



RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

MAI 2021

SOMMAIRE

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

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 Qu'advient-il du président d'une SAS resté en fonction malgré l'expiration de son mandat ? Cass. com., 17 mars 2021, n°19-14.525	p. 2
ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ L'instance en cours reprise afin de fixer le montant d'une créance au passif doit être distinguée de la procédure de vérification du passif Cass. com., 10 mars 2021, n°19-22.395 Instauration d'un redressement judiciaire simplifiée Projet de loi « Gestion de la sortie de crise sanitaire »	p. 3
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX La qualification d'agent commercial en l'absence du pouvoir de modifier les prix Cass. com., 12 mai 2021, n°19-17.042 Si le montant à payer pour mettre fin à un CDD est dissuasif, il s'agit d'une clause pénale et non d'une clause de dédit CA Paris, 14 mai 2021, RG n°18/26612	p. 4 p. 5
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION Précisions sur le calcul du droit à indemnisation en cas de faute de la victime dans la rupture des pourparlers Cass. com., 14 avril 2021, n°19-13.998 Rejet de la demande de nullité : absence de démonstration d'une erreur déterminante ayant vicié le consentement CA Paris, 19 mai 2021, n°16/16055	p. 6 p. 7
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES La mise à pied non concomitante à la procédure de licenciement est une sanction disciplinaire Cass. soc., 14 avril 2021, n°20-12.920 Licenciement économique et faute de l'employeur Cass. soc., 17 mars 2021, n°19-12.026 et 19-12.027	p. 9 p. 10
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME Nature du droit propriétaire commercial Conseils pratiques La présomption d'urgence de l'article L.600-3 du Code de l'urbanisme prévue pour la suspension d'exécution d'une décision d'urbanisme est réfragable Conseil d'Etat, 26 mai 2021, n°436902	p. 11 p. 12
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES Publication d'un avis de la Commission Supérieure du Numérique et des Postes portant recommandations dans le domaine de la sécurité numérique Avis n°2021-03 du 29 avril 2021 portant recommandations dans le domaine de la sécurité numérique La France peut-elle retrouver sa souveraineté numérique en s'affranchissant des GAFAM ? Stratégie nationale pour le Cloud du 17 mai 2021	p. 14 p. 15
PROCÉDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION Notification préalable à l'exécution forcée : insuffisance de la seule connaissance de la décision Cass. civ. 2 ^{ème} , 20 mai 2021, n°19-21.994	p. 16
DROIT INTERNATIONAL Passport Vaccinal : Certificat Vert Numérique Européen Actualités	p. 17

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Qu'advient-il du président d'une SAS resté en fonction malgré l'expiration de son mandat ?

Cass. com., 17 mars 2021, n°19-14.525

Ce qu'il faut retenir :

A défaut de renouvellement exprès, la survenance du terme entraîne la cessation de plein droit du mandat du président nommé pour une durée déterminée et ce, même si ce dernier continue à exercer ses fonctions.

Pour approfondir :

En l'espèce, la présidente d'une société par actions simplifiée avait été nommée par une décision de l'assemblée générale des associés en juin 2012, pour une durée de trois ans.

Les statuts de la société stipulaient en outre que la révocation du président ne pourrait intervenir que pour un motif grave, par décision collective unanime des associés autres que le président, et que toute révocation intervenant sans qu'un motif grave ne soit établi ouvrirait droit à une indemnisation du président.

En juin 2015, l'assemblée générale de la société se réunit peu avant la date d'expiration du mandat de la présidente sans pour autant se prononcer sur son renouvellement. Néanmoins, la présidente, dont le mandat avait ainsi expiré, continue à exercer ses fonctions au sein de la société.

Ce n'est que l'année suivante, en mars 2016, que l'assemblée générale prend la décision de ne pas renouveler le mandat de la présidente, avec effet immédiat.

L'ancienne présidente, qui avait ainsi exercé ses fonctions pendant une durée de près de quatre ans,

assigne alors la société en paiement de l'indemnité statutaire et de dommages et intérêts, considérant qu'elle avait fait l'objet d'une révocation fautive.

Elle soutient notamment que le mandat du président d'une société par actions simplifiée unipersonnelle (ce qui était le cas de la société) peut être reconduit expressément ou tacitement avec l'accord de l'associé unique.

Elle considère donc qu'en l'absence de décision relative à son mandat quelques jours avant son expiration en juin 2015, et dans la mesure où elle a continué à exercer ses fonctions sans discontinuité depuis, l'associé unique de la société l'avait renouvelée tacitement dans ses fonctions de présidente. Dès lors, la décision de mettre fin à son mandat en 2016 constituait une révocation du président qui ouvrait droit à indemnisation.

La **Cour de cassation** rejette ces arguments au motif que :

« Lorsque le président d'une société par actions simplifiée a été nommé pour une durée déterminée, la survenance du terme entraîne, à défaut de renouvellement exprès, la cessation de plein droit de ce mandat. »

Le président qui continue à diriger la société malgré l'expiration de son mandat devient alors un dirigeant de fait, qui ne peut revendiquer les garanties dont bénéficie le seul dirigeant de droit, en particulier l'indemnisation de sa révocation.

Notons que cette solution, bien qu'inédite s'agissant d'une SAS, n'est pas surprenante ; elle ne traduit finalement qu'une classique application du droit commun des contrats.

A rapprocher : CA Versailles, 12 septembre 2002, n°2000-7416 ; CA Paris, 16 octobre 2018, n°16/03087

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

L'instance en cours reprise afin de fixer le montant d'une créance au passif doit être distinguée de la procédure de vérification du passif

Cass. com., 10 mars 2021, n°19-22.395

Ce qu'il faut retenir :

Le jugement prononçant l'irrecevabilité de la demande d'un créancier agissant dans une instance en cours afin de fixation de sa créance au passif, ne peut être assimilé à une décision de rejet prise par le juge-commissaire dans le cadre de la procédure de vérification du passif.

Pour approfondir :

En l'espèce, à la suite de plusieurs incidents de paiement, un établissement bancaire a prononcé la déchéance du terme d'un prêt consenti à une société civile puis l'a assignée en paiement de sa créance devant le tribunal de grande instance.

Quelques mois plus tard, une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'encontre de la société civile. La banque, après avoir déclaré sa créance au passif, la cède à un fonds commun de titrisation. Le 24 octobre 2013, la liquidation judiciaire de la société civile est finalement clôturée pour insuffisance d'actif.

Par la suite, le fonds de titrisation est intervenu dans le cadre de l'instance pendante devant le tribunal de grande instance en exposant venir aux droits de la banque. Par jugement du 22 mai 2014, le juge du fond déclare irrecevable sa demande de fixation de créance au passif de la société au motif que, la liquidation judiciaire emportant dissolution de la société débitrice, cette dernière n'avait plus d'existence.

Le fonds de titrisation assigne les deux associés de la société civile en paiement de la dette sociale, à proportion de leurs parts. Le tribunal fait droit à la

demande du fonds.

Les associés de la société civile font alors appel du jugement en soutenant notamment que « toute décision par laquelle le juge rejette la demande en fixation d'une créance au passif d'une société en liquidation judiciaire emporte, quel que soit son motif, son extinction », selon eux, la créance étant éteinte le créancier ne pouvait donc plus les poursuivre. Une nouvelle fois les associés sont condamnés.

