.

Compte tenu de la généralité de la formulation retenue et la logique qui la sous-tend, cette analyse s'impose que la cession porte sur une partie des parts du partnership ou sur la totalité du capital.

29. Cumul de poursuites et de sanctions en cas d'opposition à un contrôle fiscal : le deuxième alinéa de l'article 1732 du Code général des impôts est conforme à la Constitution (CC, 8 avril 2022)

Les deux premiers alinéas de l'article 1732 du Code général des impôts, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités, ratifiée par l'article 138 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, prévoient :

« La mise en œuvre de la procédure d'évaluation d'office prévue à l'article L. 74 du livre des procédures fiscales entraîne :

« a. L'application d'une majoration de 100 % aux droits rappelés ou aux créances de nature fiscale qui doivent être restituées à l'État ».

Il est reproché à ces dispositions de sanctionner par une majoration de droits l'opposition à contrôle fiscal alors que les dispositions de l'article 1746 du Code général des impôts prévoient également une peine d'amende en cas d'entrave aux fonctions des agents de l'administration fiscale. Il en résulterait une méconnaissance du principe non bis in idem.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel considère que l'article 1746 du Code général des impôts réprime le comportement de toute personne visant à faire obstacle à l'accomplissement par les agents de l'administration de leurs fonctions, indépendamment de la mise en œuvre d'un contrôle fiscal et du fait que des droits aient ou non été éludés. La majoration prévue par les dispositions contestées ne peut, quant à elle, s'appliquer qu'à un contribuable qui s'est opposé à un contrôle fiscal à la suite duquel l'administration établit qu'il a éludé des droits.

Dès lors, ces dispositions ne tendent pas à réprimer de mêmes faits, qualifiés de manière identique.

En second lieu, le Conseil constitutionnel considère, qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu réprimer les comportements visant à faire obstacle au contrôle fiscal. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale. D'autre part, en prévoyant une majoration des droits éludés, le législateur a instauré une sanction dont l'assiette est en lien avec la nature de l'infraction. Le taux de cette majoration n'est pas manifestement disproportionné au regard de la particulière gravité du comportement réprimé.

Il en résulte que le deuxième alinéa de l'article 1732 du Code général des impôts, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution.

30. Actualisation du taux maximum des intérêts admis en déduction d'un point de vue fiscal (Bofip, 6 avril 2022)

Le taux de référence servant au calcul du plafonnement des intérêts déductibles en application des dispositions du 3° du 1 de l'article 39 du Code général des impôts a été mis à jour pour les exercices de douze mois clos du 31 mars 2022 au 29 juin 2022.

31. Crédit d'impôt pour dépenses de formation des dirigeants - Doublement du montant du crédit d'impôt pour les microentreprises - Application des plafonnements européens de minimis (Bofip, 30 mars 2022)

Le 3° du I de l'article 19 de la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022 double, pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 10 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan n'excède pas 2 M€, le montant du crédit d'impôt pour la formation des dirigeants, au titre des heures de formation effectuées à compter du 1er janvier 2022 (Code général des impôts [CGI], art 244 quater M, I bis).

Le bénéfice de ce doublement est subordonné au respect de la réglementation européenne applicable en matière d'aides de minimis (CGI, art. 244 quater M, III bis).

L'administration fiscale commente ces aménagements et adapte certains commentaires, afin de tenir compte de la modification des dispositions du Code du travail (C. trav.) (notamment, C. trav, art. L. 6313-1 et C. trav, L. 6353-1).

32. Promesse de cession d'actions à un prix irrévocablement fixé : une libéralité constitutive d'un acte anormal de gestion ? (CE, 11 mars 2022)

En vertu des dispositions de l'article 38 du CGI, le bénéfice imposable dans la catégorie des BIC est celui qui provient des opérations de toute nature faites par l'entreprise, à l'exception de celles qui, en raison de leur objet ou de leurs modalités, sont étrangères à une gestion commerciale normale.

Constitue un acte anormal de gestion l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt.

Le Conseil d'Etat vient de juger que ne consent pas une libéralité constitutive d'un acte anormal de gestion une société qui souscrit, une promesse de cession d'actions à un prix irrévocablement fixé, au bénéfice d'un cadre dirigeant qui lève l'option dans le délai et revend plus cher à une société du groupe. La haute juridiction a considéré que la société cédante y trouvait un intérêt et ne s'appauvrisait pas. En effet, ainsi incité à développer le chiffre d'affaires de la société dont les titres sont cédés, le bénéficiaire de la promesse permettait à la société cédante de valoriser sa propre participation.

Le Conseil d'Etat se place à la date à laquelle la promesse de vente a été consentie afin de déterminer si la promesse de vente consentie au profit du salarié comportait des contreparties suffisantes.

