



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. *La liberté contractuelle ne peut justifier le refus, fondé sur l'orientation sexuelle d'une personne, de conclure ou de renouveler avec cette dernière un contrat*
2. *La nullité n'affectant qu'une ou plusieurs clauses n'emporte sa nullité de l'acte entier que si cette ou ces clauses en est une condition essentielle et déterminante*
3. *La prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société*
4. *Résolution d'un contrat et restitution de l'acompte en l'état d'une inexécution non fautive*
5. *Vente : absence de nouveauté en appel d'une demande d'indemnisation relative à une éviction partielle, faisant suite à des demandes tendant à l'exercice du même droit*
6. *Dans une convention d'assistance bénévole, l'assistance peut être spontanément apportée par l'assistant ou sollicitée par l'assisté*
7. *Accidents de la circulation : la victime peut demander l'indemnisation de son préjudice à l'assureur de l'un quelconque des véhicules impliqués, même si elle n'a pas été en contact avec celui-ci*
8. *Absence d'incidence du défaut de réception effective d'une mise en demeure adressée par lettre recommandée*
9. *L'énumération, par les art. 2240, 2241 et 2244 C. civ., des causes de droit commun d'interruption de la prescription est limitative*

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

6

10. *La prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société*
11. *Nullité n'affectant que l'une ou plusieurs des clauses d'un pacte d'actionnaires*
12. *Prise en compte du droit de retrait conféré aux associés dans le cadre d'une demande en dissolution judiciaire fondée sur la mésentente entre ces derniers*
13. *L'action prévue à l'art. L. 123-5-1 C. com. n'est pas soumise au délai de prescription prévu par l'art. 2224 C. civ.*
14. *Condition de licéité de la réduction à zéro du capital d'une société par actions*
15. *SARL : la pluralité de gérants ne fait pas obstacle à ce que leur responsabilité soit engagée de manière individuelle*
16. *SCI : reconnaissance en France d'une décision étrangère ayant désigné comme propriétaire réel des parts sociales une personne autre que celle les détenant en apparence*
17. *Parution de la directive CSRD*
18. *Une version révisée du Code Afep-Medef*
19. *La Commission européenne envisage l'adoption d'une nouvelle législation sur la cotation*

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

8

20. *Cautionnement : en l'absence de manquement au formalisme légal, la nullité n'est pas encourue du fait de la contradiction entre une mention dactylographiée et une mention manuscrite*
21. *Cautionnement : la prescription de l'action en responsabilité de la caution contre de la banque court à compter du jour de la mise en demeure qui lui a été adressée*
22. *Cautionnement : le défaut de réception effective par la caution de la mise en demeure, adressée par lettre recommandée, n'affecte pas sa validité*
23. *Cautionnement : interruption de la prescription contre la caution à raison d'une procédure d'exécution diligentée contre le débiteur principal*
24. *Cautionnement : portée de la compensation entre une créance de dommages et intérêts de la caution contre le créancier et celle due par la caution au titre de sa garantie*
25. *Garanties autonomes : trouble manifestement illicite découlant de la mise en œuvre d'une garantie à première demande en violation de la L. du 14 nov. 2020 sur la crise sanitaire*
26. *Billet à ordre : l'art. 2246 C. civ., selon lequel l'interpellation faite au débiteur principal interrompt le délai de prescription contre la caution, est applicable au donneur d'aval*
27. *Point de départ de la prescription de l'action en indemnisation du manquement d'une banque à son obligation de mettre en garde un emprunteur non averti*
28. *Le prêt conclu en méconnaissance des dispositions relatives aux intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement n'est pas nul de ce seul chef*
29. *Validité d'une clause aboutissant à l'exclusion de l'assurance les pertes d'exploitation consécutives à l'épidémie de Covid-19*
30. *Assurance-vie : la seule copie de la lettre d'information annuelle ne prouve pas le déclenchement du cours de la prescription de l'action en responsabilité contre l'assureur*
31. *Assurance de responsabilité : assuré ayant souscrit le contrat alors qu'il avait connaissance du fait dommageable en raison d'une assignation délivrée par un tiers*
32. *Parution de la directive sur la résilience des entités critiques*
33. *ACPR : recommandation sur la promotion de caractéristiques extra-financières dans les communications à caractère publicitaire en assurance vie*
34. *ACPR : position sur l'autorisation et le suivi prudentiel des holdings financières*

PENAL DES AFFAIRES

12

35. *Confiscation pénale : bien constituant pour partie le produit d'une infraction*
36. *Confiscation pénale : droits concurrents sur un immeuble grevé d'une clause d'accroissement*
37. *PNF : nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP*

FISCAL

13

38. *Location immobilière de courte durée : le droit de l'Union ne s'oppose ni à l'obligation de collecte d'information ni à la retenue d'impôt par un régime fiscal national*
39. *En matière de contributions indirectes, si le tribunal peut modérer le montant des amendes et pénalités encourues, eu égard à l'ampleur et à la gravité de l'infraction commise, ainsi qu'à la personnalité de son auteur, il ne saurait en dispenser totalement ce dernier*
40. *Imposition des rémunérations perçues par les associés des sociétés d'exercice libéral au titre de l'exercice d'une activité libérale au sein de ces sociétés dans la catégorie des bénéfices non commerciaux à compter de l'imposition des revenus de l'année 2023*
41. *Articulation des mécanismes d'imputation des déficits en cas d'absorption de la société mère intégrante*
42. *Absence de compensation entre un remboursement de crédit de TVA et une insuffisance de TVA acquittée*

RESTRUCTURATIONS

16

43. *Le délai d'un an prévu à l'art. L. 631-5, al. 2, 1°, C. com. court à compter de la mention de la radiation au RCS peu important l'indiction d'une autre date d'effet*
44. *L'augmentation du délai de déclaration pour les créanciers ne demeurant pas en France métropolitaine ne concerne pas celui de l'art. R. 622-21, al. 2, C. com.*
45. *La déclaration de la créance née d'un billet à ordre au passif de la procédure collective de son souscripteur interrompt la prescription à l'égard du donneur d'aval*
46. *Point de départ du délai de trois mois prévu à l'art. L. 622-14, 2°, C. com. lorsque la liquidation judiciaire est ouverte sur résolution du plan*
47. *Le jour du jugement de liquidation judiciaire n'est pas inclus dans la computation du délai de prescription de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif*

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

18

49. Bail commercial : l'impôt foncier mis à la charge du locataire par le bail constitue une charge exorbitante justifiant une diminution de la valeur locative
50. Bail commercial : il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux de statuer sur l'application du dispositif prévu à l'art. L. 145-34, dernier al., C. com.
51. Bail commercial : la notification du mémoire n'interrompt la prescription que lorsque la contestation est portée devant le juge des loyers commerciaux
52. Bail commercial : le locataire privé de la possibilité de poursuivre son activité jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction subit un préjudice qu'il appartient au juge d'évaluer
53. Bail commercial : trouble manifestement illicite découlant de la mise en œuvre d'une garantie à première demande en violation de la L. du 14 nov. 2020 sur la crise sanitaire
54. Construction : les relations de sous-traitance entrent dans le champ de l'art. L. 442-6, I, C. com., dans sa rédaction antérieure à la L. du 17 mars 2014
55. Construction : l'art. 2 L. 16 juil. 1971, qui libère la caution solidaire prévue à l'art. 1 un an après la réception, ne distingue pas entre réception amiable, tacite ou judiciaire
56. Servitudes : application de l'art. 701, al. 3, C. civ., nonobstant la modification unilatérale de l'assiette d'une servitude de passage ensuite rétablie
57. Usucapion : les personnes publiques peuvent acquérir par prescription

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

20

58. Pratiques anticoncurrentielles : action en dommages et intérêts et production de preuves figurant dans une procédure relative à une infraction aux règles de concurrence
59. Abus de position dominante : imputabilité, au producteur jouissant d'une position dominante, des agissements adoptés par des distributeurs faisant partie de son réseau
60. Abus de position dominante : capacité des clauses d'exclusivité à restreindre la concurrence et test dit « du concurrent aussi efficace »
61. Pratiques restrictives : portée et légalité des modifications apportées au 1^o du I de l'art. L. 442-1 C. com. par l'art. 2 ord. 24 avr. 2019
62. ADLC : modification du règlement intérieur
63. Agent commercial établi et exerçant son activité en dehors du territoire de l'Union européenne dans le cadre d'un contrat soumis à la loi française
64. Pratiques restrictives : l'art. L. 442-6, I, 1^o, C. com. (réd. ant. ord. 24 avr. 2019) s'applique quelle que soit la nature de l'avantage obtenu
65. CEPC : avis sur la conformité d'une clause d'un contrat de distribution sélective à l'art. L. 442-6 C. com. dans un contexte international
66. CEPC : avis sur l'applicabilité de l'art. L. 441-3 C. com. à l'achat, par un distributeur, de produits en vue de leurs location
67. Modalités de publicité des mesures prises en application du livre IV du C. com. et du livre V du C. consom.

AGROALIMENTAIRE

25

68. SAFER : l'art. R. 143-6 CRPM n'impose pas que la notification de la préemption soit postérieure à celle faite à la personne chargée de dresser l'acte d'aliénation
69. SAFER : délégation du droit de préempter

IT – IP – DATA PROTECTION

25

70. Données personnelles : informations sur les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été ou seront communiquées
71. Marque de l'UE : place de marché en ligne contenant des annonces de vendeurs tiers faisant usage d'un signe identique à la marque d'autrui pour des produits identiques
72. Parution de la directive SRI 2

SOCIAL

26

73. Convention de forfait et nécessité de caractériser l'autonomie du salarié et les raisons le conduisant à ne pas suivre l'horaire collectif de travail
74. Les dispositions de l'art. L. 1235-4 C. trav. sont applicables en cas de nullité du licenciement en raison de l'exercice normal du droit de grève
75. Travail temporaire : pas de QPC sur les dispositions combinées des art. L. 1251-58-4, L. 1251-5 et L. 1251-40 C. trav.
76. La victime d'une faute inexcusable de l'employeur peut obtenir une réparation au titre des souffrances physiques et morales, distincte de la rente
77. Harcèlement sexuel : la non-comparution de l'employeur ne dispense pas la cour d'appel d'examiner la pertinence des motifs du jugement ayant exclu le manquement à l'obligation de prévention
78. Loi portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi
79. Loi visant à lutter contre la fraude au compte personnel de formation et à interdire le démarchage de ses titulaires
80. Décret portant application des dispositions relatives à l'épargne salariale de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022

DROIT DES OBLIGATIONS

1. **La liberté contractuelle ne peut justifier le refus, fondé sur l'orientation sexuelle d'une personne, de conclure ou de renouveler avec cette dernière un contrat** (CJUE, 12 janv. 2023)

L'article 3, paragraphe 1, sous a) et c), de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale ayant pour effet d'exclure, au titre du libre choix du contractant, de la protection contre les discriminations devant être conférée en vertu de cette directive, le refus, fondé sur l'orientation sexuelle d'une personne, de conclure ou de renouveler avec cette dernière un contrat ayant pour objet la réalisation, par cette personne, de certaines prestations dans le cadre de l'exercice d'une activité indépendante.

