



RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

DÉCEMBRE 2020

SOMMAIRE

CORPORATE ET DROIT DES SOCIETES Augmentation de capital : la fraude aux droits du minoritaire éclipse l'intérêt social Cass. com., 30 sept. 2020, n°18-22.076	p. 2
ENTREPRISES EN DIFFICULTE Une procédure de liquidation judiciaire annulée peut en faire naître une seconde ! Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.015 Responsabilité du liquidateur judiciaire en cas de cession d'un actif revendiqué Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.685	p. 2 p. 3
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX La force majeure : outil à la disposition du seul débiteur Cass. civ. 1 ^{ère} , 25 nov. 2020, n°19-21.060 Rappel sur la charge de la preuve de la disproportion d'un cautionnement Cass. com., 21 oct. 2020, F-P+B, n°18-25.205	p. 5 p. 6
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION Le seul manquement du franchiseur à son obligation d'information précontractuelle ne suffit pas à caractériser un dol CA Versailles, 19 novembre 2020, RG n°19/01483 Démarchage à domicile : présence nécessaire du professionnel lors de l'acceptation Cass. civ. 1 ^{ère} , 9 décembre 2020, n°19-18.391	p. 7 p. 8
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES Le télétravail en cette période de reconfinement (second confinement) Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19	p. 9
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME Pratique du bail commercial à l'ère de la Covid-19 Conseils pratiques Ne constitue pas une fraude le fait pour un copropriétaire de solliciter un permis de construire nonobstant l'opposition aux travaux exprimée par l'assemblée générale CE, 23 octobre 2020, Ville de Paris et M. Antoine P., req. n°425457	p. 13 p. 14
PROPRIETE INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES La CJUE s'oppose à la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion Affaires C-623/17, C-511/, C-512/18 et C-520/18 Le Règlement internet ouvert consacré par la CJUE CJUE, 15 sept. 2020, Aff. jtes. C-807/18 et C-39/19	p. 15 p. 17
PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION Requête en interprétation : le juge ne peut modifier les droits et obligations des parties Cass. civ. 2 ^{ème} , 22 oct. 2020, n°19-16.895 Pouvoir du juge de l'exécution : examen de la fictivité d'une société Cass. civ. 2 ^{ème} , 22 oct. 2020, n°19-16.347	p. 19 p. 20
DROIT PÉNAL Coup de tonnerre dans le landerneau pénal : le revirement de la chambre criminelle du 25 novembre 2020 quant à la responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption	p. 21
DROIT INTERNATIONAL Le Plan de Relance Export 1 ^{er} octobre 2020 Liste noire européenne des juridictions fiscales non coopératives 6 octobre 2020	p. 23 p. 26

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 - BAHREÏN
BANGLADESH - BELGIQUE
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
CORÉE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTE
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

Augmentation de capital : la fraude aux droits du minoritaire éclipsé l'intérêt social

Cass. com., 30 sept. 2020, n°18-22.076

Ce qu'il faut retenir :

Engagent leur responsabilité civile les actionnaires majoritaires d'une société anonyme ayant voté une augmentation de capital frauduleuse, sans que ne soit à rapporter la contrariété à l'intérêt social conditionnant la caractérisation de l'abus de majorité.

Pour approfondir :

L'Assemblée générale extraordinaire d'une société a approuvé l'apport d'un fonds de commerce et décidé de l'augmentation du capital social par la création de 2.803 actions nouvelles en rémunération dudit apport.

Un actionnaire minoritaire estime que cette opération d'augmentation de capital a été réalisée frauduleusement par la sous-évaluation de la société dans l'unique objectif de diluer sa participation et ainsi de la priver d'une partie de ses droits. Effectivement, la sous-évaluation de la société entraînait l'octroi d'un nombre d'actions supérieur à l'apporteur en rémunération de son apport, alors que cette affaire s'inscrit dans le contexte plus global d'un conflit entre héritiers du fondateur de la société.

La Cour d'appel rejette cette demande au motif que la responsabilité des actionnaires majoritaires suppose de démontrer un abus de majorité, conditionné à l'existence d'une décision contraire à l'intérêt social en vue de favoriser les actionnaires majoritaires au détriment des minoritaires. Elle constate à ce propos que le requérant ne rapporte pas que la société n'aurait pas eu intérêt à cette opération d'apport, puisqu'il n'est pas établi que celle-ci ne pouvait tirer avantage de l'apport du fonds de commerce.

Dans sa décision du 30 septembre 2020, la Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'article 1382 du Code civil (devenu l'article 1240 du Code civil depuis la réforme du droit des obligations par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) et du principe *fraus*

omnia corrumpit selon lequel la fraude corrompt tout.

En effet, la Cour d'appel ne pouvait exclure l'existence d'une collusion frauduleuse sur le seul constat de l'absence de contrariété à l'intérêt social de la société. Elle aurait dû vérifier si la sous-évaluation de la société et l'octroi excessif d'actions nouvelles à l'apporteur n'avaient pas conduit à priver illégitimement le minoritaire d'une partie de ses droits en diluant sa participation dans le capital de la société.

Sur une problématique similaire mais où les faits étaient inversés, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà affirmé que les associés pouvaient engager leur responsabilité civile en cas de surévaluation frauduleuse d'un apport en nature (Cass. com., 28 juin 2005, n°03-13.112).

Dans ce contexte, l'arrêt mérite d'être relevé en ce qu'il admet non seulement la possibilité d'engager la responsabilité des actionnaires en cas de sous-évaluation de la société elle-même, mais aussi car il réaffirme utilement le principe selon lequel la fraude corrompt tout.

A rapprocher : Ancien article 1382 du Code civil ; Article 1240 du Code civil ; Cass. com., 28 juin 2005, no03-13.112

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Une procédure de liquidation judiciaire annulée peut en faire naître une seconde !

Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.015

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation considère qu'une cour d'appel peut ouvrir une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre d'une société, même après avoir annulé le jugement de première instance ayant initialement ouvert cette procédure, à condition d'être en mesure de démontrer (i) un état de cessation des paiements et (ii) l'impossibilité manifeste de redresser l'activité de ladite société.

Pour approfondir :

Sur assignation d'un créancier, la société X a été placée en liquidation judiciaire par décision, assortie de l'exécution provisoire, du tribunal de commerce de Bobigny du 4 octobre 2018.

La société X a interjeté appel de cette décision et a parallèlement saisi le Premier président de la Cour d'appel de Paris d'une demande en arrêt de l'exécution provisoire, laquelle a été arrêtée sur décision du 22 novembre 2018.

Par un arrêt du 12 mars 2019, la Cour d'appel prononce l'annulation du jugement du tribunal de commerce de Bobigny pour une raison procédurale, mais estime néanmoins être saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel, considérant que l'annulation du jugement n'a pas entraîné l'annulation des autres actes de procédure, dont l'assignation initiale du créancier en ouverture de la procédure collective. Aussi, la Cour d'appel statue au fond, déclare impossible le redressement de l'entreprise et décide en conséquence de la placer en liquidation judiciaire, fixant la date de cessation des paiements à cette date.

Pour ce faire, elle fait la démonstration, en application de l'article L.640-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce que la société X (i) se trouve en état de cessation des paiements et que (ii) son redressement est manifestement impossible.

Pour démontrer l'état de cessation des paiements, la Cour d'appel s'appuie sur une liste des créances établie par le liquidateur judiciaire en décembre 2018, lors de la procédure de liquidation judiciaire annulée. Côté passif, la Cour relève que le débiteur n'est pas en mesure de justifier les réserves de crédit ou les moratoires dont il prétend bénéficier par des écrits qui émaneraient des créanciers et elle rappelle que n'est pas exclue du passif exigible une créance dont le titulaire s'est simplement abstenu de demander le paiement. Elle écarte par ailleurs une attestation de l'expert-comptable du débiteur qui se borne à déclarer simplement l'absence de cessation des paiements sans la démontrer.

Côté actif, la Cour exclut le compte-courant du gérant associé unique qui est une dette de la société envers un tiers, ainsi que sa promesse de céder ses parts

sociales dans la mesure où cette promesse, même si elle se réalise, est sans incidence sur la consistance de l'actif de la société.

Pour affirmer une impossibilité manifeste de redressement du débiteur, la Cour prend appui sur l'état des créances de décembre 2018 qui fait état d'un passif échu de l'ordre de 900.000 euros, là où la société réalise un chiffre d'affaires annuel de 1,3 millions d'euros, se traduisant par une perte de 25.000 euros au cours du dernier exercice. Elle en déduit qu'au regard de l'importance du passif et de l'absence d'éléments établissant la possibilité d'une très forte progression de l'activité et de la rentabilité, le redressement est manifestement impossible, justifiant ainsi l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

La Cour d'appel est approuvée dans sa démarche par la Cour de cassation qui rejette le pourvoi rappelant que la preuve de l'état de cessation des paiements d'une société peut être apportée par tous moyens, y compris à partir d'un état des créances établi antérieurement à l'ouverture de la procédure, à condition d'être actualisé et d'être corroboré par d'autres éléments.

A rapprocher : Article L.640-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce ; CA Paris, Pôle 5, Chambre 8, 12 mars 2019, n°18/22172

Responsabilité du liquidateur judiciaire en cas de cession d'un actif revendiqué

Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.685

Ce qu'il faut retenir :

Le liquidateur judiciaire engage sa responsabilité lorsqu'il fait procéder à la réalisation d'actifs faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété dont il connaît l'existence, sauf accord du vendeur, à qui il doit payer le solde du prix restant dû sur le matériel.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société S est placée sous procédure de redressement judiciaire par jugement rendu le 23 octobre 2014.

Le 18 novembre 2014, la société A déclare sa créance au passif de la société S, à hauteur de 71.360,36 €, correspondant au solde impayé de plusieurs factures de vente de biens.

Parallèlement, une prise des actifs de la société A, valant inventaire, est réalisée par le commissaire-priseur désigné dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire précitée.

Par jugement rendu le 11 décembre 2014, la procédure de redressement judiciaire de la société S est convertie en procédure de liquidation judiciaire.

Le même jour, la société A décide de revendiquer les biens objets des factures précitées, entre les mains du liquidateur judiciaire de la société S, ces derniers étant grevés d'une clause de réserve de propriété.

Faute de retour du liquidateur judiciaire de la société S, la société A se trouve contrainte de saisir, par requête datée du 11 février 2015, le juge-commissaire, aux fins de se voir restituer lesdits matériels.

A cet égard, il convient de rappeler qu'en matière de revendication, et conformément aux dispositions des articles L.624-9, L.624-17 et R.624-13 du Code de commerce, le créancier revendiquant est tenu de respecter un certain nombre de délais, à savoir :

- S'agissant de la revendication entre les mains du liquidateur judiciaire, étant précisé qu'en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, cette demande est effectuée auprès de l'administrateur judiciaire, ou à défaut auprès du débiteur avec copie au mandataire judiciaire, la demande doit être adressée dans un délai de 3 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC, par lettre recommandée avec accusé de réception ;
- A la réception de cette demande, transmise impérativement par voie de recommandé avec accusé de réception, le destinataire de la demande en revendication dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer ;
- A défaut de réponse du destinataire de la demande en revendication dans ce délai d'un mois, un nouveau délai d'un mois s'ouvre, au

cours duquel le créancier revendiquant est fondé à saisir le juge-commissaire par voie de requête. A défaut de saisine dans ce dernier délai, le créancier revendiquant est forclos.

