

I. GESTION DE PATRIMOINE

Encadrement du démarchage téléphonique

Décret n°2022-1313 du 13 octobre 2022 relatif à l'encadrement des jours, horaires et fréquence des appels téléphoniques en application de la loi du 24 juillet 2020

Le décret du 13 octobre 2022 fixe des plages horaires, jours et cadences de rappels en cas de démarchage (appels téléphoniques à des fins de prospection commerciale non sollicitée).

A compter du 1^{er} mars 2023, l'agent général, le courtier, le mandataire ou l'assureur qui peut agir en qualité de distributeur ne pourront désormais contacter le consommateur que du lundi au vendredi de 10 heures à 13 heures et de 14 heures à 20 heures, sauf jour férié, où le démarchage téléphonique est interdit. Il devra par ailleurs respecter les cadences suivantes :

- pas plus de 4 tentatives ou contacts au cours d'une période de 30 jours ;
- si le consommateur s'oppose au démarchage, pas de nouvelle tentative avant une période de 60 jours calendaires révolus à compter de son refus.

Le décret précise que ces nouvelles règles seront applicables tant aux personnes non-inscrites sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique « Bloctel » qu'à celles inscrites mais sollicitées dans le cadre d'un contrat en cours. En revanche, l'encadrement prévu ne sera pas applicable aux consommateurs ayant donné leur consentement exprès et préalable pour être appelé.

Enfin, le non-respect de ces obligations sera sanctionné de l'amende administrative prévue à l'article L. 242-16 du Code de la consommation (75.000 euros pour une personne physique et 375.000 euros pour une personne morale).

Audiences de la Commission des sanctions de l'ACPR : fin du huis clos

Communiqué de l'ACPR du 20 octobre 2022

Les audiences de la Commission des sanctions de l'ACPR ne se dérouleront désormais à huis-clos que si l'organisme poursuivi justifie, à l'appui de sa demande en ce sens, de circonstances particulières.

L'ACPR précise également que les dates des audiences seront rendues publiques sur son site internet.

Mise en garde par l'AMF à l'encontre d'offres frauduleuses d'investissement dans la transition énergétique

L'AMF appelle les épargnants à la vigilance à l'égard de fausses brochures commerciales faisant valoir des « placements écoresponsables » ou « durables, à haut potentiel et sécurisés », avec un « taux de rendement élevé » (6 % à 12 % par an), pour « survolter son épargne », par le biais de « livret hydrogène », « pétrole » ou « solaire », ou dans des places de stationnement avec

bornes de recharge électrique, présentées comme des « éco-parkings », ou encore dans des centrales photovoltaïques installées en Espagne, au Portugal, en France ou en Belgique.

L'AMF précise que ces offres s'appuient sur l'usurpation d'identité de groupes connus du secteur de l'énergie ou de la grande distribution, d'opérateurs immobiliers, de professionnels de la finance, sociétés de gestion ou CIF, ou bénéficiant d'une soi-disant garantie de capital de l'ACPR, de la Banque de France ou de la BCE.

La date du rejet du recours juridictionnel contre le redressement fiscal comme point de départ de la prescription de l'action en RCP contre le CGP

Cass. com. 9 novembre 2022, RG n°21-10632

Faits : Des investisseurs avaient apporté à des sociétés en participation, dans le cadre d'un programme de défiscalisation présenté par un CGP, des fonds destinés à l'acquisition et à la location de centrales photovoltaïques, puis avaient, sur le fondement des dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI, imputé sur le montant de leur impôt sur le revenu des réductions d'impôt au titre de ces investissements.

L'administration fiscale ayant remis en cause ces réductions d'impôt, les investisseurs avaient formé un recours devant la juridiction administrative, puis assigné leur conseiller sur le fondement de la violation de son obligation d'information et de conseil aux côtés de son assureur.

Décision : La Haute Juridiction, saisie du pourvoi des investisseurs à l'encontre de l'arrêt qui avait retenu que la prescription court dès la notification de la proposition de rectification fiscale et ainsi déclaré prescrites leurs demandes, a considéré que, lorsque le contribuable conteste le redressement fiscal en justice, le dommage résultant de ce dernier n'est réalisé qu'à la date à laquelle le recours est rejeté par le juge de l'impôt.

Obligations d'information et de conseil de l'intermédiaire en assurance

Commission des sanctions de l'ACPR n° 2021-04 du 17 octobre 2022

La Commission des sanctions de l'ACPR a condamné un cabinet de courtage à une sanction pécuniaire de 20.000 euros et à une interdiction de pratiquer l'activité d'intermédiation en assurance pendant sept ans.