33. Marché secondaire des FPCI/FCPR - exonération à la vente de participations par le fonds (CE, 31 mars 2022)

Un commentaire administratif du BOFIP (BOI-IS-BASE-20-20-30-10 n°120) est abrogé suite à un recours pour excès de pouvoir auprès du Conseil d'Etat concernant le marché secondaire des parts de FPCI/FCPR.

En cas d'acquisition de parts de fonds en cours de vie, le BOFIP obligeait illégalement l'acquéreur à une détention minimale de deux ans pour bénéficier de l'exonération d'imposition prévue pour la plus-value générée par une cession de parts effectuée par le FCPI.

La lettre de la loi ne prévoit, elle, qu'une exigence de détention de deux ans au moins par le fonds de ses parts d'investissement cédées pour bénéficier de l'exonération.

34. Les indemnités transactionnelles réparant un préjudice ne sont pas soumises à cotisations (Civ. 2^{ème}, 17 fév. 2022)

Les indemnités transactionnelles versées en dehors de toute rupture du contrat de travail sont comprises dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale, à moins que l'employeur ne rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice.

35. Directive modifiant les directives 2006/112/CE et (UE) 2020/285 en ce qui concerne les taux de taxe sur la valeur ajoutée (Dir. 2022/542, 5 avril 2022)

La Directive (UE) 2022/542 du Conseil du 5 avril 2022 modifiant les directives 2006/112/CE et (UE) 2020/285 en ce qui concerne les taux de taxe sur la valeur ajoutée est parue au Journal officiel de l'Union européenne.

36. Mise à jour de la liste française des ETNC en date du 16 mars 2022 (Arr. 16 mars 2022)

Un arrêté publié au Journal Officiel du 16 mars 2022 met à jour la liste française des Etats et territoires non coopératifs.

La Dominique est retirée de cette liste en application du 2° du 2 bis de l'article 238-0 A du CGI. Anguilla et les Seychelles ne sont plus inscrits sur la liste au titre de ces dispositions, mais y sont maintenus au titre du b du 2 du même article.

Par conséquent, la liste à jour est : Anguilla – Fidji – Guam – Iles Vierges américaines – Iles Vierges britanniques – Palaos – Samoa – Samoa américaines – Seychelles – Panama – Trinité et Tobago – Vanuatu.

RESTRUCTURATIONS

—

37. Transfert du centre des intérêts principaux du débiteur vers un autre État membre après l'introduction d'une demande d'ouverture d'une procédure principale (CIUE, 24 mars 2022)

L'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité, doit être interprété en ce sens que la juridiction d'un État membre saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale conserve une compétence exclusive pour ouvrir une telle procédure lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est transféré vers un autre État membre après l'introduction de cette demande, mais avant que cette juridiction n'ait statué sur celle-ci.

En conséquence, et pour autant que ce règlement demeure applicable à ladite demande, la juridiction d'un autre État membre ultérieurement saisie d'une demande introduite aux mêmes fins ne peut, en principe, se déclarer compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale tant que la première juridiction n'a pas statué et décliné sa compétence.

38. Inopposabilité de l'obligation de confidentialité et du secret professionnel applicables en procédure collective aux enquêteurs de l'ADLC (Crim., 20 avril 2022)

L'obligation de confidentialité qui s'impose à toute personne appelée à une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc, ou qui en a connaissance par ses fonctions, ou le secret professionnel applicable aux mandataires judiciaires, ne sont pas opposables aux enquêteurs de l'Autorité de la concurrence, en l'absence de disposition expresse.

Les droits de l'entreprise concernée au regard d'un risque de divulgation, à des tiers, des documents saisis ou fournis par elle, sont protégés par les articles L. 463-4 et L. 463-6 du Code de commerce.

39. Action en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire d'un bail commercial introduite avant la mise sous sauvegarde du preneur (Com., 13 avril 2022)

Il résulte de la combinaison des articles L. 145-41 et L. 622-21 du Code de commerce que l'action introduite par le bailleur, avant le placement sous sauvegarde de justice du preneur, en vue de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire figurant au bail commercial pour défaut de paiement des loyers ou des charges échus antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure ne peut être poursuivie après ce jugement.

Dès lors, viole ces textes une cour d'appel qui, pour déclarer recevable une demande en résiliation d'un bail commercial, retient que l'ouverture d'une procédure judiciaire n'interdit pas d'invoquer le bénéfice d'une clause résolutoire délivrée antérieurement dont le jeu doit s'apprécier au moment de la délivrance du commandement de payer.

40. Le liquidateur ne peut agir en licitation-partage de la résidence principale que si tous les créanciers ont des créances nées avant publication de la L. 2015 (Com., 13 avril 2022)

L'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du débiteur résultant de l'article L. 526-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2015, n'a d'effet, en application de l'article 206, IV, alinéa 1, de cette loi, qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle après la publication de la loi.