En l'occurrence, ces délais avaient été respectés par la société A, rendant ainsi sa requête, en la forme, recevable.

Il convient de noter que parallèlement à cette saisine, la société A prend l'initiative de solliciter, de nouveau, le liquidateur judiciaire, par courrier recommandé avec accusé de réception réceptionné le 9 mars 2015, et ce afin qu'il indique sa position concernant la demande en revendication précitée. En vain.

Par ordonnance du 4 mars 2015, le juge-commissaire autorise la vente aux enchères publiques des biens de la société S.

Le liquidateur judiciaire prend alors l'initiative de faire procéder à la vente aux enchères desdits biens les 15 et 16 avril 2015, ce qui lui permet de recouvrer une somme de 827.050 €.

Par ordonnance du 18 juin 2015, le juge-commissaire statue favorablement sur la requête en revendication de la société A, et l'autorise à se voir restituer les biens revendiqués, sous réserve de leur existence en nature au jour du jugement d'ouverture.

A cet égard, il convient de rappeler que, conformément aux dispositions de l'article L.624-16 du Code de commerce, seuls les biens qui se retrouvent en nature au jour du jugement d'ouverture, peuvent être revendiqués en nature.

La preuve de la présence en nature du bien revendiqué au jour du jugement d'ouverture pèse sur le créancier revendiquant. Toutefois, la charge de cette preuve est renversée, et pèse sur le liquidateur judiciaire, lorsque l'inventaire est incomplet, sommaire ou inexploitable (*Cass. com., 25 octobre 2017, n°16-22.083*).

En l'occurrence, la société A, jusqu'alors non informée de la vente aux enchères publiques précitée, décide de solliciter le liquidateur judiciaire afin que ce dernier lui restitue les biens revendiqués, ou à défaut, lui restitue leur prix.

Faute de retour du liquidateur judiciaire et estimant avoir subi un préjudice du fait de la vente des biens revendiqués à son insu, la société A décide de l'assigner aux fins de voir réparer son préjudice qu'elle évalue à la somme de 71.360,36 €.

Par un jugement rendu le 27 septembre 2017, la juridiction saisie fait droit à cette demande, estimant la responsabilité du liquidateur judiciaire engagée en raison de la vente des biens revendiqués alors même qu'il était informé de la revendication de la société A.

Toutefois, la juridiction de 1^{ère} instance limite le montant du préjudice à la somme de 3.750 €, ce qui conduit la société A à interjeter appel.

Par arrêt rendu le 28 février 2019, les juges du fond font droit à la demande de la société A et condamnent le liquidateur judiciaire à verser la somme de 71.360,36 €, au titre du préjudice subi par la société A.

Le liquidateur judiciaire décide de former un pourvoi en cassation estimant notamment que sa faute n'est pas caractérisée, n'étant tenu de respecter les droits des tiers que dans la mesure où ils sont opposables au débiteur, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la revendication de la société A n'ayant pas encore aboutie.

En outre, le liquidateur judiciaire estime également que la société A ne démontrait pas en l'espèce que les biens revendiqués étaient présents au jour du jugement d'ouverture, et ce alors même que la charge de cette preuve lui incombait, selon lui, en sa qualité de créancier revendiquant.

Par arrêt rendu le 21 octobre 2020, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le liquidateur judiciaire et rappelle clairement qu'il appartient aux organes de la procédure de s'abstenir de procéder à la réalisation d'actifs faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété dont ils connaissent l'existence, sauf accord du vendeur à qui ils doivent payer le solde du prix restant dû sur le matériel.

En l'occurrence, il ressortait clairement des éléments factuels que le liquidateur judiciaire de la société S était parfaitement informé de l'existence de cette clause de réserve de propriété, ainsi que de l'action en revendication initiée par la société A, et qu'il avait néanmoins fait procéder à la vente de ces actifs.

En outre, la chambre commerciale de la Cour de cassation relève que l'inventaire étant inexploitable en l'état, la charge de la preuve de l'existence en nature des biens revendiqués, au jour du jugement d'ouverture, pesait donc sur le liquidateur judiciaire de la société S, preuve qu'il ne pouvait rapporter, en l'espèce.

Dans ce contexte, la faute du liquidateur judiciaire était caractérisée et le préjudice subi par la société A démontré.

Il en résulte qu'en présence de biens grevés d'une clause de réserve de propriété, faisant l'objet d'une demande de revendication, le liquidateur judiciaire doit ainsi s'abstenir de céder lesdits biens, faute de quoi, ce dernier risque d'engager sa responsabilité, à l'égard du créancier revendiquant.

A rapprocher : Articles L.624-9, L.624-17 et R.624-13 du Code de commerce ; Cass. com., 25 octobre 2017, n°16-22.083

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

La force majeure : outil à la disposition du seul débiteur

Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n°19-21.060

Ce qu'il faut retenir :

Un créancier qui ne peut pas profiter d'une prestation, alors que le débiteur est en mesure de fournir ladite prestation, ne peut pas invoquer la force majeure pour demander la résolution du contrat. La force majeure est un outil à la disposition du débiteur et non du créancier.

Pour approfondir :

En l'espèce, un couple marié avait contracté avec une société de chaînes thermales pour un séjour de plusieurs semaines. Le prix a été payé au début du séjour. Rapidement, l'un des époux est hospitalisé. Ce dernier étant hospitalisé à plus de 100 kilomètres, son épouse quitte également le lieu d'hébergement dans les jours suivants pour l'accompagner.

Les époux, contractants, assignent alors la société de chaînes thermales pour obtenir résolution et indemnisation de leur contrat en se prévalant du fait que par l'effet de la force majeure ils n'ont pas pu profiter des deux dernières semaines d'hébergement.

En première instance, la force majeure est reconnue et le contrat est résilié. Néanmoins, la société de chaînes thermales se pourvoit en cassation en arguant que la force majeure ne peut pas être applicable dans la mesure où l'hospitalisation n'a eu pour conséquence que de rendre impossible, pour les créanciers, le fait de profiter de la prestation.

La Cour de cassation doit ainsi répondre à la question suivante : le créancier qui, en raison d'un cas de force majeure, se trouve dans l'impossibilité de profiter de la prestation qui lui est due peut-il, de ce seul fait, prétendre à la résolution du contrat afin d'échapper au prix convenu ?

La Cour de cassation répond par la négative et casse et annule le jugement entrepris pour violation de l'article 1218 du Code civil. La motivation est la suivante : « *le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure* ». La Haute juridiction vient donc affirmer que la force majeure est un outil destiné au débiteur et non au créancier.

Ainsi, la Cour de cassation opère une interprétation stricte de l'article 1218 du Code civil qui prévoit que : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.* »

A rapprocher : Article 1218 du Code civil

Rappel sur la charge de la preuve de la disproportion d'un cautionnement

Cass. com., 21 oct. 2020, F-P+B, n°18-25.205

Ce qu'il faut retenir :

Il incombe à la caution qui prétend échapper à ses obligations de rapporter la preuve de la disproportion du cautionnement qu'elle a conclu tout comme le manquement de l'établissement de crédit à son obligation de mise en garde envers elle.

Pour approfondir :

Dans l'arrêt commenté, une banque aux droits de laquelle est venue une société de crédit a consenti à une société de services funéraires un prêt de 170.000 euros pour lequel M. X, alors gérant de la société emprunteur, s'est rendu caution solidaire dans la limite de 221.000 euros.

Après avoir été assigné en paiement par l'organisme prêteur à la suite d'une créance impayée, M. X a opposé la disproportion manifeste de son engagement de caution et invoqué un manquement de la banque à son obligation de mise en garde.

La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel ayant rejeté les demandes de M. X et condamné ce dernier à payer à l'établissement de crédit la somme de 114.240 euros au principal.

Cet arrêt est l'occasion de revenir sur les règles de la charge de la preuve de la disproportion manifeste d'un cautionnement et de l'obligation de mise en garde d'un créancier professionnel.

D'une part, la Cour confirme la règle d'attribution de la charge de la preuve d'un cautionnement manifestement disproportionné en rappelant que dès lors qu'un cautionnement conclu par une personne physique n'était pas manifestement disproportionné à ses biens et revenus, le créancier n'est pas tenu de rapporter la preuve que le patrimoine de la caution lui permettait de faire face à son obligation au moment où elle a été appelée.

En effet, l'article L.341-4 du Code de la consommation, dans sa version alors applicable, prévoit qu'il incombe au créancier qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était manifestement disproportionné à ses biens et revenus, de rapporter la preuve que le patrimoine de la caution lui permet de faire face à son obligation au moment où celle-ci est appelée.

Il en découle que le créancier supporte la charge de la preuve que le patrimoine de la caution lui permet de faire face à son obligation au moment où elle est appelée uniquement dans le cas où l'engagement de caution serait manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution au moment de sa conclusion, étant précisé que la charge de la preuve d'une telle disproportion incombe à la caution personne physique qui entend échapper à ses obligations.

D'autre part, la Cour confirme la règle concernant l'obligation de mise en garde du professionnel envers la personne physique caution en rappelant que cette dernière doit rapporter la preuve que son engagement n'était pas adapté à ses capacités financières ou qu'il existait un risque d'endettement excessif.

En effet, il incombe à la caution de démontrer l'inadaptation de l'octroi du prêt consenti aux capacités financières ou l'existence d'un risque d'endettement excessif du débiteur principal pour invoquer le manquement d'un professionnel à son obligation de mise en garde envers une caution personne physique non avertie.

En l'espèce, la Cour relève que la caution ne prétendait pas que son engagement n'était pas adapté à ses conditions financières et ne justifiait pas de l'existence d'un risque d'endettement du débiteur principal né de l'octroi du prêt, et que ce dernier avait été mis en liquidation judiciaire deux ans après la souscription de l'emprunt ; en conséquence, la Cour rejette le pourvoi formé par M. X. En rendant cet arrêt, la Cour de cassation s'inscrit dans la continuité de la position adoptée par la jurisprudence.

A rapprocher : Cass. com., 13 septembre 2017, n°15-20.294

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Le seul manquement du franchiseur à son obligation d'information précontractuelle ne suffit pas à caractériser un dol

CA Versailles, 19 novembre 2020, RG n°19/01483

Ce qu'il faut retenir :

Dès lors que celui qui se prétend victime d'un dol n'établit pas le caractère déterminant qu'a pu avoir l'absence d'information précontractuelle, la nullité du contrat ne peut être retenue.

Pour approfondir :

La société B est à la tête d'un réseau de restauration. Elle entre en discussion avec la société L concernant l'exploitation par cette dernière d'un restaurant sous l'enseigne, puis les parties signent un contrat de franchise. Très rapidement après la conclusion du contrat, les relations entre les parties se dégradent et la société L résilie unilatéralement le contrat, ce alors que le contrat avait été conclu pour une durée de 10 ans. Plusieurs années après sa sortie du réseau, la société L assigne le franchiseur en sollicitant la nullité du contrat de franchise et en réclamant à ce titre l'indemnisation des préjudices subis, ainsi que la restitution de différentes sommes.

