



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.

SOMMAIRE

DROIT DES OBLIGATIONS

4

1. Nullité pour dol d'une vente immobilière et du prêt destiné à le financer en l'état de manœuvres ayant provoqué une erreur sur la rentabilité et la valeur
2. Vente internationale de marchandises : le délai de deux ans prévu à l'art. 39, §2, CVIM est un délai de dénonciation du défaut de conformité et non un délai pour agir
3. Les principes généraux applicables aux contrats internationaux, tels qu'Unidroit, ne constituent pas une loi pouvant être choisie au sens de l'art. 3, § 1, Conv. Rome
4. Prescription d'une action oblique intentée en vue de contester des factures émises par un tiers contre le débiteur
5. La requête à fin de convocation d'une partie à une tentative de conciliation préalable à une saisie des rémunérations interrompt la prescription

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

5

6. Invalidité de la disposition européenne prévoyant l'accessibilité du grand public aux informations sur les bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités
7. Conditions requises pour que l'immixtion d'une société dans les relations contractuelles de sa filiale l'oblige à payer la dette de celle-ci
8. SA : modalités de désignation des membres représentant les salariés au sein du conseil de surveillance
9. SARL : en cas de conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la recevabilité de l'action ut singuli nécessite la désignation d'un mandataire ad hoc
10. Société civile : erreur grossière de l'expert missionné sur le fondement de l'art. 1843-4 C. civ. qui évalue les droits sociaux à la date de son rapport et non à celle du remboursement
11. Licéité de la clause d'exclusion pour justes motifs stipulée dans les statuts d'une société commerciale à capital variable
12. AMF : une étude sur l'évolution du cours de bourse des sociétés ayant recours à des financements dilutifs sous forme d'OCABSA ou d'equity lines
13. AMF : reporting Taxonomie et effets du changement climatique dans les états financiers

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

8

14. Prêt : prise en considération du bien financé dans l'appréciation de l'exécution, par la banque prêteuse, de son devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur non averti
15. Prêt : date de consultation, par la banque prêteuse, du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers
16. Preuve de la falsification d'un chèque et de l'absence d'anomalie apparente sur celui-ci
17. LCB-FT : obligations des entités assujetties relatives à l'identification et à l'évaluation des risques
18. Assurance de responsabilité VTМ : aucun texte ne permet à la victime de diriger l'action judiciaire en indemnisation ou aux fins d'expertise exclusivement contre le représentant (UE) de l'assureur
19. AMF-ACPR : rapport sur le suivi et l'évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place de Paris
20. AMF : synthèse des bonnes et mauvaises pratiques observées chez des dépositaires de placements collectifs

PENAL DES AFFAIRES

10

21. Le code de déverrouillage d'un téléphone mobile peut constituer une clé de déchiffrement donnant prise à l'infraction prévue à l'art. 434-15-2 C. pén.
22. La durée excessive d'une procédure pénale ne justifie pas à elle seule son annulation, mais peut avoir des conséquences sur les preuves et la peine
23. Une déclaration de culpabilité ne peut être fondée exclusivement ou essentiellement sur le silence de l'accusé ou sur son refus de répondre à des questions

FISCAL

12

24. Pacte Dutreil : lorsque la société holding animatrice a une activité mixte, à la fois d'animation de filiales exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et de gestion patrimoniale, alors cette activité d'animation doit être prépondérante pour que la transmission de ses titres puisse être partiellement exonérée de droits d'enregistrement
25. Taxe pour la création de locaux de stockage en Île-de-France
26. Cession par une société holding de titres reçus gratuitement à la suite d'une augmentation de capital par incorporation de réserves - Décompte du délai de deux ans prévu à l'article 39 duodecies du CGI
27. TVA : Régime de l'assujetti unique - Transposition en droit national du mécanisme prévu à l'article 11 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée
28. TVA : Procédure d'immatriculation à la TVA des entreprises non établies dans l'Union européenne et soumises à l'obligation de désignation d'un représentant fiscal

RESTRUCTURATIONS

14

29. Incidences de la caducité de l'accord de conciliation sur les nouvelles sûretés obtenues par le créancier dans le cadre ou pour les besoins de l'accord
30. Allongement du délai de déclaration de créance en l'état d'une société étrangère disposant d'un établissement en France
31. La déclaration de créance au passif du débiteur principal interrompt la prescription contre la caution jusqu'à achèvement du plan ou clôture de la liquidation
32. Compétence résiduelle du juge-commissaire en l'état d'une contestation de créance ne relevant pas de son pouvoir ou de sa compétence
33. Sort d'une créance de restitution découlant d'un arrêt de cassation prononcé après l'arrêt du plan de redressement
34. La revendication d'un droit de propriété né postérieurement à l'ouverture de la procédure collective relève de l'application des dispositions du Code civil
35. Point de départ de la prescription des actions en faillite personnelle ou interdiction de gérer en l'état de l'annulation d'un jugement prononçant une liquidation
36. Recevabilité de l'action en responsabilité civile intentée contre une société désignée en qualité de mandataire judiciaire sans mise en cause de l'associé concerné

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

16

37. Bail commercial : la mesure gouvernementale d'interdiction de recevoir du public consécutive à la crise sanitaire n'empêche ni manquement à la délivrance ni perte de la chose
38. Bail commercial : clauses de suspension du paiement des loyers et crise sanitaire
39. Point de départ de la prescription des actions en responsabilité afférentes à un investissement immobilier locatif avec défiscalisation
40. Construction : l'usufruitier ne peut exercer, en cette seule qualité, l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage
41. Construction : l'usufruitier, qui ne peut agir sur le fondement de la garantie décennale, peut néanmoins agir sur celui de la responsabilité contractuelle de droit commun
42. Intermédiation à la location et amende civile prévue à l'art. L. 651-2 CCH

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

19

44. Pratiques anticoncurrentielles : notion de « preuves pertinentes en la possession du défendeur ou d'un tiers » prévue à l'art. 5, § 1, al. 1, Dir. 2014/104
45. La seule constatation d'un refus de vente d'une entreprise, à la supposer en position dominante, ne caractérise pas un abus
46. Rupture brutale d'une relation commerciale établie : tiers repreneur ayant continué une relation commerciale précédemment entretenue
47. Loi applicable à des contrats coopération commerciale sur le fondement de la Conv. Rome à défaut de choix par les parties
48. Agent commercial : le manquement grave antérieur à la rupture du contrat mais découvert par le mandant postérieurement à celle-ci ne prive plus l'agent de son droit à indemnité
49. Agent commercial : cessation du contrat intervenue à l'initiative de l'agent et justifiée par des circonstances imputables au mandant
50. Agent commercial : les commissions versées à l'agent par un autre mandant au titre de la même clientèle postérieurement à la rupture n'ont pas à être déduites de l'indemnité
51. La notion d'activité professionnelle au sens des art. 17, §1, règl. UE 1215/2012 et 6, §1, règl. Rome 1, recouvre également l'activité salariée

IT – IP – DATA PROTECTION

21

52. Consentement et droit à l'effacement de la personne abonnée à un opérateur de services téléphoniques s'agissant de l'accessibilité d'autre opérateurs à ses données
53. Le code de déverrouillage d'un téléphone mobile peut constituer une clé de déchiffrement donnant prise à l'infraction prévue à l'art. 434-15-2 C. pén.
54. Intermédiation à la location et amende civile prévue à l'art. L. 651-2 CCH
55. CNL : collecte des données personnelles à l'occasion des élections professionnelles

SOCIAL

22

56. Egalité de traitement : discrimination résultant de l'interdiction faite à un salarié masculin de porter une coiffure autorisée pour le personnel féminin
57. Délégué syndical : le droit du syndicat de désigner un délégué au niveau d'un établissement, prévu à l'art. L. 2143-3, al. 4, C. trav., est d'ordre public quant au périmètre de désignation
58. Délégué syndical : preuve incombant au syndicat qui se prévaut du caractère distinct d'un établissement à l'appui de la désignation d'un délégué au sein de celui-ci
59. Modalités de désignation des membres représentant les salariés au sein du conseil de surveillance d'une société anonyme
60. Temps de déplacements accomplis par un salarié itinérant entre son domicile et les sites des premier et dernier clients et temps de travail effectif
61. Contraintes susceptibles de justifier la requalification d'une période d'astreinte en temps de travail effectif
62. Repos dominical : pouvoir de l'inspecteur du travail de saisir le juge des référés en cas d'infraction aux art. L. 3131-3 et 13 C. trav., en présence de salariés d'une autre entreprise
63. Nullité de la clause obligeant le salarié à reverser à l'employeur les rémunérations afférentes à des missions d'expertise qui lui ont été confiées personnellement
64. Le congé sans solde entraînant la suspension du contrat, le salarié ne peut prétendre à aucune rémunération au titre des jours fériés y afférents
65. Modification de contrat intervenue dans le cadre d'un projet de réorganisation ayant débouché sur un accord collectif portant PSE affecté d'une cause de nullité
66. Même faite à la demande de l'inspecteur du travail, la rétractation du licenciement suppose l'accord du salarié
67. Fraude à l'art. L. 1224-1 C. trav. invoquée par un salarié protégé licencié par le nouvel employeur après autorisation administrative
68. L'employeur qui licencie le salarié pour défaut de titre de séjour, sans invoquer de faute grave, est redevable du salaire échu pour toute la période antérieure
69. Licenciement économique d'un salarié dont l'état de santé pourrait justifier une inaptitude en lien avec l'activité professionnelle
70. Lorsque le maintien ou le reclassement du salarié inapte est expressément exclu par le médecin du travail, l'employeur n'a pas à consulter les délégués du personnel
71. Point de départ d'une action en requalification d'un CDD conclu pour assurer le remplacement d'un salarié absent en CDI
72. En l'absence d'obligation pour l'employeur d'assurer un complément de formation professionnelle, le CDD motivé par un tel complément doit être requalifié en CDI
73. En l'absence de motif économique de licenciement, le contrat de sécurisation professionnelle n'a pas de cause et l'employeur est tenu du préavis et des congés
74. En l'absence de motif économique, le contrat de sécurisation professionnelle n'a pas de cause et l'employeur est tenu de rembourser les indemnités de chômage
75. Compétence de la CAJ pour réduire ou supprimer l'indemnité de licenciement en cas de faute grave ou de fautes répétées et décision prud'homale sur les autres indemnités