Il en résulte que le liquidateur ne peut agir en licitation-partage de l'immeuble indivis constituant la résidence principale de l'indivisaire en liquidation judiciaire, que si tous les créanciers de la procédure ont des créances nées avant la publication de la loi, les droits du débiteur sur l'immeuble étant alors appréhendés par le gage commun.

41. La vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par le locataire commercial (Com., 23 mars 2022)

La vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire étant une vente faite d'autorité de justice, les dispositions de l'article L. 145-46-1 du Code de commerce, qui concernent le cas où le propriétaire d'un local commercial ou artisanal envisage de le vendre, ne sont pas applicables et une telle vente ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par le locataire commercial.

Le recours contre une ordonnance du juge-commissaire rendue en application de l'article L. 642-18, qui doit être formé devant la cour d'appel en application de l'article R. 642-37-1 du même Code, n'est ouvert qu'aux tiers dont les droits et obligations sont affectés par la décision.

Dès lors, le locataire du bien objet de la vente ne pouvant exercer de droit de préemption et ses droits et obligations n'étant donc pas affectés par la décision, il est irrecevable à former un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente dans ces conditions.

42. Pas de compensation entre la dette de restitution consécutive à l'annulation d'une opération contractée après cessation des paiements et une créance admise au passif (Com., 13 avril 2022)

Il résulte de la combinaison des articles L. 632, I, et L. 626-25 du Code de commerce que les sommes recouvrées au titre de la restitution par le créancier des sommes qu'il a reçues au titre d'opérations annulées à la demande du commissaire à l'exécution du plan agissant dans l'intérêt collectif des créanciers en vue de reconstituer l'actif du débiteur, entrent dans le patrimoine de ce dernier et sont destinées à être réparties entre tous les créanciers. Toute compensation en vertu de l'existence d'un lien de connexité est donc exclue entre la dette de restitution consécutive à l'annulation d'une opération contractée après la date de cessation des paiements et une créance admise au passif du débiteur.

Doit donc être censurée la cour d'appel qui ordonne la compensation entre, d'un côté, les condamnations prononcées par un jugement contre une société au titre de l'annulation d'un warrant agricole et d'une cession de créance consenties par le débiteur pendant la période suspecte, et, de l'autre, la créance de la même société déclarée au titre de livraisons effectuées au profit de ce débiteur et admise au passif, en retenant que ces créances sont connexes.

43. La poursuite abusive d'une exploitation déficitaire justifiant la faillite personnelle peut être caractérisée même lorsque la cessation des paiements est déjà survenue (Com., 13 avril 2022)

L'article L. 653-4, 4°, du Code de commerce sanctionne par la faillite personnelle le fait pour un dirigeant de poursuivre abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne peut conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Un tel comportement peut être caractérisé même lorsque la cessation des paiements est déjà survenue.

44. Nécessité de caractériser une faute de gestion du dirigeant excédant la simple négligence pour retenir la responsabilité pour insuffisance d'actif (Com., 13 avril 2022)

Prive sa décision de base légale au regard de l'article L. 651-2 du Code de commerce, une cour d'appel qui, pour condamner un dirigeant sur ce fondement, relève que celui-ci a manqué de vigilance en engageant la société qu'il dirigeait dans une activité reposant sur un client unique, lequel lui a imposé des investissements lorsque le dirigeant pouvait légitimement croire à une expansion de sa société, avant de rompre brutalement les relations commerciales à sa seule initiative, de tels motifs étant impropres à établir une faute de gestion du dirigeant excédant sa simple négligence.

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

—

- 45. Bail commercial : action en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire introduite avant la mise sous sauvegarde du preneur** (*Com.*, 13 avril 2022)

Cf. brève n° 39.

- 46. Bail commercial : la vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par le locataire commercial** (*Com.*, 23 mars 2022)

Cf. brève n° 41.

- 47. Construction : l'entrepreneur qui a indemnisé le maître de l'ouvrage ne peut agir en garantie contre le fabricant que sur le fondement de la responsabilité de droit commun** (*Civ. 3^{ème}*, 20 avril 2022)

Les personnes responsables de plein droit en application des articles 1792 et suivants du Code civil, lesquelles ne sont pas subrogées après paiement dans le bénéfice de cette action réservée au maître de l'ouvrage et aux propriétaires successifs de l'ouvrage en vertu des articles précités, ne peuvent agir en garantie contre les autres responsables tenus avec elles au même titre, que sur le fondement de la responsabilité de droit commun applicable dans leurs rapports (3^e Civ., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-69.894, Bull. 2011, III, n° 93).

