



LHJ AVOCATS
RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

FÉVRIER 2021

SOMMAIRE

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES Un pacte d'actionnaires conclu pour la durée de la société est à durée déterminée CA Paris, 15 décembre 2020, n°20/00220 L'accord de confidentialité permet de protéger le porteur de projet Conseils pratiques	p. 2 p. 3
ENTREPRISES EN DIFFICULTE Est dépourvue d'effet la transaction conclue sans autorisation préalable du juge-commissaire Cass. com., 20 janvier 2021, n°19-20.076, Publié au Bulletin Participation impossible pour les parents du dirigeant en cas de vente aux enchères d'un bien immobilier Cass. com., 3 février 2021, n°19-20.616	p. 4 p. 5
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX Droit de la consommation : indivisibilité du contrat de prêt et du contrat principal qu'il vient financer CA Rennes, 2 ^{ème} chambre, 5 février 2021, n°17/05579 Pour être valable l'acceptation d'une offre de vente doit être réceptionnée par le vendeur dans le délai imparti Cass. civ. 1 ^{ère} , 6 janvier 2021, n°19-21.071, Inédit	p. 6 p. 7
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION Absence de responsabilité de la société coopérative pour les agissements de ses adhérentes Cass. com., 27 janvier 2021, n°18-14.774, inédit Information précontractuelle du candidat dans le cadre d'un réseau de franchise naissant CA Rennes, 2 février 2021, RG n°18/01809	p. 8 p. 10
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES Perte injustifiée d'emploi : pas de cumul d'indemnisation sur le fondement des responsabilités contractuelle et délictuelle Cass. soc., 27 janvier 2021, n°18-23.535, Publié au bulletin Covid-19 : restauration des salariés dans des locaux normalement affectés au travail Décret n°2021-156 en date du 13 février 2021	p. 11 p. 12
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME Exploitation illicite : attention aux modifications apportées aux projets commerciaux en cours de réalisation ! CAA Marseille, 15 février 2021, Association En toute franchise du département des Alpes-Maritimes, req. n°19MA00852 COVID-19 : Fermeture des commerces non essentiels et demande de restitution des loyers payés pendant la période de confinement TJ Paris, 18 ^{ème} Chambre - 2 ^{ème} section, 25 janvier 2021, RG n°18/02353	p. 13 p. 14
PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES La Commission européenne apporte des éclaircissements concernant les transferts de données personnelles vers le Royaume Uni Projet de de deux décisions d'adéquation relatives aux transferts des données à caractère personnel vers le Royaume-Uni Une sanction de la CNIL pour protection insuffisante contre le « credential stuffing » CNIL, Décision du 27 janvier 2021	p. 15 p. 16
PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION Saisie conservatoire : Importance des déclarations faites par le tiers saisi et risque de condamnation Cass. civ. 2 ^{ème} , 4 février 2021, n°19-12.424	p. 17
DROIT PÉNAL Un pied dans le (co)vid : prise de position, le risque pénal de la « faute délibérée » existe bien pour les chefs d'entreprise Avis d'expert	p. 19
DROIT INTERNATIONAL Accord d'investissement UE-Chine Annonce de la Commission européenne, 30 décembre 2020	p. 23

AIX-EN-PROVENCE
BELFORT - BORDEAUX
CLERMONT-FERRAND
LE HAVRE - LILLE - LYON
MARSEILLE - METZ
MONTPELLIER - NANTES
NICE - PARIS - ROUEN
SAINT-ETIENNE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHRÉÏN
BANGLADESH - BELGIQUE
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
CORÉE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ
EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - KAZAKSTHAN
KOWEÏT - LUXEMBOURG
MADAGASCAR - MALTE
MAROC - MEXIQUE
NICARAGUA - OMAN
PANAMA - PARAGUAY - PÉROU
PORTUGAL - QATAR
RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SÉNÉGAL - SINGAPOUR
SUISSE - THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM - ZIMBABWE

Conventions transnationales

www.simonavocats.com

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Un pacte d'actionnaires conclu pour la durée de la société est à durée déterminée

CA Paris, 15 décembre 2020, n°20/00220

Ce qu'il faut retenir :

Un pacte d'actionnaires conclu pour la durée de la société, qui était fixée statutairement à 99 ans, est à durée déterminée et ne peut donc pas faire l'objet d'une résiliation unilatérale par l'une des parties.

Pour approfondir :

L'arrêt du 15 décembre 2020 de la Cour d'appel de Paris apporte une contribution intéressante à la question lancinante de la durée des pactes d'actionnaires, bien qu'elle ne préjuge naturellement pas de la position de la Cour de cassation sur ce sujet.

En l'espèce, un pacte d'actionnaires relatif à une SAS a été signé entre une société française X et une société de droit californien Z le 19 décembre 2013. A cette date, les mêmes parties ont conclu une série d'autres conventions, en particulier un contrat de conseil et une annexe audit contrat organisant les modalités d'acquisition puis de monétisation par la société Z de plusieurs lots d'actions de la SAS sur une période de cinq à sept ans, cette participation étant un élément de rémunération du contrat de conseil.

A la suite de la survenance d'un différend entre les deux sociétés, X a notifié le 17 mai 2016 à Z la résiliation du pacte d'actionnaires à effet au 30 juin 2016, ce qui a été contesté par l'autre partie.

La Cour d'appel devait dès lors juger de la validité de cette résiliation et ainsi trancher la durée déterminée ou indéterminée du pacte d'actionnaires, dans la mesure où un contrat à durée indéterminée peut être résilié unilatéralement par une partie à tout moment, alors qu'il ne peut être mis fin à un contrat à durée déterminée avant son terme.

Le pacte d'actionnaires stipulait qu'il avait été conclu « pour la durée de la Société » et qu'il se terminerait

« de plein droit et par anticipation [...] à l'égard de tout Actionnaire ayant cessé de détenir directement ou indirectement une ou des actions de la Société ». Quant aux statuts de la SAS (annexés au pacte d'actionnaires), ils prévoient que la société était constituée pour une durée de 99 ans, sauf dissolution anticipée ou prorogation.

La Cour d'appel déduit de l'ensemble des clauses précitées que les parties ont bien entendu appliqué un terme précis à leurs engagements au titre du pacte d'actionnaires et que ce dernier était donc à durée déterminée, dès lors insusceptible de résiliation unilatérale anticipée.

La circonstance que le pacte s'inscrivait dans un ensemble contractuel cohérent (constitué par les différentes conventions conclues le 19 décembre 2013) avec des durées propres a été considérée par la Cour comme de nature à conforter cette analyse.

On aurait pu s'interroger sur la validité d'une convention d'une durée de 99 ans au regard de la prohibition légale des engagements perpétuels. La Cour d'appel écarte toutefois cet argument dans la mesure où les parties sont des personnes morales. Il nous semble néanmoins probable que le raisonnement aurait été différent si l'une des parties avait été une personne physique.

Compte tenu des particularités de l'espèce, il convient de ne pas trop rapidement généraliser la portée de cet arrêt, qui peut d'ailleurs être mis en perspective avec une décision de la Cour de cassation du 6 novembre 2007 qualifiant de contrat à durée indéterminée un pacte prévoyant que ses stipulations « s'appliqueront aussi longtemps que (les parties) ou leurs substitués demeureront ensemble actionnaires » ainsi qu'avec un arrêt du 20 décembre 2017 retenant également la durée indéterminée d'un pacte d'actionnaires conclu pour le temps qu'une partie demeurerait personnellement actionnaire de la société.

A rapprocher : Cass. com., 6 novembre 2007, n°07-10.620 ; Cass. com. 20 décembre 2017, n°16-22.099 ; Article 1211 du Code civil ; Article 1212 du Code civil

L'accord de confidentialité permet de protéger le porteur de projet
Conseils pratiques

Ce qu'il faut retenir :

La question de savoir comment partager son projet sans se faire « voler » son idée se pose légitimement, d'autant plus que le droit français ne prévoit aucune protection, à l'exception de celle offerte par la réglementation relative au droit d'auteur qui prévoit que « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

Pour approfondir :

Appliquée à la création d'entreprise, l'idée, pour être protégeable, nécessite souvent de rechercher des financements.

Avant la consécration du secret des affaires issue de la loi du 30 juillet 2018, c'était la voie contractuelle qui offrait la protection la plus adaptée. La signature d'un accord de confidentialité (ou NDA pour « *non-disclosure agreement* ») était une pratique courante et elle le demeure, à condition qu'on y ait recours à bon escient.

L'enjeu est que le partenaire financier accepte de signer sans lui imposer de contraintes qu'il ne serait pas en mesure de respecter.

Afin d'apporter notre éclairage sur ces accords, notamment ceux que nous pouvons rencontrer en matière de venture capital, nous avons recensé ci-dessous les clauses qui méritent une attention particulière :

- L'étendue de l'information confidentielle : il est usuel que l'information confidentielle soit définie de la façon la plus large possible afin de couvrir l'information divulguée quels qu'en soient sa nature et son mode de diffusion ;
- L'exception à l'obligation de confidentialité : seront usuellement visées par cette clause les informations qui sont ou viendraient à tomber dans le domaine public et celles dont la divulgation serait requise par la loi ou par une décision judiciaire ou administrative. Peuvent

s'ajouter les informations qui seraient transmises par un tiers, celles déjà en la possession du destinataire ou encore celles développées en interne à condition d'en apporter la preuve ;

- La définition d'affilié : l'information doit pouvoir être transmise à l'autre partie et son équipe (employés et conseils). Le contrat prévoira l'obligation de s'assurer que ces affiliés sont bien eux-mêmes tenus à une obligation de confidentialité. Une attention particulière devra être portée à la définition d'affiliés lorsque qu'il est stipulé qu'en cas de violation de la confidentialité par l'un de ses affiliés, le cocontractant sera responsable des dommages subis par l'autre partie ;
- La durée : il est courant de dissocier durées du contrat et de la confidentialité. L'intérêt étant de faire perdurer l'obligation de confidentialité au-delà de la durée du contrat en cas de résiliation prématurée ;
- La clause attributive de juridiction : il est fréquent que le contrat passé avec une société étrangère soit soumis à un droit qui ne soit pas le nôtre et attribue tout éventuel litige à des tribunaux situés hors de nos frontières. Cela ne pose pas de problème en soi dès lors que le droit en question peut être facilement accessible. En revanche, nous recommandons d'éviter le recours à l'arbitrage en raison de son coût élevé ;
- La clause pénale : cette clause consiste à déterminer à l'avance le montant des dommages et intérêts en cas de violation du secret. Son utilité est toutefois limitée lorsqu'il s'agit d'une jeune société car, d'une part, elle aurait tendance à effrayer le partenaire financier et, d'autre part, le montant des dommages et intérêts est difficilement chiffrable pour de très jeunes entreprises. A l'inverse, ce type de clause est légitime et prend tout son sens entre acteurs du domaine industriel ou lors d'opérations de fusions-acquisitions.