DROIT DES OBLIGATIONS

—

1. Nullité pour dol d'une vente immobilière et du prêt destiné à le financer en l'état de manœuvres ayant provoqué une erreur sur la rentabilité et la valeur (Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2022)

Selon l'article 1116 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ; il ne se présume pas et doit être prouvé.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, pour rejeter la demande de l'acquéreur d'un appartement dans une résidence à titre d'investissement immobilier locatif bénéficiant d'une défiscalisation en nullité pour dol dudit contrat et du prêt destiné à le financer, retient que l'opération a accru l'actif du patrimoine de l'acquéreur, qui s'est enrichi de la propriété de l'appartement et du montant des loyers perçus durant neuf années et que le passif a été diminué, puisque le dispositif lui ouvrait droit à la récupération de la taxe sur la valeur ajoutée sur le prix de vente, de sorte que l'acquéreur, qui ne produit aucun justificatif permettant de déterminer le montant effectif des avantages fiscaux dont il a bénéficié, ne démontre pas le dol allégué, sans rechercher, comme il lui était demandé, si, lors de la conclusion du contrat, l'acquéreur n'avait pas été induit en erreur sur la rentabilité et la valeur du bien par des manœuvres dolosives consistant en la conclusion d'un fonds de concours avec l'exploitant et la cession à celui-ci des locaux destinés à l'accueil et à la réception de la résidence, dissimulés à l'acquéreur, ainsi qu'en l'absence d'analyse des prix du marché par un organisme indépendant.

Cf. égal. brève n° 39.

2. Vente internationale de marchandises : le délai de deux ans prévu à l'art. 39, §2, CVIM est un délai de dénonciation du défaut de conformité et non un délai pour agir (Com., 26 oct. 2022)

Il résulte de l'article 7, § 2, de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) que les questions concernant les matières régies par la CVIM et qui ne sont pas expressément tranchées par elle sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Selon l'article 39, § 2, de la CVIM, l'acheteur est, dans tous les cas, déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité, s'il ne le dénonce pas au plus tard dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle les marchandises lui ont été effectivement remises.

Les dispositions de la CVIM ne prévoyant pas de délai de prescription ou de forclusion et ce délai de deux ans étant un délai de dénonciation du défaut de conformité et non un délai pour agir, la fin de non-recevoir soulevée, au visa de ce texte, par le vendeur pour cause de forclusion de l'action formée par l'acheteur doit être rejetée.

3. Les principes généraux applicables aux contrats internationaux, tels qu'Unidroit, ne constituent pas une loi pouvant être choisie au sens de l'art. 3, § 1, Conv. Rome (Com., 16 nov. 2022, même arrêt qu'au n° 47)

Il résulte de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, que les principes généraux applicables aux contrats internationaux, tels que

ceux qui ont été élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), ne constituent pas une loi pouvant être choisie par les parties au sens de cette disposition.

4. Prescription d'une action oblique intentée en vue de contester des factures émises par un tiers contre le débiteur (Com., 16 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus)

Après avoir relevé qu'une société A n'était intervenue volontairement que le 20 décembre 2013 à l'action oblique engagée par une société B pour contester les factures émises par une société C à l'égard d'une société D, tandis qu'il n'était pas contesté qu'elle avait eu connaissance des faits ayant justifié l'exercice de cette action en 2006, puis retenu que la signification, le 17 novembre 2011, à la société C, de la conversion en saisie-attribution de la saisie-conservatoire pratiquée entre ses mains en 2006 constitue un acte d'exécution forcée à l'encontre de la seule société D et non à l'encontre de la société C et que le recouvrement de la créance contre la société D est distinct, tant dans son objet que dans son fondement, de l'action oblique exercée contre la société C, puis retenu encore que l'article 2244 du code civil ne confère d'effet interruptif qu'aux actes exercés à l'encontre du débiteur concerné par l'action et relevé qu'il n'y a eu aucun acte d'exécution forcée à l'encontre de la société C, ni même aucune mesure conservatoire, susceptible d'interrompre la prescription de l'action engagée par la société A contre cette société, une cour d'appel a exactement déduit de ces constatations et appréciations que la prescription de l'action oblique engagée par la société A à l'encontre de la société C n'avait pas été interrompue par l'acte du 17 novembre 2011 et que cette action était donc prescrite.

5. La requête à fin de convocation d'une partie à une tentative de conciliation préalable à une saisie des rémunérations interrompt la prescription (Civ. 2^{ème}, 17 nov. 2022)

Aux termes de l'article 2241 du code civil, la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.

Il en résulte que la requête à fin de convocation d'une partie à une tentative de conciliation préalable à une saisie des rémunérations, prévue à l'article R 3252-13 alinéa 1 du code du travail, dans sa version applicable au litige, qui constitue une demande en justice, interrompt le délai de prescription de l'action du créancier contre le débiteur.

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIETES – BOURSE

–

6. Invalidité de la disposition européenne prévoyant l'accessibilité du grand public aux informations sur les bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités (CJUE, 22 nov. 2022)

L'article 1^{er}, point 15, sous c), de la directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2018, modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE, est invalide en tant qu'il a modifié l'article 30, paragraphe 5, premier alinéa, sous c), de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission,

en ce sens que cet article 30, paragraphe 5, premier alinéa, sous c), prévoit, dans sa version ainsi modifiée, que les États membres doivent veiller à ce que les informations sur les bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire soient accessibles dans tous les cas à tout membre du grand public.

7. Conditions requises pour que l'immixtion d'une société dans les relations contractuelles de sa filiale l'oblige à payer la dette de celle-ci (Com., 9 nov. 2022)

Il résulte de l'application combinée de l'article 1842 du code civil et l'article 1165 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, qu'une société n'est tenue de répondre de la dette d'une filiale que si son immixtion dans les relations contractuelles de cette filiale a été de nature à créer, pour le cocontractant de celle-ci, une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement qu'il était aussi le cocontractant de la société mère.

Le paiement partiel, par une société, d'une dette que sa filiale avait été mise en demeure de payer, ne saurait, à lui seul, caractériser une immixtion de cette société de nature à créer, pour la société créancière, une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que la société ayant procédé audit paiement partiel s'est substituée à sa filiale dans l'exécution du contrat.

8. SA : modalités de désignation des membres représentant les salariés au sein du conseil de surveillance (Soc., 23 nov. 2022)

Cf. brève n° 59.

9. SARL : en cas de conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la recevabilité de l'action *ut singuli* nécessite la désignation d'un mandataire *ad hoc* (Com., 9 nov. 2022)

Selon l'article R. 223-32 du code de commerce, lorsque l'action sociale est intentée par un associé, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Le tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la société dans l'instance lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre celle-ci et ses représentants légaux.

Il en résulte que l'action sociale exercée par un associé n'est recevable que si la société est régulièrement représentée dans l'instance. Lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et son représentant légal, la société ne peut être régulièrement représentée que par un mandataire *ad hoc*, qu'il appartient au juge de désigner à la demande de l'associé ou du représentant légal ou, le cas échéant, d'office.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour écarter la fin de non-recevoir tirée de ce que la SARL en cause n'était pas régulièrement représentée dans l'instance relative à l'action sociale exercée par l'un de ses associés et condamner sa gérante à payer à cette société des dommages-intérêts en réparation de son préjudice, retient notamment que si l'action *ut singuli* exige, en raison de sa nature sociale, la mise en cause régulière de la société par l'intermédiaire de son représentant légal, l'absence de désignation d'un mandataire *ad hoc* ne constitue pas une condition de recevabilité de l'action, alors qu'il résultait de ses constatations que la gérante avait été assignée à la fois à titre personnel et en tant que représentante légale de la société et que, par suite, il existait un conflit d'intérêts entre la société, prétendument victime des agissements de sa gérante, et cette dernière, ce dont la cour d'appel aurait dû déduire qu'elle devait désigner un mandataire *ad hoc* pour que la société soit régulièrement représentée, peu important qu'elle n'ait pas été saisie d'une demande en ce sens.

10. Société civile : erreur grossière de l'expert missionné sur le fondement de l'art. 1843-4 C. civ. qui évalue les droits sociaux à la date de son rapport et non à celle du remboursement (Com., 9 nov. 2022)

Il résulte des articles 1843-4 et 1869 du code civil qu'en l'absence de dispositions contraires des statuts, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits, auquel il est procédé selon les modalités prévues, le cas échéant, par les statuts, sans préjudice du droit pour l'associé qui conteste cette valeur, de la faire déterminer, à la date du remboursement ainsi effectué, par un expert désigné dans les conditions prévues par le premier de ces textes.

Si c'est à tort qu'une cour d'appel a retenu que la date à laquelle est statutairement fixée l'évaluation des parts est nécessairement celle, s'imposant à l'expert, du jour où est officiellement acté le retrait de l'associé, soit en l'espèce en 1998, son arrêt n'encourt pas pour autant la censure dès lors qu'en se plaçant à la date d'établissement de son rapport, en 2012, et non à la date à laquelle la société a, le 28 janvier 2002, remboursé ses parts sociales à l'associé à la valeur fixée par l'assemblée des associés, l'expert a commis une erreur grossière.

11. Licéité de la clause d'exclusion pour justes motifs stipulée dans les statuts d'une société commerciale à capital variable (Com., 9 nov. 2022)

Il résulte de l'article L. 231-6, alinéa 2, du code de commerce qu'est licite une clause des statuts d'une société commerciale à capital variable stipulant que tout associé peut être exclu de la société pour justes motifs par une décision des associés réunis en assemblée générale statuant à la majorité fixée pour la modification des statuts, quand bien même cette clause ne précise pas les motifs d'exclusion.

12. AMF : une étude sur l'évolution du cours de bourse des sociétés ayant recours à des financements dilutifs sous forme d'OCABSA ou d'equity lines (AMF, 13 oct. 2022)

L'Autorité des marchés financiers publie une étude sur l'évolution du cours de bourse des sociétés ayant recours à des financements dilutifs sous forme d'OCABSA (obligation convertible en actions avec bon de souscription d'actions) ou d'equity lines, faisant suite à une recrudescence des signalements et des réclamations émanant de particuliers ayant perdu une partie significative de leur investissement dans des sociétés cotées ayant recours à ce type de financements.

