



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 victime d'un produit défectueux peut agir sur le fondement de l'art. 1240 C. civ. si elle établit que son dommage résulte d'une faute du producteur
2. Rupture unilatérale d'un contrat fondée sur la gravité du comportement d'une partie à un contrat non soumis aux dispositions issues de la réforme de 2016
3. Sauf clause expresse ou exceptions prévues par la loi, la cession d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit celle des créances et dettes du vendeur
4. Une partie ne peut se voir enjoindre de produire un élément de preuve qu'elle ne détient pas

### FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIÉTÉS – BOURSE

5

5. Le montant du remboursement dû à l'associé d'une société qui se retire constitue un bien au sens l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la CESDH
6. L'associé d'une société civile à capital variable qui se retire a, en application de l'art. 1869 C. civ., droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux
7. Cession de droits sociaux : conformité du régime de l'art. 1843-4 C. civ. à l'art. 6.1 CESDH, notamment en raison de la possibilité d'obtenir la nullité de l'expertise dans certains cas
8. Cession de droits sociaux : contrôle de l'évaluation opérée sur le fondement de l'art. 1843-4 C. civ. au regard du droit au respect des biens édicté à l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la CESDH
9. Cession de droits sociaux : date à prendre en considération par l'expert dans l'évaluation opérée sur le fondement de l'art. 1843-4 C. civ.
10. Une décision prise à l'unanimité des associés ne peut être constitutive d'un abus de majorité
11. Qualité de l'absorbante à agir en exécution forcée indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité applicables à la fusion-absorption
12. Sauf collusion frauduleuse, la publication de la nomination du gérant sur la base d'un faux fait obstacle à la nullité des conventions conclues par la société
13. La responsabilité personnelle d'un dirigeant de société civile ne peut être retenue à l'égard d'un tiers qu'en cas de faute séparable et se prescrit par cinq ans
14. Prescription de l'action en responsabilité intentée contre un commissaire aux comptes désigné en qualité de commissaire à la transformation
15. Commissariat aux comptes : le commissaire aux comptes n'est pas tenu de vérifier, à tout moment de l'exercice contrôlé, l'exactitude des pièces utiles à l'exercice de sa mission
16. Commissariat aux comptes : notion d'« opposition de la direction de l'entité » au sens de la norme d'exercice professionnel n° 505

### BANQUE – FINANCE – ASSURANCE

10

17. Cautionnement : le non-exercice de l'action en restitution d'un bien objet d'un contrat publié peut constituer une faute au sens de l'art. 2314 C. civ.
18. Principe de l'égalité des armes et délai imposé à la société sanctionnée par l'AMF pour exercer son recours principal en l'état d'un recours principal du président
19. Notion d'offre publique volontaire soumise aux dispositions d'ordre public du règlement général de l'AMF relatives aux offres publiques
20. Notion d'établissement financier au sens de la Dir. 2013/36/UE et du Règl. UE 648/2012

### PENAL – PENAL DES AFFAIRES

12

21. Changement de qualification juridique opérée par une juridiction répressive et droits de la défense

### FISCAL

13

22. La commission, par un contribuable, du délit de blanchiment de fraude fiscale n'est pas susceptible de causer à l'Etat un préjudice moral distinct de l'atteinte portée aux intérêts généraux de la société que l'action publique a pour fonction de réparer (
23. Si l'article L. 169 du livre des procédures fiscales prévoient, par exception, un délai dérogatoire de reprise de dix ans lorsque le contribuable exerce une activité occulte, ces dispositions n'ont pas pour effet de porter le délai de réclamation d'un contribuable exerçant une telle activité à dix ans lorsque l'administration a mis en œuvre son droit de reprise, à son égard, dans le délai de droit commun de trois ans
24. Inapplicabilité de la cascade aux sommes constitutives d'un avantage occulte
25. Précisions sur le transfert de déficits en cas de fusion
26. Prise en compte de l'employeur réel pour l'exonération de l'article 81 A I du CGI
27. Cotisations sociales sur les dividendes versés à une SPFFPL par une SEL

### RESTRUCTURATIONS

15

28. Déclaration de créance, interruption corrélative de la prescription à l'égard de la caution et désistement du créancier
29. Le juge-commissaire qui refuse de désigner contrôleur l'URSSAF qui en a fait la demande commet un excès de pouvoir
30. Lorsque la résolution du plan n'est pas suivie d'une liquidation le juge-commissaire ne peut plus être saisi pour statuer sur l'admission ou le rejet des créances
31. Couverture de l'indemnité de congés payés par l'AGS en l'état d'une modification de la situation de l'employeur intervenue dans le cadre d'une procédure collective
32. Incidence de l'annulation d'un jugement de liquidation judiciaire sur la rupture du contrat de travail intervenue antérieurement

### IMMOBILIER – CONSTRUCTION

17

33. Prescription de la responsabilité du vendeur au titre de l'information ou du conseil afférent à un investissement immobilier locatif avec défiscalisation
34. Responsabilité du notaire recherchée en raison de l'inopportunité d'un bail commercial et du risque d'annulation de l'une de ses clauses
35. Bail commercial : la sanction du réputé non écrit édictée à l'art. L. 145-15 C. com. s'applique même si la prescription de la nullité était antérieurement acquise
36. Bail commercial : le non-respect des délais accordés au locataire par une ordonnance entérine la clause résolutoire, peu important la mauvaise foi de la bailleuse à s'en prévaloir
37. Indivision : détermination de l'actif net de la masse à partager au regard des dépenses dont il est tenu compte aux indivisaires en application de l'art. 815-3 C. civ.
38. Bail d'habitation : en l'absence de la convocation requise, la partie qui a pris l'initiative de faire établir un état des lieux par huissier ne peut en obtenir remboursement
39. Bail d'habitation : inefficacité d'un état des lieux de sortie établi unilatéralement par le bailleur, sans commissaire de justice, et dont le défaut de contradiction est dû à sa carence

### CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION

19

40. Ententes : notion de concurrent potentiel
41. Ententes : accord de partenariat conclu entre deux entreprises actives sur des marchés de produits différents

- 42. Ententes : clause d'un accord de partenariat interdisant à l'une des parties d'entrer sur le marché national de la fourniture d'électricité, sur lequel l'autre est un acteur majeur
- 43. ADLC : un dispositif de recueil et de traitement des signalements à la disposition des lanceurs d'alertes
- 44. La faculté de saisir la commission d'examen des pratiques commerciales est laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges du fond

## IT – IP – DATA PROTECTION

20

- 45. Données personnelles : traitement de données d'un patient par son médecin
- 46. Données personnelles : droit de former un recours juridictionnel effectif contre la décision de l'autorité de contrôle de clôturer le processus de vérification
- 47. Liberté d'expression et principe du respect de la dignité humaine (
- 48. Prescription de l'action fondée sur une contrefaçon qui s'est inscrite dans la durée
- 49. Charte des droits fondamentaux de l'UE et sanctions encourues en cas d'usage, dans la vie des affaires, d'une marque sans le consentement du titulaire
- 50. Internet : notion de « mesures prises à l'encontre d'un service donné de la société de l'information » au sens de l'art. 3, § 4, Dir. 2000/31/CE
- 51. CNL : deux fiches thématiques à destination des professionnels du sport
- 52. CNL : sanctions infligées dans le cadre de la nouvelle procédure simplifiée

## SOCIAL

23

- 53. Action d'un syndicat visant l'irrégularité commise par l'employeur au regard de l'égalité de traitement ou de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles
- 54. Le manquement de l'employeur à l'obligation d'information et de consultation des IRP ne cause pas au salarié un préjudice personnel et direct
- 55. Conditions requises pour qu'une personne physique puisse être qualifiée d'entreprise dominante au sens de l'art. L. 2331-1 C. trav.
- 56. Congés payés : QPC sur les art. L. 3141-3 et L. 3141-5, 5° C. trav.
- 57. L'indemnité compensatrice de préavis versée au gérant non-salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire ouvre droit à congés payés
- 58. Couverture de l'indemnité de congés payés par l'AGS en l'état d'une modification de la situation de l'employeur intervenue dans le cadre d'une procédure collective
- 59. Licenciement économique : périmètre de l'obligation de reclassement en l'état d'entreprises d'un groupe n'appartenant pas à un même secteur d'activité
- 60. Licenciement économique : teneur du contrôle devant être opéré par l'administration sur les critères d'ordre des licenciements retenus dans le document unilatéral fixant le contenu du PSE (
- 61. Résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur qui a manqué à son obligation de réintégrer le salarié protégé dont le licenciement est nul
- 62. La cession d'un fonds de commerce ne rend pas à elle seule le cessionnaire recevable à intervenir à une instance initiée par un salarié licencié par le cédant
- 63. Incidence de l'annulation d'un jugement de liquidation judiciaire sur la rupture du contrat de travail intervenue antérieurement
- 64. Obligation de sécurité de l'employeur et consommation par le salarié d'une eau non-potable
- 65. CSE : prorogation des mandats consécutive à la saisine de l'autorité administrative en vue de fixer la répartition du personnel et des sièges dans les collèges électoraux

## DROIT DES OBLIGATIONS

—

1. **La victime d'un produit défectueux peut agir sur le fondement de l'art. 1240 C. civ. si elle établit que son dommage résulte d'une faute du producteur** (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 nov. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2 ; Arrêt 3 ; Arrêt 4 ; Communiqué C. cass.*)

Aux termes de l'article 1386-18, devenu 1245-17, du code civil, transposant l'article 13 de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, instaurant une responsabilité de plein droit du producteur au titre du dommage causé par un défaut de son produit, les dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité. Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond.

La Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que la référence, à l'article 13 de la directive, aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle doit être interprétée en ce sens que le régime mis en place par ladite directive n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute (CJCE, 25 avril 2002, Gonsalès-Sanchez, aff. C-183/00, point 31).

Il en résulte que la victime d'un dommage imputé à un produit défectueux peut agir en responsabilité contre le producteur sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, si elle établit que son dommage résulte d'une faute commise par le producteur, telle qu'un maintien en circulation du produit dont il connaît le défaut ou encore un manquement à son devoir de vigilance quant aux risques présentés par le produit.

