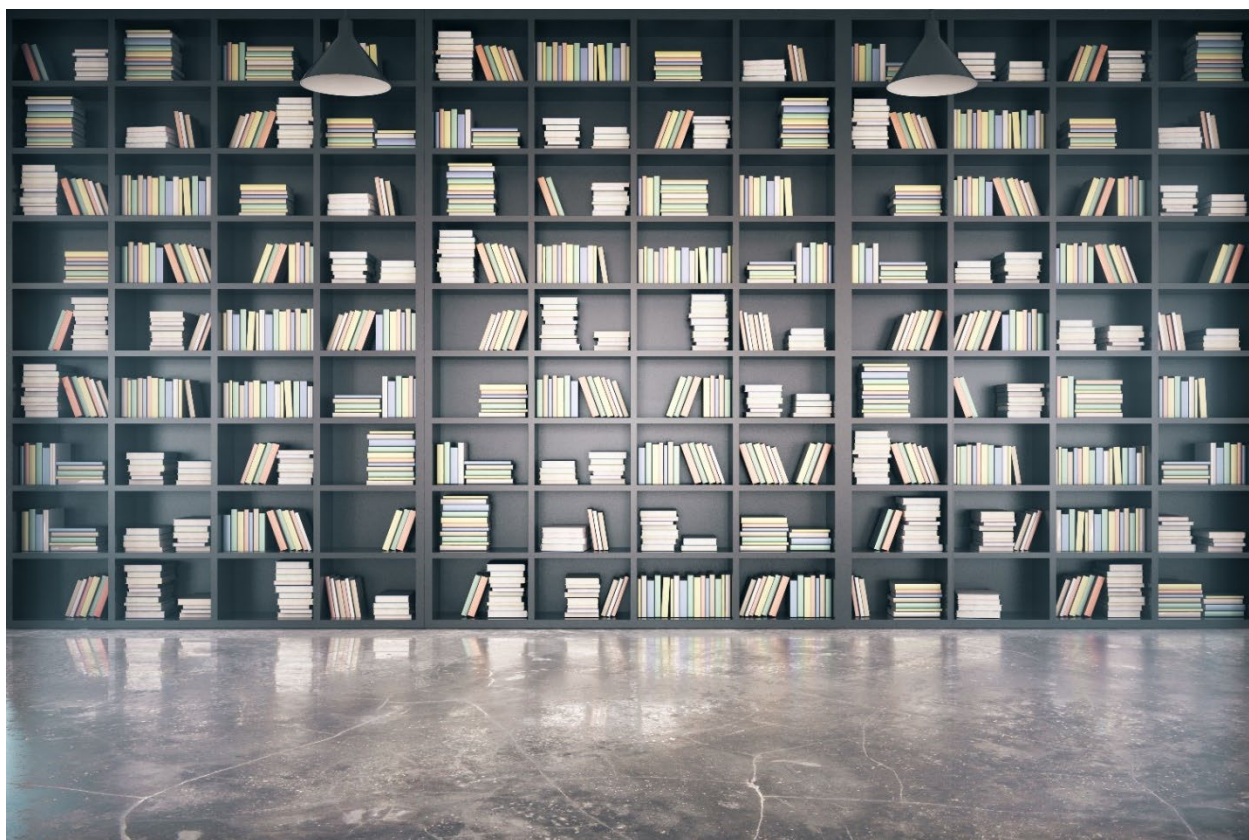




Chaque mois, avec le Cabinet Racine, l'essentiel du droit des affaires

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. Un contrat n'est valable que si les motifs ayant déterminé les parties à contracter sont licites
2. Condition suspensive : indication d'un montant maximal du prêt érigé en condition et offre de prêt d'un montant inférieur
3. Vente : la simple connaissance par l'acheteur de l'existence d'un droit au profit d'un tiers susceptible de l'évincer ne suffit pas à lui permettre d'agir en garantie

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

5

4. SAS : conformité à la Constitution de la possibilité prévue par la loi d'adopter une clause statutaire d'exclusion autrement qu'à l'unanimité
5. Fusion-absorption : date d'acquisition, par l'absorbante, de la qualité pour agir contre les débiteurs de l'absorbée en cas de fusion sans création d'une société nouvelle
6. Les parts de SCPI ne sont pas des valeurs mobilières et doivent donc être saisies entre les mains de la société émettrice
7. Droit d'une personne morale pénalement responsable d'une infraction imputable à un représentant de contester la réalité de celle-ci
8. AMF : saisie des ordinateurs et téléphones des personnes de passage dans le lieu de la visite domiciliaire autorisée par le JLD

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

7

9. Le nantissement de compte-titres est valable et opposable aux tiers par le seul effet de la déclaration, sans qu'aucune notification au teneur du compte ne soit requise
10. Cautionnement : définition des droits susceptibles de donner prise au bénéfice de cession d'actions prévu à l'art. 2314 C. civ.
11. Cautionnement : bénéfice de cession d'actions prévu à l'art. 2314 C. civ. et absence de réalisation d'un nantissement de compte-titres consenti par le débiteur principal
12. Carte bancaire : une opération de paiement initiée par le payeur, qui donne un ordre de paiement à son PSP, n'est réputée autorisée que si le payeur a également consenti à son montant
13. L'entreprise qui subit la réduction ou l'interruption d'un concours bancaire peut en demander les raisons à la banque même après l'expiration du délai de préavis
14. Prêt d'argent : déchéance du terme et clauses abusives au sens de la Dir. 93/13 concernant les contrats conclus avec les consommateurs
15. Monnaie électronique : exercice, par un émetteur agréé, d'une activité nouvelle selon le régime dérogatoire prévu à l'art. L. 525-1 CMF
16. Assurance : ambiguïté alléguée de la notion d'épidémie dépourvue d'incidence sur la compréhension, par l'assuré, d'une clause d'exclusion
17. Assurance : jeu d'une clause aboutissant à exclure de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à l'épidémie de Covid-19
18. Assurance : l'assureur privé de la prescription biennale pour n'avoir pas respecté l'art. R. 112-1 C. ass. ne peut prétendre à l'application de la prescription de droit commun
19. Assurance : la déchéance contractuelle de garantie en cas de fausse déclaration de sinistre ne saurait constituer une sanction disproportionnée
20. Assurance de responsabilité : détermination du fait dommageable en l'état d'une faute inexcusable de l'employeur liée à l'exposition des salariés à l'amiante
21. Assurance-vie : informations essentielles devant figurer dans la note d'information remise par l'assureur à peine de prorogation du délai de renonciation
22. Compétence du FGAO excluant celle de la CIVI même en présence d'un assureur du responsable susceptible d'indemniser la victime

PENAL DES AFFAIRES

13

23. Droit d'une personne morale pénalement responsable d'une infraction imputable à un représentant de contester la réalité de celle-ci

FISCAL

14

24. La cession de l'usufruit de droits sociaux, qui n'emporte pas mutation de la propriété des droits sociaux, n'est pas soumise au droit d'enregistrement applicable aux cessions de droits sociaux
25. Le délai spécial de reprise prévu à l'article L. 188 B LPF ne s'applique pas aux seules impositions dues au titre des années visées par la plainte de l'administration fiscale, mais à toutes les impositions comprises dans le délai initial de reprise non expiré à la date du dépôt de ladite plainte
26. Société ayant souscrit des obligations convertibles en actions (OCA) émises par une filiale dont elle détenait l'intégralité du capital
27. 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
28. Les augmentations de valeur sur des actions ou des parts de sociétés comptabilisées par une société dans un État membre, postérieurement au transfert de son siège statutaire dans ce dernier, sont traitées comme étant des plus-values exprimées mais non réalisées, sans tenir compte du point de savoir si ces actions ou ces parts ont donné lieu à la comptabilisation de réductions de valeur par cette société à une date à laquelle elle était résidente fiscale d'un autre État membre
29. TVA : le second acquéreur d'un bien peut se voir refuser le bénéfice de la déduction de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée en amont, au motif qu'il savait ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'une fraude à la TVA commise par le vendeur initial lors de la première vente, même si le premier acquéreur avait, lui aussi, connaissance de cette fraude
30. TVA : le second acquéreur d'un bien qui, à un stade antérieur à cette acquisition, a fait l'objet d'une opération frauduleuse portant sur une partie seulement de la taxe sur la valeur ajoutée que l'État est en droit de collecter doit se voir refuser son droit à la déduction de la TVA acquittée en amont dans son intégralité lorsque celui-ci savait ou aurait dû savoir que cette acquisition était liée à une fraude
31. Groupement TVA et personnes assujetties

RESTRUCTURATIONS

17

32. Conciliation : la régularité de l'ordonnance fixant la rémunération du conciliateur n'est pas subordonnée à l'organisation préalable d'un débat contradictoire
33. Période suspecte : pas d'interprétation de l'art. L. 632-2 C. com. à la lumière de la Dir. 2019/1023 en l'absence de cadre de restructuration préventive au jour de la cessation des paiements
34. La publication au BODACC du jugement arrêtant le plan de redressement du crédit-preneur ne peut suppléer à l'absence de renouvellement de la publicité du crédit-bail
35. Cessation anticipée du maintien d'activité d'une EARL en liquidation judiciaire

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

18

36. Bail commercial : l'art. L. 145-15 C. com., réputant non écrites certaines clauses, n'est pas applicable à une demande en requalification d'un contrat en bail commercial
37. Copropriété : tout copropriétaire est recevable à contester la régularité du mandat donné en vue d'une assemblée générale

- 38. *Vente immobilière : la simple connaissance par l'acheteur de l'existence d'un droit au profit d'un tiers susceptible de l'évincer ne suffit pas à lui permettre d'agir en garantie*
- 39. *Les parts de SCPI ne sont pas des valeurs mobilières et doivent donc être saisies entre les mains de la société émettrice*
- 40. *Construction : point de départ de la prescription du recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son sous-traitant*