2. **La nullité n'affectant qu'une ou plusieurs clauses n'emporte sa nullité de l'acte entier que si cette ou ces clauses en est une condition essentielle et déterminante** (Com., 25 janv. 2023)

Aux termes de l'article 722 du code civil, les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi.

Lorsque la nullité en résultant n'affecte qu'une ou plusieurs clauses de l'acte, elle n'emporte sa nullité en son entier que si cette ou ces clauses en constituent une condition essentielle et déterminante.

Ayant fait ressortir que l'article du pacte d'actionnaires contenant la stipulation litigieuse n'était pas un élément essentiel dudit pacte, déterminant de l'engagement des parties, une cour d'appel n'a pu qu'en déduire que la demande de nullité du pacte en son entier devait être rejetée.

3. **La prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société** (Com., 25 janv. 2023)

Cf. brève n° 10.

4. **Résolution d'un contrat et restitution de l'acompte en l'état d'une inexécution non fautive** (Com., 18 janv. 2023)

Selon les articles 1217, 1227 et 1229 du code civil, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté peut provoquer la résolution du contrat. Lorsque les prestations échangées ne peuvent trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour rejeter les demandes de résolution d'un contrat de fourniture [à un établissement d'hôtellerie-restauration] de prestations de restauration durant le salon international des professionnels de l'immobilier (MIPIM) et de restitution de l'acompte y afférent, après avoir rappelé que l'article 8 dudit contrat prévoyait une retenue de 100 % du prix des prestations commandées en cas d'annulation tardive, retient que, si l'annulation du MIPIM [à la suite des mesures sanitaires prévues par la loi du 23 mars 2020 et de ses arrêtés d'application] a empêché la société défenderesse d'exécuter sa prestation de traiteur, elle n'a pas empêché la société cocontractante de remplir son obligation de verser les sommes contractuellement prévues et que, bien que l'inexécution du contrat ait été totale et d'une

gravité suffisante, elle ne peut être considérée comme fautive puisqu'elle a été causée par l'annulation du salon MIPIM, alors qu'elle constatait que les prestations objet du contrat n'avaient pas été exécutées.

5. Vente : absence de nouveauté en appel d'une demande d'indemnisation relative à une éviction partielle, faisant suite à des demandes tendant à l'exercice du même droit (Civ., 3^{ème}, 18 janv. 2023)

Une demande d'indemnisation du préjudice résultant d'une éviction partielle, fondée sur les articles 1636 et 1637 du code civil, n'est pas nouvelle en appel, dès lors que les acquéreurs avaient formé, en première instance, des demandes fondées sur les articles 1625, 1626 et 1630, tendant à l'exercice du même droit.

N'est donc pas fondé le moyen faisant valoir que, les acquéreurs ayant sollicité l'annulation de la vente en première instance, la demande formée en appel, tendant à obtenir une indemnisation sur le fondement de la garantie d'éviction due par le vendeur, était irrecevable comme nouvelle, peu important que les acquéreurs aient invoqué les dispositions des articles 1625 et suivants du code civil à l'appui de la demande formée en première instance.

6. Dans une convention d'assistance bénévole, l'assistance peut être spontanément apportée par l'assistant ou sollicitée par l'assisté (Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2023)

Il résulte de l'article 1101 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 que, dans une convention d'assistance bénévole, l'assistance peut être spontanément apportée par l'assistant ou sollicitée par l'assisté.

Cassation de l'arrêt qui, pour écarter l'existence d'une telle convention, retient que l'assistant n'a pas offert spontanément son aide à l'assisté mais a été convaincu par celui-ci de lui prêter son concours.

7. Accidents de la circulation : la victime peut demander l'indemnisation de son préjudice à l'assureur de l'un quelconque des véhicules impliqués, même si elle n'a pas été en contact avec celui-ci (Civ. 2^{ème}, 15 déc. 2022)

Au sens de l'article 1 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, un véhicule terrestre à moteur est impliqué dans un accident de la circulation dès lors qu'il a joué un rôle quelconque dans sa réalisation.

Dans un accident complexe, la victime est en droit de demander l'indemnisation de son préjudice à l'assureur de l'un quelconque des véhicules impliqués, même si elle n'a pas été en contact avec celui-ci.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour rejeter le recours en contribution de l'assureur de la victime d'un accident, M. [K], relève que le véhicule du défendeur, M. [R], était régulièrement stationné à une vingtaine de mètres des points de choc ayant occasionné des blessures à M. [K], qu'il n'était pas entré en contact avec la victime et n'avait causé aucun dégât matériel, et en déduit que ce véhicule n'est pas intervenu, à quelque titre que ce soit, dans la survenance de l'accident et qu'il n'a joué aucun rôle dans sa réalisation, alors qu'elle avait relevé que le scooter de M. [K] [dont celui-ci avait été éjecté à la suite d'un premier choc] avait achevé sa course contre le véhicule de M. [R] et qu'il résultait de ses constatations que les collisions successives étaient intervenues dans un même laps de temps et dans un enchaînement continu, de sorte qu'elles constituaient un accident complexe, dans lequel ce véhicule était impliqué, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

8. **Absence d'incidence du défaut de réception effective d'une mise en demeure adressée par lettre recommandée** (*Civ.*, 1^{ère}, 11 janv. 2023)

Cf. brève n° 22.

9. **L'énumération, par les art. 2240, 2241 et 2244 C. civ., des causes de droit commun d'interruption de la prescription est limitative** (*Civ.* 3^{ème}, 25 janv. 2023)

L'énumération des articles 2240, 2241 et 2244 du code civil des causes de droit commun d'interruption du délai de prescription est limitative.

FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIETES – BOURSE

–

10. **La prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société** (*Com.*, 25 janv. 2023, même arrêt qu'au n° 3)

Il résulte de la combinaison de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et l'article 1838 du même code que la prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de vie de la société, de sorte que les parties ne peuvent y mettre fin unilatéralement.

11. **Nullité n'affectant que l'une ou plusieurs des clauses d'un pacte d'actionnaires** (*Com.*, 25 janv. 2023, même arrêt que ci-dessus)

Cf. brève n° 2.

12. **Prise en compte du droit de retrait conféré aux associés dans le cadre d'une demande en dissolution judiciaire fondée sur la mésentente entre ces derniers** (*Civ.* 1^{ère}, 18 janv. 2023)

Ayant constaté qu'en dépit de la répartition égalitaire des titres entre les associés, les dispositions statutaires de la société permettaient d'adopter les résolutions nécessaires à son bon fonctionnement et de prévenir, en cas de désaccord, tout blocage en raison de l'attribution, lors des assemblées générales, d'une voix prépondérante au gérant qui en assurait la présidence, qu'elles donnaient aux associés la possibilité de se retirer totalement ou partiellement de la société et que ni la demanderesse, ni son tuteur, n'avaient formulé une telle requête, puis retenu que l'activité de cette société se poursuivait en dépit des conflits entre associés et qu'elle pouvait, le cas échéant, continuer de fonctionner après un retrait d'associés, une cour d'appel, qui avait la faculté de prendre en compte le droit de retrait conféré aux associés, qui ne s'est pas fondée sur une absence de blocage apparente et qui n'a pas subordonné la dissolution de la société à la preuve d'une situation financière irrémédiablement compromise, a pu en déduire que la mésentente entre les associés ne paralysait pas son fonctionnement et rejeter la demande de dissolution.

13. L'action prévue à l'art. L. 123-5-1 C. com. n'est pas soumise au délai de prescription prévu par l'art. 2224 C. civ. (Com., 25 janv. 2023)

Selon l'article 2224 du code civil, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Selon l'article L. 123-1 du code de commerce, figurent au registre du commerce et des sociétés, pour être portés à la connaissance du public, les inscriptions et actes ou pièces déposés prévus par décret en Conseil d'Etat. Selon l'article R. 123-105 du code de commerce, les actes, délibérations ou décisions modifiant les pièces déposées lors de la constitution d'une personne morale doivent être déposées au registre du commerce et des sociétés.

Cette obligation, destinée à l'information des tiers, perdure pendant toute la vie de la personne morale.

Il s'ensuit que l'action prévue à l'article L. 123-5-1 du code de commerce, qui permet à tout intéressé ou au ministère public d'obtenir du dirigeant d'une personne morale de procéder au dépôt des pièces prévues à l'article R. 123-105 du même code, n'est pas soumise au délai de prescription prévue par l'article 2224 du code civil.

14. Condition de licéité de la réduction à zéro du capital d'une société par actions (Com., 4 janv. 2023)

Il résulte des articles L. 210-2 et L. 224-2 du code de commerce que la réduction à zéro du capital d'une société par actions n'est licite que si elle est décidée sous la condition suspensive d'une augmentation effective de son capital amenant celui-ci à un montant au moins égal au montant minimum légal ou statutaire.

15. SARL : la pluralité de gérants ne fait pas obstacle à ce que leur responsabilité soit engagée de manière individuelle (Com., 25 janv. 2023)

La pluralité de gérants au sein d'une SARL ne fait pas obstacle à ce que leur responsabilité soit engagée de manière individuelle.

Viole, en conséquence, l'article L. 223-22 du code de commerce la cour d'appel qui, pour rejeter la demande tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une cogérante de la société à raison de l'exercice de ses fonctions, énonce qu'elle n'en était pas la seule gérante et que l'action devait être dirigée à l'encontre de l'ensemble des cogérants.

