

Compilation des brèves Redlink 2016

Brèves - Commerce / Distribution

Publiée le 3 février 2016

En droit de la concurrence, « les programmes de clémence de l'Union et des États membres coexistent de façon autonome »

Par un arrêt du 20 janvier 2016, la CJUE souligne que les programmes de clémence sont « l'expression du régime de compétences parallèles de la Commission et des autorités nationales de concurrence ».

En 2006, le « réseau européen de la concurrence » dit REC, programme de coopération des autorités de contrôle de la concurrence, a adopté les règles de clémence en cas de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit de permettre par la clémence accordée au participant à une pratique de bénéficier d'une clémence dans la sanction.

En 2007 puis 2008, deux entités du groupe DHL avaient soumis à la Commission et à l'autorité italienne des demandes de clémence. En Italie, DHL avait été précédée dans sa démarche par Schenker, qui n'a donc pas été condamnées au paiement d'une amende, DHL bénéficiant seulement d'amendes réduites.

La CJUE établit l'autonomie des autorités.

A voir : Règlement (CE) n° 1/2003 Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 TFUE et 102 TFUE (JO 2003, L 1, p. 1) ; <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-01/cp160003fr.pdf> ; CJUE, 20 janvier 2016, n° C-428/14, aff. DHL Express (Italy) Srl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 3 février 2016

Suppression des remises de volume et rupture brutale des relations commerciales établies

N'engage pas sa responsabilité le fournisseur qui se voyant refusé par son distributeur le nouveau calcul de ses remises spéciales et dérogatoires sur ses nouveaux prix après les avoir augmentés, supprime le bénéfice de ces remises avec un préavis de trois mois.

La cour relève que le distributeur avait diversifié ses sources d'approvisionnement et que dès lors qu'il ne répondait plus aux conditions contractuelles d'octroi des remises exceptionnelles liées au maintien et au développement de sa clientèle rappelées.

Par ailleurs le fournisseur avait retiré le bénéfice de la remise, tout en lui conservant la possibilité de continuer à commander ses produits (Chambre commerciale, 19 janvier 2016, n° 14-24.687).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 3 février 2016

Nouveau rappel sur la compétence juridictionnelle en cas d'action fondée sur l'article L442-6 C. Com

Seuls sont compétents les tribunaux de commerce mentionnés à cette annexe 4-2-1, à l'exclusion de tout autre pour connaître des pratiques restrictives de concurrence mentionnées à l'article L.442-6 du code de commerce, dispositions dérogatoires au droit commun des contrats, peu important que les appelants invoquent dans leurs écritures les dispositions générales de l'article 1134 au soutien de leurs prétentions à titre de fondement principal ou alternatif, dès lors qu'il est de principe que les lois spéciales dérogent aux lois générales et qu'il appartient au juge, par application de l'article 12 du code de procédure civile de donner ou restituer aux faits et actes litigieux leur exacte qualification, les parties n'ayant en l'espèce pas la libre disposition de leur droits, puisque les dispositions des articles L.442-6 et D.442-3 du code de commerce sont d'ordre public (affaire Speedy, CA Versailles, 19 janvier 2016, Arrêt n° 12/01093).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 3 février 2016

Rupture des relations commerciales établies et appel d'offres

La Cour de cassation (Chambre commerciale, 5 janvier 2016, n° 14-25.397) statue dans une hypothèse mêlant avenant précaire et appel d'offres. Un contrat est poursuivi par un avenant d'une année, stipulant qu'à défaut de résiliation expresse dans les six mois, le contrat se poursuivrait par tacite reconduction pour une durée indéterminée, chacune des parties pouvant le résilier sous réserve d'un préavis de six mois. L'une des parties a résilié le contrat dans les six mois, après avoir lancé un appel d'offres où le cocontractant n'a pas été retenu.

L'arrêt relève que dès l'avenant, la partie éconduite savait que le contrat allait être résilié, qu'elle n'avait aucune garantie de remporter l'appel d'offres initié le 15 avril 2011 et que le fait qu'elle n'ait été informée que peu avant la rupture que ses offres n'étaient pas retenues est sans incidence, car elle n'était pas fondée à croire que le préavis notifié n'avait pas couru.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 3 février 2016

Deux années de préavis, un plafond en matière de rupture brutale des relations commerciales établies...

C'est ce que semble traduire l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (Pôle 5, chambre 4, 13 Janvier 2016, n° 13/11338) : au lieu d'appliquer le préavis contractuel d'une année, l'auteur de la résiliation accorde deux ans, considéré suffisant par la cour.