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

19

- 41. *Pratiques anticoncurrentielles : détermination du montant de l'amende au vu d'un chiffre d'affaires différent de celui inscrit dans le compte de profits et pertes*
- 42. *Lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales : notion de « transactions commerciales », contrat à exécution successive et indemnité minimale de recouvrement*
- 43. *Rupture brutale d'une relation commerciale établie : modifications apportées durant l'exécution du préavis en l'état d'une relation faisant l'objet d'une négociation annuelle*
- 44. *Concurrence déloyale : société créée par l'ancien salarié d'un concurrent et détenant des informations confidentielles obtenues par ce dernier pendant l'exécution de son contrat de travail*
- 45. *Clause attributive de juridiction contenue dans des conditions générales auxquelles le contrat conclu par écrit renvoie par mention d'un lien hypertexte*
- 46. *Clauses abusives : interprétation des critères dégagés par l'arrêt Banco Primus pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle au sens de l'art. 3§1 Dir. 93/13*
- 47. *Clauses abusives : en cas de neutralisation de la clause indemnitaire d'une vente, le professionnel ne peut se reporter sur le terrain du droit national des obligations*

AGROALIMENTAIRE

21

- 48. *PAC : conditions posées par la réglementation nationale pour l'octroi de l'aide du FEADER visée à l'art. 17 Règl. UE 1305/2013*

IT – IP – DATA PROTECTION

22

- 49. *Données personnelles : loi autorisant la ratification du protocole d'amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*
- 50. *Données personnelles : demande de déréférencement adressée à l'exploitant d'un moteur de recherche et tendant à la suppression de liens et de photographies*
- 51. *Données personnelles : trois décisions du CEPD concernant les plateformes du groupe Meta*
- 52. *Apposition d'une signature sous forme d'une image numérisée et signature électronique au sens de l'art. 1367 C. civ.*

SOCIAL

23

- 53. *Durée du travail : la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'UE et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur*
- 54. *Durée du travail : charge de la preuve en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies*
- 55. *Nullité d'une convention de forfait en jours à défaut de garantie sur l'amplitude, la charge de travail et la répartition du travail de l'intéressé*
- 56. *Licenciement économique : l'employeur ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté du salarié, exprimée par avance, en dehors de toute proposition concrète*
- 57. *Contrat de travail à durée déterminée : apposition d'une signature sous forme d'une image numérisée*
- 58. *Prescription de la demande de rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet*
- 59. *Inaptitude : caractère définitif de l'avis d'inaptitude émis par le médecin du travail en l'absence de recours formé dans les quinze jours*
- 60. *Inaptitude : office du juge saisi d'une contestation de l'avis d'inaptitude émis par le médecin du travail*
- 61. *CSE : calcul du délai de recours en contestation du coût prévisionnel, de l'étendue et de la durée de l'expertise en l'état d'une seconde notification de l'expert*

DROIT DES OBLIGATIONS

—

1. **Un contrat n'est valable que si les motifs ayant déterminé les parties à contracter sont licites** (*Civ. 1^{ère}, 30 nov. 2022*)

Il résulte des articles 1131 et 1133, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qu'un contrat n'est valable que si les motifs ayant déterminé les parties à contracter sont licites.

Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui, pour déclarer valable l'acte de révocation d'une donation, retient que les mobiles ayant présidé à un tel acte sont indifférents et ne peuvent se confondre avec la cause de la convention qui n'était pas illicite, la révocation conventionnelle d'une donation ne se heurtant à aucune interdiction légale et étant toujours possible sans que les parties n'aient à en justifier les raisons, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la cause de l'acte révocatoire ne résidait pas dans la volonté des parties de contourner les dispositions d'ordre public de l'article 922 du code civil.

2. **Condition suspensive : indication d'un montant maximal du prêt érigé en condition et offre de prêt d'un montant inférieur** (*Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2022*)

Ayant relevé que les acquéreurs d'un appartement sous condition suspensive d'obtention d'un prêt d'un montant de 414 000 euros maximum remboursable sur vingt-cinq ans au taux de 2 % l'an hors assurance, avaient fait une demande de prêt conforme aux caractéristiques définies dans la promesse de vente sous condition suspensive, pour le montant maximal de 414 000 euros, qui leur avait été refusé par la banque qui n'avait consenti à leur accorder qu'un prêt de 407 000 euros, et retenu à bon droit que l'indication, dans la promesse, d'un montant maximal du prêt n'était pas de nature à contraindre les acquéreurs à accepter toute offre d'un montant inférieur, une cour d'appel en a exactement déduit que, la défaillance de la condition suspensive n'étant pas imputable aux acquéreurs, la promesse est devenue caduque.

3. **Vente : la simple connaissance par l'acheteur de l'existence d'un droit au profit d'un tiers susceptible de l'évincer ne suffit pas à lui permettre d'agir en garantie** (*Civ. 3^{ème}, 30 nov. 2022*)

L'éviction [et donc la mise en œuvre de la garantie y afférente contre le vendeur] suppose un trouble actuel et non simplement éventuel, la simple connaissance par l'acheteur de l'existence d'un droit au profit d'un tiers susceptible de l'évincer ne suffisant pas à lui permettre d'agir en garantie.

Ayant relevé qu'une lettre du 1^{er} juin 2012, adressée aux acquéreurs d'une parcelle, par une SCI propriétaire d'une parcelle voisine, les sollicitant de prendre les mesures nécessaires pour retrouver les limites de leur parcelle, n'avait fait l'objet d'aucune suite et que, si, par une lettre du 1^{er} avril 2016, la SCI leur avait rappelé qu'aux termes de l'article 544 du code civil ils pourraient être contraints de démolir « la barrière » à leurs frais, aucune action judiciaire n'avait été intentée par ce tiers afin d'être rétabli dans ses droits, une cour d'appel a pu déduire, de ces seuls motifs, que l'existence d'un trouble de droit actuel subi par les acheteurs n'était pas établie.

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

4. **SAS : conformité à la Constitution de la possibilité prévue par la loi d'adopter une clause statutaire d'exclusion autrement qu'à l'unanimité (CC., 9 déc. 2022)**

En premier lieu, les dispositions contestées [le premier alinéa de l'article L. 227-16 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, et les mots « et L. 227-16 » figurant au second alinéa de l'article L. 227-19 du même code, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés] ont pour seul objet de permettre à une société par actions simplifiée d'exclure un associé en application d'une clause statutaire. S'il en résulte qu'un associé peut être contraint de céder ses actions, elles n'entraînent donc pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

En deuxième lieu, en permettant à une société par actions simplifiée de contraindre un associé à céder ses actions, le législateur a entendu garantir la cohésion de son actionnariat et assurer ainsi la poursuite de son activité. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 19 juillet 2019 que, en prévoyant que l'adoption ou la modification d'une clause d'exclusion puisse être décidée sans recueillir l'unanimité des associés, il a également entendu éviter les situations de blocage pouvant résulter de l'opposition de l'associé concerné à une telle clause. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général.

En troisième lieu, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que la décision d'exclure un associé ne peut être prise qu'à la suite d'une procédure prévue par les statuts. Elle doit reposer sur un motif, stipulé par ces statuts, conforme à l'intérêt social et à l'ordre public, et ne pas être abusive.

En quatrième lieu, l'exclusion de l'associé donne lieu au rachat de ses actions à un prix de cession fixé, selon l'article L. 227-18 du code de commerce, en application de modalités prévues par les statuts de la société, ou, à défaut, soit par un accord entre les parties, soit par un expert désigné dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil.

En dernier lieu, la décision d'exclusion peut être contestée par l'associé devant le juge, auquel il revient alors de s'assurer de la réalité et de la gravité du motif retenu. L'associé peut également contester le prix de cession de ses actions.

Dès lors, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Le grief tiré de la méconnaissance de ce droit doit donc être écarté.

Par conséquent, ces dispositions, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

5. **Fusion-absorption : date d'acquisition, par l'absorbante, de la qualité pour agir contre les débiteurs de l'absorbée en cas de fusion sans création d'une société nouvelle (Com., 30 nov. 2022)**

Il résulte des articles L. 236-3, I, et L. 236-4, 2°, du code de commerce qu'en cas de fusion, sans création d'une société nouvelle, la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société bénéficiaire confère de plein droit à cette dernière, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération, qualité pour agir contre les débiteurs de la société absorbée.

Une société ayant, par l'effet d'une fusion-absorption, recueilli l'intégralité du patrimoine de la société absorbée, elle avait qualité pour agir en exécution forcée contre un débiteur de celle-ci, indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité applicables à cette opération.

6. Les parts de SCPI ne sont pas des valeurs mobilières et doivent donc être saisies entre les mains de la société émettrice (Civ. 2^{ème}, 8 déc. 2022)

S'il résulte des dispositions des articles L. 211-14, L. 211-15, L. 211-17 et R. 211-1 du code monétaire et financier que les titres financiers sont négociables, qu'ils se transmettent par virement de compte à compte, que le transfert de leur propriété résulte de leur inscription au compte-titres de l'acquéreur et qu'ils ne sont matérialisés que par cette inscription, il ressort en revanche de l'article L. 211-14 du code monétaire et financier que les parts de sociétés civiles de placement immobilier (SCPI) ne sont pas négociables, et de l'article L. 214-93 du même code que le transfert de leur propriété résulte d'une inscription, non au compte-titres de l'acquéreur, mais sur le registre des associés, cette inscription étant réputée constituer l'acte de cession écrit prévu par l'article 1865 du code civil.

Il s'en déduit que les parts de la SCPI ne sont pas des valeurs mobilières, de sorte que les dispositions de l'article R. 232-3, alinéa 2, du code des procédures civiles d'exécution, qui s'appliquent aux seules valeurs mobilières nominatives, ne leur sont pas applicables.

La saisie des parts de la SCPI devant, dès lors, être effectuée, conformément aux dispositions de l'article R. 232-1 du code des procédures civiles d'exécution, entre les mains de la société émettrice de ces parts, la signification de l'acte de saisie à un intermédiaire chargé de gérer un compte-titres dans lequel ces parts ont été inscrites est dépourvue d'effet et ne rend pas indisponibles les droits pécuniaires du débiteur.