En première instance, le tribunal de commerce de Nanterre a partiellement fait droit à la demande de la société L. Le franchiseur a alors interjeté appel du jugement de première instance et demande à ce titre notamment aux juges de fond d'infirmier le jugement en ce qu'il a retenu le dol, sans caractériser l'existence d'un vice du consentement, ni une intention de tromper.

Le dol repose en effet sur la réunion de deux éléments cumulatifs, un élément matériel (l'existence de manœuvres) et un élément intentionnel (l'intention de tromper le cocontractant). Ainsi, le dol ne se présume pas et doit être prouvé. Dès lors, le seul manquement du franchiseur à son obligation d'information précontractuelle prévue aux articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce ne saurait à lui seul caractériser un dol.

En l'espèce, le franchisé soulevait le dol pour absence d'information précontractuelle.

Les juges du fond commencent par rappeler qu'en signant le contrat de franchise, « le franchisé reconnaît avoir pris connaissance du Document Précontractuel, conformément à la loi et aux dispositions réglementaires et législatives, qui lui a été remis par le franchiseur (...). C'est donc en pleine connaissance de cause et après avoir pris tous conseils utiles que le franchisé s'engage aux obligations exprimées dans le présent contrat ».

Ensuite, ils relèvent qu'il est démontré le fait que le franchiseur « n'a pas satisfait à l'obligation légale de remettre au franchisé le DIP visé à l'article L.330-3 précité ». Ils poursuivent en indiquant : « Il appartient toutefois à la [société L] de démontrer que ce manquement caractérise un dol ayant vicié son consentement ».

Le franchisé invoque le fait que le franchiseur aurait commis une réticence dolosive, qu'il ne disposait d'aucune expérience dans le domaine de la restauration, que l'information précontractuelle était déterminante pour lui permettre de projeter son activité sur la base des expériences des autres franchisés, qu'en l'absence d'information il n'avait pas pu mesurer le risque qu'il prenait, et que l'intention dolosive était établie car s'il avait été mieux informé il aurait pu « choisir en connaissance de cause s'il était pertinent d'intégrer le réseau de franchise ».

Face à cette argumentation, les juges du fond relèvent : « Si l'on peut admettre, comme le soutient [la société L], que le non-respect par la société [franchiseur] de son obligation légale d'information précontractuelle – ayant eu pour effet de dissimuler au franchisé des informations relatives au marché et au réseau – caractérise une forme de réticence dolosive, il n'est toutefois pas établi, ni même allégué, que sans cette réticence la [société L] n'aurait évidemment pas contracté, cette dernière n'évoquant nullement une telle éventualité, et affirmant simplement qu'elle aurait alors « pu choisir en connaissance de cause s'il était pertinent d'intégrer le réseau de franchise », cette formulation laissant au contraire entrevoir que – même en possession de l'information précontractuelle – la [société L] aurait peut-être choisi d'intégrer le réseau de franchise, de

sorte que le caractère déterminant de l'absence d'information n'est pas établi ».

Les juges du fond en concluent au fait que le franchisé n'établissait pas le caractère déterminant qu'avait pu avoir l'absence d'information précontractuelle sur son consentement et, en conséquence, la demande de nullité du contrat sur le fondement du dol a été rejetée.

A rapprocher : Article 1137 du Code civil (ancien article 1116 du Code civil)

Démarchage à domicile : présence nécessaire du professionnel lors de l'acceptation

Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2020, n°19-18.391

Ce qu'il faut retenir :

Ne constitue pas un démarchage à domicile relevant des dispositions protectrices des articles L.121-21 et suivants (ancien) du Code de la consommation, le devis accepté par un consommateur, hors la présence du professionnel, quand bien même l'établissement de celui-ci aurait été précédé par une visite du professionnel au domicile du consommateur.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, les faits sont les suivants :

- Un professionnel, proposant la fourniture et l'installation de système de production d'électricité d'origine photovoltaïque, a prospecté un couple de consommateurs par téléphone ;
- Cette prospection a donné lieu à un rendez-vous au domicile du couple, le 24 août 2011, au cours duquel le professionnel a réalisé l'étude des lieux et la prise des mesures nécessaires à l'établissement d'une offre de contrat ;
- Des échanges s'en sont suivis ainsi que l'envoi de documents ;
- Postérieurement, le 29 août 2011, le couple a, à son domicile mais hors la présence du professionnel précité, accepté un devis établi par ce dernier ;

- Par suite, les acquéreurs ont, en 2016, assigné (notamment) le professionnel vendeur en annulation, et subsidiairement en résolution, du contrat de vente aux motifs notamment de manquements du vendeur aux dispositions du Code de la consommation relatives au démarchage à domicile.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait droit à la demande des consommateurs estimant qu'un démarchage à domicile est bien caractérisé en l'espèce, permettant au couple de bénéficier des dispositions protectrices du Code de la consommation ; à ce titre, les juges du fond ont retenu que la relation commerciale entre les parties a débuté par un démarchage à domicile et que le fait qu'il ait existé par la suite des pourparlers entre les parties (dont il a résulté la signature du devis litigieux) ne permet pas d'écarter la législation protectrice du démarchage à domicile.

A l'appui du pourvoi, il a été fait grief à l'arrêt d'avoir considéré que l'existence d'un démarchage à domicile était caractérisée alors « que le déplacement d'un professionnel au domicile d'un consommateur pour l'étude des lieux et la prise des mesures nécessaires à l'établissement d'une offre de contrat ne constitue pas un démarchage dès lors que cette offre n'a pas été acceptée pendant la visite du professionnel mais ultérieurement, hors de sa présence ; qu'en déclarant que le contrat litigieux avait été conclu à l'issue d'une opération de démarchage, sans constater que le contrat, accepté au domicile des consommateurs, l'avait été en présence du professionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.121-21 et L.121-23 du code de la consommation, dans leur rédaction issue de la loi n°89-421 du 23 juin 1989. »

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, au visa de l'article L.121-21, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 ; à ce titre, la Haute juridiction rappelle tout d'abord que : « **selon ce texte, est soumis aux articles L.121-21 à L.121-33 du code de la consommation quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture**

de services ». La Cour estime ensuite qu'« en se déterminant ainsi, sans constater que le devis avait été accepté au domicile des consommateurs en présence du professionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ».

La Cour de cassation rappelle ainsi que le démarchage à domicile implique nécessairement l'engagement du consommateur en un lieu inhabituel (notamment au domicile de celui-ci comme en l'espèce) et, surtout, en présence du professionnel.

Ce n'est donc, rappelle la Haute juridiction, pas le lieu de rencontre des parties qui importe (à savoir, en l'espèce, celui du 1^{er} rendez-vous au cours duquel le professionnel a réuni les informations nécessaires à l'établissement du devis) mais les circonstances de la signature du contrat (en présence ou non du professionnel).

La protection conférée par le Code de la consommation au consommateur n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la décision de contracter intervient en dehors de la présence du professionnel ; cette solution se comprend aisément dès lors que, lorsqu'il est seul, le consommateur ne subit pas l'influence du professionnel et décide seul de contracter ou non, de sorte que la protection du Code de la consommation ne trouve pas de justification.

A rapprocher : Cass. crim., 27 juin 2006, n°05-86.956

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Le télétravail en cette période de reconfinement (second confinement)

Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19

Ce qu'il faut retenir :

En cette période de reconfinement, le télétravail doit être effectué à 100% pour les postes / tâches qui le permettent.

Pour approfondir :

Le protocole sanitaire pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 – actualisé au 13 novembre 2020 – prévoit que :

« Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise qui participe activement à la démarche de prévention du risque d'infection au SARS-CoV-2 et permet de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail. Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, il doit être la règle pour l'ensemble des activités qui le permettent.

Dans ce cadre, le temps de travail effectué en télétravail est porté à 100% pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance.

Dans les autres cas, l'organisation du travail doit permettre de réduire les déplacements domicile-travail et d'aménager le temps de présence en entreprise pour l'exécution des tâches qui ne peuvent être réalisées en télétravail, pour réduire les interactions sociales.

Les employeurs fixent les règles applicables dans le cadre du dialogue social de proximité, en veillant au maintien des liens au sein du collectif de travail et à la prévention des risques liés à l'isolement des salariés en télétravail.

Pour les activités qui ne peuvent être réalisées en télétravail, l'employeur organise systématiquement un lissage des horaires de départ et d'arrivée du salarié afin de limiter l'affluence aux heures de pointe.

La continuité de l'activité dans un contexte de circulation du virus est assurée par le respect de l'ensemble des règles d'hygiène et de distanciation physique rappelées en conclusion du présent chapitre. Sur les lieux de travail, ces mesures ont un rôle essentiel pour réduire au maximum le risque en supprimant les circonstances d'exposition.

Elles doivent être la règle et l'employeur doit procéder aux aménagements nécessaires pour assurer leur respect optimal. L'employeur procède

régulièrement à un rappel du respect systématique des règles d'hygiène et de distanciation.

L'employeur doit informer le salarié de l'existence de l'application « TousAntiCovid » et de l'intérêt de son activation pendant les horaires de travail. L'objectif est de limiter le risque d'affluence, de croisement (flux de personnes) et de concentration (densité) des personnels et des clients afin de faciliter le respect de la distanciation physique.

Chaque collaborateur doit pouvoir disposer d'un espace lui permettant de respecter la règle de distanciation physique d'au moins un mètre par rapport à toute autre personne (ex. autre salarié, client, usager, prestataire, etc.).

L'employeur cherchera, outre les réorganisations du travail permettant de séquencer les process, à revoir l'organisation de l'espace de travail et au besoin des tranches horaires des travailleurs pour éviter ou limiter au maximum les regroupements et les croisements. Ainsi, les réunions en audio ou visioconférence doivent constituer la règle et les réunions en présentiel l'exception.

Chaque salarié est tenu informé de ces dispositions. L'employeur définit un plan de gestion des flux intégrant les salariés et les clients, fournisseurs et prestataires avec la mise en place de plans de circulation incitatifs visant à fluidifier plutôt qu'à ralentir ».

Il résulte des termes du protocole que :

- Le télétravail doit être mis en place à 100%, soit 5 jours sur 5, sur les postes qui le permettent ;
- Dans les autres cas, soit uniquement pour les postes dont les fonctions ne peuvent pas être exercées en télétravail, l'employeur doit organiser le travail afin de permettre de réduire les déplacements domicile-travail et d'aménager le temps de présence en entreprise pour l'exécution des tâches qui ne peuvent être réalisées en télétravail, pour réduire les interactions sociales. A ce titre, l'employeur doit organiser systématiquement un lissage des horaires de départ et d'arrivée du salarié afin de limiter l'affluence aux heures de pointe.

Si le protocole sanitaire ne constitue légalement qu'un ensemble de recommandations, les employeurs doivent impérativement le respecter. En effet, le Conseil d'Etat a considéré, aux termes d'une ordonnance en date du 19 octobre 2020, que le protocole national sanitaire constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de Covid-19. Autrement dit, si le protocole n'a pas de véritable caractère contraignant, il s'agit toutefois d'une déclinaison opérationnelle des articles L.4121-1 et suivants du Code du travail relatifs à l'obligation de sécurité de l'employeur (CE, 19 octobre 2020, n°444809).

A cet égard, la ministre du Travail, Elisabeth BORNE, a indiqué le 29 octobre 2020 lors de la conférence de presse du Premier Ministre sur le reconfinement que le télétravail « n'est pas une option » mais « une obligation » pour les travailleurs, salariés ou indépendants qui peuvent exercer leur activité à distance.