La règle contractuelle du préavis avec, six mois après le début du préavis, suppression réciproque de l'exclusivité, n'est qu'un aménagement contractuel de l'exécution du préavis en cas de rupture du contrat et non, une rupture partielle.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 5 février 2016

Gage sans dépossession : la grande libéralisation

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 (dite « Macron ») avait autorisé le gouvernement à prendre, par ordonnance, les mesures pour rapprocher le régime applicable au gage des stocks (C. com., art. L. 527-1 à L. 527-11), du régime de droit commun du gage de meubles corporels (C. civ., art. 2333 à 2350).

Ce projet de réforme avait pour objet de clarifier le régime applicable au gage des stocks et de rendre possible le pacte comissoire et le gage avec ou sans dépossession, afin de favoriser le financement des entreprises sur stocks.

L'ordonnance n°2016-56 relative à cette réforme a été publiée au Journal Officiel du 30 janvier dernier. Le nouveau régime sera applicable à compter du 1er avril 2016 et ce, uniquement pour les contrats conclus à partir de cette date.

Une nouvelle définition est ainsi donnée au gage des stocks. Il s'agit d'une « *convention par laquelle une personne morale de droit privé ou une personne physique accorde à un établissement de crédit ou à une société de financement qui lui a consenti un crédit pour l'exercice de son activité professionnelle, le droit de se faire payer sur ses stocks par préférence à ses autres créanciers* ».

Le nouvel article L. 527-1 du Code de commerce permet alors de constituer un gage avec ou sans dépossession, comme c'est le cas en matière de gage de meubles corporels. Les parties seront donc libres de recourir soit au gage des stocks du Code de commerce, soit au gage de meubles corporels du Code civil.

Il s'agit d'une évolution importante et en totale rupture avec la jurisprudence rendue fin 2015 par la Cour de cassation, aux termes de laquelle les parties ne pouvaient soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession (Cass. ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18.435).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 5 février 2016

Franchise et information précontractuelle, d'intéressantes précisions

La Chambre commerciale a rendu une décision instructive en matière d'information précontractuelle dans le contrat de franchise. Cette affaire (pourvoi n° 14-11.624) a donné lieu à une cassation partielle. Pendant les principes suivants ont été validés.

L'erreur alléguée par le franchisé sur la rentabilité de l'opération est rejetée car le document précontractuel remis aux franchisés présentait « l'état et les perspectives de développement du marché, ainsi que l'historique du concept et de son exploitation, et le curriculum vitae du gérant de la société avec le détail de l'ensemble des sociétés qu'il a gérées, la création récente de la société [franchiseur] et du réseau de franchise (...) » et « il n'[était] pas démontré en quoi la connaissance, par les franchisés, de l'information selon laquelle une société dirigée par le même gérant a été mise en redressement judiciaire, en 1993, aurait déterminé autrement l'expression de leur volonté.

Surtout, l'arrêt relève que les franchisés ont établi un « business plan » sur la base des informations fournies par le franchiseur, sans qu'il soit démontré qu'elles fussent erronées ».

Enfin, si la rentabilité est inférieure aux résultats escomptés, c'est le résultat de paramètres multiples (gestion des franchisés mis en garde par le franchiseur sur différents dysfonctionnements).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 5 février 2016

Franchise et information précontractuelle, encore

Dans une affaire concernant un franchiseur, plusieurs arrêts instructifs sont rendus le 5 janvier 2016.

La Cour conteste la position adoptée par la cour d'appel qui précisait que « si aucune présentation de l'état du marché local et de ses perspectives n'a été remise à M. X..., les fonctions d'agent général d'assurance exercées par celui-ci dans la région de Bourg-en-Bresse depuis près de vingt ans lui permettaient d'avoir une bonne connaissance du marché local ».

La cour de cassation sanctionne l'arrêt d'appel car il ne précise pas les éléments factuels permettant d'affirmer « *en quoi l'expérience du franchisé, acquise dans le seul secteur de l'assurance, était suffisante pour lui permettre d'apprécier l'état du marché local d'un concept novateur alliant crédit et assurance* » (n° 14-15.700, 703, 704, 707, 708).

Enfin, autre principe développé par la cour de cassation dans ce train de décision : le fait que le candidat franchisé soit incité à réaliser sa propre étude de marché et y procède, qu'il s'engage malgré les avertissements de son conseil, mais aussi qu'il accepte que le franchiseur ne fournisse aucune référence d'activité du fait de sa création récente, écarte la responsabilité du franchiseur (n° 14-15.705, 710).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 5 février 2016

Franchise, information précontractuelle, cession du franchisé

Toujours pragmatique, la Cour de Cassation apporte deux enseignements.