Le litige est porté par les associés devant la Cour de cassation, laquelle rejette le pourvoi en rappelant que le juge du fond, qui statue dans une instance en cours reprise conformément à l'**article L.622-22 du Code de commerce**, ne fait pas application de l'article L.624-2 du même code relatif à l'admission ou au rejet des créances par le juge-commissaire. Il en résulte, selon elle, que « la décision par laquelle ce juge déclare irrecevable la demande d'un créancier tendant à la fixation du montant de sa créance ne constitue pas une décision de rejet de cette créance entraînant, dès lors, l'extinction de celle-ci ».

La créance invoquée ne pouvant être considérée comme étant éteinte du seul fait du prononcé de l'irrecevabilité, le créancier conserve donc son droit de poursuite contre les associés de la société civile débitrice.

A rapprocher : Article L.622-22 du Code de commerce

Instauration d'un redressement judiciaire simplifiée
Projet de loi « Gestion de la sortie de crise sanitaire »

Ce qu'il faut retenir :

Le projet de Loi « Gestion de la sortie de crise sanitaire » prévoit l'instauration d'une « procédure de traitement de sortie de crise », sorte de redressement judiciaire simplifié et accéléré, conçu au bénéfice d'entreprises dont les difficultés ont été causées ou aggravées par la crise sanitaire.

Pour approfondir :

Dans l'attente de la transposition effective en droit français de la directive UE 2019/1023, laquelle doit notamment favoriser les restructurations préventives et accélérer le traitement des situations irrémédiablement compromises, le projet de loi « Gestion de la sortie de crise sanitaire » prévoit l'instauration d'une « procédure de traitement de sortie de crise », sorte de redressement judiciaire simplifié réservé aux entreprises en cessation des paiements, dont le nombre de salariés et le total bilan ne dépasse pas des seuils qui seront fixés par décret, justifiant être en mesure (i) de régler leurs créances salariales, et (ii) d'élaborer rapidement un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise.

La période d'observation, sous l'égide d'un mandataire de justice unique, ne pourra excéder 3 mois, délai aux termes duquel un plan devra être arrêté sur la base du passif déclaré par le débiteur, sauf à ce que les créanciers inscrits contestent le montant pour lequel ils sont mentionnés, lesdites contestations étant alors tranchées par le Juge-commissaire.

Cette procédure est caractérisée par sa durée brève, ses modalités opérationnelles simplifiées, et vise notamment à encourager les dirigeants à en solliciter l'ouverture via des règles protectrices au bénéfice des garants personnes physiques et l'impossibilité d'arrêter un plan de cession (la conversion en redressement ou en liquidation judiciaires demeurant envisageable si aucun plan de continuation ne peut être arrêté).

Cette « procédure de traitement de sortie de crise » n'a pas vocation à être pérenne. Elle est envisagée pour une durée qui ne devrait pas excéder 2 années.

A rapprocher : Directive UE 2019/1023**CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX****La qualification d'agent commercial en l'absence du pouvoir de modifier les prix**

Cass. com., 12 mai 2021, n°19-17.042

Ce qu'il faut retenir :

L'impossibilité pour l'intermédiaire de modifier les conditions des contrats de vente qu'il conclut pour le mandant, et en particulier les prix, n'exclut pas sa qualification d'agent commercial.

Pour approfondir :

La société I., qui commercialise des vins, faisait appel à la société D. pour vendre ses produits en Russie. Aucun contrat écrit n'avait été formalisé. La société I. a mis fin à ses relations avec la société D., qui l'a assignée en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et d'une indemnité de rupture de son contrat, qu'elle considérait être un contrat d'agent commercial.

Le statut d'**agent commercial** est en effet particulièrement intéressant à revendiquer dès lors qu'il offre un statut protecteur prévoyant un droit d'indemnité en cas de fin de contrat.

Les articles L.134-1 et suivants du Code de commerce (transposant en droit français l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 86/653) définissent l'agent commercial comme « le mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale ».

La qualification d'agent commercial suppose ainsi la réunion de trois conditions cumulatives : i) un intermédiaire indépendant, ii) lié de façon permanente au mandant, iii) qui dispose du pouvoir de négocier, et éventuellement de conclure, des contrats au nom et pour le compte de ce mandant.

S'agissant de la notion de « négociation » au sens de ces textes, se pose la question de savoir si le fait que l'intermédiaire ne dispose pas de façon permanente du pouvoir de négociation des contrats exclut la qualification de l'intermédiaire d'agent commercial.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) est venue préciser les conditions d'application du statut de l'agent commercial et notamment la question de la négociation des contrats dans un arrêt très attendu en date du 4 juin 2020, aux termes duquel la CJUE affirme notamment que l'intermédiaire ne doit pas nécessairement disposer de la faculté de modifier les prix des produits dont il assure la vente pour être qualifiée d'agent commercial (**arrêt de la CJUE du 4 juin 2020 C828/18, TRENDSETTEUSE c/ DCA**).

Récemment, la Cour de cassation s'est alignée sur cette position en opérant un revirement de jurisprudence dans l'appréciation de la qualification du statut d'agent commercial. Alors qu'auparavant la Haute Cour considérait que le statut d'agent commercial supposait que l'intermédiaire dispose d'une marge de manœuvre suffisante sur les éléments de négociation du contrat de vente (Cass. com., 14 juin 2005, n°03-14.401 ; Cass. com., 10 octobre 2018, n°17-17.290) ; celle-ci considère dorénavant que le statut d'agent commercial ne peut être exclu au motif que l'agent a l'impossibilité de négocier les prix des produits du mandat dont il assure la vente (**Cass. com., 2 décembre 2020, n°18-20.231**).

Dans la présente affaire, la cour d'appel d'Angers avait rejeté les demandes de la société intermédiaire réclamant une indemnité au titre de la rupture de son contrat par le mandant, en se fondant sur l'impossibilité pour cet intermédiaire de modifier les conditions des contrats dont elle assurait la vente, et en particulier les prix.

Se conformant à la position retenue par la CJUE et celle adoptée lors du revirement de jurisprudence susmentionné, **la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Angers**, considérant qu'en se fondant sur l'impossibilité de la société intermédiaire et en particulier les prix, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Le présent arrêt confirme ainsi la position adoptée par la Cour de cassation considérant que la qualification d'agent commercial puisse être appliquée à un intermédiaire ne disposant pas du

pouvoir de modifier le prix des produits dont il assure la vente.

Le critère du pouvoir de négocier les prix n'étant plus un critère à retenir, il est à espérer que des illustrations jurisprudentielles futures nous éclairent sur les cas dans lesquels aucun pouvoir de négociation n'est reconnu à un intermédiaire indépendant de vente.

A rapprocher : Cass. com., 2 décembre 2020, n°18-20.231

Si le montant à payer pour mettre fin à un CDD est dissuasif, il s'agit d'une clause pénale et non d'une clause de dédit

CA Paris, 14 mai 2021, RG n°18/26612

Ce qu'il faut retenir :

La clause qui prévoit que – bien qu'autorisée – la rupture anticipée (sans faute à reprocher à son contractant) entraîne le paiement par l'auteur de la rupture équivalent à ce qu'il aurait dû payer jusqu'au terme du contrat est si dissuasive qu'il ne peut s'agir d'une clause de dédit ; il s'agit d'une clause pénale qui peut donc être modulée par le juge.