Dès lors, l'entrepreneur qui a indemnisé le maître de l'ouvrage ne peut agir en garantie contre le fabricant que sur le fondement de la responsabilité de droit commun, à l'exclusion de l'article 1792-4 du Code civil.

- 48. Copropriété : un copropriétaire n'est pas fondé à contester les décisions de l'administrateur provisoire approuvant les comptes et les budgets prévisionnels** (*Civ. 3^{ème}*, 13 avril 2022)

Sans préjudice de la possibilité d'en référer au président du tribunal judiciaire pour mettre fin ou modifier sa mission, les copropriétaires ne peuvent remettre en cause les décisions prises par l'administrateur provisoire qui, désigné en application de l'article 29-1 de la loi n° 66-557 du 10 juillet 1965, a reçu tous les pouvoirs normalement dévolus à l'assemblée générale, à l'exception de ceux que la loi interdit au juge de lui donner.

Dès lors, une cour d'appel, saisie d'une action en recouvrement de charges, en déduit exactement qu'un copropriétaire n'est pas fondé à contester les décisions de l'administrateur provisoire approuvant les comptes et les budgets prévisionnels.

- 49. Architecte : jeu de l'assurance en cas d'exécution de travaux en violation des règles d'urbanisme imposant l'obtention d'une autorisation de construire** (*Civ. 3^{ème}*, 20 avril 2022, même arrêt qu'au n° 22)

Il résulte de l'article L. 113-1 du Code des assurances que la clause, qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque, constitue une clause d'exclusion de garantie.

Violait ce texte la cour d'appel qui, après avoir relevé que le contrat d'assurance contenait une clause selon laquelle il avait pour objet de garantir l'adhérent contre les conséquences pécuniaires des responsabilités spécifiques de sa profession d'architecte, qu'il encourait dans l'exercice de celle-ci, telle qu'elle est définie

par la législation et la réglementation en vigueur à la date de l'exécution de ses prestations, retient qu'en commençant les travaux avant l'obtention d'un permis de construire, l'architecte s'est rendu complice d'une infraction pénale, en contravention avec l'article 12 du décret n° 80-217 du 20 mars 1980 devenu le Code de déontologie des architectes, de sorte qu'il avait exercé son activité dans le cadre, non pas d'une exclusion de garantie, mais d'un risque non couvert par l'assureur, alors que l'exécution des travaux en violation des règles d'urbanisme imposant l'obtention d'une autorisation de construire constituait une circonstance particulière de la réalisation du risque.

50. Lotissement : prescriptions respectivement applicables à l'action en démolition et à l'action en réparation du préjudice consécutif à la violation du cahier des charges (Civ. 3^{ème}, 6 avril 2022)

L'action tendant à obtenir la démolition d'une construction édifiée en violation d'une charge réelle grevant un lot au profit des autres lots en vertu d'une stipulation du cahier des charges d'un lotissement est une action réelle immobilière soumise à la prescription trentenaire.

L'action en réparation du préjudice personnel que prétend avoir subi le propriétaire d'un lot en raison de la violation des stipulations du cahier des charges est une action personnelle soumise à la prescription quinquennale.

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE

—

51. Inopposabilité de l'obligation de confidentialité et du secret professionnel applicables en procédure collective aux enquêteurs de l'ADLC (Crim., 20 avril 2022)

Cf. brève n° 38.

52. Cumul entre une amende pour infraction au droit de la concurrence de l'Union et une décision rendue à l'issue d'une procédure afférente aux mêmes faits (CJUE, 22 mars 2022)

L'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lu en combinaison avec l'article 52, paragraphe 1, de cette dernière, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une personne morale soit sanctionnée par une amende pour avoir commis une infraction au droit de la concurrence de l'Union, lorsque, pour les mêmes faits, cette personne a déjà fait l'objet d'une décision définitive à l'issue d'une procédure relative à une infraction à une réglementation sectorielle ayant pour objet la libéralisation du marché concerné, à condition qu'il existe des règles claires et précises permettant de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un cumul des poursuites et des sanctions ainsi que la coordination entre les deux autorités compétentes, que les deux procédures aient été menées de manière suffisamment coordonnée dans un intervalle de temps rapproché et que l'ensemble des sanctions imposées corresponde à la gravité des infractions commises.

53. Clause abusive : une demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive sur le fondement du C. consom., n'est pas soumise à la prescription quinquennale (Civ. 2^{ème}, 30 mars 2022)

Cf. brève n° 7.

54. Clause abusive : portée d'un avis non contraignant de la juridiction suprême de l'État membre concerné
(CJUE, 31 mars 2022)

La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens que l'effet utile des dispositions de celle-ci ne peut, en l'absence d'une règle de droit national à caractère supplétif régissant une telle situation, être assuré uniquement par un avis non contraignant de la juridiction suprême de l'État membre concerné indiquant aux juridictions inférieures l'approche à suivre pour déclarer un contrat comme étant valide ou comme ayant sorti ses effets entre parties lorsque ce contrat ne peut subsister en raison du caractère abusif d'une clause se rapportant à son objet principal.