Pour juger en ce sens, la Commission a d'abord rappelé que l'information et le conseil constituent le cœur de l'activité d'intermédiation en assurance et que les obligations imposées par le législateur ont pour but de protéger les clients contre les risques d'abus de la part des distributeurs de produits d'assurance.

Puis elle a retenu à l'encontre du courtier les manquements suivants dans le cadre de la commercialisation par démarchage téléphonique de contrats d'assurance santé et de protection juridique :

- défaut de remise de l'information précontractuelle sur un support durable dans le cadre de la vente à distance ;
- défaut de remise de l'information précontractuelle en temps utile avant la conclusion du contrat ;
- inexactitude et insuffisance des informations précontractuelles communiquées ;
- absence de recueil des exigences et besoins du client et de motivation du conseil.

A noter qu'un blâme et une interdiction de commercialiser des contrats d'assurance pendant deux mois avaient été prononcés en février 2020 à l'encontre de ce cabinet de courtage, dont les gérants de droit et de fait, dont la responsabilité directe et personnelle est retenue, sont également condamnés à une interdiction de pratiquer l'activité d'intermédiation en assurance et à une sanction pécuniaire de 20.000 euros pour l'un et de 10.000 euros pour l'autre.

La réforme du courtage validée

Conseil Constitutionnel 21 octobre 2022, DC 2022-1015

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par l'ANCDGP, a considéré que la loi du 8 avril 2021 sur la réforme du courtage de l'assurance et du courtage en opérations de banque et en services de paiement est conforme à la Constitution.

Les Sages ont à cette fin retenu que (i) les atteintes portées à la liberté d'entreprendre sont justifiées par un objectif d'intérêt général de protection des consommateurs et proportionnées, et que (ii) la différence de traitement entre, d'une part, les courtiers d'assurance ou de réassurance et les courtiers en opérations de banque et en services de paiement, tenus d'adhérer à une association professionnelle agréée, et, d'autre part, les courtiers exerçant en France au titre de la LPS ou de la liberté d'établissement, qui ne sont pas soumis à cette obligation, est justifiée par le fait qu'ils ne trouvent pas placés dans la même situation, ces derniers étant déjà immatriculés dans leur Etat d'origine.

Pour mémoire, l'adhésion à une association agréée par l'ACPR sera obligatoire pour l'ensemble des courtiers et mandataires d'intermédiaires en assurances à compter du 1er janvier 2023.

II. ASSURANCE

Recommandation de l'ACPR sur la nouvelle catégorie de risques dits « de durabilité »

Recommandation de l'ACPR

A la suite de l'entrée en vigueur, le 2 août 2022, des amendements aux règlements délégués aux directives Solvabilité 2, l'ACPR a apporté les précisions importantes suivantes.

Ces amendements introduisent une nouvelle catégorie de risques dits « de durabilité » qui comprennent, outre les risques climatiques

liés aux catastrophes naturelles, déjà pris en compte dans le calcul de l'exigence de capital des assureurs, de nouveaux risques :

- risques de transition pesant sur les actifs susceptibles de perdre de la valeur du fait de l'introduction de nouvelles réglementations environnementales ;
- risques de responsabilité, liés aux procès et litiges auxquels les organismes pourraient être confrontés du fait de la mise en jeu de leur responsabilité dans le changement climatique résultant de leurs investissements ;
- risques sociaux, liés aux droits, bien-être et intérêts des peuples et communautés, jusqu'alors principalement traités via la RSE.

Ces nouveaux risques devront désormais être pris en compte par les organismes soumis aux directives Solvabilité 2 (assureurs, réassureurs et mutuelles notamment) dans l'évaluation de la sécurité, de la qualité, de la liquidité et de la rentabilité d'un portefeuille d'actifs.

L'ACPR recommande également aux assureurs de questionner leurs clients sur leurs préférences environnementales, sociales et de gouvernance (ESG) dans leurs choix d'investissements.

Enfin, ces risques de durabilité devront être pris en compte dans la politique de rémunération des dirigeants et du personnel des organismes d'assurance.

Indemnisation des pertes et dommages causés par une cyberattaque

Projet de Loi d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur (LOPMI)

La commission mixte paritaire sur le Projet de LOPMI, qui s'est réunie le 1er décembre 2022, est parvenue à un accord.