Pour approfondir :

Deux professionnels ont conclu plusieurs contrats de location à durée déterminée (notamment pour du matériel d'impression). Dans les conditions générales liées à ces contrats, il était prévu une clause indiquant que :

1. Le bailleur peut résilier le contrat 15 jours après une mise en demeure infructueuse ;
2. Le locataire peut dénoncer le contrat (afin de faire obstacle à sa reconduction tacite) en respectant un préavis de 3 mois avant l'arrivée du terme ;
3. « *En cas de résiliation anticipée, de revente, de dessaisissement ou d'inutilisation volontaire du matériel pour quelque motif que ce soit* », le [locataire] s'engage à verser une indemnité équivalente à la redevance qu'il aurait de toute façon dû payer jusqu'au terme du contrat mais majoré de 10 %.

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Précisions sur le calcul du droit à indemnisation en cas de faute de la victime dans la rupture des pourparlers

Cass. com., 14 avril 2021, n°19-13.998

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt le principe selon lequel lorsque la victime contribue à la réalisation du dommage en commettant une faute, cela entraîne une exonération partielle de responsabilité de l'auteur du dommage.

Ainsi, lorsque la responsabilité de la rupture des pourparlers est partagée entre les parties, il y a lieu de réduire l'indemnisation à due proportion. La Haute juridiction précise que ce calcul doit être réalisé sur la totalité des sommes engagées, et non sur une partie seulement des dépenses.

Pour approfondir :

Cette décision s'inscrit dans une longue procédure opposant la société Calvin Klein Jeanswear Europe, aux droits de laquelle vient la société CK Stores Italy (la « société CK »), et la société Harold Saint-Germain (la « société Harold »), qui s'étaient rapprochées en septembre 2005 pour organiser l'ouverture d'une boutique à l'enseigne Calvin Klein Jeans, à Paris.

Le 16 novembre 2006, la société Harold a mis fin aux pourparlers puis, par acte extrajudiciaire du 27 novembre 2006, a assigné la société CK en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive des pourparlers. La société Harold considérait notamment que la société CK avait commis une faute en modifiant ses propositions contractuelles sur des aspects essentiels de la relation contractuelle, rendant l'exécution du projet impossible.

Aux termes de l'arrêt attaqué, rendu en 2018 sur renvoi après une première cassation en 2013, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision des premiers juges en ce qu'ils ont considéré que les sociétés Harold et CK sont toutes deux à l'origine de la rupture des pourparlers et que la responsabilité de l'échec des négociations était largement partagée par les parties.

Bien que le cadre de la 3^{ème} situation reste assez vague (« en cas de résiliation anticipée » par qui et pour quoi : du bailleur en vertu du point n°1 ? Ou du locataire en cas de faute du bailleur ? Ou du locataire même sans faute du bailleur ?), la Cour a considéré que l'indemnité due par le locataire s'appliquait « en cas de résiliation anticipée » du locataire sans avoir de faute à reprocher au bailleur.

Afin d'éviter que le juge n'use de son pouvoir de modération des **clauses pénales** (et ne se rallie donc à la demande du locataire qui estimait l'indemnité excessive), le bailleur soutenait qu'il s'agissait d'une clause de dédit et non d'une clause pénale :

- Selon le bailleur, le locataire avait le droit de sortir du contrat avant son terme sous réserve de régler une indemnité au bailleur. Aussi, l'indemnité n'étant pas « indemnité sanction », le juge ne pouvait la réduire ;
- Selon le locataire, le locataire n'avait pas le droit de mettre fin au contrat avant son terme, sous peine de devoir payer une l'indemnité prévue. Aussi, l'indemnité est bien une « indemnité sanction » pouvant être minorée par le juge.

En raison probablement de la rédaction assez floue de cette clause des conditions générales du bailleur, le juge a dû se prononcer sur la nature de l'indemnité prévue.

La cour d'appel a appliqué un raisonnement logique en recherchant si oui ou non le locataire bénéficiait d'un véritable droit de sortie anticipée. La réponse est négative : la clause revêt « un caractère comminatoire en ayant pour objet non pas d'aménager les circonstances de la rupture mais de contraindre le [locataire] à exécuter le contrat jusqu'à son terme de sorte qu'elle constitue une clause pénale susceptible d'être modérée ».

A rapprocher : CA Paris, 5 septembre 2019, RG n°17/10883

S'agissant des demandes d'indemnisation en résultant, la cour d'appel a alloué à la société CK la somme de :

- 50.000 € au titre des frais de personnel, d'avocat, de communications téléphoniques et de traduction occasionnés par la négociation du contrat, évalués à 100.000 € ;
- 324.052,66 € dont 224.052,66 € pour l'aménagement du magasin et 100.000 € pour les frais de conception, de fabrication et de transport de meubles destinés à la boutique, soit la totalité des sommes engagées par la société CK ;
- 12.000 € pour le préjudice subi par la société CK du fait de l'opposition abusive de la société Harold à restituer les meubles.

La cour d'appel a ainsi condamné la société Harold à payer à la société CK la somme totale de 386.052,66 € à titre d'indemnités.

Dans le cadre de son pourvoi, la société Harold a fait valoir le moyen, examiné par la Haute juridiction, selon lequel la cour d'appel aurait dû prendre en compte la faute de la société CK pour diminuer la totalité des sommes engagées au cours des négociations et non certaines dépenses seulement, laissant les sommes restantes en totalité à la charge de la société Harold.

Pour se prononcer, la Cour de cassation, après avoir visé l'article 1382, devenu 1240 du Code civil, rappelle le principe bien établi selon lequel la faute de la victime est une cause d'exonération partielle de responsabilité lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage.

Elle conclut ensuite au fait que la faute relevée par la cour d'appel à l'encontre de la société CK doit exonérer partiellement la société Harold de sa responsabilité, et donc réduire à due proportion le droit à indemnisation de la société CK.

Dans ces conditions, la Cour de cassation vient casser partiellement l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, seulement en ce qu'il a condamné la société Harold à payer les sommes de 224.052,66 € et 100.000 € à la société CK en concluant que :

« La cour d'appel ayant retenu que la responsabilité de la rupture des pourparlers était partagée par moitié, il y a lieu de réduire dans cette proportion l'indemnisation due à la société CK au titre des frais exposés pour les travaux de transformation de la boutique et des frais de conception, de fabrication et de transport des meubles pour la boutique »

Après en avoir avisé les parties, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la Cour de cassation statue au fond et condamne la société Harold à payer à la société CK les sommes respectives de 112.026,33 € et de 50.000 € au titre des dépenses précitées, diminuant ainsi le montant des sommes engagées de moitié.

A rapprocher : Cass. com., 9 juillet 2013, n°12-17.434

Rejet de la demande de nullité : absence de démonstration d'une erreur déterminante ayant vicié le consentement

CA Paris, 19 mai 2021, n°16/16055

Ce qu'il faut retenir :

La nullité du contrat de franchise pour erreur déterminante suppose la démonstration par le franchisé que les informations précontractuelles manquantes et/ou erronées ont vicié son consentement.

Pour approfondir :

Le 27 avril 2009, M. Z reçoit un DIP de la part de la société FV, à la tête d'un réseau de restauration rapide. Un contrat de franchise est signé le 17 novembre 2010 entre la société franchisée G. et la société FV. Dès le premier exercice, la société franchisée connaît une perte d'exploitation qui perdure et, en février 2014, elle est finalement placée en procédure de liquidation judiciaire.

Le liquidateur de la société franchisée et M. Z. assignent le franchiseur aux fins d'obtenir notamment la nullité du contrat de franchise. En première instance, le tribunal ne fait pas droit à ces demandes. Un appel est interjeté.