Enfin, il convient de garder à l'esprit que le contentieux relatif à la violation d'un NDA est rare en raison de plusieurs difficultés.

La première est celle de rapporter la preuve matérielle d'une violation de la confidentialité.

La seconde réside dans la démonstration du préjudice et de son estimation qui correspond non pas au prix du secret (1) mais aux pertes et gains manqués consécutifs à la divulgation illicite. Ce chiffrage sera difficile à établir ou dérisoire lorsque le projet n'est pas encore mature.

Le degré de protection offert par le NDA s'avère donc être proportionnel au stade de développement du porteur de projet. « Shooter un NDA » n'est pas nécessairement le préalable à toute négociation quand on sait que l'obligation de confidentialité pourra être insérée ultérieurement dans une lettre d'intention ou dans un pacte d'associés si les négociations se poursuivent. Dans l'intervalle, les informations échangées pourront être protégées par les dispositions relatives à la protection du secret des affaires qui sanctionnent, sur le fondement délictuel, toute utilisation ou divulgation sans le consentement du détenteur légitime d'un secret.

A rapprocher : Article paru dans l'AGEFI (source)

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Est dépourvue d'effet la transaction conclue sans autorisation préalable du juge-commissaire

Cass. com., 20 janvier 2021, n°19-20.076,
Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Il résulte de l'article L.622-7 II du Code de commerce que la conclusion d'une transaction avec un co-contractant faisant l'objet d'une procédure collective est soumise à l'accord du juge-commissaire, lequel doit avoir été obtenu avant tout engagement, sous peine de nullité.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société V a été placée sous procédure de redressement judiciaire suivant un jugement du 25 janvier 2017 par le tribunal de commerce de Paris.

En parallèle, une procédure oppose la société V à son bailleur devant le tribunal de grande instance de Paris relativement à la régularisation des charges.

Le 29 septembre 2017, un accord est trouvé entre l'administrateur judiciaire, la société V et le bailleur sur les modalités d'une résiliation amiable du bail moyennant le versement d'une indemnité.

Suite à un changement de dirigeant, le bailleur décide de se rétracter et en informe l'administrateur le 10 octobre.

Le 30 octobre 2017, la société V et son administrateur judiciaire présentent une requête au juge commissaire afin d'autoriser la transaction négociée le 29 septembre 2017.

Par ordonnance du 8 novembre 2017, le juge-commissaire autorise la transaction nonobstant la rétractation du bailleur.

Mécontent, le bailleur forme un recours contre cette ordonnance, laquelle est maintenue par jugement du tribunal de commerce de Paris.

Le bailleur fait appel du jugement.

La Cour d'appel infirme le jugement aux motifs que : « ni l'administrateur judiciaire, investi d'une mission d'assistance, ni le débiteur n'ayant au regard des exigences impératives de l'article L.622-7 II du Code de commerce le pouvoir de transiger sans l'autorisation préalable du juge commissaire, l'accord donné à la proposition du bailleur le 29 septembre 2017, ne vaut acceptation formelle de l'offre, et partant formation d'un contrat [...]. La rétractation de la proposition étant intervenue avant que le juge-commissaire n'autorise l'administrateur judiciaire et le débiteur à accepter l'offre par voie de transaction, le juge commissaire ne pouvait pas, le 8 novembre 2017, autoriser une transaction inexistante ».

Le redressement judiciaire ayant été converti en liquidation judiciaire, le liquidateur forme un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel afin d'être autorisé à signer la transaction avec le bailleur.

La Chambre commerciale de la Cour de Cassation, par un arrêt du 20 janvier 2021, approuve la décision de la Cour d'appel de Paris.

En effet, selon la Haute juridiction, ni l'administrateur ni la société V n'avaient le pouvoir de transiger sans y avoir été autorisés par le juge-commissaire : « *la proposition du bailleur et son acceptation, fût-elle donnée sous réserve de cette autorisation, étaient intervenues avant que le juge-commissaire autorise l'administrateur et la société débitrice à transiger* ».

Le pourvoi est rejeté.

Il en résulte donc que l'autorisation préalable du juge-commissaire est une condition de validité de la transaction.

A rapprocher : Article 2044 du Code civil ; Articles L.622-7, L.631-14 et L.642-24 du Code de commerce

Participation impossible pour les parents du dirigeant en cas de vente aux enchères d'un bien immobilier

Cass. com., 3 février 2021, n°19-20.616

Ce qu'il faut retenir :

L'interdiction de la cession des actifs, par quelque voie que ce soit, aux parents, jusqu'au 2^e degré, des dirigeants de la personne morale débitrice de la liquidation judiciaire que pose l'article L.642-3 du Code de commerce, est applicable à l'enchère ou surenchère dans le cadre d'une vente aux enchères publiques.

Pour approfondir :

Une SCI a été mise en redressement puis en liquidation judiciaire les 29 mars et 26 septembre 2016. Le liquidateur judiciaire désigné a été autorisé à poursuivre une procédure de saisie immobilière engagée par un créancier avant l'ouverture de la procédure collective.

Le 12 juin 2018, l'immeuble saisi a été adjugé à une première société. Les parents du gérant de la SCI, bénéficiaire de la procédure collective, ont formé une surenchère du dixième, qui a fait l'objet d'une contestation de la part de la société adjudicataire.

Par un arrêt du 30 avril 2019, la Cour d'appel de Poitiers a fait droit à la contestation et a annulé la

déclaration de surenchère.

Les parents du gérant ont alors formé un pourvoi en cassation. Ils estimaient que l'interdiction faite aux parents et alliés jusqu'au 2^e degré inclusivement du débiteur liquidé ou du dirigeant de la personne morale liquidée, de présenter une offre de reprise de son entreprise ou de ses biens, prévue par les articles L.642-3 et L.642-10 du Code de commerce, n'interdit pas à ses proches de porter une enchère ou surenchère dans le cadre de la vente aux enchères publiques des biens du débiteur.

La Chambre commerciale, par un arrêt du 3 février 2021, n'a pas suivi cette analyse. En effet, la Haute cour a estimé que l'interdiction de la cession des actifs, par quelque voie que ce soit, aux parents, jusqu'au 2^e degré, des dirigeants de la personne morale débitrice, que pose l'article L.642-3 du Code de commerce, auquel renvoie l'article L.642-20 du même code, est applicable à l'enchère ou surenchère dans le cadre d'une vente aux enchères publiques.

Pour rappel, l'article L.642-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose : « *Ni le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens compris dans cette cession, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société.* »

Par ailleurs, l'article L.642-20 du même code précise :

« *Les cessions d'actifs réalisées en application des articles L.642-18 et L.642-19 sont soumises aux interdictions prévues au premier alinéa de l'article L.642-3* ». Les articles L.642-18 et L.642-19 du Code de commerce sont précisément ceux qui organisent les modalités de réalisation des actifs immobiliers en liquidation judiciaire, et notamment les conditions de déroulement d'une saisie immobilière.

Le champ d'application de l'interdiction pour les proches parents et alliés du dirigeant d'une société débitrice d'une procédure collective de se porter acquéreur d'actifs isolés ou de la société (dans le cadre d'une cession totale ou partielle) précisé par cette décision, fait écho à celle ayant d'ores et déjà précisé que la participation des dirigeants à l'adjudication des actifs, masquée par l'interposition d'une personne morale, viole l'article L.642-3 du Code de commerce (Cass. com., 8 mars 2017, n°15-22.987).

A rapprocher : Cass. com., 8 mars 2017, n°15-22.987

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Droit de la consommation : indivisibilité du contrat de prêt et du contrat principal qu'il vient financer
CA Rennes, 2^{ème} chambre, 5 février 2021, n°17/05579

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'un contrat signé avec un consommateur est annulé, le contrat de prêt signé en vue du financement du contrat principal se trouve de plein droit annulé.

Pour approfondir :

À la suite d'un démarchage à domicile, les époux Y ont commandé la fourniture et l'installation de panneaux photovoltaïques à la société F.G. Afin de financer cette commande, ces derniers ont également contracté un prêt d'un montant de 20.000 euros auprès d'une banque.

Après de nombreuses échéances de prêts impayées, les époux Y se sont vu assigner en paiement par la banque. Ces derniers ont alors assigné en intervention forcée la société F.G.

En première instance, le contrat de prêt a été annulé compte tenu de la nullité du contrat conclu entre la société F.G et les époux Y et de l'indivisibilité entre le contrat de prêt et le contrat principal qu'il finance. La banque a relevé appel de la décision.

En appel, la banque a fait valoir que les dispositions du Code de la consommation relatives au démarchage à domicile ne sont pas applicables au contrat litigieux car les époux Y l'ont conclu avec l'intention de produire et de revendre l'électricité, ce qui les prive de la qualité de consommateur.

Or, la Cour d'appel a rappelé que l'article L.121-3 du Code de la consommation prévoit que les ventes et fournitures de services conclues à l'occasion d'un démarchage à domicile doivent faire l'objet d'un contrat dont un exemplaire est remis au client et doit comporter un certain nombre de mentions listées.

Qu'en l'espèce, aucun des époux n'a la qualité de commerçant et le bon de commande n'indique pas concerner une installation à des fins professionnelles, la cour en conclut que les époux Y ont bien la qualité de consommateurs. Il ressort de l'examen du bon de commande remis aux époux Y qu'il ne remplit pas les exigences légales d'un contrat signé à la suite d'un démarchage à domicile et que le fait que les époux Y aient signé une attestation de fin de travaux ne saurait être considéré comme une confirmation du contrat irrégulier.

Ainsi, dans la mesure où le contrat passé entre les époux Y et la société F.G était nul, conformément aux dispositions de l'article L.311-4 devenu L.312-55 du Code de la consommation, le contrat de crédit affecté doit être annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement annulé.

C'est pourquoi la Cour d'appel a confirmé la décision de première instance qui avait, en raison de l'interdépendance des deux contrats, prononcé l'annulation du contrat de crédit du fait de l'annulation du contrat principal.

En conséquence de cette annulation, la banque se trouve donc tenue de rembourser aux époux Y les mensualités du prêt qu'ils avaient déjà réglé.

A rapprocher : L.121-3 du Code de la consommation et L.312-55 du Code de la consommation

Pour être valable, l'acceptation d'une offre de vente doit être réceptionnée par le vendeur dans le délai imparti

Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n°19-21.071, Inédit

Ce qu'il faut retenir :

L'acceptation de l'offre de vente envoyée par l'acheteur ne produira pas d'effet et ne sera pas valable si elle est réceptionnée par le vendeur alors que le délai imparti pour accepter ladite vente est écoulé.

