

N°10 - Juillet 2023

COUR DE CASSATION

LETTRE DE LA CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE

Une sélection des arrêts rendus par
la chambre commerciale de la Cour de cassation

EDITORIAL

NADIA LABAT

**Greffière de chambre référente
de la chambre commerciale,
financière et économique**



« *Il ne peut y avoir de juridiction sans greffier* »

Avant d'évoquer plus avant la fonction actuelle du greffier de chambre à la Cour de cassation, il convient tout d'abord de rappeler le rôle du greffier, fonction ancestrale autant que primordiale. Tant celui qui tient la plume à l'audience est celui qui témoigne.

De l'Antiquité au Moyen Âge, qu'il s'agisse du scribe chez les égyptiens, les grecs anciens et les sumériens, des tabularius, cancellarii, exceptores, registratores ou scribae chez les romains, les autorités administratives et judiciaires ont toujours eu besoin de l'assistance de personnes spécialement chargées d'écrire, d'authentifier et de conserver les actes.

Dans une ordonnance royale de 1327, les greffiers du tribunal du Châtelet de Paris sont appelés registratores, ceux qui tiennent les registres. Il est toutefois admis que c'est dans une ordonnance de Charles V du 16 septembre 1364 que le nom de greffier fût employé pour la première fois, d'ailleurs écrit « gréfier », instituant par la même une fonction officielle.

Au sein du tribunal de cassation (créé par la loi du 27 novembre 1790), le greffe est représenté par un greffier en chef et quatre commis-greffiers dont trois en charge de la tenue des audiences. Ces derniers tiennent la plume aux audiences des chambres (ordonnance du 15 janvier 1826).

Plus proche de nous, la loi du 23 juillet 1947 a attribué aux anciens " commis-greffiers " le titre de greffier de chambre. Ce titre leur est resté.

Aujourd'hui encore, il garantit la bonne marche de la procédure, depuis le transfert du pourvoi après que celui-ci a été mis " en état " par le greffe des pourvois jusqu'à la signature de l'arrêt.

L'occasion m'est donnée par M. le président Vigneau d'évoquer ici le rôle méconnu du greffier de chambre à la Cour de cassation et plus particulièrement à la chambre commerciale.

Le nombre des affaires traitées par la chambre commerciale (1942 en 2021 et 1640 en 2022) a conduit à la création d'une troisième section, le 1er septembre 2021, et à la répartition de son contentieux entre les sections selon les modalités suivantes : La section 1 - Commerciale, la section 2 - Financière et la section 3 - Economique.

Le greffe de la chambre est constitué de dix personnes : trois greffiers de chambre, six adjoints administratifs et un adjoint technique qui ont en charge la mise en état matérielle des dossiers, l'enrôlement (hors procédures à délais), la mise en forme des arrêts, leur mise à disposition et leur archivage. Ils apportent une aide précieuse aux greffiers de chambre qui peuvent porter toute leur attention à la préparation et tenue de l'audience, ainsi qu'à la relecture minutieuse de la décision.

Le greffier de chambre intervient donc avant, pendant, et après l'audience.

Avant l'audience, il vérifie minutieusement les mentions de la déclaration de pourvoi (nom des parties, adresses, décision attaquée) et y annote le nombre de moyens et de branches en opérant un contrôle formel du mémoire ampliatif. Il s'assure du montant de l'article 700 du code de procédure civile sollicité par les parties et de l'existence de l'aide juridictionnelle, s'il y a lieu. Il mentionne les questions préjudicielles, les avis 1015 du même code, les incidents d'instance tels que les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, certaines modifications relatives à la structuration des personnes morales (opérations de fusion-absorption, etc.), de même que les incidents d'instance plus ordinaires (la radiation, les interruptions et reprise d'instance, le sursis à statuer, le désistement, le désistement partiel, l'abandon d'un moyen, etc.).

Il a en charge l'audiencement des procédures particulières enserrées dans un délai contraint de trois mois après leur réception (ou procédures à délai) telles que, notamment, les questions prioritaires de constitutionnalité, les saisines pour avis des juridictions, les saisines pour avis entre chambres, en lien étroit avec le président de chambre.

Au jour de l'audience, il authentifie le bon déroulé de l'audience (les débats) en renseignant le registre de l'audience (anciennement le plumitif).

Il n'est pas d'usage pour le greffier de chambre de prendre des notes d'audience sauf à l'occasion d'un *amicus curiae* prévu aux articles 1015-2 du code de procédure civile et L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire.

Après la tenue de l'audience, il prépare le projet d'arrêt arrêté définitivement à l'audience (AAD) en vue de l'élaboration de la minute.

Il y apporte, avec l'accord du président, du doyen et du conseiller rapporteur, toutes les corrections utiles, attire leur attention sur les incidents d'instance, veille à la structure des arrêts en lien avec la technique de cassation, à l'application des normes de saisie de la Cour, " balaie " les moyens pour éviter les omissions de statuer et exerce une vigilance particulière sur l'application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Enfin, vient la lecture minutieuse et rigoureuse de l'arrêt (la minute). Le greffier de chambre propose, le cas échéant, toute modification de forme nécessaire, toujours sous l'autorité du président et du conseiller rapporteur.

Il rédige également sous l'autorité du président de chambre les décisions de rejet non spécialement motivé, les arrêts de désistement, les projets de rectification d'erreur matérielle, les chapeaux des décisions de questions prioritaires de constitutionnalité, des arrêts de réparation en omission de statuer, de rabat d'arrêt, et les ordonnances présidentielles.

Il se montre vigilant sur les incidents pouvant survenir devant l'instance de cassation, comme par exemple le désaveu (procédure qui concerne les avocats aux Conseils, officiers ministériels) prévu par le titre IX de la deuxième partie du règlement du Roi du 28 juin 1738, toujours en vigueur.

Ainsi, les fonctions de greffier de chambre à la Cour de cassation diffèrent de celles s'exerçant au sein d'une juridiction du fond, en raison, d'une part, des attributions qui lui sont propres et d'autre part, de l'application de la technique de cassation, propre aux arrêts de la Cour.

Le rôle fondamental du greffier de chambre apprécié et reconnu du président, des doyens et des conseillers, a été réaffirmé par monsieur le premier président et madame la directrice de greffe lors d'une visite des membres du Conseil supérieur de la magistrature qui ont, à cette occasion, manifesté un intérêt marqué.

Nous travaillons dans un esprit d'équipe constant et en étroite collaboration avec tous les membres de la Cour, pour parfaire l'œuvre de justice à laquelle nous concourons.

Les greffiers de chambre contribuent ainsi à la qualité des arrêts de la Haute juridiction, qu'ils sont fiers de servir.

Nadia LABAT
Greffière de chambre référente
de la chambre commerciale,
financière et économique

TABLE DES MATIÈRES

AUTORITE ADMINISTRATIVE INDEPENDANTE	7
Entente illicite – Dommage – Réparation – Modalités - Détermination.....	7
BANQUE	8
Opération de paiement non autorisée - Modification ultérieure du numéro IBAN du compte destinataire par un tiers.....	8
Contrat d'assurance-vie nanti en garantie du remboursement d'un prêt in fine - Préjudice - Perte d'une chance d'éviter la réalisation de ce risque.....	10
Prescription - Contrat d'assurance-vie libellé en unités de compte - Manquement à l'obligation d'information du client	11
CAUTIONNEMENT	12
Cautionnement réel - Cautionnement personnel - Cumul.....	12
CONCURRENCE	13
Transparence et pratiques restrictives - Rupture brutale des relations commerciales - Domaine d'application - Contrat conclu par un syndicat de copropriétaires commerçants - Prestation de service pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres	13
IMPOTS ET TAXES	15
Article L. 16 B du livre des procédures fiscales : visites domiciliaires - Données stockées sur des serveurs informatiques distants ou services en ligne.....	15
Délais pour une société dont le siège social est à l'étranger - Obligation de faire élection de domicile en France conformément à l'article R* 197-5 du livre des procédures fiscales	16
Visite domiciliaire et Saisie - Règlement général de protection des données (RGPD)....	18
Mesures d'instruction - Sauvegarde de la preuve avant tout procès - Mesure admissible - Motif légitime - Office du juge - Contrôle du caractère nécessaire et proportionné ...	19
PROCEDURES COLLECTIVES	20
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) - Redressement judiciaire - Plan - Plan de cession - Réalisation - Cession d'un bien - Bien grevé d'une sûreté réelle - Droit de suite d'un créancier antérieur - Participation à la distribution de la quote-part du prix de vente	20

SOCIETES CIVILES ET COMMERCIALES..... 21

Société par actions simplifiée - Nullité - Causes - Actes ou délibérations pris en violation de clauses statutaires - Conditions - Violation de nature à influencer sur le résultat du processus de décision - Annulation à la demande de tout intéressé 21

Société par actions simplifiée - Statuts - Clause statutaire ayant pour objet la cession d'actions - Violation - Sanction - Nullité..... 23

Entente illicite – Dommage – Réparation – Modalités - Détermination

- Com., 7 juin 2023, pourvois n° 22-10.545, 22-11.099, 22-11.100

Ainsi qu'elle l'avait annoncé dans sa lettre n° 9 de mars 2023, commentant son arrêt Com., 1^{er} mars 2023, pourvois n°20-20.416 et 20-18.356, la chambre commerciale répond à de nouvelles questions posées par les actions en réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles dans le cadre du régime général de la responsabilité civile, avant l'application des règles issues de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres de l'Union européenne, qui figurent au titre huitième du livre IV du code de commerce.