S'agissant du texte de l'article 4 du Projet, complétant le Code des assurances par un chapitre X portant sur l'assurance des risques des cyberattaques (article L.12-10-1), la version retenue, après modification par l'Assemblée Nationale, le 22 novembre dernier, en première lecture, de la version adoptée par le Sénat en première lecture le 18 octobre, subordonne l'indemnisation par l'assurance des pertes et dommages causés par une cyberattaque à un dépôt de plainte de la victime auprès des autorités compétentes au plus tard 72 heures après la connaissance de l'atteinte par la victime.

Prochaine étape, l'examen par le Sénat des conclusions de la commission mixte paritaire, le 14 décembre 2022.

Assurance base réclamation, connaissance du dommage et succession d'assureurs

Cass. civ. 3^{ème} 12 octobre 2022, RG n° 21-21427

Faits : Un maître de l'ouvrage avait confié des travaux à une société de construction, assurée en responsabilité décennale et en responsabilité civile professionnelle auprès d'un assureur jusqu'au 1er janvier 2014, puis auprès d'un autre assureur.

Le maître de l'ouvrage, après avoir constaté des désordres survenus après la fin de réalisation des travaux, avait assigné la société de construction et ses deux assureurs en réparation des désordres et des préjudices matériels et immatériels subis.

Décision : Devant la Haute Juridiction, la société de construction soutenait que la garantie déclenchée par la réclamation couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires de sinistres dès lors que le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation et que la première réclamation est formulée entre la prise d'effet de la garantie et l'expiration du délai subséquent, peu important que cette garantie ait été resouscrite.

La Cour de cassation a, au visa de l'article L 124-5 alinéa 4 du Code des assurances, écarté cette argumentation, en précisant que lorsque l'assuré a eu connaissance du dommage postérieurement à la date de résiliation de la police souscrite, en base réclamation, auprès du premier assureur, la souscription de la même garantie, en base réclamation, auprès d'un second assureur, met fin à la période de garantie subséquente attachée au contrat initial.

Rappel des conditions de mise en jeu de la garantie décennale

Cass. civ. 3^e 12 octobre 2022, RG n° 21-18.640

Faits : Un maître de l'ouvrage avait, après avoir constaté des fissures dans sa maison d'habitation, fait effectuer des travaux de reprise sous la maîtrise d'œuvre de deux sociétés, puis, se plaignant de désordres, avait, après expertise, assigné ces dernières et leurs assureurs.

Décision : L'assureur de l'une des sociétés, condamné *in solidum* avec l'autre société et son assureur à indemniser le maître de l'ouvrage sur le fondement de la garantie décennale, soutenait devant la Haute Juridiction que (i) la garantie décennale n'est pas applicable aux vices faisant l'objet de réserves lors de la réception, ces vices étant alors couverts par la garantie de parfait achèvement, et que (ii) les constatations de la Cour d'appel ne permettaient pas de caractériser une atteinte à la solidité de l'ouvrage ou une impropreté à sa destination survenue dans le délai de 10 ans à compter de la réception des travaux.

La Cour, rappelant les conditions d'application de la garantie décennale, a rejeté le pourvoi en jugeant que la Cour d'appel a souverainement retenu que les désordres n'étaient pas apparents à la réception et qu'ils compromettaient la solidité de l'ouvrage.

Validation de clause d'exclusion de garantie et refus d'indemnisation des pertes d'exploitation

Cass. civ. 2^e 1^{er} décembre 2022, RG n°21-15392, n°19-341, n°19-342

Faits : Des sociétés exploitant un fonds de commerce de restaurant qui avaient souscrit un contrat d'assurance multirisque professionnelle avaient, à la suite de l'adoption de l'arrêté du 15 mars 2020 portant notamment interdiction pour les restaurants et débits de boissons d'accueillir du public du 15 mars au 15 avril 2020, prorogée jusqu'au 2 juin 2020, effectué auprès de leur assureur une déclaration de sinistre aux fins d'indemnisation de leurs pertes d'exploitation en application d'une clause du contrat d'assurance stipulant une extension de garantie aux pertes

d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré résultant d'une décision de fermeture prise par une autorité administrative compétente et extérieure à l'assuré et conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication.

L'assureur leur opposant une exclusion de garantie sur le fondement d'une clause excluant « *les pertes d'exploitation lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit sa nature et son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique* », les sociétés avaient assigné ce dernier en garantie.