2. **Rupture unilatérale d'un contrat fondée sur la gravité du comportement d'une partie à un contrat non soumis aux dispositions issues de la réforme de 2016** (*Com., 22 nov. 2023*)

La gravité du comportement d'une partie à un contrat non soumis aux dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls. En cas de contestation, c'est à la partie qui a mis fin au contrat de rapporter la preuve d'un tel comportement.

3. **Sauf clause expresse ou exceptions prévues par la loi, la cession d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit celle des créances et dettes du vendeur** (*Com., 25 oct. 2023*)

Il résulte des articles 1690 du code civil et L. 141-5 du code de commerce qu'en l'absence de clause expresse et sauf exceptions prévues par la loi, la cession d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit celle des obligations dont le vendeur pouvait être tenu en vertu d'engagements initialement souscrits par lui ni celle des créances qu'il détenait antérieurement à la cession.

Doit être censurée la cour d'appel qui, pour déclarer recevable l'intervention volontaire de la société cessionnaire d'un fonds de commerce dans une instance initiée par un salarié contestant son licenciement pour faute lourde prononcé par la société cédante, retient qu'il résulte du contrat qu'il était prévu que la société cessionnaire reprenne tous les actifs et tout le passif du bureau d'études, l'acte stipulant au paragraphe « propriété et jouissance » qu'elle serait propriétaire du bien apporté à compter

du 1<sup>er</sup> janvier 2015, et que toutes les opérations tant actives que passives depuis cette date seraient réputées faites pour son compte, et en déduit que, même si les créances prétendument détenues par la société cédante contre le salarié en exécution du contrat de travail et les actions qui s'y rattachent en défense et en demande ne sont pas expressément mentionnées, il résulte de ces stipulations que ces créances ont été transmises à l'occasion de cette opération d'apport du fonds, alors qu'elle relevait l'absence de clause stipulant expressément la cession des obligations dont le vendeur pouvait être tenu en vertu d'engagements initialement souscrits par lui ou des créances qu'il détenait antérieurement à la cession.

**4. Une partie ne peut se voir enjoindre de produire un élément de preuve qu'elle ne détient pas (Com., 8 nov. 2023)**

Il résulte de la combinaison des articles 10, 11 et 145 du code de procédure civile qu'il ne peut être enjoint à une partie, sur requête ou en référé, de produire un élément de preuve qu'elle ne détient pas.

## **FUSIONS/ACQUISITIONS – SOCIETES – BOURSE**

–

**5. Le montant du remboursement dû à l'associé d'une société qui se retire constitue un bien au sens l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la CESDH (Com., 8 nov. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2)**

Le montant du remboursement dû à l'associé d'une société qui se retire constituant un « bien », au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la demanderesse, société civile en conflit avec des associé qui en ont été exclus par des assemblées générales tenues en 1998, 2005 et 2009, est fondée à se prévaloir du droit garanti par ce texte aux fins de contester le processus de fixation de ce montant.

**6. L'associé d'une société civile à capital variable qui se retire a, en application de l'art. 1869 C. civ., droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux (Com., 8 nov. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2, mêmes arrêts que ci-dessus)**

Il résulte du second alinéa de l'article L. 231-1 du code de commerce que les sociétés dont les statuts contiennent la clause de variabilité du capital mentionnée au premier alinéa, demeurent soumises aux règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale, règles auxquelles il n'est dérogé que dans les limites des dispositions figurant aux articles L. 231-1 à L. 231-8 de ce code.

Il s'ensuit que l'associé d'une société civile à capital variable qui se retire a, en application de l'article 1869 du code civil, droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux et peut, à défaut d'accord amiable, la faire fixer par un expert désigné en application de l'article 1843-4 de ce code, cette valeur comprenant, sauf cas de perte, l'apport effectué mais ne s'y réduisant pas obligatoirement.

**7. Cession de droits sociaux : conformité du régime de l'art. 1843-4 C. civ. à l'art. 6.1 CESDH, notamment en raison de la possibilité d'obtenir la nullité de l'expertise dans certains cas (Com., 8 nov. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2, mêmes arrêts que ci-dessus)**

La demanderesse, société civile en conflit avec des associés qui en ont été exclus par des assemblées générales tenues en 1998, 2005 et 2009, invoquant la violation du droit d'accès à un tribunal à l'occasion d'une procédure portant sur la contestation de droits et obligations à caractère civil, les dispositions de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouvent à s'appliquer.

La situation invoquée par la demanderesse constitue une ingérence dans l'exercice de son droit d'accès à la justice, en ce que la décision désignant un expert chargé d'évaluer les droits sociaux [sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil, en l'occurrence civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014] est sans recours possible, sauf excès de pouvoir, et que l'évaluation à laquelle procède l'expert lie les parties et le juge, et ne peut être annulée qu'en cas d'erreur grossière.

Elle est toutefois justifiée par un but légitime, qui est de permettre à l'associé retrayant ou exclu d'être rapidement fixé sur le montant du remboursement qui lui est dû et à la société ainsi qu'aux autres associés de connaître ce montant, sans avoir à supporter les aléas d'une procédure judiciaire classique, à savoir une procédure comportant des possibilités de recours ordinaires lors des différentes phases du processus.

En outre, le droit d'accès à un tribunal de la demanderesse ne se trouve pas atteint dans sa substance même en ce que, d'une part, la décision de désigner un expert demeure soumise à un appel-nullité, en cas d'excès de pouvoir. En l'espèce, l'excès de pouvoir invoqué par la demanderesse, mais non retenu par la cour d'appel puis par la Cour de cassation dans le cadre d'une précédente instance, consiste dans le non-respect d'une phase de conciliation préalable, laquelle ne saurait atteindre le droit d'accès à un tribunal dans sa substance dès lors que cette phase préalable tend à la résolution du différend par une voie extra-judiciaire. D'autre part, l'évaluation des droits sociaux à laquelle procède l'expert désigné, si elle s'impose aux parties et au juge, s'effectue néanmoins sous le contrôle de ce dernier, le juge disposant du pouvoir d'annuler le rapport d'expertise, notamment en cas de manquement de l'expert aux exigences d'indépendance et d'impartialité et en cas d'erreur grossière. Selon une jurisprudence constante, l'erreur grossière peut notamment consister dans le choix erroné d'une date d'évaluation ou dans la soumission induite de l'expert à des méthodes d'évaluation limitant sa liberté d'appréciation. En l'espèce, la demanderesse a eu la possibilité de contester l'impartialité de l'expert devant la cour d'appel et d'invoquer à différents égards une erreur grossière.

Enfin, les limitations ainsi apportées au droit d'accès au juge se situent dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'objectif légitime visé.

**8. Cession de droits sociaux : contrôle de l'évaluation opérée sur le fondement de l'art. 1843-4 C. civ. au regard du droit au respect des biens édicté à l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la CESDH (Com., 8 nov. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2, mêmes arrêts que ci-dessus)**

Le montant du remboursement dû à l'associé d'une société qui se retire constituant un « bien », au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la demanderesse est fondée à se prévaloir du droit garanti par ce texte aux fins de contester le processus de fixation de ce montant.

Un tel processus constitue une ingérence dans l'exercice de ce droit dans la mesure où il consiste à faire évaluer par un expert désigné en justice le montant de ce remboursement, dès lors que cet expert est libre du choix de la méthode d'évaluation, sans être tenu par les règles prévues par les statuts de la société.

Cette ingérence a une base légale claire et accessible en droit interne en ce qu'elle est fondée sur l'article 1843-4 du code civil [en l'occurrence dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014] et sur la jurisprudence constante qui a précisé la portée de ce texte, cette jurisprudence étant, pour la personne concernée, accessible, claire et prévisible.

Cette ingérence est justifiée par un but légitime, à savoir la recherche d'un juste prix, laquelle pourrait être compromise, spécialement en cas de retrait ou d'exclusion d'un associé minoritaire, par l'application de clauses relatives à l'évaluation des droits sociaux, conçues par le groupe majoritaire ou modifiées par lui en cours de vie sociale.

Cependant, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, une telle ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts concurrents en présence.

L'arrêt attaqué relève que l'article L. 231-1 du code de commerce, applicable à la demanderesse, qui est une société civile à capital variable, prévoit la reprise des apports mais ne précise pas sur quelle base doit être effectué le remboursement des droits sociaux du retrayant, ce dont il tire la conséquence qu'il revient à l'expert de fixer les règles d'évaluation applicables. Il relève qu'en cas de contestation de la valeur de rachat, l'article 1843-4 du code civil, dans sa version applicable aux faits, a vocation à s'appliquer et confère à l'expert la faculté de déterminer librement les critères qu'il juge appropriés, sans être tenu, lorsqu'elles existent, par les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts ou la convention liant les parties. Il en déduit que le même objectif d'intérêt général de recherche d'un juste prix justifie l'articulation entre les articles 1843-4 du code civil et L. 231-1 du code de commerce, et qu'il soit fait application de l'article 1843-4 du code civil en cas de contestation de la valeur de rachat de parts d'une société à capital variable, sans porter une atteinte injustifiée au droit au respect des biens.

Il ressort de ces énonciations et constatations que la liberté dont a bénéficié l'expert désigné dans le choix d'une méthode d'évaluation des droits sociaux d'associés exclus, sans être lié par les règles et modalités fixés par les statuts de la demanderesse mais sans exclure la possibilité de s'y référer, poursuivait l'unique objectif de parvenir à une juste évaluation, laquelle, soumise à l'appréciation des juges, n'a pas révélé d'erreur grossière.

Il s'ensuit que la mesure contestée ne porte pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens de la demanderesse.