Le cessionnaire des parts du capital social de la société franchisé devrait recevoir un DIP s'il demande la prorogation du contrat de franchise.

Cependant, ancien gérant d'une agence de la même enseigne, son expérience acquise dans une autre région lui permettait de connaître les enjeux de son nouvel investissement. De plus, le franchisé avait connaissance avant l'acquisition, de la nécessité d'un plan de relance de l'agence, mais n'a pas estimé nécessaire de se livrer à une étude de marché local qu'il ne connaissait pas.

Et la cour de conclure que pour ce franchisé, l'information sur le marché local n'était pas un élément essentiel et déterminant (5 janvier 2016, n° 14-15.706).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 9 février 2016

Échec des négociations avant renouvellement et rupture de contrat ou de relations commerciales

Deux décisions récentes apportent un éclairage utile sur l'échec des négociations.

Dans le premier cas de rupture abusive alléguée, chaque année les CGV devaient être approuvées avant renouvellement et le distributeur les a rejetées, émettant des réserves sur les conditions et les nouveaux prix. Les parties ont vainement négocié et le fournisseur a donné 7 mois de préavis, ce qui écarte la rupture abusive (CA Paris 13 janvier 2016) ou brutale des relations commerciales établies.

Dans le second cas, l'arrêt relève que si, en juin 2008, le distributeur s'est engagé expressément à la poursuite des relations jusqu'en juin 2011, en contrepartie des « gratuits », des remises et des avoirs négociés pour 105.250 euros, cet engagement n'était pas incompatible avec la renégociation légale

annuelle de la coopération entre les deux sociétés et que donc la relation commerciale pouvait être remise en cause à cette occasion. La cour relève que le fournisseur ne pouvait légitimement espérer la poursuite de la relation commerciale (Com. 7 juillet 2015, n°14-17657).

Négocier avant de renouveler, une solution pour éviter la sanction d'une rupture.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 10 février 2016

La CNIL et la DGCCRF s'attaquent à Facebook

La DGCCRF fait injonction à Facebook de retirer les clauses abusives de ses conditions d'utilisation.

La Direction Générale de la Concurrence, Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) a procédé à un contrôle des conditions d'utilisation du réseau social Facebook, émises par les sociétés Facebook Ireland LTF et Facebook Payments International LTD.

L'administration a ainsi relevé plusieurs clauses abusives en ce qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment du consommateur utilisateur.

Il s'agit notamment :

- du pouvoir discrétionnaire de Facebook de retirer des contenus ou informations publiés par l'utilisateur,
- du droit de modifier unilatéralement les conditions d'utilisation sans que l'utilisateur en soit informé préalablement ou en présumant son accord,
- du droit de modifier unilatéralement son service de paiement sans information préalable de l'utilisateur.

Le 9 février 2016, la DGCCRF a donc enjoint Facebook de supprimer ou modifier ces clauses interdites envers les utilisateurs non professionnels dans un délai de 60 jours.

La CNIL met en demeure Facebook de se conformer à la Loi Informatique et Libertés.

De son côté le **8 février 2016**, la CNIL a mis Facebook en demeure de collecter loyalement les données de navigation des internautes ne disposant pas de compte et que les membres puissent s'opposer à la combinaison de l'ensemble de leurs données à des fins publicitaires.

La CNIL reproche également à Facebook de transférer les données de ses membres aux Etats-Unis sur la base du Safe Harbor, qui a pourtant été invalidé par la décision de la Cour de Justice Européenne le 6 octobre 2015.

Facebook dispose d'un délai de trois mois pour se conformer à la réglementation applicable.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 11 février 2016

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 réformant le droit des obligations est publiée

La réforme modifiera les dispositions des articles 1110 à 1386-1 du code civil. Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016 (sauf pour les dispositions des 3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article 1123 et les articles 1158 et 1183, immédiatement).

Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne. **Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation.**

Que retenir ?

Les articles 1112 et suivants nouveaux du code civil introduisent des règles propres aux négociations reprenant les principes prétoriens de la rupture brutale de pourparlers, puis obligent à l'information précontractuelle, lorsqu'une des parties « *qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* », à l'exception de l'estimation de la valeur de la prestation.

L'article 1112-2 du code civil oblige à la confidentialité des négociations.

