



## **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 restitution en valeur d'une prestation accomplie sur le fondement d'un contrat résolu doit inclure la TVA à laquelle cette prestation est assujettie
2. Est une faute lourde la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'incapacité du transporteur à l'accomplissement de sa mission contractuelle
3. La responsabilité du commissionnaire de transport du fait de ses substitués a pour limite la responsabilité de ces derniers
4. Il n'y a pas lieu à retrait litigieux lorsque la cession a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui était dû
5. Vente : points de départ des délais d'action en garantie des vices cachés en l'état de ventes successives portant sur des biens utilisés pour la réalisation d'un ouvrage
6. Vente : la réparation du vice caché par un tiers ne fait pas disparaître l'action estimatoire

### FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

6

7. Cession de droits sociaux : l'absence de faute intentionnelle commise par le cédant-dirigeant pour tromper le cessionnaire n'exclut pas nécessairement une faute de gestion
8. AMF : conditions requises pour l'obtention d'un sursis à l'exécution d'une décision de la commission des sanctions en l'état d'un recours devant le juge judiciaire

### BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

6

9. Prêt d'argent : l'erreur affectant la mention du TEG dans l'écrit constatant un contrat de crédit n'est sanctionnée que lorsqu'elle vient au détriment de l'emprunteur
10. Un décret sur la vérification de l'identité de la clientèle pour certains produits et services à faible risque LCB-FT
11. Assurances : l'art. R. 112-1 C. ass., relatif aux indications que la police doit contenir quant à la prescription, n'impose pas de mentionner le contenu de l'art. 2243 C. civ.
12. Assurances : le suicide n'est pas, sauf stipulation contraire, couvert par les contrats garantissant les accidents corporels
13. Assurances : pratique commerciale déloyale découlant de la rédaction, par l'assureur, d'un contrat collectif type d'assurance-vie proposé par un autre assureur
14. Un avis du CCSF sur les assurances affinitaires
15. Parution du décret relatif à la publicité du gage VTM prévu à l'art. 2338, al. 2, C. civ.

### PENAL DES AFFAIRES

8

16. Le principe de légalité des délits et des peines s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition
17. Mandat d'arrêt européen : émission de plusieurs mandats successifs contre une personne recherchée
18. Confiscation pénale : diligences requises du juge qui décide de confisquer un bien
19. Confiscation pénale : la cour d'appel n'a pas le pouvoir d'autoriser l'aliénation des biens saisis au cours de l'enquête ou de l'information judiciaire
20. Le délit de banqueroute peut être constitué par l'omission, manifestement délibérée, de s'acquitter des cotisations sociales dues

### FISCAL

10

21. Modalités de notification de l'avis de vérification de comptabilité
22. Visites et saisies : l'article L. 16 B LPF n'exige que de simples présomptions
23. Champ d'application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales : l'application de l'article L.16 B du LPF à un établissement stable situé en France n'entraîne pas la violation des principes de liberté d'établissement et de non-discrimination des sociétés au sein de l'Union européenne
24. La décision d'engager l'action prévue à l'art. L. 267 LPF, qui est prise par le responsable départemental des finances publiques, quand bien même seul le comptable public peut exercer l'action, ne constitue pas une décision soumise au respect d'une procédure contradictoire préalable au sens de l'art. L. 121-1 CRPA
25. Mise à jour de la liste des Etats et territoires non coopératifs
26. Exonération au titre de la cession d'un logement situé en France par des non-résidents
27. Impôt sur la fortune immobilière et plan d'épargne retraite

### RESTRUCTURATIONS

13

28. Refus d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale ayant condamné un débiteur postérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire de ce dernier
29. Portée de la présomption découlant de la déclaration de créance faite par le débiteur à son mandataire judiciaire
30. Invocation du caractère abusif d'une ou plusieurs clauses d'un contrat de prêt dans le cadre de la saisie immobilière faisant suite à l'admission de la créance
31. Liquidation judiciaire : le débiteur dessaisi n'est pas recevable à agir en responsabilité contre l'avocat qu'il a chargé de recours contre les décisions de résolution du plan et de liquidation
32. Liquidation judiciaire : la vente de gré à gré d'un actif immobilier ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préférence par le locataire commercial
33. Le prononcé de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer peut être postérieur à la clôture de la procédure collective
34. L'énumération des fautes susceptibles d'être sanctionnées par une interdiction de gérer est limitative
35. Le délit de banqueroute peut être constitué par l'omission, manifestement délibérée, de s'acquitter des cotisations sociales dues

### IMMOBILIER – CONSTRUCTION

16

36. Bail commercial : l'art. L. 145-15 C. com. n'est pas applicable à la demande en requalification d'un contrat de location-gérance en bail commercial
37. Bail commercial : la vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préférence par le locataire
38. Bail commercial : cession du bail sur le fondement de l'art. L. 145-51 C. com. et dé plafonnement du loyer lors du renouvellement
39. Bail commercial : la « propriété commerciale » du preneur protégée par l'art. 1 du 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la CESDH s'entend du droit au renouvellement
40. Cession de bail et charge de la preuve de l'imputabilité des dégradations
41. Une ordonnance sur le bail réel solidaire d'activité
42. Construction : points de départ des délais d'action en garantie des vices cachés en l'état de ventes successives portant sur des biens utilisés pour la réalisation d'un ouvrage

## CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

17

43. ADLC : décisions des personnes publiques ou privées chargées d'un service public
44. ADLC : la seconde phrase du 1<sup>er</sup> al. du § I de l'art. L. 464-2 C. com. (réd. ord. du 9 mars 2017) est conforme à la Constitution
45. L'art. L. 145-15 C. com. n'est pas applicable à la demande en requalification d'un contrat de location-gérance en bail commercial
46. Pratiques commerciales déloyales : droit national permettant au consommateur de demander l'annulation du contrat
47. Invocation du caractère abusif d'une ou plusieurs clauses d'un contrat de prêt dans le cadre de la saisie immobilière faisant suite à l'admission d'une créance
48. Contrat hors établissement : le professionnel assume la charge de la preuve de l'accomplissement des obligations légales d'informations qui lui incombent
49. Droit du voyageur à une réduction de prix en l'état d'une non-conformité due aux restrictions destinées à lutter contre la crise sanitaire

## AGROALIMENTAIRE

20

50. PAC : la décision portant réduction des paiements directs prise en cas de refus d'un contrôle au sens de l'art. D. 615-59 CRPM ne revêt pas un caractère punitif

## IT – IP – DATA PROTECTION

20

51. Le seul fait que le texte d'une chanson soit séparé de la musique ne porte pas nécessairement atteinte au droit moral de l'auteur
52. Brevet : exclusivité de la procédure spéciale de placement provisoire
53. CNIL : bilan de l'action répressive sur 2022
54. CNIL : bilan de la procédure de sanction simplifiée sur 2022
55. CNIL : guide et fiches pratiques à l'attention des recruteurs

## SOCIAL

21

56. Licenciement économique : évolution significative de la dégradation de l'excédent brut d'exploitation
57. Licenciement économique : prescription de l'action fondée sur le non-respect par l'employeur de la priorité de réembauche
58. Décompte de la durée du travail de salariés dont le travail est organisé selon un horaire collectif et sanction administrative
59. Requalification d'un CDD en CDI et conservation par le salarié des sommes destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait du CDD
60. Inaptitude : l'employeur ne peut prononcer un licenciement pour un motif autre que l'inaptitude, même s'il a engagé antérieurement une procédure de licenciement pour une autre cause
61. Inaptitude : l'avis médical mentionnant que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dispense l'employeur de la procédure reclassement
62. CSE : respect du principe de participation dans la détermination des critères permettant la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts
63. Lanceur d'alerte : le salarié qui relate ou témoigne de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime n'a pas à observer la procédure graduée prévue à l'art. 8 L. 9 déc. 2016
64. Lanceur d'alerte : la mauvaise foi salarié qui relate ou témoigne de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime ne peut résulter que de la connaissance de la fausseté des faits
65. Lanceur d'alerte : office du juge des référés et charge de la preuve de la justification du licenciement
66. L'absence d'élément fourni par le salarié sur le préjudice résultant du harcèlement moral invoqué ne dispense pas le juge de se prononcer sur l'existence de celui-ci
67. VRP : seul le représentant engagé à titre exclusif par un seul employeur a droit à une ressource minimale forfaitaire
68. Amiante : un salarié exposé à l'amiante peut demander réparation de son préjudice d'anxiété à l'entreprise utilisatrice
69. Amiante : indemnisation distincte de celle relative au préjudice d'anxiété en cas d'utilisation illégale d'une substance toxique par l'employeur

## DROIT DES OBLIGATIONS

—

### 1. La restitution en valeur d'une prestation accomplie sur le fondement d'un contrat résolu doit inclure la TVA à laquelle cette prestation est assujettie (Com., 8 fév. 2023)

Il résulte de l'article 1184 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qu'en cas de résolution du contrat les parties doivent être remises en l'état où elles se trouvaient antérieurement à sa conclusion.