Dans l'affaire commentée, relative l'indemnisation du préjudice causé par des pratiques contraires aux articles 101§1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L.420-1 du code de commerce, elle a jugé que la société mère détenant 99,9% du capital de l'une de ses filiales, auteure de pratiques anticoncurrentielles, doit répondre de la faute civile résultant des agissements de cette filiale, dès lors qu'elle n'a pas soutenu que cette dernière avait un comportement autonome sur le marché. Sont ainsi assimilés le régime de l'imputation d'une pratique anticoncurrentielle à la société mère, commise par une filiale dont elle détient la totalité ou la qualité du capital, tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la chambre commerciale pour les droits européen et interne de la concurrence, et celui de la réparation des préjudices causés par ces pratiques, dont la chambre juge qu'elles constituent nécessairement une faute civile depuis un arrêt Com., 13 septembre 2017, pourvois n°16-10.327-15-22.320. L'entreprise, au sens du droit de la concurrence, constituée de la mère et de sa filiale, à laquelle sont imputées les pratiques fautives, doit ainsi répondre civilement du dommage qu'elles ont causé. Telle est la solution retenue par la Cour de justice (CJUE, 14 mars 2019, C-724/17 Vantann kaupunki c/Skranska Industrial Solutions Oy et autres), qui a énoncé que « les entités tenues de réparer le préjudice causé par une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE sont les entreprises, au sens de cette disposition, qui ont participé cette entente ou cette pratique » (§32), et qui figure pour l'avenir à l'article L. 481-1 du code de commerce.

La chambre a ensuite validé l'analyse suivie par la cour d'appel s'agissant de la caractérisation du préjudice dit d'ombrelle (*umbrella pricing*) dont la Cour de justice a posé le principe du droit à réparation (CJUE, 5 juin 2014, aff.C-557/12, Kone AG et autres c/ÖBB-Infrastruktur AG). Ce préjudice résulte du surprix pratiqué par des entreprises étrangères à l'entente sur les produits appartenant au même marché que ceux affectés par l'entente, en considération des prix résultant du marché faussé par celle-ci, et auprès desquelles les victimes peuvent s'être approvisionnées. La démonstration de l'existence de ce préjudice était, dans cette affaire, contestée s'agissant du rôle causal de l'entente sur les prix des produits non concernés par l'entente. Ce grief a été écarté, la cour d'appel ayant effectué la recherche nécessaire à l'établissement de ce lien de causalité, contrôlé par la chambre.

La chambre a également jugé que la victime d'une pratique anticoncurrentielle, dont le dommage est constitué par un surcoût affectant les produits qu'elle achète et revend, n'est pas tenue de minimiser son dommage en répercutant tout ou partie de ce surcoût. La décision de la victime de répercuter, en partie seulement, le surcoût qu'elle a subi ne rompt donc pas le lien de causalité entre le préjudice et la faute. Cette règle, traditionnellement appliquée en matière de responsabilité civile, présente un enjeu particulier dans le domaine de la réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles affectant, par exemple, les produits de grande consommation, au stade de leur production. La chambre laisse en revanche au pouvoir souverain des juges du fond le soin de déterminer, aux fins d'évaluation du dommage, le taux de répercussion, par les victimes, du surcoût subi, sur d'autres acteurs.

La chambre a également été amenée à compléter les règles relatives à l'indemnisation du préjudice spécifique né de la privation des sommes dont les victimes auraient pu faire usage si elles n'avaient pas été affectées par les pratiques, dont certaines ont été fixées par l'arrêt du 1^{er} mars 2023 précité. Elle a censuré, pour méconnaissance du principe de la réparation intégrale, l'arrêt qui, après avoir estimé qu'en raison des sommes perdues, les victimes avaient dû supporter des coûts d'emprunt à des taux évoluant chaque année, avait fixé le taux d'intérêt sur les dommages et intérêts, par lequel s'exprime l'indemnisation de ce préjudice, à la moyenne des taux observés pendant la durée de l'indisponibilité, alors que le respect de ce principe impliquait, au cas particulier, la fixation d'un taux d'intérêt égal à celui, à le supposer distinct du taux légal, supporté par les sociétés victimes de l'entente pour chaque année d'indisponibilité des sommes dont elles avaient été privées.

Enfin, la chambre a rappelé, sous l'empire du droit général de la responsabilité civile, d'une part, même si le grief était devenu sans objet du fait du paiement des sommes concernées, qu'il appartenait à la cour d'appel de condamner l'ensemble des coauteurs d'un même dommage *in solidum*, et, d'autre part, le principe de contribution à la dette de réparation du dommage causé par plusieurs auteurs, en proportion de la gravité des fautes respectives de ces derniers. Elle a cassé l'arrêt qui s'était déterminé, pour fixer cette contribution, au regard du montant des sanctions pécuniaires infligées aux entreprises en cause, cependant que les critères de détermination de ces sanctions, prononcées sur le fondement de l'article L.462-8, alinéa 2 du code de commerce, dans sa version applicable au litige, ne se fondent pas sur la seule gravité du comportement des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. A l'avenir, c'est en application des termes de l'article L. 481-9 du code de commerce, prenant également en considération le rôle causal du comportement des entreprises dans la réalisation du dommage, que cette contribution devra être déterminée.

BANQUE

Opération de paiement non autorisée - Modification ultérieure du numéro IBAN du compte destinataire par un tiers

- Com., 1^{er} juin 2023, pourvoi n° 21-19.289

Si le payeur doit consentir au montant, faut-il qu'il ait également consenti au bénéficiaire de l'opération de paiement qu'il initie pour que celle-ci soit réputée autorisée au sens des articles L. 133-3, L. 133-6 et L. 133-18 du code monétaire et financier, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 ?

Dans cette affaire, un couple avait rempli et adressé des ordres de virement à réaliser à partir de leur compte-joint ouvert dans les livres de la société Banque postale à destination du compte détenu par l'épouse dans ceux de la société ING Belgique.

Soutenant qu'une partie des fonds virés n'était pas parvenue à destination et qu'ils avaient appris son versement par la banque émettrice sur un compte tiers à la suite d'une falsification du numéro IBAN figurant sur les ordres de virement, ils ont assigné la société Banque postale en remboursement des sommes virées, laquelle a appelé la société ING Belgique en garantie.

Le tribunal judiciaire a rejeté la demande à l'encontre de la banque française et condamné la seule banque belge, en considérant que la première ne pouvait déceler la falsification et n'avait pas à vérifier les numéros de compte mentionnés sur l'ordre de virement, à la différence de la seconde, qui avait manqué à ses obligations de mandataire.

Ce jugement a été infirmé par l'arrêt attaqué du seul chef du montant de la condamnation de la banque, laquelle a été ramenée à la somme de 75 000 euros, en considérant que les demandeurs auraient pu prévenir plus tôt leur banque de l'anomalie et avaient, ainsi, contribué à la réalisation de leur dommage. La cour d'appel a considéré en revanche qu'il n'y avait pas d'opération non autorisée dans cette hypothèse d'un ordre de virement régulier lors de son établissement mais ultérieurement falsifié.

Dépositaire des fonds confiés par son client, le banquier ne s'en dessaisit valablement que sur les ordres du titulaire du compte, de son représentant légal ou des personnes qu'ils ont habilités (Com., 10 mars 2015, n° 14-11.046) et il lui appartient notamment d'établir que l'ordre de virement qu'il a exécuté émane de son client (Com., 9 fév. 2010, n° 09-12.853) ou d'un mandataire de celui-ci (1^{re} Civ., 3 juin 2015, n° 14-19.825, Bull. 2015, I, n° 132).

Ensuite, bien que soumis à une obligation de non-ingérence ou de non-immixtion dans les affaires de son client, le banquier est également tenu envers celui-ci à une obligation de vigilance et il engage sa responsabilité s'il exécute un ordre de virement falsifié affecté d'une anomalie apparente devant attirer l'attention d'un professionnel normalement vigilant, justifiant qu'il se rapproche du donneur d'ordre (voir par exemple Com., 31 janv. 2017, n° 15-17.498).