Devant la cour d'appel, M. Z. soutient que le franchiseur n'aurait pas remis de DIP contenant les informations prévues par la loi, notamment en ce qui concerne l'état du marché local et les perspectives de développement, n'aurait donné aucune information sur le manque de rentabilité du concept au sein du réseau, et de ce fait, n'aurait pas permis à M. Z. de s'engager en connaissance de cause ; le franchiseur aurait également validé des comptes prévisionnels ne correspondant pas à la réalité du concept et du réseau. Le franchiseur oppose le fait que le franchisé a lui-même réalisé sa propre étude d'implantation et ses prévisionnels, sur lesquels il aurait émis des réserves et que les demandeurs ne précisent pas quelles seraient les informations qui auraient fait défaut ou qui auraient été inexactes ; le franchiseur soutient que les informations communiquées dans le cadre du DIP étaient vérifiables et fiables.

Les juges du fond rappellent que le manquement à l'obligation d'information précontractuelle prévue à l'article L.330-3 du Code de commerce entraîne la nullité du contrat de franchise que si ce manquement a eu pour effet de vicier le consentement du franchisé. Il est également rappelé que l'article L.330-3 du Code de commerce met à la charge du franchiseur l'obligation de présenter « un état et les perspectives de développement du marché concerné » et que l'article R.330-1 du Code de commerce l'oblige notamment à « une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché ». En revanche, la loi ne met pas à la charge du franchiseur l'obligation de remettre une étude du marché local ; il appartient en effet au franchisé de procéder lui-même à une analyse d'implantation afin d'apprécier le potentiel et, par là-même la viabilité du fonds qu'il envisage de créer.

En l'espèce, il est constaté que le franchiseur a remis au candidat un DIP comportant : un historique, la présentation des dirigeants, une revue de presse, la présentation du réseau, les résultats du franchiseur, l'état général du marché, et un projet de contrat.

Les juges du fond relèvent cependant que les appelants se contentent d'indiquer que le franchiseur aurait été défaillant dans la remise d'un état du marché local et des perspectives de développement, mais sans expliquer en quoi cette abstention aurait vicié son consentement.

Ainsi, si le candidat a lui-même réalisé l'état du marché local à partir d'une méthodologie transmise par le franchiseur, il ne démontre pas en quoi cet état serait défaillant du fait de l'absence de prise en compte d'une information essentielle que le franchiseur se serait sciemment abstenu de communiquer et/ou de la prise en compte de données erronées fournies par le franchiseur qui l'aurait ainsi induit en erreur. Les appelants n'établissent pas non plus en quoi l'absence d'informations sur les perspectives de développement du marché aurait provoqué une erreur qui aurait été déterminante de leur consentement.

S'agissant des difficultés rencontrées par certains franchisés et dont le franchiseur n'aurait pas informé le candidat : il n'est aucunement démontré que lors de la remise du DIP et de la signature du contrat de franchise, le franchiseur connaissait de telles difficultés significatives nécessitant une information particulière, voire une mise en garde, du franchiseur.

Enfin, s'agissant des informations relatives au montant des dépenses et investissements spécifiques au réseau, celles-ci ont été communiquées au candidat et il n'est pas démontré en quoi ces informations auraient été insuffisantes ou trompeuses pour l'établissement de ses prévisionnels par le candidat.

Ainsi, les juges du fond ont considéré que les appelants échouaient dans la démonstration de l'existence d'une erreur déterminante ayant pu vicier leur consentement et en conséquence la demande de nullité du contrat a été rejetée.

A rapprocher : Articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

La mise à pied non concomitante à la procédure de licenciement est une sanction disciplinaire

Cass. soc., 14 avril 2021, n°20-12.920

Ce qu'il faut retenir :

Le fait pour l'employeur d'attendre sept jours, sans justification, entre la mise à pied d'un salarié et l'engagement de la procédure de licenciement, fait perdre à la mise à pied son caractère conservatoire.

La mise à pied est alors une sanction disciplinaire, et les faits sanctionnés par celles-ci ne peuvent plus être invoqués par l'employeur pour justifier le licenciement du salarié en vertu du principe de non-cumul des sanctions (*non bis in idem*).

Pour approfondir :

Dans cette affaire, un salarié avait fait l'objet d'une mise à pied qualifiée de conservatoire le 8 septembre 2015. Le 15 septembre 2015, soit 7 jours calendaires après la notification orale de sa mise à pied, le salarié avait été convoqué à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement pour faute grave. La lettre de licenciement notifiée le 29 septembre suivant retenait 4 griefs, correspondant aux fautes reprochées lors de la mise à pied : erreur de fabrication d'un épandeur, abandon de poste, refus de quitter les lieux malgré sa mise à pied et propos tenus au réfectoire.

Le salarié a contesté son licenciement au motif que la mise à pied qui avait été prononcée n'était pas une mesure conservatoire mais une sanction disciplinaire et que son licenciement – fondé sur les mêmes griefs – était dépourvu de cause réelle et sérieuse en vertu du principe de non-cumul des sanctions.

Il est ici rappelé que la mise à pied conservatoire est une mesure provisoire qui suspend le contrat de travail du salarié dont la présence dans l'entreprise pourrait être nuisible dans l'attente d'une sanction définitive, contrairement à la mise à pied disciplinaire qui est, quant à elle, une sanction.

La cour d'appel de Nancy a rejeté la demande du salarié, au motif que la mise à pied était bien conservatoire dès lors que seul un délai de 4 jours travaillés s'était écoulé entre les deux procédures et que la mise à pied avait donc été immédiatement suivie de la procédure de licenciement.

La Haute juridiction s'est donc prononcée sur le point de savoir si un délai de 7 jours calendaires non justifié entre une mise à pied et une procédure de licenciement fait perdre à la mise à pied son caractère conservatoire et entraîne sa requalification en sanction disciplinaire.

C'est en ce sens que la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu son arrêt en date du 14 avril 2021 indiquant :

« Vu l'article L.1331-1 du Code du travail :

Il résulte de ce texte qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à double sanction.

Pour débouter le salarié de ses demandes, la cour d'appel, après avoir rappelé que le caractère conservatoire de la mise à pied ne devait être retenu que si celle-ci était immédiatement suivie de l'engagement d'une procédure de licenciement, a constaté que tel était le cas, puisque seulement quatre jours travaillés avaient séparé cette mise à pied de la lettre de convocation à l'entretien préalable.

En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la procédure de licenciement avait été engagée sept jours après la notification de la mise à pied et qu'elle n'avait retenu aucun motif de nature à justifier ce délai, en sorte que cette mesure présentait le caractère d'une sanction disciplinaire et que l'employeur ne pouvait ensuite décider à raison des mêmes faits le licenciement de l'intéressé, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Ainsi, selon la cour régulatrice, la mise à pied intervenue sept jours calendaires avant la procédure de licenciement est bien une sanction disciplinaire. Les faits ayant donné lieu à cette mise à pied ne peuvent donc justifier le licenciement du salarié.

Cette décision est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui avait déjà jugé qu'un intervalle de quatre jours calendaires séparant la notification de la mise à pied de l'engagement de la procédure de licenciement lui conférait un caractère disciplinaire (**Cass. soc., 27 novembre 2019, n°18-15.303**).