Le ministère du Travail a, en outre, établi un Questions-Réponses relatif au télétravail permettant d'apporter des précisions sur les nombreuses interrogations que peuvent se poser les employeurs et les salariés dans le cadre de la mise en œuvre pratique et quotidienne du télétravail.

Ainsi, à la question de savoir si l'employeur peut imposer le télétravail aux salariés, le Questions-Réponses prévoit que :

« l'article L.1222-11 du Code du travail mentionne le risque épidémique comme pouvant justifier le recours au télétravail sans l'accord du salarié. La mise en œuvre du télétravail dans ce cadre ne nécessite aucun formalisme particulier ».

Par ailleurs, sur le point de savoir si tous les postes peuvent être exercés en télétravail ou quels sont les critères en permettant l'utilisation, le Questions-Réponses énonce que :

« Le Code du travail n'exclut aucun salarié du bénéfice du télétravail : le télétravail est donc en théorie ouvert à tous les salariés.

Toutefois, toutes les activités professionnelles ne peuvent pas être exercées à distance.

En pratique, c'est l'accord collectif ou la charte, s'ils existent, qui fixent les critères à remplir pour être éligible au télétravail dans l'entreprise. A défaut, il s'agira d'identifier concrètement les activités qui peuvent faire l'objet de télétravail et non de réfléchir à partir des « métiers ».

Il faut en effet souligner que des salariés exerçant des métiers qui paraissent a priori non « télétravaillables » peuvent néanmoins travailler à distance pour réaliser une partie de leurs activités.

C'est le cas par exemple lorsqu'il s'agit de renseigner le public, réaliser des enquêtes, faire du support informatique, de la gestion de projet, des achats, réaliser des supports de communication, etc. Si l'on prend l'exemple particulier des techniciens de service maintenance, certaines activités peuvent être identifiées, telles les activités de back office, de suivi des réclamations ou encore l'organisation de partage des pratiques en visioconférence entre les plus expérimentés et les nouveaux arrivés. Le télétravail peut également être l'occasion de traiter des dossiers en retard, de développer des projets, ou encore de consolider des actions non prioritaires mais nécessaires à l'entreprise.

En revanche, le télétravail n'est en général pas un mode d'organisation applicable pour les activités attachées à des lieux ou des personnes, qui impliquent de se rendre sur des lieux spécifiques par exemple pour inspecter, nettoyer, installer, réparer ou utiliser des outils et machines ou encore s'occuper de personnes ou d'animaux.

Afin d'identifier ces différentes activités, il peut être utile de mettre en œuvre une méthode simple en trois étapes :

1. Lister les principales activités pour chaque fonction ou métier. Ne pas hésiter à identifier des activités qui ne sont pas jugées prioritaires habituellement mais qui pourraient avoir une valeur ajoutée pour préparer la sortie de crise : mise à jour de procédures et de supports de travail, veille, etc.

2. Evaluer les freins ou difficultés éventuelles au télétravail pour chacune de ces activités pour l'entreprise, le client et le télétravailleur (exemples : accès au serveur à distance, qualité du réseau internet, confidentialité des données, relations à préserver avec le client, maîtrise des outils numériques par le salarié concerné, etc.)

3. Identifier si des moyens et conditions peuvent être réunis pour lever ces difficultés (matériel de travail, installation de connexion sécurisée, ouverture de salles de visioconférence, définition de modalités et de plages de disponibilité pour les clients, les collègues et les managers, formation à distance à l'usage de nouveaux outils numériques, etc.)

Afin d'identifier au mieux ce qu'il est utile et réaliste de faire en télétravail de manière pertinente, ce travail doit être réalisé avec les salariés concernés afin d'identifier ce qui rend possible le télétravail et ce qui l'empêche [...].

Si aucune solution technique ne permet au salarié d'exercer son activité en télétravail, l'activité pourra se poursuivre sur le lieu de travail, conformément aux recommandations figurant dans le **protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés** ».

Enfin, à la question « **un salarié isolé peut-il rejoindre son lieu de travail de manière exceptionnelle** », le **Questions-Réponses** précise que :

« Dans le cadre des règles mises en place pour la période de confinement, le télétravail doit être généralisé pour toutes les activités qui le permettent. C'est en effet un mode d'organisation du travail qui permet de préserver la santé des salariés tout en permettant la poursuite des activités économiques, dès lors qu'il permet notamment une limitation du nombre des personnes présentes au même moment au sein de l'établissement, aux seuls salariés dont les missions ne sont pas éligibles au télétravail, afin de préserver la distanciation sociale et limiter les déplacements.

Le travail à distance peut toutefois entraîner des situations de souffrance, notamment pour les salariés isolés, dès lors que le lien avec la communauté de travail est atténué. Afin de prendre en compte ces situations, il importe donc

que l'employeur, qui reste tenu à une obligation de sécurité à l'égard du salarié placé en télétravail, soit attentif à ce risque et prenne les mesures de préventions adaptées (par exemple, maintenir au maximum le lien entre les membres de l'équipe, en facilitant l'utilisation des visioconférences et des échanges téléphoniques de manière formelle (réunions...) comme informelle).

Si ces mesures ne suffisent pas à préserver la santé du salarié au regard de la situation particulière de celui-ci, l'employeur peut, au besoin en lien avec le médecin du travail, autoriser le salarié à se rendre sur son lieu de travail, le cas échéant seulement certains jours. L'employeur devra alors s'assurer de la mise en œuvre des mesures prévues dans le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés dans l'entreprise face à l'épidémie de Covid-19 ».

A la lecture de l'ensemble de ces précisions, il apparaît que si le télétravail doit être la règle pour les postes et activités qui le permettent, l'employeur doit cependant prendre en compte les éventuelles situations de souffrance auxquelles pourraient se retrouver confrontés les salariés – notamment les salariés isolés – dans la mesure où il reste tenu à son obligation de sécurité à l'égard de ces derniers.

Les employeurs peuvent ainsi prendre des mesures de prévention, mettre en place des mesures destinées à maintenir le lien social dans l'entreprise (vidéoconférences, appels réguliers, etc.) et, en cas de besoin, autoriser certains salariés à se rendre au sein des locaux de l'entreprise certains jours et dans le strict respect des gestes barrières.

A cet égard, la Direction régionale du travail (DGT) a adressé, le 3 novembre 2020, aux DIRECCTE, et plus particulièrement aux services de l'inspection du travail, une instruction fixant les orientations quant à la poursuite de l'ensemble de leurs missions et la gestion de la crise sanitaire sur les lieux de travail, durant cette nouvelle période de confinement indiquant, notamment, que « **si des salariés témoignent de difficultés ou contraintes particulières, dûment justifiées, ou que le manager perçoit un risque psychosocial particulier, le recours au télétravail ou les modalités initialement retenues pourront être revus.** »

A rapprocher : Questions-Réponses du ministère du Travail relatif au télétravail

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Pratique du bail commercial à l'ère de la Covid-19 Conseils pratiques

Ce qu'il faut retenir :

Pour avoir accompagné depuis plusieurs mois, à notre place de conseil, des opérateurs (bailleurs ou preneurs) dans leur stratégie de gestion des incidences de la Covid-19 sur l'exécution de leurs baux commerciaux (et en particulier pour ce qui concerne la période de confinement), nous proposons de nous essayer à un premier bilan de cette période, dont il nous paraît ressortir 4 éléments principaux.

Pour approfondir :

1. Pour l'essentiel, les partenaires commerciaux ont transigé

Certes, le cynisme n'a pas disparu. On trouve des sociétés institutionnelles se voulant respectables qui, en tant que preneurs à bail à construction du terrain d'assiette de leurs actifs, soutiennent aux propriétaires que les loyers ne sont pas dus pour la période de confinement. Parallèlement, ils opposent à leurs sous-locataires commerciaux de ces mêmes actifs l'exigibilité des loyers pendant le confinement.

On ne peut pas non plus s'empêcher de penser à ce locataire condamné à payer ses loyers, y compris pour la période de confinement, après s'être si mal défendu que le tribunal judiciaire a cru utile de publier un communiqué de presse précisant que le preneur n'avait invoqué ni la force majeure ni l'inexécution par le bailleur de son obligation de délivrance conforme¹.

On se demandait ce que la justice pourrait bien faire et cette décision ne fait qu'illustrer qu'elle ne pourra pas tout. Elle n'est qu'un recours encore très

aléatoire et qui doit rester subsidiaire. Et jusqu'à maintenant, elle le reste largement.

2. Les discussions sont d'autant plus simples lorsque les circuits de négociations sont courts

Un entrepreneur qui exploite directement l'activité exercée dans le local qu'il loue trouvera, en moyenne, un accord plus rapidement avec son propriétaire bailleur.

Lorsqu'elles sont confiées à des property managers dont le souci légitime est de faire prévaloir les intérêts de leurs mandants plutôt que de préserver un équilibre contractuel considérablement fragilisé, les négociations sont moins fluides.

Mais il s'agit là d'un inconvénient mécanique des rigidités de la gestion immobilière (préexistantes à la Covid-19) qui demeure surmontable.

Un accord est simplement plus long à être trouvé dans ce contexte.

3. Les accords conclus emportent le plus souvent des concessions à court terme très lourdes pour les bailleurs auxquels il est demandé d'abandonner jusqu'à 3 mois de loyers (correspondant à la période de confinement comprise entre le 12 mars et le 11 mai 2020²)

Étonnamment (mais ils ont chacun de bonnes raisons de le faire), les commerces qui ont pu rester au moins partiellement ouverts pendant le confinement demandent les mêmes concessions à leurs bailleurs que les locataires totalement empêchés d'exploiter sur la période.

En contrepartie, les bailleurs sollicitent et obtiennent des assurances en termes de prévisibilité qui, dans un contexte toujours aussi incertain (il l'était déjà en matière commerciale avant la Covid-19 il l'est juste devenu davantage depuis), ne sont pas négligeables.

¹ TJ Paris, 18^{ème} ch., 10 juillet 2020, RG n°20/04516, ayant fait l'objet d'un communiqué du Tribunal judiciaire de Paris en date du 15 juillet 2020.

² Certains commerces et activités ayant été touchés plus durablement, comme les restaurants ou les salles de spectacles.

Et il ne faut pas exclure que les bailleurs qui consentent une dispense de loyer en contrepartie d'un réengagement ferme du locataire à un montant de loyer préservé pour plusieurs années ne font pas forcément une plus mauvaise opération que ceux qui s'acharnent à vouloir percevoir sans discernement les 3 mois de loyers correspondant à la période de confinement en s'exposant à un éventuel départ (ou à une éventuelle défaillance) à court ou moyen terme de leurs locataires.

4. Les nouveaux baux conclus postérieurement à l'émergence de la Covid-19

En ce qui concerne les nouveaux baux conclus postérieurement à l'émergence de la Covid-19 et à la période de confinement, la plupart des locataires n'acceptent de signer des baux qu'avec une stipulation spécifique régissant une nouvelle interdiction d'ouverture ou imposant des conditions d'exploitation dégradées dans des conditions comparables à celles imposées par la Covid-19.

Plusieurs solutions sont envisagées, en fonction de la durée de l'interdiction notamment, et acceptées par les bailleurs. Aucune ne prévoit le paiement pur et simple de ses loyers et charges par le locataire en cas de reconfinement.