Il résulte de la combinaison de ce texte et de l'article 256 du code général des impôts que la restitution en valeur d'une prestation accomplie sur le fondement d'un contrat résolu doit inclure la taxe sur la valeur ajoutée à laquelle cette prestation est assujettie.

### 2. Est une faute lourde la négligence d'une extrême gravité confinante au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de sa mission contractuelle (Com., 8 fév. 2023)

Constitue une faute lourde la négligence d'une extrême gravité confinante au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée.

Cassation de l'arrêt qui, pour retenir la faute lourde du voiturier, retient que le chauffeur, qui avait constaté que son chargement était plus lourd que celui annoncé par la lettre de voiture, aurait dû redoubler de vigilance et respecter scrupuleusement la réglementation de la vitesse et qu'au lieu de cela, il a roulé à une vitesse excessive largement au-delà de la vitesse autorisée et a effectué une opération de dépassement dont il ne pouvait pas ignorer la dangerosité, la circonstance qu'il n'avait pas connaissance de la mauvaise répartition des charges à l'intérieur du conteneur ne diminuant pas la faute commise, de tels motifs étant impropres à caractériser une faute lourde du transporteur.

### 3. La responsabilité du commissionnaire de transport du fait de ses substitués a pour limite la responsabilité de ces derniers (Com., 8 fév. 2023, même arrêt que ci-dessus)

Il résulte des articles L. 132-4 et L. 132-5 du code de commerce que lorsque sa responsabilité n'est pas engagée à raison de son fait personnel mais seulement du fait de ses substitués, le commissionnaire de transport ne peut être tenu que dans la limite de la responsabilité de ces derniers.

Doit être censurée la cour d'appel qui, après avoir retenu qu'il y avait lieu d'opérer un partage de responsabilité par moitié entre le substitué et l'expéditeur, condamne le commissionnaire, au titre de la responsabilité de son substitué, à une somme ne tenant pas compte de ce partage, alors qu'elle ne pouvait condamner le commissionnaire et ses assureurs au-delà de la responsabilité de son substitué.

### 4. Il n'y a pas lieu à retrait litigieux lorsque la cession a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui était dû (Com., 8 fév. 2023, même arrêt que ci-dessus)

Il n'y a pas lieu à retrait lorsque la cession a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui était dû [cf. C. civ., art. 1701, 2°]. En l'état d'une cession de créance consentie pour rembourser une dette du cédant au profit des cessionnaires, une cour d'appel a décidé à bon droit que l'existence d'une créance antérieure à la cession, constituée par un compte courant d'associé, faisait obstacle à l'exercice du retrait litigieux, peu important à cet égard que seuls certains titulaires du compte indivis y aient effectué des apports.

**5. Vente : points de départ des délais d'action en garantie des vices cachés en l'état de ventes successives portant sur des biens utilisés pour la réalisation d'un ouvrage (Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 fév. 2023)**

Pour les ventes conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, il est jugé que les vices affectant les matériaux ou les éléments d'équipement mis en œuvre par un constructeur ne constituent pas une cause susceptible de l'exonérer de la responsabilité qu'il encourt à l'égard du maître de l'ouvrage, quel que soit le fondement de cette responsabilité et que, sauf à porter une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, le constructeur dont la responsabilité est ainsi retenue en raison des vices affectant les matériaux qu'il a mis en œuvre pour la réalisation de l'ouvrage, doit pouvoir exercer une action récursoire contre son vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés sans voir son action enfermée dans un délai de prescription courant à compter de la vente initiale.

Il s'ensuit que, l'entrepreneur ne pouvant pas agir contre le vendeur et le fabricant avant d'avoir été lui-même assigné par le maître de l'ouvrage, le point de départ du délai qui lui est imparti par l'article 1648, alinéa 1, du code civil est constitué par la date de sa propre assignation et que le délai de l'article L. 110-4, I, du code de commerce, courant à compter de la vente, est suspendu jusqu'à ce que sa responsabilité ait été recherchée par le maître de l'ouvrage (3<sup>e</sup> Civ., 16 février 2022, pourvoi n° 20-19.047, Bull., (cassation partielle)).

Dès lors que le vendeur peut voir, ainsi, sa garantie recherchée par le constructeur et qu'il ne peut, non plus, agir avant d'avoir été assigné, le recours contre son propre vendeur ne peut, pas plus, être enfermé dans le délai de prescription de droit commun courant à compter de la vente initiale. La prescription de ce recours est elle-même suspendue jusqu'à ce que la responsabilité de son auteur soit recherchée.

**6. Vente : la réparation du vice caché par un tiers ne fait pas disparaître l'action estimatoire (Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 fév. 2023)**

Aux termes de l'article 1641 du code civil, le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus.

Selon l'article 1644 du même code, dans ce cas, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix.

En application de ces textes, il est jugé que l'acheteur d'une chose comportant un vice caché qui accepte que le vendeur procède à la remise en état de ce bien ne peut plus invoquer l'action en garantie dès lors que le vice originaire a disparu (Com., 1er février 2011, pourvoi n° 10-11.269, Bull. 2011, IV, n° 15).

L'acquéreur, qui a seul le choix des actions prévues par la loi en cas de mise en jeu de la garantie du vendeur pour vice caché, peut accepter que celui-ci procède, par une remise en état à ses frais, à une réparation en nature qui fait disparaître le vice et rétablit l'équilibre contractuel voulu par les parties.

Cette solution ne peut pas être étendue à la réparation du vice caché par un tiers, laquelle, n'ayant pas d'incidence sur les rapports contractuels entre l'acquéreur et le vendeur, ne peut supprimer l'action estimatoire permettant à l'acquéreur d'obtenir la restitution du prix à hauteur du coût des travaux mis à sa charge pour remédier au vice.

Doit donc être censurée une cour d'appel qui, pour rejeter une demande en restitution de partie du prix, retient qu'ayant accepté que le syndicat des copropriétaires de l'immeuble dans lequel est situé le bien vendu, affecté du vice caché, procède aux travaux de remise en état de celui-ci, l'acquéreur ne peut plus exercer l'action estimatoire dès lors que le vice a disparu, peu important que la remise en état ait été effectuée par le syndicat et non par le vendeur.

## FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIETES – BOURSE

–

7. **Cession de droits sociaux : l'absence de faute intentionnelle commise par le cédant-dirigeant pour tromper le cessionnaire n'exclut pas nécessairement une faute de gestion** (Com., 25 janv. 2023)

Il résulte de l'article L. 225-251 du code de commerce que les administrateurs et le directeur général d'une société anonyme sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société des fautes commises dans leur gestion. L'absence de faute intentionnelle commise par le cédant de droits sociaux, par ailleurs dirigeant de la société cédée, pour tromper le cessionnaire n'exclut pas nécessairement l'existence d'une faute de gestion commise au préjudice de la société cédée par le dirigeant.

Cassation de l'arrêt qui, pour rejeter une demande tendant à voir condamner les cédants de droit sociaux, également dirigeants de la société cédée, à verser à cette dernière une certaine somme à titre de dommages et intérêts, retient que ladite société avance à ce titre les mêmes arguments que ceux invoqués au titre du dol [contre les cédants].

8. **AMF : conditions requises pour l'obtention d'un sursis à l'exécution d'une décision de la commission des sanctions en l'état d'un recours devant le juge judiciaire** (Com., 15 fév. 2023)

Selon l'article L. 621-30 du code monétaire et financier, lorsqu'un recours est formé devant le juge judiciaire contre une décision de la commission des sanctions de l'AMF relevant de sa compétence, il peut être sursis à l'exécution de cette décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

Le caractère manifestement excessif des conséquences de l'exécution provisoire d'une telle décision doit être apprécié par rapport à la situation de la personne sanctionnée, sans qu'il y ait lieu d'analyser les chances de succès du recours en annulation ou réformation de cette décision.

## BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

–

9. **Prêt d'argent : l'erreur affectant la mention du TEG dans l'écrit constatant un contrat de crédit n'est sanctionnée que lorsqu'elle vient au détriment de l'emprunteur** (Com., 15 fév. 2023)

En application de l'article L. 313-4 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010, et l'article L. 313-2 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, l'erreur affectant la mention du taux effectif global dans l'écrit constatant un contrat de crédit n'est sanctionnée que lorsqu'elle vient au détriment de l'emprunteur, ce qui suppose que le taux effectif global mentionné dans cet écrit soit inférieur au taux effectif global correctement calculé.