#### **9. Cession de droits sociaux : date à prendre en considération par l'expert dans l'évaluation opérée sur le fondement de l'art. 1843-4 C. civ. (Com., 8 nov. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2, mêmes arrêts que ci-dessus)**

Ayant constaté, par des motifs non argués de dénaturation, qu'aucune disposition des statuts ou du règlement intérieur ne fixait la date d'évaluation des parts par l'expert désigné en application de l'article 1843-4 du code civil [en l'occurrence dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014], une cour d'appel a retenu, à juste titre, sans ajouter à la loi ni méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées, que l'expert devait dès lors se placer à la date la plus proche du remboursement. (Arrêt 1)

Ayant constaté, par des motifs non argués de dénaturation, qu'aucune disposition des statuts ou du règlement intérieur ne fixait la date d'évaluation des parts par l'expert désigné en application de l'article 1843-4 du code civil [en l'occurrence dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014], et rappelé que l'expert devait dès lors se placer à la date la plus proche du remboursement, c'est à bon droit que, sans ajouter à la loi ni méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées, une cour d'appel a retenu qu'en se plaçant à la date du 31 décembre 2009, celui-ci n'avait commis aucune erreur grossière. (Arrêt 2)

**10. Une décision prise à l'unanimité des associés ne peut être constitutive d'un abus de majorité (Com., 8 nov. 2023)**

Une décision prise à l'unanimité des associés ne peut être constitutive d'un abus de majorité.

N'est donc pas fondé le moyen par lequel une société et le cessionnaire des titres composant le capital de cette dernière font notamment valoir, pour critiquer la décision des juges d'appel qui a refusé d'annuler des résolutions votées à l'unanimité antérieurement à la cession, que l'abus de majorité peut exister nonobstant le vote du minoritaire en faveur de la délibération litigieuse.

**11. Qualité de l'absorbante à agir en exécution forcée indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité applicables à la fusion-absorption (Com., 8 nov. 2023)**

Selon l'article L. 236-3, I, du code de commerce, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération.

Il résulte de l'article L. 236-4, 2°, du même code qu'en cas de fusion sans création d'une société nouvelle, l'opération prend effet à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé la fusion, sauf si le contrat prévoit que la fusion prend effet à une autre date.

Cassation de l'arrêt qui, pour dire qu'une société absorbante ne justifie pas de sa qualité à agir aux fins de remboursement d'un prêt consenti par l'absorbée, retient qu'il résulte des dispositions des articles L. 236-3, L. 123-9 et L. 237-2 du code de commerce qu'en cas de fusion-absorption, la dissolution de la société absorbée n'est opposable aux tiers que par sa mention au registre du commerce et des sociétés avec l'indication de sa cause, ainsi que celle de la raison sociale ou dénomination, de la forme juridique, du siège des personnes morales ayant participé à l'opération, et que l'absorbante ne justifie ni en première instance ni en appel du dépôt au greffe du registre du commerce et des sociétés du projet de fusion prévu à l'article L. 236-6 du code de commerce, ce dont il déduit qu'elle ne justifie pas de sa qualité de prêteur, alors que ladite société absorbante ayant, par l'effet de la fusion-absorption réalisée le 23 décembre 2004, recueilli l'intégralité du patrimoine de l'absorbée, elle avait qualité pour agir en exécution forcée contre les emprunteurs, indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité applicables à cette opération.

**12. Sauf collusion frauduleuse, la publication de la nomination du gérant sur la base d'un faux fait obstacle à la nullité des conventions conclues par la société (Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 oct. 2023)**

La contrefaçon d'une signature figurant sur un procès-verbal d'assemblée générale portant désignation d'un gérant constitue une irrégularité dans la nomination, au sens de l'article 1846-2 du code civil, dont les termes sont similaires à ceux de l'article L. 210-9, alinéa 1, du code de commerce, applicable aux sociétés commerciales.

Sauf collusion frauduleuse entre le gérant et le tiers cocontractant, la publication de la nomination du gérant sur la base d'un procès-verbal convaincu de faux fait obstacle, par application du texte précité, à la contestation par la société de conventions conclues en son nom par la personne désignée gérant dans de telles conditions.

**13. La responsabilité personnelle d'un dirigeant de société civile ne peut être retenue à l'égard d'un tiers qu'en cas de faute séparable et se prescrit par cinq ans (Com., 14 nov. 2023)**

Il résulte de l'article 1850 du code civil que la responsabilité personnelle d'un dirigeant de société civile ne peut être retenue à l'égard d'un tiers que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions.

Ayant relevé que les consentements réciproques des deux sociétés contractantes A et B, toutes deux représentées par M. [N], leur dirigeant, ne pouvaient s'exprimer que par l'intermédiaire de ce dernier, puis retenu qu'en prenant la décision, en sa qualité de gérant de la société A, société civile immobilière, de vendre un immeuble à la société B à un prix dont il savait qu'il excédait très largement celui du marché, M. [N] a commis une faute dolosive engageant sa responsabilité civile envers cette société B, et ainsi fait ressortir que M. [N] avait commis une faute séparable de ses fonctions de gérant de la société A, une cour d'appel a retenu à bon droit que l'action en responsabilité délictuelle exercée à son encontre par le liquidateur judiciaire de la société B était soumise, en l'absence de disposition dérogatoire, au délai de prescription quinquennale de droit commun prévu à l'article 2224 du code civil [et non à la prescription triennale de l'article L. 223-23 du code de commerce].

**14. Prescription de l'action en responsabilité intentée contre un commissaire aux comptes désigné en qualité de commissaire à la transformation (Com., 8 nov. 2023)**

Le délai de prescription triennale prévu à l'article L. 225-254 du code de commerce ne s'applique pas à l'action en responsabilité exercée antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 contre un commissaire à la transformation désigné, non pas en sa qualité de commissaire aux comptes de la société, mais en raison de son inscription sur la liste réglementaire des commissaires aux comptes.

**15. Commissariat aux comptes : le commissaire aux comptes n'est pas tenu de vérifier, à tout moment de l'exercice contrôlé, l'exactitude des pièces utiles à l'exercice de sa mission (Com., 15 nov. 2023)**

Le commissaire aux comptes, s'il doit avoir accès à toute époque de l'année à toutes les pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission, et notamment aux contrats, livres et documents comptables afin de procéder aux vérifications et contrôles qu'il juge opportuns, n'est pas pour autant tenu de vérifier, à tout moment de l'exercice contrôlé, l'exactitude de ces éléments.

**16. Commissariat aux comptes : notion d'« opposition de la direction de l'entité » au sens de la norme d'exercice professionnel n° 505 (Com., 15 nov. 2023, même arrêt que ci-dessus)**

Il résulte de l'article L. 821-13 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016 qu'en l'absence de norme internationale d'audit adoptée par la Commission de l'Union européenne, les commissaires aux comptes se conforment aux normes d'exercice professionnel élaborées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes et homologuées par le garde des sceaux, ministre de la justice, après avis du Haut Conseil du commissariat aux comptes.

Aux termes de l'article L. 822-17 du même Code, les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la personne ou de l'entité contrôlée que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions.

Il résulte de la norme d'exercice professionnel n° 505, homologuée par arrêté ministériel du 22 décembre 2006, que le commissaire aux comptes a la maîtrise de la sélection des tiers à qui il souhaite adresser les demandes de confirmation, que si la direction de l'entité s'oppose aux demandes de confirmation des tiers envisagées par le commissaire aux comptes, il examine si ce refus se fonde sur des motifs valables et collecte sur ces motifs des éléments suffisants et appropriés, que s'il considère que le refus de la direction est fondé, le commissaire aux comptes met en œuvre des procédures d'audit alternatives afin d'obtenir les éléments suffisants et appropriés sur le ou les points concernés par les demandes, tandis que s'il considère que le refus de la direction n'est pas fondé, il en tire les conséquences éventuelles dans son rapport.

S'analyse comme une opposition de la direction de l'entité, au sens de cette norme, toute déclaration ou tout comportement susceptible de conduire le commissaire aux comptes à ne pas adresser une demande de confirmation à un tiers qu'il avait sélectionné.

## **BANQUE – FINANCE – ASSURANCE**

—

### **17. Cautionnement : le non-exercice de l'action en restitution d'un bien objet d'un contrat publié peut constituer une faute au sens de l'art. 2314 C. civ. (Com., 8 nov. 2023)**

Il résulte de l'article 2314 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, et des articles L. 624-10 et R. 624-14 du code de commerce que si la demande de restitution d'un bien, objet d'un contrat publié, fondée sur les articles L. 624-10 et R. 624-14 du code de commerce, ne constitue qu'une faculté pour le propriétaire de ce bien, ce dernier, lorsque sa créance est par ailleurs garantie par un cautionnement, commet une faute, au sens de l'article 2314 du code civil, si, en s'abstenant d'exercer l'action en restitution, il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter.

### **18. Principe de l'égalité des armes et délai imposé à la société sanctionnée par l'AMF pour exercer son recours principal en l'état d'un recours principal du président (Com., 8 nov. 2023)**

Le principe de l'égalité des armes, tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (CEDH, arrêt du 24 février 1997, De Haes et Gijssels c. Belgique, n° 19983/92, § 53) et il doit en être ainsi, spécialement, du droit à l'exercice des voies de recours. En matière pénale, les exigences du procès équitable sont plus strictes qu'en matière civile (CEDH, arrêt du 3 octobre 2006, Ben Naceur c. France, n° 63879/00, § 34 ; CEDH, arrêt du 27 octobre 1993, Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas, n° 14448/88, § 32).

Les condamnations prononcées par la commission des sanctions de l'AMF relèvent de la matière pénale au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les dispositions de l'article L. 621-30 du code monétaire et financier prévoient la possibilité pour les personnes sanctionnées et le président de l'AMF d'exercer un recours contre les décisions de la commission des sanctions. Si elles ouvrent également au président de l'AMF la possibilité d'exercer un recours incident en cas de recours exercé par la personne sanctionnée, elles ne prévoient pas que celle-ci puisse, dans l'hypothèse d'un recours du président de l'AMF, former un recours incident. Or, le recours tant principal qu'incident du président de l'AMF peut, à la différence de celui de la personne sanctionnée, conduire à une aggravation de la sanction prononcée par la commission des sanctions. Il s'ensuit que lorsque le président de l'AMF exerce son recours peu de temps avant l'expiration du délai de deux mois à compter de la notification de la décision de la commission des sanctions, prévu à l'article R. 621-44 du code monétaire et financier, la personne sanctionnée peut ne plus être en mesure d'en tirer les conséquences quant à l'opportunité de son propre recours principal, en particulier dans l'hypothèse où la décision de la commission des sanctions n'a retenu qu'une partie des griefs notifiés et que le recours du président de l'AMF ne concerne que les griefs qui n'ont pas fait l'objet d'une sanction.