A rapprocher : TJ Paris, 18^{ème} ch., 10 juillet 2020, RG n°20/04516

Ne constitue pas une fraude le fait pour un copropriétaire de solliciter un permis de construire nonobstant l'opposition aux travaux exprimée par l'assemblée générale

CE, 23 octobre 2020, *Ville de Paris et M. Antoine P.*, req. n°425457

Ce qu'il faut retenir :

Par une décision du 23 octobre 2020, qui sera mentionnée aux Tables du recueil Lebon, le Conseil d'Etat étend encore la théorie du propriétaire apparent, en allégeant plus encore le rôle de l'autorité administrative compétente dans l'appréciation de la qualité du pétitionnaire pour déposer sa demande.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, alors même que l'assemblée des copropriétaires s'était expressément opposée aux travaux, un copropriétaire avait obtenu un permis de construire pour transformer en logement un garage situé en rez-de-chaussée, ce qui impliquait la réouverture d'une porte donnant sur la cour, partie commune de l'immeuble.

Saisi par le syndicat des copropriétaires, le tribunal administratif de Paris a, par jugement du 13 septembre 2018 annulé ledit permis, après avoir relevé que le copropriétaire-pétitionnaire s'était livré à une manœuvre frauduleuse, dans la mesure où il s'était déclaré, dans sa demande de permis, régulièrement habilité pour déposer cette dernière, alors même qu'il ne pouvait ignorer que le syndicat des copropriétaires avait refusé par deux fois son accord à la réalisation de ces travaux.

Ce jugement est censuré par le Conseil d'Etat qui, en considérant qu'une demande d'autorisation d'urbanisme concernant un terrain ou immeuble en copropriété peut être présentée par son propriétaire alors même que la réalisation de ces travaux serait subordonnée à l'autorisation de l'assemblée générale de la copropriété, renforce ainsi le principe selon lequel il n'appartient pas à l'autorité compétente de vérifier, dans le cadre de l'instruction d'une demande de permis, la validité de l'attestation établie par le demandeur, la critique portant sur cette dernière étant inopérante.

Depuis la réforme des autorisations d'urbanisme de 2007, le pétitionnaire n'a plus à justifier de sa qualité de propriétaire ou indivisaire pour déposer sa demande : il lui suffit d'attester disposer de cette qualité (article R.423-1 du Code de l'urbanisme).

Le Conseil d'Etat a conféré à cette disposition une portée toute particulière en précisant qu'il n'appartient pas à l'autorité compétente de vérifier, dans le cadre de l'instruction, cette qualité, et ce même si les travaux portent sur un bien faisant partie d'une copropriété (Conseil d'Etat, 15 février 2012, *Mme Quennesson*, n°333631), voire d'un bien sur lequel une simple promesse de vente est consentie (Conseil d'Etat, 12 février 2020, *Commune de Norges-la-Ville*, n°424608).

La Haute juridiction est récemment allée plus loin en jugeant que la contestation portée par le syndicat des copropriétaires devant le juge judiciaire concernant le titre sur lequel se fonde la réalisation des travaux objet de la demande d'autorisation d'urbanisme ne saurait par elle-même caractériser l'existence d'une fraude du pétitionnaire, alors même que ce dernier avait été alerté par le syndicat de la nécessité de recueillir l'accord de la copropriété (Conseil d'État, 3 avril 2020, *Ville de Paris*, req. n°422802).

Par le présent arrêt, le Conseil d'Etat, suivant les conclusions de son rapporteur public, va encore plus loin : il considère qu'en sa qualité de propriétaire d'un bien en copropriété, le pétitionnaire dispose de la qualité pour déposer une demande d'autorisation de travaux, et ce même si leur réalisation est subordonnée à l'accord de la copropriété. Nulle fraude ne saurait donc être identifiée.

A rapprocher : CE, 15 février 2012, Mme Quennesson, n°333631 ; CE, 3 avril 2020, Ville de Paris, req. n°422802

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

La CJUE s'oppose à la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion
Affaires C-623/17, C-511/18, C-512/18 et C-520/18

Ce qu'il faut retenir :

La CJUE s'oppose à une réglementation nationale prévoyant la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion à des fins de sauvegarde de la sécurité nationale et de lutte contre la criminalité.

Pour approfondir :

Aux termes de plusieurs arrêts du 6 octobre 2020, la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après la « CJUE ») s'oppose à la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion par les fournisseurs de services de communications électroniques et à leur transmission aux autorités nationales de sécurité et de renseignement.

Il est à noter que ces arrêts se positionnent dans la lignée d'un arrêt remarqué du 21 décembre 2016, l'arrêt « Tel2 Sverige et Watson », aux termes duquel la CJUE avait estimé que les Etats membres ne pouvaient imposer aux fournisseurs de services de communications électroniques une obligation de conservation généralisée et indifférenciée des données dites de connexion.

A titre liminaire, il convient de préciser que les données visées recouvrent « *celles qui sont nécessaires pour retrouver la source d'une communication et la destination de celle-ci, déterminer la date, l'heure, la durée et le type de la communication, identifier le matériel de communication utilisé ainsi que localiser les équipements terminaux et les communications, données au nombre desquelles figurent, notamment, le nom et l'adresse de l'utilisateur, les numéros de téléphone de l'appelant et de l'appelé ainsi que l'adresse IP pour les services Internet* ». La CJUE rappelle dans ce contexte que sont exclus les contenus des dites communications.

La CJUE se fonde ainsi sur la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 dite « *Vie privée et communications électroniques* » ou « *e-Privacy* » (ci-après la « Directive ») et rappelle que ce texte a pour dessein d'assurer un niveau de protection suffisant des droits fondamentaux dans le secteur des communications électroniques notamment eu égard « *à la capacité accrue de stockage et de traitement automatisés de données relatives aux abonnés et aux utilisateurs.* »

L'article 5 de la Directive consacre en effet le principe de confidentialité tant des communications électroniques que des données relatives au trafic y afférentes, et l'interdiction à toute autre personne autre que les utilisateurs de stocker ces communications et données, sans leur consentement.

Toutefois, cette même Directive offre par son article 15 la possibilité aux Etats membres de limiter la portée de cette interdiction sous certaines conditions. En effet, est consacrée une exception au principe lorsque la mesure législative poursuivie par l'Etat membre constitue une mesure « *nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale - c'est-à-dire la sûreté de l'État - la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques* ».

Dans ce contexte, la CJUE réaffirme le caractère disproportionné d'une conservation généralisée et indifférenciée de données relatives au trafic et à la localisation et précise que ces opérations ne peuvent être effectuées que dans certaines hypothèses définies strictement, aux fins notamment de sauvegarde de la sécurité nationale et de lutte contre la criminalité.

Dans une démarche pédagogique, la CJUE rappelle que la Directive s'oppose aux mesures législatives imposant aux fournisseurs de services de communications électroniques, tant la conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et à la localisation à titre préventif, que la transmission généralisée et indifférenciée de ces données aux autorités compétentes.

La Haute juridiction précise cependant que dans des situations où l'Etat membre fait face à une menace grave, réelle, actuelle ou prévisible, pour la sécurité nationale, une mesure législative peut prévoir une injonction de conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion aux fournisseurs de services de communication électroniques.

Dès lors, de telles mesures législatives sont envisageables sous réserve de soumettre la décision d'injonction à un contrôle effectif (juridictionnel notamment ou par une autorité indépendante dont la décision est dotée d'un effet contraignant) et de la circonscrire à une période temporellement limitée au strict nécessaire. Dans ces mêmes conditions, la CJUE

estime qu'une analyse automatisée des données en cause de l'ensemble des utilisateurs est possible.

En outre, la CJUE estime que des mesures législatives peuvent permettre la conservation ciblée, temporellement limitée au strict nécessaire, des données de connexion, sous réserve que cette conservation soit délimitée sur la base d'éléments objectifs et non discriminatoires, en fonction de catégories de personnes concernées ou au moyen d'un critère géographique.

La CJUE ajoute que des mesures législatives peuvent prévoir le recueil en temps réel des données de connexion limitées au strict nécessaire et à la condition que ces opérations soient limitées aux personnes à l'égard desquelles il existe une raison valable de soupçonner qu'elles sont impliquées dans des activités de terrorisme et sous réserve de les encadrer par un contrôle effectif.

Enfin, il semble opportun de relever que la CJUE ne s'oppose pas à une mesure législative permettant la conservation rapide des données de connexion au-delà des délais légaux de conservation aux fins d'élucidation d'infractions pénales graves ou d'atteintes à la sécurité nationale, lorsque lesdites infractions ou atteintes ont déjà été constatées ou que leur existence peut être raisonnablement soupçonnée.

En illustrant ainsi les exceptions prévues par l'article 15 de la Directive, la CJUE met ainsi un frein aux incertitudes liées à son interprétation.

A rapprocher : *Affaire C-623/17 Privacy International ; Affaires C-511/18 La Quadrature du Net e.a. et C-512/18, French Data Network e.a., ainsi que C-520/18 Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a ; CJUE, Communiqué de presse n°123/20 - Arrêts dans l'affaire C-623/17 Privacy International et dans les affaires jointes C-511/18 La Quadrature du Net e.a. et C-512/18, French Data Network e.a., ainsi que C-520/18 Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*

Le Règlement internet ouvert consacré par la CJUE
CJUE, 15 sept. 2020, Aff. jointes. C-807/18 et C-39/19

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a consacré, dans son arrêt du 15 septembre dernier, la neutralité du net alors que la tendance outre atlantique est de vouloir remettre en cause cette neutralité du net. Pour commenter cette décision, il nous faut rappeler ce qu'est la neutralité du net (I) pour ensuite présenter la portée de cette décision de la CJUE qui pour la première fois devait se prononcer sur le règlement de l'internet ouvert adopté en novembre 2015 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne (II).

Pour approfondir :

I. La définition de l'internet ouvert

La neutralité du net est inscrite dans le postulat de départ du web : garantir l'égalité de traitement et d'acheminement de tous les flux d'information sur internet, quel que soit leur émetteur ou leur destinataire. En fait, il s'agit d'un principe simple de non-discrimination : tout le monde doit avoir un égal accès à Internet et aucun contenu (vidéo, site web, ...) ne doit bénéficier d'un traitement préférentiel et s'afficher plus vite que les autres.

La neutralité du net (ou « *network neutrality* ») a été conceptualisée en 2003 par le juriste américain Tim Wu, dans la revue *Journal of Telecommunications and High Technology Law*³. À l'époque, ce concept est le reflet des valeurs d'ouverture qui ont conduit à l'émergence et au succès d'internet puisqu'il recouvre l'idée que les flux d'informations ne peuvent être ni bloqués, ni dégradés, ni favorisés par les opérateurs de télécommunications.

Alors que les équipements techniques du réseau Internet rendent possible depuis les années 2000 une gestion sélective, voire discriminatoire, du trafic, d'importants débats politiques ont lieu depuis le début de la décennie 2010 pour décider si ce principe doit être garanti par la législation.

3) Tim Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, p. 141, 2003

Aujourd'hui, la protection de la neutralité du net répond à une ambition démocratique : internet est devenu une « infrastructure essentielle » dans l'exercice des libertés, un bien commun sur lequel les États doivent veiller au profit de tous les utilisateurs.