À rapprocher : Article L.1331-1 du Code du Travail ; Article L.1332-3 du Code du Travail ; Cass. soc., 30 octobre 2013, n°12-22.962 (*Non bis in idem*) ; Cass. soc., 27 novembre 2019, n°18-15.303

Licenciement économique et faute de l'employeur Cass. soc., 17 mars 2021, n°19-12.026 et 19-12.027

Ce qu'il faut retenir :

La jurisprudence de la Cour de cassation qui admet, dans le cadre d'un contrôle « *a posteriori* », qu'un licenciement économique puisse être dénué de cause réelle et sérieuse lorsque l'employeur a commis une faute à l'origine du motif économique invoqué, repose sur des critères suffisamment précis. Elle n'est pas de nature à faire obstacle au droit de l'employeur de licencier et partant à l'effet utile de la directive 98/59.

Pour approfondir :

Dernier épisode de l'affaire Keyria. Par jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris, une procédure de sauvegarde a été ouverte à l'encontre de la société Keyria, holding de la division Keria, procédure qui a abouti à l'arrêté d'un plan de sauvegarde alors que, dans le même temps, la plupart des filiales française de la division Keria faisaient l'objet de liquidations judiciaires. Des salariés licenciés de la société Keyria, licenciés pour motif économique, saisissent la juridiction prud'homale afin de contester leurs licenciements.

Pour ce faire, ils invoquaient une faute de leur employeur consistant en des remontées de dividendes de la part des sociétés filiales françaises, dans des proportions manifestement anormales compte tenu des marges d'autofinancement nécessaires à ces sociétés exerçant une activité dans un domaine par nature cyclique, et alors que certaines d'entre elles étaient déjà en situation

déficitaire et que d'autres avaient des besoins financiers pour se restructurer et s'adapter à de nouveaux marchés. Ces remontées importantes, opérées par l'actionnaire, ont réduit considérablement les fonds propres et les capacités d'autofinancement de ces sociétés filiales et ont provoqué leurs difficultés financières et par voie de conséquence celles de la société Keyria dont l'activité était exclusivement orientée vers les filiales.

Dans un arrêt du 24 septembre 2018, la Cour de cassation avait confirmé la décision de la cour d'appel qui avait jugé que les difficultés économiques invoquées à l'appui du licenciement résultaient d'agissements fautifs de l'employeur, allant au-delà des seules erreurs de gestion, et en avait, exactement, déduit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse. Dans un second arrêt en date du 10 septembre 2019, une question prioritaire de constitutionalité avait été rejetée en estimant « *qu'il n'existait pas de jurisprudence constante selon laquelle un licenciement pour motif économique pouvait être privé de cause réelle et sérieuse en présence d'une quelconque faute de gestion alors même que celle-ci serait dépourvue de lien de causalité direct et certain avec les difficultés économiques* ».

Revenant devant la Cour de cassation dans des affaires similaires, la société Keyria forme une question préjudicielle tendant au renvoi devant la Cour de Justice de l'Union Européenne afin de faire juger que le cas de disqualification retenu pour rendre le licenciement sans cause (la faute ou légèreté blâmable) était contraire à la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998, fondant le principe de la liberté d'établissement et celui de la liberté d'entreprendre. Il était soutenu, à titre complémentaire, que ce cas de disqualification n'était ni suffisamment précis, ni connu à l'avance.

Sans surprise, la Cour de cassation rejette les moyens. Elle rappelle qu'une critique fondée sur la directive 98/59 ne peut prospérer qu'en cas d'impossibilité effective pour l'employeur de procéder à des licenciements collectifs. En effet, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé que la directive du 20 juillet 1998 ne s'opposait pas à un régime national conférant à une autorité publique le pouvoir d'empêcher des licenciements économiques collectifs par une décision motivée, hormis si l'employeur est privé de toute possibilité de procéder à de tels licenciements.

Tel n'est pas le cas de la jurisprudence critiquée qui s'inscrit dans un contrôle *a posteriori* de la cause du licenciement avec un contrôle strict de la Cour de cassation de l'absence de contrôle par le juge du fond des choix de gestion de l'employeur ou de l'erreur d'appréciation de l'employeur qui ne peuvent constituer une faute autorisant à requalifier les licenciements en licenciements sans cause réelle ni sérieuse.

La preuve de ce contrôle résulte du second arrêt (n°19-12.027), l'arrêt de la cour d'appel étant cassé pour défaut de motivation, « le caractère anormal des remontées de dividendes n'ayant pas été recherché » alors que dans la première décision (n°19-12.026), la cour d'appel avait parfaitement motivé l'effet « boomerang » pour la holding des difficultés provoquées au sein des filiales par les remontées de dividendes à son seul profit.

Ces décisions apportent donc un complément d'information bienvenu sur la frontière ténue entre choix de gestion et faute ou légèreté blâmable.

A rapprocher : Cass. soc., 24 mai 2018, n°17-12.560 ; Cass. soc., 10 septembre 2019, n°19-12.025 ; Ass. Plen., 8 décembre 2000, n°97-44.219 ; Cass. soc., 14 décembre 2005, n°03-44.380 ; CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-201/15

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Nature du droit propriétaire commercial Conseils pratiques

Que distingue le droit de préférence du droit de préemption, de substitution et de propriété ?

La nature du droit conféré au locataire d'un local commercial aux termes de l'article L.145-46-1 du Code de commerce revêt des enjeux de qualification juridique. Ces derniers ont influé sur les précisions apportées au régime applicable à ce droit depuis qu'il est entré en vigueur le 19 décembre 2014. Cette influence s'est essentiellement manifestée :

- **La reconnaissance du caractère d'ordre public du droit du locataire,**
- **La circonstance que le locataire qui acquiert un local commercial au bénéfice du droit que lui confère l'article L.145-46-1 du Code de commerce est dispensé d'avoir à assumer les honoraires d'intermédiation de la transaction,**
- **Les modalités de purge du droit du locataire.**

Il ressort pourtant des débats parlementaires, du texte de l'article lui-même et de la jurisprudence désormais que ce droit est clairement un droit de préférence. Ce qui est beaucoup moins évident, en revanche, c'est ce qui distingue ce droit de préférence de ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire ni droit de préemption, ni droit de substitution, ni droit de priorité.

1. Le droit de préférence n'est pas semblable au droit de préemption

Le droit de préférence du locataire, parce qu'il a été légalement institué, est fréquemment assimilé à un droit de préemption. C'est ainsi, en considérant notamment que le droit de préférence de l'article L.145-46-1 ne serait qu'une espèce particulière de la catégorie, plus large, des droits de préemption légaux, que l'avocat général, ayant émis un avis dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt du 28 juin 2018, a convaincu la Cour de cassation d'affirmer le caractère d'ordre public du droit de préférence du locataire. Parce qu'un droit de préemption légalement institué serait toujours d'ordre public.

Cette assimilation est cependant discutable dès lors qu'une différence de nature entre droit de préférence et droit de préemption pourrait y faire obstacle.

En effet, le prix d'acquisition du bien en cas d'exercice d'un droit de préférence est celui qui a été préalablement notifié au bénéficiaire de ce droit (sans que ce dernier ne puisse en principe le discuter ou le contester).

A l'inverse, le titulaire d'un droit de préemption peut en principe exercer son droit en prétendant acquérir le bien à une valeur vénale de marché dont le mécanisme de fixation, en cas de désaccord entre les parties, est déterminé par la loi comme le droit de préemption lui-même.

La Cour de cassation aurait-elle affirmé de la même façon que le droit de préférence légal du locataire commercial était d'ordre public si elle l'avait considéré comme une variété de droit de préemption ?

Tout au moins, les mobiles de son analyse ne seraient pas exactement les mêmes.