55. Clause abusive : rétablissement des parties à un contrat de prêt dans la situation qui aurait été la leur s'il n'avait pas été conclu *(CJUE, 31 mars 2022, même arrêt que ci-dessus)*

La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à ce que le juge national compétent décide de rétablir les parties à un contrat de prêt dans la situation qui aurait été la leur si ce contrat n'avait pas été conclu au motif qu'une clause dudit contrat se rapportant à son objet principal doit être déclarée abusive en vertu de cette directive, étant entendu que, si ce rétablissement s'avère impossible, il lui appartient de veiller à ce que le consommateur se trouve en définitive dans la situation qui aurait été la sienne si la clause jugée abusive n'avait jamais existé.

56. Contrats à distance et les contrats hors établissement : exception au droit de rétractation relative aux prestations de services liés à des activités de loisirs *(CJUE, 31 mars 2022)*

L'article 16, sous l), de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, doit être interprété en ce sens que l'exception au droit de rétractation prévue à cette disposition est opposable à un consommateur qui a conclu, avec un intermédiaire agissant en son nom, mais pour le compte de l'organisateur d'une activité de loisirs, un contrat à distance portant sur l'acquisition d'un droit d'accès à cette activité, pour autant que, d'une part, l'extinction par voie de rétractation, conformément à l'article 12, sous a), de cette directive, de l'obligation d'exécuter ce contrat à l'égard du consommateur ferait peser le risque lié à la réservation des capacités ainsi libérées sur l'organisateur de l'activité concernée et, d'autre part, l'activité de loisirs à laquelle ce droit donne accès est prévue comme devant se dérouler à une date ou à une période spécifique.

57. Conditions requises pour que la forclusion par tolérance puisse être efficacement opposée à une action en nullité de la marque *(Com., 6 avril 2022)*

Celui qui oppose la forclusion par tolérance à une action en nullité de sa marque doit en démontrer l'usage honnête et continu depuis plus de cinq ans, ce qui ne saurait se déduire de son seul enregistrement, ainsi que la connaissance qu'en avait le titulaire du droit antérieur, qui lui est opposé.

IT – IP – DATA PROTECTION

58. **Nom de domaine, droit au respect des biens et droit de propriété** (*Com.*, 6 avril 2022, même arrêt qu'au n° 57)

En premier lieu, les garanties de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention) ne trouvent à s'appliquer qu'en cas d'ingérence de l'Etat dans le droit d'un individu au respect de ses biens, ce qui implique de caractériser l'existence d'un « bien » au sens autonome de la Convention.

Si le titulaire d'un nom de domaine peut se prévaloir d'un « intérêt patrimonial » susceptible de relever de la protection conventionnelle (*Paeffgen GmbH c. Allemagne* (déc.), n° 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, 18 septembre 2007), c'est à la condition que les prérogatives, dont il entend se prévaloir à ce titre, soient suffisamment reconnues et protégées par le droit interne applicable (*Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* [GC], n° 73049/01, §§ 66-78, 11 janvier 2007), l'interprétation et l'application à donner à ce droit ne devant pas être l'objet d'un différend (*[S] c. Slovaquie* [GC], § 50, n° 44912/98, 28 septembre 2004).

Si l'usage d'un nom de domaine peut être cédé ou faire l'objet d'une protection en droit interne, c'est à la condition qu'il ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

Or, il ressort des productions et de la procédure que la société demanderesse a cessé d'exploiter son site internet dédié au tourisme en France, qui était accessible à l'adresse « www.france.com », avant de mettre en vente le seul nom de domaine « france.com ». Par motifs adoptés, l'arrêt relève que la possibilité de créer des adresses mails associées à ce nom de domaine conférait à son titulaire un accès privilégié et monopolistique au détriment des autres opérateurs, était utilisé comme argument commercial par le mandataire chargé de la vente du site litigieux, qui vantait l'apparente confiance et crédibilité de cette adresse comme pouvant être attribuée à un service de l'Etat français ou à un tiers autorisé, puis retient que le nom de domaine heurte le droit de l'Etat français sur son nom.

Au regard de ces circonstances, qui font ressortir le caractère illicite de la mise en vente du nom de domaine « france.com », dont l'exploitation avait cessé, la demanderesse ne peut se prévaloir d'un bien protégé au sens de l'article 1 du Protocole n° 1.

En second lieu, hors toute question prioritaire de constitutionnalité, et l'enregistrement d'un nom de domaine ne conférant pas à son titulaire un droit de propriété, au sens des articles 544 et 545 du Code civil, la société demanderesse ne peut pas se prévaloir d'une atteinte à un tel droit.