**10. Un décret sur la vérification de l'identité de la clientèle pour certains produits et services à faible risque LCB-FT (Décret n°2023-63, 3 fév. 2023)**

Un décret relatif à la vérification de l'identité de la clientèle pour certains produits et services à faible risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, est paru au Journal officiel.

**11. Assurances : l'art. R. 112-1 C. ass., relatif aux indications que la police doit contenir quant à la prescription, n'impose pas de mentionner le contenu de l'art. 2243 C. civ. (Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 fév. 2023)**

Il résulte de l'article R. 112-1 du code des assurances que l'assureur doit rappeler dans le contrat d'assurance, sous peine d'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription biennale édicté par l'article L. 114-1, les différentes causes d'interruption de prescription mentionnées à l'article L. 114-2 et le point de départ de la prescription. Il n'est pas tenu de préciser qu'en application de l'article 2243 du code civil, l'interruption de la prescription est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande, laisse périmer l'instance ou si sa demande est définitivement rejetée.

**12. Assurances : le suicide n'est pas, sauf stipulation contraire, couvert par les contrats garantissant les accidents corporels (Civ. 2<sup>ème</sup>, 9 fév. 2023)**

Il résulte de l'article L. 132-7 du code des assurances que si l'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année du contrat, elle doit couvrir le risque de suicide à compter de la deuxième année du contrat. Le caractère accidentel du décès constitue une circonstance qui, s'agissant de l'application d'un contrat d'assurance couvrant les accidents corporels, est une condition de la garantie.

Dès lors, sauf stipulation contraire, le suicide n'est pas couvert par les contrats garantissant les accidents corporels, auxquels ce texte n'est pas applicable.

**13. Assurances : pratique commerciale déloyale découlant de la rédaction, par l'assureur, d'un contrat collectif type d'assurance-vie proposé par un autre assureur (CJUE, 2 fév. 2023, même arrêt qu'au n° 46)**

L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), doit être interprété en ce sens qu'est susceptible de constituer une « pratique commerciale déloyale », au sens de cette disposition, la rédaction, par une entreprise d'assurance, d'un contrat collectif type d'assurance-vie à capital variable lié à un fonds de placement ne permettant pas au consommateur qui adhère à ce contrat collectif sur proposition d'une seconde entreprise, preneuse d'assurance, de comprendre la nature et la structuration du produit d'assurance proposé ainsi que les risques qui y sont liés, et que cette entreprise d'assurance doit être tenue pour responsable de cette pratique commerciale déloyale.

**14. Un avis du CCSF sur les assurances affinitaires (Avis CCSF, 17 janv. 2023)**

Le Comité consultatif du secteur financier (CCSF) publie un avis sur les assurances affinitaires, proposés en option au client qui souscrit à des fins non professionnelles, lors de l'achat d'un bien ou d'un service

(assurance voyage, assurance de produits nomades et assurance extension de garanties des produits de consommation courante), à l'exclusion des contrats à durée ferme qui sont payés en prime unique.

Cet avis traite du recueil du consentement du consommateur, de l'information annuelle, de l'extension des garanties contractuelles dans la durée et de la distribution des contrats.

#### **15. Parution du décret relatif à la publicité du gage VTM prévu à l'art. 2338, al. 2, C. civ. (Com., 8 fév. 2023)**

Un décret relatif à la publicité du gage portant sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés, pris pour application du second alinéa de l'article 2338 du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, est paru au Journal officiel.

## **PENAL DES AFFAIRES**

—

#### **16. Le principe de légalité des délits et des peines s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition (CE, 1<sup>er</sup> fév. 2023, même arrêt qu'au n° 58)**

Le principe de légalité des délits et des peines, qui s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, fait obstacle à ce que l'administration inflige une sanction si, à la date des faits litigieux, il n'apparaît pas de façon raisonnablement prévisible par l'intéressé que le comportement litigieux est susceptible d'être sanctionné.

#### **17. Mandat d'arrêt européen : émission de plusieurs mandats successifs contre une personne recherchée (CJUE, 31 janv. 2023)**

La décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doit être interprétée en ce sens qu'une autorité judiciaire d'exécution ne dispose pas de la faculté de refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen en se fondant sur un motif de non-exécution qui procède non pas de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée, mais du seul droit de l'État membre d'exécution. En revanche, cette autorité judiciaire peut appliquer une disposition nationale prévoyant que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen est refusée lorsque cette exécution conduirait à une violation d'un droit fondamental consacré par le droit de l'Union, pour autant que la portée de cette disposition n'excède pas celle de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne.

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphes 1 et 2, ainsi que l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, doivent être interprétés en ce sens que l'autorité judiciaire d'exécution ne peut pas vérifier si un mandat d'arrêt européen a été émis par une autorité judiciaire qui était compétente à cette fin et refuser l'exécution de ce mandat d'arrêt européen lorsqu'elle estime que tel n'est pas le cas.

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, lu en combinaison avec l'article 47, deuxième alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que l'autorité judiciaire d'exécution appelée à décider de la remise d'une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen ne peut pas refuser d'exécuter

ce dernier au motif que cette personne risque, à la suite de sa remise à l'État membre d'émission, d'être jugée par une juridiction dépourvue de compétence à cette fin sauf si,

- d'une part, cette autorité judiciaire dispose d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de défaillances systémiques ou généralisées du fonctionnement du système juridictionnel de l'État membre d'émission ou de défaillances affectant la protection juridictionnelle d'un groupe objectivement identifiable de personnes auquel appartiendrait la personne concernée, au regard de l'exigence d'un tribunal établi par la loi, qui impliquent que les justiciables concernés sont, de manière générale, privés, dans cet État membre, d'une voie de droit effective permettant de contrôler la compétence de la juridiction pénale appelée à les juger, et
- d'autre part, ladite autorité judiciaire constate qu'il existe, dans les circonstances particulières de l'affaire en cause, des motifs sérieux et avérés de croire que, compte tenu, notamment, des éléments fournis par la personne faisant l'objet de ce mandat d'arrêt européen relatifs à sa situation personnelle, à la nature de l'infraction pour laquelle celle-ci est poursuivie, au contexte factuel dans lequel ledit mandat d'arrêt européen s'inscrit ou à toute autre circonstance pertinente, la juridiction vraisemblablement appelée à connaître de la procédure dont fera l'objet cette personne dans l'État membre d'émission est, de manière manifeste, dépourvue de compétence à cette fin.

La circonstance que la personne concernée a pu, devant les juridictions de l'État membre d'émission, se prévaloir de ses droits fondamentaux en vue de contester la compétence de l'autorité judiciaire d'émission et le mandat d'arrêt européen dont elle fait l'objet ne revêt pas une importance décisive à cet égard.

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, lu en combinaison avec l'article 47, deuxième alinéa, de la charte des droits fondamentaux, doit être interprété en ce sens que, dans une situation où une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen allègue qu'elle risque, à la suite de sa remise à l'État membre d'émission, d'être jugée par une juridiction dépourvue de compétence à cette fin, l'existence d'un rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire ne portant pas directement sur la situation de cette personne ne peut pas justifier, à elle seule, que l'autorité judiciaire d'exécution refuse d'exécuter ce mandat d'arrêt européen, mais qu'un tel rapport peut, en revanche, être pris en compte par cette autorité judiciaire, parmi d'autres éléments, en vue d'apprécier l'existence de défaillances systémiques ou généralisées du fonctionnement du système juridictionnel de cet État membre ou de défaillances affectant la protection juridictionnelle d'un groupe objectivement identifiable de personnes auquel appartiendrait ladite personne.

L'article 15, paragraphe 2, de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que l'autorité judiciaire d'exécution refuse l'exécution d'un mandat d'arrêt européen au motif que la personne faisant l'objet de celui-ci risque, à la suite de sa remise à l'État membre d'émission, d'être jugée par une juridiction dépourvue de compétence à cette fin, sans avoir préalablement demandé à l'autorité judiciaire d'émission des informations complémentaires.

La décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'émission de plusieurs mandats d'arrêt européens successifs contre une personne recherchée en vue d'obtenir sa remise par un État membre après que l'exécution d'un premier mandat d'arrêt européen visant cette personne a été refusée par cet État membre, pour autant que l'exécution d'un nouveau mandat d'arrêt européen n'aboutirait pas à une violation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée, et que l'émission de ce dernier mandat d'arrêt européen revêt un caractère proportionné.