La réforme intègre les principes relatifs à l'offre et l'acceptation et aux conditions de leur rétractation ou à leur caractère obligatoire (Art. 1113 à 1122). Le silence ne vaut toujours pas acceptation, quoique... : le texte précise « *à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ».

Sont définis le pacte de préférence et la promesse unilatérale dans la même section. L'article 1123 du code civil emporte que « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.* » La responsabilité de celui qui viole le pacte et du tiers agissant en connaissance de cause est clairement défini, dans la ligne de la jurisprudence.

La notion de cause du contrat disparaît, La notion d'objet du contrat aussi, au profit du contenu licite et certain (Art. 1128 et suivants). Selon les articles 1162 et 1163, « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* » et « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future, (...) possible et déterminée ou déterminable.* »

Le principe prétorien depuis 1995 de la fixation des prix sans abuser de son droit est consacré (Art. 1164) mais la partie fixant le prix unilatéralement « doit en motiver le montant en cas de contestation » : un nouveau champ de contestations s'ouvre ainsi.

Intérêt ultime de la réforme : l'article 1168 consacre le principe que, « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». En d'autres mots, la contrepartie n'est pas nécessairement égale, sauf application de l'article L442-6 I 2° du code de commerce donc.

Cependant, la nullité est encourue selon l'article 1169 si la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est « *illusoire ou dérisoire* ».

En écho aux arrêts Faurecia bien connus, l'article 1170 répute non écrite « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* ».

Et le déséquilibre significatif de s'inviter dans les relations civiles : l'article 1171 dispose que « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* »

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=FE241FA0869ED68EF9C7F85F564C1758.tp_dila23v_1?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000032003864

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 11 février 2016

Just released Ordinance No.2016-131 of February 10, 2016 reforming the French contractual obligations

This reform modifies the provisions of Articles 1110 - 1386-1 of French Civil Code and will be applicable as of October 1, 2016 (except for the immediately applicable provisions of the 3rd and 4th paragraphs of section 1123 and sections 1158 and 1183). When proceedings were instituted before the entry into force of this ordinance, the action is subject to previous rules. This law also applies in appeal and cassation.

Highlights:

Article 1112 et seq. of new Civil Code introduce rules specific to the negotiations resuming the case law principles related to the sudden termination of talks and require pre-contractual information, when either party who knows information whose importance is decisive for the consent of the other must inform since, legitimately, it ignores this information or trusted his contracting partner with the exception of the estimate of the value of the benefit.

Article 1112-2 of Civil Code requires confidentiality of the negotiations. The reform includes the principles governing the offer and acceptance and the terms of their withdrawal or their binding (Art. 1113 to 1122). Silence still means non-acceptation, but... unless otherwise resulting from or provided by the law, customs, business relationships or special circumstances.

The preference agreement and the unilateral promise are defined in the same section of the code. Article 1123 of the Civil Code rules that the preference agreement is a contract by which one party undertakes to first offer the recipient to deal with it in case it decides to contract. Any party who violates such commitment but also any third party willingly breaching it, will be held liable, in line with previous case law.

The notion of cause of a contract disappears; the notion of the object of the contract also in favor of lawful and effective content (Art. 1128 et seq.). According to Article 1163, the obligation shall relate to a present or future action which has to be possible and determinate or determinable.

Adopting the precedent principles since 1995, price change in framework agreement without any abuse is established but the party fixing the price unilaterally should motivate the new price if challenged by the other party (Art 1164.): this is a new field of claims unfolding.

The reform also creates new rules: under Article 1168, in bilateral contracts, the different benefits from mutual obligations, is not a cause of cancellation of the agreement, unless the law provides otherwise. In other words, the consideration to an obligation has not necessarily to be equal, except under Article L442-6 I 5° of the Commercial Code which holds liable any party terminating without prior written notice with a reasonable notice-period with regard to the duration of whole commercial relations.

However, the cancellation of the agreement is incurred under section 1169 if the consideration to a specific granted right is « illusory or derisory. »

Echoing Faurecia well-known case law, Article 1170 deems non written any clause that deprives of its substance an essential contractual obligation.

And, sequel of the abusive clause known under consumers law and the significant imbalance prohibition imposed by Article L442-6 I 2° of French commercial code, the new civil code provide in Article 1171 that in an impose agreement with no place for negotiation, any clause which generates a significant imbalance between the rights and obligations of the contracting parties shall be deemed non written. This being said, the appreciation of such significant imbalance does not relate to the main purpose of the agreement, nor to the adequacy of the price to the service or goods.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 17 février 2016

Loi Macron et réseaux de distribution : plus que six mois avant l'entrée en vigueur

Frédéric Fournier publie une Tribune libre sur les Echos de la Franchise.