La faculté, pour la personne sanctionnée, de présenter, en cas de recours principal du président de l'AMF, des demandes reconventionnelles devant la cour d'appel, qui dépend des demandes formées par ce dernier dès lors qu'en application de l'article 70 du code de procédure civile les demandes reconventionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant, ne peut, dans ces conditions, à elle seule, suffire à garantir le caractère juste et équitable de la procédure ainsi que l'équilibre des droits des parties.

De ce qui précède, il résulte que, lorsque le recours principal du président de l'AMF se borne à contester la décision de la commission des sanctions en tant qu'elle a écarté certains griefs, la personne sanctionnée doit, afin que soit garanti le principe de l'égalité des armes, pouvoir encore disposer, à compter de la notification du recours principal du président de l'AMF, d'un délai raisonnable lui permettant d'exercer de manière concrète et efficiente son propre recours principal par lequel elle conteste la décision de la commission des sanctions en tant qu'elle a retenu des griefs à son encontre.

Cassation de l'arrêt qui déclare irrecevable le recours de la société sanctionnée, sans rechercher si l'obligation de former, dans le délai de quatre jours, comprenant un samedi et un dimanche, à compter de la notification du recours principal du président de l'AMF, son propre recours principal afin de contester le bien-fondé du grief retenu à son encontre par la commission des sanctions, ne plaçait pas ladite société dans une situation de net désavantage par rapport au président de l'AMF et si, par conséquent, le délai pour introduire ce recours ne devait pas être prolongé pour garantir le principe de l'égalité des armes.

#### **19. Notion d'offre publique volontaire soumise aux dispositions d'ordre public du règlement général de l'AMF relatives aux offres publiques (Com., 8 nov. 2023, même arrêt que ci-dessus)**

En premier lieu, aux termes de l'article 2, § 1, sous a), de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, aux fins de cette directive, on entend par « offre publique d'acquisition » ou « offre » : « une offre publique (à l'exclusion d'une offre faite par la société visée elle-même) faite aux détenteurs des titres d'une société pour acquérir tout ou partie desdits titres, que l'offre soit obligatoire ou volontaire, à condition qu'elle suive ou ait pour objectif l'acquisition du contrôle de la société visée selon le droit national ».

Aux termes de l'article L. 433-1, I, du code monétaire et financier, issu de la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006 ayant transposé la directive susvisée, « [a]fin d'assurer l'égalité des actionnaires et la transparence des marchés, le règlement général de l'Autorité des marchés financiers fixe les règles relatives aux offres

publiques portant sur des instruments financiers émis par une société dont le siège social est établi en France et qui sont admis aux négociations sur un marché réglementé français. »

Selon l'article 231-1, 1, du règlement général de l'AMF, le titre III du livre II de ce règlement, consacré aux offres publiques d'acquisition, s'applique notamment à toute offre faite publiquement aux détenteurs d'instruments financiers négociés sur un marché réglementé d'un État membre de l'Union européenne, y compris la France, pour laquelle l'AMF est l'autorité compétente dans le cas prévu au I de l'article L. 433-1 du code monétaire et financier, par une personne agissant seule ou de concert au sens des articles L. 233-10 ou L. 233-10-1 du code de commerce, en vue d'acquérir tout ou partie de ces instruments financiers.

En second lieu, les dispositions du règlement général de l'AMF relatives aux offres publiques, qui ont pour objectif, ainsi que l'énonce l'article L. 433-1 du code monétaire et financier, d'assurer l'égalité des actionnaires et la transparence des marchés financiers et poursuivent, dès lors, une finalité d'intérêt général, relèvent de l'ordre public économique de direction.

De ce qui précède, il résulte qu'à l'exclusion de celle faite par la société visée, toute offre faite volontairement et publiquement aux détenteurs d'instruments financiers par une personne, agissant seule ou de concert au sens des articles L. 233-10 ou L. 233-10-1 du code de commerce, pour acquérir tout ou partie de ces instruments financiers, constitue, dès lors qu'elle suit ou a pour objectif l'acquisition du contrôle de la société visée, une offre publique volontaire soumise aux dispositions d'ordre public du règlement général de l'AMF relatives aux offres publiques.

**20. Notion d'établissement financier au sens de la Dir. 2013/36/UE et du Règl. UE 648/2012 (CJUE, 26 oct. 2023)**

L'article 3, paragraphe 1, point 22, de la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, ainsi que l'article 4, paragraphe 1, point 26, du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, doivent être interprétés en ce sens qu'une entreprise dont l'activité consiste à prendre des participations dans des sociétés qui n'exercent pas d'activités dans le secteur financier ne relève pas de la notion d'« établissement financier », au sens de cette directive et de ce règlement.

## **PENAL – PENAL DES AFFAIRES**

–

**21. Changement de qualification juridique opérée par une juridiction répressive et droits de la défense (CJUE, 9 nov. 2023)**

L'article 6, paragraphe 4, de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une jurisprudence nationale permettant à une juridiction statuant au fond dans une affaire pénale de retenir une qualification juridique des faits incriminés différente de celle initialement retenue par le ministère public sans informer en temps utile la personne poursuivie de la nouvelle

qualification envisagée à un moment et dans des conditions qui lui permettraient de préparer efficacement sa défense, et, partant, sans offrir à cette personne l'opportunité d'exercer les droits de la défense d'une manière concrète et effective au regard de cette nouvelle qualification. Ne revêt aucune pertinence, dans ce contexte, la circonstance que ladite qualification n'est pas susceptible d'entraîner l'application d'une peine plus sévère que l'infraction pour laquelle la personne était initialement poursuivie.

Les articles 3 et 7 de la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2016, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, ainsi que l'article 47, deuxième alinéa, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale permettant à une juridiction statuant au fond dans une affaire pénale de retenir, de sa propre initiative ou à la suite d'une suggestion de la personne poursuivie, une qualification juridique des faits incriminés différente de celle initialement retenue par le ministère public, pour autant que cette juridiction ait informé en temps utile la personne poursuivie de la nouvelle qualification envisagée, à un moment et dans des conditions qui lui ont permis de préparer efficacement sa défense, et ait offert ainsi à cette personne l'opportunité d'exercer les droits de la défense d'une manière concrète et effective au regard de la nouvelle qualification ainsi retenue.

## FISCAL

—

- 22. La commission, par un contribuable, du délit de blanchiment de fraude fiscale n'est pas susceptible de causer à l'Etat un préjudice moral distinct de l'atteinte portée aux intérêts généraux de la société que l'action publique a pour fonction de réparer (Crim., 15 nov. 2023)**

La commission, par un contribuable, du délit de blanchiment de fraude fiscale n'est pas susceptible de causer à l'Etat un préjudice moral distinct de l'atteinte portée aux intérêts généraux de la société que l'action publique a pour fonction de réparer.

- 23. Si l'article L. 169 du livre des procédures fiscales prévoient, par exception, un délai dérogatoire de reprise de dix ans lorsque le contribuable exerce une activité occulte, ces dispositions n'ont pas pour effet de porter le délai de réclamation d'un contribuable exerçant une telle activité à dix ans lorsque l'administration a mis en œuvre son droit de reprise, à son égard, dans le délai de droit commun de trois ans (CE, 9 nov. 2023)**

Si les dispositions de l'article L. 169 du livre des procédures fiscales prévoient, par exception, un délai dérogatoire de reprise de dix ans lorsque le contribuable exerce une activité occulte, ces dispositions n'ont pas pour effet de porter le délai de réclamation d'un contribuable exerçant une telle activité à dix ans lorsque l'administration a mis en œuvre son droit de reprise, à son égard, dans le délai de droit commun de trois ans.

#### **24. Inapplicabilité de la cascade aux sommes constitutives d'un avantage occulte (CE, 25 oct. 2023)**

Le troisième alinéa de l'article L. 77 du livre des procédures fiscales ne s'applique que dans l'hypothèse d'une taxation entre les mains d'un associé ou actionnaire de sommes réputées distribuées en conséquence d'un rehaussement des résultats d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés.

Par suite, ne peuvent bénéficier du mécanisme de la « cascade » qu'il prévoit les sommes, constitutives d'une libéralité, directement appréhendées par l'associé et taxées entre ses mains sur le fondement du c de l'article 111 du CGI.

La circonstance qu'une entreprise ait réalisé une marge lors de la revente, à une partie avec laquelle elle est liée par des liens d'intérêts, d'un bien inscrit à son actif circulant est sans incidence sur l'existence d'un avantage occulte au sens du c de l'article 111 du code général des impôts.

#### **25. Précisions sur le transfert de déficits en cas de fusion (CE, 17 oct. 2023)**

Il résulte du b du II de l'article 209 du code général des impôts que la condition qu'il énonce tient à ce qu'examinée pour elle-même, l'activité transférée à la société absorbante n'ait pas fait l'objet de changement significatif pendant la période au titre de laquelle ont été constatés les déficits dont le transfert est demandé. La période sur laquelle est appréciée cette condition s'étend de l'exercice de naissance des déficits en cause jusqu'à celui au cours duquel est effectuée la demande tendant à leur transfert.

Eu égard aux conditions et modalités d'exercice de l'activité transférée durant cette période, l'agrément peut toutefois être accordé par l'administration pour une fraction seulement des déficits dont le transfert est demandé.

Eu égard à ces mêmes conditions et modalités d'exercice, le juge de l'excès de pouvoir, saisi d'une argumentation en ce sens, peut annuler un refus d'agrément en tant seulement qu'il refuserait le transfert d'une fraction des déficits concernés.