Avec l'entrée en vigueur du régime issu des directives sur les services de paiement (directives 2007/64/CE du 13 novembre 2007 et 2015/23666 du 25 novembre 2015), l'article L. 133-18 du code monétaire et financier oblige le prestataire de service de paiement à rembourser son client en cas d'opération non autorisée. Cet article, ainsi que les suivants qui déterminent les obligations respectives du prestataire et de l'utilisateur de ce même service, s'appliquent aux virements qui sont au nombre des « autres instruments de paiement », objet du chapitre III du titre III du livre Ier du code monétaire et financier et ne distinguent pas si l'ordre de virement est faux *ab initio* ou falsifié.

Sur le fondement de ces dispositions, la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment jugé qu'il résulte des articles L. 133-18 et L.133-19 du code monétaire et financier qu'en cas d'opération de paiement non autorisée, réalisée au moyen d'un instrument de paiement doté de données de sécurité personnalisées et signalée par l'utilisateur dans les conditions prévues à l'article L. 133-24 du code monétaire et financier, c'est-à-dire dans les treize mois à compter de la date de débit, le prestataire de services de paiement du payeur rembourse à ce dernier le montant de l'opération non autorisée, sauf si la responsabilité du payeur est engagée en application de l'article L. 133-19. Plus précisément, elle a jugé qu'il résulte des articles L. 133-3 et L. 133-6 du code monétaire et financier que si lors d'un retrait dans un distributeur automatique de billets, une personne compose à l'insu du titulaire de la carte de paiement le montant du retrait et s'empare des billets, l'opération de paiement n'est pas autorisée. La responsabilité du prestataire de services de paiement peut alors être engagée dans les conditions prévues par les articles L.133-18 et L. 133-19 du code monétaire et financier (Com., 30 novembre 2022, pourvoi n° 21-17.614).

Par le présent arrêt, la Cour de cassation précise encore les contours de l'opération réputée autorisée, excluant celle initiée par le payeur, qui donne un ordre de paiement à son prestataire de service de paiement, mais n'a pas consenti à son bénéficiaire. Elle a, en conséquence, cassé l'arrêt frappé du pourvoi et renvoyé l'affaire devant les juges du fond.

Contrat d'assurance-vie nanti en garantie du remboursement d'un prêt in fine - Préjudice - Perte d'une chance d'éviter la réalisation de ce risque

- Com., 21 juin 2023, pourvoi n° 21-18.312

Quel dommage subit l'emprunteur qui n'a pas été informé du risque que lui faisait courir la souscription d'un prêt, lorsque le remboursement anticipé de celui-ci a permis d'éviter la réalisation de ce risque ?

La chambre commerciale juge régulièrement, depuis deux arrêts rendus au début de l'année 2019, que le préjudice résultant du manquement d'un prêteur ou d'un intermédiaire en investissement à une obligation d'informer, de conseiller ou de mettre en garde l'emprunteur ou l'investisseur sur l'existence d'un risque que présente l'opération que celui-ci s'apprête à conclure consiste en la perte d'une chance d'éviter la réalisation de ce risque (Com., 13 fév. 2019, n° 17-14.785, publié, Com., 6 mars 2019, n° 17-22.668, publié, puis Com., 22 janv. 2020, n° 17-20.819, Com., 24 mars 2021, n° 19-20.697, Com., 25 janv. 2023, n° 20-12.811, publié).

En particulier, lorsqu'un établissement de crédit, compte tenu des circonstances de la conclusion de l'opération, est tenu d'informer l'emprunteur auquel il consent un prêt remboursable *in fine* du risque que le rachat de contrats d'assurance-vie ne permette pas de rembourser ce prêt à son terme, et que cet établissement de crédit manque à cette obligation, le préjudice en résultant consiste, lorsque le prêt court jusqu'à son terme et que le risque se réalise, en la perte d'une chance de l'éviter.

Dans la présente affaire, la cour d'appel a précisément retenu qu'une banque, qui avait consenti un prêt *in fine* à une SCI, avait manqué à son obligation de l'informer sur le risque que le rachat de contrats d'assurance-vie souscrits par les associés de celle-ci ne permette pas de rembourser le prêt, à son terme, à hauteur de ce qui était escompté. Cependant, la SCI a remboursé le prêt par anticipation, ses associés soutenant qu'ils avaient agi de la sorte compte de l'évolution défavorable de la valorisation de leurs contrats d'assurance-vie et de la perspective que leur rachat ne permette pas le dénouement attendu de l'opération.

Le dommage résultant du manquement retenu par la cour d'appel ne pouvait donc plus consister en la perte d'une chance d'éviter la réalisation du risque dont la SCI n'avait pas été informée, dès lors que le remboursement auquel elle avait procédé avait précisément permis d'éviter la réalisation de ce risque.

Cela ne signifie pas, pour autant, que la SCI emprunteuse n'a subi aucun préjudice du fait du manquement commis par la banque. Cependant, son dommage ne s'est pas réalisé au terme du prêt, tel qu'initialement convenu, et il n'y a pas lieu de prendre en compte la valorisation des contrats d'assurance-vie à cette date pour évaluer son préjudice, contrairement à ce que soutenait le pourvoi.

Dans une telle hypothèse, le dommage se réalise, le cas échéant, dès le dénouement anticipé de l'opération. Ce sont donc les conséquences dommageables du remboursement anticipé du prêt, auquel il a été procédé pour éviter la réalisation du risque dont la SCI n'avait pas été informée, qui constituent la mesure du préjudice causé par le manquement de la banque.

Faute d'invoquer la réparation d'un tel dommage, le pourvoi ne pouvait qu'être rejeté.

Prescription - Contrat d'assurance-vie libellé en unités de compte - Manquement à l'obligation d'information du client

- Com., 21 juin 2023, pourvoi n° 21-16.716

Quel est le point de départ de l'action en responsabilité du conseiller en gestion de patrimoine pour manquement à son obligation d'informer le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie libellé en unité de compte sur le risque de pertes présenté par un support d'investissement ou à son obligation de le conseiller au regard d'un tel risque ?

Les faits de l'espèce peuvent être résumés ainsi. Selon lettre de mission, un couple d'investisseurs a confié à une société exerçant l'activité de conseiller en gestion de patrimoine la mission de leur proposer une stratégie d'investissement.

Sur les conseils de celle-ci, ils ont chacun souscrit des contrats d'assurance vie libellés en unités de compte et en euros de type multi-supports et, quelques années plus tard, ont désinvesti des sommes pour les réinvestir sur d'autres supports.

Soutenant la forte baisse des capitaux investis, résultant d'un manquement de la société à ses obligations de conseil et de mise en garde, ils l'ont assignée en responsabilité, laquelle a soulevé en défense l'irrecevabilité et la prescription de l'action.

On sait qu'aux termes de l'article 2224 du code civil, applicable en matière de responsabilité contractuelle comme extracontractuelle, 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 permettant de l'exercer.

Concernant la responsabilité du prestataire de services d'investissement ou de l'intermédiaire ayant permis la souscription d'un contrat d'assurance vie, il est jugé depuis plusieurs années, que les pertes ne se réalisent qu'au rachat du contrat d'assurance-vie (Com., 23 sept. 2014, n° 13-22.763 concernant la responsabilité d'un conseil en gestion de patrimoine, ou bien encore Com., 22 fév. 2017, n° 15-18.371).

Ainsi, le dommage en matière d'investissement ne se réalise pas au jour de la conclusion du contrat. En effet, nous jugeons de manière constante que, si l'obligation d'information, de conseil ou de mise en garde incombant au banquier prestataire de services d'investissement ou intermédiaire d'assurance tendait à prévenir un risque de pertes pour l'investisseur ou l'assuré, le préjudice subi par celui-ci n'est qu'éventuel, et donc non indemnisable, tant que ces pertes ne se sont pas réalisées.

Dans un arrêt Com., 6 mars 2019, n° 17-22.668, relatif à un contrat d'assurance-vie, nanti en garantie du remboursement d'un prêt in fine, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que lorsque le souscripteur reproche à la banque prêteuse, par l'intermédiaire de laquelle ce contrat a été souscrit, de ne pas l'avoir informé du risque que, du fait d'une contre-performance de ce contrat, son rachat ne permette pas de rembourser le prêt à son terme, le dommage qu'il invoque consiste en la perte de la chance d'éviter la réalisation de ce risque. Elle ajoute que ce risque ne pouvant se réaliser qu'au terme du prêt, le dommage ainsi invoqué ne peut lui-même survenir qu'à cette date, laquelle constitue en conséquence le point de départ de l'action en responsabilité exercée contre la banque par le souscripteur.