2. Le droit de préférence n'est pas non plus semblable au droit de substitution.

Le droit de préférence d'ordre public de l'article L.145-46-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce n'est pas non plus un droit de substitution pur et simple de son bénéficiaire dans un contrat de vente dont toutes les conditions auraient au préalable été négociées dans le moindre détail par le propriétaire avec un tiers.

Le droit du bénéficiaire d'un droit de substitution consiste donc uniquement à « prendre ou à laisser » l'acte dont les conditions, qu'il n'a pas négociées lui-même et qu'il ne peut pas discuter, lui sont notifiées. Tel n'est pas le cas du droit de préférence de l'article L.145-46-1 alinéa premier du Code de commerce puisque :

- La loi autorise toujours le locataire, quelles que soient les modalités de la vente qui lui sont offertes (qui peuvent donc être modifiées sur ce point), de conditionner l'exercice de son droit de préférence à l'obtention d'un prêt ;
- La jurisprudence interdit de mettre d'éventuels frais d'intermédiaire à la charge du locataire qui exerce son droit de préférence légal, indépendamment là encore, des accords contraires que le propriétaire pourrait avoir avec un tiers (d'autant que le droit de préférence légal doit être en principe purgé avant toute négociation avec un tiers, dès que le propriétaire « envisage de vendre » son local).

3. Le droit de préférence n'est pas non plus semblable au droit de propriété

C'est précisément parce que le droit de préférence initial du locataire commercial devrait être purgé avant toute négociation avec un tiers que celui-ci est parfois qualifié simple de droit de propriété. La référence à ce terme apparaît également contestable

puisque dans le cadre d'un droit de priorité (tel qu'il est légalement défini aux articles L.240-1 et suivants du Code de l'urbanisme), le propriétaire du bien n'est pas libre de fixer lui-même le prix offert au bénéficiaire du droit de propriété (lequel doit correspondre à un prix de marché susceptible d'être fixé judiciairement en cas de désaccord des parties comme en matière de préemption).

Or, aucune contrainte de ce type ne pèse sur le propriétaire d'un local commercial qui met en œuvre ce qui, s'il s'agit de le nommer absolument par autre chose que son nom (c'est-à-dire un droit de préférence), peut être désigné par le terme, plus neutre mais juridiquement indéfini, de droit prioritaire d'acquisition de l'article L.145-46-1 du Code de commerce.

La présomption d'urgence de l'article L.600-3 du Code de l'urbanisme prévue pour la suspension d'exécution d'une décision d'urbanisme est réfragable

Conseil d'Etat, 26 mai 2021, n°436902

Ce qu'il faut retenir :

Par un arrêt en date du 26 mai 2021, qui sera mentionné aux Tables du Recueil Lebon, le Conseil d'Etat vient préciser qu'« (...) en estimant que ces éléments (parmi lesquels figure notamment l'intérêt public s'attachant à l'exécution du permis de construire contesté) étaient de nature à renverser la présomption d'urgence prévue par l'article L.600-3 du Code de l'urbanisme, il n'a ni entaché son ordonnance d'erreur de droit, cette présomption étant dépourvue de caractère irréfragable, ni fait peser sur les requérants la charge de la preuve de la condition d'urgence ».

Pour approfondir :

Dans cette affaire, une association de protection de l'environnement ainsi que plusieurs riverains contestaient deux arrêtés préfectoraux des 14 février et 15 mai 2019 autorisant la société Centre de valorisation organique de Seine et Marne à respectivement construire, puis exploiter une unité de méthanisation de déchets non dangereux.

Après avoir saisi le juge administratif d'un recours en annulation de ces deux arrêtés, ils en ont sollicité la suspension provisoire d'exécution, se prévalant, d'une part, de l'existence de moyens propres à créer un doute sérieux sur leur légalité et, d'autre part, s'agissant de la demande de suspension provisoire d'exécution du permis de construire, de la présomption d'urgence telle qu'elle figure à l'article L.600-3 du Code de l'urbanisme, qui dispose que « *la condition d'urgence prévue à l'article L.521-1 du Code de justice administrative est présumée satisfaite* ».

Le juge des référés a rejeté les deux requêtes : s'agissant de la demande de suspension provisoire du permis de construire, il a en effet considéré que l'intérêt public s'attachant à la mise en œuvre du permis de construire existait dans la mesure où « *le projet devait remplacer une porcherie causant de fortes nuisances olfactives, contribuer à la réduction des émissions de gaz à effet de serre et permettre le traitement et la valorisation de biodéchets* », alors qu'au contraire, les requérants n'établissaient pas que la construction de cette unité « *créerait pour eux des nuisances supérieures à celles qu'ils subissent du fait de l'implantation de la porcherie* » remplacée par l'unité de méthanisation.

Les requérants soutenaient qu'en s'étant prononcé de la sorte, le juge des référés avait commis une erreur de droit dans l'application de l'article L.600-3, et qu'il avait renversé la charge de la preuve en exigeant de leur part qu'ils démontrent l'urgence de la suspension.

Le Conseil d'Etat confirme le bien-fondé du raisonnement du premier juge, et précise la portée de la présomption d'urgence introduite à l'article L.600-3 par la loi ELAN du 23 novembre 2018 (n°2018-1021), qu'il considère donc comme n'étant pas irréfragable.

Le contentieux des permis de construire ayant en effet été identifié comme l'un des freins les plus sérieux à l'opération de construction, le groupe de travail présidé par Mme Christine Maugué a été

chargé de formuler des propositions destinées à rendre ce contentieux plus rapide et plus efficace.

Reprenant les propositions du groupe de travail, le législateur a donc, par la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Elan) du 23 novembre 2018, introduit deux modifications à l'article L.600-3 :

- En enfermant le délai de présentation d'une demande de suspension provisoire d'une autorisation d'urbanisme dans un délai courant « *jusqu'à l'expiration du délai fixé pour la cristallisation des moyens soulevés devant le juge saisi en premier ressort* » ;
- Et en décidant, en contrepartie, de consacrer le principe d'une présomption d'urgence au bénéfice du requérant, déjà largement admis par la jurisprudence (Conseil d'Etat, 16 février 2011, *Copropriété les Bleuets*, n°341422, p.1078)

En introduisant une telle présomption, le législateur n'a cependant pas eu l'intention de consacrer l'automatisme de la condition d'urgence à suspendre une décision de non-opposition à déclaration préalable ou une autorisation d'urbanisme.

Tout en rappelant que cette présomption permettait au requérant de se dispenser de la démonstration de l'imminence de l'engagement des travaux (en censurant une ordonnance de référé qui avait jugé le contraire : Conseil d'Etat, 20 octobre 2020, n°430729), le Conseil d'Etat considère donc que lorsque le bénéficiaire de l'autorisation querellée apporte suffisamment d'éléments de nature à démontrer que l'urgence de la mise en œuvre de l'autorisation prévaut sur l'urgence d'ordonner sa suspension, laquelle est présumée, alors la suspension provisoire d'exécution doit être écartée.

A rapprocher : Article L.600-3 du Code de l'urbanisme ; Loi n°2018-1021 dite « Loi Elan » du 23 novembre 2018

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

Publication d'un avis de la Commission Supérieure du Numérique et des Postes portant recommandations dans le domaine de la sécurité numérique

Avis n°2021-03 du 29 avril 2021 portant recommandations dans le domaine de la sécurité numérique

Ce qu'il faut retenir :

La Commission Supérieure du Numérique et des Postes a publié, le 29 avril 2021, un avis portant recommandations dans le domaine de la sécurité numérique, et plaidant notamment pour la création d'un parquet national consacré à la cybercriminalité et pour la création d'un dispositif dédié au paiement des rançons par les entreprises françaises victimes de piratage.