Pour approfondir :

Une société civile immobilière (ci-après, la « SCI ») a cherché à acquérir deux immeubles à usage commercial appartenant à deux autres SCI (ci-après, les « SCI »). Le gérant des SCI a répondu à cette proposition en formulant une offre de vente le 17 décembre 2014, valable jusqu'au 9 janvier 2015.

Après négociations, le gérant de la SCI a envoyé le 9 janvier 2015 à 22 heures 21, un courriel au gérant des SCI pour lui faire part de l'acceptation de l'offre.

Néanmoins, ce courriel a été reçu par le destinataire le 10 janvier à 5 heures 02. Le destinataire, gérant des SCI, l'a donc considéré comme tardif, conformément au délai initialement imparti.

C'est ainsi que la SCI et son gérant ont assigné le gérant des SCI aux fins de voir déclarer la vente des immeubles parfaite.

Ayant été débouté de leur demande en appel, ces derniers se sont pourvus en cassation.

Ils soulevaient en effet que : *« pour les accords de volonté antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, le contrat devient parfait non par la réception de l'acceptation de l'offre mais par son émission ; qu'en jugeant que « la formation du contrat était*

subordonnée à la connaissance par le pollicitant de l'acceptation de l'offre, et non par l'émission de l'acceptation ; qu'en effet, pour que l'existence d'un contrat définitivement conclu soit démontrée, il ne suffisait pas que les volontés des parties aient pu coexister séparément sans se trouver et il fallait que l'acceptation soit effectivement parvenue à son destinataire le 9 janvier 2015 avant 24 heures, ce qui n'était pas démontré par l'envoi du courriel litigieux », de telle sorte que « cette dernière est intervenue alors que l'offre était caduque et ne pouvait produire aucun effet », la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. »

La Haute juridiction a rejeté sèchement l'argumentaire et ce pourvoi en considérant qu'*« ayant constaté que le courriel d'acceptation de l'offre, envoyé par M. C..., avait été reçu par M. W... le lendemain du jour de l'expiration de l'offre, devenue caduque, la Cour d'appel en a déduit, à bon droit, que cette acceptation ne pouvait produire aucun effet. »*. Ce faisant, la Cour de cassation a mis fin à un débat perdurant relatif aux offres faites avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016. Pour que l'acceptation de ces offres produise un effet, il faut qu'elle intervienne pendant la durée de validité de l'offre. Jusqu'à alors certains arrêts avaient retenu cette solution (Cass. civ. 3^{ème}, 16 juin 2011, n°19-21.071) et d'autres plus nombreux avaient jugé que c'était la seule émission de l'acceptation qui formait le contrat et non la réception de l'acceptation par le vendeur (Cass. com., 7 janvier 1981, n°79-13.499 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 septembre 2014, n°13-21.824).

Depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, l'article 1121 du Code civil précise que le contrat ne sera conclu que lorsque l'acceptation de l'offre sera parvenue au vendeur.

A rapprocher : Article 1121 du Code civil

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Absence de responsabilité de la société coopérative pour les agissements de ses adhérentes

Cass. com., 27 janvier 2021, n°18-14.774, inédit

Ce qu'il faut retenir :

Faute de démontrer l'existence d'un lien de subordination juridique quelconque entre la société coopérative et ses adhérents, la responsabilité de la première ne peut être engagée au titre des agissements des seconds du seul fait de leur appartenance à un réseau commun. En application des articles L.124-1 à L.124-16 du Code de commerce, les sociétés adhérentes à une société coopérative de commerçants détaillants disposent d'une autonomie certaine par rapport à la société coopérative, en sont juridiquement indépendantes et toute subordination ainsi que tout contrôle, au sens juridique, des commerçants indépendants exerçant sous cette enseigne, est exclu.

Pour approfondir :

Dans les faits ayant donné lieu à cet arrêt, la société Optical Center exerçant, soit en succursales soit en franchise, une activité de vente au détail d'équipements d'optique, reproche à l'une de ses concurrentes, la société coopérative Atol (« Atol SA »), ainsi qu'à la centrale d'achat de celle-ci et à quatre sociétés exerçant sous l'enseigne, des pratiques qu'elle juge constitutives de concurrence déloyale. Celles-ci consisteraient en une fausse facturation qui imputerait frauduleusement la charge maximale de l'achat des produits à la mutuelle complémentaire, pour mieux convaincre le client d'acheter et l'attirer à son détriment.

Optical Center fait grief à Atol SA d'avoir initié ou encouragé ces pratiques frauduleuses et souhaite ainsi voir sa responsabilité engagée. Pour ce faire, Optical Center affirme notamment que les pratiques commerciales du groupe Atol sont unifiées et organisées au plus haut niveau, que Atol SA est l'animatrice de ce réseau et que l'interdépendance des sociétés permettrait de considérer que le Groupe

Atol constitue une entité économique unique, nonobstant son statut de société coopérative.

La Cour d'appel de Versailles a rejeté la demande d'Optical Center, en écartant l'action en responsabilité formée contre Atol SA. Elle confirme les conclusions du tribunal de commerce de Nanterre selon lesquelles :

- La notion d'unité économique est inapplicable au cas d'espèce entre la coopérative Atol SA et ses adhérents, de même que la théorie de l'apparence et de celle de la confusion des patrimoines ;
- Les adhérents du réseau ne sont pas des filiales d'Atol SA, de sorte que la théorie de l'imputabilité à la mère de la responsabilité des agissements de sa filiale est inopérante ;
- Atol SA ne s'est pas immiscée dans la gestion des commerçants indépendants adhérant à la coopérative ;
- Les actions préventives et d'informations développées par Atol SA contre la pratique des arrangements de facture excluent toute négligence fautive ;
- Optical Center ne rapporte la preuve d'aucun acte de concurrence déloyale personnellement imputable à Atol SA.

Optical Center a alors formé un pourvoi en cassation. Pour rejeter ce pourvoi, la Cour de cassation relève que l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles a, par motifs adaptés, fait ressortir que :

- « La société Atol n'exploite elle-même aucun magasin et que, constituée sous la forme d'une société coopérative de commerçants détaillants à capital variable, elle est régie par les articles L.124-1 à L.124-16 du Code de commerce et par ses statuts, desquels il résulte que les opticiens de l'enseigne Atol disposent d'une autonomie certaine par rapport à la société Atol, en sont juridiquement indépendants et que toute subordination ainsi que tout contrôle, au sens juridique, des commerçants indépendants exerçant sous cette enseigne, est exclu. »

- « *L'appartenance à un réseau est insuffisante pour justifier la responsabilité de la coopérative et énonce que cette responsabilité ne peut résulter que d'un fait personnel, la notion d'entité économique unique, propre au droit de la concurrence, ne trouvant pas application en matière de responsabilité civile délictuelle de droit commun fondée sur les dispositions des articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241, du Code civil, dont relève la concurrence déloyale.* »

L'arrêt retient ensuite que la société Optical Center ne justifie pas d'éléments de nature à justifier de l'existence d'un lien de subordination quelconque entre la société coopérative et ses adhérents : pas d'immixtion dans la gestion, les adhérents sont propriétaires des stocks de verres et de montures vendus aux clients, ils le vendent eux-mêmes, en fixent les prix, etc.

La Cour en déduit que « *ni la loi, ni les statuts de la société Atol n'instituaient une subordination juridique entre la société coopérative et ses adhérents, mais seulement une faculté d'organiser une coopération financière* ». Ainsi, elle a pu retenir que « *les agissements de certains des membres du réseau Atol, pénalement répréhensibles, ne pouvaient relever que de leur fait personnel* » et que « *la société Atol, qui n'était responsable d'aucune négligence ou passivité fautive, n'avait commis aucun acte de concurrence déloyale* ».

A noter que la société Optical Center avait déjà tenté, quelques années auparavant, de voir condamner, en raison de faits qu'elle jugeait constitutifs de concurrence déloyale, plusieurs sociétés appartenant à un autre groupe dans le secteur de la distribution de produits d'optiques, dont la coopérative de commerçants indépendants et la société animatrice du réseau de franchise sous l'enseigne, ce « *en raison de leur appartenance à une entité économique unique* ».

De la même manière la Cour, pour écarter la responsabilité des sociétés du groupe retient :

- La notion d'entité économique autonome n'est pas applicable en matière de concurrence déloyale :

« *Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant énoncé exactement que la notion d'entité économique, propre au droit de la concurrence, ne trouve pas application en matière de responsabilité civile délictuelle de droit commun, fondée sur les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, et que la responsabilité civile d'une personne juridique ne peut être retenue, sur la base de l'existence d'une entité économique, pour des actes commis par d'autres personnes, la Cour d'appel en a exactement déduit que la société Lissac enseigne et le GIE Audioptic Trade Services devaient être mis hors de cause* »

La Cour de cassation rappelle ainsi que la notion d'entité économique propre au droit de la concurrence ne s'applique pas en matière de responsabilité civile extracontractuelle de droit commun, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil (devenus les articles 1240 et 1241). La responsabilité civile d'une personne juridique ne peut donc pas être retenue, sur la base de l'existence d'une entité économique, pour des actes commis par d'autres personnes, tels que des actes de concurrence déloyale.

- Une coopérative de commerçants détaillants ne peut, en cette seule qualité, être tenue pour responsable des agissements des membres de son réseau :

« *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir retenu que la société Gadol, titulaire de la marque "Optic 2000" est une coopérative de commerçants indépendants, assurant, en qualité de centrale d'achat, la fourniture de produits et services nécessaires à la profession d'opticien, et qu'elle n'exploite pas personnellement de magasin d'optique, la Cour d'appel en a exactement déduit qu'elle ne peut, en sa seule qualité de coopérative, être tenue pour responsable des agissements des membres de son réseau ;* ».

A rapprocher : Cass. com., 14 février 2018, n°16-24.619, F-D

Information précontractuelle du candidat dans le cadre d'un réseau de franchise naissant
CA Rennes, 2 février 2021, RG n°18/01809

Ce qu'il faut retenir :

L'information précontractuelle qui doit être délivrée au candidat à la franchise doit lui permettre de s'engager en toute connaissance de cause. L'ensemble des informations qui doivent figurer dans le DIP sont précisées aux articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce. Le seul fait que l'une des informations visées par les textes ne soient pas communiquées – ou plutôt ne soient pas communiquées exactement comme le prévoient les textes – ne peut suffire à entraîner la nullité du contrat de franchise pour dol.