Plus récemment (Com., 10 mars 2021, n° 19-16.302), la chambre commerciale a jugé, s'agissant d'une assurance-vie en unité de compte, que le manquement d'un assureur ou d'un courtier à son obligation d'informer, à l'occasion d'un arbitrage, le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie libellé en unités de comptes sur le risque de pertes présenté par un support d'investissement, ou à son obligation de le conseiller au regard d'un tel risque, prive ce souscripteur d'une chance d'éviter la réalisation de ces pertes. Elle a ajouté que si ces pertes ne se réalisent effectivement qu'au rachat du contrat d'assurance-vie, quand bien même le

support en cause aurait fait antérieurement l'objet d'un désinvestissement, le préjudice résultant d'un tel manquement doit être évalué au regard, non de la variation de la valeur de rachat de l'ensemble du contrat, mais de la moins-value constatée sur ce seul support, modulée en considération du rendement que, dûment informé, le souscripteur aurait pu obtenir, jusqu'à la date du rachat du contrat, du placement des sommes initialement investies sur ce support.

Dans l'arrêt commenté, le couple d'investisseurs invoquait un préjudice consistant en une perte en capital ainsi que des gains manqués.

C'est dans le prolongement des principes posés par les décisions précédentes que la chambre commerciale vient affirmer que le manquement d'un conseiller en gestion de patrimoine à son obligation d'informer le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie libellé en unités de compte sur le risque de pertes présenté par un support d'investissement, ou à son obligation de le conseiller au regard d'un tel risque, prive ce souscripteur d'une chance d'éviter la réalisation de ces pertes. Celles-ci ne se réalisent qu'au rachat du contrat d'assurance-vie, quand bien même le support en cause aurait fait antérieurement l'objet d'un désinvestissement.

Elle précise les spécificités du préjudice en matière d'assurance vie en unités de compte, qui doit être évalué, lorsqu'il résulte d'un tel manquement, au regard, non de la variation de la valeur de rachat de l'ensemble du contrat, mais de la moins-value constatée sur ce seul support, modulée en considération du rendement que, dûment informé ou conseillé, le souscripteur aurait pu obtenir du placement des sommes initialement investies sur ce support jusqu'à la date du rachat du contrat.

Il en résulte que le délai de prescription de l'action en indemnisation d'un tel dommage commence à courir, non à la date de l'investissement, mais à celle du rachat du contrat d'assurance-vie.

L'arrêt, fixant le point de départ du délai de prescription au jour du premier investissement réalisé en unité de compte et jugeant que l'action des investisseurs était prescrite, est logiquement censuré.

CAUTIONNEMENT

Cautionnement réel - Cautionnement personnel - Cumul

- [Com., 5 avr. 2023, n° 21-14.166](#)

La sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui, elle n'est pas un cautionnement, de sorte que le créancier qui fonde son action sur cette sûreté ne peut se voir opposer ni le bénéfice de discussion ou de division, ni la disproportion manifeste aux biens et revenus du constituant de la sûreté réelle, peu important que ce dernier se soit également rendu caution de la même dette.

Une banque consent un crédit. En garantie du remboursement, un tiers, personne physique, à la fois, constitue au bénéfice de la banque une hypothèque sur un bien lui appartenant et se porte caution personnelle. Le débiteur principal étant défaillant, la banque poursuit la saisie immobilière du bien hypothéqué. A aucun moment, elle ne se prévaut de l'engagement de caution.

La question posée à la chambre commerciale était de savoir si le fait de se porter caution du remboursement de la dette d'un tiers et, en outre, d'affecter au remboursement de la même dette, au bénéfice du même créancier, un bien immobilier sous forme de garantie hypothécaire, permet d'opposer au créancier tous les moyens de défense de la caution, alors même que le créancier met uniquement en œuvre la garantie hypothécaire.

Dans l'hypothèse où seule une sûreté réelle était consentie pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, il résultait d'un important arrêt de la chambre mixte du 2 décembre 2005 (Ch. mixte, 2 décembre 2005, pourvoi n° 03-18.210, Bull. n° 7), que la garantie réelle accordée au créancier d'un tiers n'est pas un cautionnement et, en conséquence, que lorsqu'une personne acceptait (accepte) de garantir le remboursement de la dette d'un tiers auprès du créancier de ce dernier en lui accordant une garantie réelle sous la forme d'une hypothèque consentie sur un bien, elle ne pouvait (peut) se prévaloir d'aucune des dispositions protectrices de la caution.

Au contraire, il était de jurisprudence constante de la chambre commerciale que « lorsqu'une même personne se rend caution personnelle des engagements d'un débiteur envers un établissement de crédit et lui affecte aussi un ou des biens en garantie hypothécaire de ces mêmes engagements, cet établissement lui doit l'information annuelle prévue par le dernier texte (l'article L. 313-22 du code monétaire et financier) » (Com., 21 mars 2006, pourvoi n° 05-12.864, Bull. 2006, IV, n° 72 ; Com., 2 juin 2021, pourvoi n° 19-20.140 ; Com., 15 juin 2022, pourvoi n° 20-22.949).

Les pourvois formés dans ces deux affaires, que la première avocate générale proposait d'accueillir, demandaient d'étendre cette jurisprudence, relative à l'obligation d'information annuelle, à tous les moyens de défense de la caution

Mais la Chambre commerciale s'est opposée à une telle extension. Outre que le débat sur la pertinence de la solution en matière d'information annuelle subsiste, la sanction de la disproportion manifeste prévue à l'article L. 341-4 du code de la consommation, dans sa rédaction applicable aux litiges, de la déchéance du droit du créancier, appliquée à la sûreté réelle, priverait le créancier de toutes les garanties qu'il a demandées au moment où il a consenti le prêt, ce qui déjouerait sans nul doute ses prévisions.

En outre, si le nouvel article 2325 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, prévoit le bénéfice au tiers constituant d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'un tiers de certaines dispositions protectrices de la caution, et notamment de l'obligation d'information, quand bien même ce tiers ne s'est pas également porté caution, en revanche, l'ordonnance n'a pas prévu l'applicabilité aux sûretés réelles du nouvel article 2300 du code civil sur la disproportion manifeste du cautionnement.

Les nouveaux textes n'ayant pas étendu toutes les protections accordées à la caution au tiers constituant d'une sûreté réelle, la chambre commerciale n'a pas jugé opportun de les étendre au cas de figure dont elle était saisie, à savoir celui du cumul d'un cautionnement et d'une sûreté réelle.

CONCURRENCE

Transparence et pratiques restrictives - Rupture brutale des relations commerciales - Domaine d'application - Contrat conclu par un syndicat de copropriétaires commerçants - Prestation de service pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres

- Com., 28 juin 2023, pourvoi n° 21-16.940

Par cet arrêt, la chambre commerciale a apporté deux précisions importantes pour le contentieux des pratiques restrictives de concurrence et en particulier celui de la rupture brutale des relations commerciales établies.

La première question posée par le pourvoi était de savoir si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, devenu l'article L. 442-1, II du même code depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, s'appliquent à un syndicat de copropriétaires commerçants dans la relation nouée avec un prestataire de service réalisant pour les copropriétaires des opérations de sécurité incendie, surveillance et gardiennage du site.

La difficulté résultait de ce qu'en vertu de l'article 14 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, un syndicat de copropriétaires est une personne morale civile et que l'application de l'article L. 442-6 est liée à la qualité de commerçant, artisan ou personne inscrite au registre des métiers.

Cependant, la combinaison de ce texte avec l'article L. 410-1 du code de commerce, dans sa version antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021, qui précise que les règles définies au livre IV de ce code s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, a, de longue date, conduit la chambre commerciale à étendre le champ de l'article L. 442-6 aux activités d'autres acteurs que les commerçants, artisans ou personnes inscrites au registre des métiers, à raison de la nature des activités dans lesquelles étaient intervenues les ruptures.

Elle a en effet, d'abord admis que ce texte s'appliquait quelque soit le statut juridique de la personne victime du comportement incriminé (Com. 6 février 2007, pourvoi n° 03-20.463, Bull. 2007, IV, n° 20), puis elle l'a étendu à des auteurs de rupture de nature privée, comme une société d'assurance mutualiste à but non lucratif, au motif qu'elle procédait à une activité de service (Com. 14 septembre 2010, n° 09-14.322, Bull. 135), à une association exerçant une activité de production de distribution ou de service (Com., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-13.013, Bull. 2017), ou encore à un comité d'entreprise (Cass. Com, 3 avril 2013 pourvoi n° 12-17.163).