**18. Confiscation pénale : diligences requises du juge qui décide de confisquer un bien (Crim., 14 fév. 2023)**

Il résulte des articles 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, 131-21, 132-1 du code pénal et 593 du code de procédure pénale qu'hormis le cas où la confiscation, qu'elle soit en nature ou en valeur, porte sur un bien qui, dans sa totalité, constitue le produit ou l'objet de l'infraction, le juge, en ordonnant une telle mesure, doit apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé lorsqu'une telle garantie est invoquée ou procéder à cet examen lorsqu'il s'agit d'une confiscation de tout ou partie du patrimoine.

Il incombe, en conséquence, au juge qui décide de confisquer un bien, après s'être assuré de son caractère confiscable au regard des dispositions légales, de préciser la nature et l'origine de ce bien ainsi que le fondement de la mesure, et, le cas échéant, de s'expliquer sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété du prévenu.

**19. Confiscation pénale : la cour d'appel n'a pas le pouvoir d'autoriser l'aliénation des biens saisis au cours de l'enquête ou de l'information judiciaire (Crim., 15 fév. 2023)**

La cour d'appel ne tient pas de l'article 710 du code de procédure pénale ni d'aucune autre disposition législative ou réglementaire le pouvoir d'autoriser l'aliénation des biens saisis au cours de l'enquête ou de l'information judiciaire.

Encourt la cassation l'arrêt de la cour d'appel qui autorise l'aliénation, par les autorités judiciaires des Etats-Unis d'Amérique, des biens saisis par ces autorités à la demande des autorités judiciaires françaises.

**20. Le délit de banqueroute peut être constitué par l'omission, manifestement délibérée, de s'acquitter des cotisations sociales dues (Crim., 1<sup>er</sup> fév. 2023)**

Cf. brève n° 35.

## FISCAL

**21. Modalités de notification de l'avis de vérification de comptabilité (CE, 3 fév. 2023)**

Il résulte des deux premiers alinéas de l'article L. 47 du livre des procédures fiscales que l'avis de vérification de comptabilité doit être adressé au contribuable lui-même. Dans le cas d'une société étrangère, cet avis doit être adressé, en principe, au lieu de son siège à l'étranger. La désignation, en application du III de l'article 95 de l'annexe III au code général des impôts, d'un mandataire par une société assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée établie dans un autre Etat membre de l'Union européenne permet seulement à l'administration fiscale de notifier à ce dernier tout ou partie des communications relatives à l'assiette, au recouvrement et au contentieux de la taxe sur la valeur ajoutée, à l'exclusion des communications relatives aux autres impôts dont pourrait également être redevable la société assujettie à cette taxe.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, lorsqu'une société étrangère exerçant une activité en France s'est bornée à désigner un mandataire en matière de TVA en application du III de l'article 95 de l'annexe III au CGI et que l'administration a seulement fait parvenir l'avis de vérification de comptabilité

de la société à l'adresse de ce mandataire, elle ne peut régulièrement tirer les conséquences des résultats de ce contrôle à l'égard de la société qu'en matière de TVA.

Ayant retenu que l'Administration s'étant bornée à envoyer l'avis de vérification à l'adresse française du domicile du « représentant » de la société contrôlée, établie à l'étranger, lequel avait la qualité de mandataire de la société en matière de TVA mais n'avait pas été désigné pour la représenter en matière d'impôt sur les sociétés, que toutefois l'intéressé, associé de la société domicilié en France, assurait la gestion matérielle et technique de l'ensemble de l'activité de cette société, disposait du pouvoir de l'engager auprès des tiers, et avait d'ailleurs ouvert en France, au nom de la société, deux comptes bancaires pour lesquels il bénéficiait seul d'une procuration et sur lesquels étaient versées les recettes issues des chantiers de maçonnerie effectués en France, dans ces conditions, l'administration a pu, sans entacher la procédure d'irrégularité au regard de l'article L. 47 du LPF, adresser à ce dernier, qui devait être regardé comme le gérant de fait de la société, l'avis de vérification destiné à cette dernière et tirer les conséquences des résultats de ce contrôle à l'égard de celle-ci tant en matière de TVA qu'en matière d'IS.

**22. Visites et saisies : l'article L. 16 B LPF n'exige que de simples présomptions** (Com., 15 fév. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2)

Selon l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, des visites et saisies peuvent être autorisées par l'autorité judiciaire si l'administration fiscale établit qu'il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou des taxes sur le chiffre d'affaires en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, en utilisant ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en passant ou en faisant passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le code général des impôts.

L'article L. 16 B du livre des procédures fiscales n'exige que de simples présomptions, en particulier de ce qu'une société étrangère exploite un établissement stable en France en raison de l'activité duquel elle serait soumise aux obligations fiscales et comptables prévues par le code général des impôts en matière d'impôt sur les bénéfices et/ou de taxes sur le chiffre d'affaires.

**23. Champ d'application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales : l'application de l'article L.16 B du LPF à un établissement stable situé en France n'entraîne pas la violation des principes de liberté d'établissement et de non-discrimination des sociétés au sein de l'Union européenne** (Com., 15 fév. 2023)

Une société de droit étranger est tenue, lorsqu'elle exerce une activité en France par l'intermédiaire d'un établissement stable, aux obligations résultant des articles 54, 209 et 286, I, 3°, du code général des impôts, qui exigent la passation d'écritures comptables permettant de justifier des opérations imposables en France, de sorte que lorsqu'elle a méconnu ses obligations déclaratives, elle peut être présumée avoir omis sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou avoir passé ou fait passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le code général des impôts. En conséquence, les dispositions de l'article L16 b du livre des procédures fiscales trouvent à s'appliquer et la mise en œuvre de ce texte n'entraîne pas la violation des principes de liberté d'établissement et de non-discrimination des sociétés au sein de l'Union européenne.

**24. La décision d'engager l'action prévue à l'art. L. 267 LPF, qui est prise par le responsable départemental des finances publiques, quand bien même seul le comptable public peut exercer l'action, ne constitue pas une décision soumise au respect d'une procédure contradictoire préalable au sens de l'art. L. 121-1 CRPA (Com., 15 fév. 2023)**

Selon l'article L. 267 du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-420 du 27 avril 2010, lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance. A cette fin, le comptable public compétent assigne le dirigeant devant le président du tribunal de grande instance du lieu du siège social. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement.

Aux termes de l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration, exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2 du même code, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable.

La décision d'engager l'action prévue à l'article L. 267 du livre des procédures fiscales, qui est prise par le responsable départemental des finances publiques, quand bien même seul le comptable public peut exercer l'action, ne constitue pas une décision soumise au respect d'une procédure contradictoire préalable au sens de l'article L. 121-1 du code des relations entre le public et l'administration.

**25. Mise à jour de la liste des Etats et territoires non coopératifs (Arr. 3 fév. 2023)**

Un arrêté, modifiant la liste des Etats et territoires non coopératifs en matière fiscale, est paru au Journal officiel. Les Bahamas et les Îles Turques et Caïques sont ajoutés à la liste en application du 1° du 2 bis de l'article 238-0 A du code général des impôts. Anguilla y est également inscrit au titre de ce critère tout en étant maintenu au titre du b du 2 du même article.

Par ailleurs, le Conseil de l'Union européenne a également mis à jour les listes européennes noire et grise en date du 14 février 2023. Y sont ajoutés les îles Vierges britanniques, le Costa Rica, les îles Marshall et la Russie.

La liste noire européenne des ETNC comprend désormais : les Samoa américaines, Anguilla, les Bahamas, les Fidji, Guam, les Palaos, le Panama, les Samoa, Trinité et Tobago, les Îles Turques et Caïques, les Îles Vierges américaines, le Vanuatu, les Îles Vierges britanniques, le Costa Rica, les Îles Marshall et la Russie.

Tandis que figurent désormais sur la liste grise européenne : L'Arménie, L'Eswatini, Aruba, Curaçao, la Turquie, le Botswana, la Dominique, les Seychelles, Hong Kong, la Malaisie, le Qatar, la Jordanie, le Belize, Israël, Montserrat, la Thaïlande et le Vietnam.

**26. Exonération au titre de la cession d'un logement situé en France par des non-résidents (Rép. Min., 2 fév. 2023)**

Interrogé par un parlementaire sur l'exonération au titre de la cession d'un logement situé en France par des non-résidents et la différence de traitement fiscal à l'égard des résidents, le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, chargé des

comptes publics précise que la différence de traitement entre les personnes cédant leur résidence principale, selon qu'elles sont résidentes ou ont transféré leur domicile fiscal hors de France à la date de la cession résultant de l'application respective du 1° ou du 2° du II de l'article 150 U du CGI, a été déclarée conforme à la Constitution.