La société C, qui venait d'être créée et qui exploitait alors 8 boulangeries en propre, décide en 2010 de développer un réseau de franchise.

Après avoir reçu un DIP, Monsieur A (qui se substituera ensuite la société K) signe en 2011 un contrat de franchise avec la société C.

Le franchisé débute son activité en 2012 et, en 2015, la société K est placée en redressement, puis quelques mois plus tard la procédure est convertie en procédure de liquidation.

Le liquidateur de la société K assigne le franchiseur devant le tribunal de commerce de Brest en opposant le non-respect par le franchiseur des dispositions prévues à l'article L.330-3 du Code de commerce et sollicite ainsi la nullité du contrat de franchise pour dol et l'indemnisation du préjudice subi à hauteur de plus de 470.000 euros. En première instance, le liquidateur est débouté de ses demandes. Le liquidateur interjette appel du jugement.

Pour soutenir sa demande concernant le dol, le liquidateur reproche au franchiseur de ne pas avoir transmis « ses comptes réels » dans le DIP mais de simples tableaux dont la véracité ne pouvait pas être vérifiée.

Il ressortait en réalité de l'examen du DIP que le franchiseur avait indiqué exploiter huit boulangeries en propre, c'est-à-dire non franchisées, qu'il fournissait un organigramme du groupe dont il dépendait et qu'il précisait lui-même qu'il était destiné à l'exploitation d'un réseau de franchise et que la société franchiseur avait été créée depuis moins d'un an, ce dont on déduisait aisément la jeunesse de la franchise. Il avait ainsi été fourni, pour chacune des boulangeries exploitées (chacune sous la forme d'une société distincte), le bilan et le compte de résultat des deux dernières années (portant le cartouche d'une société d'expertise comptable) ; il était par ailleurs précisé, pour chacune, la date de création et les conditions d'exploitation (présence ou non de places assises, présence ou non de l'activité pizza, réalisation ou non de travaux de devanture).

Selon le liquidateur, Monsieur A aurait été incapable d'apprécier le caractère réalisable des chiffres communiqués par le franchiseur sur ses différents supports commerciaux.

Les juges du fond rappellent tout d'abord que le DIP n'exonère pas le candidat franchisé d'établir ses propres prévisionnels et considèrent que, d'après les éléments portés à sa connaissance, Monsieur A disposait de tous les éléments nécessaires pour apprécier dans quels délais les chiffres d'affaires et les marges réalisés par les boulangeries exploitées en propre pourraient raisonnablement être reproduits par le candidat à la franchise.

Ensuite, les juges du fond relèvent que le prévisionnel réalisé par le franchisé n'était pas produit, de sorte qu'il n'était pas possible de vérifier ni son existence, ni l'adéquation entre les chiffres figurant dans le DIP et ceux réalisés par le franchisé.

Enfin, la Cour considère qu'il n'est pas possible d'affirmer qu'il était indispensable pour le candidat à la franchise de détenir les comptes de l'année d'ouverture de chacune des boulangeries ; les dispositions de l'article R.330-1 du Code de commerce faisant référence aux chiffres d'affaires réalisés « au cours des deux derniers exercices ».

Le liquidateur a donc été débouté de ses demandes et le jugement de première instance confirmé.

Cette décision permet notamment de rappeler que l'information portant sur la communication des comptes doit concerner les données relatives aux « deux derniers exercices ».

Par ailleurs, si en l'état le franchiseur n'a pas communiqué au candidat à la franchise ses comptes annuels, il a communiqué des données précises relatives aux chiffres d'affaires réalisés par chacun des points de vente du réseau détenus en propre et portant sur les deux derniers exercices, ce qui a été jugé suffisant pour les juges du fond. Il appartenait par ailleurs au candidat à la franchise, avec les informations qui lui avaient été communiquées par le franchiseur, de se renseigner.

A rapprocher : Article R.330-1 du Code de commerce

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Perte injustifiée d'emploi : pas de cumul d'indemnisation sur le fondement des responsabilités contractuelle et délictuelle
Cass. soc., 27 janvier 2021, n°18-23.535,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Non bis in idem : le préjudice lié à la perte injustifiée d'emploi ne peut être réparé qu'une seule fois même en cas de responsabilité concomitante de l'employeur et d'un tiers au contrat de travail dans la survenance du dommage.

Pour approfondir :

D'anciens salariés licenciés pour motif économique dans le cadre d'un redressement judiciaire (cession partielle d'actif) obtiennent la requalification de leur licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse pour insuffisance du plan de sauvegarde au regard des moyens du groupe et manquement de l'employeur à son obligation de reclassement. Des dommages et intérêts sur le fondement de l'article L.1235-3 du Code du travail leur sont alloués.

Parallèlement, les commissaires à l'exécution du plan assignent la banque de la société en responsabilité pour octroi de crédit ruineux. Cette responsabilité est retenue par la Cour d'appel.

Deux questions restaient en suspens : celle de la recevabilité de l'intervention volontaire des anciens salariés dans cette instance, et dans l'affirmative, celle de leur indemnisation.

La chambre commerciale, par un arrêt du 2 juin 2015, juge cette action recevable. La chambre sociale, par cet arrêt du 27 janvier 2021, la juge néanmoins infondée.

Pourtant, un tiers au contrat peut indéniablement être tenu de réparer le préjudice causé par la perte injustifiée d'emploi qu'il a provoquée (Cass. soc., 24 mai 2018, pourvoi n°16-22903 – Lee Cooper).

Mais en l'espèce, les salariés avaient déjà perçu une indemnisation sur le fondement de l'article L.1235-3 du Code du travail et cette indemnité a vocation à réparer le préjudice résultant de la perte injustifiée d'emploi.

La Cour de cassation juge par ailleurs de manière constante que cette indemnité ne se cumule pas avec les indemnités de même nature (par exemple pour des dommages et intérêts pour violation des critères d'ordre de licenciement : Cass. soc., 14 nov. 2013, n°12-23.089).

Or les salariés sollicitaient en l'espèce des dommages et intérêts en raison de la perte injustifiée de leur emploi et ses conséquences.

En application du principe de réparation intégrale, le même préjudice ne pouvant être indemnisé deux fois, la Cour de cassation ne pouvait qu'approuver la Cour d'appel qui, constatant que le préjudice invoqué avait déjà été réparé, a débouté les demandeurs.

Mais en pratique, l'indemnisation dans le cadre d'une procédure collective est souvent limitée au plafond de garantie de l'AGS. Les salariés soumis à ce plafond sont donc incités à opter pour la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du tiers *in bonis*, s'ils souhaitent une réparation intégrale effective.

A rapprocher : Cass. soc., 24 mai 2018, pourvoi n°16-22.903 – Lee Cooper ; Cass. soc., 14 nov. 2013, n°12-23.089

Covid-19 : restauration des salariés dans des locaux normalement affectés au travail
Décret n°2021-156 en date du 13 février 2021

Ce qu'il faut retenir :

En cette période d'épidémie, lorsque la configuration du local ou de l'emplacement de restauration de l'entreprise ne permet pas de garantir le respect des règles des distanciations physiques prévues pour lutter contre la contamination à la Covid-19, l'employeur peut prévoir que la restauration des salariés se fera dans des lieux normalement affectés au travail des salariés.

Pour approfondir :

Aux termes du décret n°2021-156 en date du 13 février 2021, lorsque la configuration du local ou de l'emplacement de restauration de l'entreprise ne permet pas de garantir le respect des règles de distanciation physique prévues pour lutter contre l'épidémie de Covid-19, l'employeur peut prévoir que la restauration des salariés se fera dans des lieux normalement affectés au travail, ce qui est en principe interdit par le Code du travail.

En effet, l'article R.4228-19 du Code du travail prévoit qu'en principe : « *il est interdit de laisser les travailleurs prendre leur repas dans les locaux affectés au travail* ».

Ces dispositions temporaires sont applicables jusqu'à un délai de 6 mois après la fin de l'état d'urgence, étant précisé que celui-ci vient d'être reporté au 1^{er} juin 2021. Par conséquent, les dispositions du présent décret sont applicables jusqu'au 1^{er} décembre 2021.

- **Dans les établissements de plus de 50 salariés**

Dans les établissements de plus de 50 salariés, lorsque la configuration du local de restauration ne

permet pas de garantir le respect des règles de distanciation physique prévues, l'employeur peut prévoir un ou plusieurs autres emplacements ne comportant pas l'ensemble des équipements exigés normalement par le Code du travail pour un local de restauration.

A ce titre, l'article R.4228-22 du Code du travail prévoit qu'en principe « *le local de restauration mentionné est pourvu de sièges et de tables en nombre suffisant et comporte un robinet d'eau potable, fraîche et chaude, pour dix usagers. Il est doté d'un moyen de conservation ou de réfrigération des aliments et des boissons et d'une installation permettant de réchauffer les plats* ».

Si ces emplacements temporaires peuvent être situés à l'intérieur des locaux affectés au travail, ils ne peuvent toutefois pas être situés dans des locaux dont l'activité comporte l'emploi ou le stockage de substances ou de mélanges dangereux.

- **Dans les établissements de moins de 50 salariés**

Dans les établissements de moins de 50 salariés, lorsque la configuration de l'emplacement normalement dédié à la restauration ne permet pas de garantir le respect des règles de distanciation physique, l'employeur peut prévoir un ou plusieurs autres emplacements permettant aux travailleurs de se restaurer dans des conditions préservant leur santé et leur sécurité, notamment s'agissant de l'aménagement des lieux et de l'hygiène.

Par dérogation aux dispositions du Code du travail, si ces emplacements sont situés dans des locaux affectés au travail, l'employeur est exonéré de l'obligation d'adresser une déclaration à l'agent de contrôle de l'inspection du travail.

A rapprocher : Article R.4228-19 du Code du travail

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Exploitation illicite : attention aux modifications apportées aux projets commerciaux en cours de réalisation !

CAA Marseille, 15 février 2021, *Association En toute franchise du département des Alpes-Maritimes*, req. n°19MA00852

Ce qu'il faut retenir :

Par un arrêt en date du 15 février 2021, la Cour administrative d'appel de Marseille, saisie par l'Association En Toute Franchise, a censuré le refus d'un Préfet de mettre en œuvre les pouvoirs de police qu'il détient en matière d'aménagement commercial en vue de constater l'illicéité des surfaces de vente d'un centre commercial.