Dans cette affaire, l'auteur de la rupture faisait valoir que la 1^{ère} chambre civile avait, par plusieurs arrêts, notamment Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 16-10.007, Bull.2017, I n° 79, jugé qu'un syndicat de copropriétaires ne pouvait être considéré comme un professionnel au sens de l'article L. 136-1 du code de la consommation et que la chambre sociale avait exclu, par un arrêt de 2017 (Cass. Soc., 1er février 2017, n° 15-26.853, Bull.n°21), qu'un syndicat de copropriétaires employant une gardienne de leur immeuble puisse être considéré comme une entreprise au sens de l'article L. 1233-2 du code du travail, ce qui aurait permis à la personne licenciée de bénéficier des dispositions relatives au licenciement économique. Il en déduisait qu'à la lumière de cette jurisprudence un syndicat de copropriétaires, fussent-ils commerçants, ne pouvait se voir appliquer les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce.

La chambre commerciale n'a pas suivi cette analyse. En effet, la lecture des arrêts invoqués permettait de constater que les jurisprudences citées n'excluaient pas, par principe, qu'un syndicat de copropriétaires commerçants, puisse être considéré comme une entreprise ou comme exerçant une activité commerciale, au sens d'économique, relevant de l'application des dispositions sur la rupture brutale.

On observera à ce sujet que l'arrêt de la chambre sociale précité concerne un immeuble privé et se borne à rappeler qu'un syndicat de copropriétaires qui n'exerce aucune activité économique n'est pas une entreprise au sens de l'article L. 1233-1 du code du travail, laissant ainsi présumer qu'une solution différente serait apportée dans le cas où le syndicat concerné exercerait une activité économique.

Par ailleurs, les arrêts précités de la première chambre civile, quant à eux, ne concernaient que la qualification de « non professionnel » au sens de l'article L. 136-1 du code de la consommation. On peut aussi observer, au surplus, que la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 a introduit une définition légale des notions de consommateur et de professionnel reposant sur la finalité du champ d'intervention dans lequel intervient la personne concernée, ce qui correspond à la démarche de la chambre commerciale pour l'application du droit des pratiques restrictives.

Dans ce contexte, la chambre commerciale a analysé l'activité du syndicat des copropriétaires du centre commercial en cause, comme elle l'a fait jusqu'à présent, pour d'autres opérateurs économiques. Ceci l'a conduite à considérer que la cour d'appel, qui avait, par sa motivation, fait ressortir que le contrat conclu entre le syndicat et la société en cause avait exclusivement pour objet d'assurer une prestation de service pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres, avait exactement retenu que la relation qui en découlait était une relation commerciale entrant dans le champ de l'article L. 442-6 I, 5° du code de commerce.

La deuxième précision apportée par cet arrêt concerne ce que recouvre la notion de marge brute perdue pendant la durée du préavis non exécuté, qui est au cœur du calcul du préjudice résultant de la brutalité de la rupture dont l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce poursuit l'indemnisation.

En effet, cette notion de marge brute, issue de la pratique des juges du fond pour calculer le préjudice, ne correspond à aucune définition comptable. La Cour, dans l'exercice de son contrôle du respect du principe de la réparation intégrale du préjudice, approuve ici que cette notion doit s'entendre comme la différence entre le chiffre d'affaires hors taxe escompté et les coûts variables hors taxe non supportés durant la période d'insuffisance de préavis. Mais elle ajoute à cette définition communément appliquée que, le cas échéant, il pourra encore être déduit de cette différence, la part des coûts fixes non supportés du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture brutale, durant la même période.

Avec ces précisions, la chambre commerciale montre qu'il convient en cette matière, comme dans toute indemnisation de préjudice, d'analyser celui-ci au regard de la réalité des situations. Il peut advenir, en effet, que certains coûts variables ne disparaissent pas dès le jour de la cessation de la relation mais aussi, à l'inverse, que certains coûts fixes qui, théoriquement, continuent à être supportés, ne le soient pas totalement, ce qui sera le cas notamment lorsque l'entreprise doit cesser son activité (par exemple : Com., 23 janv. 2019, n° 17-26.870) ou la céder, totalement ou partiellement par suite de la brutalité de la rupture (par exemple : Com., 7 déc. 2022, n° 21-17.850). Le juge saisi doit donc procéder à un examen au cas par cas, dans la mesure des prétentions des parties et des éléments produits aux débats.

IMPOTS ET TAXES

Article L. 16 B du livre des procédures fiscales : visites domiciliaires - Données stockées sur des serveurs informatiques distants ou services en ligne

- Com., 11 mai 2023, n° 21-16.900

Les agents de l'administration fiscale peuvent-ils recueillir auprès de l'occupant des lieux, lors des opérations de visite et saisies effectuées sur le fondement de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, les codes d'accès à des services en ligne, tels des services de banque à distance, sans l'informer préalablement que son consentement est nécessaire ?

L'article L. 16 B, III bis, du livre des procédures fiscales impose aux agents des impôts d'informer l'occupant des lieux ou son représentant et le contribuable, s'il est présent, que leur consentement est nécessaire pour recueillir des renseignements et justifications concernant les agissements de soustraction à l'établissement ou au paiement de l'impôt qui fondent la visite.

Dans un précédent arrêt (Com., 11 janv. 2017, n° 15-17.725), la chambre commerciale avait admis que ces dispositions n'étaient pas applicables à la fourniture des identifiants et mots de passe nécessaires à l'ouverture de sessions sur du matériel informatique, en approuvant le premier président d'une cour d'appel d'avoir retenu que de tels renseignements pouvaient être obtenus auprès de l'occupant des lieux sans qu'il

soit informé de la nécessité de son consentement, s'agissant de " questions strictement nécessaires à l'exécution correcte des opérations de saisies " .

Poussant plus loin ce raisonnement, l'ordonnance attaquée par le pourvoi avait jugé que les agents de l'administration fiscale, qui avaient constaté des consultations régulières à distance de comptes bancaires à partir d'un ordinateur se trouvant dans les locaux visités, étaient en droit de recueillir, auprès de l'occupant des lieux, les codes permettant d'accéder à ces comptes sans l'informer préalablement que son consentement était nécessaire.

Ce raisonnement a été censuré par la chambre commerciale, qui a énoncé que l'obligation qui résulte de l'article L. 16 B , IV bis, sous les sanctions prévues à l'article 1735 quater du code général des impôts, de fournir les codes d'accès aux pièces et documents présents sur les supports informatiques qui se trouvent dans les locaux visités, notamment les codes de déverrouillage des ordinateurs et des téléphones mobiles qui se trouvent dans ces locaux, sans qu'il y ait lieu de les informer préalablement que leur consentement est nécessaire, ne s'étend pas aux codes d'accès à des données stockées sur des serveurs informatiques distants ou à des services en ligne.

On observera qu'il résulte de cette décision que l'obligation de fournir les codes d'accès est fondée sur les dispositions de l'article L. 16 B IV bis, qui prévoient des modalités particulières d'intervention des agents de l'administration des impôts en cas d'obstacle à l'accès aux pièces et documents présents sur un support informatique, et auquel renvoie l'article 1735 quater du code général des impôts, qui sanctionne un tel obstacle.

Pour limiter cette obligation à l'accès aux données stockées sur des supports informatiques qui se trouvent dans les locaux visités, la chambre a pris en considération le fait que le IV bis de l'article L. 16 B prévoit, en son deuxième alinéa, qu'en cas d'obstacle à l'accès aux pièces ou documents présents sur un support informatique, les agents de l'administration des impôts peuvent procéder à la copie de ce support et saisir ce dernier, qui est placé sous scellés, ce qui suppose qu'il soit matériellement détenu dans les locaux visités.

Elle a également estimé qu'élargir l'obligation résultant de l'article L. 16 B, IV bis, à la fourniture des codes d'accès à des données stockées à distance reviendrait à imposer l'accès à des données du contribuable ou de l'occupant des lieux stockées hors des locaux visités, sans qu'un lien suffisant puisse être établi avec l'autorisation donnée par le juge des libertés et de la détention.

Elle a donc cassé et annulé l'ordonnance ayant rejeté le recours contre le déroulement des opérations de visite et saisies en retenant que le recueil, auprès de l'occupant des lieux, des codes d'accès à distance aux comptes bancaires litigieux, comme de ses déclarations concernant l'identité des titulaires de ces comptes, ne pouvait être réalisé sans qu'il ait été informé préalablement que son consentement était nécessaire.