La coexistence de régimes d'exonération des plus-values immobilières distincts, respectivement prévus au 1° du paragraphe II de l'article 150 U et à l'avant dernier alinéa du 1 du I de l'article 244 bis A du CGI pour les résidents fiscaux et les non-résidents a également été jugée conforme aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, dès lors qu'ils ne se trouvent pas dans la même situation au regard des règles d'imposition des revenus (CE, QPC, 10-12-2021, n° 456728).

La circonstance que l'immeuble cédé soit détenu par l'intermédiaire d'une société de personnes ne fait cependant obstacle au bénéfice de l'exonération ni dans l'un ni dans l'autre cas.

Le ministre précise également que les contribuables non-résidents associés d'une SCI détenant des immeubles en France et relevant des articles 8 à 8 ter du CGI bénéficient de l'exonération de la plus-value immobilière prévue à l'avant-dernier alinéa du 1 du I de l'article 244 bis A du CGI, toutes conditions par ailleurs remplies. Cette exonération en faveur des non-résidents est au demeurant soumise à un délai de cession plus souple que celle prévue par le 1° du II de l'article 150 U du CGI pour les contribuables domiciliés en France. Pour les contribuables non-résidents, la cession de l'immeuble constituant la résidence principale à la date du transfert du domicile fiscal hors de France doit intervenir au plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle du transfert, alors que, pour les contribuables domiciliés en France, le 1° du II de l'article 150 U du CGI prévoit que l'immeuble doit constituer la résidence principale du cédant au jour de la cession.

## **27. Impôt sur la fortune immobilière et plan d'épargne retraite (Rép. Min., 9 fév. 2023)**

Interrogé par un parlementaire, le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique précise qu'un PER ouvert sous la forme d'un compte-titres est imposable à l'IFI dans la limite de la fraction de sa valeur correspondant à des actifs imposables.

## **RESTRUCTURATIONS**

—

## **28. Refus d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale ayant condamné un débiteur postérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire de ce dernier (Com., 8 fév. 2023)**

Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles, qui relève de l'ordre public international, interdit, après l'ouverture de la procédure collective du débiteur, la saisine d'un tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture et impose à ce créancier de déclarer sa créance et de se soumettre, au préalable, à la procédure de vérification des créances.

Doit être approuvé l'arrêt qui, constatant qu'un créancier avait, après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire du débiteur, présenté à un tribunal arbitral international, déjà saisi par le débiteur avant ce jugement, une demande reconventionnelle en paiement d'une créance antérieure contre ce débiteur, refuse de prononcer l'exequatur de la sentence ayant fait droit à cette demande reconventionnelle et condamné le débiteur à payer diverses sommes à ce créancier.

**29. Portée de la présomption découlant de la déclaration de créance faite par le débiteur à son mandataire judiciaire (Com., 8 fév. 2023)**

Il résulte de l'article L. 622-24, alinéa 3, du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, que la créance portée à la connaissance du mandataire judiciaire par le débiteur, dans le délai fixé à l'article R. 622-24 du code de commerce, fait présumer de la déclaration de sa créance par son titulaire, mais seulement dans la limite du contenu de l'information fournie au mandataire judiciaire par le débiteur.

En conséquence, viole ce texte une cour d'appel qui retient que la déclaration effectuée par un débiteur sur la liste de ses créanciers remise à son mandataire judiciaire ne peut valoir déclaration de créance faite pour le compte du créancier, aux motifs que cette liste ne comporte l'indication ni des sommes à échoir et de la date de leur échéance, ni de la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie, ni des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, alors qu'il résulte de ses propres constatations que la liste des créanciers comporte le nom du créancier ainsi que le montant de la créance de ce dernier, ce qui vaut déclaration de créance effectuée par le débiteur pour le compte du créancier, dans la limite de ces informations.

**30. Invocation du caractère abusif d'une ou plusieurs clauses d'un contrat de prêt dans le cadre de la saisie immobilière faisant suite à l'admission de la créance (Com., 8 fév. 2023)**

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue en application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, que l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle, en soi, à ce que le juge national soit tenu d'apprécier, sur la demande des parties ou d'office, le caractère éventuellement abusif d'une clause, même au stade d'une mesure d'exécution forcée, dès lors que cet examen n'a pas déjà été effectué à l'occasion du précédent contrôle juridictionnel ayant abouti à la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée (v. not. CJUE, arrêt du 26 janvier 2017, Banco Primus, C-421/14 ; CJUE, arrêt du 17 mai 2022, Ibercaja Banco, C-600/19 ; CJUE, arrêt du 17 mai 2022, SPV Project 1503 Srl et Banco di Desio e della Brianza e.a, C-693/19 et C-831/19).

Par conséquent, un débiteur soumis à une procédure collective contre lequel a été rendue une décision, irrévocable, admettant à son passif une créance au titre d'un prêt immobilier, qu'il avait souscrit antérieurement en qualité de consommateur, peut, à l'occasion de la procédure de saisie immobilière d'un bien appartenant à ce débiteur, mise en œuvre par le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité de l'immeuble constituant la résidence principale du débiteur est inopposable, nonobstant l'autorité de la chose jugée attachée à cette décision, soulever, à l'audience d'orientation devant le juge de l'exécution, une contestation portant sur le caractère abusif d'une ou plusieurs clauses de l'acte de prêt notarié dès lors qu'il ressort de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée que le juge ne s'est pas livré à cet examen.

**31. Liquidation judiciaire : le débiteur dessaisi n'est pas recevable à agir en responsabilité contre l'avocat qu'il a chargé de recours contre les décisions de résolution du plan et de liquidation (Com., 8 fév. 2023)**

Le débiteur, dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens par l'effet du jugement prononçant la liquidation judiciaire, conserve le droit, pourvu qu'il l'exerce contre le liquidateur ou en sa présence, de former un appel, puis le cas échéant, un pourvoi en cassation, contre les décisions prononçant la résolution de son plan de redressement et sa liquidation judiciaire.

Il n'est, en revanche, pas recevable à agir en responsabilité contre l'avocat qu'il a mandaté pour le représenter et l'assister dans l'exercice de ce droit propre, une telle action en responsabilité n'ayant pas pour effet de faire valoir le point de vue du débiteur dans le déroulement de la procédure collective, mais poursuivant une finalité patrimoniale consistant en l'obtention de dommages et intérêts et relevant, en conséquence, des droits et actions atteints par le dessaisissement et exercés par le liquidateur pendant la durée de la procédure collective.

**32. Liquidation judiciaire : la vente de gré à gré d'un actif immobilier ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préférence par le locataire commercial (Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 fév. 2023)**

Cf. brève n° 37.

**33. Le prononcé de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer peut être postérieur à la clôture de la procédure collective (Com., 8 fév. 2023)**

La faillite personnelle ou l'interdiction de gérer pouvant être prononcée dès lors que le tribunal a été saisi en vue de l'application d'une sanction personnelle avant la clôture de la procédure collective par une décision passée en force de chose jugée et dans le délai de prescription prévu à l'article L. 653-1 du code de commerce, leur prononcé peut être postérieur à la clôture de cette procédure.

**34. L'énumération des fautes susceptibles d'être sanctionnées par une interdiction de gérer est limitative (Com., 18 janv. 2023)**

Il résulte des articles L. 653-4, L. 653-5, L. 653-6 et L. 653-8 du code de commerce que l'interdiction de gérer ne peut être prononcée contre le dirigeant d'une personne morale que pour sanctionner les fautes qu'ils prévoient.

Doit être censuré l'arrêt qui, pour prononcer une mesure d'interdiction de gérer d'une durée de deux ans à l'encontre d'une dirigeante [de fait], retient que cette dernière n'a pas procédé au suivi juridique de l'association, alors que l'énumération des fautes susceptibles d'être sanctionnées par une interdiction de gérer est limitative et que l'absence de suivi juridique n'y figure pas.

Doit également être censuré l'arrêt qui, pour prononcer une mesure d'interdiction de gérer d'une durée de deux ans à l'encontre d'une dirigeante [de fait], retient qu'est caractérisée la poursuite abusive d'une activité déficitaire sans qu'il soit nécessaire que soit démontré l'intérêt personnel de ladite dirigeante, alors que l'énumération des fautes susceptibles d'être sanctionnées par une interdiction de gérer est limitative et que la poursuite abusive d'une activité déficitaire n'est sanctionnée à ce titre que lorsqu'elle est effectuée dans un intérêt personnel et que l'exploitation déficitaire ne peut conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

**35. Le délit de banqueroute peut être constitué par l'omission, manifestement délibérée, de s'acquitter des cotisations sociales dues (Crim., 1<sup>er</sup> fév. 2023)**

Le délit de banqueroute, lorsqu'il consiste pour l'auteur à frauduleusement augmenter le passif de son entreprise, en application de l'article L. 654-2, 3°, du code de commerce, texte qui n'exclut aucune modalité d'augmentation du passif, peut être constitué par l'omission, manifestement délibérée, de s'acquitter des cotisations sociales dues.