Avec la crise sanitaire du Covid-19, la neutralité du net a trouvé tout son sens et a illustré le besoin et la nécessité de l'utilisateur final à rester connecté à son environnement professionnel, personnel et culturel depuis son domicile.

Question d'autant plus d'actualité que cette neutralité du net a été remise en cause par les Etats-Unis fin 2017⁴ engendrant ainsi une différence d'approche économique pour l'accès à un réseau qui depuis sa conception se voulait mondial engendrant une dichotomie entre les deux continents.

Les États européens avaient anticipé cette éventuelle remise en cause de principe fondateur de l'internet en adoptant en 2015 un Règlement qui avait pour motifs :

« (...) d'adopter, au niveau de l'Union, des règles communes pour garantir le caractère ouvert de l'internet et éviter une fragmentation du marché intérieur due aux mesures prises individuellement par les États membres. »⁵ (ci-après : le Règlement de l'internet ouvert)

C'est cet écueil de fragmentation du marché intérieur que la CJUE a voulu éviter en consacrant l'accès à l'internet ouvert dans l'espace de l'Union Européenne par son arrêt du 15 septembre dernier.

4) En 2017, la *Federal Communication Commission* (FCC), le régulateur américain, a renoncé à tout contrôle réglementaire des fournisseurs d'accès à internet (FAI). Par son ordonnance, la FCC a mis fin à la protection de la neutralité du net aux États-Unis, permettant aux FAI de bloquer et de gérer le trafic internet à leur guise, et obligeant les fournisseurs de contenu à payer pour leur priorisation.

5) 3^{ème} considérant du RÈGLEMENT (UE) 2015/2120 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.

II. L'arrêt de la CJUE renforce le Règlement de l'internet ouvert

Fin 2018 et début 2019, la Cour de Budapest a saisi la CJUE de questions préjudicielles portant sur des offres de « zero-rating »⁶ proposées par l'opérateur national TELENOR.

Ainsi les offres du fournisseur d'accès hongrois avaient pour particularité de ne pas décompter le trafic de données lors de l'accès à certains sites ou services, comme Facebook, Facebook Messenger, Instagram, Twitter, Viber ou WhatsApp, ou à des sites de streaming musical, comme Apple Music, Deezer, Spotify et Tidal. Une fois épuisé le volume de données pour lequel ils avaient payé, les utilisateurs pouvaient ainsi continuer à accéder aux services en question, alors que le reste de leur navigation était soumis à des mesures de blocage ou de ralentissement.

Les demandes de décision préjudicielle à la CJUE portaient pour la première fois sur l'interprétation du Règlement de l'internet ouvert, établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et notamment à son article 3 qui protège la neutralité du net, en reconnaissant notamment :

- **le droit des utilisateurs** « d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et des services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet » (Article 3 §2) ;
- **le devoir des fournisseurs d'accès internet de traiter** « tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur et le destinataire, les

contenus consultés ou diffusés, les applications ou les services utilisés ou fournis ou les équipements terminaux utilisés » (Article 3 §3)⁷.

Ce sont sur ces deux dispositions de l'article 3 du Règlement de l'internet ouvert que la CJUE a considéré pour l'utilisateur final que :

« il convient de relever, tout d'abord, qu'un accord par lequel un client donné souscrit à une offre groupée impliquant que, une fois épuisée le volume de données compris dans le forfait acheté, ce client ne dispose d'un accès sans restriction qu'à certaines applications et à certains services relevant d'un 'tarif nul', est susceptible d'emporter une limitation de l'exercice »

des droits de cet utilisateur final, dans des conditions telles que :

« la compatibilité d'un tel accord avec l'art. 3, § 2, du Règlement doit être évaluée au cas par cas ».

La juridiction européenne de préciser ensuite à l'égard des Fournisseurs d'Accès à l'Internet :

« de telles offres groupées [...] sont, eu égard à l'incidence cumulée des accords auxquels elles peuvent conduire, de nature à amplifier l'utilisation de certaines applications et de certains services spécifiques, à savoir celles et ceux qui peuvent être utilisés sans restrictions à un 'tarif nul' une fois épuisé le volume de données compris dans le forfait acheté par les clients, et, corrélativement, à raréfier l'utilisation des autres applications et des autres services disponibles ».

Et de considérer, en conséquence, que :

« il en résulte que la conclusion de tels accords sur une partie significative du marché est susceptible de limiter l'exercice des droits des utilisateurs finals, au sens de l'art. 3, § 2, du Règlement »

6) Les offres de zero-rating sont des offres où le volume de données consommées par une ou plusieurs applications particulières n'est pas décompté du forfait data du client final.

7) RÈGLEMENT (UE) 2015/2120 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.

La Cour de conclure pour consacrer la neutralité du net :

« dit pour droit » que l'art. 3 du Règlement (UE) 2015/2120 « doit être interprété en ce sens que des offres groupées mises en œuvre par un fournisseur de services d'accès à Internet au moyen d'accords conclus avec des utilisateurs finals, aux termes desquelles ces derniers peuvent acheter un forfait leur donnant le droit d'utiliser sans restrictions un volume de données déterminé, sans que soit décomptée l'utilisation de certaines applications et de certains services spécifiques relevant d'un 'tarif nul', et, une fois épuisé ce volume de données, peuvent continuer à utiliser sans restrictions ces applications et ces services spécifiques, pendant que des mesures de blocage ou de ralentissement de trafic sont appliquées aux autres applications et services disponibles : sont incompatibles avec le § 2 de cet art., lu conjointement avec le § 1 de celui-ci, dès lors que ces offres groupées, ces accords et ces mesures de blocage ou de ralentissement limitent l'exercice des droits des utilisateurs finals, et sont incompatibles avec le § 3 dudit art. **dès lors que lesdites mesures de blocage ou de ralentissement sont fondées sur des considérations commerciales** »⁸.

Au regard de cette décision qui consacre la neutralité du net et en même temps face à l'incertitude engendrée par la décision des autorités fédérales des États-Unis qui ont remis en cause la neutralité du net, il serait utile de relancer en France la proposition de François de Rugy qui voulait en janvier 2018 lorsqu'il était Président de l'Assemblée Nationale « reconnaître le numérique comme un droit fondamental » et faire figurer dans la Constitution « un droit d'accès à l'information publique » et d'inscrire la neutralité du net dans le texte de la Constitution pour lui donner le statut de norme supérieure dans le droit français.

A rapprocher : CJUE, 15 sept. 2020, Aff. jointes. C-807/18 et C-39/19 ; Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2015 ; Règlement (UE) N°531/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 13 juin 2012 ; Directive 2002/22/CE du Parlement Européen et du Conseil du

7 mars 2002 ; Network Neutrality, Broadband Discrimination (Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141, 2003)

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Requête en interprétation : le juge ne peut modifier les droits et obligations des parties

Cass. civ. 2^{ème}, 22 oct. 2020, n°19-16.895

Ce qu'il faut retenir :

Le juge saisi d'une requête en interprétation d'une précédente décision ne peut, sous le prétexte d'en déterminer le sens, modifier les droits et obligations reconnus aux parties par cette décision.

Pour approfondir :

En 2012, un salarié d'une entreprise est décédé des suites d'une maladie prise en charge au titre de la législation professionnelle par la caisse primaire d'assurance maladie.

Aux termes d'un jugement rendu le 1^{er} juin 2016, le tribunal des affaires de sécurité sociale a estimé que la maladie professionnelle du salarié était la conséquence de la faute inexcusable de l'employeur. Le tribunal a fixé au maximum la majoration de la rente servie au conjoint survivant et décidé que cette majoration lui serait directement versée par l'organisme de sécurité sociale, fixant l'indemnisation des préjudices tant de la victime que des ayants droit et dit que ces sommes devraient être versées au Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante par la caisse.

C'est alors que la caisse d'assurance maladie a saisi le tribunal d'une requête en interprétation, en soutenant que la caisse tenait de l'article L.452-3 un droit à remboursement et qu'en conséquence l'employeur devait rembourser les sommes dont la caisse avait fait l'avance.

8) Souligné par nous même.

Par un arrêt du 22 mars 2019, la Cour d'appel a déclaré recevable la requête en interprétation présentée par la caisse, en affirmant que selon l'article L.452-3 du Code de la sécurité sociale, la caisse détenait un droit à remboursement par l'employeur des sommes avancées.

L'employeur a formé pourvoi contre cet arrêt en soutenant que la juridiction saisie d'une requête en interprétation d'une décision ayant retenu la faute inexcusable de l'employeur, ne peut condamner l'employeur à rembourser à la caisse les sommes avancées, alors même que la caisse avait omis d'exercer son action récursoire et que le tribunal n'avait pas statué sur cette action dans la décision initiale. L'employeur a ainsi soutenu que si la caisse d'assurance maladie avait la possibilité de récupérer auprès de l'employeur le montant des majorations de rente et indemnités allouées à la victime et à ses ayants droit, cette possibilité s'effectuait à travers l'action récursoire et qu'elle ne disposait pas d'un droit au remboursement automatique.

Validant cette argumentaire, la Cour de cassation censure la position retenue par la Cour d'appel en énonçant qu'il ressort de l'article 461 du Code de procédure civile que les juges saisis d'une contestation relative à l'interprétation d'une précédente décision ne peuvent, sous le prétexte d'en déterminer le sens, modifier les droits et obligations reconnus aux parties par cette décision.

La Cour de cassation a ainsi considéré qu'en l'espèce, la Cour d'appel avait modifié les droits et obligations des parties et violé l'article 461 du Code de procédure civile.

A rapprocher : Article L.452-3 de Code de la sécurité sociale ; Article 461 du Code de procédure civile

Pouvoir du juge de l'exécution : examen de la fictivité d'une société

Cass. civ. 2^{ème}, 22 oct. 2020, n°19-16.347

Ce qu'il faut retenir :

Il résulte de l'article L.213-6 du Code de l'organisation judiciaire que le juge de l'exécution est compétent pour autoriser l'inscription d'une sureté provisoire sur des biens appartenant à des sociétés qui ne sont pas les débitrices du créancier, ainsi que pour examiner si ces sociétés peuvent être considérées comme fictives.

Pour approfondir :

Une société civile professionnelle notariale, se prétendant créancière de l'un de ses associés, a obtenu du juge de l'exécution l'autorisation de faire pratiquer une saisie conservatoire sur les parts détenus par celui-ci au sein de la SCP notariale ainsi que dans d'autres sociétés civiles immobilières et sur plusieurs comptes bancaires ouverts à son nom. Par ordonnance du même jour, le juge de l'exécution a autorisé la SCP à prendre une hypothèque judiciaire provisoire sur les biens immobiliers des trois sociétés civiles immobilières.

L'associé, son épouse et les trois SCI ont assigné la SCP notariale devant le juge de l'exécution à fin d'obtenir à titre principal, la mainlevée des mesures conservatoires, et à titre subsidiaire, la mainlevée de toutes les mesures autres que celles portant sur ses parts sociales dans la SCP et dans les SCI.

Leurs demandes ont été rejetées, tant par le juge de l'exécution que par la Cour d'appel.