<http://www.lesechosdelafranchise.com/creer-entreprise-franchise/contrat-franchise/jurisprudence/loi-macron-et-reseaux-de-distribution-plus-que-six-mois-avant-l-entree-en-vigueur-49060.php>

Publiée le 18 février 2016

Lancement du site internet de la médiation de la consommation

La loi Macron et son décret d'application ont introduit dans le Code de la consommation un titre consacré à la médiation des litiges de la consommation ([articles R 152-1 à R 156-2](#)). Parmi les obligations imposées aux professionnels figure celle relative à la communication au consommateur des coordonnées du ou des médiateurs dont il relève, ces informations devant être inscrites de manière visible et lisible sur le site internet, les conditions générales, les bons de commande ou sur tout support adapté. L'adresse du site internet du médiateur doit également être mentionnée.

Le Ministère de l'Economie a annoncé hier l'ouverture du site internet de la médiation de la consommation (www.mediation-conso.fr) qui détaille pour le consommateur toutes les informations leur permettant d'exercer ce droit et de contacter le médiateur par champ de compétence. Pour le moment une liste des sept premiers médiateurs, notifiée à la Commission Européenne, est accessible pour les secteurs suivants : Autorité des marchés financiers et des Communications électroniques, Energie, Eau, Assurance, Commerce coopératif et Tourisme voyage. D'autres médiateurs seront prochainement répertoriés au fur et à mesure des délibérations de la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation.

Chaque professionnel de ces secteurs doit donc mettre à jour ses conditions générales, site internet et bons de commande pour indiquer les coordonnées du médiateur dont il relève.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 23 février 2016

Franchiseurs, vous pouvez modifier votre enseigne

Par son arrêt du 19 janvier 2016 (n° de pourvoi 14-16272), la Chambre commerciale de la Cour de cassation se prononce sur plusieurs problématiques liées à la franchise et rappelle notamment que les franchiseurs ont le droit de modifier leur enseigne.

Dans cette affaire, le franchisé, qui avait commencé à exploiter deux magasins supplémentaires sous la nouvelle enseigne du franchiseur, a résilié l'ensemble de ses contrats de franchise puis créé un réseau concurrent, après que des désaccords soient survenus suite aux changements initiés par le franchiseur.

Assigné pour violation de la clause de non-crédation de réseau concurrent et résiliation abusive, le franchisé arguait entre autres de l'absence de délimitation de la zone d'exclusivité, de l'absence d'écrit et de signature des nouveaux contrats de franchise, ainsi que du défaut d'efforts suffisants par le franchiseur au maintien de son ancien réseau, aux fins d'obtenir l'annulation des contrats de franchise et des dommages-intérêts pour rupture abusive.

La Cour de cassation ne retient pas ces arguments et ne fait pas droit à la demande d'annulation des contrats de franchise, en rappelant que « *la définition des territoires d'exclusivité n'a fait l'objet ni d'interrogation ni de contestation entre les parties* », puis en retenant que le changement d'enseigne opéré par le franchisé malgré son refus de retourner le contrat revêtu de sa signature ainsi que la

poursuite de « l'exploitation conformément aux documents écrits qui lui avaient été adressés » attestaient de son acceptation.

De plus, la Cour conclut à l'absence de faute du franchiseur, qui a la faculté de faire évoluer son réseau, spécialement lorsque « l'adoption de la nouvelle enseigne devait entraîner une progression du chiffre d'affaires des instituts par l'extension des prestations proposées en réponse à l'évolution des besoins de la clientèle, que la nouvelle enseigne était proposée aux franchisés dans des conditions raisonnables de délai, sans investissements lourds et sans modification ni du contenu ni de l'objet du contrat initial (...) par le franchiseur qui avait maintenu la promotion de ses deux enseignes et fait des annonces publicitaires en les associant, et sans délaissier l'exploitation de la marque initiale », ce qui témoigne d'une transition progressive ne modifiant pas l'objet du contrat.

Anthony Botella
Avocat à la Cour

Publiée le 2 mars 2016

La reprise d'un nom de domaine tombé dans le domaine public est un acte de concurrence déloyale

Une société spécialisée dans la vente et la restauration d'instruments à vent était titulaire d'un nom de domaine identique à son nom commercial et à son enseigne. La société n'ayant pas renouvelé ses droits, le nom de domaine est tombé dans le domaine public et a immédiatement été racheté par un concurrent direct installé à 700 mètres de distance.