Aucune obligation légale ou réglementaire n'impose à cet intermédiaire d'aviser la société émettrice de cette saisie ni de représenter les fonds issus d'une vente de ces titres.

7. Droit d'une personne morale pénalement responsable d'une infraction imputable à un représentant de contester la réalité de celle-ci (CJUE, 10 nov. 2022)

Cf. brève n° 23.

8. AMF : saisie des ordinateurs et téléphones des personnes de passage dans le lieu de la visite domiciliaire autorisée par le JLD (Plén., 16 déc. 2022, Arrêt 1 ; Arrêt 2 ; Comm. de la C. cass.)

Selon l'article L. 621-12 du code monétaire et financier, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1107 du 22 juin 2017, le juge des libertés et de la détention peut autoriser les enquêteurs de l'AMF à effectuer des visites en tous lieux et à procéder à la saisie de documents pour la recherche des infractions définies aux articles L. 465-1 à L. 465-3-3 du même code et des faits susceptibles d'être qualifiés de délit contre les biens et d'être sanctionnés par la commission des sanctions de l'AMF en application de l'article L. 621-15 de ce code.

Il en résulte que sont saisissables les documents et supports d'information qui sont en lien avec l'objet de l'enquête et se trouvent dans les lieux que le juge a désignés ou sont accessibles depuis ceux-ci, sans qu'il soit nécessaire que ces documents et supports appartiennent ou soient à la disposition de l'occupant des lieux.

Ce texte, ainsi interprété, qui poursuit un but légitime, à savoir la protection des investisseurs, la régulation et la transparence des marchés financiers, est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre cet objectif. Il ne porte pas une atteinte excessive au droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance dès lors, d'une part, que les opérations de visite et de saisies ont préalablement été autorisées par un juge qui s'est assuré du bien-fondé de la demande, qu'elles s'effectuent sous son autorité et son contrôle, en présence d'un officier de police judiciaire, chargé de le tenir informé de leur déroulement, et de l'occupant des lieux ou de son représentant, qui prennent

connaissance des pièces avant leur saisie, qu'elles ne peuvent se dérouler que dans les seuls locaux désignés par ce juge, que l'occupant des lieux et les personnes visées par l'ordonnance sont informés, par la notification qui leur en est faite, de leur droit de faire appel à un avocat de leur choix et que ces opérations peuvent être contestées devant le premier président de la cour d'appel par toutes les personnes entre les mains desquelles il a été procédé à de telles saisies, et d'autre part, que seuls les éléments nécessaires à la recherche des infractions précitées peuvent être saisis, ceux n'étant pas utiles à la manifestation de la vérité devant être restitués. (Arrêts 1 et 2)

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

—

9. **Le nantissement de compte-titres est valable et opposable aux tiers par le seul effet de la déclaration, sans qu'aucune notification au teneur du compte ne soit requise** (*Com.*, 30 nov. 2022)

Selon l'article L. 211-20, I, du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009, qui a succédé à l'article L. 431-4, I, du même code, rédigé en des termes similaires, le nantissement d'un compte-titres est réalisé, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte, comportant les énonciations fixées par l'article D. 211-10 de ce code.

Il résulte de ces dispositions que, nonobstant toute clause contraire du contrat de nantissement, le nantissement est valable et opposable aux tiers, par le seul effet de cette déclaration, sans qu'aucune notification au teneur du compte-titres nanti ne soit requise.

Après avoir exactement énoncé qu'en application des dispositions de l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, le nantissement est réalisé, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte et que la délivrance d'une attestation de nantissement, qui constitue une simple faculté offerte au créancier gagiste, ne constitue pas une condition de validité du nantissement, et constaté que la déclaration signée par le constituant est conforme aux exigences légales, une cour d'appel retient à juste titre que cette déclaration est valable, sans qu'il soit nécessaire d'exiger sa notification à la société dont les actions ont été nanties.

10. **Cautionnement : définition des droits susceptibles de donner prise au bénéfice de cession d'actions prévu à l'art. 2314 C. civ.** (*Com.*, 30 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus)

Après avoir énoncé que l'article 2314 du code civil n'est applicable qu'en présence de droits qui comportent un droit préférentiel conférant au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance et qu'est ainsi qualifié tout droit susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de sa créance ou une véritable position privilégiée, une cour d'appel retient exactement qu'une caution, qui invoque la perte du bénéfice de la subrogation dans les droits du cessionnaire [motif pris de l'absence, dans un bordereau de cession de créances professionnelles, des mentions exigées par l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier], ne justifie pas de la perte d'un tel droit préférentiel, puisque la banque ne dispose pas d'un droit qui lui permette d'éviter le concours avec les autres créanciers chirographaires.

11. Cautionnement : bénéfice de cession d'actions prévu à l'art. 2314 C. civ. et absence de réalisation d'un nantissement de compte-titres consenti par le débiteur principal (*Com.*, 30 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus)

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui condamne une caution à exécuter son engagement sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si, en s'abstenant d'exercer son droit de gage sur le compte-titres [nanté par la société débitrice principale] à la date de la défaillance de la société débitrice principale, alors que la caution prétendait qu'à cette date, la valeur des actions nanties était très supérieure au montant du capital fixé dans l'acte de prêt, le créancier n'avait pas fait perdre à la caution un droit dont elle aurait pu bénéficier par subrogation.

12. Carte bancaire : une opération de paiement initiée par le payeur, qui donne un ordre de paiement à son PSP, n'est réputée autorisée que si le payeur a également consenti à son montant (*Com.*, 30 nov. 2022)

Il résulte des articles L. 133-3 et L. 133-6 du code monétaire et financier qu'une opération de paiement initiée par le payeur, qui donne un ordre de paiement à son prestataire de services de paiement, est réputée autorisée uniquement si le payeur a également consenti au montant de l'opération.

Il résulte des articles L. 133-18 et L. 133-19 du même code qu'en cas d'opération de paiement non autorisée, réalisée au moyen d'un instrument de paiement doté de données de sécurité personnalisées, et signalée par l'utilisateur dans les conditions prévues à l'article L. 133-24 du code monétaire et financier, le prestataire de services de paiement du payeur rembourse au payeur le montant de l'opération non autorisée, sauf si la responsabilité du payeur est engagée en application de l'article L. 133-19.

Prive sa décision de base légale le tribunal qui, pour rejeter une demande de remboursement, énonce que le fait qu'après que le titulaire d'une carte de paiement a introduit celle-ci dans un distributeur automatique de billets et a composé son code secret, un tiers compose à son insu le montant du retrait et s'empare des billets de banque, ne constitue pas un cas d'exemption de la responsabilité du payeur prévu par l'article L. 133-19 du code monétaire et financier, sans rechercher, ainsi que cela lui était demandé, si l'opération de paiement avait été autorisée par le payeur, en particulier quant à son montant, et, dans la négative, sans constater que la responsabilité du payeur était engagée en application du I ou du IV de l'article L. 133-19 du code monétaire et financier.

13. L'entreprise qui subit la réduction ou l'interruption d'un concours bancaire peut en demander les raisons à la banque même après l'expiration du délai de préavis (*Com.*, 30 nov. 2022)

Il résulte de l'article L. 313-12 du code monétaire et financier que l'entreprise qui subit la réduction ou l'interruption d'un concours bancaire peut, même après l'expiration du délai de préavis, en demander les raisons à la banque et qu'à défaut de réponse, la banque est susceptible de voir sa responsabilité engagée.

14. Prêt d'argent : déchéance du terme et clauses abusives au sens de la Dir. 93/13 concernant les contrats conclus avec les consommateurs (*CJUE*, 8 déc. 2022)

L'arrêt du 26 janvier 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60), doit être interprété en ce sens que les critères qu'il dégage pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, notamment du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat que cette clause crée au détriment du consommateur, ne peuvent être compris ni comme étant cumulatifs ni comme étant alternatifs, mais doivent être compris

comme faisant partie de l'ensemble des circonstances entourant la conclusion du contrat concerné, que le juge national doit examiner afin d'apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13.

L'article 3, paragraphe 1, et l'article 4 de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens qu'un retard de plus de 30 jours dans le paiement d'une échéance de prêt peut, en principe, au regard de la durée et du montant du prêt, constituer à lui seul une inexécution suffisamment grave du contrat de prêt, au sens de l'arrêt du 26 janvier 2017, *Banco Primus* (C-421/14, EU:C:2017:60).

L'article 3, paragraphe 1, et l'article 4 de la directive 93/13 doivent être interprétés en ce sens que sous réserve de l'applicabilité de l'article 4, paragraphe 2, de cette directive, ils s'opposent à ce que les parties à un contrat de prêt y insèrent une clause qui prévoit, de manière expresse et non équivoque, que la déchéance du terme de ce contrat peut être prononcée de plein droit en cas de retard de paiement d'une échéance dépassant un certain délai, dans la mesure où cette clause n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat.

15. Monnaie électronique : exercice, par un émetteur agréé, d'une activité nouvelle selon le régime dérogatoire prévu à l'art. L. 525-1 CMF (CE, 9 déc. 2022)

Il résulte des articles L. 525-1, L. 525-3, L. 525-5, L. 525-6, L. 526-7, du a du II de l'article L. 526-8 et de l'article L. 526-10 du code monétaire et financier (CMF), d'une part, que l'exercice, par un émetteur de monnaie électronique au sens de l'article L. 525-1 du CMF, d'une activité nouvelle d'émission et de gestion de monnaie électronique selon le régime dérogatoire de l'article L. 525-5, quelle que soit la valeur totale de cette monnaie électronique en circulation, doit faire l'objet d'une notification préalable à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) afin que celle-ci puisse notamment s'assurer que les conditions d'exercice de cette nouvelle activité ne portent pas atteinte au respect par cet émetteur des obligations qui lui sont imposées par ailleurs pour l'exercice de l'activité d'émission et de gestion de monnaie électronique au titre de laquelle il a obtenu son agrément.