Pour rejeter des conclusions tendant à l'annulation du refus de délivrer un agrément demandé, la Cour administrative d'appel a relevé que la production vendue par la société requérante avait considérablement chuté entre l'exercice clos le 31 décembre n et l'exercice clos le 31 décembre n+5 et que les effectifs de la société avaient également diminué entre ces deux exercices.

En se fondant sur ces seuls éléments pour juger que les baisses ainsi constatées étaient constitutives d'un changement significatif de l'activité de la société absorbée au sens du b du II de l'article 209 du CGI, sans prendre en compte l'ensemble des éléments caractérisant l'activité de la société au cours de la période et le contexte économique dans lequel ces évolutions en termes de chiffre d'affaires et d'effectif s'inscrivaient, la cour a commis une erreur de droit.

#### **26. Prise en compte de l'employeur réel pour l'exonération de l'article 81 A I du CGI (CE, 17 oct. 2023)**

Pour l'application du I de l'article 81 A du code général des impôts, la circonstance qu'une personne ayant son domicile fiscal en France soit formellement liée par un contrat de travail avec une société établie, tout à la fois, hors de France, d'un autre Etat membre de l'Union européenne et d'un autre Etat membre de l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative ne suffit pas, à elle seule, à exclure que cette personne puisse se trouver dans une relation de subordination à l'égard d'un employeur établi en France, dans un autre Etat membre de l'UE ou dans un autre Etat membre de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative.

Dans une telle hypothèse, il appartient au juge de l'impôt, saisi d'une argumentation en ce sens, de rechercher si, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et des justifications produites par le salarié, celui-ci peut être regardé comme ayant été envoyé, pour l'exercice de son activité salariée, par un employeur établi en France, au sein d'un Etat membre de l'UE ou d'un autre Etat membre de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative, dans un Etat autre que la France et que celui du lieu d'établissement de cet employeur et, par suite, comme relevant du champ d'application de l'exonération prévue au I de l'article 81 A du CGI.

Le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique des faits sur l'identification, par les juges du fond, de l'employeur réel d'un salarié domicilié en France sollicitant le bénéfice de l'exonération d'impôt sur le revenu prévue au I de l'article 81 A du code général des impôts à raison des revenus perçus dans le cadre d'un détachement à l'étranger.

## **27. Cotisations sociales sur les dividendes versés à une SPFPL par une SEL (Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 oct. 2023)**

Il résulte de l'article L. 131-6, III, du code de la sécurité sociale, dans ses rédactions successives résultant des lois n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 et n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 applicables au litige, que les bénéfices de la société d'exercice libéral, au sein de laquelle le travailleur indépendant exerce son activité, constituent le produit de son activité professionnelle et doivent entrer dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale dont il est redevable, y compris lorsque ces bénéfices sont distribués à la société de participations financières de profession libérale, qui détient le capital de la société d'exercice libéral.

## **RESTRUCTURATIONS**

—

## **28. Déclaration de créance, interruption corrélative de la prescription à l'égard de la caution et désistement du créancier (Com., 25 oct. 2023)**

Il résulte de la combinaison des articles 2241, 2242 et 2246 du code civil et de l'article L. 622-24 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, que la déclaration de créance au passif du débiteur principal en procédure collective interrompt la prescription à l'égard de la caution et que cet effet se prolonge jusqu'à la clôture de la procédure collective.

Cassation de l'arrêt qui, pour déclarer prescrite l'action engagée par une banque à l'égard d'une caution, après avoir constaté que les parties s'accordent sur le délai de prescription quinquennale édicté à l'article L. 110-4 du code de commerce et exactement énoncé que la déclaration de créance au passif de la procédure collective du débiteur principal interrompt la prescription à l'égard de la caution jusqu'à la clôture de la procédure et que le désistement visé par l'article 2243 du code civil doit être pur et simple, retient que la déclaration de créance effectuée par la banque le 6 janvier 2012 a interrompu la prescription à l'égard de la caution jusqu'au 13 janvier 2017, date de clôture de la liquidation judiciaire de la débitrice principale, de sorte que, pendant ce délai, la banque n'avait pas à réaliser de diligences interruptives de prescription, et ajoute cependant que le désistement pur et simple, par la banque, de sa demande en paiement contre la caution, constaté par le jugement irrévocable du 5 octobre 2018, sans précision que l'instance sera reprise ultérieurement, rend « inopérante » la nouvelle assignation tendant aux mêmes fins que la banque a délivrée à la caution le 30 août 2018, dans la mesure où l'interruption

de la prescription était devenue non-avenue par l'effet du désistement, puis en déduit que la date d'exigibilité de la créance à l'endroit de la caution, le 18 janvier 2013, date du jugement de liquidation judiciaire, constitue le seul point de départ du délai de prescription, de sorte que la prescription quinquennale était acquise depuis le 19 janvier 2018, alors qu'elle constatait que le délai de prescription quinquennale avait été interrompu par la déclaration de créance du 6 janvier 2012 et ce jusqu'au 13 janvier 2017, de sorte qu'un nouveau délai de prescription de cinq ans avait commencé à courir à compter de cette dernière date et que l'action de la banque n'était donc pas prescrite à la date de la seconde assignation du 30 octobre 2018.

**29. Le juge-commissaire qui refuse de désigner contrôleur l'URSSAF qui en a fait la demande commet un excès de pouvoir (Com., 25 oct. 2023)**

L'article L. 621-10, alinéa 2, du code de commerce dispose que les administrations financières et les organismes et institutions mentionnés au premier alinéa de l'article L. 626-6 du même code sont désignés contrôleurs s'ils en font la demande.

Commets un excès de pouvoir, le juge-commissaire qui refuse de désigner contrôleur l'union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) qui en a fait la demande.

**30. Lorsque la résolution du plan n'est pas suivie d'une liquidation le juge-commissaire ne peut plus être saisi pour statuer sur l'admission ou le rejet des créances (Com., 25 oct. 2023)**

Selon l'article L. 626-27, I, alinéa 4, du code de commerce, rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L. 631-19 du même code, le jugement prononçant la résolution du plan de redressement met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est toujours en cours.

Il en résulte que, lorsque la résolution du plan n'est pas suivie d'une procédure de liquidation, en l'absence de procédure collective en cours, le juge-commissaire ne peut plus être saisi pour statuer sur l'admission ou le rejet des créances.

**31. Couverture de l'indemnité de congés payés par l'AGS en l'état d'une modification de la situation de l'employeur intervenue dans le cadre d'une procédure collective (Soc., 8 nov. 2023)**

Lorsque la modification de la situation de l'employeur [cession d'entreprise] intervient dans le cadre d'une procédure collective, l'indemnité de congés payés, qui s'acquiert mois par mois et qui correspond au travail effectué pour le compte de l'ancien employeur, est inscrite au passif de ce dernier et est couverte par l'Agence de garantie des salaires (AGS) dans la limite de sa garantie.

**32. Incidence de l'annulation d'un jugement de liquidation judiciaire sur la rupture du contrat de travail intervenue antérieurement (Soc., 22 nov. 2023)**

Cf. brève n° 62.

## IMMOBILIER – CONSTRUCTION

### 33. Prescription de la responsabilité du vendeur au titre de l'information ou du conseil afférent à un investissement immobilier locatif avec défiscalisation (Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 oct. 2023)

Il résulte de la combinaison des articles 2224 du code civil et 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.

Selon l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. Il en résulte que le demandeur qui sollicite une expertise en vue de soutenir, lors d'un litige ultérieur, des prétentions manifestement irrecevables ou mal fondées, ne justifie pas d'un motif légitime à son obtention.

Il est jugé que le délai de l'action en responsabilité, qu'elle soit de nature contractuelle ou délictuelle, court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en a pas eu précédemment connaissance (1<sup>er</sup> Civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 09-12.710, Bull. 2010, I, n° 62 ; 2<sup>e</sup> Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-17.754, Bull. 2017, II, n° 102).

Cassation de l'arrêt qui, pour fixer le point de départ de l'action en responsabilité qui pourrait être exercée par les acquéreurs contre le vendeur et ses mandataires au jour de l'acquisition des biens litigieux et rejeter la demande d'expertise des acquéreurs [au motif que leur action au fond serait manifestement irrecevable parce que prescrite], retient que, s'agissant du manquement à l'obligation d'information ou de conseil, le dommage consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'établissement de l'acte critiqué, alors que, s'agissant d'un investissement immobilier locatif avec défiscalisation, la manifestation du dommage pour les acquéreurs ne pouvait résulter que de faits susceptibles de leur révéler l'impossibilité d'obtenir la rentabilité prévue lors de la conclusion du contrat.

### 34. Responsabilité du notaire recherchée en raison de l'inopportunité d'un bail commercial et du risque d'annulation de l'une de ses clauses (Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2023)

En application de l'article 1382, devenu 1240 du code civil, le notaire est tenu d'éclairer les parties et d'appeler leur attention sur la portée, les effets et les risques des actes auxquels il prête son concours.

Cassation de l'arrêt qui, pour accueillir l'appel en garantie de propriétaires contre un notaire, retient que celui-ci a manqué à son devoir de conseil en s'abstenant de vérifier que les principales clauses du bail commercial, qui constituait un élément fondamental dans l'ensemble contractuel, étaient conformes aux attentes d'investisseurs des acquéreurs et en omettant d'attirer leur attention les conséquences du risque d'annulation de la clause de renonciation du locataire au paiement d'une indemnité d'éviction stipulée dans ce bail, lequel pouvait avoir une incidence sur leurs projets concernant l'utilisation du bien au terme normal du bail, alors que le notaire n'était pas tenu d'une obligation de conseil concernant l'opportunité économique d'un bail commercial conclu par les acquéreurs sans son concours, ni de les mettre en garde sur le risque d'annulation d'une clause de ce bail qui était sans incidence sur la validité et l'efficacité de l'acte de vente qu'il instrumentait.