## IMMOBILIER – CONSTRUCTION

–

### **36. Bail commercial : l'art. L. 145-15 C. com. n'est pas applicable à la demande en requalification d'un contrat de location-gérance en bail commercial (Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 janv. 2023)**

L'article L. 145-15 du code de commerce réputant non écrites, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement, n'est pas applicable à une demande en requalification d'un contrat en bail commercial.

Ayant, relevé que le demandeur sollicitait la requalification du contrat de location-gérance en bail commercial, une cour d'appel en a exactement déduit que cette demande était soumise à la prescription biennale prévue par l'article L. 145-60 du code de commerce et que le délai de prescription avait couru à compter de la conclusion du contrat.

### **37. Bail commercial : la vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préférence par le locataire (Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 fév. 2023)**

Il résulte de l'article L. 642-18 du code de commerce que la vente de gré à gré d'un actif immobilier dépendant d'une liquidation judiciaire est une vente faite d'autorité de justice.

Dès lors, les dispositions de l'article L. 145-46-1 du même code, qui concernent le cas où le propriétaire d'un local commercial ou artisanal envisage de le vendre, ne sont pas applicables, de sorte qu'une telle vente ne peut donner lieu à l'exercice du droit de préférence par un locataire commercial.

### **38. Bail commercial : cession du bail sur le fondement de l'art. L. 145-51 C. com. et déplaçonnement du loyer lors du renouvellement (Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 fév. 2023)**

La cession du droit au bail dans les conditions de l'article L. 145-51 du code de commerce emporte, malgré une déspécialisation, le maintien du loyer jusqu'au terme du bail. En revanche, elle ne prive pas le bailleur du droit d'invoquer le changement de destination intervenu au cours du bail expiré au soutien d'une demande en fixation du loyer du bail renouvelé. Dès lors, il ne peut être déduit une renonciation de sa part à solliciter le déplaçonnement du loyer lors du renouvellement du bail du non-exercice du droit de rachat prioritaire ou de son absence d'opposition en justice à la déspécialisation.

### **39. Bail commercial : la « propriété commerciale » du preneur protégée par l'art. 1 du 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la CESDH s'entend du droit au renouvellement (Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 fév. 2023, même arrêt que ci-dessus)**

Rappelant que la « propriété commerciale » du preneur d'un bail commercial, protégée par l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'entend du droit au renouvellement du bail commercial consacré par les articles L. 145-8 à L. 145-30 du code de commerce, une cour d'appel a exactement retenu que l'atteinte alléguée, qui ne concerne que le prix du loyer du bail renouvelé, n'entre pas dans le champ de cette protection.

### **40. Cession de bail et charge de la preuve de l'imputabilité des dégradations (Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 janv. 2023)**

Aux termes de l'article 1732 du code civil, le locataire répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute.

Inverse la charge de la preuve l'arrêt qui, pour rejeter les demandes de bailleurs tendant à la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire et à l'expulsion de la locataire cessionnaire du bail, motif pris de la suppression sans autorisation d'un pilier d'une cheminée et d'ouvertures sur la cour commune de l'immeuble, retient que, faute d'état des lieux lors de l'entrée de ladite cessionnaire, il leur appartient de rapporter la preuve qu'elle est à l'origine des travaux exécutés sans autorisation, que cette preuve n'a pas été rapportée en l'espèce dès lors qu'il est impossible d'établir avec certitude à quelle date les travaux sans autorisation ont été effectués, ni s'ils l'ont été sous l'égide de la locataire cédante ou sous celle de la locataire cessionnaire et que, n'ayant pas établi que les dégradations avaient été commises durant la jouissance du dernier locataire, les bailleurs ne peuvent invoquer l'article 1732 du code civil « qui prive le preneur du bénéfice de la présomption de l'article 1731 du même code ».

**41. Une ordonnance sur le bail réel solidaire d'activité** (*Ord. n° 2023-80 ; Rapp. au Président de la Rép., 9 fév. 2023*)

Une ordonnance relative au bail réel solidaire d'activité est parue au Journal officiel, accompagnée d'un rapport au Président de la République.

**42. Construction : points de départ des délais d'action en garantie des vices cachés en l'état de ventes successives portant sur des biens utilisés pour la réalisation d'un ouvrage** (*Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 fév. 2023*)

Cf. brève n° 5.

## CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

–

**43. ADLC : décisions des personnes publiques ou privées chargées d'un service public** (*Com., 1<sup>er</sup> fév. 2023*)

Si les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, et qui peuvent constituer des actes de production, de distribution ou de services au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, entrant dans son champ d'application, ne relèvent pas de la compétence de l'Autorité de la concurrence, il en est autrement lorsque ces organismes interviennent par leur décision hors de cette mission ou ne mettent en œuvre aucune prérogative de puissance publique.

Tel est le cas des pratiques par lesquelles un ordre professionnel diffuse une méthode de calcul des prix et met en place un système de contrôle des prix par des mesures de contrainte et menaces de procédures disciplinaires ayant pour finalité d'encadrer tant l'offre que la demande en matière de maîtrise d'ouvrage pour la construction d'ouvrages publics, lesquelles ne relèvent pas de la mission de service public qui lui est confiée ni des prérogatives de puissance publique qui lui étaient conférées pour cette mission.

Il s'ensuit que c'est à bon droit que la cour d'appel de Paris retient que l'Autorité de la concurrence était compétente pour examiner de telles pratiques, de nature à entrer dans le champ d'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-1 du code de commerce, abstraction faite du motif erroné mais surabondant par lequel elle a énoncé que ces pratiques avaient constitué un usage manifestement inapproprié des prérogatives de puissance publique dont l'ordre en cause était doté, qu'elle aurait été compétente pour examiner.

**44. ADLC : la seconde phrase du 1<sup>er</sup> al. du § I de l'art. L. 464-2 C. com. (réd. ord. du 9 mars 2017) est conforme à la Constitution (CC., 10 fév. 2023)**

En premier lieu, selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Le principe de la séparation des pouvoirs, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne font obstacle à ce qu'une autorité administrative ou publique indépendante ou une autorité administrative non soumise au pouvoir hiérarchique du ministre, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse prononcer des sanctions ayant le caractère d'une punition dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir respecte notamment le principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Le paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce est relatif aux pouvoirs dont dispose l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles. À ce titre, elle peut notamment prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des entreprises qui ont commis de telles pratiques.

Les dispositions contestées [la seconde phrase du premier alinéa du texte précité, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles] prévoient que l'Autorité de la concurrence peut accepter les engagements proposés par une entreprise qui sont de nature à mettre un terme à des préoccupations de concurrence.

Ces dispositions se bornent à permettre à cette autorité, dans le cadre de sa mission tendant à garantir le bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés, d'apprécier la suite à donner aux propositions d'engagements qui lui sont présentées pour remédier à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence, sans qu'il soit établi que de telles situations constituent, en l'état, des pratiques prohibées.

Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que la procédure d'engagements n'a pas pour objet de prouver ou d'écarter la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais uniquement de vérifier que les propositions d'engagements présentées par l'entreprise permettent de mettre fin aux préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité de la concurrence.

Dès lors, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire l'Autorité de la concurrence à préjuger la réalité et la qualification des faits qu'elle examine dans le cadre de la procédure d'engagements.

Ainsi, la circonstance qu'elle pourrait avoir à connaître de ces mêmes faits dans le cadre d'une procédure de sanction faisant suite à une décision de refus d'acceptation d'engagements ne porte pas atteinte au principe d'impartialité. Le grief tiré de la méconnaissance de ce principe doit donc être écarté.

En second lieu, il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

Au regard des conséquences qu'est susceptible d'entraîner pour l'entreprise en cause le refus d'acceptation d'engagements, ce refus doit être regardé comme une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en application de l'article L. 464-8 du code de commerce.

Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif ne peut qu'être écarté.

Par conséquent, les dispositions contestées, qui ne sont pas entachées d'incompétence négative et qui ne méconnaissent pas non plus les autres exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

**45. L'art. L. 145-15 C. com. n'est pas applicable à la demande en requalification d'un contrat de location-gérance en bail commercial (Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 janv. 2023)**

Cf. brève n° 36.