Le concurrent est condamné pour concurrence déloyale, à bon droit selon la Cour de cassation.

En effet, bien que le site internet accessible par le nom de domaine porte la mention « site en construction », il contenait notamment les horaires et coordonnées de la société et était également référencé par lien hypertexte dans les pages internet de partenaires de la société. Le rachat du nom de domaine par le concurrent avait donc pour effet de rediriger les internautes vers le site internet de ce dernier.

Dans cette affaire, le choix du nom de domaine n'était pas fautif en tant que tel, puisque le nom de domaine était redevenu disponible. Néanmoins, le rachat effectué par une société concurrente, installée à proximité du premier titulaire, ne pouvait être qualifié de fortuit, et était de nature à faire naître une confusion dans l'esprit du public entre les deux sociétés, permettant au concurrent de capter la clientèle du premier titulaire du nom de domaine.

Cass. Com. 2 février 2016, n° 14-20.486, 119.

Elsa Witterköer
Avocat à la Cour

Publiée le 10 mars 2016

Redlink au Salon Franchise Expo 2016 ! Du 20 au 23 mars 2016 - Stand : 2.3-H05 dans le village des experts

Notre équipe d'avocats spécialisés en droit de la distribution et de la franchise sera présente et heureuse de vous y retrouver ou rencontrer pour évoquer le développement de vos projets.

Spécialisés en droit de la distribution et des réseaux, conseils et défenseurs des franchiseurs et de leurs réseaux, cette première participation marque une nouvelle étape pour Redlink.

Forts d'une clientèle de franchiseurs et de promoteurs de réseaux de commission-affiliation, experts notamment dans le secteur de l'hôtellerie, de la grande distribution, du prêt-à-porter, de l'immobilier, Redlink accompagne ses clients en France et à l'étranger, Redlink offre à ses clients des

compétences transversales destinées à assurer le développement des entreprises, de leurs partenariats, de leurs relations sociales et de leurs relations avec les administrations.

Frédéric Fournier & Emmanuelle Behr
Avocats Associés

Publiée le 18 avril 2016

Article L441-9 Code de Commerce : contractualisation avec les sous-traitants de production

Le décret précisant la loi Hamon qui a créé l'article L. 441-9-I du Code de commerce (« *Une convention écrite est établie, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production, dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret. [...] »* ») a été édicté le 1^{er} mars 2016. Il crée un nouvel article D. 441-8 fixant ce seuil à 500.000 euros.

Selon la note II de la DGCCRF d'octobre 2014, la sous-traitance de production vise « *tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production* ».

Le contrat doit prévoir :

- 1° L'objet de la convention et les obligations respectives des parties.
- 2° Le prix ou les modalités de sa détermination.
- 3° Les conditions de facturation et de règlement dans le respect des dispositions législatives applicables.
- 4° Les responsabilités respectives des parties et les garanties, telles que, le cas échéant, les modalités d'application d'une réserve de propriété.
- 5° Les règles régissant la propriété intellectuelle entre les parties, dans le respect des dispositions législatives applicables, lorsque la nature de la convention le justifie.
- 6° La durée de la convention ainsi que les modalités de sa résiliation.
- 7° Les modalités de règlement des différends quant à l'exécution de la convention et, si les parties décident d'y recourir, les modalités de mise en place d'une médiation.

Sous peine d'une amende administrative de 375.000 euros pour une personne morale.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 18 avril 2016

Secret des affaires : la directive en voie d'adoption, et probablement des effets utiles pour les entreprises et les réseaux de franchise

Très critiqué par la presse, le projet de protection du savoir-faire suit sa marche pour lutter contre le vol d'informations et assure selon la commission européenne, la compétitivité des entreprises et pour l'Europe, l'objectif de « *devenir un leader mondial sur le plan de la science et de l'innovation* ».

Au-delà de ces discussions, le texte a un grand intérêt et est attendu. C'est la « *stratégie Europe 2020* » qui guide le projet « *afin de donner aux entités économiques spécialisées dans la recherche et l'innovation un meilleur accès au capital-risque et au financement* ».

L'objectif du texte est d'établir l'équilibre entre « *la science ouverte et l'innovation ouverte* » et les droits de propriété intellectuelle qui résultent d'une création et élaboration non protégeables. Certes la confidentialité existe mais n'est pas suffisante.