**35. Bail commercial : la sanction du réputé non écrit édictée à l'art. L. 145-15 C. com. s'applique même si la prescription de la nullité était antérieurement acquise (Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2023, même arrêt que ci-dessus)**

Il résulte de l'article 2 du code civil que la loi nouvelle régit les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées. La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, qui, en ce qu'elle a modifié l'article L. 145-15 du code de commerce, a substitué, à la nullité des clauses ayant pour effet de faire échec au droit au renouvellement, leur caractère réputé non écrit, est applicable aux baux en cours et l'action tendant à voir réputée non écrite une clause du bail n'est pas soumise à prescription (3<sup>e</sup> Civ., 19 novembre 2020, pourvoi n° 19-20.405, publié).

Dès lors, quand bien même la prescription de l'action en nullité des clauses susvisées était antérieurement acquise, la sanction du réputé non écrit est applicable aux baux en cours.

**36. Bail commercial : le non-respect des délais accordés au locataire par une ordonnance entérine la clause résolutoire, peu important la mauvaise foi de la bailleuse à s'en prévaloir (Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 oct. 2023)**

Il résulte de l'article L. 145-41 du code de commerce que lorsqu'une ordonnance de référé passée en force de chose jugée a accordé au titulaire d'un bail à usage commercial des délais pour régler un arriéré de loyers et le loyer courant en suspendant la réalisation de la clause résolutoire, le non-respect de ces délais rend la clause définitivement acquise sans que la mauvaise foi de la bailleuse à s'en prévaloir puisse y faire obstacle.

Cassation de l'arrêt qui, pour dire que la clause résolutoire doit être réputée ne pas avoir joué, retient qu'au regard du solde minime restant dû par rapport à l'importance de la dette initiale et du versement par la locataire de 20 000 euros en huit mois quand l'ordonnance de référé lui avait octroyé vingt-quatre mois pour apurer sa dette, la bailleuse a invoqué de mauvaise foi le jeu de la clause résolutoire, en sorte qu'elle doit être considérée comme n'ayant pas joué, tout en constatant que la locataire n'avait pas respecté les délais de paiement accordés par l'ordonnance de référé.

**37. Indivision : détermination de l'actif net de la masse à partager au regard des dépenses dont il est tenu compte aux indivisaires en application de l'art. 815-3 C. civ. (Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 nov. 2023)**

Il résulte des articles 815-17, alinéa 1<sup>er</sup>, 825, 870 et 1542 du code civil qu'il appartient à la juridiction saisie d'une demande de liquidation et partage de l'indivision existant entre époux séparés de biens de déterminer les éléments actifs et passifs de la masse à partager, lesquels intègrent, respectivement, les dettes des copartageants envers l'indivision et les créances qu'ils détiennent sur celle-ci, d'en déduire un actif net, puis de déterminer les droits de chaque copartageant dans la masse à partager en appliquant sa quote-part indivise à cet actif net, puis en majorant la somme en résultant des créances qu'il détient sur l'indivision et en la minorant des sommes dont il est débiteur envers elle.

Pour déterminer l'actif net de la masse à partager, les dépenses dont il est tenu compte aux indivisaires en application de l'article 815-13 du code civil, qui constituent des créances sur l'indivision, doivent être inscrites pour leur totalité au passif de celle-ci et venir en déduction de son actif brut.

**38. Bail d'habitation : en l'absence de la convocation requise, la partie qui a pris l'initiative de faire établir un état des lieux par huissier ne peut en obtenir remboursement (Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 oct. 2023)**

Il résulte de l'article 3-2 de la loi du 6 juillet 1989 que, lorsque les parties n'ont pas été convoquées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au moins sept jours à l'avance, celle qui

a pris l'initiative de faire établir l'état des lieux par un huissier de justice ne peut obtenir le remboursement de la moitié de son coût.

**39. Bail d'habitation : inefficacité d'un état des lieux de sortie établi unilatéralement par le bailleur, sans commissaire de justice, et dont le défaut de contradiction est dû à sa carence (Civ. 3<sup>ème</sup>, 16 nov. 2023)**

Il résulte de l'article 3-2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qu'un état des lieux de sortie établi unilatéralement par le bailleur, sans recours à un commissaire de justice, et dont le défaut de contradiction est dû à sa carence, ne peut faire la preuve de dégradations imputables au locataire.

## **CONCURRENCE – DISTRIBUTION – CONSOMMATION**

–

**40. Ententes : notion de concurrent potentiel (CJUE, 26 oct. 2023)**

L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une entreprise gérant un réseau de détaillants de produits de grande consommation doit être considérée comme étant, sur le marché de l'électricité, un concurrent potentiel d'un fournisseur d'électricité avec lequel elle a conclu un accord de partenariat contenant une clause de non-concurrence, quand bien même cette entreprise n'exercerait aucune activité sur ce marché de produit au moment de la conclusion de cet accord, pour autant qu'il est démontré, sur la base d'un ensemble d'éléments factuels concordants tenant compte de la structure du marché ainsi que du contexte économique et juridique régissant son fonctionnement, qu'il existe des possibilités réelles et concrètes que ladite entreprise intègre ledit marché et concurrence ce fournisseur.

**41. Ententes : accord de partenariat conclu entre deux entreprises actives sur des marchés de produits différents (CJUE, 26 oct. 2023, même arrêt que ci-dessus)**

L'article 101, paragraphe 3, TFUE, lu en combinaison avec l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, doit être interprété en ce sens que ne relève pas des catégories des « accords verticaux » et des « contrats d'agence » un accord de partenariat commercial conclu entre deux entreprises actives sur des marchés de produits différents, lesquels marchés ne se situent pas en amont ou en aval l'un de l'autre, lorsque cet accord consiste à favoriser le développement des ventes des produits de ces deux entreprises au moyen d'un mécanisme de promotion et de réductions croisées, chacune de ces entreprises assumant une part des coûts liés à la mise en œuvre de ce partenariat.

L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété qu'une clause de non-concurrence contenue dans un accord de partenariat commercial conclu entre deux entreprises actives sur des marchés de produits différents et visant à favoriser le développement des ventes des produits de ces deux entreprises par un mécanisme de promotion et de réductions croisées ne peut être considérée comme étant une restriction accessoire à cet accord de partenariat, sauf si la restriction engendrée par cette clause est objectivement nécessaire à la mise en œuvre dudit cet accord de partenariat et proportionnée aux objectifs de celui-ci.

**42. Ententes : clause d'un accord de partenariat interdisant à l'une des parties d'entrer sur le marché national de la fourniture d'électricité, sur lequel l'autre est un acteur majeur (CJUE, 26 oct. 2023, même arrêt que ci-dessus)**

L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens que constitue un accord ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence une clause de non-concurrence qui consiste notamment, dans le cadre d'un accord de partenariat commercial, à interdire à l'une des parties à cet accord d'entrer sur le marché national de la fourniture d'électricité sur lequel l'autre partie audit accord est un acteur majeur, et ce au moment des dernières phases de la libéralisation de ce marché, quand bien même les consommateurs tirent certains avantages dudit accord et que cette clause de non-concurrence est limitée dans le temps pour autant qu'il ressort d'une analyse de la teneur de cette clause ainsi que de son contexte économique et juridique que ladite clause présente un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de ses effets n'est pas nécessaire.

**43. ADLC : un dispositif de recueil et de traitement des signalements à la disposition des lanceurs d'alertes (ADLC, 19 oct. 2023)**

Dans un communiqué, l'Autorité de la concurrence annonce mettre à la disposition des lanceurs d'alerte un dispositif de recueil et de traitement des signalements concernant une violation des règles relatives à l'interdiction des ententes, des abus de position dominante et des aides d'Etat.

**44. La faculté de saisir la commission d'examen des pratiques commerciales est laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges du fond (Com., 15 nov. 2023)**

Il résulte de l'article L. 440-1, IV, du code de commerce que la faculté de saisir la commission d'examen des pratiques commerciales est laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges du fond.

## **IT – IP – DATA PROTECTION**

–

**45. Données personnelles : traitement de données d'un patient par son médecin (CJUE, 26 oct. 2023)**

L'article 12, paragraphe 5, et l'article 15, paragraphes 1 et 3, 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), doivent être interprétés en ce sens que l'obligation de fournir à la personne concernée, à titre gratuit, une première copie de ses données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement s'impose au responsable du traitement même lorsque cette demande est motivée dans un but étranger à ceux visés au considérant 63, première phrase, dudit règlement.

L'article 23, paragraphe 1, sous i), du règlement 2016/679 doit être interprété en ce sens qu'est susceptible de relever du champ d'application de cette disposition une législation nationale adoptée avant l'entrée en vigueur de ce règlement. Toutefois, une telle faculté ne permet pas d'adopter une législation nationale qui, en vue de protéger les intérêts économiques du responsable du traitement, met

à la charge de la personne concernée les frais d'une première copie de ses données à caractère personnel faisant l'objet de ce traitement.

L'article 15, paragraphe 3, première phrase, du règlement 2016/679 doit être interprété en ce sens que dans le cadre d'une relation médecin/patient, le droit d'obtenir une copie des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement implique qu'il soit remis à la personne concernée une reproduction fidèle et intelligible de l'ensemble de ces données. Ce droit suppose celui d'obtenir la copie intégrale des documents figurant dans son dossier médical qui contiennent, entre autres, lesdites données, si la fourniture d'une telle copie est nécessaire pour permettre à la personne concernée d'en vérifier l'exactitude et l'exhaustivité ainsi que pour garantir leur intelligibilité. S'agissant de données relatives à la santé de la personne concernée, ce droit inclut en tout état de cause celui d'obtenir une copie des données de son dossier médical contenant des informations telles que des diagnostics, des résultats d'examens, des avis de médecins traitants et tout traitement ou intervention administrés à celle-ci.

**46. Données personnelles : droit de former un recours juridictionnel effectif contre la décision de l'autorité de contrôle de clôturer le processus de vérification (CJUE, 16 nov. 2023)**

L'article 17 de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, lu en combinaison avec l'article 46, paragraphe 1, sous g), l'article 47, paragraphes 1 et 2, et l'article 53, paragraphe 1, de cette directive ainsi qu'avec l'article 8, paragraphe 3, et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que lorsque les droits d'une personne ont été exercés, en application dudit article 17, par l'intermédiaire de l'autorité de contrôle compétente et que cette autorité informe ladite personne du résultat des vérifications opérées, cette dernière doit disposer d'un recours juridictionnel effectif contre la décision de ladite autorité de clôturer le processus de vérification.