16. SCI : reconnaissance en France d'une décision étrangère ayant désigné comme propriétaire réel des parts sociales une personne autre que celle les détenant en apparence (Civ. 1^{ère}, 11 janv. 2023)

Si, en vertu de l'article 45 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement et du Conseil du 20 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la reconnaissance est refusée aux décisions rendues en méconnaissance des compétences exclusives et si, selon l'article 24, § 3, sont exclusivement compétentes, en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel ces registres sont tenus, cette règle ne concerne que le contentieux de la validité formelle des inscriptions, liée au droit de l'État détenteur du registre.

Ayant retenu que la décision d'un juge anglais, ayant désigné M. [B], débiteur, comme le propriétaire réel de parts sociales d'une SCI, fictivement détenues par son épouse, Mme [E], portant sur la propriété réelle de ces parts sociales détenues en apparence par cette dernière, ne concernait pas la validité des

inscriptions au Registre du commerce et des sociétés, une cour d'appel a légalement justifié sa décision de rejeter l'ensemble des demandes en contestation de la saisie opérée par le créancier sur lesdites parts sociales.

17. Parution de la directive CSRD (*Dir. n° 2022/2464, 14 déc. 2022*)

Une Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, dite *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) est parue au Journal officiel de l'Union européenne.

18. Une version révisée du Code Afep-Medef (*Code Afep-Medef*)

L'Afep et le Medef publient une version révisée du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (Code Afep-Medef), intégrant plusieurs modifications ayant trait à la stratégie RSE, particulièrement en matière climatique.

19. La Commission européenne envisage l'adoption d'une nouvelle législation sur la cotation (*Comm. de presse, 7 déc. 2022*)

La Commission européenne a présenté des mesures visant à poursuivre la mise en place de l'union des marchés des capitaux (UMC) de l'UE et notamment à alléger, par une nouvelle législation sur la cotation, la charge administrative pesant sur les entreprises de toutes tailles, notamment les PME, qui souhaitent faire appel à l'épargne publique, de manière à ce qu'elles puissent plus facilement entrer en bourse.

BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

–

20. Cautionnement : en l'absence de manquement au formalisme légal, la nullité n'est pas encourue du fait de la contradiction entre une mention dactylographiée et une mention manuscrite (*Com., 25 janv. 2023*)

La nullité d'un cautionnement n'est pas encourue du fait de la contradiction entre une mention dactylographiée et une mention manuscrite, lorsqu'aucun manquement au formalisme légal relatif aux mentions manuscrites n'affecte l'acte de cautionnement.

Ayant constaté que l'ensemble des mentions exigées par la loi avaient été reportées dans l'acte de cautionnement par la caution, une cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci ne pouvait se prévaloir de la nullité de son engagement de caution sur le fondement de l'article L. 341-2 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

21. Cautionnement : la prescription de l'action en responsabilité de la caution contre de la banque court à compter du jour de la mise en demeure qui lui a été adressée (*Civ., 1^{ère}, 11 janv. 2023*)

Cf. brève ci-dessous.

22. Cautionnement : le défaut de réception effective par la caution de la mise en demeure, adressée par lettre recommandée, n'affecte pas sa validité (Civ., 1^{ère}, 11 janv. 2023, même arrêt que ci-dessus)

Il résulte de la combinaison de l'article 1139 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et de l'article 2224 du même code que le défaut de réception effective par la caution de la mise en demeure, adressée par lettre recommandée, n'affecte pas sa validité et que le point de départ de son action en responsabilité à l'encontre de la banque est fixé au jour où elle a su que les obligations résultant de son engagement allaient être mises à exécution du fait de la défaillance du débiteur principal, soit à compter de la mise en demeure qui lui a été adressée.

Cassation de l'arrêt qui, pour déclarer l'action en responsabilité initiée par la caution recevable, relève que la banque n'est pas en mesure de communiquer l'accusé de réception de la mise en demeure signé par la caution, mais seulement le retour du document muni de la mention « Non réclamé - retour à l'expéditeur » et qu'elle succombe à établir que le délai de prescription des demandes a pu valablement courir à compter de cette date.

23. Cautionnement : interruption de la prescription contre la caution à raison d'une procédure d'exécution diligentée contre le débiteur principal (Civ., 1^{ère}, 11 janv. 2023, même arrêt que ci-dessus)

Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 2241 du code civil, la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Selon l'article 2246 du même code, l'interpellation faite au débiteur principal ou sa reconnaissance interrompt le délai de prescription contre la caution.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, pour déclarer une banque irrecevable en sa demande en paiement à l'égard de la caution, relève qu'il est établi que, si la caution a procédé à plusieurs règlements au titre des deux engagements litigieux, aucun n'est antérieur au 10 décembre 2014, date à laquelle la prescription des créances de la banque était acquise, et qu'aucune interruption utile de cette prescription n'est démontrée, sans rechercher si la procédure d'exécution forcée diligentée antérieurement par la banque à l'encontre de l'emprunteur [débiteur principal] n'avait pas eu un effet interruptif de la prescription.

24. Cautionnement : portée de la compensation entre une créance de dommages et intérêts de la caution contre le créancier et celle due par la caution au titre de sa garantie (Com., 25 janv. 2023)

Il résulte de l'article 1234 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et de l'article 2288 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, que la compensation opérée entre une créance de dommages et intérêts, résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement et tendant à la réparation du préjudice que causerait à celle-ci l'exécution effective de cet engagement, et celle due par la caution, au titre de sa garantie envers ce même créancier, n'éteint pas la dette principale garantie mais, à due concurrence, l'obligation de cette seule caution.

25. Garanties autonomes : trouble manifestement illicite découlant de la mise en œuvre d'une garantie à première demande en violation de la L. du 14 nov. 2020 sur la crise sanitaire (Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2023)

L'article 14 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, qui interdit, du 17 octobre 2020 jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'activité des locataires éligibles à ce dispositif cesse d'être affectée par une mesure de police administrative, la mise en œuvre de toutes

sûretés réelles et personnelles garantissant le paiement des loyers ou charges locatives afférents aux locaux professionnels ou commerciaux, s'applique à la garantie à première demande, sûreté personnelle régie par l'article 2321 du code civil.

Dès lors, une cour d'appel, statuant en référé, a pu retenir que la mise en œuvre d'une garantie à première demande [consentie en garantie des obligations d'un preneur à bail commercial] en violation de ce texte constituait un trouble manifestement illicite.

26. Billet à ordre : l'art. 2246 C. civ., selon lequel l'interpellation faite au débiteur principal interrompt le délai de prescription contre la caution, est applicable au donneur d'aval (Com., 25 janv. 2023)

Cf. brève n° 45.

27. Point de départ de la prescription de l'action en indemnisation du manquement d'une banque à son obligation de mettre en garde un emprunteur non averti (Com., 25 janv. 2023)

Il résulte de la combinaison de l'article 2224 du code civil et l'article L. 110-4 du code de commerce que les obligations entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

Le manquement d'une banque à son obligation de mettre en garde un emprunteur non averti sur le risque d'endettement excessif né de l'octroi d'un prêt prive cet emprunteur d'une chance d'éviter le risque qui s'est réalisé, la réalisation de ce risque supposant que l'emprunteur ne soit pas en mesure de faire face au paiement des sommes exigibles au titre du prêt.

Il en résulte que le délai de prescription de l'action en indemnisation d'un tel dommage commence à courir, non à la date de conclusion du contrat de prêt, mais à la date d'exigibilité des sommes au paiement desquelles l'emprunteur n'est pas en mesure de faire face.

28. Le prêt conclu en méconnaissance des dispositions relatives aux intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement n'est pas nul de ce seul chef (Com., 25 janv. 2023)

Le seul fait qu'un contrat portant sur la recherche d'un financement ait été conclu en méconnaissance des dispositions du chapitre IX du titre Ier du livre V du code monétaire et financier, relatives aux intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement, n'est pas de nature à en entraîner l'annulation.

29. Validité d'une clause aboutissant à exclure de l'assurance les pertes d'exploitation consécutives à l'épidémie de Covid-19 (Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023)

Une clause d'exclusion n'est pas formelle au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances lorsqu'elle ne se réfère pas à des critères précis et nécessite interprétation.

S'agissant d'un contrat prévoyant la garantie des pertes d'exploitation en cas de fermeture administrative consécutive à certaines causes qu'il énumère, dont l'épidémie, est formelle la clause qui exclut ces pertes d'exploitation de la garantie, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelles que soient sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique.

Une clause d'exclusion n'est pas limitée au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances lorsqu'elle vide la garantie de sa substance en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire.

N'a pas pour effet de vider la garantie de sa substance la clause qui exclut de la garantie des pertes d'exploitation consécutives à la fermeture administrative de l'établissement assuré, pour plusieurs causes qu'il énumère, dont l'épidémie, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelles que soient sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique à l'une de celles énumérées.

30. Assurance-vie : la seule copie de la lettre d'information annuelle ne prouve pas le déclenchement du cours de la prescription de l'action en responsabilité contre l'assureur (Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023)

Le délai de prescription de l'action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en a pas eu précédemment connaissance.

Dès lors, viole l'article 2224 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, la cour d'appel qui, pour déclarer prescrite l'action en responsabilité exercée par la souscriptrice d'un contrat d'assurance sur la vie investi sur un support en unités de compte contre l'assureur pour manquement à ses obligations d'information, de conseil et de mise en garde, retient que le point de départ de la prescription se situe à la date à laquelle ont été envoyés, à l'adresse de la souscriptrice, des relevés de situation produits aux débats, conformes aux prescriptions des articles L.132-22, R.132-5-4 et A.132-7 du code des assurances, alors applicables, qui révélaient une perte en capital par rapport à l'année précédente, alors que la seule production par l'assureur, sur lequel pèse la charge de la preuve du point de départ de la prescription qu'il invoque, de la copie de la lettre d'information annuelle ne suffit pas à justifier de son envoi à la souscriptrice qui contestait l'avoir reçue.

31. Assurance de responsabilité : assuré ayant souscrit le contrat alors qu'il avait connaissance du fait dommageable en raison d'une assignation délivrée par un tiers (Civ. 2^{ème}, 19 janv. 2023)

Selon l'article L. 124-5, alinéa 4, du code des assurances, lorsque la garantie est déclenchée par la réclamation, l'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie.

Ayant souverainement estimé que l'assureur établissait que l'assuré, la société A, avait eu connaissance du fait dommageable dès son assignation, par la société B, tendant à ce qu'il soit déclaré responsable, à l'égard de son cocontractant, la société C, des conséquences dommageables de la cessation d'activité de production de phosgène subie par ce dernier, soit antérieurement à la date de souscription du contrat garantissant sa responsabilité civile, une cour d'appel en a exactement déduit que l'assureur ne devait pas sa garantie, déclenchée par la réclamation, sur le fondement de l'article L.124-5, alinéa 4, du code des assurances.