Décision : La Cour de cassation, pour censurer, au visa de l'article L 113-1 du Code des assurances, la position de la Cour d'appel qui avait retenu que la clause d'exclusion n'était ni formelle ni limitée, a :

- rappelé que :
 - doivent être formelles et limitées les seules clauses d'exclusion de garantie qui privent l'assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de la réalisation du risque ;
 - une clause d'exclusion n'est pas formelle lorsqu'elle ne se réfère pas à des critères précis et nécessite interprétation, et n'est pas limitée lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire ;
- puis jugé que :
 - sur le caractère formel : la circonstance particulière du risque privant l'assuré du bénéfice de la garantie n'était pas l'épidémie mais la situation dans laquelle, à la date de la fermeture, un autre établissement faisait l'objet d'une mesure de fermeture administrative pour une cause identique à l'une de celles énumérées par la clause d'extension de garantie, de sorte que l'ambiguïté invoquée du terme épidémie était sans incidence sur la compréhension par l'assuré des cas dans lesquels l'exclusion s'appliquait ;
 - sur le caractère limité : la garantie couvrait le risque de pertes d'exploitation consécutives, non à une épidémie, mais à une fermeture administrative ordonnée à la suite d'une maladie contagieuse, d'un meurtre d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication, de sorte que l'exclusion considérée, qui laissait dans le champ de la garantie les pertes d'exploitation consécutives à une fermeture administrative liée à ces autres causes ou survenues dans d'autres circonstances que celles prévues par la clause d'exclusion, n'avait pas pour effet de vider la garantie de sa substance.

III. CONTENTIEUX

L'indemnisation de l'agent commercial en cas de faute grave découverte postérieurement à la résiliation du contrat

Cass. com. 16 novembre 2022, RG n°21-17423

Faits : Un agent commercial avait, à la suite de la résiliation par sa mandante du contrat les liant, assigné cette dernière en paiement d'une indemnité de rupture.

La Cour d'appel, se conformant à la position traditionnelle de la Cour de cassation, avait refusé de faire droit à cette demande, considérant qu'il importe peu qu'un manquement à ses obligations, découvert postérieurement à la rupture, ne soit pas mentionné dans la lettre de résiliation, si ce manquement, susceptible de constituer une faute grave, a été commis antérieurement à cette rupture.

Décision : Par un revirement de jurisprudence, la Chambre commerciale financière et économique a jugé, au visa des articles L. 134-12, alinéa 1, et L. 134-13 du Code de commerce, transposant les articles 17 paragraphes 3 et 18 de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, qu'il convient de retenir désormais que l'agent commercial qui a commis un manquement grave, antérieurement à la rupture du contrat, dont il n'a pas été fait état dans la lettre de résiliation et découvert postérieurement à celle-ci par le mandant, de sorte qu'il n'a pas provoqué la rupture, ne peut être privé de son droit à indemnité.

Rupture brutale d'une relation commerciale établie et commune intention des parties

Cass. com. 7 septembre 2022, RG n°21-12704

Faits : Une société, après avoir racheté les actifs d'un fournisseur de vendeur de tissus de luxe avait entretenu avec ce dernier des relations commerciales sans contrat formalisé puis lui avait notifié la rupture de leur relation commerciale.

Le vendeur, reprochant au repreneur une rupture brutale de la relation commerciale établie depuis 1993 et le non-respect du délai de préavis qui lui avait été accordé, l'avait assigné en réparation de ses préjudices.

La Cour d'appel avait accueilli les demandes du vendeur en retenant que les parties avaient eu l'intention de poursuivre la relation

commerciale antérieure dès lors qu'elle portait sur les mêmes produits et aux mêmes conditions.

Décision : La Cour de cassation a censuré cette décision en considérant que le repreneur avait expressément fait savoir au vendeur que le contrat le liant à son fournisseur n'avait pas été repris dans le cadre de la procédure collective, ce dont il se déduisait que les parties n'avaient pas la volonté de poursuivre la relation commerciale initiée avec ce dernier.

Compétence de la Cour d'appel pour trancher les fins de non-recevoir relatives aux prétentions nouvelles et à la concentration des moyens au fond

Cass. civ. 2^e Avis 11 octobre 2022, RG n° 22-70010

Sur la question de la compétence pour statuer sur les fins de non-recevoir relevant de l'appel, la Cour de cassation a tranché en faveur de la Cour d'appel, celles relevant de la procédure d'appel étant de la compétence du Conseiller de la mise en état.

Ainsi, selon la Cour de cassation, seule la Cour d'appel peut connaître des fins de non-recevoir tirées de l'interdiction d'émettre des prétentions nouvelles en appel (article 564 du Code de procédure civile) et des prétentions non présentées dans les premières conclusions d'appel (article 910-4 du Code de procédure civile). A noter enfin que les parties devront soulever ces fins de non-recevoir dans un seul jeu d'écritures.



Julia KALFON
Avocat associé
jkalfon@squairlaw.com