L'associé, son épouse et les trois SCI ont formé un pourvoi en cassation en soutenant que le juge de l'exécution n'avait pas compétence pour se prononcer sur le caractère prétendument fictif des sociétés et ne pouvait, pour ce seul motif, refuser d'en ordonner la mainlevée, alors même qu'une telle appréciation relevait de la seule compétence du juge du fond. En outre, les demandeurs au pourvoi soutenaient que la seule existence de liens familiaux entre les associés d'une SCI, la faiblesse de leurs apports et le fait que les assemblées générales n'aient pas été tenues depuis sa création ne suffisaient pas à établir le caractère fictif de cette société.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en rappelant les dispositions de l'article L.213-6 du Code de l'organisation judiciaire, aux termes desquelles le juge de l'exécution autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en œuvre, même si elles portent sur le fond du droit.

Ainsi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation reconnaît au juge de l'exécution le pouvoir d'examiner le caractère fictif d'une société. Dans le cas présent, la Cour d'appel avait considéré que le fait que les sociétés civiles immobilières soient exclusivement détenues par le débiteur et son épouse, commune en biens, avec laquelle il partage leur direction, et que deux d'entre elles aient été utilisées pour dissimuler les acquéreurs réels des biens, au mépris des obligations déontologiques du débiteur et, que les assemblées générales annuelles n'ont jamais été tenues, de même que les registres sociaux, permettaient d'établir le caractère fictif des sociétés.

A rapprocher : Article L.213-6 du Code de l'organisation judiciaire

DROIT PÉNAL

Coup de tonnerre dans le landerneau pénal : le revirement de la chambre criminelle du 25 novembre 2020 quant à la responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption

Ce qu'il faut retenir :

Les SA et SAS absorbantes, même de bonne foi, seront pénalement responsables des infractions commises par les sociétés absorbées. En cas de mauvaise foi, cette transmission de la responsabilité pénale peut se faire quelle que soit la forme sociale de l'absorbante et avec des sanctions plus larges. Les dues diligences deviennent plus cruciales encore.

Pour approfondir :

L'article 6 du Code de procédure pénale rappelle que « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription,

l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée ». Il est complété par l'article 133-1 du Code pénal qui dispose : « Le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale, sauf dans le cas où la dissolution est prononcée par la juridiction pénale, la grâce et l'amnistie, empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine ».

Corollaires d'un autre principe « nul n'est pénalement responsable que de son propre fait » (art. 121-1 du Code pénal), il est logique que le décès du prévenu mette fin aux poursuites contre celui-ci puisque nul autre ne pouvait en être tenu « pénalement responsable ».

Cette logique était étendue traditionnellement aux personnes morales. Ainsi son « décès », ou plutôt sa disparition, quelle qu'en soit la cause (par. ex. dissolution après clôture de la liquidation), la privant d'existence juridique avait immédiatement pour conséquence de faire obstacle à toute poursuite contre la société considérée comme « responsable » de la commission d'une infraction – commise matériellement, rappelons-le, par ses organes ou représentants, qui peuvent être parallèlement poursuivis.

Si ce point juridique semblait somme toute logique, les juristes s'opposaient depuis longtemps dans le cadre particulier de la fusion-absorption. En effet, dans cette hypothèse si la société absorbée voit sa personnalité juridique disparaître, son patrimoine, et parfois son personnel et ses dirigeants, sont « universellement » transmis à la personne morale de l'absorbante. Celle-ci devient alors propriétaire de tout...sauf, en cas de poursuite pénale, des ennuis (poursuites) ou condamnations (amendes) judiciaires de l'absorbante ainsi disparue. Cette situation, déjà dénoncée sur un plan de logique intellectuelle et juridique (en matière d'amendes civiles ou sanctions administratives, la poursuite/condamnation de l'absorbante est admise v. la position du Conseil d'Etat (avis du 4.12.2009) v. égal. La position de la chambre commerciale de la Cour de cassation s et même du Conseil constitutionnel QPC n°2016-542), était décriée lorsque la fusion avait justement pour but de faire habilement disparaître la société absorbée du banc des prévenus - la société absorbante ne pouvant l'y remplacer puisque ne pouvant être pénalement responsable que de son propre fait et non du fait d'autrui, fût-il absorbé.

Ce principe « anthropomorphique » était appliqué depuis longtemps (Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742, Bull. 237) et jusqu'à encore très récemment (Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 18-86.293). elle avait d'ailleurs été réaffirmée et confortée dans le cadre d'une réponse à une QPC (« *l'absence de transfert de la responsabilité pénale de la personne morale absorbée à l'occasion d'une opération de fusion-absorption ne porte pas atteinte aux principes de légalité et de sécurité juridique* » - Cass. crim., 29 juin 2016, n° 16-90.009).

Jusqu'à présent la chambre criminelle s'en tenait à sa jurisprudence et ne faisait aucune exception à son principe (et encore, comme indiqué ci-dessus, le 7 janvier dernier).

Toutefois la position française semblait de plus en plus contestée. Ainsi la Cour de justice de l'Union européenne est venue affirmer que la fusion absorption, en transférant le patrimoine, entraîne avec celui-ci « *la transmission à la société absorbante de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant cette fusion* » (5e ch., 5 mars 2015, aff. C-343/13).

La Cour de cassation s'était mise en résistance face à la volonté de certains juges du fond d'intégrer dans notre droit positif cette position européenne (Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16-80.366).

Cette résistance est aujourd'hui tombée.

Dans un arrêt le 25 novembre 2020 (18-86.955) rendu en « formation solennelle » pour lui donner un poids maximal, elle a opéré un « revirement » de sa jurisprudence.

En l'espèce : « *Une société mise en cause pour des faits de destruction involontaire par incendie avait été absorbée par une autre société à l'occasion d'une opération de fusion, avant d'être convoquée devant la juridiction correctionnelle pour y être jugée* ». Face à la disparition de la personnalité juridique de l'absorbée, on s'interroge de la possibilité de poursuivre l'absorbante. Occasion de reposer cette question : peut-on poursuivre ou condamner pénalement l'absorbante pour le fait de l'absorbée ?

Faisant expressément référence à l'arrêt de la CJUE de 2015, comme ne l'ayant pas convaincu, et à un

arrêt de la CEDH du 24 octobre 2019 qui acceptait - comme le fait du reste depuis longtemps la chambre commerciale de la même cour de cassation, mais passons - la transmission d'une amende civile pour pratique anti-concurrentielle de l'absorbée à l'absorbante, la Cour de cassation, tel le dernier apache dans son fort assiégé, décida donc de rendre les armes.

S'apercevant que « *l'article 6 du code de procédure pénale, qui ne prévoit pas expressément l'extinction de l'action publique lors de l'absorption d'une société, ne s'oppose pas non plus à cette interprétation* », elle considère que le temps est venu d'avoir « *une nouvelle interprétation de l'article 121-1 du code pénal, respectueuse de l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, permettant que la société absorbante soit condamnée pénalement pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération de fusion absorption* ».

Toutefois, ce revirement est expressément limité, du fait de la référence à la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 :

- i) aux « fusions de sociétés anonymes » et par extension aux SAS (L.227-1 code de commerce) ;
- ii) aux peines d'amendes et de confiscation ;
- iii) et dès lors qu'elles interviennent après la date de ce revirement, le 25 novembre 2020 (pas d'effet rétroactif aux fusions déjà réalisées).

Reste une question en suspens : *quid* de l'extension de cette nouvelle jurisprudence aux autres formes sociales, notamment les SARL ?

Enfin, la Cour prévoit le cas de la fusion-absorption dont le but serait justement d'éviter la poursuite de l'absorbée. Cette « fraude » est clairement sanctionnée. Dans cette hypothèse « *l'effet illicite recherché devant être considéré comme non avvenu, toute peine encourue par la société absorbée [plus seulement ici les amendes et confiscation] peut être prononcée à l'encontre de la société absorbante* ». Ce principe étant quant à lui immédiatement applicable (donc aux absorptions déjà effectuées avant cette décision), la Cour considérant que cet avis, bien que très mal connu, n'est pas nouveau (Elle cite un précédent : Crim., 23 avril 1970, pourvoi n° 68-91.333, Bull. Crim. n°144) et à toutes les formes sociales (donc y compris SARL).

La chambre criminelle rentre ainsi dans le rang et fait entrer le droit pénal dans la rationalité économique. En dehors du cas de fraude, qui n'est rien de plus qu'une nouvelle application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » ou de la « *co-action* », et donc compréhensibles, on peut se demander si cette évolution, à la faveur du patrimoine de l'Etat (qui encaisse les amendes), de condamner la société absorbante « de bonne foi » pour des faits qu'elle n'a pas commis personnellement n'amenuise pas trop nos principes fondamentaux du droit pénal, et notamment sa pierre angulaire, la responsabilité individuelle.

On regrettera peut-être finalement que la Chambre criminelle n'ait pas un peu plus résisté.

A rapprocher : Art. 121-1 du Code pénal ; CJUE 5e ch., 5 mars 2015, aff. C-343/13 ; CEDH 24 oct. 2019, n°n°37858/14 ; Note de la Cour de cassation ; « *Le droit des fusions d'entreprises évolue : "Si ce n'est toi, c'est donc ton frère"* », par David MARAIS, L'Usine Nouvelle

DROIT INTERNATIONAL

Le Plan de Relance Export 1^{er} octobre 2020

Ce qu'il faut retenir :

Dans le cadre de la crise du COVID-19, le gouvernement (Ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, Ministre délégué chargé du Commerce extérieur et de l'Attractivité, Ministre délégué chargé des Petites et Moyennes Entreprises) a mis en place un dispositif de soutien aux entreprises déjà exportatrices ou qui souhaitent le devenir : le Plan de Relance Export.

Le Plan de Relance Export repose sur 5 axes (13 mesures) afin de permettre aux entreprises de calibrer leur projet export avec stratégie et minutie.

1. L'INTELLIGENCE : *Mieux informer sur les marchés étrangers*

- 2. LA PROJECTION :** *Faciliter les activités de prospection export*
- 3. SOUTENIR LA JEUNESSE AVEC LE DISPOSITIF V.I.E. :** *Mobiliser les talents pour le développement international des PME/ETI*
- 4. RENFORCER LES OUTILS DE FINANCEMENTS EXPORT :** *Faciliter et maintenir la réalisation des projets à l'export*
- 5. PROMOUVOIR LA MARQUE FRANCE :** *Déployer une communication de conquête autour de l'architecture de la marque France et des marques sectorielles*

Les 13 mesures du plan de relance des exportations françaises sont autant des leviers visant à permettre aux entreprises de tirer pleinement parti des 100 milliards d'euros du plan de relance pour repartir à la conquête des marchés étrangers.

Pour mémoire :

Les Douanes françaises rapportent les résultats du commerce extérieur français au **premier semestre 2020** :

- les exportations de biens sont en baisse de 21,5% par rapport au 1er semestre 2019, soit un repli supérieur à celui enregistré au plus fort de la crise financière en 2009 (-20,8 %) ;
- les importations diminuent dans une moindre mesure (-17,6%).

Il en résulte une dégradation de notre déficit commercial des biens à -34 Md€ contre -29 Md€ au premier semestre 2019.

Au niveau géographique, nos échanges se sont progressivement dégradés avec l'ensemble des régions du monde, d'abord avec la Chine, puis avec l'Europe, et enfin plus tardivement avec les Etats-Unis. Sur l'ensemble du 1^{er} semestre 2020, les exportations vers l'UE-27 ont été moins affectées (-17,0%) que celles vers les pays tiers (-25,6%).