D'autre part, lorsqu'un émetteur de monnaie électronique fait l'objet d'une interdiction temporaire d'exercer son activité d'émission et de gestion de monnaie électronique au titre de laquelle il a obtenu son agrément et souhaite la poursuivre sous le régime dérogatoire de l'article L. 525-5, il doit, sauf à renoncer à l'agrément dont il bénéficie, en faire la demande à l'ACPR afin que celle-ci apprécie si cette activité peut être exercée, durant la période d'interdiction temporaire, dans les conditions prévues par cet article.

16. Assurance : ambiguïté alléguée de la notion d'épidémie dépourvue d'incidence sur la compréhension, par l'assuré, d'une clause d'exclusion (Civ. 2^{ème}, 1^{er} déc. 2022, Arrêt 1 ; Arrêt 2 ; Arrêt 3 ; Arrêt 4)

Il résulte de l'article L. 113-1 du code des assurances que seules les clauses d'exclusion de garantie qui privent l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque doivent être formelles et limitées. Une clause d'exclusion n'est pas formelle lorsqu'elle ne se réfère pas à des critères précis et nécessite interprétation.

En l'état d'un contrat d'assurance couvrant au titre d'une extension de garantie « les pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : 1. La décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même. 2. La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication », et d'une clause d'exclusion visant «... les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un

autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique » ...

... cassation de l'arrêt qui, pour dire que l'assureur doit garantir l'assuré des pertes d'exploitation subies à la suite des fermetures administratives ordonnées en raison de l'épidémie de Covid-19, retient, d'abord, que la clause d'exclusion qui fait référence à la clause de garantie en ce qu'elle vise « une cause identique », ne peut être dissociée de cette dernière, et que, même si elle ne figure pas dans la clause d'exclusion, la notion d'épidémie, dont l'ambiguïté est invoquée par l'assuré et qui est employée dans la clause de garantie, affecte nécessairement le caractère formel de la clause litigieuse puisqu'elle est un élément constitutif de l'exclusion de garantie dont l'application est revendiquée par l'assureur, énonce, ensuite, que la « cause identique » visée par la clause d'exclusion renvoie au même événement qui a conduit à la décision de fermeture administrative, défini par la clause de garantie, à savoir une maladie contagieuse, un meurtre, un suicide, une épidémie ou une intoxication, et qu'aucune définition n'est donnée dans le contrat des termes « maladie contagieuse », « épidémie » ou « intoxication », et retient, enfin, qu'il s'infère, tant de l'étymologie du terme que des définitions qui en sont données en langue française et en vocabulaire médical, que l'épidémie est la propagation d'une maladie infectieuse à transmission interhumaine, contagieuse, à une population, c'est-à-dire à un grand nombre de personnes, et que rechercher d'autres définitions scientifiques auprès d'épidémiologistes, d'inféctiologues et de l'Organisation mondiale de la santé, comme le fait l'assureur, pour démontrer qu'une épidémie peut se manifester auprès d'un petit nombre de personnes dans un espace donné comme un lieu scolaire, de travail ou de vie, démontre la nécessité d'interpréter ce terme, et en déduit l'absence de caractère formel de la clause litigieuse, alors que la circonstance particulière de réalisation du risque privant l'assuré du bénéfice de la garantie n'était pas l'épidémie mais la situation dans laquelle, à la date de la fermeture, un autre établissement faisait l'objet d'une mesure de fermeture administrative pour une cause identique à l'une de celles énumérées par la clause d'extension de garantie, de sorte que l'ambiguïté alléguée du terme « épidémie » était sans incidence sur la compréhension, par l'assuré, des cas dans lesquels l'exclusion s'appliquait. (Arrêts 1 à 3)

... cassation pour le même motif de l'arrêt qui, pour dire que l'assureur doit garantir l'assuré des pertes d'exploitation subies à la suite des fermetures administratives ordonnées en raison de l'épidémie de Covid-19, retient que si le terme « épidémie », que le contrat ne définit pas, invoqué comme « cause identique » de fermeture administrative, doit être interprété, il en résulte nécessairement que la clause d'exclusion qui le vise ne peut être qualifiée de formelle, au sens des dispositions de l'article L. 113-1, alinéa 1^{er}, du code des assurances, et ajoute que pour appréhender le mot « épidémie » et la notion de « population », l'assuré aurait dû préalablement consulter divers sites, rapports, articles de presse ou médecins. (Arrêt 4)

17. Assurance : jeu d'une clause aboutissant à exclure de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à l'épidémie de Covid-19 (Civ. 2^{ème}, 1^{er} déc. 2022, Arrêt 1 ; Arrêt 2 ; Arrêt 3 ; Arrêt 4 – mêmes arrêts que ci-dessus)

Il résulte l'article L. 113-1 du code des assurances que les clauses d'exclusion de garantie qui privent l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque doivent être formelles et limitées. Une clause d'exclusion n'est pas limitée lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire.

En l'état d'un contrat d'assurance couvrant au titre d'une extension de garantie « les pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré, lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : 1. La décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même. 2. La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie

contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication », et d'une clause d'exclusion visant «... les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique » ...

... cassation de l'arrêt qui, pour dire que l'assureur doit garantir l'assuré des pertes d'exploitation subies à la suite des fermetures administratives ordonnées en raison de l'épidémie de Covid-19, retient que les risques épidémiques évoqués par l'assureur, susceptibles de ne toucher qu'un seul établissement au sein d'un département et ainsi mobiliser la garantie, comme la listériose, la salmonellose ou la légionellose, qui ne sont pas des maladies transmissibles interhumaines, à l'inverse de la peste, du choléra, de la variole ou de la Covid-19, n'entrent pas dans le champ de la définition de l'épidémie et que d'autres risques épidémiques comme la fièvre typhoïde et la gastro-entérite constituent des événements garantis, par ailleurs, en cas de fermeture de l'établissement pour cause de maladies contagieuses, ajoute que le cas théorique d'un éventuel « cluster » de l'épidémie de Covid-19 isolé et limité à un seul établissement dans un même territoire départemental, évoqué par l'assureur et qui permettrait l'application de la garantie, est purement fictif et n'est pas avéré à ce jour, et en déduit qu'au regard de l'absence de risque couvert par la garantie des pertes d'exploitation en cas d'épidémie, la clause d'exclusion vide de sa substance la garantie souscrite par l'assuré et n'apparaît pas limitée, alors que la garantie couvrirait le risque de pertes d'exploitation consécutives, non à une épidémie, mais à une fermeture administrative ordonnée à la suite d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication, de sorte que l'exclusion considérée, qui laissait dans le champ de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à une fermeture administrative liée à ces autres causes ou survenue dans d'autres circonstances que celles prévues par la clause d'exclusion, n'avait pas pour effet de vider la garantie de sa substance. (Arrêts 1 à 3)

... cassation pour le même motif de l'arrêt qui, pour dire que l'assureur doit garantir l'assuré des pertes d'exploitation subies à la suite des fermetures administratives ordonnées en raison de l'épidémie de Covid-19, retient, d'abord, que l'obligation essentielle de l'assureur est celle d'indemniser son assuré des pertes d'exploitation subies à la suite d'une fermeture administrative en raison d'une épidémie, énonce, ensuite, que l'exclusion n'est pas limitée dès lors qu'elle vise tout autre établissement, quelles que soient sa nature et son activité, faisant l'objet d'une fermeture administrative pour une cause identique, sur un territoire particulièrement vaste, puisque dépassant le simple cadre d'un village ou d'une ville, et que l'application pure et simple de cette clause aboutirait à ne pas garantir l'assuré des pertes d'exploitation subies en raison de la fermeture administrative de son restaurant pour épidémie de coronavirus, et à priver de sa substance l'obligation essentielle de garantie, ajoute que l'assureur ne produit aucune pièce concernant le cas où sa garantie aurait joué en cas d'épidémie, puis en déduit que la clause d'exclusion litigieuse ne satisfait pas aux conditions de l'article L. 113-1 du code des assurances. (Arrêt 4)

18. Assurance : l'assureur privé de la prescription biennale pour n'avoir pas respecté l'art. R. 112-1 C. ass. ne peut prétendre à l'application de la prescription de droit commun (Civ. 2^{ème}, 24 nov. 2022)

Selon l'article L. 114-1 du code des assurances, toutes les actions dérivant du contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance.

L'assureur qui, n'ayant pas respecté les dispositions de l'article R. 112-1 du même code, ne peut pas opposer la prescription biennale à son assuré, ne peut pas prétendre à l'application de la prescription de droit commun.

19. Assurance : la déchéance contractuelle de garantie en cas de fausse déclaration de sinistre ne saurait constituer une sanction disproportionnée (Civ. 2^{ème}, 15 déc. 2022)

La déchéance de garantie en cas de fausse déclaration relative au sinistre, que les parties peuvent librement stipuler en caractères très apparents dans un contrat d'assurance et qui n'est encourue par l'assuré que pour autant que l'assureur établit sa mauvaise foi, ne saurait constituer une sanction disproportionnée.

C'est, en conséquence, à bon droit qu'une cour d'appel n'a pas procédé à l'examen du caractère proportionné de la déchéance de garantie encourue par l'assurée, et qu'ayant constaté que celle-ci avait effectué, de mauvaise foi, de fausses déclarations sur les conséquences du sinistre, a retenu que l'assureur était fondé à se prévaloir de la déchéance de garantie stipulée au contrat et a rejeté ses demandes.

20. Assurance de responsabilité : détermination du fait dommageable en l'état d'une faute inexcusable de l'employeur liée à l'exposition des salariés à l'amiante (Civ. 2^{ème}, 15 déc. 2022)

Selon l'article L. 124-1 du code des assurances, dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé.

L'article L. 124-1-1 du même code précise que constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations. Le fait dommageable est celui qui constitue la cause génératrice du dommage. Un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique.