**47. Liberté d'expression et principe du respect de la dignité humaine (Plén., 17 nov. 2023 ; Communiqué C. cass.)**

Selon l'article 10, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention), toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.

La Cour européenne des droits de l'homme affirme que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun (CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, n° 5493/72, § 49).

La liberté d'expression englobe la liberté d'expression artistique, qui constitue une valeur en soi (CEDH, décision du 11 mars 2014, Jelsevar c. Slovaquie, n° 47318/07, § 33) et qui protège ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une oeuvre d'art (CEDH, arrêt du 3 mai 2007, Ulusoy e.a. c. Turquie, n° 34797/02, § 42).

Toutefois, l'article 10, paragraphe 2, de la Convention prévoit que la liberté d'expression peut être soumise à certaines restrictions ou sanctions prévues par la loi, lorsque celles-ci constituent des mesures

nécessaires à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Il en résulte que toute restriction à la liberté d'expression suppose, d'une part, qu'elle soit prévue par la loi, d'autre part, qu'elle poursuive un des buts légitimes ainsi énumérés.

Si l'essence de la Convention est le respect de la dignité et de la liberté humaines (CEDH, arrêt du 22 novembre 1995, S.W. c. Royaume-Uni, n° 20166/92, § 44), la dignité humaine ne figure pas, en tant que telle, au nombre des buts légitimes énumérés à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention.

La Cour de cassation en a déduit que la dignité de la personne humaine ne saurait être érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression (Ass. plén., 25 octobre 2019, pourvoi n° 17-86.605, publié).

Au surplus, l'article 16 du code civil, créé par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et invoqué par la requérante, ne constitue pas à lui seul une loi, au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, permettant de restreindre la liberté d'expression.

**48. Prescription de l'action fondée sur une contrefaçon qui s'est inscrite dans la durée (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 nov. 2023)**

Aux termes de 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.

C'est, dès lors, à bon droit qu'une cour d'appel retient que le délai de prescription d'une action fondée sur la contrefaçon a commencé à courir à la date à laquelle avait été admis le caractère contrefaisant d'une œuvre, même si la contrefaçon s'inscrivait dans la durée.

**49. Charte des droits fondamentaux de l'UE et sanctions encourues en cas d'usage, dans la vie des affaires, d'une marque sans le consentement du titulaire (CJUE, 19 oct. 2023)**

L'article 49, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être interprété en ce sens que le principe de légalité des délits et des peines ne s'oppose pas à une législation nationale qui prévoit, en cas d'usage dans la vie des affaires d'une marque sans le consentement du titulaire du droit exclusif, que le même comportement peut être qualifié tant comme infraction administrative que comme infraction pénale, sans comporter de critères permettant de délimiter l'infraction administrative par rapport à l'infraction pénale, l'infraction étant décrite dans des termes similaires, voire identiques, dans la loi pénale et dans la loi sur les marques.

L'article 49, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition législative nationale qui, en cas d'usage dans la vie des affaires d'une marque sans le consentement du titulaire du droit exclusif, à plusieurs reprises ou avec des conséquences préjudiciables importantes, prévoit une peine plancher de cinq ans d'emprisonnement.

**50. Internet : notion de « mesures prises à l'encontre d'un service donné de la société de l'information » au sens de l'art. 3, § 4, Dir. 2000/31/CE (CJUE, 9 nov. 2023)**

L'article 3, paragraphe 4, de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, doit être interprété en ce sens que des mesures générales et abstraites visant une catégorie de services donnés de la société de l'information décrite en des termes généraux et s'appliquant indistinctement à tout prestataire de cette catégorie de services ne relèvent pas de la notion de « mesures prises à l'encontre d'un service donné de la société de l'information », au sens de cette disposition.

**51. CNIL : deux fiches thématiques à destination des professionnels du sport (CNIL, 10 nov. 2023)**

La CNIL publie deux premières fiches de sensibilisation au RGPD destinées à accompagner les acteurs de l'écosystème du sport dans leur mise en conformité.

**52. CNIL : sanctions infligées dans le cadre de la nouvelle procédure simplifiée (CNIL, 7 nov. 2023)**

La CNIL annonce avoir, dans le cadre de sa nouvelle procédure de sanction simplifiée mise en place en 2022, rendu dix décisions sanctionnant des acteurs privés et publics pour des manquements à l'obligation de répondre à ses demandes, à la minimisation des données (géolocalisation et vidéosurveillance continue et permanente des salariés), à l'information sur le traitement mis en œuvre et ses finalités, ainsi qu'à l'obligation de respecter les droits des personnes, et notamment de répondre à une demande d'opposition.

## SOCIAL

—

**53. Action d'un syndicat visant l'irrégularité commise par l'employeur au regard de l'égalité de traitement ou de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles (Soc., 22 nov. 2023, Arrêt 1, Arrêt 2)**

Il résulte de l'article L. 2132-3 du code du travail qu'un syndicat peut agir en justice pour faire reconnaître l'existence d'une irrégularité commise par l'employeur au regard de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe d'égalité de traitement et demander, outre l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice ainsi causé à l'intérêt collectif de la profession, qu'il soit enjoint à l'employeur de mettre fin à l'avenir à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte.

Fait une exacte application de ce texte la cour d'appel qui juge que relève de la défense de l'intérêt collectif de la profession, l'action d'un syndicat, fondée sur le principe d'égalité de traitement, tendant d'une part à solliciter des augmentations générales de salaire revalorisées, dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire de l'article L. 2242-8 du code du travail, au regard de la qualification professionnelle et suivant un coefficient identique, et d'autre part, à mettre fin à l'inégalité invoquée, la circonstance que seuls quelques salariés de l'entreprise seraient concernés par la violation du principe d'égalité de traitement alléguée étant sans incidence sur le droit d'agir du syndicat. (Arrêt 1)

Il résulte de l'article L. 2132-3 du code du travail que si un syndicat peut agir en justice pour faire reconnaître l'existence d'une irrégularité commise par l'employeur au regard de dispositions légales,

réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe d'égalité de traitement et demander, outre l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice ainsi causé à l'intérêt collectif de la profession, qu'il soit enjoint à l'employeur de mettre fin à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte, il ne peut prétendre obtenir du juge qu'il condamne l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés concernés, une telle action relevant de la liberté personnelle de chaque salarié de conduire la défense de ses intérêts.

Dès lors, doit être approuvée la cour d'appel qui déclare irrecevable l'action d'un syndicat tendant à ce qu'il soit ordonné à l'employeur de régulariser la situation individuelle des salariés concernés tant pour l'avenir que pour le passé en versant une prime de treizième mois aux salariés n'en bénéficiant pas, cette action collective du syndicat tendant à la modification de la situation individuelle des salariés concernés.

En revanche, encourt la cassation la cour d'appel qui déclare irrecevable l'action d'un syndicat tendant à dire que l'absence de versement d'une prime de treizième mois à certains salariés de la société est constitutive d'une inégalité de traitement avec les salariés bénéficiant d'une telle prime, à dire que cette inégalité de traitement porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession représentée par ce syndicat ainsi qu'à condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession, cette action collective du syndicat ne tendant pas à obtenir du juge qu'il condamne l'employeur à régulariser la situation individuelle des salariés concernés. (Arrêt 2)

**54. Le manquement de l'employeur à l'obligation d'information et de consultation des IRP ne cause pas au salarié un préjudice personnel et direct (Soc., 22 nov. 2023, même arrêt qu'au n° 62)**

Le manquement de l'employeur à l'obligation d'information et de consultation des instances représentatives du personnel n'est pas de nature à causer au salarié, agissant à titre individuel, un préjudice personnel et direct.

**55. Conditions requises pour qu'une personne physique puisse être qualifiée d'entreprise dominante au sens de l'art. L. 2331-1 C. trav. (Soc., 22 nov. 2023)**

Il résulte des articles L. 2331-1 du code du travail et L. 233-3, I, du code de commerce, combinés à l'article L. 2331-4 du code du travail, que si le contrôle sur les entreprises du groupe, exercé dans les conditions définies notamment aux I et II de l'article L.233-3 du code de commerce, peut émaner d'une personne physique, pour que cette personne physique puisse être qualifiée d'entreprise dominante au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail, c'est à la condition que les droits de vote attachés aux participations ne soient pas exercés, notamment par la voie de la nomination des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises dans lesquelles sont détenues les participations, que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et que la personne physique, détentrice de tout ou partie du capital, s'immisce directement ou indirectement dans la gestion des entreprises du groupe

**56. Congés payés : QPC sur les art. L. 3141-3 et L. 3141-5, 5° C. trav. (Soc., 15 nov. 2023)**

La Cour de cassation était saisie d'une demande de renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité suivantes :

« 1°/ Les articles L. 3141-3 et L. 3141-5, 5°, du code du travail portent-ils atteinte au droit à la santé et au repos garanti par le onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qu'ils ont pour effet de priver, à défaut d'accomplissement d'un travail effectif, le salarié en congé pour une maladie

*d'origine non professionnelle de tout droit à l'acquisition de congés payés et le salarié en congé pour une maladie d'origine professionnelle de tout droit à l'acquisition de congés au-delà d'une période d'un an ?*

*2°/ L'article L. 3141-5, 5°, du code du travail porte-il atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 4 octobre 1958 en ce qu'il introduit, du point de vue de l'acquisition des droits à congés payés des salariés dont le contrat de travail est suspendu en raison de la maladie, une distinction selon l'origine professionnelle ou non professionnelle de la maladie, qui est sans rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ? »*

Elle considère que la première question présente un caractère sérieux en ce que, en cas d'absence du salarié de l'entreprise en raison d'un arrêt de travail pour cause de maladie, cause indépendante de sa volonté, l'article L. 3141-3 du code du travail exclut tout droit à congé payé lorsque l'arrêt de travail a une origine non professionnelle et l'article L. 3141-5, 5°, du même code ne permet pas l'acquisition de droit à congé payé au-delà d'une période ininterrompue d'un an en cas d'arrêt de travail pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle.