13. AMF : reporting Taxonomie et effets du changement climatique dans les états financiers (AMF, 9 nov. 2022)

L'AMF publie une analyse sur les informations fournies par les sociétés cotées dans le cadre du reporting Taxonomie, ainsi qu'un panorama des informations fournies dans les états financiers 2021 sur les effets du changement climatique et des engagements pris.

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

–

14. Prêt : prise en considération du bien financé dans l'appréciation de l'exécution, par la banque prêteuse, de son devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur non averti (Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2022)

Il résulte de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 que, pour apprécier les capacités financières et le risque d'endettement d'un emprunteur non averti, doivent être pris en considération ses biens et revenus.

Cassation de l'arrêt qui procède à cette appréciation sans prendre en compte la valeur du bien immobilier financé par l'emprunt, sous déduction du montant de la dette au jour de la conclusion du contrat.

15. Prêt : date de consultation, par la banque prêteuse, du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (Civ. 1^{ère}, 23 nov. 2022)

Ne tire pas les conséquences légales de ses propres constatation la cour d'appel qui, pour prononcer la déchéance du droit aux intérêts, retient que la banque n'a pas consulté le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP) dans le délai maximal de sept jours imparti par l'article L. 311-13 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, après avoir relevé que cette consultation avait eu lieu avant la mise à disposition des fonds, par laquelle le prêteur avait agréé la personne des emprunteurs.

16. Preuve de la falsification d'un chèque et de l'absence d'anomalie apparente sur celui-ci (Com., 9 nov. 2022)

Il résulte de la combinaison des articles 9 du code de procédure civile et 1315, alinéa 2, devenu 1353, alinéa 2, du code civil que s'il incombe à l'émetteur d'un chèque d'établir que celui-ci a été falsifié, il revient à la banque tirée, dont la responsabilité est recherchée pour avoir manqué à son obligation de vigilance et qui ne peut représenter l'original de ce chèque, de prouver que celui-ci n'était pas affecté d'une anomalie apparente, à moins que le chèque n'ait été restitué au tireur.

17. LCB-FT : obligations des entités assujetties relatives à l'identification et à l'évaluation des risques (CJUE, 17 nov. 2022)

L'article 18, paragraphes 1 et 3, de la directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, lu en combinaison avec l'article 5 et l'annexe III, point 3, sous b), de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas à une entité assujettie d'assigner, de manière automatique, un niveau de risque élevé à un client et, par conséquent, d'adopter des mesures de vigilance renforcée à l'égard de ce client, au seul motif que celui-ci est une organisation non gouvernementale, que l'un des employés dudit client est un ressortissant d'un pays tiers présentant un risque élevé de corruption ou qu'un partenaire commercial de ce même client, mais pas le client lui-même, est lié à un tel pays tiers. Un État membre peut toutefois identifier en droit national de telles circonstances comme étant des facteurs indicatifs d'un risque potentiellement plus élevé de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, dont les entités assujetties doivent tenir compte dans le cadre de leur

évaluation des risques à effectuer à l'égard de leur clientèle, pour autant que ces facteurs soient conformes au droit de l'Union et, notamment, aux principes de proportionnalité et de non-discrimination.

L'article 13, paragraphe 1, sous c) et d), de la directive 2015/849, lu en combinaison avec l'article 8, paragraphe 2, l'article 13, paragraphe 4, et l'article 40, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas à l'entité assujettie, lorsqu'elle prend des mesures de vigilance à l'égard de la clientèle, d'obtenir du client concerné une copie du contrat conclu entre ce client et un tiers, pour autant que cette entité puisse fournir à l'autorité nationale compétente d'autres documents appropriés démontrant, d'une part, qu'elle a analysé la transaction et la relation commerciale conclues entre ce client et ce tiers et, d'autre part, qu'elle en a dûment tenu compte pour adopter des mesures de vigilance nécessaires au regard des risques identifiés de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

L'article 14, paragraphe 5, de la directive 2015/849, lu en combinaison avec l'article 8, paragraphe 2, de celle-ci, doit être interprété en ce sens que les entités assujetties ont l'obligation d'adopter, sur la base d'une évaluation des risques tenue à jour, des mesures de vigilance, le cas échéant à caractère renforcé, à l'égard d'un client existant, lorsque cela apparaît approprié, notamment en présence d'un changement des éléments pertinents de la situation de ce client, et ce indépendamment du fait que le délai maximum fixé par le droit national pour procéder à une nouvelle évaluation du risque lié audit client n'a pas encore expiré. Cette obligation ne s'applique pas seulement aux clients présentant un risque élevé de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

L'article 60, paragraphes 1 et 2, de la directive 2015/849 doit être interprété en ce sens que lors de la publication d'une décision de sanction adoptée en raison d'une infraction aux dispositions nationales transposant cette directive, l'autorité nationale compétente est tenue de s'assurer que les informations publiées sont exactement conformes à celles contenues dans cette décision.

18. Assurance de responsabilité VTM : aucun texte ne permet à la victime de diriger l'action judiciaire en indemnisation ou aux fins d'expertise exclusivement contre le représentant (UE) de l'assureur (Com., 27 oct. 2022)

Les dispositions de l'article 4 de la directive 2000/26/CE du 16 mai 2000 prescrivant aux entreprises d'assurance couvrant les risques liés à la responsabilité civile des véhicules terrestres à moteur de nommer un représentant chargé du règlement des sinistres dans chaque État membre autre que celui où elles ont reçu leur agrément administratif ont été reprises, dans des termes identiques, à l'article 21 de la directive 2009/103/CE du 16 septembre 2009.

La Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que l'article 4 de la première de ces directives doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas aux États membres de prévoir que le représentant chargé du règlement des sinistres puisse être assigné lui-même, en lieu et place de l'entreprise d'assurance qu'il représente, devant la juridiction nationale saisie d'un recours en indemnisation intenté par une personne lésée entrant dans le champ d'application de la directive.

Par ailleurs, aucune disposition de transposition de ces textes en droit français ne prévoit que le représentant soit débiteur de l'indemnisation due par l'assureur étranger.

Dès lors, une cour d'appel décide à bon droit qu'il ne se déduit d'aucun texte le droit pour la victime de diriger l'action judiciaire en indemnisation, même provisionnelle, ou l'action aux fins d'expertise fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, exclusivement contre le représentant de l'assureur.

19. AMF-ACPR : rapport sur le suivi et l'évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place de Paris (AMF, 25 oct. 2022)

L'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) publient leur troisième rapport sur le suivi et l'évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place de Paris.

20. AMF : synthèse des bonnes et mauvaises pratiques observées chez des dépositaires de placements collectifs (AMF, 12 oct. 2022)

L'Autorité des marchés financiers publie un document synthétisant les bonnes et mauvaises pratiques qu'elle a constatées à l'occasion d'une série de contrôles courts menés auprès de cinq dépositaires de placements collectifs.

PENAL DES AFFAIRES

—

21. Le code de déverrouillage d'un téléphone mobile peut constituer une clé de déchiffrement donnant prise à l'infraction prévue à l'art. 434-15-2 C. pén. (Plén. 7 nov. 2022 ; Communiqué)

Selon l'article 434-15-2, est punissable toute personne qui, ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, refuse de la remettre aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre, sur les réquisitions de ces autorités délivrées en application des titres II et III du livre I^{er} du code de procédure pénale. La convention de déchiffrement, visée par ce texte, s'entend de tout moyen logiciel ou de toute autre information permettant la mise au clair d'une donnée transformée par un moyen de cryptologie, que ce soit à l'occasion de son stockage ou de sa transmission.

Il en résulte que le code de déverrouillage d'un téléphone mobile peut constituer une clé de déchiffrement si ce téléphone est équipé d'un moyen de cryptologie de sorte que, pour l'application de l'article 434-15-2 du code pénal, il incombe au juge de rechercher si le téléphone en cause est équipé d'un tel moyen et si son code de déverrouillage permet de mettre au clair tout ou partie des données cryptées qu'il contient ou auxquelles il donne accès.

22. La durée excessive d'une procédure pénale ne justifie pas à elle seule son annulation, mais peut avoir des conséquences sur les preuves et la peine (Crim., 9 nov. 2022 ; Communiqué)

La Cour de cassation juge de manière constante que le dépassement du délai raisonnable défini à l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme est sans incidence sur la validité de la procédure. Il ne saurait conduire à son annulation et, sous réserve des lois relatives à la prescription, il ne constitue pas une cause d'extinction de l'action publique (Crim., 3 février 1993, pourvoi n° 92-83.443, Bull. crim. 1993, n° 57 ; Ass. plén., 4 juin 2021, pourvoi n° 21-81.656, publié au Bulletin).

Il résulte du paragraphe 9 que le droit à être jugé dans un délai raisonnable protège les seuls intérêts des personnes concernées par la procédure en cours. La méconnaissance de ce droit ne constitue donc pas la violation d'une règle d'ordre public. Elle ne constitue pas davantage la violation d'une règle de forme prescrite par la loi à peine de nullité, ni l'inobservation d'une formalité substantielle au sens de l'article 802 du code de procédure pénale. En effet, elle ne compromet pas en elle-même les droits de la défense, ses

éventuelles conséquences sur l'exercice de ces droits devant en revanche être prises en compte au stade du jugement au fond, dans les conditions indiquées aux paragraphes 23 à 26.

Au demeurant, en cas d'information préparatoire, l'article 385 du code de procédure pénale prévoit que, lorsque la juridiction est saisie par l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel du juge d'instruction, les parties sont irrecevables à invoquer devant la juridiction de jugement des exceptions de nullité de la procédure antérieure, dès lors que ladite ordonnance purge les vices de la procédure en application de l'article 179, alinéa 6, du même code (Crim., 26 mai 2010, pourvoi n° 10-81.839, Bull. crim. 2010, n° 95). En vertu du même texte, les juridictions de jugement, lorsqu'elles constatent une irrégularité de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, n'ont pas qualité pour l'annuler mais peuvent seulement renvoyer l'affaire au ministère public pour saisine du juge d'instruction aux fins de régularisation de cet acte (Crim., 13 juin 2019, pourvoi n° 19-82.326, Bull. crim. 2019, n° 112).