Le fait dommageable, dans les rapports entre l'assuré garanti au titre de la faute inexcusable et son assureur, est constitué par l'exposition à l'amiante, et non par la connaissance par le salarié de cette exposition ou l'inscription de l'entreprise sur la liste des établissements relevant de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA).

21. Assurance-vie : informations essentielles devant figurer dans la note d'information remise par l'assureur à peine de prorogation du délai de renonciation (Civ. 2^{ème}, 15 déc. 2022)

Selon l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, applicable au litige, la proposition d'assurance ou de contrat doit comprendre un projet de lettre destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation et l'entreprise d'assurance ou de capitalisation doit remettre, contre récépissé, une note d'information sur les dispositions essentielles du contrat. Le défaut de remise des documents et informations ainsi énumérés entraîne de plein droit la prorogation du délai de renonciation jusqu'au trentième jour suivant la date de leur remise effective.

Il a été jugé, par arrêt du 11 mars 2021 (2^e Civ., 11 mars 2021, pourvoi n° 18-12.376, publié), qu'il incombe à l'assureur de mentionner, dans la note d'information qu'il délivre, que le contrat ne prévoit pas de taux d'intérêt garanti, ou de garantie de fidélité, ou de valeur de réduction ou de rachat, toutes informations essentielles pour permettre à l'assuré d'apprécier la compétitivité de ce placement, ainsi que les risques inhérents à l'investissement envisagé, par suite, la portée de son engagement. Il en va de même pour un contrat qui ne comporte pas de frais ou d'indemnité en cas de rachat ni de participation aux bénéfices.

Le fait que le contrat proposé ne prélève pas de frais ou d'indemnités en cas de rachat, ni ne prévoit de taux d'intérêt garanti, de garanties de fidélité, de valeurs de réduction et de participation aux bénéfices est, pour l'assuré, une information essentielle, qui doit figurer dans la note d'information.

22. Compétence du FGAO excluant celle de la CIVI même en présence d'un assureur du responsable susceptible d'indemniser la victime (Civ. 2^{ème}, 24 nov. 2022)

Il résulte de la combinaison des articles 706-3 du CPP et L. 421-1 et L. 424-1 à L. 424-7 du Code des assurances que les dommages susceptibles d'être indemnisés par le FGAO en application des articles du Code des assurances susvisés, sont exclus de la compétence de la CIVI, peu important que le FGAO intervienne subsidiairement, en présence d'un assureur du responsable susceptible d'indemniser la victime.

Le droit de la victime d'un accident de la circulation survenu dans un pays de l'Espace économique européen à être indemnisée selon les modalités prévues aux articles susvisés du code des assurances s'apprécie au jour de l'accident et la recevabilité de la requête déposée devant la CIVI s'apprécie à la date de celle-ci.

Ne tire pas les conséquences légales de ses propres constatations une cour d'appel qui, pour dire recevable la demande de la victime formée devant la CIVI, énonce que le dispositif mis en place par la directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 mai 2000 n'a pas d'incidence sur la détermination de la loi applicable, la situation de la victime étant à cet égard exclusivement régie par la Convention de la Haye. Il en déduit que, pour que l'action exercée sur le fondement de l'article 706-3 du code de procédure pénale soit recevable, il suffit que les faits dont a été victime la requérante, d'une part, constituent l'élément matériel d'une infraction, d'autre part, aient entraîné une incapacité permanente ou une incapacité totale de travail personnel égale ou supérieure à 1 mois, conditions établies et non discutées en l'espèce, alors qu'elle constatait que l'accident de la circulation dont avait été victime la ressortissante française s'était produit au Royaume-Uni, Etat partie à l'Espace économique européen à la date du fait dommageable, et avait impliqué un véhicule immatriculé et assuré au Royaume-Uni, de sorte que cet accident relevait de la compétence du FGAO, ce qui excluait la compétence de la CIVI.

PENAL DES AFFAIRES

—

23. Droit d'une personne morale pénalement responsable d'une infraction imputable à un représentant de contester la réalité de celle-ci (CJUE, 10 nov. 2022)

L'article 48 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle le juge national peut infliger à une personne morale une sanction pénale pour une infraction dont serait responsable une personne physique qui a le pouvoir d'engager ou de représenter cette personne morale, dans le cas où cette dernière n'a pas été mise en mesure de contester la réalité de cette infraction.

FISCAL

24. La cession de l'usufruit de droits sociaux, qui n'emporte pas mutation de la propriété des droits sociaux, n'est pas soumise au droit d'enregistrement applicable aux cessions de droits sociaux (Com., 30 nov. 2022)

Selon l'article 726 du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, les cessions de droits sociaux sont soumises à un droit d'enregistrement proportionnel.

Aux termes de l'article 578 du code civil, l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.

Il en résulte que l'usufruitier de parts sociales ne peut se voir reconnaître la qualité d'associé, qui n'appartient qu'au nu-propriétaire, de sorte que la cession de l'usufruit de droits sociaux ne peut être qualifiée de cession de droits sociaux.

Cassation de l'arrêt qui, pour retenir que la cession de l'usufruit des parts sociales d'une société civile immobilière, conclue entre les consorts [F] et la société [F] participations, entrainait dans le champ d'application de l'article 726 du code général des impôts et rejeter la demande de décharge des droits d'enregistrement supplémentaires réclamés, énonce que le terme « cession », au sens de cet article, n'est pas uniquement limité à l'acte définitif de la cession de l'intégralité d'une ou plusieurs parts sociales, mais s'entend de toute transmission temporaire ou définitive de la part sociale elle-même ou de son démembrement, telle la cession de l'usufruit ou de la nue-propriété, le texte ne distinguant pas selon que la cession porte sur la pleine propriété ou sur un démembrement de celle-ci, même si d'autres dispositions du code général des impôts procèdent à une telle différenciation, retient encore que la cession litigieuse a entraîné le transfert d'éléments de participation dès lors qu'en se dépossédant de l'usufruit des titres, les associés de la société civile immobilière, qui ont perdu leur droit au bénéfice des dividendes, ont également perdu leur droit de vote afférent aux parts sociales cédées, alors que la cession de l'usufruit de droits sociaux, qui n'emporte pas mutation de la propriété des droits sociaux, n'est pas soumise au droit d'enregistrement applicable aux cessions de droits sociaux.

25. Le délai spécial de reprise prévu à l'article L. 188 B LPF ne s'applique pas aux seules impositions dues au titre des années visées par la plainte de l'administration fiscale, mais à toutes les impositions comprises dans le délai initial de reprise non expiré à la date du dépôt de ladite plainte (Com., 30 nov. 2022)

Selon l'article L. 188 B du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, lorsque l'administration a, dans le délai de reprise, déposé une plainte ayant abouti à l'ouverture d'une enquête judiciaire pour fraude fiscale dans les cas visés aux 1° à 3° de l'article L. 228 du même livre, les omissions ou insuffisances d'imposition afférentes à la période couverte par le délai de reprise peuvent, même si celui-ci est écoulé, être réparées jusqu'à la fin de l'année qui suit la décision qui met fin à la procédure et, au plus tard, jusqu'à la fin de la dixième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due.

Il en résulte que le délai spécial de reprise prévu à l'article L. 188 B du livre des procédures fiscales ne s'applique pas aux seules impositions dues au titre des années visées par la plainte de l'administration fiscale, mais à toutes les impositions comprises dans le délai initial de reprise non expiré à la date du dépôt de ladite plainte.

26. Société ayant souscrit des obligations convertibles en actions (OCA) émises par une filiale dont elle détenait l'intégralité du capital (CE, 16 nov. 2022)

La situation née de l'octroi à l'actionnaire unique d'une société financée d'une option de conversion des obligations qu'il a souscrites en actions de cette dernière est, par nature, insusceptible d'être comparée à une situation de pleine concurrence, dès lors que la valeur de cette option, consistant exclusivement dans l'ouverture d'une faculté d'acquérir une fraction du capital social en remboursement du prêt obligataire consenti, est nécessairement nulle lorsque l'option est attribuée à la personne possédant, à la date de l'émission, l'intégralité de ce capital.

En effet, cet actionnaire unique dispose du pouvoir de décider, à tout moment, de l'émission de nouveaux titres et leur attribution à son profit en remboursement du prêt obligataire qu'il a consenti à la société et, au surplus, l'opération de conversion est nécessairement neutre pour lui d'un point de vue patrimonial, dès lors qu'il possède, avant comme après celle-ci, la totalité du capital d'une société dont la valeur se trouve augmentée du montant de la dette dont elle s'est libérée, à exacte concurrence du montant de la créance dont il disposait sur celle-ci.

Il s'ensuit que, pour l'application de l'art. 57 du CGI, la transaction en litige doit, faute de pouvoir être comparée à une transaction similaire dans une situation de pleine concurrence, être regardée comme une opération de financement intragroupe rémunérée à un taux inférieur à la valeur vénale du service.

27. 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.

28. Les augmentations de valeur sur des actions ou des parts de sociétés comptabilisées par une société dans un État membre, postérieurement au transfert de son siège statutaire dans ce dernier, sont traitées comme étant des plus-values exprimées mais non réalisées, sans tenir compte du point de savoir si ces actions ou ces parts ont donné lieu à la comptabilisation de réductions de valeur par cette société à une date à laquelle elle était résidente fiscale d'un autre État membre (CJUE, 10 nov. 2022)

L'article 49 TFUE ne s'oppose pas à une législation fiscale nationale en vertu de laquelle les augmentations de valeur sur des actions ou des parts de sociétés comptabilisées par une société dans un État membre, postérieurement au transfert de son siège statutaire dans ce dernier, sont traitées comme étant des plus-values exprimées mais non réalisées, sans tenir compte du point de savoir si ces actions ou ces parts ont donné lieu à la comptabilisation de réductions de valeur par cette société à une date à laquelle elle était résidente fiscale d'un autre État membre.