59. **Copie privée : fourniture de services de stockage en nuage et notion de « reproductions effectuées sur tout support »** (*CJUE*, 24 mars 2022)

L'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que l'expression « reproductions effectuées sur tout support », visée à cette disposition, couvre la réalisation, à des fins privées, de copies de sauvegarde d'œuvres protégées par le droit d'auteur sur un serveur dans lequel un espace de stockage est mis à la disposition d'un utilisateur par le fournisseur d'un service d'informatique en nuage.

60. Copie privée : fourniture de services de stockage en nuage et compensation équitable (CJUE, 24 mars 2022, même arrêt que ci-dessus)

L'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale ayant transposé l'exception visée à cette disposition, qui n'assujettit pas les fournisseurs de services de stockage dans le cadre de l'informatique en nuage au paiement d'une compensation équitable, au titre de la réalisation sans autorisation de copies de sauvegarde d'œuvres protégées par le droit d'auteur par des personnes physiques, utilisatrices de ces services, pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, pour autant que cette réglementation prévoit le versement d'une compensation équitable au bénéfice des titulaires de droits.

61. Données personnelles : conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation (CJUE, 5 avril 2022)

L'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des mesures législatives prévoyant, à titre préventif, aux fins de la lutte contre la criminalité grave et de la prévention des menaces graves contre la sécurité publique, une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation. En revanche, ledit article 15, paragraphe 1, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, ne s'oppose pas à des mesures législatives prévoyant, aux fins de la lutte contre la criminalité grave et de la prévention des menaces graves contre la sécurité publique,

- une conservation ciblée des données relatives au trafic et des données de localisation qui soit délimitée, sur la base d'éléments objectifs et non discriminatoires, en fonction de catégories de personnes concernées ou au moyen d'un critère géographique, pour une période temporellement limitée au strict nécessaire, mais renouvelable ;
- une conservation généralisée et indifférenciée des adresses IP attribuées à la source d'une connexion, pour une période temporellement limitée au strict nécessaire ;
- une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives à l'identité civile des utilisateurs de moyens de communications électroniques, et
- le recours à une injonction faite aux fournisseurs de services de communications électroniques, au moyen d'une décision de l'autorité compétente soumise à un contrôle juridictionnel effectif, de procéder, pour une durée déterminée, à la conservation rapide des données relatives au trafic et des données de localisation dont disposent ces fournisseurs de services,

dès lors que ces mesures assurent, par des règles claires et précises, que la conservation des données en cause est subordonnée au respect des conditions matérielles et procédurales y afférentes et que les personnes concernées disposent de garanties effectives contre les risques d'abus.

L'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, telle que modifiée par la directive 2009/136, lu à la lumière des articles 7, 8, 11 et de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale en vertu de laquelle le traitement centralisé des demandes d'accès à des données conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques, émanant de la police dans le cadre de la recherche et de la poursuite d'infractions pénales graves, incombe à un fonctionnaire de police, assisté par une unité instituée au sein de la police jouissant

d'un certain degré d'autonomie dans l'exercice de sa mission et dont les décisions peuvent faire ultérieurement l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une juridiction nationale limite dans le temps les effets d'une déclaration d'invalidité qui lui incombe, en vertu du droit national, à l'égard d'une législation nationale imposant aux fournisseurs de services de communications électroniques une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et des données de localisation, en raison de l'incompatibilité de cette législation avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, telle que modifiée par la directive 2009/136, lu à la lumière de la charte des droits fondamentaux. L'admissibilité des éléments de preuve obtenus au moyen d'une telle conservation relève, conformément au principe d'autonomie procédurale des États membres, du droit national, sous réserve du respect, notamment, des principes d'équivalence et d'effectivité.

62. Collecte de données commerciales par un clicwalker et notion de subordination nécessaire à la constitution du délit de travail dissimulé (Crim., 5 avril 2022)

Il se déduit des articles L. 8221-5 et L. 8224-1 du Code du travail que délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié suppose que soit établie l'existence d'un lien de subordination.

N'exécute pas une prestation de travail sous un lien de subordination le particulier (appelé « clicwalker ») qui accepte, par l'intermédiaire d'une plateforme numérique gérée par une société, d'exécuter des missions consistant à collecter, pour le compte de marques ou d'enseignes, des données commerciales, dès lors qu'il est libre d'abandonner en cours d'exécution les missions proposées, qu'il ne reçoit aucune instruction ou consigne lors de leur exécution, que la société ne dispose pas, pendant l'exécution de la mission, du pouvoir de contrôler l'exécution de ses directives et d'en sanctionner les manquements, quand bien même la correcte exécution des missions est l'objet d'une vérification par la société qui peut refuser de verser la rémunération prévue et le remboursement des frais engagés, en cas d'exécution non conforme.