Délais pour une société dont le siège social est à l'étranger - Obligation de faire élection de domicile en France conformément à l'article R* 197-5 du livre des procédures fiscales

- Com., 1^{er} juin 2023, n° 21-18.694

Un contribuable demeurant à l'étranger, qui exploite une succursale en France et qui s'est conformé à l'obligation, fixée à l'article R 197-5 du livre des procédures fiscales, d'élire domicile en France, bénéficie-t-il du délai supplémentaire de deux mois prévu à l'article 643 du code de procédure civile pour assigner l'administration fiscale aux fins de contester la décision de rejet de sa réclamation contentieuse ?*

L'arrêt attaqué par le pourvoi avait déclaré irrecevable l'action d'une société domiciliée en Allemagne, intentée contre l'administration fiscale au-delà du délai d'assignation de deux mois à compter de la notification de la décision de rejet de la réclamation contentieuse, prévu à l'article R* 199-1 du livre des procédures fiscales, au motif que les dispositions de l'article 643 du code de procédure civile, qui prévoient une augmentation de deux mois des délais de recours dont disposent les personnes demeurant à l'étranger, ne lui étaient pas applicables dès lors qu'elle exerçait une activité en France par l'intermédiaire d'une succursale.

L'arrêt commenté censure ces motifs en énonçant tout d'abord qu'il résulte de la combinaison des articles 643 et 645 du code de procédure civile que lorsqu'une demande est portée devant une juridiction qui a son siège en France métropolitaine, les délais de comparution, d'appel, d'opposition, de recours en révision et de pourvoi en cassation sont augmentés de deux mois pour les personnes qui demeurent à l'étranger dans tous les cas où il n'est pas expressément dérogé à cette règle, et que demeure à l'étranger, au sens de l'article 643 du code de procédure civile, une société dont le siège social est à l'étranger, même si elle exploite une succursale en France.

Par ailleurs, il résultait des constatations de l'arrêt que la société demanderesse avait élu domicile à l'adresse de sa succursale en France.

Or, en matière fiscale, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation jugeait que le délai supplémentaire de distance prévu à l'article 643 du code de procédure civile ne s'appliquait pas au réclamant domicilié hors de France, tenu d'élire domicile en France en application des dispositions de l'article R* 197-5 du livre des procédures fiscales, et, qu'ainsi, le délai d'assignation de deux mois à compter de la notification de la décision de rejet de la réclamation contentieuse, prévu à l'article R* 199-1 de ce code, ne pouvait être prorogé (Com., 18 janv. 1994, pourvoi n° 92-12.715 ; Com., 27 fév. 1996, pourvoi n° 92-18.146, Bull. 1996, IV, n° 67 ; Com., 4 juin 1996, pourvoi n° 93-17.693).

La Cour de cassation juge, pourtant, en dehors de la matière fiscale, que la notification à un domicile élu en France d'un acte destiné à une personne domiciliée à l'étranger ne fait pas obstacle à la prorogation du délai de l'article 643 du code de procédure civile dès lors que, faute de constituer une notification à sa personne, les dispositions de l'article 647 du même code, qui font exception à l'application du délai supplémentaire de deux mois lorsque la personne demeurant à l'étranger a reçu notification de l'acte, à sa personne, sur le territoire français, ne sont pas applicables (Soc., 7 juill. 1986, pourvoi n° 83-41.808 ; Com., 15 mai 2001, pourvoi n° 98-11.852 ; 2e Civ., 9 sept. 2010, pourvoi n° 09-70.087, Bull. 2010, II, n° 146).

Par l'arrêt commenté, la chambre commerciale a considéré que ni l'article R* 197-5 du livre des procédures fiscales ni aucune autre disposition ne dérogent expressément à l'application de l'article 643 du code de procédure civile lorsqu'est à la charge d'un contribuable domicilié à l'étranger l'obligation d'élire domicile en France et qu'en outre, la notification au domicile élu en France par un tel contribuable ne constitue pas une notification à sa personne, de sorte que l'article 647 du même code n'est pas applicable.

Elle a donc abandonné l'exception jurisprudentielle réservée à la matière fiscale en jugeant que le délai d'assignation de deux mois à compter de la notification de la décision de rejet d'une réclamation contentieuse est, en application des dispositions de l'article 643 du code de procédure civile, prorogé de deux mois si le contribuable est domicilié hors de France, bien qu'il ait, conformément aux dispositions de l'article R* 197-5 du livre des procédures fiscales, l'obligation de faire élection de domicile en France.

Visite domiciliaire et Saisie - Règlement général de protection des données (RGPD)

- [Com., 1^{er} juin 2023, n° 21-18.558](#)

*Le **RGPD** est-il applicable au traitement de données à caractère personnel mis en œuvre par l'administration fiscale pour obtenir l'autorisation de procéder à des opérations de visite et saisies sur le fondement de l'article **L. 16 B** du livre des procédures fiscales ?*

Selon le paragraphe 1^{er} de l'article 2 du **RGPD**, ce règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier.

Selon le paragraphe 2, le **RGPD** ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel effectué 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, y compris la protection contre des menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces.

L'ordonnance attaquée par le pourvoi avait retenu que le **RGPD** était inapplicable au traitement mis en œuvre par l'administration fiscale dans le cadre de l'article **L. 16 B** du livre des procédures fiscales, considérant qu'il entrerait dans le champ de l'exception de l'article 2 paragraphe 2 au motif que l'article **L. 16 B** vise à lutter contre la fraude fiscale et qu'il s'agit donc d'un traitement de données effectué par les autorités compétentes à des fins de prévention, de détection, d'enquêtes et de poursuites d'infractions pénales.

Dans l'arrêt commenté, la chambre commerciale, financière et économique rappelle la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui juge que les exceptions au champ d'application du **RGPD**, tel que défini à son article 2, paragraphe 1, doivent recevoir une interprétation stricte (arrêts des 16 juillet 2020, Facebook Ireland et Schrems, [C-311/18](#), point 84, 24 février 2022, Valsts ienemumu dienests, [C-175/20](#), points 40 à 42, 8 décembre 2022, Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben savet, [C-180/21](#), points 73 et 74).

Elle cite deux arrêts de la Cour de justice qui se prononcent sur l'applicabilité du **RGPD** à des données collectées par une administration fiscale en s'attachant à la finalité principale du traitement, retenant que ce règlement s'applique à des données qui, bien que pouvant être utilisées dans le cadre de poursuites pénales en cas d'infractions commises dans le domaine fiscal, n'ont pas été collectées dans l'objectif spécifique de telles poursuites (arrêts des 27 septembre 2017, Puškár, [C-73/16](#), points 39 et 40 et 24 février 2022, Valsts ienemumu dienests, [C-175/20](#), points 44 et 45).

La chambre commerciale en déduit que le traitement mis en œuvre dans le cadre de l'article **L. 16 B**, qui a pour finalité d'obtenir le droit de procéder à une mesure d'enquête pouvant donner lieu à la constatation d'une infraction ou d'un manquement à la législation fiscale, dans le but de percevoir l'impôt et de lutter contre la fraude fiscale, entre dans le champ d'application matériel du **RGPD**, et censure donc l'ordonnance attaquée.

Elle rappelle cependant que le **RGPD** prévoit des exceptions et limitations à l'obligation, faite au responsable du traitement, de fournir à la personne concernée les informations prévues à l'article 14 du règlement.

En effet, l'article 14 paragraphe 5 du **RGPD** prévoit que l'obligation d'information ne s'applique pas dans la mesure où elle est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement, et qu'en pareil cas, le responsable du traitement prend des mesures appropriées pour protéger les droits et libertés ainsi que les intérêts légitimes de la personne concernée, y compris en rendant les informations publiquement disponibles.

En outre, l'article 23 du RGPD prévoit que le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis peut, par la voie de mesures législatives, limiter la portée de l'obligation d'informer la personne concernée par le traitement, et que toute mesure législative doit contenir des dispositions spécifiques relatives, au moins, aux finalités du traitement ou des catégories de traitement, aux catégories de données à caractère personnel, à l'étendue des limitations introduites, aux garanties destinées à prévenir les abus ou l'accès ou le transfert illicites, à la détermination du responsable du traitement, aux durées de conservation et aux garanties applicables, aux risques pour les droits et libertés des personnes concernées et au droit des personnes concernées d'être informées de la limitation, à moins que cela risque de nuire à la finalité de la limitation.

En application de l'article 23, l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 a modifié l'article 48 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Ce texte prévoit que le droit à l'information ne s'applique pas aux données collectées dans les conditions prévues à l'article 14 du RGPD et utilisées lors d'un traitement mis en œuvre par les administrations publiques qui ont pour mission soit de contrôler ou de recouvrer des impositions soit d'effectuer des contrôles de l'activité de personnes physiques **ou morales** pouvant donner lieu à la constatation d'une infraction ou d'un manquement, à des amendes administratives ou à des pénalités dans la mesure où une telle limitation est nécessaire au respect des fins poursuivies par ce traitement et prévue par l'acte instaurant le traitement.

Ainsi, la chambre commerciale indique que bien que le RGPD s'applique au traitement de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, l'administration fiscale, responsable du traitement, peut être dispensée de fournir à la personne concernée les informations prévues à l'article 14 du règlement si les conditions de l'exception prévue au paragraphe 5 de ce texte ou des limitations prévues à l'article 23 du règlement sont réunies, ce qu'il appartient au juge de vérifier.