29. TVA : le second acquéreur d'un bien peut se voir refuser le bénéfice de la déduction de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée en amont, au motif qu'il savait ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'une fraude à la TVA commise par le vendeur initial lors de la première vente, même si le premier acquéreur avait, lui aussi, connaissance de cette fraude (CJUE, 24 nov. 2022)

Les articles 167 et 168 de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, telle que modifiée par la directive 2010/45/UE du Conseil, du

13 juillet 2010, lus à la lumière du principe de l'interdiction de la fraude, doivent être interprétés en ce sens que le second acquéreur d'un bien peut se voir refuser le bénéfice de la déduction de la taxe sur la valeur ajoutée acquittée en amont, au motif qu'il savait ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'une fraude à la TVA commise par le vendeur initial lors de la première vente, même si le premier acquéreur avait, lui aussi, connaissance de cette fraude.

30. TVA : le second acquéreur d'un bien qui, à un stade antérieur à cette acquisition, a fait l'objet d'une opération frauduleuse portant sur une partie seulement de la taxe sur la valeur ajoutée que l'État est en droit de collecter doit se voir refuser son droit à la déduction de la TVA acquittée en amont dans son intégralité lorsque celui-ci savait ou aurait dû savoir que cette acquisition était liée à une fraude (CJUE, 24 nov. 2022, même arrêt que ci-dessus)

Les articles 167 et 168 de la directive 2006/112/CE, telle que modifiée par la directive 2010/45/UE, lus à la lumière du principe de l'interdiction de la fraude, doivent être interprétés en ce sens que le second acquéreur d'un bien qui, à un stade antérieur à cette acquisition, a fait l'objet d'une opération frauduleuse portant sur une partie seulement de la taxe sur la valeur ajoutée que l'État est en droit de collecter doit se voir refuser son droit à la déduction de la TVA acquittée en amont dans son intégralité lorsque celui-ci savait ou aurait dû savoir que cette acquisition était liée à une fraude.

31. Groupement TVA et personnes assujetties (CJUE, 1^{er} déc. 2022)

L'article 4, paragraphe 4, second alinéa, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un État membre désigne, en tant qu'assujetti unique d'un groupement formé par des personnes indépendantes du point de vue juridique, mais étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation, l'organe faîtière de celui-ci, lorsque cet organe est en mesure d'imposer sa volonté aux autres entités faisant partie de ce groupement et à condition que cette désignation n'entraîne pas un risque de pertes fiscales.

Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens que, dans le cas de figure d'une entité qui constitue l'assujetti unique d'un groupement formé par des personnes indépendantes du point de vue juridique, mais étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation, et qui effectue, d'une part, des activités économiques pour lesquelles elle est assujettie et, d'autre part, des activités qu'elle accomplit dans le cadre de l'exercice des prérogatives de puissance publique, pour lesquelles elle n'est pas considérée comme assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée en vertu de l'article 4, paragraphe 5, de la sixième directive, la fourniture, par une entité faisant partie de ce groupement, d'une prestation de services en lien avec ledit exercice, ne doit pas être taxée au titre de l'article 6, paragraphe 2, sous b), de cette directive.

RESTRUCTURATIONS

—

32. Conciliation : la régularité de l'ordonnance fixant la rémunération du conciliateur n'est pas subordonnée à l'organisation préalable d'un débat contradictoire (Com., 14 déc. 2022)

Il résulte des articles L. 611-14 et R. 611-47 du code de commerce que le président du tribunal de commerce, après avoir préalablement fixé les conditions de la rémunération du conciliateur, lesquelles sont subordonnées à l'accord du débiteur sur les critères de sa détermination et de son montant maximal, en arrête le montant par une ordonnance rendue sur requête.

La régularité de cette ordonnance, qui peut être frappée par le débiteur, le conciliateur et le ministère public, du recours institué à l'article R. 611-50 du code précité, n'étant pas subordonnée à l'organisation préalable d'un débat contradictoire, le premier président d'une cour d'appel n'a pas à répondre au moyen inopérant tiré de l'absence d'un débat contradictoire devant le juge taxateur.

33. Période suspecte : pas d'interprétation de l'art. L. 632-2 C. com. à la lumière de la Dir. 2019/1023 en l'absence de cadre de restructuration préventive au jour de la cessation des paiements (Com., 14 déc. 2022)

Ayant relevé qu'une convention de fourniture de conseil avait été conclue entre deux sociétés à une date où la société bénéficiaire des prestations était en procédure de conciliation et que cette dernière avait payé les prestations après la survenance de sa cessation des paiements, sans qu'il soit soutenu qu'à la date des paiements, elle bénéficiait d'une procédure assimilable à un cadre de restructuration préventive au sens de la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, une cour d'appel peut annuler ces paiements en application de l'article L. 632-2 du code de commerce, sans être tenue d'interpréter ce texte à la lumière de la directive que la transposition par l'ordonnance du 15 septembre 2021 n'a pas modifié.

N'est donc pas fondé le moyen faisant notamment valoir qu'en cas d'insolvabilité ultérieure d'un débiteur, le paiement d'honoraires pour la recherche d'assistance et de conseils professionnels, lorsqu'ils sont raisonnables et immédiatement nécessaires à la négociation d'un plan de restructuration, ne saurait être déclaré nul (cf. Dir. préc., art. 18, § 1).

34. La publication au BODACC du jugement arrêtant le plan de redressement du crédit-preneur ne peut suppléer à l'absence de renouvellement de la publicité du crédit-bail (Com., 14 déc. 2022)

La publication au BODACC du jugement d'arrêté du plan de redressement du crédit-preneur incluant le remboursement de la créance du crédit-bailleur n'est pas de nature à rendre le droit de propriété de ce dernier opposable à la liquidation judiciaire du crédit-preneur ni, dès lors, à suppléer l'absence de renouvellement de la publicité du contrat de crédit-bail dans le délai de prescription de cinq ans édicté par l'article L. 313-11 du code monétaire et financier.

35. Cessation anticipée du maintien d'activité d'une EARL en liquidation judiciaire (Com., 14 déc. 2022)

Il résulte de l'article L. 641-10 du code de commerce que, lorsque la débitrice en liquidation judiciaire est une exploitation agricole, le délai pendant lequel peut être autorisé le maintien de son activité, si la cession

totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, est fixé par le tribunal en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions concernées. Le tribunal peut toutefois décider de mettre fin au maintien de l'activité à tout moment si celui-ci n'est plus justifié.

Ayant relevé que l'EARL en liquidation judiciaire ne contestait pas que le salaire de l'ouvrier agricole était impayé, que le solde du compte de la liquidation judiciaire ne permettait pas de faire face à l'ensemble des charges connues et qu'il n'était pas démontré que le maintien de l'activité de l'EARL pouvait être financé et être assuré sans engendrer de nouvelles dettes de nature à augmenter le passif, la seule recette sur laquelle la liquidation judiciaire pouvait compter étant une facture qui avait été jusque-là vainement mise en recouvrement, et retenu que l'EARL n'était pas en capacité financière d'assumer les charges liées à la poursuite d'activité jusqu'aux vendanges, ce dont il résultait que l'intérêt public ou celui des créanciers exigeait qu'il soit mis un terme immédiat à l'autorisation initialement donnée, une cour d'appel a exactement décidé qu'il devait être mis fin à l'activité.

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

—

36. Bail commercial : l'art. L. 145-15 C. com., réputant non écrites certaines clauses, n'est pas applicable à une demande en requalification d'un contrat en bail commercial (Civ. 3^{ème}, 7 déc. 2022)

Ayant énoncé, à bon droit, que l'article L. 145-15 du code de commerce réputant non écrites certaines clauses d'un bail, n'est pas applicable à une demande en requalification d'un contrat en bail commercial, une cour d'appel a exactement retenu que la demande d'un locataire, qui tendait à la requalification en bail statutaire d'une convention de location de terrain nu, était soumise à la prescription de deux ans commençant à courir à compter de la conclusion de la convention.

37. Copropriété : tout copropriétaire est recevable à contester la régularité du mandat donné en vue d'une assemblée générale (Civ. 3^{ème}, 7 déc. 2022)

Selon l'article 22, alinéa 3, de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, tout copropriétaire peut déléguer son droit de vote. Cassation de l'arrêt qui, pour rejeter la demande d'annulation d'une assemblée générale de copropriété, retient que seuls les copropriétaires représentés par pouvoir sont recevables à contester celui établi en vue de l'assemblée, alors que tout copropriétaire est recevable à contester la régularité du mandat donné en vue d'une assemblée générale.

38. Vente immobilière : la simple connaissance par l'acheteur de l'existence d'un droit au profit d'un tiers susceptible de l'évincer ne suffit pas à lui permettre d'agir en garantie (Civ. 3^{ème}, 30 nov. 2022)

Cf. brève n° 3.

39. Les parts de SCPI ne sont pas des valeurs mobilières et doivent donc être saisies entre les mains de la société émettrice (Civ. 2^{ème}, 8 déc. 2022)

Cf. brève n° 6.

40. Construction : point de départ de la prescription du recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son sous-traitant (Civ. 3^{ème}, 14 déc. 2022)

Par un arrêt rendu le 16 janvier 2020 (3e Civ., 16 janvier 2020, pourvoi n° 18-25.915, publié), la troisième chambre civile a jugé, d'une part, que le recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son sous-traitant relevait des dispositions de l'article 2224 de code civil et se prescrivait par cinq ans à compter du jour où le premier avait connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, d'autre part, que tel était le cas d'une assignation en référé-expertise délivrée par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal, laquelle mettait en cause la responsabilité de ce dernier.

Cette dernière règle oblige cependant les constructeurs, dans certains cas, à introduire un recours en garantie contre d'autres intervenants avant même d'avoir été assignés en paiement par le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, dans le seul but d'interrompre la prescription. En effet, même lorsqu'ils ont interrompu la prescription en formant eux-mêmes une demande d'expertise contre les autres intervenants à l'opération de construction, le délai de cinq ans qui, après la suspension prévue par l'article 2239 du code civil, recommence à courir à compter du jour où la mesure d'expertise a été exécutée, peut expirer avant le délai de dix ans courant à compter de la désignation de l'expert, pendant lequel le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage peuvent agir en réparation de leurs préjudices.