Elle considère que la seconde question présente également un caractère sérieux en ce que l'article L. 3141-5, 5°, du code du travail traite de façon différente au regard du droit à congé payé les salariés en situation d'arrêt de travail pour cause de maladie, selon l'origine, professionnelle ou non, de la situation de santé qui a justifié l'arrêt de travail.

En conséquence, la Cour décide qu'il y a lieu de renvoyer les deux questions au Conseil constitutionnel.

**57. L'indemnité compensatrice de préavis versée au gérant non-salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire ouvre droit à congés payés (Soc., 25 oct. 2023)**

Selon l'article L. 7322-1 du code du travail, les gérants non-salariés bénéficient des avantages légaux accordés aux salariés en matière de congés payés. Selon l'article L. 1234-5 du même code, lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice. L'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise.

Cassation de l'arrêt qui, pour rejeter la demande des cogérants en paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés, retient qu'il n'y a pas lieu d'ajouter cette indemnité aux sommes qui leur ont été versées par la société au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, compte tenu de la nature de la rémunération des cogérants, alors que l'indemnité compensatrice de préavis ouvre droit à congés payés.

**58. Couverture de l'indemnité de congés payés par l'AGS en l'état d'une modification de la situation de l'employeur intervenue dans le cadre d'une procédure collective (Soc., 8 nov. 2023)**

Cf. brève n° 31.

**59. Licenciement économique : périmètre de l'obligation de reclassement en l'état d'entreprises d'un groupe n'appartenant pas à un même secteur d'activité (Soc., 8 nov. 2023)**

Aux termes de l'article L. 1233-4, alinéa 1, du code du travail, dans sa rédaction modifiée par l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le

reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel.

Le périmètre à prendre en considération pour l'exécution de l'obligation de reclassement se comprend de l'ensemble des entreprises du groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, peu important qu'elles appartiennent ou non à un même secteur d'activité.

**60. Licenciement économique : teneur du contrôle devant être opéré par l'administration sur les critères d'ordre des licenciements retenus dans le document unilatéral fixant le contenu du PSE (CE, 31 oct. 2023, Arrêt 1 ; Arrêt 2)**

En vertu du I de l'article L. 1233-58 et des articles L. 1233-24-2 et L. 1233-57-3 du code du travail, en premier lieu, il appartient à l'administration, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation d'un document unilatéral portant plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), de s'assurer, en l'absence d'accord collectif ayant fixé les critères d'ordre des licenciements, que le document unilatéral recourt aux quatre critères mentionnés à l'article L. 1233-5 du code du travail.

A cet égard, tel n'est pas le cas s'il prévoit, pour un ou plusieurs des critères d'ordre légaux, d'affecter la même valeur pour tous les salariés, empêchant ainsi par avance que ce ou ces critères puissent être effectivement pris en compte au stade de la détermination de l'ordre des licenciements.

En second lieu, il incombe à l'administration de contrôler que les éléments, déterminés par l'employeur, sur la base desquels ces critères seront mis en œuvre pour déterminer l'ordre des licenciements, ne sont ni discriminatoires, ni dépourvus de rapport avec l'objet même de ces critères.

L'administration prend en compte à cet effet l'ensemble des éléments qui lui sont soumis, notamment les échanges avec les représentants du personnel au cours de la procédure d'information et de consultation préalable à l'adoption du document unilatéral portant PSE, ainsi que les justifications objectives et vérifiables fournies par l'employeur.

A ce titre, s'agissant du critère d'ordre relatif aux qualités professionnelles, dont les éléments d'appréciation, à la différence de ceux des autres critères d'ordre, peuvent différer selon les catégories professionnelles définies par le PSE, il appartient en particulier à l'administration de vérifier que les éléments d'appréciation de ce critère, retenus par l'employeur, ne sont pas insusceptibles de permettre de prendre en compte les qualités professionnelles des salariés de la ou des catégories professionnelles afférentes et n'ont pas été définis dans le but de permettre le licenciement de certains salariés pour un motif inhérent à leur personne ou à leur affectation sur un emploi ou dans un service dont la suppression est recherchée. A cet égard, les résultats de l'évaluation professionnelle des salariés, lorsqu'ils existent, peuvent être utilement retenus par l'employeur. (Arrêt 1)

Il résulte des articles L. 1233-24-2 et L. 1233-24-4 du code du travail que lorsqu'elle est saisie par un employeur d'une demande d'homologation d'un document unilatéral portant plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) élaboré en application de l'article L. 1233-24-4 du code du travail, il appartient à l'administration de vérifier que le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements qui y a été retenu est conforme aux dispositions légales et conventionnelles applicables.

Lorsque le juge administratif est saisi d'une demande tendant à l'annulation d'une décision homologuant un tel document, il doit faire porter son contrôle sur le périmètre d'application des critères d'ordre arrêté par ce document, et non sur le périmètre utilisé par l'employeur lors de la mise en œuvre du PSE.

En se fondant, pour apprécier le critère des qualités professionnelles, sur le système d'évaluation professionnelle, et en prévoyant pour ceux des salariés n'ayant pu être évalués durant les périodes de référence, un nombre de points correspondant à la moyenne des évaluations professionnelles des salariés de leur catégorie professionnelle, l'employeur a retenu des éléments d'appréciation qui ne sont ni discriminatoires, ni sans rapport avec l'objet même de ce critère d'ordre. (Arrêt 2)

**61. Résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur qui a manqué à son obligation de réintégrer le salarié protégé dont le licenciement est nul (Soc., 8 nov. 2023)**

Le salarié protégé dont le licenciement est nul en raison de l'annulation de l'autorisation administrative doit être réintégré dans son emploi ou un emploi équivalent.

Il en résulte que lorsque l'employeur n'a pas satisfait à cette obligation, sans justifier d'une impossibilité de réintégration, la résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur pour ce motif produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur dès lors que le salarié est protégé au jour de sa demande en résiliation et que le salarié peut prétendre à une indemnité à ce titre égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis la date de prise d'effet de la résiliation judiciaire jusqu'à la fin de la période de protection en cours au jour de sa demande en résiliation, dans la limite de trente mois.

Ayant constaté qu'à la date de la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, formée le 9 janvier 2019, une salariée bénéficiait du statut de salariée protégée pour avoir été réélue en qualité de conseiller prud'homme en 2018, une cour d'appel en a exactement déduit que cette salariée était en droit d'obtenir, au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction, fixée à la date de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur le 17 mai 2019, et l'expiration de la période de protection dans la limite de la durée de protection, soit une durée de vingt-quatre mois augmentée de six mois.

**62. Incidence de l'annulation d'un jugement de liquidation judiciaire sur la rupture du contrat de travail intervenue antérieurement (Soc., 22 nov. 2023)**

Aux termes de l'article R. 640-2 du code de commerce, la cour d'appel qui annule un jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ou son prononcé peut, d'office, ouvrir la procédure de liquidation judiciaire ou la prononcer.

Il en résulte que l'annulation du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire d'un débiteur n'affecte pas les licenciements régulièrement prononcés avant cette annulation par le liquidateur, dès lors que la cour d'appel ayant annulé le jugement a ouvert elle-même la liquidation judiciaire du débiteur.

Est en conséquence approuvé l'arrêt qui, après avoir relevé que la cour d'appel avait, après annulation du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, constaté l'impossibilité d'un redressement de l'entreprise et ouvert à l'égard de celle-ci une procédure de liquidation judiciaire, en déduit que cette décision d'annulation n'avait pas eu pour effet de remettre en cause la validité de la rupture du contrat de travail intervenue à la suite de l'adhésion du salarié au contrat de sécurisation professionnelle que lui avait proposé le liquidateur judiciaire alors en fonction, peu important la modification de la date de cessation des paiements dans la seconde décision d'ouverture de la procédure collective.

**63. La cession d'un fonds de commerce ne rend pas à elle seule le cessionnaire recevable à intervenir à une instance initiée par un salarié licencié par le cédant (Com., 25 oct. 2023)**

Cf. brève n° 3.

**64. Obligation de sécurité de l'employeur et consommation par le salarié d'une eau non-potable (Soc., 15 nov. 2023)**

Viola l'article L. 4121-1 du code du travail, en statuant par des motifs impropres à établir que l'employeur avait pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé du salarié, la cour d'appel qui, pour débouter un salarié de sa demande de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, retient, d'une part que celui-ci reproche à l'employeur de lui avoir fait boire de l'eau de ville mal filtrée sans en apporter la preuve, d'autre part qu'il est notoire que l'eau de ville en Haïti n'étant pas potable, il convient de boire de l'eau minérale en bouteille, et que le salarié ne peut en imputer la faute à son employeur dès lors qu'il a manqué à cette obligation de prudence élémentaire.

**65. CSE : prorogation des mandats consécutive à la saisine de l'autorité administrative en vue de fixer la répartition du personnel et des sièges dans les collèges électoraux (Soc., 8 nov. 2023)**

Aux termes de l'article L. 2314-13 du code du travail, la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu selon les conditions de l'article L. 2314-6. Cet accord mentionne la proportion de femmes et d'hommes composant chaque collège électoral.

Lorsqu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur et que l'accord mentionné au premier alinéa du présent article ne peut être obtenu, l'autorité administrative décide de cette répartition entre les collèges électoraux.

Pour ce faire, elle se conforme soit aux modalités de répartition prévues par l'accord mentionné à l'article L. 2314-12, soit, à défaut d'accord, à celles prévues à l'article L. 2314-11. La saisine de l'autorité administrative suspend le processus électoral jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin. La décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

Il en résulte que lorsque l'autorité administrative a été saisie pour fixer la répartition du personnel et des sièges dans les collèges électoraux, les mandats des élus en cours sont prorogés de plein droit jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin.



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.*