Mesures d'instruction - Sauvegarde de la preuve avant tout procès - Mesure admissible - Motif légitime - Office du juge - Contrôle du caractère nécessaire et proportionné

- Com., 28 juin 2023, pourvoi n° 22-11.752

Dans cet arrêt du 28 juin 2023, la chambre commerciale rappelle une solution désormais bien établie s'agissant de l'articulation du droit à la preuve et du droit au respect de la vie privée, en présence de mesures d'instruction in futurum, ordonnées sur requête en application des articles 145 et 493 du code de procédure civile.

En l'espèce, la cour d'appel avait confirmé le rejet d'une demande de rétractation d'une telle ordonnance, ayant autorisé une société commerciale à mandater un ou plusieurs huissiers de justice pour se rendre au domicile, ou en tout autre lieu où il se trouverait, de l'un de ses anciens salariés, qu'elle soupçonnait d'avoir commis des actes de déloyauté contractuelle et de concurrence déloyale, et à procéder à la " saisie ", aux fins de copie, d'un certain nombre de documents. La Cour de cassation rejette le pourvoi, aux motifs que la cour d'appel a bien effectué une balance concrète entre les intérêts en présence, en relevant que les copies autorisées étaient limitées aux fichiers, documents et correspondances en rapport avec les allégations litigieuses, lesquelles reposaient sur des indices objectifs, que ces copies ne ciblaient pas les documents personnels du salarié et que les fichiers informatiques étaient identifiés au moyen de mots-clefs précis, en rapport avec les faits dénoncés. L'arrêt est également approuvé pour avoir confirmé l'autorisation donnée à l'huissier de justice de pénétrer au domicile de l'intéressé, hors sa présence et sans son autorisation, mais en présence de deux témoins, et d'avoir précisé qu'en l'absence d'autorisation de " craquer " les mots de passe et les " codes PIN ", par un expert informaticien choisi par l'huissier, la mesure ordonnée aurait perdu toute utilité.

Conformément à la jurisprudence européenne, la Cour de cassation met en œuvre, en matière d'accès, de communication ou de production de pièces par une partie ou future partie à un procès, une balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la preuve, respectivement protégés par les articles 8 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, Bull. 2012, I, n° 85), notamment au titre de mesures d'instruction in futurum, ordonnées sur requête ou en référé, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure (voir, récemment, 2^e Civ., 24 mars 2022, pourvoi n° 20-21.925, 1^{re} Civ., 14 septembre 2022, pourvoi n° 20-19.314, et Soc., 8 mars 2023, pourvoi n° 21-12.492). A cette fin, le juge, saisi d'une demande de mesures d'instruction de nature à porter atteinte au droit à la vie privée ou d'une demande de rétractation de la décision ordonnant de telles mesures, doit vérifier que la partie qui forme la demande ne dispose pas, a priori et au regard de la nature des informations recherchées, des éléments suffisants pour apporter la preuve escomptée ou qu'elle ne puisse pas les obtenir d'une façon moins intrusive et que les mesures d'instruction demandées sont proportionnées, c'est-à-dire qu'elles n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de ce but.

Cette exigence d'une balance concrète des droits prend un relief particulier dans le contentieux économique, au sein duquel le droit à la preuve doit aussi, bien souvent, être concilié avec la protection du secret des affaires ou encore avec les intérêts de la répression administrative (public enforcement) en matière de pratiques anticoncurrentielles (art. L. 483-1, alinéa 2, du code de commerce, issu de la transposition de la directive 2014/104/UE, dite directive dommages). Les articles L. 153-1 et suivants et R. 153-2 et suivants du code de commerce, issus de la transposition de la directive 2016/943/UE sur la protection des secrets d'affaires, offrent à ce titre au juge les outils qui doivent lui permettre de protéger concrètement ces secrets, sans pour autant sacrifier le droit à la preuve.

PROCEDURES COLLECTIVES

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) - Redressement judiciaire - Plan - Plan de cession - Réalisation - Cession d'un bien - Bien grevé d'une sûreté réelle - Droit de suite d'un créancier antérieur - Participation à la distribution de la quote-part du prix de vente

- Com., 14 juin 2023, pourvoi n° 21-15.864

L'arrêt, très technique, concerne la distribution du prix versé dans le cadre d'un plan de cession, la question étant d'autant plus complexe que c'est le titulaire d'un droit de suite qui entendait participer à la distribution du prix de cession, alors que le tribunal n'avait pas déterminé de quote-part comme l'exige l'article L.642-12, alinéa 1^{er} du code de commerce.

Fondé sur la réponse à deux moyens (réponse au moyen unique du pourvoi incident de la société nantie et moyen relevé d'office), l'arrêt répond en réalité à trois questions.

La première est sans doute la plus simple. L'article L.642-12, alinéa 1^{er} impose au tribunal qui arrête le plan de cession de déterminer la quote-part du prix de vente qui doit être affecté aux biens grevés d'une sûreté. Alors que le texte ne prévoyait aucune méthode, l'ordonnance du 12 mars 2014, pour éviter le risque d'arbitraire du tribunal, indique à ce dernier que la quote-part correspond au rapport entre la valeur du bien donné en garantie et la valeur totale des actifs cédés. En l'espèce, et de manière assez surprenante, la cession d'entreprise ne portait en réalité que sur le fonds de commerce nanti, dont elle avait la même valeur. Alors que l'arrêt attaqué, appliquant le texte à la lettre et imposant un retour au tribunal pour fixation de cette quote-part, la Cour de cassation retient qu'en l'espèce, une détermination n'avait aucun intérêt (car équivalente à 100%). C'est le premier fondement de la cassation.

La deuxième question permet à la chambre commerciale d'apporter à la compréhension du texte dont elle indique la finalité: la fixation d'une quote-part permet de répartir le prix de cession entre les différents créanciers en établissant le plus exactement possible l'assiette du droit de préférence de chacun des créanciers munis de sûretés. Elle en tire la conséquence, en réponse au moyen relevé d'office, que la fixation de la quote-part ne déroge pas à l'ordre de paiement des créanciers, contrairement à ce qu'avait retenu la cour d'appel qui entendait attribuer la totalité du prix au titulaire du nantissement.

La troisième question porte sur la participation à la répartition du prix du titulaire d'un droit de suite. En effet, en l'espèce, le titulaire du nantissement n'est pas un créancier de la société débitrice, mais le créancier du vendeur du fonds à cette dernière, lequel entend exercer un droit de suite. On sait que, n'étant pas créancier de la société débitrice, il n'a pas déclaré sa créance. A-t-il pour autant une part dans les répartitions ? La chambre commerciale répond par l'affirmative en se fondant sur l'article R.643-5 du code de commerce, selon lequel le titulaire du droit de suite, sous peine d'être déchu de son droit de participer à la distribution, doit se faire connaître au liquidateur dans le délai de deux mois après l'avertissement de ce dernier. Ainsi s'il ne déclare pas sa créance, il n'en doit pas moins se faire connaître pour être intégré au même titre que les créanciers à l'ordre de collocation, sur le seul bien d'actif sur lequel porte sa sûreté.

Ainsi toute personne titulaire d'un droit sur le gage commun ou sur un élément particulier de celui-ci (mentionnés à l'article susvisé) participe aux distributions.

SOCIETES CIVILES ET COMMERCIALES

Société par actions simplifiée - Nullité - Causes - Actes ou délibérations pris en violation de clauses statutaires - Conditions - Violation de nature à influencer sur le résultat du processus de décision - Annulation à la demande de tout intéressé

- Com., 15 mars 2023, pourvoi n° 21-18.324

L'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce, institué pour compléter, pour les sociétés par actions simplifiées, le régime de droit commun des nullités des actes ou délibérations des sociétés tel qu'il résulte de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce, doit être lu comme visant les décisions prises en violation de clauses statutaires stipulées en application du premier alinéa, et permettant, lorsque cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision, à tout intéressé d'en poursuivre l'annulation.

L'arrêt commenté élargit les possibilités de sanctionner par la nullité une décision prise en violation des statuts d'une société par actions simplifiée.

En effet, par cet arrêt, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation rejette, par une motivation développée, le grief de la quatrième branche du moyen du pourvoi formé contre la décision attaquée comme reposant sur le postulat erroné que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société par actions simplifiée ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du code de commerce ou des lois qui régissent les contrats, revenant ainsi sur une solution consacrée dans un arrêt du 26 avril 2017 (Com., 26 avril 2017, n°14-13.554).