N'est donc pas fondé le moyen faisant notamment valoir que la cour d'appel aurait dû relever qu'il était certain que la société C demanderait à la société A l'indemnisation de son préjudice.

32. Parution de la directive sur la résilience des entités critiques (Dir. N°2022/2557, 14 déc. 2022)

Une directive sur la résilience des entités critiques, abrogeant la directive 2008/114/CE du Conseil, est parue au Journal officiel de l'Union européenne.

33. ACPR : recommandation sur la promotion de caractéristiques extra-financières dans les communications à caractère publicitaire en assurance vie (Rec. ACPR 2022-R-02, 14 déc. 2022)

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution publie une recommandation sur la promotion de caractéristiques extra-financières dans les communications à caractère publicitaire en assurance vie, qui complète les bonnes pratiques énoncées par la Recommandation du 6 décembre 2019 sur les communications à caractère publicitaire des contrats d'assurance vie.

34. ACPR : position sur l'autorisation et le suivi prudentiel des *holdings* financières (Position 2022-P-02, 12 janv. 2023)

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution publie une position clarifiant les différentes obligations applicables aux compagnies *holdings* financières, aux compagnies financières *holdings* mixtes, aux entreprises mères de société de financement et aux compagnies *holding* d'investissement.

PENAL DES AFFAIRES

—

35. Confiscation pénale : bien constituant pour partie le produit d'une infraction (Crim., 7 déc. 2022)

Il résulte de l'article 131-21, alinéa 3, du code pénal qu'un bien qui constitue pour partie le produit de l'infraction peut faire l'objet d'une mesure de confiscation, totale ou partielle selon le choix opéré par les juges du fond, si ledit produit a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition du bien en cause.

Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour ordonner la confiscation d'un immeuble dont le prévenu est propriétaire, retient que ce bien constitue, pour partie, le produit de l'infraction, en ce qu'il a bénéficié de travaux d'amélioration financés par le produit de l'escroquerie dont l'intéressé a été déclaré coupable, en sorte que le bien était confiscable dans sa totalité en application du texte précité, et apprécie le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé et à sa vie familiale par la mesure de confiscation de ce bien.

36. Confiscation pénale : droits concurrents sur un immeuble grevé d'une clause d'accroissement (Crim., 7 déc. 2022)

Les droits concurrents sur un immeuble grevé d'une clause de tontine, dont est titulaire la personne mise en cause, constituent un bien dont la confiscation est prévue par l'article 131-21 du code pénal. La saisie de ce bien, qui n'en suspend ni l'usage, ni le droit d'en percevoir les fruits, s'étend nécessairement à la totalité de l'immeuble en application de l'article 706-151, alinéa 2, du code de procédure pénale.

La confiscation encourue des droits concurrents du condamné ne porte pas atteinte aux droits du coacquéreur du bien grevé de la clause de tontine, dès lors que ce dernier demeure titulaire de ses propres droits, la condition de survie continuant à devoir être appréciée en la personne des coacquéreurs. Le bien est en revanche confiscable dans sa totalité dans le cas où il est à la libre disposition du condamné, le coacquéreur n'étant pas de bonne foi.

37. PNF : nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP (Lignes directrices CJIP, 16 janv. 2023)

Le parquet national financier (PNF) publie une nouvelle version des lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), mettant à jour celles publiées conjointement avec l'Agence française anticorruption (AFA) le 26 juin 2019.

FISCAL

38. Location immobilière de courte durée : le droit de l'Union ne s'oppose ni à l'obligation de collecte d'information ni à la retenue d'impôt par un régime fiscal national (CJUE, 22 déc. 2022)

L'article 56 TFUE doit être interprété en ce sens que :

- premièrement, il ne s'oppose pas à une législation d'un État membre imposant aux prestataires de services d'intermédiation immobilière, indépendamment de leur lieu d'établissement et de la manière dont ils s'entremettent, s'agissant de locations d'une durée maximale de 30 jours portant sur des biens immeubles sis sur le territoire de cet État membre, de recueillir puis de communiquer à l'administration fiscale nationale les données relatives aux contrats de location conclus à la suite de leur intermédiation, et, si ces prestataires ont encaissé les loyers ou les contreparties correspondants ou bien sont intervenus dans leur perception, de prélever à la source le montant de l'impôt dû sur les sommes versées par les preneurs aux bailleurs et de le verser au Trésor public dudit État membre ;
- deuxièmement, il s'oppose à une législation d'un État membre imposant aux prestataires de services d'intermédiation immobilière, s'agissant de locations d'une durée maximale de 30 jours portant sur des biens immeubles sis sur le territoire de cet État membre, lorsque ces prestataires ont encaissé les loyers ou les contreparties correspondants ou bien sont intervenus dans leur perception et qu'ils résident ou sont établis sur le territoire d'un autre État membre que celui d'imposition, de désigner un représentant fiscal résidant ou établi sur le territoire de l'État membre d'imposition.

L'article 267 TFUE doit être interprété en ce sens que, en présence d'une question d'interprétation du droit de l'Union soulevée par l'une des parties au principal, la détermination et la formulation des questions à soumettre à la Cour n'appartiennent qu'à la juridiction nationale et ces parties ne sauraient en imposer ou en changer la teneur.

39. En matière de contributions indirectes, si le tribunal peut modérer le montant des amendes et pénalités encourues, eu égard à l'ampleur et à la gravité de l'infraction commise, ainsi qu'à la personnalité de son auteur, il ne saurait en dispenser totalement ce dernier (Crim., 5 janv. 2023)

Il se déduit de l'article 1800 du code général des impôts qu'en matière de contributions indirectes, le tribunal, s'il peut modérer le montant des amendes et pénalités encourues, eu égard à l'ampleur et à la gravité de l'infraction commise, ainsi qu'à la personnalité de son auteur, ne saurait en dispenser totalement ce dernier.

Encourt la cassation la cour d'appel qui ne prononce à l'encontre des prévenus, reconnus coupables d'infractions à la législation sur les contributions indirectes, que des amendes douanières alors qu'elle ne pouvait dispenser ceux-ci de toute pénalité proportionnelle, fût-elle d'un montant symbolique.

40. Imposition des rémunérations perçues par les associés des sociétés d'exercice libéral au titre de l'exercice d'une activité libérale au sein de ces sociétés dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux à compter de l'imposition des revenus de l'année 2023 (Bofip, 5 janv. 2023)

Le Bulletin officiel des Finances publiques - Impôts, dans sa version publiée le 15 décembre 2022, dispose qu'à compter de l'imposition des revenus de l'année 2023, les rémunérations perçues par les associés d'une société d'exercice libérale (SEL) au titre de l'exercice de leur activité libérale dans cette société sont en principe imposées dans la catégorie des bénéficiaires non commerciaux (BNC), conformément au 1 de l'article 92 du code général des impôts (CGI), sauf à démontrer que cette activité est exercée dans des conditions traduisant l'existence, à l'égard de la société, d'un lien de subordination caractérisant une activité salariée. Lorsqu'il est établi qu'un lien de subordination existe entre l'associé et la SEL au titre de l'exercice de cette activité, ces rémunérations sont, par exception, imposées dans la catégorie des traitements et salaires.

Pour les gérants majoritaires de sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) et les associés gérants de sociétés d'exercice libéral en commandite par actions (SELCA), ces règles s'appliquent lorsque ces mêmes rémunérations, tirées de l'exercice de leur activité libérale, peuvent être distinguées de celles qu'ils perçoivent au titre de leurs fonctions de gérance. À défaut, les rémunérations tirées de l'exercice de leur activité libérale dans la SEL sont, comme celles perçues au titre de leurs fonctions de gérance, imposées dans les conditions prévues à l'article 62 du CGI.

Corrélativement, à compter de l'imposition des revenus de l'année 2023, les associés de SEL ne peuvent plus se prévaloir de l'interprétation doctrinale exprimée au I-C-3 § 110 du BOI-BNC-DECLA-10-10-20220511 ou au VIII-B-2 § 510 du BOI-RSA-GER-10-30-20120912, dans leur version en vigueur antérieurement à la publication du 15 décembre 2022, pour justifier l'imposition des rémunérations qu'ils perçoivent à raison de l'exercice de leur activité libérale dans ces sociétés dans la catégorie des traitements et salaires ou, pour ce qui concerne les gérants majoritaires de SELARL et les associés gérants de SELCA, dans les conditions prévues à l'article 62 du CGI.

Consécutivement à cette publication du 15 décembre 2022, il est apparu que certains contribuables n'étaient pas en mesure de mettre en œuvre ce régime d'imposition en BNC dès le 1er janvier 2023.

En conséquence, il est admis que les associés de SEL déclarant, sur la base des commentaires doctrinaux précités dans leur version antérieure à la publication du 15 décembre 2022, les rémunérations perçues au titre de l'exercice de leur activité libérale dans ces sociétés dans la catégorie des traitements et salaires ou, pour ce qui concerne les associés gérants majoritaires de SELARL et les associés gérants de SELCA, dans les conditions prévues à l'article 62 du CGI, puissent continuer, à raison de ces rémunérations, d'être imposés selon ces mêmes modalités jusqu'au 31 décembre 2023, lorsque ces contribuables ne sont pas en mesure de se conformer, dès le 1er janvier 2023, au régime d'imposition en BNC.

41. Articulation des mécanismes d'imputation des déficits en cas d'absorption de la société mère intégrante (CE, 9 déc. 2022)

Aux termes du troisième alinéa du I de l'article 209 du code général des impôts : « (...) en cas de déficit subi pendant un exercice, ce déficit est considéré comme une charge de l'exercice suivant et déduit du bénéfice réalisé pendant ledit exercice dans la limite d'un montant de 1 000 000 € majoré de 50 % du montant correspondant au bénéfice imposable dudit exercice excédant ce premier montant. (...) ».

Aux termes du II du même article : « En cas de fusion ou opération assimilée placée sous le régime de l'article 210 A, les déficits antérieurs et la fraction d'intérêts mentionnée au sixième alinéa du 1 du II de

l'article 212 non encore déduits par la société absorbée ou apporteuse sont transférés, sous réserve d'un agrément délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies, à la ou aux sociétés bénéficiaires des apports, et imputables sur ses ou leurs bénéfices ultérieurs dans les conditions prévues respectivement au troisième alinéa du I et au sixième alinéa du 1 du II de l'article 212. (...) ».