Pour approfondir :

Dans son avis en date du 29 avril 2021, la Commission Supérieure du Numérique et des Postes (ci-après « CSNP ») a souhaité émettre des recommandations relativement à cinq thématiques qu'elle a désignées comme des « champs de progrès », au regard de la dégradation de la sécurité dans l'espace numérique. La Commission fait ainsi suite à la présentation par le président de la République de la stratégie nationale pour la cybersécurité le 18 février dernier.

Parmi les champs de progrès identifiés, la CSNP cible la stratégie nationale annoncée et estime que celle-ci n'aborde aucunement les aspects judiciaire et policier de la cybercriminalité. En effet, est pointée une carence de l'Etat dans les moyens consacrés à cette lutte, précisément au regard du caractère mondialisé et industrialisé de la cybercriminalité.

Dans ce contexte, la Commission recommande au Gouvernement d'étudier la création d'un « parquet national cyber » qui disposerait des ressources et de l'expertise suffisante pour traiter des dossiers complexes liés à la cyber-délinquance. La CSNP plaide également pour la consolidation du dispositif des référents cybercriminalité auprès de chaque cour d'appel et pour une formation dédiée des magistrats aux enjeux de la sécurité numérique et au traitement judiciaire de la cybercriminalité.

En outre, il est intéressant de noter que la CSNP souhaite que soit créé un dispositif spécifique concernant le paiement par les entreprises françaises victimes de piratage des demandes de rançons par des tiers malveillants. La Commission indique que 20 % des entreprises victimes d'attaques par rançongiciel paieraient la rançon réclamée par les individus malveillants, souvent par le biais de leurs sociétés d'assurance, entretenant ainsi cette pratique.

Dans ce cadre, la CSNP réclame la création d'un dispositif qui aboutirait à interdire le paiement des rançons ou à rendre obligatoire la notification des demandes de rançons aux autorités françaises, sous le couvert d'une protection se rapprochant de celle du « secret des affaires ».

Notons que l'avis de la Commission Supérieure du Numérique et des Postes traite également des thématiques suivantes : les points d'amélioration du plan cyber ; la stratégie de cyberdéfense de l'Etat Français ; la sécurité des produits et services numériques, et le développement du cloud de confiance ; ainsi que la conduite des politiques publiques en faveur de la sécurité dans l'espace numérique.

A rapprocher : Avis de la Commission Supérieure du Numérique et des Postes ; Avis n°2021-03 du 29 avril 2021 portant recommandations dans le domaine de la sécurité numérique

La France peut-elle retrouver sa souveraineté numérique en s'affranchissant des GAFAM ?
Stratégie nationale pour le Cloud du 17 mai 2021

Ce qu'il faut retenir :

Pour répondre aux inquiétudes sur « l'extraterritorialité » de lois américaines comme le Cloud Act ou le Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA), qui peuvent permettre à la justice ou aux services de renseignement américains d'accéder aux données hébergées hors des Etats-Unis, le gouvernement français souhaite que les données et les services de l'Etat soient hébergés et exploités sur un Cloud « protégé contre toute réglementation extracommunautaire » et qui sera labellisé Cloud de confiance.

Pour approfondir :

Il est de l'avis de tous que la pandémie actuelle a mis en évidence l'importance que représente les outils numériques. Ainsi les personnes publiques et les sociétés privées ont accéléré fortement leur numérisation pour maintenir leur activité. Lors du premier confinement, les organisations – qu'elles soient publiques ou privées – ont pu basculer en télétravail grâce aux outils numériques et les services qui en découlent. Ceci a été possible grâce au « Cloud » permettant d'héberger et de traiter les données des entreprises, des administrations et des citoyens sur des serveurs externalisés qui majoritairement sont exploitées par les « GAFAM » (Acronyme pour désigner : Google Apple Facebook Amazon Microsoft) qui sont toutes des sociétés de nationalité américaine.

Face à ce constat le gouvernement a présenté une stratégie nationale pour le Cloud le lundi 17 mai considérant que « **le Cloud représente trois enjeux majeurs pour la France : la transformation de nos entreprises et de nos administrations, la souveraineté numérique et la compétitivité économique.** »

Par cette annonce, le gouvernement entend revoir la doctrine présentée avec sa circulaire du 8 novembre 2018 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'Etat. A cette époque déjà, il s'agissait de développer l'utilisation de « l'informatique en nuage » au sein de l'administration et à terme d'en faire la norme, en s'appuyant sur le développement d'une offre capable

de s'adapter aux différents cas d'usages et aux différents niveaux de sensibilité des données.

Trois ans plus tard, le gouvernement entend relever le défi de ces 3 enjeux : transformation, compétitivité et souveraineté **en mettant en œuvre une stratégie nationale portant sur les technologies Cloud**, en cohérence avec les initiatives européennes en la matière et ainsi intégrer dans sa nouvelle stratégie 3 piliers que sont **le label Cloud de confiance, la politique « Cloud au centre » des administrations, et enfin une politique industrielle mise en œuvre dans le prolongement de France Relance.**

Concrètement, par cette stratégie, le gouvernement demande aux administrations de ne recourir qu'à des prestataires labellisés Cloud de confiance pour les services traitant de données de citoyens, d'entreprises ou d'agents publics. Cette certification sera une mise à jour du label de « sécuritéSecNumCloud » de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (Anssi).

Cela permettra de répondre aux préoccupations que la CNIL exprimait le 25 mai 2020 concernant l'hébergement des données de l'application « StopCovid » en France.

« *La Commission prend acte de ce que le fournisseur de service d'informatique en nuage (cloud computing) hébergeant l'infrastructure de l'application, agissant en qualité de sous-traitant, possède des centres de données localisés en France.* » (Délibération n°2020-056 du 25 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid » (demande d'avis n°20008032)).

Mais aussi, cela évitera la polémique autour des données de santé des citoyens français hébergées sur les serveurs de la société Microsoft et que le gouvernement a souhaité rapatrier (**Données de santé : le gouvernement veut rapatrier le Health Data Hub, hébergé chez Microsoft, Le Monde - 9 octobre 2020**).

En tout état de cause, la route reste longue avant que l'Europe (voire la France) puisse prétendre retrouver une souveraineté numérique, ce d'autant que la circulaire de 2018 qui sera réformée dans le cadre de l'annonce du gouvernement ne s'applique pas aux personnes privées même si l'Etat encouragera le recours au label Cloud de confiance.

A rapprocher : Le gouvernement annonce sa stratégie nationale pour le Cloud (numerique.gouv.fr, 17 mai 2021); Dossier de presse : Stratégie nationale pour le cloud (numerique.gouv.fr, 17 mai 2021); Circulaire du 8 novembre 2018 relative à la doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage par l'Etat; Délibération n°2020-056 du 25 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid » (demande d'avis n°20008032)

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

**Notification préalable à l'exécution forcée :
insuffisance de la seule connaissance de la décision**
Cass. civ. 2^{ème}, 20 mai 2021, n°19-21.994

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation rappelle que les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, sur le fondement d'un jugement de divorce, un époux a été condamné à verser une prestation compensatoire à son épouse. Agissant sur le fondement de cette décision et constatant l'absence de versement de cette prestation, l'épouse a fait pratiquer une saisie-attribution sur le compte bancaire de son ancien époux, qui a été fructueuse. La saisie a été dénoncée le huitième jour à l'époux.