La Commission relève que « *les secrets d'affaires sont tout aussi importants pour la protection des innovations non technologiques* », hors champ de la protection de la propriété industrielle. Il faut surtout protéger les PME.

Deux études ont été réalisées en janvier 2012 comparant les législations en matière de protection contre l'appropriation illicite des secrets d'affaires dans l'Union et en mai 2013, sur « l'évaluation des fondements économiques des secrets d'affaires et de la protection contre leur appropriation illicite, ainsi que sur une analyse plus approfondie de la protection juridique des secrets d'affaires dans toute l'UE ».

La Commission européenne explique que :

- « Le chapitre I définit l'objet de la proposition (article 1er): la directive concerne l'obtention, la divulgation et l'utilisation illicites de secrets d'affaires et les mesures, procédures et réparations à mettre en place aux fins des recours civils en la matière.
- Toujours dans le chapitre I, l'article 2 définit les concepts clés. La définition d'un «secret d'affaires» comporte trois éléments: i) les informations doivent être confidentielles; ii) elles ont avoir une valeur commerciale en raison de ce caractère confidentiel; iii) le détenteur du secret d'affaires a pris des dispositions raisonnables pour préserver sa confidentialité. Cette définition est calquée sur celle des «renseignements non divulgués» qui figure dans l'accord sur les ADPIC.
- La définition d'un «détenteur de secret d'affaires» inclut comme élément clé le concept du caractère licite du contrôle sur le secret, qui figure également dans l'accord sur les ADPIC. Elle permet donc une défense du secret d'affaires non seulement par son détenteur initial, mais aussi par les titulaires d'une licence.
- La définition d'un «produit en infraction» intègre une évaluation de la proportionnalité. Il faut que les produits qui sont conçus, fabriqués ou commercialisés à l'aide d'un comportement illicite bénéficient de manière notable du secret d'affaires en question pour qu'ils soient considérés comme des produits en infraction. Cette évaluation devrait être faite dès lors que sont envisagées des mesures ayant une incidence directe sur des produits fabriqués ou mis sur le marché par un contrevenant.
- Le chapitre II définit les circonstances dans lesquelles l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est illicite (article 3), ce qui donne le droit au détenteur dudit secret de demander l'application des mesures et réparations prévues par la directive. L'élément-clé pour que ces actes soient considérés comme illicites est l'absence de consentement du détenteur du secret d'affaires. L'article 3 rend illicite l'utilisation d'un secret d'affaires par un tiers n'ayant pas participé directement à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites initiale, mais qui a ou aurait dû avoir connaissance de cet acte illicite initial, ou qui a été informé de son caractère illicite. L'article 4 précise expressément que la découverte indépendante et l'ingénierie inverse sont des moyens légitimes d'obtenir une information.»
- « Le chapitre III détermine les mesures, procédures et réparations qui devraient être mises à la disposition du détenteur d'un secret d'affaires en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite de ce secret par un tiers.

La section 1 établit les principes généraux applicables aux instruments de droit civil visant à empêcher et à réprimer les actes d'appropriation illicite d'un secret d'affaires, qui doivent notamment être effectifs, équitables et proportionnés (article 5), ainsi que des mesures de sauvegarde pour empêcher l'usage abusif de procédures judiciaires (article 6). L'article 7 instaure un délai de prescription. L'article 8 impose aux États membres de prévoir des mécanismes permettant aux autorités judiciaires de protéger le caractère confidentiel des secrets d'affaires divulgués devant une juridiction aux fins de la procédure. Parmi les mesures possibles doivent figurer: la restriction de l'accès à tout ou partie des documents soumis par les parties ou par des tiers; la restriction de l'accès aux audiences et rapports d'audience; la possibilité d'obliger les parties ou des tiers de rédiger des versions non confidentielles des documents qui contiennent des secrets d'affaires; la rédaction de versions non confidentielles des décisions judiciaires. Ces mesures devraient être appliquées de manière proportionnée, de façon à ne pas nuire au droit des parties à un procès équitable. Les mesures de confidentialité doivent s'appliquer pendant l'action en justice, mais aussi après celle-ci pour les demandes d'accès du public aux documents, aussi longtemps que les informations en question demeurent un secret d'affaires.

La section 2 prévoit des mesures provisoires et conservatoires, sous la forme d'ordonnances de référé ou de saisies conservatoires de produits en infraction (article 9). Elle établit aussi des mesures de sauvegarde afin de garantir le caractère équitable et proportionné de ces mesures provisoires et conservatoires (article 10).