Enfin, la durée excessive d'une procédure ne peut aboutir à son invalidation complète, alors que chacun des actes qui la constitue est intrinsèquement régulier.

Ces règles ne méconnaissent aucun principe conventionnel.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme juge que les recours dont un justiciable dispose au plan interne pour se plaindre de la durée d'une procédure sont effectifs au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'ils permettent soit de faire intervenir plus tôt la décision des juridictions saisies, soit de fournir au justiciable une réparation adéquate pour les retards déjà accusés (CEDH, arrêt du 24 janvier 2017, Hiernaux c. Belgique, n° 28022/15, § 45).

Elle n'a jamais estimé qu'une méconnaissance du droit d'être jugé dans un délai raisonnable constituait une atteinte aux droits de la défense.

Plusieurs mécanismes de droit interne répondent aux exigences conventionnelles.

Tout d'abord, au stade de l'information, les articles 221-1 à 221-3 du code de procédure pénale permettent aux parties, sous certaines conditions, et au président de la chambre de l'instruction qui, en vertu de l'article 220 du même code, s'emploie à ce que les procédures ne subissent aucun retard injustifié, de saisir cette juridiction, qui, après évocation, peut poursuivre elle-même l'information, ou la clôturer ou la confier à un autre juge d'instruction.

Ensuite, en vertu de l'article 175-1 du même code, une partie peut demander au juge d'instruction la clôture de l'information.

Enfin, l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit la possibilité, pour la partie concernée, d'engager la responsabilité de l'Etat à raison du fonctionnement défectueux du service public de la justice, en particulier en cas de dépassement du délai raisonnable (1re Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-69.955, Bull. 2010, I, n° 219).

Il se déduit de l'ensemble de ces éléments que doit être maintenu le principe selon lequel la méconnaissance du délai raisonnable et ses éventuelles conséquences sur les droits de la défense sont sans incidence sur la validité des procédures.

Par conséquent, la juridiction de jugement qui constate le caractère excessif de la durée de la procédure ne peut se dispenser d'examiner l'affaire sur le fond. Dans cet office, elle dispose de plusieurs voies de droit lui permettant de prendre cette situation en compte.

Tout d'abord, il lui appartient, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'apprécier la valeur probante des éléments de preuve qui lui sont soumis et sont débattus contradictoirement devant elle. Elle doit, à ce titre, prendre en considération l'éventuel déperissement des preuves imputable au temps écoulé depuis la date des faits, et l'impossibilité qui pourrait en résulter, pour les parties, d'en

discuter la valeur et la portée. Ainsi, elle doit appliquer le principe conventionnel selon lequel une condamnation ne peut être prononcée sur le fondement d'un unique témoignage émanant d'un témoin auquel le prévenu n'a jamais été confronté malgré ses demandes. Le dépérissement des preuves peut, le cas échéant, conduire à une décision de relaxe.

Ensuite, selon le dernier alinéa de l'article 10 du code de procédure pénale, en présence de parties civiles, lorsqu'il constate que l'état mental ou physique du prévenu rend durablement impossible sa comparution personnelle dans des conditions lui permettant d'exercer sa défense, le juge peut, d'office ou à la demande des parties, décider, après avoir ordonné une expertise permettant de constater cette impossibilité, qu'il sera tenu une audience pour statuer uniquement sur l'action civile, après avoir constaté la suspension de l'action publique et sursis à statuer sur celle-ci.

Enfin, dans le cadre de l'application des critères de l'article 132-1 du code pénal, le juge peut déterminer la nature, le quantum et le régime des peines qu'il prononce en prenant en compte les éventuelles conséquences du dépassement du délai raisonnable et, le cas échéant, prononcer une dispense de peine s'il constate que les conditions de l'article 132-59 du code pénal sont remplies.

23. Une déclaration de culpabilité ne peut être fondée exclusivement ou essentiellement sur le silence de l'accusé ou sur son refus de répondre à des questions (Crim., 26 oct. 2022)

Selon l'article 328 du code de procédure pénale, après l'avoir informé de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire, le président de la cour d'assises interroge l'accusé et reçoit ses déclarations.

S'agissant des conséquences pouvant être tirées de l'exercice par un accusé de son droit au silence, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 8 février 1996, Murray c. Royaume-Uni, n° 18731/91) a énoncé que le droit de garder le silence n'est pas absolu. Elle a précisé, d'une part, qu'il est manifestement incompatible avec le droit de se taire et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer. Elle a ajouté, d'autre part, qu'il est tout aussi évident que ces interdictions ne peuvent et ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge.

La garantie de l'effectivité du droit de garder le silence impose donc de proscrire qu'une déclaration de culpabilité soit fondée exclusivement ou essentiellement sur le silence de l'accusé ou sur son refus de répondre à des questions.

FISCAL

24. Pacte Dutreil : lorsque la société holding animatrice a une activité mixte, à la fois d'animation de filiales exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et de gestion patrimoniale, alors cette activité d'animation doit être prépondérante pour que la transmission de ses titres puisse être partiellement exonérée de droits d'enregistrement (CA Paris, 24 oct. 2022)

Lorsque la société holding animatrice a une activité mixte, à la fois d'animation de filiales exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et de gestion patrimoniale, alors cette

activité d'animation doit être prépondérante pour que la transmission de ses titres puisse être partiellement exonérée de droits d'enregistrement. Le caractère principal de l'activité d'animation de groupe est caractérisé lorsque la valeur vénale, au jour du fait générateur de l'imposition, des titres des filiales animées par la société holding représente plus de la moitié de l'actif total de cette dernière.

S'agissant d'une holding animatrice de son groupe, il convient cependant d'examiner si les autres actifs qu'elle détient, qu'ils soient immobilisés ou circulants, sont affectés à l'activité d'animation de la société. La seule référence à l'actif brut immobilisé n'est en revanche pas pertinente dès lors que celui-ci n'est pas de nature à caractériser la prépondérance de l'activité animatrice d'une société holding.

25. Taxe pour la création de locaux de stockage en Île-de-France (CE, 11 oct. 2022)

Les données numériques traitées dans les locaux hébergeant des serveurs informatiques ne constituent ni des produits, ni des marchandises, ni des biens, au sens du 3° du III de l'article 231 ter du code général des impôts. La circonstance que ces locaux abritent des matériels et infrastructures informatiques en fonctionnement ne saurait conduire à regarder ces locaux comme destinés à un entreposage au sens de ce même 3°. Dès lors, les locaux hébergeant des serveurs informatiques ne constituent pas des locaux de stockage au sens et pour l'application de ces dispositions.

26. Cession par une société holding de titres reçus gratuitement à la suite d'une augmentation de capital par incorporation de réserves - Décompte du délai de deux ans prévu à l'article 39 duodecies du CGI (Bofip, 2 nov. 2022)

L'administration fiscale apporte des précisions sur les modalités de décompte du délai de deux ans prévu à l'article 39 duodecies du code général des impôts, en cas de cession de titres attribués gratuitement à la suite d'une augmentation de capital par incorporation de réserves.

27. TVA : Régime de l'assujetti unique - Transposition en droit national du mécanisme prévu à l'article 11 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (Bofip, 25 oct. 2022)

L'administration fiscale soumet à consultation publique ses commentaires concernant la transposition en droit français des dispositions de l'article 11 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, aux termes duquel chaque État membre peut considérer comme un seul assujetti les personnes établies sur le territoire de ce même État membre qui sont indépendantes du point de vue juridique mais qui sont étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation.

Ce régime de l'assujetti unique, désormais prévu à l'article 256 C du code général des impôts, constitue un instrument de modernisation de la TVA. Il contribue notamment à une meilleure neutralité économique et permet, à terme, de simplifier la gestion fiscale des entreprises.

28. TVA : Procédure d'immatriculation à la TVA des entreprises non établies dans l'Union européenne et soumises à l'obligation de désignation d'un représentant fiscal (Bofip, 5 oct. 2022)

L'administration fiscale apporte des précisions concernant les formalités relatives à l'attribution d'un numéro d'identification à la taxe sur la valeur ajoutée à une entreprise établie hors de l'Union européenne soumise à l'obligation de désignation d'un représentant fiscal.

RESTRUCTURATIONS

—

29. Incidences de la caducité de l'accord de conciliation sur les nouvelles sûretés obtenues par le créancier dans le cadre ou pour les besoins de l'accord (Com., 26 oct. 2022)

Si, selon l'article L. 611-12 du code de commerce, lorsqu'il est mis fin de plein droit à un accord de conciliation en raison de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire du débiteur, le créancier, qui a consenti à celui-ci des délais ou des remises de dettes dans le cadre de l'accord de conciliation, recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissaient, il ne conserve cependant pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord en contrepartie de ces délais ou de ces abandons de créances.

En revanche, le créancier, qui a consenti, pour les besoins de l'accord, une avance donnant naissance à une nouvelle créance, garantie par un cautionnement, est en mesure de demander l'exécution par la caution de cet engagement, en dépit de la caducité de l'accord.

30. Allongement du délai de déclaration de créance en l'état d'une société étrangère disposant d'un établissement en France (Com., 26 oct. 2022)

Ayant constaté que la personne d'une société créancière titulaire du pouvoir de déclarer la créance, qu'elle fût le représentant légal ou un délégataire de celui-ci, demeurait hors du territoire de la France métropolitaine et ne se trouvait pas au sein de son établissement en France mais à son siège social à l'étranger à la date de la publication du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de sorte qu'elle avait subi la contrainte résultant de son éloignement, a pu en déduire que ladite société devait bénéficier de l'allongement du délai de déclaration de créance prévu à l'article R. 622-24, alinéa 2, du code de commerce.

31. La déclaration de créance au passif du débiteur principal interrompt la prescription contre la caution jusqu'à achèvement du plan ou clôture de la liquidation (Com., 23 nov. 2022)

Il résulte des articles 2241 et 2246 du code civil que la déclaration de créance au passif du débiteur principal en procédure collective interrompt la prescription à l'égard de la caution et que cet effet se prolonge jusqu'à la clôture de la procédure collective.