**46. Pratiques commerciales déloyales : droit national permettant au consommateur de demander l'annulation du contrat (CJUE, 2 fév. 2023, même arrêt qu'au n° 13)**

L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2005/29, lu en combinaison avec l'article 13 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une interprétation du droit national qui confère au consommateur ayant conclu un contrat en raison d'une pratique commerciale déloyale d'un professionnel le droit de demander l'annulation de ce contrat.

**47. Invocation du caractère abusif d'une ou plusieurs clauses d'un contrat de prêt dans le cadre de la saisie immobilière faisant suite à l'admission d'une créance (Com., 8 fév. 2023)**

Cf. brève n° 30.

**48. Contrat hors établissement : le professionnel assume la charge de la preuve de l'accomplissement des obligations légales d'informations qui lui incombent (Com., 1<sup>er</sup> fév. 2023)**

Il résulte des articles L. 121-17, III, du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, et 1315, devenu 1353, du code civil que la charge de la preuve de l'accomplissement par le professionnel des obligations légales d'information mises à sa charge à l'occasion de la conclusion d'un contrat hors établissement pèse sur celui-ci.

Inverse la charge de la preuve la cour d'appel qui rejette une demande d'annulation de contrats de vente et de crédit affecté formée par les acquéreurs aux motifs que ceux-ci ne produisent qu'une copie incomplète du contrat de vente et qu'elle n'est pas en mesure de vérifier si ce contrat est conforme au code de la consommation.

**49. Droit du voyageur à une réduction de prix en l'état d'une non-conformité due aux restrictions destinées à lutter contre la crise sanitaire (CJUE, 12 janv. 2023)**

L'article 14, paragraphe 1, de la directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2015, relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, doit être interprété en ce sens qu'un voyageur a droit à une réduction du prix de son voyage à forfait lorsqu'une non-conformité des services de voyage compris dans son forfait est due à des restrictions qui ont été imposées sur son lieu de destination pour lutter contre la propagation d'une maladie infectieuse et que de telles restrictions ont également été imposées sur le lieu de résidence de celui-ci ainsi que dans d'autres pays en raison de la propagation mondiale de cette maladie. Pour être appropriée, cette réduction de prix doit s'apprécier au regard des services compris dans le forfait concerné et correspondre à la valeur des services dont la non-conformité a été constatée.

## AGROALIMENTAIRE

---

### 50. PAC : la décision portant réduction des paiements directs prise en cas de refus d'un contrôle au sens de l'art. D. 615-59 CRPM ne revêt pas un caractère punitif (CE, 24 janv. 2023)

Il résulte des articles 59 du règlement (UE) n° 1306/2013 du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune (PAC) et 24 du règlement d'exécution (UE) n° 809/2017 de la Commission du 17 juillet 2014 que l'acceptation par le demandeur des contrôles sur place effectués par l'autorité administrative, notamment au titre de la conditionnalité des aides, fait partie intégrante des engagements et obligations relatifs aux conditions d'octroi des aides agricoles versées au titre de la politique agricole commune prévus par le droit de l'Union européenne. Dans ces conditions, la décision portant réduction de la totalité des paiements directs octroyés ou à octroyer, prise en cas de refus d'un contrôle au sens du dernier alinéa de l'article D. 615-59 du code rural et de la pêche maritime, ne revêt pas un caractère punitif car elle a pour seule portée d'entraîner le reversement d'une aide indûment perçue.

Ainsi, elle ne peut être regardée comme constituant une sanction prononcée à l'encontre d'un agriculteur dont la contestation relèverait de l'office du juge de plein contentieux.

## IT – IP – DATA PROTECTION

---

### 51. Le seul fait que le texte d'une chanson soit séparé de la musique ne porte pas nécessairement atteinte au droit moral de l'auteur (Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 fév. 2023)

Selon l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, lequel, attaché à sa personne, est transmissible à cause de mort à ses héritiers et dont l'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires.

Cependant, lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut, en application de l'article L. 122-5, 3°, du même code, interdire les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées, sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source.

Une cour d'appel énonce à bon droit que, le texte et la musique d'une chanson relevant de genres différents et étant dissociables, le seul fait que le texte ait été séparé de la musique ne portait pas nécessairement atteinte au droit moral de l'auteur.

### 52. Brevet : exclusivité de la procédure spéciale de placement provisoire (Com., 1<sup>er</sup> fév. 2023)

Il ressort de l'article R. 615-2, dernier alinéa, du code de la propriété intellectuelle qu'afin d'assurer la protection du secret des affaires, le président, qui autorise une mesure de saisie-contrefaçon, peut ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces saisies, dans les conditions prévues à l'article R. 153-1 du code de commerces, lequel dispose :

*« Lorsqu'il est saisi sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ou au cours d'une mesure d'instruction ordonnée sur ce fondement, le juge peut ordonner d'office le placement sous séquestre provisoire des pièces demandées afin d'assurer la protection du secret des affaires. »*

*Si le juge n'est pas saisi d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance en application de l'article 497 du code de procédure civile dans un délai d'un mois à compter de la signification de la décision, la mesure de séquestre provisoire mentionnée à l'alinéa précédent est levée et les pièces sont transmises au requérant.*

*Le juge saisi en référé d'une demande de modification ou de rétractation de l'ordonnance est compétent pour statuer sur la levée totale ou partielle de la mesure de séquestre dans les conditions prévues par les articles R. 153-3 à R. 153-10. »*

Afin d'assurer la protection du secret des affaires de la partie saisie, le président, statuant sur une demande de saisie-contrefaçon, ne peut que recourir, au besoin d'office, à la procédure spéciale de placement sous séquestre provisoire.

**53. CNIL : bilan de l'action répressive sur 2022 (CNIL, Sanctions et mesures correctrices, 31 janv. 2023)**

La CNIL diffuse le bilan des sanctions et mesures correctrices prises au cours de l'année 2022.

**54. CNIL : bilan de la procédure de sanction simplifiée sur 2022 (Procédure de sanction simplifiée, 31 janv. 2023)**

La CNIL diffuse un bilan de la nouvelle procédure de sanction créée en 2022 pour traiter des dossiers ne présentant pas de difficulté particulière.

**55. CNIL : guide et fiches pratiques à l'attention des recruteurs (CNIL, 30 janv. 2023)**

LA CNIL publie un guide et des fiches pratiques destinés à accompagner les acteurs du recrutement dans leur mise en conformité.

## **SOCIAL**

—

**56. Licenciement économique : évolution significative de la dégradation de l'excédent brut d'exploitation (Soc., 1<sup>er</sup> fév. 2023)**

Aux termes de l'article L. 1233-3, 1°, du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment : 1° A des difficultés économiques caractérisées soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

Dès lors, une cour d'appel qui, ayant constaté que l'employeur justifiait avoir été confronté à des difficultés économiques caractérisées par une dégradation de l'excédent brut d'exploitation, a pu en déduire, au regard du caractère sérieux et durable de cette dégradation, que cet indicateur avait subi une évolution significative.

**57. Licenciement économique : prescription de l'action fondée sur le non-respect par l'employeur de la priorité de réembauche (Soc., 1<sup>er</sup> fév. 2023)**

Aux termes de l'article L. 1471-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit. Ces dispositions ne font cependant pas obstacle aux délais de prescription plus courts prévus par le présent code et notamment celui prévu à l'article L. 1233-67.

Selon l'article L. 1233-45 du code du travail, le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai. Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification.

Il en résulte que l'action fondée sur le non-respect par l'employeur de la priorité de réembauche, qui n'est pas liée à la contestation de la rupture du contrat de travail résultant de l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle, soumise au délai de prescription de l'article L. 1233-67 du code du travail, mais à l'exécution du contrat de travail, relève de la prescription de l'article L. 1471-1 du même code.

L'indemnisation dépendant des conditions dans lesquelles l'employeur a exécuté son obligation, le point de départ de ce délai est la date à laquelle la priorité de réembauche a cessé, soit à l'expiration du délai d'un an à compter de la rupture du contrat de travail.

**58. Décompte de la durée du travail de salariés dont le travail est organisé selon un horaire collectif et sanction administrative (CE, 1<sup>er</sup> fév. 2023, même arrêt qu'au n° 16)**

Lorsque le travail de tous les salariés d'un même service ou atelier ou d'une même équipe est organisé selon le même horaire collectif par l'employeur, le cas échéant après conclusion d'un accord collectif, il doit informer les salariés par affichage des heures auxquelles commence et finit chaque période de travail et adresser, avant son application, le double de cet horaire collectif à l'inspection du travail. Dans les autres cas, un décompte des heures accomplies par chaque salarié doit être établi quotidiennement et chaque semaine.