Après avoir relevé que le centre commercial en cause, qui avait fait l'objet d'une autorisation pour la création de trente-neuf cellules, dont seulement deux moyennes surfaces d'équipement de la maison de 2 000 et 830 mètres carrés, comportait depuis son ouverture un magasin de 5 755 m² dédiée au bricolage, la Cour estime que ce projet avait ainsi fait l'objet d'une modification substantielle au cours de sa réalisation qui n'avait pas été autorisée. Elle en déduit que la surface de vente de ce magasin était illicite, en tant qu'elle excède celle de 2 000 m² autorisée pour cette moyenne surface, et qu'il appartenait au Préfet d'exercer ses pouvoirs de répression, peu important que l'article L.752-23 du Code de commerce, dans sa version antérieure à la Loi ELAN, lui conférait à ce titre un pouvoir discrétionnaire.

Et, pour l'exécution de sa décision, la Cour administrative d'appel de Marseille enjoint au Préfet de constater l'illicéité de l'exploitation à compter de la réouverture du magasin, pour l'heure fermé à raison de la crise sanitaire, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard. Bien plus, elle lui impose, au vu de ce constat, de mettre effectivement fin à l'exploitation illicite, sauf pour le bailleur de pouvoir

justifier de sa régularisation, sous astreinte de 5 000 euros par jour d'ouverture des surfaces exploitées illicitement, à compter de l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de réouverture effective.

Pour approfondir :

Evolution du contexte local et commercial, contraintes liées à la commercialisation, impératifs économiques, souci de répondre aux attentes des futurs preneurs... sont autant de raisons qui, dans la pratique, imposent bien souvent au promoteur de modifier son projet, dans le temps souvent long – à raison notamment des multiples recours – qui sépare l'obtention d'une autorisation d'exploitation commerciale de l'ouverture effective de l'équipement considéré.

La question de la distorsion entre les projets commerciaux autorisés et ceux réalisés n'est pas nouvelle, et elle fait régulièrement l'objet d'interpellations parlementaires (Question écrite n°20926, JO Sénat, 18 février 2021, p.1069 ; Rép. Min., JO Sénat, 1^{er} novembre 2018, p.5580 « *Exploitation illicite de surfaces par les grandes surfaces* » ; Question orale sans débat n°1622, JOAN, 24 janvier 2017).

Cette problématique est d'ailleurs l'une des raisons qui a contribué à l'instauration du permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale par la loi Pinel (Amendement n°156, Résumé des débats, 16 avril 2014, p. 3310. ; Rép. Min. JOAN Q 15 janvier 2013, p.518), comme à la création du certificat de bon achèvement ou le renforcement des contrôles par la loi ELAN (L.752-23 du Code de commerce).

Il reste qu'en principe, en droit, rien n'interdit au porteur de projet d'apporter quelques ajustements à son projet. En effet, l'article L.752-15 du Code de commerce impose l'obtention d'une nouvelle autorisation uniquement « *lorsque le projet, en cours d'instruction ou lors de sa réalisation, subit, du fait du pétitionnaire, des modifications substantielles au regard des critères énoncés à l'article L.752-6* ».

De sorte qu'une nouvelle autorisation est requise, si et seulement si, la modification résulte « *du fait du pétitionnaire* » (CAA Paris, 11 février 2021, req. n°17PA23292), d'une part, touche aux critères de l'article L.752-6 du Code de commerce (CAA Douai, 12 juillet 2018, SAS Cora, req. n°17DA01691), d'autre part, et qu'elle est substantielle c'est-à-dire qu'elle modifie la nature de l'équipement commercial tel qu'il a été autorisé (TA Melun, 24 mars 2011, Mme X, req. n°1008695/4) ou en altère l'économie générale (TA Saint Denis, 30 juillet 2013, Mme X, req. n°1200055), enfin.

A charge toutefois pour le porteur de projet d'apprécier l'importance des adaptations qu'il entend opérer en sollicitant, ou pas, une autorisation. Ce choix n'est toutefois pas sans risque puisque la mise en œuvre, sans autorisation, d'un projet substantiellement modifié s'analyse comme une exploitation illicite, justiciable des mêmes sanctions en matière civile (CA Pau, 19 février 2008, req. n°06/00468) et administrative (v. Cass. crim., 28 septembre 1999, n°98-82.288 sous l'empire de l'ancienne législation prévoyant des sanctions pénales).

La décision commentée en constitue une parfaite illustration puisque le porteur de projet avait cru possible de créer un magasin de 5 755 m² surface de vente, en lieu et place de deux moyennes surfaces autorisées, et de reliquats supplémentaires provenant d'autres cellules. La Cour estime que cette importante modification dans la répartition des surfaces de vente s'analyse bien comme une modification substantielle pour les surfaces adjointes à la moyenne surface autorisée (CE, 20 mars 2005, *SCI Bercy Village*, req. n°258061).

En outre, cet arrêt démontre que le risque auquel se soumet le porteur de projet est important puisque la Cour précise que le Préfet a l'obligation de constater l'infraction et d'y mettre un terme, sauf à ce que l'exploitant parvienne à obtenir une autorisation, et ce, sous une astreinte non négligeable de 5 000 euros par jour d'ouverture.

A rapprocher : Cass. crim., 28 septembre 1999, n°98-82.288 ; CA Pau, 19 février 2008, req. n°06/00468

COVID-19 : Fermeture des commerces non essentiels et demande de restitution des loyers payés pendant la période de confinement

TJ Paris, 18^{ème} Chambre - 2^{ème} section,
25 janvier 2021, RG n°18/02353

Ce qu'il faut retenir :

La 18^{ème} chambre du tribunal judiciaire de Paris décide que le locataire n'est pas fondé à exciper, au soutien de sa demande de restitution de loyers payés pendant la période de fermeture administrative de son commerce de vente d'objets d'art et de décoration, de l'inexécution du bailleur de son obligation de délivrance des lieux loués et d'en garantir la jouissance paisible pendant cette période correspondant au premier confinement.

Pour approfondir :

La question principale qui opposait bailleur et locataire portait sur les conditions d'un renouvellement de bail. Le locataire avait demandé le renouvellement d'abord refusé par le bailleur moyennant une offre d'indemnité d'éviction. Après expertise, le bailleur avait finalement notifié son droit de repentir. Le tribunal était saisi pour voir fixer l'indemnité d'occupation ainsi que le loyer de renouvellement et faire les comptes entre les parties.

C'est dans le cadre de ce litige que le locataire faisait valoir qu'en application du décret 2020-293 du 23 mars 2020 reprenant les arrêtés des 14 et 15 mars 2020 prescrivant les mesures pour faire face à l'épidémie de Covid-19, il avait été contraint de fermer son commerce du 15 mars au 11 mai 2020, soit pendant une période de 57 jours, cette mesure de fermeture des commerces non essentiels l'ayant empêché de jouir paisiblement des locaux commerciaux donnés à bail et d'exploiter son activité commerciale ; que cette circonstance constituait une inexécution suffisamment grave des obligations du bailleur pour justifier l'application de l'article 1719 du Code civil « *(le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : 1° De délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. Lorsque des locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant ;*

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ; 3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail) » ; et de l'exonérer du loyer correspondant à cette période.

Il était ainsi demandé au tribunal de juger qu'aucun loyer n'était dû pendant cette période de fermeture, étant précisé que le loyer avait été payé et que le locataire demandait au tribunal de condamner le bailleur à lui restituer à ce titre une somme de 1.216,96 euros.

Pour le tribunal, l'article 1719 du Code civil n'a pas pour effet d'obliger le bailleur à garantir au preneur « la chalandise des lieux loués et la stabilité du caractère normatif dans lequel s'exerce son activité. »

Le locataire est en conséquence débouté de sa demande de restitution du loyer correspondant à la période de fermeture administrative du commerce.

A la lecture de cette décision, on peut observer qu'il n'a notamment pas été fait référence à l'article 1104 du Code civil impliquant de vérifier, en cas de « circonstances exceptionnelles », si ces circonstances ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution des obligations respectives des parties, soit à tout le moins un aménagement des loyers pendant la période concernée.

Par ailleurs, l'intérêt du litige qui portait sur une demande de remboursement se limitait à 1.216,96 euros et le locataire n'avait aucunement justifié de difficultés financières.

Cette décision rejoint l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 5 novembre 2020 n°16/04533 qui a refusé d'appliquer l'exception d'inexécution pour justifier le non-paiement des loyers par le locataire ayant fait l'objet d'une interdiction d'ouverture pendant la crise sanitaire Covid-19.

On peut toutefois remarquer que les moyens de défense du locataire n'étaient pas complets et que l'interdépendance des obligations réciproques a été gommée.

A rapprocher : TJ Paris, 21 janvier 2021, n°20/55750 ; CA Grenoble, 5 novembre 2020, n°16/04533 ; TJ Montpellier, 10 septembre 2020, n°20/30974 ; TJ Paris, 26 octobre 2020, n°20/55901

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

La Commission européenne apporte des éclaircissements concernant les transferts de données personnelles vers le Royaume Uni

Projet de de deux décisions d'adéquation relatives aux transferts des données à caractère personnel vers le Royaume-Uni

Ce qu'il faut retenir :

La Commission européenne a annoncé avoir engagé des démarches pour autoriser de façon générale les transferts de données à caractère personnel vers le Royaume Uni en publiant le 19 février 2021 deux projets de décisions dites « d'adéquation ».

Pour approfondir :

Par un accord de commerce et de coopération (« ACC ») en date du 24 décembre 2020, le Royaume-Uni et l'Union Européenne se sont entendus sur l'application transitoire du règlement européen sur la protection des données (« RGPD ») pendant une durée supplémentaire de six mois, jusqu'au 1^{er} juillet 2021.

A l'issue de cette période, le sort des transferts de données à caractère personnel effectués vers le Royaume-Uni demeure pourtant incertain et, sans décision de la Commission européenne, de tels flux seront considérés comme des transferts vers un pays tiers.

Aux termes de l'article 45 alinéa 1^{er} du RGPD, « un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale peut avoir lieu lorsque la Commission a constaté par voie de décision que le pays tiers, un territoire ou un ou plusieurs secteurs déterminés dans ce pays tiers, ou l'organisation internationale en question assure un niveau de protection adéquat. Un tel transfert ne nécessite pas d'autorisation spécifique. »

Ce mécanisme permet en effet la réalisation de transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers, lorsque ces derniers garantissent un niveau de protection adéquat à travers leur droit national, à l'issue d'une procédure de décision d'adéquation initiée par la Commission européenne.

Dans ce contexte, la Commission européenne a annoncé le 19 février 2021 avoir engagé des démarches devant aboutir à l'adoption de deux décisions d'adéquation relatives aux transferts des données à caractère personnel vers le Royaume-Uni. Si l'une de ces décisions d'adéquation entre dans le cadre du Règlement européen pour la protection des données, la seconde est relative à la directive relative à la protection des données dans le cadre répressif.