Si, en vertu de l'article L. 631-20 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, la caution ne peut se prévaloir des dispositions du plan de redressement dont bénéficie, le cas échéant, le débiteur principal, cette disposition ne fait pas échec à l'interruption de la prescription à son égard jusqu'au constat de l'achèvement du plan, ou en cas de résolution de celui-ci et d'ouverture de la liquidation judiciaire du débiteur principal, jusqu'à la clôture de cette procédure.

32. Compétence résiduelle du juge-commissaire en l'état d'une contestation de créance ne relevant pas de son pouvoir ou de sa compétence (Com., 27 oct. 2022)

Il résulte de l'article L. 624-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, que lorsque le juge-commissaire constate qu'une contestation de créance ne relève pas de son pouvoir juridictionnel, sursoit à statuer sur l'admission de la créance et invite les parties à saisir le juge compétent sur cette contestation, ou lorsque, s'estimant incompétent pour trancher la

contestation, il renvoie les parties à saisir le juge compétent, le juge-commissaire demeure seul compétent pour statuer sur la régularité de la déclaration de créance et admettre ou rejeter la créance.

Doit être censurée la cour d'appel qui, statuant sur l'appel du jugement du tribunal compétent pour trancher une contestation sérieuse portant sur une créance déclarée au passif d'un débiteur en procédure collective, excède ses pouvoirs en disant irrégulière la déclaration de créance pour défaut de justification du pouvoir de son signataire.

33. Sort d'une créance de restitution découlant d'un arrêt de cassation prononcé après l'arrêté du plan de redressement *(Com., 26 oct. 2022)*

Il résulte des articles L. 622-7 et L. 622-17 du code de commerce que les créances nouvelles, nées après l'arrêté d'un plan de redressement du débiteur remis à la tête de ses biens, sont soumises au droit commun. Et selon l'article 625 du code de procédure civile, l'arrêt de cassation constitue une décision de justice faisant naître un droit à restitution de la somme versée en exécution de la décision cassée.

Il s'en déduit, d'une part, que lorsqu'est soumis à une procédure collective le débiteur d'une créance de restitution née d'un arrêt de cassation, la détermination de la date de naissance de cette créance dépend de la date de l'arrêt de cassation, et non de la date du paiement effectué en exécution de la décision cassée, et, d'autre part, que si l'arrêt de cassation est prononcé après l'arrêté du plan de redressement du débiteur, cette créance de restitution doit être payée conformément aux règles de droit commun.

34. La revendication d'un droit de propriété né postérieurement à l'ouverture de la procédure collective relève de l'application des dispositions du Code civil *(Com., 26 oct. 2022)*

Il résulte de la combinaison des articles L. 624-9, L. 624-16, rendus applicables à la liquidation judiciaire par l'article L. 641-14, et R. 662-3 du code de commerce, que le juge-commissaire n'est compétent pour connaître de la revendication des biens mobiliers que lorsque le demandeur se prévaut d'un droit de propriété né antérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

La revendication d'un droit de propriété né postérieurement à celle-ci relève de l'application des dispositions du code civil.

35. Point de départ de la prescription des actions en faillite personnelle ou interdiction de gérer en l'état de l'annulation d'un jugement prononçant une liquidation *(Com., 23 nov. 2022)*

L'annulation d'un jugement qui prononce une liquidation judiciaire après résolution d'un plan entraîne l'anéantissement rétroactif de cette décision. Selon l'article L. 653-1, II, du code de commerce, les actions en faillite personnelle ou interdiction de gérer se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui ouvre la procédure de redressement ou liquidation judiciaire.

Après avoir énoncé, conformément aux dispositions de l'article L. 626-27 du code de commerce, que l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire après la résolution d'un plan de redressement, constitue une nouvelle procédure, une cour d'appel en déduit exactement que le délai de prescription de trois ans de l'article L. 653-1 II du même code commence à courir à compter de la décision d'ouverture de la nouvelle procédure. Elle retient ensuite que l'annulation du jugement du 7 avril 2016 ayant privé rétroactivement ce dernier de tout effet, le point de départ du délai de prescription de trois ans ne peut être la date du jugement annulé, mais doit être fixé au 7 novembre 2016, date de l'arrêt ayant annulé le jugement et ouvert la liquidation judiciaire. Relevant que l'action du liquidateur a été introduite par une assignation du 19 septembre 2019, elle retient à bon droit que l'action n'est pas prescrite.

36. Recevabilité de l'action en responsabilité civile intentée contre une société désignée en qualité de mandataire judiciaire sans mise en cause de l'associé concerné (Com., 26 oct. 2022)

Selon l'article R. 814-83 du code de commerce, lorsque le tribunal nomme une société en qualité de mandataire judiciaire, il désigne en son sein un ou plusieurs associés exerçant l'activité de mandataire judiciaire pour la représenter dans l'exercice du mandat qui lui est confié. Et il résulte des articles R. 814-84, R. 814-85, alinéa 2, et R. 814-86 du code de commerce que l'associé d'une société de mandataires judiciaires, qui exerce ses fonctions au nom de la société, ne peut plus exercer sa profession à titre individuel et doit consacrer à la société toute son activité professionnelle.

Par conséquent, a violé ces textes la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable l'action en responsabilité dirigée contre une société de mandataires judiciaires, représentée par un associé, a retenu que le mandataire judiciaire qui exerçait son activité sous une forme sociale devait, si sa responsabilité était recherchée, être assigné personnellement, en tant que répondant sur son patrimoine des conséquences de ses fautes personnelles et que toute action initiée par voie d'assignation contre la société dont il faisait partie était irrecevable, alors qu'elle avait constaté qu'à la date de la délivrance de l'assignation, la société de mandataires judiciaires, représentée par cet associé, était la titulaire du mandat judiciaire, de sorte que l'action en responsabilité, à raison des fautes reprochées dans l'exécution de la mission de mandataire judiciaire, était recevable contre ladite société.

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

—

37. Bail commercial : la mesure gouvernementale d'interdiction de recevoir du public consécutive à la crise sanitaire n'emporte ni manquement à la délivrance ni perte de la chose (Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2022)

L'effet de la mesure gouvernementale d'interdiction de recevoir du public, générale et temporaire et sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué, ne peut être, d'une part, imputable aux bailleurs, de sorte qu'il ne peut leur être reproché un manquement à leur obligation de délivrance, ni, d'autre part, assimilé à la perte de la chose, au sens de l'article 1722 du code civil (3^e Civ., 30 juin 2022, pourvoi n° 21-20.127, publié).

Après avoir relevé que seuls les exploitants se sont vu interdire de recevoir leurs clients pour des raisons étrangères aux locaux loués qui n'avaient subi aucun changement, une cour d'appel a retenu, à bon droit, que les mesures d'interdiction d'exploitation, qui ne sont ni du fait ni de la faute du bailleur, ne constituent pas une circonstance affectant le bien, emportant perte de la chose louée.

38. Bail commercial : clauses de suspension du paiement des loyers et crise sanitaire (Civ. 3^{ème}, 23 nov. 2022, Arrêt 1, Arrêt 2)

Une cour d'appel statuant en matière de référé ne tranche aucune contestation sérieuse en allouant une provision au bailleur d'un logement situé dans une résidence de tourisme sur les loyers impayés par le locataire qui se prévalait, suite aux mesures sanitaires relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, d'une stipulation du bail commercial selon laquelle le paiement des loyers est suspendu dans les cas où « la non sous location du bien » résulterait « soit du fait ou d'une faute du bailleur, soit de l'apparition de désordres de nature décennale, soit de la survenance de circonstances exceptionnelles et graves (telles qu'un incendie de l'immeuble, etc...) affectant le bien et ne permettant pas une occupation effective et

normale ». En effet, c'est sans interpréter cette clause, claire et précise, que la cour d'appel a constaté qu'elle ne pouvait recevoir application que dans les cas où le bien était indisponible soit par le fait ou la faute du bailleur, soit en raison de désordres de nature décennale ou de la survenance de circonstances exceptionnelles affectant le bien loué lui-même. (Arrêts 1 et 2)

39. Point de départ de la prescription des actions en responsabilité afférentes à un investissement immobilier locatif avec défiscalisation (Civ. 3^{ème}, 26 oct. 2022)

Selon l'article L. 110-4 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes. Il est jugé, sous l'empire de ces textes, que le délai de l'action en responsabilité, qu'elle soit de nature contractuelle ou délictuelle, court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en a pas eu précédemment connaissance (1^{re} Civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-12.710, Bull. 2010, I, n° 62 ; 2^e Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-17.754, Bull. 2017, II, n° 102).

Cassation de l'arrêt qui, pour fixer le point de départ de l'action en responsabilité exercée par un acquéreur contre le vendeur et son mandataire au jour de la signature de l'acte authentique de la vente en l'état futur d'achèvement, retient que, s'agissant d'un manquement à l'obligation d'information ou de conseil, le dommage consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'établissement de l'acte critiqué, alors que, s'agissant d'un investissement immobilier locatif avec défiscalisation, la manifestation du dommage pour l'acquéreur ne peut résulter que de faits susceptibles de lui révéler l'impossibilité d'obtenir la rentabilité prévue lors de la conclusion du contrat.

40. Construction : l'usufruitier ne peut exercer, en cette seule qualité, l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage (Civ. 3^{ème}, 16 nov. 2022)

L'usufruitier, quoique titulaire du droit de jouir de la chose comme le propriétaire, n'en est pas le propriétaire et ne peut donc exercer, en sa seule qualité d'usufruitier, l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage et non à sa jouissance.

C'est, dès lors, à bon droit qu'une cour d'appel, qui a relevé que la société demanderesse [cocontractante du constructeur] reconnaissait être usufruitière de l'ouvrage et devant laquelle elle ne prétendait pas avoir été mandatée par le nu-propriétaire, a retenu que cette société ne pouvait agir contre le constructeur et son assureur sur le fondement de la garantie décennale.

41. Construction : l'usufruitier, qui ne peut agir sur le fondement de la garantie décennale, peut néanmoins agir sur celui de la responsabilité contractuelle de droit commun (Civ. 3^{ème}, 16 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus)

L'usufruitier, qui n'a pas qualité pour agir sur le fondement de la garantie décennale, peut néanmoins agir, sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, en réparation des dommages que lui cause la mauvaise exécution des contrats qu'il a conclus pour la construction de l'ouvrage, y compris les dommages affectant l'ouvrage.