La multiplication de ces recours préventifs, qui nuit à une bonne administration de la justice, conduit la Cour à modifier sa jurisprudence.

Le constructeur ne pouvant agir en garantie avant d'être lui-même assigné aux fins de paiement ou d'exécution de l'obligation en nature, il ne peut être considéré comme inactif, pour l'application de la prescription extinctive, avant l'introduction de ces demandes principales.

Dès lors, l'assignation, si elle n'est pas accompagnée d'une demande de reconnaissance d'un droit, ne serait-ce que par provision, ne peut faire courir la prescription de l'action du constructeur tendant à être garanti de condamnations en nature ou par équivalent ou à obtenir le remboursement de sommes mises à sa charge en vertu de condamnations ultérieures.

La jurisprudence nouvelle s'applique à l'instance en cours, dès lors qu'elle ne porte pas une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique de l'assureur du sous-traitant en cause, tout en préservant le droit d'accès au juge de l'entrepreneur et de son assureur également en cause.

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

—

41. Pratiques anticoncurrentielles : détermination du montant de l'amende au vu d'un chiffre d'affaires différent de celui inscrit dans le compte de profits et pertes (CJUE, 10 nov. 2022)

L'article 4, paragraphe 3, TUE et l'article 101 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation ou pratique nationale selon laquelle, aux fins du calcul de l'amende infligée à une entreprise pour violation de l'article 101 TFUE, l'autorité nationale de concurrence est tenue, en toutes circonstances, de prendre en compte le chiffre d'affaires de cette entreprise tel qu'il figure à son compte de profits et pertes, sans disposer de la possibilité d'examiner des éléments avancés par cette dernière visant à démontrer que ledit chiffre d'affaires ne reflète pas la situation économique réelle de ladite entreprise et que, par conséquent, il y a lieu de prendre en compte, au titre du chiffre d'affaires, un autre montant qui reflète cette situation, pour autant que ces éléments soient précis et documentés.

42. Lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales : notion de « transactions commerciales », contrat à exécution successive et indemnité minimale de recouvrement (CJUE, 1^{er} déc. 2022, Arrêt 1 ; Arrêt 2)

L'article 2, point 1, de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 2011, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, doit être interprété en ce sens que la notion de « transactions commerciales » qui y figure couvre chacune des fournitures de marchandises ou des prestations de services successives, effectuées en exécution d'un seul et même contrat. (Arrêt 1)

L'article 6, paragraphe 1, de la directive 2011/7, lu en combinaison avec l'article 4 de cette directive, doit être interprété en ce sens que lorsqu'un seul et même contrat prévoit des fournitures de marchandises ou des prestations de services successives (Arrêt 1) ou à caractère périodique (Arrêt 2), chacune devant être payée dans un délai déterminé, le montant forfaitaire minimal de 40 euros à titre d'indemnisation pour les frais de recouvrement est dû au créancier pour chaque retard de paiement.

43. Rupture brutale d'une relation commerciale établie : modifications apportées durant l'exécution du préavis en l'état d'une relation faisant l'objet d'une négociation annuelle (Com., 7 déc. 2022)

Lorsque les conditions de la relation commerciale établie entre les parties font l'objet d'une négociation annuelle, ne constituent pas une rupture brutale de cette relation les modifications apportées durant l'exécution du préavis qui ne sont pas substantielles au point de porter atteinte à l'effectivité de ce dernier.

44. Concurrence déloyale : société créée par l'ancien salarié d'un concurrent et détenant des informations confidentielles obtenues par ce dernier pendant l'exécution de son contrat de travail (Com., 7 déc. 2022)

Le seul fait, pour une société à la création de laquelle a participé l'ancien salarié d'un concurrent, de détenir des informations confidentielles relatives à l'activité de ce dernier et obtenues par ce salarié pendant l'exécution de son contrat de travail, constitue un acte de concurrence déloyale.

45. Clause attributive de juridiction contenue dans des conditions générales auxquelles le contrat conclu par écrit renvoie par mention d'un lien hypertexte (CJUE, 24 nov. 2022)

L'article 23, paragraphes 1 et 2, de la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée le 30 octobre 2007, dont la conclusion a été approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2009/430/CE du Conseil, du 27 novembre 2008, doit être interprété en ce sens qu'une clause attributive de juridiction est valablement conclue lorsqu'elle est contenue dans des conditions générales auxquelles le contrat conclu par écrit renvoie par la mention du lien hypertexte d'un site Internet dont l'accès permet, avant la signature dudit contrat, de prendre connaissance desdites conditions générales, de les télécharger et de les imprimer, sans que la partie à laquelle cette clause est opposée ait été formellement invitée à accepter ces conditions générales en cochant une case sur ledit site Internet.

46. Clauses abusives : interprétation des critères dégagés par l'arrêt *Banco Primus* pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle au sens de l'art. 3§1 Dir. 93/13 (CJUE, 8 déc. 2022, même arrêt qu'au n° 14)

L'arrêt du 26 janvier 2017, *Banco Primus* (C-421/14, EU:C:2017:60), doit être interprété en ce sens que les critères qu'il dégage pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, notamment du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat que cette clause crée au détriment du consommateur, ne peuvent être compris ni comme étant cumulatifs ni comme étant alternatifs, mais doivent être compris comme faisant partie de l'ensemble des circonstances entourant la conclusion du contrat concerné, que le juge national doit examiner afin d'apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13.

47. Clauses abusives : en cas de neutralisation de la clause indemnitaire d'une vente, le professionnel ne peut se reporter sur le terrain du droit national des obligations (CJUE, 8 déc. 2022)

L'article 6, paragraphe 1, et l'article 7, paragraphe 1, 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 lorsqu'une clause indemnitaire d'un contrat de vente a été déclarée abusive et, par conséquent, nulle, ledit contrat pouvant néanmoins subsister sans cette clause, ils s'opposent à ce que le vendeur professionnel qui a imposé ladite clause puisse prétendre, dans le cadre d'un recours indemnitaire fondé exclusivement sur une disposition à caractère supplétif du droit national des obligations, à la réparation de son préjudice telle que prévue par cette disposition, laquelle aurait été applicable en l'absence de ladite clause.

AGROALIMENTAIRE

—

48. PAC : conditions posées par la réglementation nationale pour l'octroi de l'aide du FEADER visée à l'art. 17 Règl. UE 1305/2013 (CJUE, 1^{er} déc. 2022)

L'article 17 du règlement (UE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013, relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil, tel que modifié par le règlement (UE) 2017/2393 du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2017, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui soumet l'octroi de l'aide visée à cette disposition à la condition que le demandeur présente un certificat d'enregistrement d'un site d'élevage établi à son nom.

L'article 17 du règlement n° 1305/2013, tel que modifié par le règlement 2017/2393, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui soumet l'octroi de l'aide visée à cette disposition à la condition que le demandeur démontre que, à la date de l'introduction de sa demande, la production de son exploitation agricole est équivalente à au moins 8 000 euros.

IT – IP – DATA PROTECTION

49. **Données personnelles : loi autorisant la ratification du protocole d'amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel** (*Loi n° 2022-1461, 24 nov. 2022*)

La loi n° 2022-1461 du 24 novembre 2022 autorisant la ratification du protocole d'amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signé à Strasbourg le 10 octobre 2018, est parue au Journal officiel.

50. **Données personnelles : demande de déréférencement adressée à l'exploitant d'un moteur de recherche et tendant à la suppression de liens et de photographies** (*CJUE, 8 déc. 2022*)

L'article 17, paragraphe 3, sous a), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), doit être interprété en ce sens que, dans le cadre de la mise en balance qu'il convient d'opérer entre les droits visés aux articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'une part, et ceux visés à l'article 11 de la charte des droits fondamentaux, d'autre part, aux fins de l'examen d'une demande de déréférencement adressée à l'exploitant d'un moteur de recherche et tendant à ce que soit supprimé de la liste de résultats d'une recherche le lien menant vers un contenu comportant des allégations que la personne ayant introduit la demande estime inexacts, ce déréférencement n'est pas soumis à la condition que la question de l'exactitude du contenu référencé ait été résolue, au moins à titre provisoire, dans le cadre d'un recours intenté par cette personne contre le fournisseur de contenu.

L'article 12, sous b), et l'article 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et l'article 17, paragraphe 3, sous a), du règlement 2016/679 doivent être interprétés en ce sens que dans le cadre de la mise en balance qu'il convient d'opérer entre les droits visés aux articles 7 et 8 de la charte des droits fondamentaux, d'une part, et ceux visés à l'article 11 de la charte des droits fondamentaux, d'autre part, aux fins de l'examen d'une demande de déréférencement adressée à l'exploitant d'un moteur de recherche et tendant à ce que soient supprimées des résultats d'une recherche d'images effectuée à partir du nom d'une personne physique des photographies affichées sous la forme de vignettes qui représentent cette personne, il y a lieu de tenir compte de la valeur informative de ces photographies indépendamment du contexte de leur publication sur la page Internet d'où elles sont extraites, mais en prenant en considération tout élément textuel qui accompagne directement l'affichage de ces photographies dans les résultats de recherche et qui est susceptible d'apporter un éclairage sur la valeur informative de celles-ci.

51. **Données personnelles : trois décisions du CEPD concernant les plateformes du groupe Meta** (*Comm. CEPD, 6 déc. 2022 ; Comm. CNIL, 6 déc. 2022*)

Dans un communiqué, le Comité européen à la protection des données (CEPD – EDPB, *European Data Protection Board*), saisi à la suite d'un différend entre l'autorité de protection des données irlandaises, d'une part, et la CNIL ainsi que d'autres autorités de protection, d'autre part, annonce avoir adopté trois décisions contraignantes dans le cadre de la procédure de règlement des litiges (article 65 du RGPD) concernant les plateformes du groupe Meta (*Facebook, Instagram et WhatsApp*).