Ces deux projets signifient que la Commission Européenne a considéré que la législation nationale du Royaume-Uni garantissait un niveau de protection substantiellement équivalent à celui offert par le RGPD.

Une fois publiés, ces projets de décision seront examinés par le Comité européen de la protection des données (« CEPD ») puis par un comité composé de représentants des états membres de l'Union européenne. A l'issue de chacune de ces étapes, les décisions d'adéquation pourront être adoptées dans leur version définitive.

Il doit être noté que ces décisions d'adéquation ne sont valides que pendant une période de quatre ans à compter de leur adoption, période à l'issue de laquelle la Commission européenne procédera à une réévaluation afin de prendre en compte les évolutions nationales pertinentes, tant législatives que jurisprudentielles.

En outre, les transferts de données réalisés depuis le Royaume-Uni vers l'Union européenne sont quant à eux soumis à la législation britannique. Le Royaume-Uni a considéré à cet effet que l'Union européenne présentait un niveau de protection adéquat et que ces transferts pouvaient être réalisés librement.

Cette démarche illustre la volonté de maintenir les transferts de données existants entre le Royaume Uni et l'Union européenne et leur coopération en matière de lutte contre la criminalité.

A rapprocher : Communiqué de presse de la Commission européenne, « Protection des données : la Commission européenne engage un processus concernant les flux de données à caractère personnel vers le Royaume Uni », 19 février 2021 ; Accord de commerce et de coopération du 24 décembre 2020 entre l'Union européenne et la Communauté Européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part ; Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; Directive (UE) 2016/680 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins répressives

Une sanction de la CNIL pour protection insuffisante contre le « credential stuffing »
CNIL, Décision du 27 janvier 2021

Ce qu'il faut retenir :

La CNIL rappelle que la sécurisation des données personnelles (article 32 du RGPD) est et demeure un sujet d'actualité. Dans sa décision du 27 janvier 2021, l'autorité sanctionne ainsi un responsable du traitement et son sous-traitant pour ne pas avoir mis en place des mesures suffisantes contre le « credential stuffing ». En publiant son commentaire de cette décision, la CNIL souhaite alerter les autres acteurs sur les dangers de cette pratique et sur les condamnations qu'ils risquent.

Pour approfondir :

La CNIL est particulièrement active en ce moment, ainsi qu'en atteste **sa nouvelle condamnation du 27 janvier dernier** contre deux sociétés (le responsable du traitement et son sous-traitant).

Contrairement à des décisions précédentes, les amendes prononcées ne sont cependant pas particulièrement élevées : 150 000 euros pour le responsable de traitement et 75 000 euros pour son sous-traitant. Rien à voir donc avec les amendes prononcées contre Google et Amazon en décembre dernier.

On ne connaît d'ailleurs pas l'identité des deux sociétés condamnées, la formation restreinte de la CNIL qui a prononcé la condamnation n'a pas décidé de rendre la décision publique. Seul un communiqué sur cette décision a été publié.

Pourtant, cette décision du 27 janvier apparaît intéressante notamment car elle a pour thème la sécurisation des données personnelles, thématique parfois sous-estimée par les acteurs.

Plus particulièrement, la CNIL a sanctionné les sociétés pour défaut de sécurisation contre le *credential stuffing*.

Le ***credential stuffing* ou bourrage d'identifiants** est un type de cyberattaque qui consiste à utiliser des informations de comptes volés (identifiants et mots de passe) et regroupés dans des listes pour tenter d'accéder sans autorisation à un site donné. En d'autres termes, contrairement à l'attaque dite par *bruteforce*, le *credential stuffing* ne cherche pas à « casser » le mot de passe d'un compte mais à utiliser des millions de paires d'identifiants/mots de passe déjà découverts et ce afin d'accéder à des comptes privés.

En réalité, le hacker se sert donc du défaut de précaution des clients qui utilisent les mêmes identifiants/mots de passe pour des services différents afin de mener à bien son attaque.

En l'espèce, la CNIL est intervenue auprès du responsable de traitement après avoir reçu plusieurs dizaines de notifications de violation de données en lien avec son site internet entre juin 2018 et janvier 2020. Après investigation, la CNIL a découvert que la société avait ainsi été victime de plusieurs vagues de *credential stuffing*.

Les attaquants ont ainsi pu prendre connaissance de nombreuses informations : nom, prénom, adresse courriel et date de naissance des clients, mais également numéro et solde de leur carte de fidélité et des informations liées à leurs commandes.

Or, d'après la CNIL les deux sociétés n'ont pas pris les mesures nécessaires pour lutter efficacement contre ce type d'attaque, cherchant à créer un outil pour contrer les attaques lancées à partir de robots alors que d'autres mesures plus simples auraient pu être mises en place comme :

- La limitation du nombre de requêtes par adresse IP ;
- L'utilisation d'un CAPTCHA - ces « tests » qui vous demandent de rentrer un code pour vérifier que vous n'êtes pas un robot.

C'est cet immobilisme qui a sans doute été sanctionné par la CNIL qui a donc considéré que la violation de l'article 32 du RGPD, relative à la sécurisation des données personnelles, était caractérisée.

Par ailleurs, il semble que la CNIL tienne particulièrement à alerter les entreprises sur les dangers du *credential stuffing* ainsi qu'en atteste la fiche qu'elle a publiée le 12 janvier dernier et qui a pour titre : ***La violation du trimestre : attaque par credential stuffing sur un site web.***

Dans cette fiche, la CNIL rappelle notamment les différentes étapes à suivre en cas de cyberattaque et préconise également des mesures pour diminuer les risques de *credential stuffing* :

- L'authentification à plusieurs facteurs (ex : envoi d'un SMS) ;
- Un couple identifiant/mot de passe où l'identifiant n'est pas l'adresse mail.

En tout état de cause, la décision du 27 janvier rappelle si c'était nécessaire l'importance à attacher à la cybersécurité alors même qu'on a vu dernièrement que même **les experts en cybersécurité peuvent se trouver en position de victimes.**

A rapprocher : Décision de la CNIL du 27 janvier 2021 ; Définition du *credential stuffing*, Wikipedia ; Définition du *bruteforce*, Wikipedia ; Fiche de la CNIL sur la protection contre le *credential stuffing* du 12 janvier 2021

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Saisie conservatoire : Importance des déclarations faites par le tiers saisi et risque de condamnation
Cass. civ. 2^{ème}, 4 février 2021, n°19-12.424

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation apporte des précisions, dans le cadre d'une saisie conservatoire de biens meubles, sur l'importance des déclarations de renseignements faites par les tiers saisis.

Il convient de rappeler qu'en cas de refus de déclaration ou de déclaration inexacte ou mensongère, le tiers peut être condamné au paiement des causes de la saisie sauf son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts.

Dans le cadre de la présente décision, deux points sont à retenir :

- **La Cour de cassation énonce que la déclaration de renseignements d'un tiers saisi du même groupe ne peut pas compenser l'absence de déclaration de renseignements du tiers saisi initial ;**
- **La Cour de cassation précise que les réponses apportées par le tiers saisi postérieurement à la saisie conservatoire l'engagent.**

Pour approfondir :

Dans cette affaire, une société X a exploité, jusqu'en février 2016, avant de faire l'objet d'une mesure de liquidation judiciaire, une plateforme électronique mettant en relation sur un site internet spécialisé des vendeurs professionnels avec des clients.

Par deux ordonnances du 12 février 2016, la société a été autorisée à faire pratiquer, en garantie de la somme de 600 000 euros, d'une part, une saisie conservatoire sur tous les biens meubles corporels, et notamment les stocks de produits finis, dont l'un des vendeurs professionnels serait propriétaire et déposés entre les mains des sociétés du groupe exploitant le site internet et, d'autre part, une saisie conservatoire sur toutes les sommes, avoirs ou valeurs dont le vendeur professionnel serait titulaire à l'encontre des mêmes sociétés.

La société X a ensuite fait pratiquer, le 12 février 2016, une saisie conservatoire de créances et une saisie conservatoire de biens meubles corporels, notamment des stocks de produits finis, entre les mains des sociétés du groupe exploitant le site internet en garantie de sa créance de 600 000 euros en principal.

Par ordonnance de référé du 25 février 2016, la société venderesse a été condamnée à payer à la société X, à titre provisionnel, la somme de 740 369,71 euros au titre des remboursements effectués par cette dernière aux clients en garantie de produits non livrés par la société venderesse.

La société X a ensuite fait pratiquer, les 29 février et 1^{er} mars 2016, des saisies conservatoires entre les mains de plusieurs sociétés du groupe exploitant le site internet de mise en relation entre vendeurs et clients, ces dernières étant qualifiées de tiers saisis.

Pour résumer, au sein du même groupe, une société s'est abstenue de répondre à l'huissier de justice, une deuxième a répondu de manière erronée en engageant une troisième, laquelle n'a été tiers saisi qu'ultérieurement.

Dans ces conditions, le créancier saisissant a fait assigner les tiers saisis devant un juge de l'exécution à l'effet, d'une part, de constater le refus de répondre de l'une d'elles aux saisies pratiquées entre ses mains le 12 juin 2016, le manquement d'une autre à son devoir de collaboration dans le cadre de la saisie sur stocks du 12 juin 2016 et le préjudice consécutif en étant résulté pour la société X à hauteur de la dette de la société venderesse et, d'autre part, d'obtenir leur condamnation *in solidum* au paiement des causes de la saisie.

Les tiers saisis, condamnés par la Cour d'appel en paiement, ont formé un pourvoi en cassation.

Sur le premier moyen, la Cour de cassation rappelle que :

- Selon l'article L.123-1 du Code des procédures civiles d'exécution, les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Ils y apportent leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis ; celui qui, sans motif légitime, se soustrait à ces obligations peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte, sans préjudice de dommages-intérêts ; dans les mêmes conditions, le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut aussi être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf recours contre le débiteur.
- En application des deux derniers alinéas de l'article R.221-21 du Code des procédures civiles d'exécution, auxquels renvoie l'article R.522-5 du même code, l'huissier de justice invite le tiers à déclarer les biens qu'il détient pour le compte du débiteur et, parmi ces derniers, ceux qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure.

En cas de refus de déclaration ou de déclaration inexacte ou mensongère, le tiers peut être condamné au paiement des causes de la saisie sauf son recours contre le débiteur. Il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts.

La Cour de cassation précise que la circonstance que le créancier saisissant ait obtenu, postérieurement à l'accomplissement de la mesure, l'information dont est débiteur à son égard le tiers entre les mains duquel la saisie a été pratiquée n'exonère pas ce dernier de son obligation de fournir les renseignements légalement prévus.