42. Intermédiation à la location et amende civile prévue à l'art. L. 651-2 CCH (Civ. 3^{ème}, 9 nov. 2022)

Selon l'article L. 631-7, alinéa 1^{er}, du code de la construction et de l'habitation, dans certaines communes, le changement d'usage des locaux destinés à l'habitation est soumis à autorisation préalable.

Aux termes de l'alinéa 6 du même article, le fait de louer un local meublé destiné à l'habitation de manière répétée pour de courtes durées à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile constitue un changement d'usage au sens de cet article.

Selon l'article L. 651-2 du même code, toute personne qui enfreint les dispositions de l'article L. 631-7 ou qui ne se conforme pas aux conditions ou obligations imposées en application de cet article est condamnée à une amende civile. Celle-ci constituant une sanction ayant le caractère d'une punition (3e Civ., 5 juillet 2018, QPC n° 18-40.014), les éléments constitutifs du manquement qu'elle sanctionne sont, par application du principe de légalité des délits et des peines, d'interprétation stricte.

Ainsi, celui qui se livre ou prête son concours à la mise en location, par une activité d'entremise ou de négociation ou par la mise à disposition d'une plateforme numérique, en méconnaissance de l'article L. 631-7, et dont les obligations spécifiques sont prévues par l'article L. 324-2-1 du code du tourisme, n'encourt pas l'amende civile prévue par l'article L. 651-2.

43. Copropriétaire personne physique d'un appartement en copropriété et notion de consommateur au sens de la Dir. 93/13 (CJUE, 27 oct. 2022)

L'article 1^{er}, paragraphe 1, et l'article 2, sous b) et c), de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doivent être interprétés en ce sens que :

- une personne physique, propriétaire d'un appartement dans un immeuble en copropriété, doit être considérée comme étant un « consommateur », au sens de cette directive, lorsqu'elle conclut un contrat avec un syndic aux fins de l'administration et de l'entretien des parties communes de cet immeuble, pour autant qu'elle n'utilise pas cet appartement à des fins qui relèvent exclusivement de son activité professionnelle. La circonstance qu'une partie des prestations fournies par ce syndic au titre de ce contrat résulte de la nécessité de respecter des exigences spécifiques en matière de sécurité et d'aménagement du territoire, prévues par la législation nationale, n'est pas de nature à soustraire ledit contrat au champ d'application de ladite directive,
- dans l'hypothèse où un contrat relatif à l'administration et à l'entretien des parties communes d'un immeuble en copropriété est conclu entre le syndic et l'assemblée générale de la copropriété ou l'association de propriétaires de cet immeuble, une personne physique, propriétaire d'un appartement dans ce dernier, est susceptible d'être considérée comme étant un « consommateur », au sens de la directive 93/13, pour autant qu'elle puisse être qualifiée de « partie » à ce contrat et qu'elle n'utilise pas cet appartement exclusivement à des fins relevant de son activité professionnelle.

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

–

44. **Pratiques anticoncurrentielles : notion de « preuves pertinentes en la possession du défendeur ou d'un tiers » prévue à l'art. 5, § 1, al. 1, Dir. 2014/104 (CJUE, 10 nov. 2022)**

L'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que la mention qui y est faite des preuves pertinentes en la possession du défendeur ou d'un tiers vise également celles que la partie à laquelle la demande de production de preuves est adressée devrait créer *ex novo*, en agréant ou en classant des informations, des connaissances ou des données en sa possession, sous réserve du strict respect de l'article 5, paragraphes 2 et 3, de cette directive, qui fait obligation aux juridictions nationales saisies de limiter la production de preuves à ce qui est pertinent, proportionné et nécessaire, en tenant compte des intérêts légitimes et des droits fondamentaux de cette partie.

45. **La seule constatation d'un refus de vente d'une entreprise, à la supposer en position dominante, ne caractérise pas un abus (Com., 19 oct. 2022)**

La seule constatation d'un refus de vente d'une entreprise, à la supposer en position dominante, ne caractérise pas un abus, lequel nécessite de rapporter la preuve que l'objet ou l'effet de cette pratique est de limiter ou d'exclure directement ou indirectement la concurrence réelle ou potentielle et de renforcer sa position sur le marché dominé ou un marché connexe ou aval.

46. **Rupture brutale d'une relation commerciale établie : tiers repreneur ayant continué une relation commerciale précédemment entretenue (Com., 19 oct. 2022)**

Il résulte de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 qu'en matière de rupture brutale d'une relation commerciale établie, la seule circonstance qu'un tiers, ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne, continue une relation commerciale que celle-ci entretenait précédemment ne suffit pas à établir que c'est la même relation commerciale qui s'est poursuivie avec le partenaire concerné, si ne s'y ajoutent des éléments démontrant que telle était la commune intention des parties.

47. **Loi applicable à des contrats coopération commerciale sur le fondement de la Conv. Rome à défaut de choix par les parties (Com., 16 nov. 2022, même arrêt qu'aux n° 3 et 4)**

Après avoir énoncé qu'à défaut de choix par les parties, l'article 4, paragraphe 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et que, selon le paragraphe 2 de cet article, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, puis relevé que les contrats de coopération commerciale étaient distincts des contrats « fournisseur », puis retenu qu'il résulte des éléments versés au dossier et notamment de leur objet, qui porte sur la promotion commerciale, par le biais de publicités ou de catalogues mis à la disposition des clients ou sur internet, et la visibilité des produits en magasin, que les contrats litigieux avaient les liens les plus étroits avec la France, une cour d'appel a retenu à bon droit l'application du droit français aux contrats de coopération commerciale litigieux, dès lors qu'il résulte de

ces constatations et appréciations que la prestation caractéristique devait être fournie par le distributeur, ayant son siège en France, et que le contrat ne présentait pas de liens plus étroits avec un pays autre.

48. Agent commercial : le manquement grave antérieur à la rupture du contrat mais découvert par le mandant postérieurement à celle-ci ne prive plus l'agent de son droit à indemnité (Com., 16 nov. 2022)

Aux termes de l'article L. 134-12, alinéa 1, du Code de commerce transposant les articles 17 §3 et 18 de la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants du 18 décembre 1986, en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. Selon l'article L. 134-13 du même code, la réparation prévue à l'article L. 134-12 n'est pas due notamment lorsque la cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial.

La chambre commerciale, financière et économique juge régulièrement que les manquements graves commis par l'agent commercial pendant l'exécution du contrat, y compris ceux découverts par son mandant postérieurement à la rupture des relations contractuelles, sont de nature à priver l'agent commercial de son droit à indemnité (Com., 1er juin 2010, pourvoi n° 09-14.115 ; Com., 24 novembre 2015, pourvoi n° 14-17.747 ; Com., 19 juin 2019, pourvoi n° 18-11.727).

Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne (la CJUE), par un arrêt du 28 octobre 2010 (Volvo Car Germany GmbH, aff. C-203/09, points 38, 42 et 43), a rappelé, que, « *aux termes de l'article 18, sous a), de la directive, l'indemnité qui y est visée n'est pas due lorsque le commettant a mis fin au contrat* » pour « *un manquement imputable à l'agent commercial et qui justifierait, en vertu de la législation nationale, une cessation du contrat sans délai* », que « *en tant qu'exception au droit à indemnité de l'agent, l'article 18, sous a), de la directive est d'interprétation stricte. Partant, cette disposition ne saurait être interprétée dans un sens qui reviendrait à ajouter une cause de déchéance de l'indemnité non expressément prévue par cette disposition* » et considéré que « *lorsque le commettant ne prend connaissance du manquement de l'agent commercial qu'après la fin du contrat, il n'est plus possible d'appliquer le mécanisme prévu à l'article 18, sous a), de la directive. Par conséquent, l'agent commercial ne peut pas être privé de son droit à indemnité en vertu de cette disposition lorsque le commettant établit, après lui avoir notifié la résiliation du contrat moyennant préavis, l'existence d'un manquement de cet agent qui était de nature à justifier une résiliation sans délai de ce contrat.* »

La CJUE a aussi énoncé, dans un arrêt du 19 avril 2018 (CMR c/ Demeures terre et tradition SARL, C-645/16, paragraphe 35), que « *toute interprétation de l'article 17 de cette directive qui pourrait s'avérer être au détriment de l'agent commercial était exclue.* »

En considération de l'interprétation qui doit être donnée aux articles L. 134-12 et L. 134-13 du code de commerce, il apparaît nécessaire de modifier la jurisprudence de cette chambre et de retenir désormais que l'agent commercial qui a commis un manquement grave, antérieurement à la rupture du contrat, dont il n'a pas été fait état dans la lettre de résiliation et a été découvert postérieurement à celle-ci par le mandant, de sorte qu'il n'a pas provoqué la rupture, ne peut être privé de son droit à indemnité.

49. Agent commercial : cessation du contrat intervenue à l'initiative de l'agent et justifiée par des circonstances imputables au mandant (Com., 16 nov. 2022)

Il résulte de l'article L. 134-13 du code de commerce que, lorsque la cessation du contrat d'agence commerciale résulte de l'initiative de l'agent et qu'elle est justifiée par des circonstances imputables au mandant, la réparation prévue à l'article L. 134-12 de ce code demeure due à l'agent, quand bien même celui-ci aurait commis une faute grave dans l'exécution du contrat.

50. Agent commercial : les commissions versées à l'agent par un autre mandant au titre de la même clientèle postérieurement à la rupture n'ont pas à être déduites de l'indemnité (Com., 16 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus)

L'indemnité prévue à l'article L. 134-12 du code de commerce ayant pour objet la réparation du préjudice qui résulte, pour l'agent commercial, de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle commune, il n'y a pas lieu d'en déduire les commissions perçues par l'agent, postérieurement à la cessation du contrat, au titre de la prospection de tout ou partie de cette même clientèle pour un autre mandant.

51. La notion d'activité professionnelle au sens des art. 17, §1, règl. UE 1215/2012 et 6, §1, règl. Rome 1, recouvre également l'activité salariée (CJUE, 20 oct. 2022)

L'article 17, paragraphe 1, du règlement n° 1215/2012 [aux termes duquel en matière de contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée, pour certains cas, par la présente section, sans préjudice de l'article 6 et de l'article 7, point 5] et l'article 6, paragraphe 1, du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), [aux termes duquel sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne, agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi, sous certaines conditions, par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle] doivent être interprétés en ce sens que la notion d'« activité professionnelle » recouvre non seulement une activité indépendante, mais également une activité salariée.