Aux termes de l'article 223 I du même code, dans sa rédaction applicable au litige : « 1. a) Les déficits subis par une société du groupe au titre d'exercices antérieurs à son entrée dans le groupe ne sont imputables que sur son bénéfice, dans les limites et conditions prévues au troisième alinéa du I de l'article 209 ; / (...) / 5. Dans les situations visées aux c (...) du 6 de l'article 223 L, et sous réserve, le cas échéant, de l'obtention de l'agrément prévu au 6, la fraction du déficit qui n'a pu être reportée au titre d'un exercice dans les conditions prévues à l'article 223 S peut, dans la mesure où ce déficit correspond à celui de la société mère absorbée ou à celui des sociétés membres du groupe ayant cessé et qui font partie du nouveau groupe, s'imputer sur les résultats, déterminés selon les modalités prévues au 4 et par dérogation au a du 1, des sociétés mentionnées ci-dessus. Cette fraction de déficit s'impute dans les limites et conditions prévues au troisième alinéa du I de l'article 209. / (...) / 6. Dans les situations visées aux c (...) du 6 de l'article 223 L, les déficits de la société absorbée (...), déterminés dans les conditions prévues à l'article 223 S (...) sont transférés au profit de la ou des sociétés bénéficiaires des apports sous réserve d'un agrément délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies. (...) ».

Aux termes de l'article 223 S du code général des impôts, dans sa rédaction alors applicable : « (...) Si le régime prévu à l'article 223 A cesse de s'appliquer à toutes les sociétés du groupe, la société mère doit comprendre dans son résultat imposable de l'exercice au cours duquel ce régime n'est plus applicable les sommes qui doivent être rapportées au résultat (...) d'ensemble en application des dispositions de la présente section en cas de sortie du groupe d'une société. (...) ».

Il en résulte que les déficits reportables constitués par un groupe fiscalement intégré ayant cessé sont imputables sur les bénéfices propres de la société mère de ce groupe en vertu de l'article 223 S du code général des impôts. Lorsque cette société mère est absorbée par une société qui se constitue mère d'un nouveau groupe fiscal intégré avec les sociétés membres de l'ancien groupe, les déficits reportables constitués par l'ancien groupe sont imputables sur les bénéfices propres de la société absorbante en vertu des dispositions du a du 1 de l'article 223 I du même code, sous réserve de l'obtention de l'agrément prévu au 6 du même article. Sous la même réserve, ces déficits peuvent également être imputés sur les bénéfices des sociétés membres du groupe ayant cessé et qui font partie du nouveau groupe, en vertu du 5 du même article 223 I du code général des impôts.

Il en résulte que la société absorbante, qui ne faisait pas partie de l'ancien groupe, ne peut cumuler le bénéfice des mécanismes d'imputation prévus respectivement par les dispositions du 1 et du 5 de l'article 223 I du CGI (bien qu'elle n'ait pas pu éponger la totalité du déficit de l'ancien groupe, la société absorbante ne peut pas procéder à une imputation supplémentaire sur ses bénéfices propres par imputation des déficits de l'ancien groupe).

42. Absence de compensation entre un remboursement de crédit de TVA et une insuffisance de TVA acquittée (CE, 16 déc. 2022)

Aux termes de l'article L. 203 du livre des procédures fiscales : « Lorsqu'un contribuable demande la décharge ou la réduction d'une imposition quelconque, l'administration peut, à tout moment de la procédure et malgré l'expiration des délais de prescription, effectuer ou demander la compensation dans la limite de l'imposition contestée, entre les dégrèvements reconnus justifiés et les insuffisances ou omissions de toute nature constatées dans l'assiette ou le calcul de l'imposition au cours de l'instruction de la demande ».

Il en résulte que la compensation ne peut être mise en œuvre ou demandée par l'administration qu'à l'occasion d'une demande de décharge ou de réduction d'imposition présentée par le contribuable (NDLR : le remboursement d'un crédit de TVA ne constitue ni une décharge ni une réduction d'imposition, il ne rentre pas dans le champ de ces dispositions). Il s'ensuit que, saisie d'une demande de remboursement d'un crédit de TVA au titre du mois de mars 2012, la cour ne pouvait, sans méconnaître le champ d'application de l'article L. 203 du livre des procédures fiscales, faire droit à la demande de compensation présentée sur le fondement de ces dispositions par le ministre qui invoquait une insuffisance des droits de TVA acquittés par cette société au titre de la période litigieuse.

RESTRUCTURATIONS

—

43. Le délai d'un an prévu à l'art. L. 631-5, al. 2, 1°, C. com. court à compter de la mention de la radiation au RCS peu important l'indiction d'une autre date d'effet (Com., 18 janv. 2023)

Le délai d'un an prévu à l'article L. 631-5, alinéa 2, 1°, pour qu'un créancier assigne son débiteur en ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires [dans le cas où le débiteur a cessé son activité professionnelle], ne commence à courir qu'à compter de la date à laquelle la radiation du débiteur est mentionnée sur le registre du commerce et des sociétés.

Ayant constaté, d'un côté, que la radiation du créancier du registre du commerce et des sociétés était intervenue le 5 août 2009, date de sa mention sur le registre, de l'autre, que l'assignation en redressement judiciaire avait été délivrée à l'intéressé le 15 juillet 2020, une cour d'appel en a exactement déduit que l'action du débiteur était recevable, peu important que l'extrait Kbis mentionne une radiation « avec effet » au 11 mars 2019, cette précision étant sans incidence sur le point de départ du délai en cause à l'égard des tiers.

44. L'augmentation du délai de déclaration pour les créanciers ne demeurant pas en France métropolitaine ne concerne pas celui de l'art. R. 622-21, al. 2, C. com. (Com., 18 janv. 2023)

L'augmentation de deux mois du délai de déclaration des créances pour les créanciers qui ne demeurent pas sur le territoire de la France métropolitaine concerne celui fixé en application de l'article L. 622-26 du code de commerce pour déclarer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, courant à compter de la publication de ce jugement, et non celui prévu à l'article R. 622-21, alinéa 2, du même code, ouvert au cocontractant du débiteur pour déclarer au passif la créance résultant de la résiliation d'un contrat en cours, courant à compter de la date de la résiliation de plein droit ou de la date du prononcé de la résiliation.

Cette différence de traitement est justifiée et située dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but poursuivi tenant à la détermination du passif de la procédure, dès lors que l'augmentation du délai est destinée à compenser, pour le créancier qui ne demeure pas sur le territoire de la France métropolitaine, la contrainte liée à l'éloignement qui ne lui permet pas aisément d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure collective du débiteur et de ses effets dans les deux mois qui suivent la publication en France de cette ouverture, et que les conditions procédurales et de fond de la résiliation des contrats en cours garantissent au cocontractant une connaissance immédiate de la résiliation du contrat qui lui permet de réagir dans le délai suffisant d'un mois pour déclarer sa créance.

45. La déclaration de la créance née d'un billet à ordre au passif de la procédure collective de son souscripteur interrompt la prescription à l'égard du donneur d'aval (*Com., 25 janv. 2023, même arrêt qu'au n° 26*)

Selon l'article 2246 du code civil, applicable au donneur d'aval, l'interpellation faite au débiteur principal interrompt le délai de prescription contre la caution. Aux termes de l'article 130, devenu L. 511-21, du code de commerce, auquel renvoie l'article 187, devenu L. 512-4, du même code, le donneur d'aval d'un billet à ordre est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant.

Il en résulte que la déclaration de la créance née d'un billet à ordre au passif de la procédure collective de son souscripteur interrompt la prescription à l'égard du donneur d'aval.

46. Point de départ du délai de trois mois prévu à l'art. L. 622-14, 2°, C. com. lorsque la liquidation judiciaire est ouverte sur résolution du plan (*Com., 18 janv. 2023*)

L'action en résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire, prévue à L. 622-14, 2°, du code de commerce, auquel renvoie l'article L. 641-12, 3°, de ce code, ne peut être introduite avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture.

Lorsque la liquidation judiciaire est ouverte sur résolution du plan, il ne s'agit pas d'une conversion de la procédure de redressement en cours, mais d'une nouvelle procédure collective, de sorte que, dans cette hypothèse, le point de départ du délai de trois mois est la date du jugement prononçant la résolution du plan et ouvrant la liquidation judiciaire.

47. Le jour du jugement de liquidation judiciaire n'est pas inclus dans la computation du délai de prescription de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (*Com., 18 janv. 2023*)

Selon l'article L. 651-2, alinéa 3, du code de commerce, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Aux termes de l'article 2228 du code civil, la prescription se compte par jours, et non par heures. Aux termes de l'article 2229 du même code, elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

Il en résulte que le jour du jugement prononçant la liquidation judiciaire, qui constitue le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ne peut être inclus dans la computation de ce délai, lequel expire trois ans après le jour suivant cette date.

48. Proposition de nouvelle directive sur les procédures d'insolvabilité (*Proposal of new Insolvency directive harmonising certain aspects of insolvency law ; Comm. de presse, 7 déc. 2022*)

Une proposition de directive du Parlement et du Conseil harmonisant certains aspects du droit de l'insolvabilité a été présentée par la Commission européenne, accompagnée d'un communiqué de presse évoquant également d'autres propositions de mesures visant à poursuivre la mise en place de l'union des marchés des capitaux (UMC) de l'Union européenne.

IMMOBILIER – CONSTRUCTION

—

49. Bail commercial : l'impôt foncier mis à la charge du locataire par le bail constitue une charge exorbitante justifiant une diminution de la valeur locative (Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2023)

Selon l'article R. 145-8 du code de commerce, les obligations incombant normalement au bailleur, dont celui-ci se serait déchargé sur le locataire sans contrepartie constituent un facteur de diminution de la valeur locative.

Une cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'impôt foncier mis à la charge de la locataire par le bail constituait une charge exorbitante justifiant une diminution de la valeur locative qu'elle a souverainement estimée.

50. Bail commercial : il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux de statuer sur l'application du dispositif prévu à l'art. L. 145-34, dernier al., C. com. (Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2023, même arrêt que ci-dessus)

Selon l'article L. 145-34, dernier alinéa, du Code de commerce, en cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, la variation de loyer qui en découle ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente. Selon l'article R. 145-23 du même Code, les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé sont portées, quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace. Les autres contestations sont portées devant le tribunal judiciaire qui peut, accessoirement, se prononcer sur les premières.