Au niveau sectoriel, l'ensemble des secteurs voit ses échanges se replier, à l'exception des produits pharmaceutiques (+10,1% de hausse des exportations, +16,6% d'importations par rapport au 1er semestre 2019) et des produits agricoles. Pour les exportations, les secteurs les plus durement touchés sont l'aéronautique (-47,2% par rapport au 1er semestre 2019) et l'automobile (-42,3%).

Du côté des importations, les produits énergétiques enregistrent le repli le plus important (-47,1%). Les échanges de services ralentissent également, avec un recul de 15,4% des exportations et de 9,2% des importations, selon la Banque de France. Ceci ramène notre excédent des services à 2,4 Md€ (contre 11,7 Md€ au 1er semestre 2019), notamment à cause d'une chute de moitié des flux liés au tourisme.

Pour approfondir :

L'économie française est en actuellement phase de relance et de reconstruction. La façon de faire du business a été transformée par la COVID-19. Mais l'ouverture à l'international reste une opportunité et un levier de croissance. Le volet export du plan de relance vise à répondre aux besoins concrets des entreprises exportatrices, comme de celles qui souhaitent aller à l'international.

1. L'INTELLIGENCE : *Mieux informer sur les marchés étrangers*

Mesure #1 : un « compte numérique personnalisé de l'exportateur »

Un **espace numérique sécurisé et personnalisé** sera disponible, à la demande des entreprises, sur les **plateformes régionales de la Team France Export**. Tout exportateur pourra découvrir de nouvelles opportunités et aura accès en temps réel à des informations sur l'état des marchés adaptées à son profil.

- Une série de **webinaires sectoriels**
- Des « **business opportunities** »
- Accès à des veilles et informations marchés sur teamfrance-export.fr ▶ décembre 2020
- Une carte interactive « Info Live Secteurs » ▶ décembre 2020
- **la carte interactive Info live Marchés**

Mesure #2 : S'informer avec le « **Relance Export Tour** »

Le Gouvernement soutiendra l'organisation par la Team France Export d'évènements et d'actions de promotion de l'export dans les territoires et dans les filières, au plus proche des entreprises, afin de les sensibiliser aux enjeux de leur développement international.

2. LA PROJECTION : *Faciliter les activités de prospection export*

Mesure #3 : Se préparer et se projeter avec le « **Chèque Relance Export** »

Le « Chèque Relance Export » prend en charge 50 %, dans la limite d'un plafond, des dépenses éligibles (hors taxes, avec un plancher de valeur de 500 euros) d'une prestation d'accompagnement à l'international, y compris digitalisée, pour les PME et ETI françaises.

Ces « chèques » seront utilisables sur toutes les opérations collectives du Programme France Export du 4^{ème} trimestre 2020 et de l'année 2021, ainsi que sur les prestations individuelles (préparation et/ou prospection) de la Team France Export et des prestataires privés agréés par Business France en France et à l'étranger, représentant :

- jusqu'à 2 000€ pour une prestation d'accompagnement individuel : audit et diagnostic export, structuration de la stratégie export, priorisation des marchés, prospection individuelle, communication, étude de marché, etc.
- jusqu'à 1 500€ pour une prestation d'accompagnement collectif vers des marchés cibles : prospections collectives, rdv professionnels, etc.
- jusqu'à 2 500€ pour la participation à un pavillon France sur un salon à l'étranger.

Mesure #4 : Se faire accompagner avec les **moyens renforcés de l'assurance prospection** (Bpifrance)

Mesure #5 : Se faire accompagner grâce à l'**assurance prospection** « accompagnement », une assurance prospection adaptée et renouvelée (Bpifrance)

- Des seuils d'éligibilité à l'assurance-prospection abaissés. Pour bénéficier d'une assurance-prospection, il suffit d'être une entreprise française dont le chiffre d'affaires est inférieur à 500 M€ avec au minimum un bilan de 12 mois
- Objectif d'au moins 500 PME accompagnées la première année dès 2021

Mesure #6 : Participer et être accompagné sur les **salons**

- Objectif de 6 000 participations via le maintien des pavillons France inscrits au « Programme France Export » (120 à 140 salons par an) ou une participation d'une délégation d'entreprises sous la bannière France à des salons digitalisés
- Soutien à 12 salons internationalisés en France.

Mesure #7 : Exposer sur les nouvelles vitrines digitales de l'offre française

- Création dès 2020 de 3 « marketplaces » dédiées pour les secteurs particulièrement exportateurs (vins & spiritueux, cosmétiques, agroalimentaire),
- Création de 10 vitrines France digitales supplémentaires en 2021 sur des sites de e-commerce BtoB de référence.

3. SOUTENIR LA JEUNESSE AVEC LE DISPOSITIF V.I.E. (jeunes professionnels de moins de 28 ans): *Mobiliser les talents pour le développement international des PME/ETI*

Mesure #8 : Recruter un V.I.E grâce au « Chèque relance V.I.E »

Le chèque V.I.E, d'un montant de 5 000 €, est destiné aux PME-ETI de droit français, dans la limite de deux par entreprise. Cette mesure s'ajoute à l'action des régions en soutien au V.I.E.

Mesure #9 : Soutenir et bénéficier de la diversification des profils V.I.E.

Le renforcement du dispositif ira de pair avec la promotion de la diversification des profils des jeunes bénéficiaires du programme V.I.E. Dans cette optique, le « chèque V.I.E » pourra bénéficier à toutes les entreprises lorsqu'elles sélectionneront un jeune issu d'une formation courte ou d'un 17 quartier prioritaire de la politique de la ville. Un accompagnement spécifique sera mis en place par Business France pour ces jeunes diplômés.

4. RENFORCER LES OUTILS DE FINANCEMENTS EXPORT : *Faciliter et maintenir la réalisation des projets à l'export*

Mesure #10 : Financer des projets grâce à l'appui **contra-cyclique des financements export** (Bpifrance) (en particulier l'assurance-crédit, la garantie des risques exportateurs et les prêts du Trésor)

Mesure #11 : Se positionner sur des projets d'infrastructures grâce au **doublé de l'enveloppe dédiée aux FASEP** (DG Trésor).

Le FASEP est une subvention ou une avance remboursable destinée à financer des études de faisabilité ou des démonstrateurs de technologies innovantes, réalisés par des entreprises françaises au bénéfice d'entités publiques étrangères dans les pays en développement.

Le FASEP permet de positionner les entreprises françaises en amont de projets d'infrastructures (étude de faisabilité) ou d'obtenir un effet vitrine (démonstrateur). Il permet ainsi à l'entreprise française bénéficiaire de démontrer l'efficacité de ses méthodes et d'acquérir une référence dans le pays partenaire.

Toutes les entreprises sont éligibles au FASEP, avec une priorité accordée aux PME, et à condition que le projet présenté respecte les critères suivants : (i) une part française de 85 % minimum, (ii) des perspectives de retombées aval importantes, (iii) un intérêt du bénéficiaire local, (iv) une solution innovante et (v) la prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux.

- En 2019, 37 FASEP ont été octroyés dans 25 pays pour un montant total de 30 M€.
- Le montant mobilisé pour 2021 est porté à 50M€ au total

Mesure #12 : Financer des projets avec les **Prêts du Trésor** (DG Trésor) : prêt souverain accordé à un État étranger pour financer un projet à forte composante française. Les Prêts du Trésors sont de deux types :

- **les prêts du Trésor directs***, soumis aux mêmes contraintes multilatérales que les crédits exports garantis (application de l'Arrangement OCDE) mais plus attractifs car octroyés sans marge bancaire,
- **les prêts du Trésor concessionnels***, relevant de l'aide au développement et octroyés à des pays à revenu intermédiaire de tranche inférieure (PRITI) moyennant un élément-don de 35%, d'autre part.

Dans les deux cas, les sommes sont versées directement aux entreprises exportatrices au fil de la réalisation du projet, l'État emprunteur commençant à rembourser le prêt à la fin du projet ou, pour les prêts concessionnels, à l'issue d'une période de grâce.

* En 2019, 8 prêts ont été signés avec 6 pays (Ukraine, Mongolie, Mali, Sénégal, Côte d'Ivoire, Vietnam) pour un montant total de 283M€.

* L'encours total de prêts du Trésor est actuellement de 3,8Md€

5. PROMOUVOIR LA MARQUE FRANCE : *Déployer une communication de conquête autour de l'architecture de la marque France et des marques sectorielles*

Mesure #13 : Déployer la stratégie de **marque France**

A rapprocher : [Guide des mesures de relances des exportations \(gouvernement.fr\)](#)

Liste noire européenne des juridictions fiscales non coopératives
6 octobre 2020

Ce qu'il faut retenir :

Le Conseil de l'Union européenne a actualisé le 06 octobre 2020 la liste noire européenne des juridictions fiscales non coopératives.

Il s'agit des pays ayant refusé d'engager un dialogue avec l'UE ou de remédier aux manquements en matière de bonne gouvernance fiscale à l'échelle mondiale. L'objectif de cette liste est de veiller à ce que les partenaires internationaux de l'UE respectent les mêmes normes que les États membres.

Deux pays sont ajoutés à la liste noire, deux autres en disparaissent.

Pour approfondir :

Le 6 octobre 2020, le Conseil de l'Union européenne (UE) a mis à jour, la **liste noire** des juridictions fiscales non coopératives de l'UE.

Pour mémoire, cette liste s'inscrit dans le cadre des travaux de l'UE pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et vise à produire un effet dissuasif plus prononcé auprès des pays qui refusent systématiquement de jouer franc jeu en matière de fiscalité.

La **liste noire** des paradis fiscaux de l'UE demeure composée de **douze pays**.

- La Barbade vient d'être ajoutée à cette liste, de même que Anguilla qui passe de la liste grise à la liste noire
- Les îles Caïmans et Oman ont été complètement supprimés de la liste noire.

Figurent donc désormais sur la **liste noire** des paradis fiscaux **Anguilla, la Barbade, les Fidji, Guam, les Palaos, le Panama, les Seychelles, le Samoa, les Samoa américaines, Trinidad et Tobago, les îles Vierges américaines et le Vanuatu.**

Depuis 2020, la liste noire est mise à jour **deux fois par an**. La dernière révision en date a eu lieu le 06 octobre 2020. La prochaine révision est prévue pour **février 2021**.

Par ailleurs, la Bosnie-Herzégovine et la Mongolie sont retirés de la **liste grise** de l'Union européenne sur laquelle figurent les Etats qui se sont engagés à mettre en œuvre les principes de bonne gouvernance fiscale et ont entamé des réformes en ce sens. Cette liste ne comprend donc désormais plus que **dix pays** :

Australie, Botswana, Eswatini, Jordanie, Maldives, Maroc, Namibie, Sainte-Lucie, Thaïlande et Turquie

La liste grise ou « liste de surveillance » vise les pays dont leurs engagements sont jugés suffisants par l'Union européenne, mais leur mise en œuvre fait l'objet d'un suivi attentif.

A rapprocher :

- [Communiqué de presse du 6 octobre 2020 \(Conseil européen – Conseil de l'Union européenne\)](#)
- [Notices from European Union institutions, bodies, offices and agencies \(Official Journal of the European Union\)](#)