En outre, un accord conclu entre le travailleur et une personne tierce à l'employeur mentionné dans le contrat de travail, en vertu duquel celle-ci est directement responsable envers le travailleur des obligations de cet employeur découlant du contrat de travail, ne constitue pas un contrat conclu en dehors et indépendamment de toute activité ou finalité d'ordre professionnel pour l'application de ces dispositions.

IT – IP – DATA PROTECTION

–

52. Consentement et droit à l'effacement de la personne abonnée à un opérateur de services téléphoniques s'agissant de l'accessibilité d'autres opérateurs à ses données (CJUE, 27 oct. 2022)

L'article 12, paragraphe 2, 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, telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, lu en combinaison avec l'article 2, second alinéa, sous f), de cette directive et avec l'article 95 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), doit être interprété en ce sens que le « consentement », au sens de l'article 4, point 11, de ce règlement, de l'abonné d'un opérateur de services téléphoniques est exigé afin que les données à caractère personnel de cet abonné figurent dans les annuaires et les services de

renseignements téléphoniques accessibles au public, publiés par des fournisseurs autres que cet opérateur, ce consentement pouvant être fourni soit audit opérateur soit à l'un de ces fournisseurs.

L'article 17 du règlement 2016/679 doit être interprété en ce sens que la demande d'un abonné tendant à la suppression de ses données à caractère personnel des annuaires ainsi que des services de renseignements téléphoniques accessibles au public constitue un recours au « droit à l'effacement », au sens de cet article.

L'article 5, paragraphe 2, et l'article 24 du règlement 2016/679 doivent être interprétés en ce sens qu'une autorité de contrôle nationale peut exiger que le fournisseur d'annuaires et de services de renseignements téléphoniques accessibles au public, en tant que responsable du traitement, prenne les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour informer les responsables du traitement tiers, à savoir l'opérateur de services téléphoniques qui lui a communiqué les données à caractère personnel de son abonné ainsi que les autres fournisseurs d'annuaires et de services de renseignements téléphoniques accessibles au public auxquels il a fourni de telles données, du retrait du consentement de cet abonné.

L'article 17, paragraphe 2, du règlement 2016/679 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une autorité de contrôle nationale ordonne à un fournisseur d'annuaires et de services de renseignements téléphoniques accessibles au public, auquel l'abonné d'un opérateur de services téléphoniques a demandé de ne plus publier les données à caractère personnel le concernant, de prendre des « mesures raisonnables », au sens de cette disposition, afin d'informer les fournisseurs de moteurs de recherche de cette demande d'effacement des données.

53. Le code de déverrouillage d'un téléphone mobile peut constituer une clé de déchiffrement donnant prise à l'infraction prévue à l'art. 434-15-2 C. pén. (Plén. 7 nov. 2022 ; Communiqué)

Cf. brève n° 21.

54. Intermédiation à la location et amende civile prévue à l'art. L. 651-2 CCH (Civ. 3^{ème}, 9 nov. 2022)

Cf. brève n° 42.

55. CNIL : collecte des données personnelles à l'occasion des élections professionnelles (CNIL, 24 oct. 2022)

La CNIL publie un Questions/Réponses dans lequel elle rappelle les principes que doivent respecter les employeurs publics et privés ainsi que les prestataires de solution de vote électronique qui sont amenés à collecter et utiliser les données personnelles des électeurs lors de l'organisation des élections professionnelles.

SOCIAL

—

56. Egalité de traitement : discrimination résultant de l'interdiction faite à un salarié masculin de porter une coiffure autorisée pour le personnel féminin (Soc., 23 nov. 2022 ; communiqué)

Il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2012-954 du 6 août 2012, et L. 1133-1 du code du travail, mettant en œuvre en droit interne les articles 2, § 1, et 14, § 2, de la

directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail que les différences de traitement en raison du sexe doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle véritable et déterminante et être proportionnées au but recherché.

Il résulte par ailleurs de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 14 mars 2017, *Micropole Univers*, C-188/15), que par analogie avec la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » prévue à l'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la notion d'« exigence professionnelle véritable et déterminante », au sens de l'article 14, § 2, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Il résulte en effet de la version en langue anglaise des deux directives précitées que les dispositions en cause sont rédigées de façon identique : « *such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement* ».

Doit en conséquence être censuré l'arrêt qui, pour débouter un salarié engagé en qualité de *steward* de ses demandes fondées notamment sur la discrimination, après avoir constaté que l'employeur lui avait interdit de se présenter à l'embarquement avec des cheveux longs coiffés en tresses africaines nouées en chignon et que, pour pouvoir exercer ses fonctions, l'intéressé avait dû porter une perruque masquant sa coiffure au motif que celle-ci n'était pas conforme au référentiel relatif au personnel navigant commercial masculin, ce dont il résultait que l'interdiction faite à l'intéressé de porter une coiffure, pourtant autorisée par le même référentiel pour le personnel féminin, caractérisait une discrimination directement fondée sur l'apparence physique en lien avec le sexe, d'une part se prononce par des motifs, relatifs au port de l'uniforme, inopérants pour justifier que les restrictions imposées au personnel masculin relatives à la coiffure étaient nécessaires pour permettre l'identification du personnel de la compagnie aérienne et préserver l'image de celle-ci, d'autre part se fonde sur la perception sociale de l'apparence physique des genres masculin et féminin, laquelle ne peut constituer une exigence professionnelle véritable et déterminante justifiant une différence de traitement relative à la coiffure entre les femmes et les hommes, au sens de l'article 14, § 2, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006.

57. Délégué syndical : le droit du syndicat de désigner un délégué au niveau d'un établissement, prévu à l'art. L. 2143-3, al. 4, C. trav., est d'ordre public quant au périmètre de désignation (Soc., 9 nov. 2022)

Aux termes de l'article L. 2143-3, alinéa 4, du code du travail, la désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques.

Ces dispositions, même si elles n'ouvrent qu'une faculté aux organisations syndicales représentatives, sont d'ordre public quant au périmètre de désignation des délégués syndicaux.

Il s'ensuit que ni un accord collectif de droit commun, ni l'accord d'entreprise prévu par l'article L. 2313-2 du code du travail concernant la mise en place du comité social et économique et des comités sociaux et économiques d'établissement ne peuvent priver un syndicat du droit de désigner un délégué syndical au niveau d'un établissement au sens de l'article L. 2143-3 du code du travail.

58. Délégué syndical : preuve incombant au syndicat qui se prévaut du caractère distinct d'un établissement à l'appui de la désignation d'un délégué au sein de celui-ci (*Soc., 9 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus*)

Aux termes de l'article L. 2143-3, alinéa 4, du code du travail, la désignation d'un délégué syndical peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques.

Il résulte de ces dispositions qu'il incombe au syndicat qui se prévaut du caractère distinct d'un établissement d'en apporter la preuve et que le tribunal doit caractériser l'existence, à la date de la désignation syndicale, d'une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques. A cet égard, la seule référence au périmètre de désignation des représentants de proximité est inopérante.

59. Modalités de désignation des membres représentant les salariés au sein du conseil de surveillance d'une société anonyme (*Soc., 23 nov. 2022*)

Il résulte de l'article L. 225-79-2, I et III, du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, d'une part que les statuts peuvent opter pour l'un des quatre modes de désignation prévus aux 1° à 4° de l'article L.225-79-2,III, du code de commerce, d'autre part que l'institution représentative du personnel visée au 2° du paragraphe III, lequel prévoit la désignation, selon le cas, par le comité de groupe prévu à l'article L. 2331-1 du code du travail, le comité central d'entreprise ou le comité d'entreprise de la société mentionnée au I de l'article L. 225-79-2, est celle dont le périmètre correspond, en vertu du principe de concordance, à l'effectif des salariés déterminant, en application des dispositions du paragraphe I du même article, la société soumise à l'obligation de désigner des membres du conseil de surveillance représentant les salariés de sorte que, s'il existe, le comité de groupe doit être retenu dans les statuts comme organe de désignation desdits représentants.

Dès lors, un tribunal, qui constate que les statuts de la société, soumise aux obligations des dispositions du paragraphe I du texte susvisé, prévoient la désignation des membres du conseil de surveillance représentant les salariés par le comité social et économique de la société et non par le comité de groupe, en déduit à bon droit que les désignations, non conformes aux dispositions du 2° de l'article L.225-79-2, III, du code de commerce doivent être annulées.

60. Temps de déplacements accomplis par un salarié itinérant entre son domicile et les sites des premier et dernier clients et temps de travail effectif (*Soc., 23 nov. 2022 ; Communiqué*)

Eu égard à l'obligation d'interprétation des articles L. 3121-1 et L. 3121-4 du code du travail à la lumière de la directive 2003/88/CE, il y a lieu de juger désormais que, lorsque les temps de déplacements accomplis par un salarié itinérant entre son domicile et les sites des premier et dernier clients répondent à la définition du temps de travail effectif telle qu'elle est fixée par l'article L. 3121-1 du code du travail, ces temps ne relèvent pas du champ d'application de l'article L. 3121-4 du même code.

Ayant fait ressortir que, pendant les temps de trajet ou de déplacement entre son domicile et les premier et dernier clients, le salarié (exerçant les fonctions d'attaché commercial itinérant) devait se tenir à la disposition de l'employeur et se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles, une cour d'appel a décidé à bon droit que ces temps devaient être intégrés dans son temps de travail effectif et rémunérés comme tel.

61. Contraintes susceptibles de justifier la requalification d'une période d'astreinte en temps de travail effectif (Soc., 26 oct. 2022)

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, alors que le salarié invoquait le court délai d'intervention qui lui était imparti pour se rendre sur place après l'appel de l'utilisateur, a écarté la demande en requalification d'une période d'astreinte en temps de travail effectif, sans vérifier si le salarié avait été soumis, au cours de cette période, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles avaient affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement au cours de cette période, le temps pendant lequel ses services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles.