La CNIL relaie ce communiqué en indiquant que lesdites décisions répondent à la question de la définition de l'exécution du contrat comme base légale appropriée, ou non, pour traiter des données personnelles dans le cadre la publicité comportementale, dans le cas de *Facebook* et *Instagram*, et pour l'amélioration des services, dans le cas de *WhatsApp*.

52. Apposition d'une signature sous forme d'une image numérisée et signature électronique au sens de l'art. 1367 C. civ. (Soc., 14 déc. 2022)

Cf. brève n° 57.

SOCIAL

—

53. Durée du travail : la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'UE et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur (Soc., 14 déc. 2022)

Aux termes de l'article L. 3131-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, tout salarié bénéficie d'un repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives. Selon l'article 1315, devenu 1353, du code civil, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Il en résulte que la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur.

54. Durée du travail : charge de la preuve en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies (Soc., 14 déc. 2022, même arrêt que ci-dessus)

Il résulte des articles L. 3171-2, alinéa 1^{er}, et L. 3171-4 du code du travail, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

Doit être censurée pour avoir fait peser la charge de la preuve sur les seuls ayants droit du salarié, la cour d'appel qui rejette la demande de ces derniers en paiement d'un rappel de salaire pour heures supplémentaires et d'une indemnité pour travail dissimulé, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que lesdits ayants droit présentaient des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, et d'autre part, que ce dernier ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail.

55. Nullité d'une convention de forfait en jours à défaut de garantie sur l'amplitude, la charge de travail et la répartition du travail de l'intéressé (Soc., 14 déc. 2022)

Le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles.

Il résulte des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur.

Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.

Cassation de l'arrêt jugeant qu'une convention de forfait en jours n'encourt aucune nullité, alors que l'article 3.2.1. de l'accord applicable, attaché à la convention collective, qui se borne à prévoir que le décompte des journées travaillées ou des jours de repos pris est établi mensuellement par l'intéressé, que les cadres concernés doivent remettre, une fois par mois à l'employeur qui le valide, un document récapitulant le nombre de jours déjà travaillés, le nombre de jours ou de demi-jours de repos pris et ceux restant à prendre, qu'à cette occasion doit s'opérer le suivi de l'organisation du travail, le contrôle de l'application du présent accord et de l'impact de la charge de travail sur leur activité de la journée, que le contrôle des jours sera effectué soit au moyen d'un système automatisé, soit d'un document auto-déclaratif et que dans ce cas, le document signé par le salarié et par l'employeur est conservé par ce dernier pendant trois ans et tenu à la disposition de l'inspecteur du travail, sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours était nulle.

56. Licenciement économique : l'employeur ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté du salarié, exprimée par avance, en dehors de toute proposition concrète (Soc., 7 déc. 2022)

L'employeur est tenu avant tout licenciement économique, d'une part, de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, d'autre part, de proposer ensuite aux salariés dont le licenciement est envisagé tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure.

Il en résulte qu'il ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté du salarié, exprimée par avance, en dehors de toute proposition concrète.

Ayant relevé que si la salariée avait indiqué par avance qu'elle bénéficiait d'une embauche et avait demandé d'enclencher le licenciement, cette circonstance ne pouvait dispenser l'employeur de ses obligations légales en matière de licenciement pour motif économique, et fait ressortir qu'il ne lui avait pas proposé les postes disponibles listés dans le plan de mobilité professionnelle, une cour d'appel a exactement décidé que cet employeur n'avait pas satisfait de façon sérieuse et loyale à son obligation de reclassement préalable au licenciement.

57. Contrat de travail à durée déterminée : apposition d'une signature sous forme d'une image numérisée (Soc., 14 déc. 2022)

Selon l'article L. 1242-12, alinéa 1, du code du travail, le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée.

Après avoir énoncé que l'apposition d'une signature sous forme d'une image numérisée ne pouvait être assimilée à une signature électronique au sens de l'article 1367 du code civil et constaté qu'il n'était pas contesté que la signature en cause était celle du gérant de la société et permettait parfaitement d'identifier son auteur, lequel était habilité à signer un contrat de travail, une cour d'appel en a exactement déduit que l'apposition de la signature manuscrite numérisée du gérant de la société ne valait pas absence de signature, en sorte que la demande de requalification devait être rejetée.

58. Prescription de la demande de rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet (Soc., 14 déc. 2022)

La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, la demande de rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet est soumise à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail.

Aux termes de ce texte, l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat.

Il résulte de la combinaison des articles L. 3242-1 et L. 3245-1 du code du travail que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible. Pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour dire l'action en requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet prescrite pour la période antérieure au 13 juillet 2014, relève que le salarié a saisi la juridiction prud'homale le 13 juillet 2017 d'une demande en requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet et que le contrat de travail a été rompu, du fait de la prise d'acte de la rupture, le 11 mai 2017, et retient que la date du 13 juillet 2014 correspond à la date à laquelle le salarié a connu ou aurait dû connaître les faits à l'origine de sa démarche, alors qu'elle constatait que le salarié avait saisi la juridiction prud'homale le 13 juillet 2017 et qu'il sollicitait un rappel de salaire pour la période de mai 2014 à mai 2017, soit au titre des trois années précédant la rupture du contrat, ce dont elle aurait dû déduire que la demande de rappel de salaire pouvait porter sur l'intégralité de cette période.

59. Inaptitude : caractère définitif de l'avis d'inaptitude émis par le médecin du travail en l'absence de recours formé dans les quinze jours (Soc., 7 déc. 2022)

Aux termes de l'article L. 4624-7 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, si le salarié ou l'employeur conteste les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail en application des articles L. 4624-2, L. 4624-3 et L. 4624-4, il peut saisir le conseil de prud'hommes d'une demande de désignation d'un médecin-expert inscrit sur la liste des experts près la cour d'appel. L'affaire est directement portée devant la formation de référé.

L'article R. 4624-45 du même code, dans ses dispositions issues du décret n° 2017-1008 du 10 mai 2017, énonce qu'en cas de contestation portant sur les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail mentionnés à l'article L. 4624-7, la formation de référé est saisie dans un délai de quinze jours à compter de leur notification. Les modalités de recours ainsi que ce délai sont mentionnés sur les avis et mesures émis par le médecin du

travail. La décision de la formation des référés se substitue aux éléments de nature médicale mentionnés au premier alinéa qui ont justifié les avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestés.

Il en résulte que l'avis émis par le médecin du travail, seul habilité à constater une inaptitude au travail, peut faire l'objet tant de la part de l'employeur que du salarié d'une contestation devant la formation de référé du conseil de prud'hommes qui peut examiner les éléments de toute nature ayant conduit au prononcé de l'avis. En l'absence d'un tel recours, cet avis s'impose aux parties.

Ayant constaté que l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail le 11 avril 2017 mentionnait les voies et délais de recours et n'avait fait l'objet d'aucune contestation dans le délai de quinze jours, une cour d'appel en a exactement déduit que la régularité de l'avis ne pouvait plus être contestée et que cet avis s'imposait aux parties comme au juge, que la contestation concerne les éléments purement médicaux ou l'étude de poste.

60. Inaptitude : office du juge saisi d'une contestation de l'avis d'inaptitude émis par le médecin du travail (Soc., 7 déc. 2022)

Selon l'article L. 4624-7 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, modifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, le salarié ou l'employeur peut saisir le conseil de prud'hommes en la forme des référés d'une contestation portant sur les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail reposant sur des éléments de nature médicale en application des articles L. 4624-2, L. 4624-3 et L. 4624-4.

Ce texte ajoute que le conseil de prud'hommes peut confier toute mesure d'instruction au médecin inspecteur du travail territorialement compétent pour l'éclairer sur les questions de fait relevant de sa compétence et que sa décision se substitue aux avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestées.

Selon l'article R. 4624-42 du code du travail dans ses dispositions issues du décret n° 2016-1908 du 27 décembre 2016, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude médicale du travailleur à son poste de travail que s'il a réalisé au moins un examen médical de l'intéressé, accompagné, le cas échéant, des examens complémentaires, permettant un échange sur les mesures d'aménagement, d'adaptation ou de mutation de poste ou la nécessité de proposer un changement de poste, s'il a réalisé ou fait réaliser une étude de ce poste et une étude des conditions de travail dans l'établissement et indiqué la date à laquelle la fiche d'entreprise a été actualisée et enfin s'il a procédé à un échange, par tout moyen, avec l'employeur.

Il en résulte que le juge saisi d'une contestation de l'avis d'inaptitude peut examiner les éléments de toute nature sur lesquels le médecin du travail s'est fondé pour rendre son avis. Il substitue à cet avis sa propre décision après avoir, le cas échéant, ordonné une mesure d'instruction.

61. CSE : calcul du délai de recours en contestation du coût prévisionnel, de l'étendue et de la durée de l'expertise en l'état d'une seconde notification de l'expert (Soc., 7 déc. 2022)

Selon l'article L. 2315-86, alinéa 1, 3°, du code du travail, sauf dans le cas prévu à l'article L. 1233-35-1, l'employeur saisit le juge judiciaire dans un délai fixé par décret en Conseil d'État de la notification à l'employeur du cahier des charges et des informations prévues à l'article L. 2315-81-1 s'il entend contester le coût prévisionnel, l'étendue ou la durée de l'expertise. Aux termes de l'article R. 2315-49 du code du travail, pour chacun des cas de recours prévus à l'article L. 2315-86, l'employeur saisit le juge dans un délai de dix jours.

Doit être en conséquence censuré le jugement qui, pour déclarer irrecevable comme tardif le recours en contestation du coût prévisionnel, de l'étendue et de la durée de l'expertise, retient que plus de dix jours se sont écoulés entre une première notification par l'expert de ce coût prévisionnel, de cette étendue et cette durée et la saisine du juge, alors qu'il constate que l'expert avait notifié à l'employeur un nouveau coût prévisionnel, de sorte que la saisine du tribunal dans le délai de dix jours courant à compter de cette seconde notification était recevable.



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.