SOCIAL

—

63. Transfert du contrat de travail : résiliation d'un contrat de gestion emportant retour de l'entité au autonome au propriétaire de l'établissement (Soc., 20 avril 2022)

Il résulte de l'article L. 1224-1 du Code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 que la résiliation par le propriétaire d'un établissement constituant une entité économique autonome du contrat de gestion confié à un prestataire de services, emportant retour de l'entité au propriétaire, celui-ci est tenu de poursuivre les contrats de travail du personnel attaché à l'entité, dès lors que celle-ci demeure exploitable au jour de sa restitution par le gestionnaire.

64. Transfert du contrat de travail : recours du premier employeur contre le repreneur qui a illicitement refusé de poursuivre les contrats de travail (Soc., 20 avril 2022, même arrêt que ci-dessus)

Le premier employeur qui, en conséquence du refus du repreneur de poursuivre les contrats de travail, a procédé au licenciement des salariés attachés à l'activité transféré, dispose d'un recours en garantie contre celui-ci, lorsque ce refus est illicite.

65. La poursuite du contrat intra-groupe n'emporte pas transmission de l'ensemble des obligations qui incombait à l'ancien employeur, sauf stipulations expresses (Soc., 23 mars 2022)

La convention par laquelle un salarié quitte le poste qu'il occupait dans une entreprise pour entrer au service d'une autre entreprise appartenant au même groupe, organisant ainsi la poursuite du contrat de travail, hors application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, n'emporte pas la transmission au nouvel employeur de l'ensemble des obligations qui incombait à l'ancien employeur, sauf stipulations expresses en ce sens.

66. Il entre dans les attributions du président d'une association, sauf disposition statutaire contraire, de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié (Soc., 23 mars 2022)

Il résulte de l'article L. 1232-6 du Code du travail, l'article 1134 devenu 1103 du Code civil et la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association qu'il entre dans les attributions du président d'une association, sauf disposition statutaire attribuant cette compétence à un autre organe, de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié.

67. Le salarié d'une association peut contester le pouvoir du signataire de la lettre de licenciement mais non l'irrégularité de la désignation de l'organe habilité à licencier (Soc., 23 mars 2022, même arrêt que ci-dessus)

Il résulte de l'article L. 1232-6 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, et l'article 1165 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 que, si le salarié peut se prévaloir des statuts ou du règlement intérieur d'une association pour justifier du défaut de pouvoir de la personne signataire de la lettre de licenciement, il ne peut en revanche invoquer, sur le fondement de ces mêmes statuts, l'irrégularité de la désignation de l'organe titulaire du pouvoir de licencier au regard de ces statuts pour contester son pouvoir.

68. Liberté d'expression et licenciement fondé notamment sur des propos reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes (Soc., 20 avril 2022)

Ayant fait ressortir que le licenciement, fondé sur la violation par le salarié d'une clause de son contrat de travail d'animateur, poursuivait le but légitime de lutte contre les discriminations à raison du sexe et les violences domestiques et celui de la protection de la réputation et des droits de l'employeur, une cour d'appel en a exactement déduit, compte tenu de l'impact potentiel des propos réitérés du salarié, reflétant une banalisation des violences à l'égard des femmes, sur les intérêts commerciaux de l'employeur, que cette rupture n'était pas disproportionnée et ne portait donc pas une atteinte excessive à la liberté d'expression du salarié.

69. Licenciement économique : si le CE doit être saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs, la réorganisation peut être mise en œuvre avant homologation du PSE (Soc., 23 mars 2022)

Si, en application de l'article L. 2323-31 du Code du travail, dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2016 au 1^{er} janvier 2018, le comité d'entreprise doit être saisi en temps utile des projets de restructuration et

de compression des effectifs, la réorganisation peut être mise en œuvre par l'employeur avant la date d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi par l'autorité administrative.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui, pour prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail du salarié aux torts de l'employeur pour manquement à son obligation de fournir un travail, retient que le document unilatéral établi par la société, portant projet de réorganisation et plan de sauvegarde de l'emploi, ne pouvait être mis en œuvre avant son homologation par l'administration et qu'il en résultait que le salarié avait vocation à travailler sur le site dont la fermeture avait été décidée jusqu'à la mise en œuvre du plan.

70. Licenciement économique : l'inobservation des règles sur l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement d'une cause réelle et sérieuse mais donne lieu à dommages-intérêts (Soc., 20 avril 2022)

Il résulte des articles L. 1233-3 et L. 1233-5 du Code du travail que l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements n'a pas pour effet de priver le licenciement d'une cause réelle et sérieuse mais donne lieu à l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de l'emploi du salarié.

71. Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la convention de forfait en heures (Soc., 30 mars 2022)

Il se déduit de l'article L. 3121-22 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 que la rémunération au forfait ne peut résulter que d'un accord entre les parties et que la convention de forfait doit déterminer le nombre d'heures correspondant à la rémunération convenue, celle-ci devant être au moins aussi avantageuse pour le salarié que celle qu'il percevrait en l'absence de convention, compte tenu des majorations pour heures supplémentaires.

Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la convention de forfait en heures.

72. Conformité de la prescription biennale de l'art. L. 1471-1 C. trav. au droit d'accès au juge (Soc., 20 avril 2022)

La réduction du délai de prescription par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, qui a substitué à la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil, relatif aux actions personnelles ou mobilières, une prescription biennale prévue à l'article L. 1471-1 du Code du travail, selon lequel toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge dès lors que ce délai a pour finalité de garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions du salarié dûment informé des voies et délais de recours qui lui sont ouverts devant la juridiction prud'homale.

73. Une créance de participation aux résultats de l'entreprise n'a pas une nature salariale et ne relève donc pas de la prescription prévue à l'art. L. 3245-1 C. trav. (Soc., 23 mars 2022)

La Cour de cassation était saisie de la demande de question prioritaire de constitutionnalité suivante :

« L'article L. 3245-1 du Code du travail est-il contraire à la Constitution en ce que, limitant aux sommes dues au titre des trois dernières années les sommes que le créancier peut solliciter, instituant ainsi une prescription automatique de toutes les sommes dues depuis plus de trois ans à compter du jour où le

créancier a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'agir ou à compter de la rupture du contrat de travail, sans considération de la connaissance effective par le créancier des faits lui permettant d'exercer son action, il porte une atteinte excessive au droit à un recours effectif ? »

Elle considère que la disposition contestée, qui concerne le délai de prescription applicable à l'action en paiement ou en répétition de salaire n'est pas applicable au litige, qui porte sur une action en paiement d'une créance de participation des salariés aux résultats de l'entreprise, laquelle n'a pas une nature salariale, et qu'il n'y a donc pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

74. Peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution (Soc., 13 avril 2022)

Il résulte de l'article L. 8221-6 du Code du travail que les personnes physiques, dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation aux registres que ce texte énumère, sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre par un contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque ces personnes fournissent des prestations dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre.

Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution.

75. Collecte de données commerciales par un clicwalker et notion de subordination nécessaire à la constitution du délit de travail dissimulé (Crim., 5 avril 2022)

Cf. brève n° 62.

76. Conditions de désignation d'un membre suppléant du CSE en qualité de délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés (Soc., 23 mars 2022, Arrêt 1, Arrêt 2)

Seul un membre suppléant du comité social et économique disposant d'un crédit d'heures de délégation en application, soit des dispositions de l'article L. 2315-9 du Code du travail, soit des clauses du protocole préélectoral tel que prévu à l'article L. 2314-7 du même Code, soit du fait qu'il remplace momentanément un membre titulaire en application des dispositions de l'article L. 2314-37 de ce Code, soit enfin en application d'un accord collectif dérogatoire au sens de l'article L. 2315-2, peut être désigné, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, en qualité de délégué syndical. (Arrêts 1 et 2).

77. CSE : la désignation d'un représentant syndical est une prérogative que la loi réserve aux syndicats qui sont reconnus représentatifs dans l'entreprise ou dans l'établissement (Soc., 23 mars 2022)

Il résulte des articles L. 2314-2 et L. 2341-22 du Code du travail que la désignation d'un représentant syndical au comité social et économique est une prérogative que la loi réserve aux syndicats qui sont reconnus représentatifs dans l'entreprise ou dans l'établissement.

Le représentant de section syndicale n'est pas de droit représentant syndical au comité social et économique d'entreprise ou d'établissement dès lors que, si l'article L. 2142-1-1 du Code du travail prévoit qu'il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs, cette assimilation ne s'applique qu'aux attributions liées à la constitution d'une section syndicale.

C'est par conséquent à bon droit qu'une cour d'appel retient qu'une salariée, qui n'est pas membre élue du comité social et économique et qui a été désignée représentante de section syndicale par un syndicat qui n'est pas représentatif dans l'entreprise, n'est pas de droit représentante syndicale au comité social et économique.

78. CSE : l'analyse de l'évolution de la rémunération dans toutes ses composantes et de la politique de recrutement et des modalités de départ entre dans la mission de l'expert (Soc., 23 mars 2022)

L'analyse de l'évolution de la rémunération dans toutes ses composantes et l'analyse de la politique de recrutement et des modalités de départ, en particulier des ruptures conventionnelles et des licenciements pour inaptitude, entrent dans la mission de l'expert désigné dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.



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.