L'époux a saisi le juge de l'exécution d'une demande en mainlevée de la saisie attribution, en soutenant que les jugements, même passés en force de chose jugée, ne peuvent être exécutés, contre ceux auxquels ils sont opposés, qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire.

En l'espèce, l'époux opposait que la preuve d'une signification ne peut être rapportée que par la production de l'acte dressé par l'huissier de justice qui, lui, aurait dû lui être notifié, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Le juge de l'exécution, puis la cour d'appel, ont débouté l'époux de sa demande de mainlevée. La cour d'appel a suivi la position retenue par le juge de l'exécution, qui avait relevé que l'époux ne contestait pas avoir eu connaissance du jugement, prononcé contradictoirement, et dont il avait interjeté appel, avant de se désister de son recours, déclaré irrecevable par ordonnance du conseiller de la mise en état. En conséquence, le juge de l'exécution avait considéré que la décision de première instance était devenue définitive et exécutoire, et permettait à l'épouse de s'en prévaloir pour pratiquer la saisie-attribution.

Ayant formé un pourvoi en cassation, l'époux a soutenu que même dans le cas où un jugement est passé en force de chose jugée, il ne peut être exécuté qu'après avoir été notifié.

Au visa de l'article 503 du Code de procédure civile, la Cour de cassation censure le raisonnement des juges d'appel en leur reprochant de ne pas avoir recherché si la décision servant de fondement aux poursuites avait été préalablement notifiée à l'époux. La deuxième chambre civile rappelle que les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire.

Cette solution rappelle la vigilance à apporter avant d'engager une mesure d'exécution forcée. Le fait que l'adversaire ait eu connaissance de la décision, puisqu'en l'espèce il avait interjeté appel avant de se désister, n'est pas suffisant. Il est nécessaire de vérifier avant d'engager une mesure d'exécution forcée, si la décision servant de fondement a effectivement été notifiée par huissier à la partie adverse.

A rapprocher : Article 503 du Code de procédure civile

DROIT INTERNATIONAL

Passeport Vaccinal : Certificat Vert Numérique Européen Actualités

Ce qu'il faut retenir :

Les négociateurs du Parlement Européen (« PE ») et du Conseil de l'Union Européenne (« UE ») (« le Conseil ») ont abouti le 20 mai 2021 à un accord provisoire sur le certificat vert numérique Covid de l'UE qui permettra de faciliter la liberté de circulation durant la pandémie en Europe (« Certificat »).

Pour mémoire :

La Commission européenne a présenté, le 17 mars 2021, la proposition de règlement créant le Certificat, doté d'un QR code à présenter lors de déplacement dans les pays membres de l'UE, soumis à la procédure législative ordinaire, suggérant qu'elle devrait être adoptée avant l'été 2021.

Le 19 mars 2021, le Conseil a approuvé la mise en place et le mandat du groupe ad hoc afin d'accélérer de façon prioritaire les négociations portant sur les propositions susmentionnées.

Le 25 mars 2021, le PE a voté pour accélérer la mise en œuvre du Certificat par le biais d'une procédure d'urgence.

Le Conseil a approuvé, le 14 avril 2021, un mandat de négociation avec le PE sur la proposition de Certificat (voir notre précédent article : ***Covid-19 – Passeport Vaccinal : Certificat Vert Numérique Européen***, Lettre des Réseaux).

Pour approfondir :

I. Reconnaissance par les membres de l'UE

Les États membres ne devraient pas imposer de restrictions supplémentaires concernant les déplacements, telles que la quarantaine, l'auto-confinement ou les tests, sauf si ces restrictions sont nécessaires et proportionnées dans le but de préserver la santé publique en réponse à la pandémie de Covid-19.

Les États membres doivent accepter les certificats de vaccination délivrés dans d'autres pays de l'UE à des personnes qui ont été inoculées par un vaccin ayant reçu l'autorisation d'être utilisé dans l'UE par l'Agence européenne des médicaments (actuellement Pfizer-BioNTech, Moderna, AstraZeneca et Janssen).

Il appartiendra aux États membres de décider s'ils acceptent aussi les certificats de vaccination autorisés par d'autres États membres suivant les procédures nationales d'autorisation, ou pour des vaccins mentionnés par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour une utilisation d'urgence.

II. Protection des données personnelles

Evidemment, ce Certificat ne manquera de soulever des interrogations en matière de protection des données personnelles.

Le Certificat sera vérifié en vue de prévenir les fraudes et falsifications, tout comme l'authenticité des cachets électroniques inclus dans le document.

Les données personnelles obtenues via les Certificats ne pourront pas être stockées dans les États membres de destination et il n'y aura aucune base de données centrale établie au niveau européen.

La liste des entités qui traiteront et recevront les données sera publique, de sorte que les citoyens puissent exercer leurs droits à la protection des données conformément au Règlement général sur la protection des données.

III. Prochaines étapes

Les États membres ont souligné leur volonté de faire en sorte que le cadre soit prêt d'ici à l'été 2021.

Le règlement relatif au Certificat devrait être en place pour une durée de douze (12) mois.

Le certificat ne sera pas un prérequis pour exercer son droit à la liberté de circulation et ne sera pas considéré comme un document de voyage.

Le texte conclu sera désormais mis aux voix en commission des libertés civiles et en session plénière, ainsi qu'au Conseil.

S'il est adopté en commission des libertés civiles, il sera soumis pour adoption lors de la première session plénière de juin (7-10 juin 2021).

IV. Les avancées de « Passeport vaccinal » dans les autres pays

L'idée du « Passeport vaccinal » s'est confirmée partout dans le monde ce dernier temps, du Japon à Israël en passant par le Royaume-Uni et le Canada.

Au Japon, Taro Kono, ministre en charge de la vaccination au Japon, a indiqué le 28 avril 2021 que l'adoption du passeport vaccinal serait envisagée si la demande émane de pays étrangers. Avec cette déclaration, on peut voir que l'opinion de Taro Kono a évolué sur la question. Il y a quelques temps, il avait écarté cette possibilité en mettant en avant la possible discrimination qui pourrait être engendrée à l'égard des personnes refusant ou ne pouvant être vaccinées.

En Israël, le 21 février 2021, à l'occasion de son déconfinement, Israël a lancé son « Passeport vaccinal ». Ce document permet, une semaine après avoir reçu la seconde dose de vaccin, d'accéder aux salles de sport et aux piscines et d'assister aux événements sportifs et culturels.

Depuis le 17 mai 2021, **le Royaume-Uni** a lui aussi son « Passeport Covid ». Tous ceux qui, dans le pays, ont téléchargé l'application mobile NHS Covid-19 (lancée en 2020, pour alerter sur les cas contacts) peuvent la mettre à jour quasi instantanément, dès lors qu'ils ont reçu leurs deux doses de vaccin. Ils peuvent aussi composer le 119, numéro d'appel du NHS – l'hôpital public britannique –, qui leur enverra un courrier papier attestant qu'ils sont bien complètement vaccinés.

Au Canada, une grande majorité de la population est favorable à l'idée d'un passeport vaccinal pour les voyages internationaux. La ministre canadienne de la santé, Patty Hajdu, a déclaré le 3 mai 2021, que son gouvernement soutient l'idée d'un « passeport vaccinal » et qu'il proposera une forme de certificat de vaccination pour permettre aux Canadiens vaccinés de voyager à l'étranger.

A rapprocher : Communiqué de presse du Parlement européen en date du 20 mai 2021