Le dernier alinéa de l'article L. 145-34 n'instaure, dans les cas qu'il détermine, qu'un étalement de la hausse du loyer qui résulte du dé plafonnement, sans affecter la fixation du loyer à la valeur locative.

Ce dispositif étant distinct de celui de la fixation du loyer, il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux de statuer sur son application.

51. Bail commercial : la notification du mémoire n'interrompt la prescription que lorsque la contestation est portée devant le juge des loyers commerciaux (Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2023, même arrêt qu'au n° 9)

L'énumération des articles 2240, 2241 et 2244 du code civil des causes de droit commun d'interruption du délai de prescription étant limitative, le mémoire préalable, qui ne constitue pas une demande en justice au sens de l'article 2241 du code civil, n'est une cause interruptive de la prescription qu'en vertu de l'article 33, alinéa 1, du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, selon lequel la notification du mémoire institué par l'article R. 145-23 du code de commerce interrompt la prescription.

Selon l'article R. 145-23 du code de commerce, les contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé sont portées, quel que soit le montant du loyer, devant le président du tribunal judiciaire ou le juge qui le remplace, qui statue sur mémoire, et les autres contestations sont portées devant le tribunal judiciaire qui peut, accessoirement, se prononcer sur les demandes susmentionnées.

Il en résulte que le mémoire préalable n'est institué que pour la procédure devant le juge des loyers commerciaux de sorte que sa notification n'interrompt la prescription que lorsque la contestation relative à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé est portée devant ce juge.

52. Bail commercial : le locataire privé de la possibilité de poursuivre son activité jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction subit un préjudice qu'il appartient au juge d'évaluer (Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2023)

Il résulte, d'une part de l'article L. 111-10 du code des procédures civiles d'exécution que si la décision de justice, titre en vertu duquel l'exécution est poursuivie aux risques du créancier, est ultérieurement modifiée, le créancier rétablit le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent, d'autre part des articles L. 145-14 et L. 145-28 du code de commerce que le locataire évincé, qui peut prétendre au paiement d'une indemnité d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement du bail commercial, a droit jusqu'au paiement de cette indemnité, au maintien dans les lieux, aux conditions et clauses du contrat de bail expiré.

Viola ces textes la cour d'appel qui, pour refuser d'indemniser le locataire à bail commercial des gains qu'il aurait obtenus s'il était resté en possession du fonds, retient qu'il a été indemnisé de la perte de son fonds de commerce, intervenue à la date de son expulsion [en exécution d'une décision de référé], alors que la privation de la possibilité de poursuivre, dans les locaux, une activité commerciale jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction, en méconnaissance du droit du locataire au maintien dans les lieux, occasionne à ce dernier un préjudice qu'il appartient au juge d'évaluer.

53. Bail commercial : trouble manifestement illicite découlant de la mise en œuvre d'une garantie à première demande en violation de la L. du 14 nov. 2020 sur la crise sanitaire (Civ. 3^{ème}, 25 janv. 2023)

Cf. brève n° 25.

54. Construction : les relations de sous-traitance entrent dans le champ de l'art. L. 442-6, I, C. com., dans sa rédaction antérieure à la L. du 17 mars 2014 (Com., 11 janv. 2023, même arrêt qu'au n° 64)

Les relations de sous-traitance entrent dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2014-144 du 17 mars 2014.

Ce texte n'édicte aucune règle incompatible avec les dispositions du code de la construction et de l'habitation, il s'applique aux relations entre un constructeur de maison individuelle et ses sous-traitants.

55. Construction : l'art. 2 L. 16 juil. 1971, qui libère la caution solidaire prévue à l'art. 1 un an après la réception, ne distingue pas entre réception amiable, tacite ou judiciaire (Civ. 3^{ème}, 11 janv. 2023)

La retenue de garantie et la caution solidaire qui peut s'y substituer, prévues à l'article 1 de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971, ont pour objet de protéger le maître de l'ouvrage contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution des travaux de levée des réserves à la réception (3^e Civ., 22 septembre 2004, pourvoi n° 03-12.639, Bull. 2004, III, n° 154 (cassation) ; 3^e Civ., 4 février 2016, pourvoi n° 14-29.836, Bull. 2016, III, n° 21 (cassation partielle). Selon l'article 2 de cette loi, à l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception des travaux, faite avec ou sans réserve, la caution est libérée, même en l'absence de mainlevée, si le maître de l'ouvrage ne lui a pas notifié, par lettre recommandée, son opposition motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur.

Il résulte de ce texte, qui ne distingue pas entre réception amiable, tacite ou judiciaire des travaux réalisés, que le délai à l'expiration duquel la caution est libérée ne peut commencer à courir avant la date de la réception.

Une cour d'appel, qui constate que l'opposition à mainlevée a été notifiée à la caution par le maître de l'ouvrage moins d'un an après la date à laquelle a été fixée la réception judiciaire de l'ouvrage, en déduit

exactement que, les conditions d'application de l'engagement de caution au bénéfice du maître de l'ouvrage étant réunies à la date à laquelle elle statue, la demande en paiement est recevable.

56. Servitudes : application de l'art. 701, al. 3, C. civ., nonobstant la modification unilatérale de l'assiette d'une servitude de passage ensuite rétablie (Civ., 3^{ème}, 18 janv. 2023)

La modification, sans accord des propriétaires du fonds dominant et sans autorisation judiciaire, de l'assiette d'une servitude de passage n'interdit pas aux propriétaires du fonds servant d'invoquer les dispositions de l'article 701, alinéa 3, du code civil [prévoyant que, si l'assignation primitive de la servitude est devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujéti, ou si elle l'empêche d'y faire des réparations avantageuses, il peut offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et que celui-ci ne peut pas le refuser], dès lors que l'assiette d'origine du passage a été rétablie.

57. Usucapion : les personnes publiques peuvent acquérir par prescription (Civ. 3^{ème}, 4 janv. 2023)

Selon les articles 712 et 2258 du code civil, la propriété s'acquiert par la prescription qui est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession. Ces textes ne réservent pas aux seules personnes privées le bénéfice de ce mode d'acquisition qui répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire (3^e Civ., 17 juin 2011, pourvoi n° 11-40.014, Bull. 2011, III, n° 106).

Le livre premier de la première partie du code général de la propriété des personnes publiques énumère des modes d'acquisition de la propriété des personnes publiques, sans exclure la possibilité pour celles-ci de l'acquérir par prescription.

Cassation de l'arrêt qui, pour déclarer irrecevable l'action en revendication d'une commune, retient que, même si le code civil ne distingue pas entre les personnes, le code général de la propriété des personnes publiques énumère de manière exhaustive et exclusive les modes d'acquisition des biens immobiliers et mobiliers par les personnes publiques, de sorte que, depuis son entrée en vigueur, la prescription acquisitive, qui n'y est pas mentionnée, ne peut plus être invoquée par une personne publique, alors que les personnes publiques peuvent acquérir par prescription.

CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

–

58. Pratiques anticoncurrentielles : action en dommages et intérêts et production de preuves figurant dans une procédure relative à une infraction aux règles de concurrence (CJUE, 12 janv. 2023)

L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction nationale ordonne la production de preuves aux fins d'une procédure nationale engagée devant cette juridiction et relative à une action en dommages et intérêts portant sur une infraction au droit de la concurrence, bien qu'une procédure concernant cette infraction soit pendante devant la Commission européenne, aux fins de l'adoption d'une décision en application du chapitre III du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16

décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102 TFUE], ayant conduit la juridiction nationale à suspendre la procédure pendante devant elle. Il appartient, toutefois, à la juridiction nationale de s'assurer que la production des preuves sollicitée à ce stade de la procédure, qui doit remplir les conditions énoncées aux articles 5 et 6 de la directive 2014/104, ne dépasse pas ce qui est nécessaire au regard de la demande indemnitaire dont elle est saisie.

L'article 6, paragraphe 5, de la directive 2014/104 doit être interprété en ce sens que la suspension par une autorité nationale de concurrence de la procédure administrative engagée par celle-ci, au motif que la Commission européenne a ouvert une procédure en vertu du chapitre III du règlement n° 1/2003, ne saurait être assimilée à une clôture de cette procédure administrative par cette autorité « en adoptant une décision ou d'une autre manière », au sens de cette disposition.

L'article 5, paragraphe 8, l'article 6, paragraphe 5, sous a), et l'article 6, paragraphe 9, de la directive 2014/104 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui limite temporairement, au titre de l'article 6, paragraphe 5, de cette directive, non seulement la production des informations « préparées » expressément aux fins de la procédure engagée par l'autorité de concurrence, mais également celle de toutes les informations « soumises » à ces fins.

L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2014/104, lu en combinaison avec l'article 6, paragraphe 5, sous a), de celle-ci, doit être interprété en ce sens que ces dispositions ne s'opposent pas à ce qu'une juridiction nationale, en application d'un instrument procédural de droit national, se prononce sur la production de preuves et ordonne de mettre celles-ci sous séquestre, en reportant l'examen de la question de savoir si ces preuves contiennent des « informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence », au sens de cette dernière disposition, au moment où cette juridiction aura accès à ces preuves. Le recours à un tel instrument doit toutefois respecter les exigences découlant du principe de proportionnalité, telles qu'elles sont précisées à l'article 5, paragraphe 3, et à l'article 6, paragraphe 4, de la directive 2014/104.

L'article 6, paragraphe 5, sous a), de la directive 2014/104 doit être interprété en ce sens que lorsqu'une juridiction nationale, en application d'un instrument procédural de droit national, reporte l'examen de la question de savoir si les preuves dont la production est demandée contiennent des « informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence », cette juridiction doit veiller à ce que le demandeur ou d'autres parties à la procédure ainsi que leurs représentants n'aient pas accès à ces preuves, lorsque celles-ci relèvent de la liste blanche, avant qu'elle n'ait complété cette vérification ou, lorsque lesdites preuves relèvent de la liste grise, avant que l'autorité de concurrence compétente n'ait clos sa procédure.