Ainsi, l'arrêt condamnant le tiers saisi, qui a constaté que celui-ci n'avait apporté aucune réponse à l'huissier de justice, se trouve légalement justifié.

La Cour de cassation énonce que la déclaration de renseignements d'un tiers saisi du même groupe ne peut pas compenser l'absence de déclaration de renseignements du tiers saisi initial.

Sur le deuxième moyen, la Cour de cassation rappelle qu'il résulte des deux derniers alinéas de l'article R.221-21 du Code des procédures civiles d'exécution, auxquels renvoie l'article R.522-5 du même code, que si, après avoir exactement répondu sur-le-champ à l'huissier de justice, le tiers entre les mains duquel la saisie est pratiquée lui fournit ultérieurement des informations complémentaires mensongères ou inexactes, il engage sa responsabilité aux conditions de l'article 1240 du Code civil.

En l'espèce, la Cour d'appel a relevé des réponses inexactes et mensongères entre les déclarations successives de l'un des tiers saisis.

La Cour de cassation considère que c'est à bon droit que, quand bien même le tiers saisi aurait satisfait sur-le-champ à son obligation déclarative, les réponses différentes données précédemment à l'huissier de justice l'engageaient et que la Cour d'appel pouvait en déduire une faute de celui-ci ayant occasionné un préjudice et donnant lieu à une condamnation à des dommages et intérêts, sur le fondement de sa responsabilité délictuelle.

A rapprocher : Articles L.123-1, R.221-21 et R.522-5 du Code des procédures civiles d'exécution ; Article 1240 du Code civil

DROIT PÉNAL

Un pied dans le (co)vid : prise de position, le risque pénal de la « faute délibérée » existe bien pour les chefs d'entreprise

Avis d'expert

Ce qu'il faut retenir :

Puisque le débat est ouvert, il faut bien prendre le risque (bien ridicule au regard des risques réels induits par la maladie dont il est question) de prendre position.

Pour approfondir :

Plus précisément, d'éminents confrères ont, au regard des premiers éléments en leur possession :

- Pour certains, estimé que les dirigeants d'entreprise dont les salariés seraient exposés ou contaminés par le covid-19 n'auraient sans doute rien à craindre des autorités. Pour eux : « plusieurs obstacles s'opposent à ce que soit engagée cette responsabilité pénale »¹ ;
- Pour d'autres, plus spécifiquement soutenu que, si la responsabilité pénale du dirigeant était possible dans ces circonstances, elle ne pourrait pas être retenue dans le cadre spécifique de « la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité » visée à l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal².

Si la première objection nous semble bien peu réaliste, la seconde nous semble objet d'une discussion intéressante dans laquelle nous prendrons une position inverse à celle soutenue majoritairement, en allant dans le sens de la possibilité d'une faute « délibérée ».

L'évidence d'un risque pénal des chefs d'entreprise

Sauf délégation de pouvoirs³, le chef d'entreprise est considéré comme responsable pénal de tout manquement aux règles d'hygiène et de sécurité commis dans son entreprise⁴. Si ce manquement va jusqu'à créer un grave danger⁵, ou, pire, des blessures ou la mort, il peut être, comme la société qu'il dirige, poursuivi pour mise en danger délibérée⁶, blessures⁷ ou homicide involontaire⁸.

Toutefois, l'autorité de poursuite devra démontrer la réalité des manquements aux règles de sécurité. Si la société peut être condamnée sur faute simple (négligence, imprudence, manquement à une obligation même générale de sécurité)⁹, le chef d'entreprise sera lui condamné si est démontrée une faute « lourde » : « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité » (en plus court : faute délibérée) ou « faute caractérisée »¹⁰. En effet, il est traditionnellement et logiquement intégré dans la catégorie des « personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage »¹¹.

Les obligations de sécurité issues du droit « covid-19 »¹² s'appliquent-elles aux entreprises ?

Les textes de mars 2020 exigent, « afin de ralentir la propagation du virus », en sus de l'absence de déplacements *non nécessaires*, que « les mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites "barrières", définies au niveau national, [soient] observées *en tout lieu et en toute circonstance* ».

« En tout lieu » : à l'évidence ces obligations nouvelles d'hygiène et de sécurité s'appliquent donc aux entreprises.

Toute violation (un employeur exigeant la présence physique des salariés alors qu'elle n'était pas nécessaire et/ou un travail exercé sans que les « mesures barrières » soient respectées et que les salariés soient ainsi exposés ou, pire, contaminés) sera donc susceptible de constituer une infraction au droit pénal du travail.

Le risque est donc réel.

Ce risque a été selon nous aggravé par les premières décisions de justice, bien que rendues au civil.

En effet, si les décisions Amazon¹³ confirment¹⁴ la méthode¹⁵ de mise en place des mesures barrières, ces mesures ne sont en rien délimitées. Bien au contraire, le juge semble étendre cette notion en exigeant des mesures non prévues par le corpus de textes « covid-19 » : que l'évaluation des risques se fasse de manière « fine »¹⁶ et situation de travail par situation de travail¹⁷, que le personnel ait des formations spécifiques¹⁸ ou encore en y incluant la manipulation d'objet¹⁹, le port des masques ou

l'obligation de respecter le droit sur les risques biologiques²⁰.

Le flou, voire l'extension de la notion de « mesure barrière », comme le fait que, par nature, le juge intervienne *a posteriori* sur des situations ayant provoqué un accident du travail, génère le risque que celui-ci estime systématiquement insuffisantes ou insuffisamment efficaces les mesures barrières prises par l'entreprise.

Reste à savoir sur quelle faute – délibérée, caractérisée –, la responsabilité du chef d'entreprise pourrait être retenue dans ce cadre.

Les fautes pouvant être retenues contre un chef d'entreprise : faute caractérisée et faute délibérée

La faute caractérisée...

La possibilité de retenir la faute « caractérisée » contre un employeur qui ne mettrait pas en place les mesures barrières et provoquerait ainsi la contamination d'un salarié nous semble assez évidente.

En effet, au flou des mesures à mettre en place pour être en conformité avec l'obligation de respecter et faire respecter les règles de sécurité dans l'entreprise s'ajoute le flou de cette notion.

Rappelons que la faute caractérisée est considérée comme une faute d'une particulière intensité, qui exposait autrui à un risque (prévisible) d'une particulière gravité et dont il est prouvé que l'auteur ne pouvait ignorer ce danger mais l'a tout de même volontairement bravé.

La problématique de la connaissance du risque ne faisant aujourd'hui plus de doute, le risque de condamnation tient donc sur la question de la « particulière intensité » de la faute, qui doit être « impardonnable »²¹, « intolérable »²², selon la doctrine. Or l'interprétation de cette qualité est totalement subjective et donc particulièrement souple.

Il a ainsi été jugé que le défaut de formation des salariés peut constituer une « faute caractérisée »²³ ou le fait de ne pas prendre toutes les mesures de sécurité appropriées²⁴, de même que le fait d'avoir sous-estimé une situation à risque²⁵.

Ce qui ouvre ainsi en grand les portes des tribunaux contre les chefs d'entreprises qui n'auraient pas mis en place, ou pas assez bien, les mesures barrières, dont, rappelons-le, aucun texte ne donne la liste ou le « mode d'emploi » réglementaire.

... mais aussi la faute délibérée

Mais le débat le plus intéressant se porte sur la « faute délibérée ». Comme nous l'indiquons, souvent, les commentateurs semblent l'exclure sur un point simple : les textes « covid-19 » ne posent que des obligations générales et non des obligations « particulières ». En effet, n'entrent dans cette seconde catégorie que les règles constituant un « modèle de conduite circonstanciée précisant très exactement la conduite à avoir dans telle ou telle situation »²⁶, « le texte doit être suffisamment précis pour que soit déterminable sans équivoque la conduite à tenir dans telle ou telle situation et pour que les écarts à ce modèle puissent être aisément identifiés »²⁷.

Nous adhérons à cette interprétation : les textes covid-19, ne définissant ni ne listant les mesures barrières, posent des obligations « générales » et non « particulières » de sécurité²⁸. Ces textes ne peuvent donc servir de base à la seconde faute définie par l'article 121-3, alinéa 4.

Mais, selon nous, cela ne suffit pas à éliminer le risque de la qualification de faute délibérée.

En effet, une leçon ressort clairement des décisions rendues à ce jour : le juge a parfaitement compris que le corpus de textes sur le covid-19 n'intègre aucune « obligation particulière », il a donc décidé d'intégrer ce risque sanitaire dans... les textes du code du travail portant des obligations, plus ou moins²⁹, particulières : obligation d'évaluation des risques (C. trav., art. L. 4121-2), de mettre à jour le document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP) (art. L. 4121-3 et R. 4121-1 s.), de formation spécifique (art. L. 4142-1), l'aménagement des lieux de travail (art. L. 4221-1 s.) ou la fourniture d'équipements de travail adaptés (art. L. 4321-1 s.), le respect des règles sur les risques biologiques (art. R. 4422-1).

Or ces obligations ainsi visées par le juge civil ont déjà permis à la chambre criminelle de la Cour de cassation de servir de fondement pour retenir une « violation manifestement délibérée » à l'encontre de prévenus : obligation d'évaluation des risques³⁰, de mettre à jour le DUERP³¹, de formation spécifique³², l'aménagement des lieux de travail³³ ou la fourniture d'équipements de travail adaptés³⁴. Il est de plus clair qu'un juge pénal n'hésiterait pas à qualifier d'obligations particulières les exigences des articles R. 4421-1 du code du travail sur les risques biologiques, dont le tribunal judiciaire de Lille réclame l'application au groupe Carrefour³⁵.

Les manquements à ces obligations « particulières » issues non des textes covid-19 mais du code du travail, retenues uniquement au civil – pour l'instant – contre Amazon, La Poste ou Carrefour pourraient donc bien, demain, constituer une « faute délibérée » contre un employeur qui se refuserait à les mettre en place. Avec cette précision, encore, qu'à ce jour, l'employeur ne sait pas, et ne peut pas savoir, quelles obligations du code du travail pourraient demain être jugées comme ayant dû être respectées – qui aurait pu imaginer que Carrefour devait appliquer les règles liées au risque « biologique » au même titre qu'un laboratoire ? – et avec cette difficulté que les mesures connues elles-mêmes sont très variables – le masque en est un bel exemple.

Mais – au-delà du plaisir intellectuel de profiter du confinement pour échanger des arguments par article interposé – quel est l'enjeu de cette discussion ?

L'enjeu est en réalité important.

La qualification de faute délibérée, à l'inverse de la faute caractérisée, ouvre la possibilité de poursuivre les délits de mise en danger et de blessures les blessures involontaires de moins de trois mois d'ITT. Elle aggrave également les infractions d'homicide et de blessures involontaires ayant causé un ITT de plus de trois mois.