Il sera rappelé que dans les sociétés par actions simplifiées, un certain nombre de décisions doivent être prises collectivement par les associés (article L. 227-9, alinéa 2 du code de commerce) mais que s'agissant des autres, une décision collective n'est requise que si elle est prévue par les statuts (article L. 227-9, alinéa 1^{er}) et que l'article L. 227-9, alinéa 4, du même code, sanctionne par une nullité facultative « les décisions prises en violation des dispositions du présent article ».

Il sera également rappelé que par un arrêt du 18 mai 2010 (Com., 18 mai 2010, n°09-14.855, Bull. 2010, IV, n°93, publié au Rapport annuel), la chambre commerciale a jugé que sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts n'est pas sanctionné par la nullité.

Plusieurs auteurs avaient déjà souligné, à l'époque, qu'un tel raisonnement ne pouvait prospérer pour les clauses statutaires stipulées en application de l'article L. 227-9, alinéa 1^{er}, du code de commerce, les décisions prises en violation de telles clauses pouvant, selon ces mêmes auteurs, être annulées par le juge à la demande de tout intéressé en application de l'alinéa 4 du même texte¹.

Par l'arrêt du 26 avril 2017 précité, la chambre commerciale, s'en tenant à une lecture stricte de l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce, a décidé d'appliquer sa jurisprudence initiée en 2010 à une décision prise en violation d'une telle clause.

Cette solution, très critiquée par la doctrine², s'est avérée trop restrictive, en conduisant à ce que la violation de dispositions statutaires majeures ne puisse être sanctionnée, alors même que la loi fixe peu de règles dans les sociétés par actions simplifiée et qu'une grande liberté est laissée aux rédacteurs des statuts pour, notamment, organiser les pouvoirs entre les différents organes sociaux.

En outre, l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce a été introduit dans l'article 262-10 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, devenu l'article L. 227-9 du code de commerce, par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999, à une époque où les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 235-1 existaient déjà dans l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, ce qui témoigne de la volonté du législateur de compléter le régime de droit commun des nullités des actes ou délibérations des sociétés, même si la rédaction retenue ne s'est pas révélée totalement suffisante pour atteindre cet objectif.

Ce sont ces considérations qui ont conduit la chambre commerciale à abandonner sa jurisprudence de 2017 en jugeant qu'il convient désormais de lire l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 du code de commerce comme visant les décisions prises en violation de clauses statutaires stipulées en application de l'alinéa 1^{er}.

Les auteurs prônent globalement une telle lecture de l'article L. 227-9 du code de commerce³.

Par ailleurs, dans son rapport concernant le régime juridique de la société par actions simplifiée du 29 septembre 2019, le haut comité juridique de la place financière de Paris a pour sa part proposé d'élargir les cas de nullité des décisions sociales prises en violation des statuts en supprimant l'alinéa 4 de l'article L.227-9 du code de commerce et en créant un article L. 227-19-1 instituant une nullité facultative en cas de violation de l'article L. 227-9, alinéa 1^{er}, du code de commerce. Dans son rapport sur les nullités en droit des sociétés en date du 27 mars 2020, ce même comité a quant à lui proposé d'insérer une nouvelle disposition aux articles 1845 et suivants du code civil, L. 221-1 et suivants et L. 227-1 et suivants du code de commerce, afin de permettre aux associés de ces sociétés gouvernées par la liberté contractuelle de prévoir la sanction de la nullité en cas de violation des règles qu'ils auront prévues dans les statuts.

¹ H. Le Nabasque, Nullité des actes et délibérations ne modifiant pas les statuts : cherchez la loi impérative, BJS 2010, 651 ; A. Couret et B. Dondero, La violation des statuts ou du règlement intérieur d'une société commerciale n'est en principe pas sanctionnée par la nullité, JCP E 2010, 1562 ; B. Fages, Sanction du non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou le règlement intérieur d'une société, RTDCiv. 2010, 553.

² D. Schmidt, Le mauvais sort fait à l'article L. 227-9 du code de commerce, note sous l'arrêt, revue des sociétés 2017, 422 ; C. Coupet, Violation des règles statutaires définissant le champ des décisions collectives : pas de nullité, Dr. sociétés 2017, 141. Voir également R. Mortier, L'art de déboulonner les statuts, commentaire sous Com., 20 février 2019, Dr. sociétés 2019, 82.

³ Voir notamment A. Charvériat, M.-E. Sébire, B. Dondero et F. Gilbert, Mémento sociétés commerciales 2023, EFL, n° 60520 ; A. Charvériat et C. Vannoote, Mémento Assemblées générales 2022-2023, EFL, n°98464 ; H. Azarian, La société par actions simplifiée, Lexisnexis, 4^{ème} éd., 2016, n°395 ; M. Germain et P.L. Périn, SAS. La société par actions simplifiée, Joly éditions, 6^{ème} éd., 2016, n° 176.

Une fois admis le principe même d'une sanction en cas de violation d'une disposition statutaire adoptée en application du premier alinéa de l'article L. 227-9 du code de commerce, il restait à déterminer comment une telle violation devait être sanctionnée, étant rappelé que le dernier alinéa de cet article prévoit une nullité facultative.

Soucieuse de limiter la nullité aux violations substantielles des dispositions statutaires organisant les décisions collectives, la chambre commerciale a posé comme condition de son prononcé, soumise à son contrôle, que la violation des statuts soit de nature à influencer sur le résultat du processus de décision, ce qui englobe tous les types de consultation des associés.

L'arrêt commenté réhabilite ainsi la force obligatoire des statuts de SAS tout en préservant la sécurité juridique nécessaire au bon fonctionnement de ces sociétés.

Société par actions simplifiée - Statuts - Clause statutaire ayant pour objet la cession d'actions - Violation - Sanction - Nullité

- Com., 21 juin 2023, n° 21-25.952

Une clause « buy or sell » extra-statutaire peut-elle être annulée par application de l'article L. 227-15 du code de commerce au motif qu'elle permettrait l'exclusion d'un associé dans des conditions et selon un processus contrevenant à une clause statutaire ?

Les pactes d'associés comportent fréquemment une clause de sortie, désignée en pratique sous l'appellation de clause « buy or sell », par laquelle en cas de non-respect de l'un quelconque de ses engagements par l'une ou l'autre des parties, la partie fautive s'engage, au choix de la partie victime de la défaillance, soit à acquérir la totalité de ses actions, soit à lui céder la totalité de ses propres actions.

Tel était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté. Soutenant qu'une partie n'avait pas respecté ses engagements résultant du pacte, une autre l'a assignée aux fins de la voir condamner à lui céder ses actions. Celle-ci a alors invoqué la nullité de la clause du pacte au motif qu'elle permettrait l'exclusion d'un associé dans des hypothèses et selon un processus contrevenant à la clause d'exclusion figurant dans les statuts. La cour d'appel fait droit à cette demande et déclare nulle, pour ce motif, la clause litigieuse.

Cette décision est cassée par l'arrêt commenté par lequel la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce, pour la première fois, que l'article L. 227-15 du code de commerce ne régit pas l'exclusion d'un associé et la cession forcée de ses actions qui en résulte, et que la nullité qu'il prévoit vise uniquement à sanctionner la violation de toute clause statutaire ayant pour objet la cession d'actions librement consentie par leur titulaire. La chambre commerciale a considéré qu'aucune nullité n'était encourue en l'espèce dès lors que la clause des statuts à laquelle il aurait été contrevenu ne concernait pas la cession des actions de la société mais régissait le cas d'exclusion d'un associé pour violation des règles de fonctionnement, de sorte qu'elle n'avait pas pour objet de priver un associé de la faculté de conclure une promesse unilatérale de vente de ses actions consentie sous la conditions suspensive de la réalisation d'un événement qu'elle prévoyait.

L'arrêt commenté s'inscrit ainsi dans le prolongement d'un arrêt du 6 mai 2014, par lequel la chambre commerciale a jugé que l'engagement souscrit par un associé conférant aux autres parties, aux conditions qu'il prévoit, une option d'achat de ses droits sociaux en cas de cessation de ses fonctions, constituait une promesse unilatérale de vente et non une exclusion (Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349) ; cette solution a été réaffirmée par un arrêt du 6 novembre 2019 (Com., 6 novembre 2019, n° 18-14.287).



Retrouvez l'actualité de la Cour de cassation sur [Courdecassation.fr](https://www.courdecassation.fr)

Suivez la Cour de cassation sur Twitter , Facebook  et LinkedIn 

Retrouvez [le panorama annuel de jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique](#)

Retrouvez [les arrêts publiés au Bulletin et au Rapport de la chambre commerciale, financière et économique](#)

La Lettre de la chambre commerciale, financière et économique n° 10 – juillet 2023

Directeur de publication : Vincent Vigneau

Comité de rédaction : Ronan Guerlot, Cécile Lambrey et Mélanie Bessaud

Conception : Service de documentation, des études et du rapport

Diffusion : Cour de cassation