59. Abus de position dominante : imputabilité, au producteur jouissant d'une position dominante, des agissements adoptés par des distributeurs faisant partie de son réseau (CJUE, 19 janv. 2023)

L'article 102 TFUE doit être interprété en ce sens que les agissements adoptés par des distributeurs faisant partie du réseau de distribution des produits ou des services d'un producteur jouissant d'une position dominante peuvent être imputés à ce dernier s'il est établi que ces agissements n'ont pas été adoptés de manière indépendante par lesdits distributeurs, mais qu'ils font partie d'une politique décidée unilatéralement par ce producteur et mise en œuvre par l'intermédiaire desdits distributeurs.

60. Abus de position dominante : capacité des clauses d'exclusivité à restreindre la concurrence et test dit « du concurrent aussi efficace » (CJUE, 19 janv. 2023)

L'article 102 TFUE doit être interprété en ce sens que, en présence de clauses d'exclusivité figurant dans des contrats de distribution, une autorité de concurrence est tenue, pour constater un abus de position dominante, d'établir, au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes et compte tenu, notamment, des analyses économiques produites, le cas échéant, par l'entreprise en position dominante quant à l'absence de capacité des comportements en cause d'évincer du marché les concurrents aussi efficaces qu'elle, que ces clauses ont la capacité de restreindre la concurrence. Le recours à un test dit « du concurrent aussi efficace » présente un caractère facultatif. Toutefois, si les résultats d'un tel test sont présentés par l'entreprise concernée au cours de la procédure administrative, l'autorité de concurrence est tenue d'en examiner la valeur probante.

61. Pratiques restrictives : portée et légalité des modifications apportées au 1° du I de l'art. L. 442-1 C. com. par l'art. 2 ord. 24 avr. 2019 (CE, 21 déc. 2022)

L'article L. 442-1 du code de commerce tel qu'issu de l'article 2 de l'ordonnance du 24 avril 2019 dispose que : « *I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : / 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ; / 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. (...)* ».

En premier lieu, aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce dans sa rédaction applicable jusqu'au 28 mai 2021 : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services (...)* ». Il résulte de ces dispositions que les règles définies à l'article L. 442-6 du code de commerce antérieurement à l'intervention de l'ordonnance du 24 avril 2019 s'appliquaient " à toutes les activités de production, de distribution et de services ».

Par suite, en définissant désormais, au I de l'article L. 442-1 du code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, les auteurs des pratiques restrictives de concurrence prohibées, non plus comme ceux relevant de la catégorie des producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, ainsi qu'il était mentionné antérieurement au I de l'article L. 442-6, mais comme étant ceux « *exerçant des activités de production, de distribution ou de services* », l'auteur de l'ordonnance n'a pas méconnu la portée de l'habilitation donnée par le Parlement.

En deuxième lieu, en se référant, au 1° du I de l'article L. 442-1 du code de commerce, aux faits commis « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat* », l'auteur de l'ordonnance s'est borné à préciser la chronologie des manquements telle qu'elle résultait nécessairement des dispositions antérieures du 1° du I de l'article L. 442-6, qui prohibaient, outre les faits commis dans le cadre de la conclusion d'un contrat, ceux commis dans le cadre de la négociation commerciale, tel le fait de « *tenter d'obtenir* » un avantage pouvant consister en une « *demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients* », et ceux commis de le cadre de l'exécution du contrat, telle « *une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat* ».

En troisième lieu, en substituant à la notion de « *partenaire commercial* » figurant antérieurement au 1° du I de l'article L. 442-6, celle d'« *autre partie* », de façon cohérente avec la confirmation de l'inclusion dans le champ des pratiques restrictives prohibées de celles commises au cours de la négociation commerciale, l'auteur de l'ordonnance n'a pas davantage méconnu la portée de l'habilitation donnée par le Parlement.

En quatrième lieu, l'avantage ne correspondant à aucune « *contrepartie* » au sens du 1° du I de l'article L. 442-1 résultant de l'ordonnance du 24 avril 2019 s'entend de celui obtenu en l'absence de tout service de coopération commerciale ou encore de tout service ou diligence particulière de la part du bénéficiaire de l'avantage permettant l'atteinte d'objectifs commerciaux. Par suite, la substitution de la notion de « *contrepartie* » à celle de « *service commercial* » figurant auparavant au 1° du I de l'article L. 442-6 n'a ni pour objet ni pour effet de modifier le champ de la pratique restrictive de concurrence prohibée. Elle ne saurait ainsi permettre, contrairement à ce que soutient la société, de caractériser un manquement du seul fait d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à la différence de la pratique mentionnée antérieurement au 2° du I de l'article L. 442-6 du code de commerce et désormais reprise au 2° du I de l'article L. 442-1, qui exige en outre l'existence d'un rapport de soumission entre les parties.

Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la fin de non-recevoir soulevée par le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, que la société [à laquelle l'Institut de liaisons des entreprises de consommation fait grief d'imposer à ses fournisseurs des pratiques commerciales et des clauses contractuelles illégales] n'est pas fondée à soutenir que le 1° du I de l'article L. 442-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'article 2 de l'ordonnance du 24 avril 2019, serait entaché d'illégalité.

62. ADLC : modification du règlement intérieur (Décision 21 déc. 2022)

Une décision portant modification du règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence est parue au Journal officiel.

63. Agent commercial établi et exerçant son activité en dehors du territoire de l'Union européenne dans le cadre d'un contrat soumis à la loi française (Com., 11 janv. 2023)

Relevant que doit être qualifié d'agent commercial, au sens de l'article L. 134-1 du code de commerce, le mandataire, personne physique ou morale qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux, quoiqu'il ne dispose pas du pouvoir de modifier les prix de ces produits ou services, une cour d'appel a exactement retenu que, pour qualifier les contrats conclus entre la société A et la société B, qui avaient entendu soumettre ceux-ci à la loi française en application de l'article 5 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, il devait être fait application de l'article L. 134-1 du code de commerce, ainsi interprété, quand bien même l'agent commercial était établi et exerçait son activité en dehors du territoire de l'Union européenne.

Par ailleurs, la sécurité juridique ne consacre pas un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit. Il en découle que lorsque les parties choisissent la loi française comme loi applicable à leur contrat en application de la convention précitée, elles ne peuvent se prévaloir, en cas de litige postérieur, de la loi telle qu'interprétée à la date de conclusion du contrat.

64. Pratiques restrictives : l'art. L. 442-6, I, 1°, C. com. (réd. ant. ord. 24 avr. 2019) s'applique quelle que soit la nature de l'avantage obtenu (Com., 11 janv. 2023, même arrêt qu'au n° 54)

Selon le 1° de l'article L. 442-6, I du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 résultant de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou

personne immatriculée au répertoire des métiers, d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

Cassation de l'arrêt qui, pour rejeter les demandes du ministre chargé de l'économie, retient que lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, son contrôle judiciaire ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et en déduit que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du même code ne s'appliquent pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial, alors que l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, quelle que soit la nature de cet avantage.

65. CEPC : avis sur la conformité d'une clause d'un contrat de distribution sélective à l'art. L. 442-6 C. com. dans un contexte international (Avis n° 22-6, 30 déc. 2022)

La Commission d'examen des pratiques commerciales a rendu un avis aux termes duquel la pratique consistant pour un fournisseur à insérer dans un contrat de distribution sélective une clause intitulée « Prix conseillés » mais dont l'objet est d'imposer aux distributeurs de ne pas mettre en vente, sur leur site internet, les produits contractuels à un prix inférieur au prix conseillé par ce dernier, n'est pas conforme au droit de la concurrence. L'avis ajoute que cette pratique est en effet contraire à l'article L. 442-6 du code de commerce et susceptible de s'analyser comme une pratique anticoncurrentielle non éligible à l'exemption, et que, dans le contexte international du commerce en ligne, l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce à un contrat de distribution sélective soumis à la loi française n'est pas écartée du seul fait que l'acheteur final peut être situé en dehors du territoire national et, a fortiori, du territoire européen.

66. CEPC : avis sur l'applicabilité de l'art. L. 441-3 C. com. à l'achat, par un distributeur, de produits en vue de leurs location (Avis n° 22-5, 30 déc. 2022)

La Commission d'examen des pratiques commerciales a rendu un avis aux termes duquel une entreprise de distribution, qui est soumise au formalisme prescrit par l'article L. 441-3 du code de commerce pour les achats effectués en vue de la revente et qui développe à titre accessoire une activité de location, n'est pas tenue d'établir avec ses fournisseurs une convention écrite conformément à cette disposition lorsque les produits sont destinés, de façon exclusive, à la location, ce qui nécessite qu'ils soient distincts de ceux destinés à la revente et clairement identifiés comme tels.

67. Modalités de publicité des mesures prises en application du livre IV du C. com. et du livre V du C. consom. (Décret n°2022-1701, 29 déc. 2022)

Un décret définissant les modalités de publicité des mesures prises en application du livre IV du code de commerce et du livre V du code de la consommation est paru au Journal officiel.

AGROALIMENTAIRE

—

68. SAFER : l'art. R. 143-6 CRPM n'impose pas que la notification de la préemption soit postérieure à celle faite à la personne chargée de dresser l'acte d'aliénation (Civ. 3^{ème}, 18 janv. 2023)

L'article R. 143-6 du code rural et de la pêche maritime, qui fixe le délai maximal dans lequel la décision de préemption de la société d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) doit être notifiée à l'acquéreur évincé, n'impose pas que cette notification soit effectuée postérieurement à celle faite à la personne chargée de dresser l'acte d'aliénation.

69. SAFER : délégation du droit de préempter (Civ. 3^{ème}, 18 janv. 2023, même arrêt que ci-dessus)

Selon l'article L. 143-7, alinéa 2, du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014, dans les zones où se justifie l'octroi d'un droit de préemption et sur demande de la société d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) intéressée, un décret autorise l'exercice de ce droit et en fixe la durée. Selon l'article R. 143-6 du même code, la décision de préemption est signée par le président de son conseil d'administration ou par toute personne régulièrement habilitée à cet effet. Selon l'article L. 225-56, II, du code de commerce, en accord avec le directeur général, le conseil d'administration d'une société anonyme détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués. Aux termes de l'article 2003 du code civil, le mandat finit par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat, ou par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

Il résulte de ces textes que le conseil d'administration d'une SAFER, constituée en société anonyme, peut déléguer pour une durée indéterminée, s'achevant de l'une des manières prévues pour le mandat, le droit de préempter que cette société a été autorisée à exercer par décret. Cette délégation ne prend pas fin au terme de la durée de l'autorisation de la SAFER à préempter, dès lors que celle-ci a été renouvelée.