62. Repos dominical : pouvoir de l'inspecteur du travail de saisir le juge des référés en cas d'infraction aux art. L. 3131-3 et 13 C. trav., en présence de salariés d'une autre entreprise (Soc., 26 oct. 2022)

Le pouvoir de saisir le juge des référés pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser l'emploi illicite de salariés en infraction aux articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail, que l'inspecteur du travail tient de l'article L. 3132-31 du même code, peut s'exercer dans tous les cas où des salariés sont employés de façon illicite un dimanche, peu important qu'il s'agisse de salariés de l'établissement ou d'entreprises de prestation de services.

63. Nullité de la clause obligeant le salarié à reverser à l'employeur les rémunérations afférentes à des missions d'expertise qui lui ont été confiées personnellement (Soc., 26 oct. 2022)

Est nulle la clause d'un contrat de travail par laquelle un salarié s'engage à reverser à son employeur les rémunérations qui lui ont été versées pour des missions pour lesquelles il a été désigné expert personnellement.

64. Le congé sans solde entraînant la suspension du contrat, le salarié ne peut prétendre à aucune rémunération au titre des jours fériés y afférents (Soc., 23 nov. 2022)

Selon l'article L. 3151-2 du code du travail, le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non pris ou des sommes qu'il y a affectées.

Les sommes issues de l'utilisation, par le salarié, des droits affectés sur son compte épargne-temps ne répondent à aucune périodicité de la prestation de travail ou de sa rémunération, puisque, d'une part, le salarié et l'employeur décident librement de l'alimentation de ce compte et, d'autre part, la liquidation du compte épargne-temps ne dépend que des dispositions légales et conventionnelles applicables.

Selon les articles 4 et 5 du protocole d'accord relatif au compte épargne-temps dans les organismes de sécurité sociale, le compte épargne-temps permet l'indemnisation de tout ou partie d'un congé sans solde d'origine légale ou conventionnelle. Le contrat de travail est suspendu et l'intéressé perçoit une indemnité calculée sur la base de son salaire au moment du départ et correspondant à la valeur en euros, au jour du départ, du nombre de jours épargnés. Il en résulte que, le congé sans solde entraînant la suspension du contrat de travail, le salarié ne peut prétendre à aucune rémunération au titre des jours fériés afférents à cette période.

Fait l'exacte application de la loi une cour d'appel qui, après avoir retenu que le salarié ne pouvait prétendre pendant la période de congé sans solde qu'à une indemnisation au titre du compte épargne-

temps, décide que l'employeur n'était pas dans l'obligation de payer les rémunérations relatives aux jours fériés inclus dans ce congé.

65. Modification de contrat intervenue dans le cadre d'un projet de réorganisation ayant débouché sur un accord collectif portant PSE affecté d'une cause de nullité (Soc., 23 nov. 2022)

Une modification de contrat de travail intervenue, en application de l'article L. 1222-6 du Code du travail, dans le cadre d'un projet de réorganisation ayant donné lieu à l'élaboration d'un accord collectif portant plan de sauvegarde de l'emploi, ne constitue pas un acte subséquent à cet accord, de sorte que les salariés ayant tacitement accepté cette modification ne sont pas fondés à se prévaloir du défaut de validité de l'accord collectif déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi pour obtenir la nullité de leur contrat de travail.

66. Même faite à la demande de l'inspecteur du travail, la rétractation du licenciement suppose l'accord du salarié (Soc., 23 nov. 2022)

Le licenciement ne peut être rétracté par l'employeur qu'avec l'accord du salarié, peu important que la rétractation ait été faite à la demande de l'inspecteur du travail d'annuler la procédure de licenciement engagée et de respecter le statut protecteur.

Il en résulte que le juge judiciaire, quand bien même le licenciement ultérieur du salarié a fait l'objet d'une autorisation administrative, demeure compétent, sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, pour apprécier la validité de la rétractation de la mesure de licenciement notifiée antérieurement.

67. Fraude à l'art. L 1224-1 C. trav. invoquée par un salarié protégé licencié par le nouvel employeur après autorisation administrative (Soc., 23 nov. 2022)

Le salarié protégé, dont le transfert du contrat de travail au profit du cessionnaire a été autorisé par l'inspecteur du travail et qui, à la suite de ce transfert, a été licencié après autorisation de l'autorité administrative, peut invoquer devant le juge judiciaire, eu égard aux circonstances dans lesquelles est intervenu le transfert, l'existence d'une fraude aux dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail et solliciter sur ce fondement des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans que cette contestation, qui ne concerne pas le bien-fondé de la décision administrative qui a autorisé le transfert, porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

68. L'employeur qui licencie le salarié pour défaut de titre de séjour, sans invoquer de faute grave, est redevable du salaire échu pour toute la période antérieure (Soc., 23 nov. 2022)

Si l'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail exclusive de l'application des dispositions relatives aux licenciements et de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle n'est pas constitutive en soi d'une faute grave. L'employeur qui entend invoquer une faute grave distincte de la seule irrégularité de l'emploi doit donc en faire état dans la lettre de licenciement. Seule la faute grave peut justifier une mise à pied conservatoire et le non-paiement du salaire durant cette période.

Dès lors, l'employeur qui notifie à son salarié étranger en situation d'emploi illicite son licenciement pour défaut de titre de séjour, sans invoquer de faute grave à l'appui de ce licenciement, est redevable à l'égard de l'intéressé du salaire échu pour toute la période antérieure à la rupture du contrat de travail.

69. Licenciement économique d'un salarié dont l'état de santé pourrait justifier une inaptitude en lien avec l'activité professionnelle (Soc., 26 oct. 2022)

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, pour prononcer la nullité d'un licenciement, retient qu'au moment de la notification du licenciement le 6 décembre 2017, l'employeur était informé de la demande de reconnaissance de maladie professionnelle par le salarié et de ce que le médecin du travail était saisi par celui-ci en vue d'une reprise, et que, dès lors, au moment de la notification du licenciement pour motif économique, l'employeur disposait d'éléments suffisants lui permettant de retenir que l'état de santé du salarié pourrait faire l'objet d'une inaptitude en lien avec l'activité professionnelle, et que le véritable motif du licenciement était lié à l'état de santé du salarié, sans rechercher si la cessation d'activité de l'entreprise invoquée à l'appui du licenciement ne constituait pas la véritable cause du licenciement.

70. Lorsque le maintien ou le reclassement du salarié inapte est expressément exclu par le médecin du travail, l'employeur n'a pas à consulter les délégués du personnel (Soc., 16 nov. 2022)

Selon l'article L. 1226-2-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi.

Il s'ensuit que, lorsque le médecin du travail a mentionné expressément dans son avis que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi, l'employeur, qui n'est pas tenu de rechercher un reclassement, n'a pas l'obligation de consulter les délégués du personnel.

71. Point de départ d'une action en requalification d'un CDD conclu pour assurer le remplacement d'un salarié absent en CDI (Soc., 23 nov. 2022)

Aux termes de l'article L. 1471-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, toute action portant sur l'exécution 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.

Il en résulte que le délai de prescription de l'action en requalification d'un contrat à durée déterminée conclu afin d'assurer le remplacement d'un salarié absent en contrat à durée indéterminée, fondée sur l'absence de mention du nom et de la qualification professionnelle du salarié remplacé, court à compter de la conclusion du contrat.

72. En l'absence d'obligation pour l'employeur d'assurer un complément de formation professionnelle, le CDD motivé par un tel complément doit être requalifié en CDI (Soc., 23 nov. 2022)

Selon l'article L. 1242-3 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2020-1674 du 27 décembre 2020, outre les cas prévus à l'article L. 1242-2, un contrat de travail à durée déterminée peut être conclu lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans des conditions déterminées par décret, à assurer un complément de formation professionnelle au salarié.

Aux termes de l'article D. 1242-3 2° du même code, en application du 2° de l'article L. 1242-3, un contrat de travail à durée déterminée peut être conclu lorsque l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle aux élèves ou anciens élèves d'un établissement d'enseignement effectuant un stage d'application.

Il en résulte que l'obligation pour l'employeur d'assurer un complément de formation professionnelle constitue une des conditions d'existence d'un tel contrat à durée déterminée à défaut de laquelle le contrat doit être requalifié en contrat à durée indéterminée.

73. En l'absence de motif économique de licenciement, le contrat de sécurisation professionnelle n'a pas de cause et l'employeur est tenu du préavis et des congés (Soc., 23 nov. 2022)

Il résulte des articles L. 1233-67 et L. 1233-69 du code du travail, dans leur version issue de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, l'article L. 1234-9 du même code, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, et de l'article 9 du statut des personnels des organismes de développement économique qu'en l'absence de motif économique de licenciement, le contrat de sécurisation professionnelle n'a pas de cause et l'employeur est alors tenu à l'obligation du préavis et des congés payés afférents, sauf à tenir compte des sommes déjà versées.

74. En l'absence de motif économique, le contrat de sécurisation professionnelle n'a pas de cause et l'employeur est tenu de rembourser les indemnités de chômage (Soc., 23 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus)

En l'absence de motif économique, le contrat de sécurisation professionnelle devenant sans cause, l'employeur est tenu de rembourser les indemnités de chômage éventuellement versées au salarié, sous déduction de la contribution prévue à l'article L. 1233-69 du code du travail.

75. Compétence de la CAJ pour réduire ou supprimer l'indemnité de licenciement en cas de faute grave ou de fautes répétées et décision prud'homale sur les autres indemnités (Soc., 26 oct. 2022)

La commission arbitrale des journalistes (CAJ), compétente par application de l'article L. 7112-4 du code du travail pour réduire ou supprimer l'indemnité de licenciement due au journaliste en cas de faute grave ou de fautes répétées, doit, pour fixer le *quantum* ou supprimer cette indemnité, apprécier la gravité ou l'existence des fautes alléguées, sans que la décision de la juridiction prud'homale, statuant sur les autres indemnités réclamées au titre de la rupture du contrat de travail, ne s'impose à elle.

Une cour d'appel a, ainsi, retenu, à bon droit, que la commission arbitrale avait la pleine compétence pour fixer l'indemnité de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur et retenir les critères pour y parvenir, indépendamment de ceux retenus par la juridiction prud'homale, qui conserve la sienne du chef des autres préjudices pour lesquels le journaliste peut demander réparation.



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.