Elle étend donc le risque de plaintes, qui se multiplient, de relevés d'infraction par les inspecteurs du travail, qui sont freinés à leur grand déplaisir³⁶, comme de poursuites et, *in fine*, de condamnations.

C'est, selon nous, ce qui nous attend dans les mois et années à venir.

Pour conclure, il nous semble amusant d'ouvrir un autre débat. Certains commentateurs ont souligné que le meilleur moyen de défense des entreprises restait dans le lien de causalité : il serait impossible de prouver que la maladie a bien été contractée dans l'entreprise, donc impossible de la poursuivre³⁷. Ce n'est malheureusement pas, ou plus, tout à fait vrai.

Les différentes décisions d'avril 2020 et notamment les décisions Amazon valident, comme respectant le devoir de sécurité (et le rendent de ce fait obligatoire si l'on veut être dans la conformité), le processus mis en place par Amazon pour... identifier et suivre les chaînes éventuelles de contamination de salarié à salarié. Cette identification passe par l'interrogation des salariés pour savoir avec qui ils interagissaient, la vérification de leurs horaires et les vidéosurveillances les concernant. Bien entendu, le juge exige également que tout acte effectué, toute mesure ou procédure mise en place, en lien avec le risque covid-19, soit documenté et que ces écrits restent à la disposition des autorités publiques.

En clair, l'entreprise constituera et donnera, un peu contrainte et forcée, la preuve de ce que la maladie a bien été contractée en son sein...

Ceci pose évidemment le problème du droit de ne pas s'auto-incriminer, qu'il sera intéressant d'amener par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel.

Pourra-t-on le soulever utilement devant le juge ? concrètement, face à un contrôle ?

A rapprocher :

¹ L. Mongin-Archambeaud et L. Champetier, **Quels obstacles à la responsabilité pénale de l'employeur dont les salariés se rendent sur leur lieu de travail pendant la crise sanitaire du Covid-19 ?**, *Le monde du droit*, 24 avr. 2020.

² S. Schapira, **Responsabilité pénale de l'entreprise face au covid-19 : premier état des lieux**, *Dalloz actualité*, *Le droit en débats*, 9 avr. 2020.

³ Jurisprudence constante depuis Crim. 28 juin 1902.

⁴ Jurisprudence constante depuis Crim. 23 nov. 1950.

⁵ De mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente.

⁶ C. pén., art. 223-1.

⁷ C. pén., art. 222-19 et 222-20.


⁸ C. pén., art. 221-6.

⁹ C. pén., art. 121-3, al. 3.

¹⁰ C. pén., art. 121-3, al. 4.


¹¹ V. not. circ. du ministère de la justice, 11 oct. 2000 (CRIM 2000-09 F1/11-10-2000).


¹² Not. décr. n° 2020-293, 23 mars 2020, v. égal. arr. des 14 et 15 mars 2020.

¹³ TJ Nanterre, réf., 14 avr. 2020, *Amazon*, n° 20/00503 ; Versailles, 24 avr. 2020, RDT 2020. 351, obs. F. Guiomard .

¹⁴ Ministère du travail, doc. Questions-réponses, 28 févr. 2020.

¹⁵ Évaluation fine et permanente de tous les risques liés au covid-19, y compris psychosociaux, et des process, notamment face à une contamination avérée, en concertation avec le CSE et les représentants du personnel, dont le résultat doit être formalisé par écrit et transmis aux salariés, notamment par l'information et la formation.


¹⁶ TJ Paris, réf., 9 avr. 2020, *La Poste*, n° 20/52223, RDT 2020. 351, obs. F. Guiomard .

¹⁷ TJ Lille, réf., 14 avr. 2020, *Amazon*, *La Poste et Carrefour*, n° 20/00386 ; 24 avr. 2020, n° 20/0395, RDT 2020. 351, obs. F. Guiomard .

¹⁸ Décis. *Amazon* et *Carrefour*, préc.

¹⁹ Décis. *Amazon*, *La Poste* et *Carrefour*, préc.

²⁰ Décis. *Carrefour*.


²¹ A. Sériaux, L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain, RSC 2017. 231 .

²² Rép. pén., v° Violences involontaires : théorie générale, par Y. Mayaud, n° 241 s.

²³ Crim. 17 févr. 2009, n° 08-85.073, Dalloz jurisprudence.

²⁴ Crim 31 août 2011, n° 10-88.093.

²⁵ Crim. 28 oct. 2015, n° 14-83.093.

²⁶ M. Puech, De la mise en danger d'autrui, D. 1994. 153 .

²⁷ J.-Cl., art. 221-3, par D. Caron, C. Carbonaro, fasc. 20, n° 14.

²⁸ La question se posera également, mais sans doute dans le même sens, pour le « protocole national de déconfinement » du 3 mai 2020.

²⁹ À propos des jurisprudences citées dans ce paragraphe, A. Cerf-Hollender notait qu'à leur lecture, « la distinction entre obligation particulière et générale tend à s'estomper ». Rép. trav., v° Droit pénal du travail – Responsabilités, n° 176.

³⁰ Par ex. Douai, 6^e ch., 6 mars 2008, *Sté Alstom Power Boilers*, n° 07/02135.

³¹ Crim. 22 juin 2004, n° 03-85.273 ; 30 oct. 2012, n° 11-88.675 ; 28. oct. 2015, n° 14-83.093, Dalloz jurisprudence.

³² Crim. 25 avr. 2017, n° 15-85.890, Dalloz actualité, 9 mai 2017, obs. D. Goetz ; D. 2017. 989 ; RSC 2017. 288, obs. Y. Mayaud.

³³ Crim. 24 juin 2014, n° 13-81.302, Dalloz actualité, 16 juill. 2014, obs. F. Winckelmuller ; D. 2014. 1455 ; *ibid.* 2423, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et C. Ginestet ; RDI 2014. 521, obs. G. Roujou de Boubée ; Dr. soc. 2015. 159, chron. R. Salomon ; RSC 2018. 887, obs. Y. Mayaud.

³⁴ Crim. 28 mars 2018, n° 17-82.455, Dalloz jurisprudence.

³⁵ TJ Lille, réf., 14 avr. 2020, n° 20/00386 ; 24 avr. 2020, RDT 2020. 351, obs. F. Guiomard.

³⁶ M. Couraud, Coronavirus. Les inspecteurs du travail peuvent-ils encore contrôler ?, Ouest France, 7 avr. 2020 ; G. Fourgeaud, Coronavirus : le ministère du travail entrave-t-il les inspecteurs du travail à cause du covid-19 ?, France Bleue, 17 avr. 2020.

³⁷ V. par ex. S. Schapira, art. préc.

Source : Dalloz actualité

DROIT INTERNATIONAL

Accord d'investissement UE-Chine Annonce de la Commission européenne, 30 décembre 2020

Ce qu'il faut retenir :

L'Union européenne (« UE ») a annoncé le 30 décembre 2020 avoir trouvé un « accord de principe » avec la Chine autour d'un accord global sur l'investissement (*Comprehensive agreement on investment* – « CAI » ou « Traité »).

Pour mémoire :

Faisant l'objet d'une négociation de 7 ans et ayant passé 35 cycles avant la conclusion de l'accord de principe, le contexte général entourant la publication du CAI est un contexte de tension et de guerre

commerciale entre les États-Unis et la Chine, l'UE étant par définition un acteur intermédiaire entre ces parties.

Pour approfondir :

Pour les entreprises européennes, le CAI non seulement favorise davantage l'accès au marché chinois malgré un climat de méfiance et de protectionnisme, mais aussi permet aux investisseurs étrangers de ne plus être traités de manière discriminatoire sur le marché chinois. Le CAI changera l'asymétrie en matière de niveau d'ouverture entre les deux côtés et réduira l'imprévisibilité des investissements.

Le Traité comprend les engagements concernant l'accès au marché, la transparence des subventions, le transfert des technologies, l'écologie et les droits des travailleurs, etc.

Il s'agit d'un traité de niveau plus élevé, bénéfique réciproquement, et couvrant les procédures précoces et postérieures d'investissement étranger en Chine et en UE.

En effet, auparavant, les raisons pour lesquelles les investisseurs européens ont connu des difficultés en Chine, c'est premièrement parce qu'ils n'ont pas reçu les mêmes traitements que les investisseurs chinois ; et deuxièmement, parce que la façon d'appliquer les lois et les politiques diffère entre les provinces chinoises, rendant les choses imprévisibles pour les investisseurs.

Le CAI pourrait adresser ces questions dans une certaine mesure, et devrait permettre aux investisseurs européens de ne plus devoir créer de joint-venture dans certains secteurs. De plus, les entreprises dans les secteurs dont l'industrie manufacturière, l'automobile électrique, l'informatique en nuage, la santé et l'écologie bénéficieraient le plus du Traité.

Dans le contexte actuel de la pandémie de COVID-19 et compte tenu des tensions entre la Chine et les États-Unis, c'est une bonne nouvelle de voir que la Chine n'a pas fermé sa porte au monde.

La politique de la Chine en matière d'ouverture de son économie et de ses marchés n'est pas nouvelle.

La Chine s'ouvre progressivement depuis plus de trente ans mais a toujours eu pour stratégie le contrôle de cette ouverture pour pouvoir préserver les secteurs stratégiques, les entreprises et fleurons nationaux ainsi qu'orienter l'investissement étranger dans des secteurs dont la Chine a besoin.

Depuis le 1^{er} janvier 2020, un nouveau droit des investissements est en vigueur en Chine et constitue le cadre juridique principal auquel doivent se soumettre les entreprises étrangères. Outre ce nouveau régime et les règlements d'applications, le catalogue des secteurs ouverts aux investissements étrangers mis à jour en 2020 et entré en vigueur le 27 janvier 2021 (le « Catalogue des industries encouragées ») ainsi que le catalogue de la liste négative sur les investissements étrangers (« Liste négative ») viennent compléter ce cadre juridique.

Ces catalogues sont mis à jour régulièrement par la NDRC (*National Development and Reform Commission*) et le MOFCOM (Ministère du Commerce chinois) depuis 2018.

La procédure de contrôle des investissements mise en place en Chine n'est donc pas contradictoire avec les principes mis en place par le CAI.

Le CAI entrera en vigueur une fois que la Chine et l'UE auront achevé leurs procédures juridiques respectives pour la prise d'effet du CAI.

Pour aller plus loin :

Les négociations du CAI ont pris fin. Toutefois la procédure de conclusion est loin d'être achevée. Le CAI devra être approuvé par le Parlement européen, en vertu de l'article 218, paragraphe 6 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE »).

A rapprocher : Texte du CAI