IT – IP – DATA PROTECTION

—

70. Données personnelles : informations sur les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été ou seront communiquées (CJUE, 12 janv. 2023)

L'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), doit être interprété en ce sens que le droit d'accès de la personne concernée aux données à caractère personnel la concernant, prévu par cette disposition, implique, lorsque ces données ont été ou seront communiquées à des destinataires, l'obligation pour le responsable du traitement de fournir à cette personne l'identité même de ces destinataires, à moins qu'il ne soit impossible d'identifier ces destinataires ou que ledit responsable du traitement ne démontre que les demandes d'accès de la personne concernée sont manifestement infondées ou excessives, au sens de l'article 12, paragraphe 5, du règlement 2016/679, auxquels cas celui-ci peut indiquer à cette personne uniquement les catégories de destinataires en cause.

71. Marque de l'UE : place de marché en ligne contenant des annonces de vendeurs tiers faisant usage d'un signe identique à la marque d'autrui pour des produits identiques (CJUE, 22 déc. 2022)

L'article 9, paragraphe 2, sous a), du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'un site Internet de vente en ligne intégrant, outre les propres offres à la vente de celui-ci, une place de marché en ligne est susceptible d'être considéré comme faisant lui-même usage d'un signe identique à une marque de l'Union européenne d'autrui pour des produits identiques à ceux pour lesquels cette marque est enregistrée, lorsque des vendeurs tiers proposent à la vente, sur cette place de marché, sans le consentement du titulaire de ladite marque, de tels produits revêtus de ce signe, si un utilisateur normalement informé et raisonnablement attentif de ce site établit un lien entre les services de cet exploitant et le signe en question, ce qui est notamment le cas lorsque, compte tenu de l'ensemble des éléments caractérisant la situation en cause, un tel utilisateur pourrait avoir l'impression que c'est ledit exploitant qui commercialise lui-même, en son nom et pour son propre compte, les produits revêtus dudit signe.

Sont pertinents à cet égard les faits que cet exploitant recourt à un mode de présentation uniforme des offres publiées sur son site Internet, affichant en même temps les annonces relatives aux produits qu'il vend en son nom et pour son propre compte et celles relatives à des produits proposés par des vendeurs tiers sur ladite place de marché, qu'il fait apparaître son propre logo de distributeur renommé sur l'ensemble de ces annonces et qu'il offre aux vendeurs tiers, dans le cadre de la commercialisation des produits revêtus du signe en cause, des services complémentaires consistant notamment dans le stockage et l'expédition de ces produits.

72. Parution de la directive SRI 2 (Dir. n°2022/2555, 14 déc. 2022)

Une directive (UE) 2022/2555 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de cybersécurité dans l'ensemble de l'Union, modifiant le règlement (UE) n° 910/2014 et la directive (UE) 2018/1972, et abrogeant la directive (UE) 2016/1148 (directive SRI 2), est parue au Journal officiel de l'Union européenne.

SOCIAL

—

73. Convention de forfait et nécessité de caractériser l'autonomie du salarié et les raisons le conduisant à ne pas suivre l'horaire collectif de travail (Soc., 25 janv. 2023)

Aux termes de l'article L. 3121-43 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L. 3221-39 : 1°) Les cadres qui disposent d'une autonomie dans leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; 2°) Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

Prive sa décision de base légale une cour d'appel qui, pour débouter la salariée de sa demande de rappel de salaires, à compter du 1^{er} septembre 2013, retient qu'elle exerçait ses fonctions, à compter de cette date, dans le cadre d'une convention de forfait annuel en jours dès lors que, compte tenu de la taille du

cabinet et de la présence en son sein d'une assistante vétérinaire ou d'une autre vétérinaire, le fonctionnement du cabinet ne nécessitait pas son intégration dans un horaire collectif de travail, qu'elle ne relevait ainsi pas du statut de cadre intégré, que disposant d'une réelle autonomie dans l'organisation de son travail rendant impossible son intégration dans des horaires prédéterminés et fixes, elle avait le statut de cadre autonome, en se déterminant ainsi par des motifs impropres à caractériser l'autonomie de la salariée dans l'organisation de son emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui lui étaient confiées et les raisons la conduisant à ne pas suivre l'horaire collectif de travail.

74. Les dispositions de l'art. L. 1235-4 C. trav. sont applicables en cas de nullité du licenciement en raison de l'exercice normal du droit de grève (Soc., 18 janv. 2023)

Il résulte des articles L. 1235-4, dans sa version issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, L. 1132-4 et L. 1132-2 du code du travail que les dispositions de l'article L. 1235-4 selon lesquelles le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé, sont applicables en cas de nullité du licenciement en raison de l'exercice normal du droit de grève.

75. Travail temporaire : pas de QPC sur les dispositions combinées des art. L. 1251-58-4, L. 1251-5 et L. 1251-40 C. trav. (Soc., 25 janv. 2023)

La Cour de cassation était saisie d'une demande de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « *les dispositions combinées des articles L 1251-58-4, L 1251-5 et L 1251-40 du code du travail en autorisant le juge à anéantir les effets d'un contrat de travail à durée indéterminée intérimaire légalement convenu entre deux parties et en substituant de force un tiers à la relation contractuelle pour y substituer un nouveau contrat de travail à durée indéterminée, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus précisément à la liberté contractuelle et droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues ?* ».

Elle considère d'une part, que la question posée, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle, d'autre part, qu'elle ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les dispositions législatives critiquées sont justifiées par un motif d'intérêt général de lutte contre la précarité pouvant résulter du recours abusif à l'emploi du travail temporaire, de sorte qu'elles ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et au droit au maintien des conventions légalement conclues, et qu'il n'y a donc pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

76. La victime d'une faute inexcusable de l'employeur peut obtenir une réparation au titre des souffrances physiques et morales, distincte de la rente (A. Plén., 20 janv. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2, Comm. C. cass.)

Selon les articles L. 434-1 et L. 434-2 du code de la sécurité sociale, la rente versée à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle atteinte d'une incapacité permanente égale ou supérieure au taux de 10 % prévu à l'article R. 434-1 du même code est égale au salaire annuel multiplié par le taux d'incapacité qui peut être réduit ou augmenté en fonction de la gravité de celle-ci.

Selon l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, indépendamment de la majoration de la rente qu'elle reçoit en vertu de l'article L. 452-2 du même code, la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales

par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle.

La Cour de cassation juge depuis 2009 que la rente versée à la victime d'un accident du travail indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent (Crim., 19 mai 2009, pourvois n° 08-86.050 et 08-86.485, Bull. crim. 2009, n° 97 ; 2e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-17.581, Bull. 2009, II, n° 155 ; pourvoi n° 07-21.768, Bull. 2009, II, n° 153 ; pourvoi n° 08-16.089, Bull. 2009, II, n° 154).

Elle n'admet que la victime percevant une rente d'accident du travail puisse obtenir une réparation distincte des souffrances physiques et morales qu'à la condition qu'il soit démontré que celles-ci n'ont pas été indemnisées au titre du déficit fonctionnel permanent (2e Civ., 28 février 2013, pourvoi n° 11-21.015, Bull. 2013, II, n° 48).

Si cette jurisprudence est justifiée par le souhait d'éviter des situations de double indemnisation du préjudice, elle est de nature néanmoins, ainsi qu'une partie de la doctrine a pu le relever, à se concilier imparfaitement avec le caractère forfaitaire de la rente au regard du mode de calcul de celle-ci, tenant compte du salaire de référence et reposant sur le taux d'incapacité permanente défini à l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale.

Par ailleurs, il ressort des décisions des juges du fond que les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles éprouvent parfois des difficultés à administrer la preuve de ce que la rente n'indemnise pas le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent.

Enfin, le Conseil d'Etat juge de façon constante qu'eu égard à sa finalité de réparation d'une incapacité permanente de travail, qui lui est assignée à l'article L. 431-1 du code de la sécurité sociale, et à son mode de calcul, appliquant au salaire de référence de la victime le taux d'incapacité permanente défini à l'article L. 434-2 du même code, la rente d'accident du travail doit être regardée comme ayant pour objet exclusif de réparer, sur une base forfaitaire, les préjudices subis par la victime dans sa vie professionnelle en conséquence de l'accident, c'est-à-dire ses pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité, et que dès lors le recours exercé par une caisse de sécurité sociale au titre d'une telle rente ne saurait s'exercer que sur ces deux postes de préjudice et non sur un poste de préjudice personnel (CE, section, avis, 8 mars 2013, n° 361273, publié au Recueil Lebon ; CE, 23 décembre 2015, n° 374628 ; CE, 18 octobre 2017, n° 404065).

L'ensemble de ces considérations conduit la Cour à juger désormais que la rente ne répare pas le déficit fonctionnel permanent. (Arrêts 1 et 2)

77. Harcèlement sexuel : la non-comparution de l'employeur ne dispense pas la cour d'appel d'examiner la pertinence des motifs du jugement ayant exclu le manquement à l'obligation de prévention (Soc., 18 janv. 2023)

Il résulte de l'article 472 du code de procédure civile qu'en appel, si l'intimé ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond, mais le juge ne fait droit aux prétentions et moyens de l'appelant que dans la mesure où il les estime réguliers, recevables et bien fondés. Aux termes de l'article 954, dernier alinéa, du même code, la partie qui ne conclut pas ou qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs.

Ainsi, s'il appartient à l'employeur de justifier du respect de son obligation de prévention du harcèlement sexuel, son absence de comparution devant la cour d'appel ne dispense pas cette juridiction d'examiner la pertinence des motifs par lesquels le premier juge s'est déterminé pour juger que l'employeur avait satisfait à son obligation de prévention.

78. Loi portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi
(Loi n°2022-1598, 21 déc. 2022)

La loi portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi est parue au Journal officiel.

79. Loi visant à lutter contre la fraude au compte personnel de formation et à interdire le démarchage de ses titulaires (Loi n°2022-1587, 19 déc. 2022)

La loi visant à lutter contre la fraude au compte personnel de formation et à interdire le démarchage de ses titulaires est parue au Journal officiel.

80. Décret portant application des dispositions relatives à l'épargne salariale de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 (Décret n°2022-1651, 26 déc. 2022)

Un décret portant application des dispositions relatives à l'épargne salariale de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, est paru au journal officiel.



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.