Le principe de légalité des délits et des peines, qui s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, fait obstacle à ce que l'administration inflige une sanction si, à la date des faits litigieux, il n'apparaît pas de façon raisonnablement prévisible par l'intéressé que le comportement litigieux est susceptible d'être sanctionné.

Par suite, le 3° de l'article L. 8115-1 du code du travail ne saurait permettre à l'administration de sanctionner un employeur à raison d'un manquement à l'obligation, attachée à des horaires non collectifs, d'établir un décompte de la durée de travail de chaque salarié selon les modalités prévues par les articles L. 3171-2 et D. 3171-8 du code du travail, s'agissant de salariés dont le travail est organisé selon un horaire collectif.

**59. Requalification d'un CDD en CDI et conservation par le salarié des sommes destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait du CDD (Soc., 8 fév. 2023)**

La requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté depuis l'origine dans le cadre d'un contrat de travail à durée

indéterminée. Il s'ensuit que les sommes qui ont pu lui être versées et étaient destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait de son contrat à durée déterminée, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat à durée indéterminée.

Dès lors, doit être censuré l'arrêt qui, après avoir prononcé la requalification de ses contrats à durée déterminée d'usage en contrat à durée indéterminée, rejette la demande d'une journaliste pigiste en paiement d'un rappel de salaire au titre de la majoration du salaire journalier prévue par l'accord d'entreprise en cas d'un dépassement d'un certain nombre de jours de travail dans l'année, retient que la salariée ayant perçu au titre de ses piges une rémunération supérieure à celle à laquelle elle aurait pu prétendre si elle avait travaillé en qualité de journaliste permanent, même avec un dépassement du forfait annuel, elle était remplie de ses droits.

**60. Inaptitude : l'employeur ne peut prononcer un licenciement pour un motif autre que l'inaptitude, même s'il a engagé antérieurement une procédure de licenciement pour une autre cause (Soc., 8 fév. 2023)**

Selon l'article L. 1226-2 du code du travail, lorsque le salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel est déclaré inapte par le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-4, à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités.

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

Il en résulte que ces dispositions d'ordre public font obstacle à ce que l'employeur prononce un licenciement pour un motif autre que l'inaptitude, peu important que l'employeur ait engagé antérieurement une procédure de licenciement pour une autre cause.

**61. Inaptitude : l'avis médical mentionnant que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dispense l'employeur de la procédure reclassement (Soc., 8 fév. 2023)**

Selon l'article L. 1226-12 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-10, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans l'emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans l'emploi.

Ayant constaté que l'avis d'inaptitude mentionnait expressément que l'état de santé de la salariée faisait obstacle à tout reclassement dans l'emploi, une cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur était dispensé de rechercher et de proposer à la salariée des postes de reclassement.

**62. CSE : respect du principe de participation dans la détermination des critères permettant la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts (Soc., 1<sup>er</sup> fév. 2023)**

Il résulte des articles L. 2313-2, L. 2313-3, L. 2313-4 du code du travail, et de l'article 5 de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, éclairé par le considérant n° 23 de la directive, que les signataires d'un accord conclu selon les conditions mentionnées

aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3 du code du travail déterminent librement les critères permettant la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts au sein de l'entreprise, à la condition toutefois, eu égard au principe de participation consacré par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qu'ils soient de nature à permettre la représentation de l'ensemble des salariés.

**63. Lanceur d'alerte : le salarié qui relate ou témoigne de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime n'a pas à observer la procédure graduée prévue à l'art. 8 L. 9 déc. 2016 (Soc., 15 fév. 2023)**

Le salarié qui relate ou témoigne de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions n'est pas tenu de signaler l'alerte dans les conditions prévues par l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 organisant une procédure d'alerte graduée.

**64. Lanceur d'alerte : la mauvaise foi salarié qui relate ou témoigne de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime ne peut résulter que de la connaissance de la fausseté des faits (Soc., 15 fév. 2023, même arrêt que ci-dessus)**

Le salarié ne peut être licencié pour avoir relaté ou témoigné de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter que de la connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis.

**65. Lanceur d'alerte : office du juge des référés et charge de la preuve de la justification du licenciement (Soc., 1<sup>er</sup> fév. 2023)**

Il résulte des dispositions de l'article L. 1132-3-3 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022, et de celles des articles L. 1132-4 et R. 1455-6 du même code que, lorsqu'elle constate qu'un salarié présente des éléments permettant de présumer qu'il a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, il appartient à la formation de référé de la juridiction prud'homale de rechercher si l'employeur rapporte la preuve que sa décision de le licencier était justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

**66. L'absence d'élément fourni par le salarié sur le préjudice résultant du harcèlement moral invoqué ne dispense pas le juge de se prononcer sur l'existence de celui-ci (Soc., 15 fév. 2023)**

Il résulte des articles L. 1152-1 et L. 1154-1, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, du code du travail que, pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail, et, dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Encourt la cassation la cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande de dommages-intérêts au titre d'un harcèlement moral, retient que celui-ci ne donne aucun élément sur le préjudice qui en serait résulté et qu'aucun préjudice n'est automatique, alors qu'il lui appartenait préalablement de rechercher si les faits présentés par le salarié ne laissaient pas présumer l'existence d'un harcèlement moral et si, dans

l'affirmative, l'employeur prouvait que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

**67. VRP : seul le représentant engagé à titre exclusif par un seul employeur a droit à une ressource minimale forfaitaire** (Soc., 8 fév. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2)

Selon l'article L. 7313-6 du code du travail, le contrat de travail peut, pour sa durée, prévoir l'interdiction pour le voyageur, représentant ou placier, de représenter des entreprises ou des produits déterminés. (Arrêt 1)

Selon l'article 5-1 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, la fixation de la rémunération relève du libre accord des représentants de commerce et de leurs employeurs. Néanmoins, lorsqu'un représentant de commerce réalisant des ventes, au sens de la loi du 22 décembre 1972, est engagé à titre exclusif par un seul employeur, il aura droit, au titre de chaque trimestre d'emploi à plein temps, à une ressource minimale forfaitaire. (Arrêts 1 et 2)

Il en résulte que seul le représentant engagé à titre exclusif par un seul employeur a droit à une ressource minimale forfaitaire. Le caractère exclusif de l'engagement du représentant s'apprécie au regard des dispositions contractuelles. (Arrêts 1 et 2)

**68. Amiante : un salarié exposé à l'amiante peut demander réparation de son préjudice d'anxiété à l'entreprise utilisatrice** (Soc., 8 fév. 2023 ; Communiqué C. cass.)

Les dispositions de l'article R. 237-2, devenues les articles R. 4511-4, R. 4511-5 et R.4511-6 du code du travail, qui mettent à la charge de l'entreprise utilisatrice une obligation générale de coordination des mesures de prévention qu'elle prend et de celles que prennent l'ensemble des chefs des entreprises intervenant dans son établissement, et précisent que chaque chef d'entreprise est responsable de l'application des mesures de prévention nécessaires à la protection de son personnel, n'interdisent pas au salarié de l'entreprise extérieure de rechercher la responsabilité de l'entreprise utilisatrice, s'il démontre que celle-ci a manqué aux obligations mises à sa charge par le code du travail et que ce manquement lui a causé un dommage, sans qu'il soit nécessaire que la responsabilité de l'entreprise extérieure au titre de l'obligation de sécurité ait été retenue.

**69. Amiante : indemnisation distincte de celle relative au préjudice d'anxiété en cas d'utilisation illégale d'une substance toxique par l'employeur** (Soc., 8 fév. 2023 ; Communiqué C. cass.)

L'atteinte à la dignité du salarié constitue pour l'employeur un manquement grave à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail. La cour d'appel qui constate que l'employeur, qui avait bénéficié d'une dérogation jusqu'au 31 décembre 2001 l'autorisant à poursuivre l'utilisation de l'amiante malgré l'entrée en vigueur du décret n° 96-1133 du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante, et continué, en toute illégalité, à utiliser ce matériau de 2002 à 2005 alors qu'il n'était plus titulaire d'aucune autorisation dérogatoire, retient à bon droit que celui-ci a manqué à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail [et qu'en conséquence le salarié dont le droit à réparation au titre du préjudice d'anxiété est éteint peut néanmoins obtenir des dommages et intérêts au titre d'une atteinte à sa dignité].



RESPONSABLE DE LA PUBLICATION :

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

[ahontebeyrie@racine.eu](mailto: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.*