La section 3 précise les mesures qui peuvent être ordonnées par un jugement au fond. L'article 11 prévoit l'interdiction de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires, l'interdiction de fabriquer, d'offrir, de mettre sur le marché ou d'utiliser des produits en infraction (ou d'importer ou de stocker de tels produits à ces fins), ainsi que des mesures correctives. Ces mesures sont, entre autres, la destruction par le contrevenant de toutes les informations qu'il détient en rapport avec le secret d'affaires obtenu, utilisé ou divulgué de façon illicite, ou leur remise au détenteur initial de ce secret. L'article 12 établit des mesures de sauvegarde pour garantir le caractère équitable et proportionné des mesures prévues à l'article 11. »

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0813>)

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 18 avril 2016

Distribution sélective et Internet : Caudalie après Pierre-Fabre et Bang&Olufsen (Cour d'appel de Paris, Pôle 1-3, 2 février 2016)

Internet et distribution sélective font bon ménage...

Dans le cadre d'une procédure de référé, sur les fondements des articles 873 alinéa 1er du code de procédure civile et L.442-6 I 6°) du code de commerce, Caudalie soutenait que la société eNova (site 1001pharmacies) violait son réseau de distribution sélective.

Sans appel, la Cour d'appel juge qu'« *en ne permettant que la vente en ligne par le site propre du pharmacien distributeur des produits Caudalie, les contrats de distribution sélective de la société CAUDALIE interdisent par principe à celui-ci le recours à la vente en ligne par le biais de plate-forme - ou places de marché - en ligne telle que celle proposée par la société eNOVA à l'adresse internet <http://www.1001pharmacies.com/> . »*

La Cour rappelle les décisions SAMSUNG et ADIDAS de l'Autorité de la concurrence des 23 juillet 2014 et 24 juin 2015 pour reconnaître une restriction de concurrence caractérisée.

Le trouble manifestement illicite n'est donc pas retenu.

La Cour relève que « *la société Caudalie ne propose aucun argumentaire dédié à cette exclusion de principe de toute revente par le biais d'une plate-forme mandataire en ligne, s'agissant en particulier à sa conformité contestée aux dispositions [légales]. »*

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 9 mai 2016

Comparateurs de prix en ligne - un décret pour assurer la transparence (Décret n° 2016-505 du 22 avril 2016)

Le décret vise les sites comparateurs en ligne pour les produits et services vendus par des tiers comparés ou par eux-mêmes. Il sera applicable à compter du 1^{er} juillet 2016 (Art. D. 111-5 et suivants). Le texte indique que « relèvent également des dispositions de l'article L. 111-6 les sites de vente à distance qui proposent, à titre principal, la comparaison de biens ou de services, vendus par eux-mêmes ou par des tiers. Toute personne qui, pour son activité commerciale par voie électronique, utilise les termes de « comparateur » ou de « comparaison », exerce une activité de comparaison au sens de l'article L. 111-6.

Une « rubrique spécifique » devra être « directement et aisément accessible sur toutes les pages du site et est matérialisée par une mention ou un signe distinctif » pour expliquer le fonctionnement du service de comparaison. Elle comporte les mentions suivantes :

- 1° Les différents critères de classement des offres de biens et de services ainsi que leur définition.
- 2° L'existence ou non d'une relation contractuelle ou de liens capitalistiques entre le site de comparaison et les professionnels référencés.
- 3° L'existence ou non d'une rémunération du site par les professionnels référencés et, le cas échéant, l'impact de celle-ci sur le classement des offres.
- 4° Le détail des éléments constitutifs du prix et la possibilité que des frais supplémentaires y soient ajoutés.
- 5° Le cas échéant, la variation des garanties commerciales selon les produits comparés.
- 6° Le caractère exhaustif ou non des offres de biens ou de services comparées et du nombre de sites ou d'entreprises référencés.
- 7° La périodicité et la méthode d'actualisation des offres comparées.

L'article D. 111-7 ajoute que le comparateur devra faire « apparaître, de manière lisible et compréhensible, en haut de chaque page de résultats de comparaison et avant le classement des offres, les informations suivantes :

- 1° Le critère de classement des offres utilisé par défaut ainsi que la définition de ce critère, sauf si le critère de classement utilisé par défaut est le prix. La définition est indiquée, à proximité du critère, par tout moyen approprié.
- 2° Le caractère exhaustif ou non des offres de biens ou de services comparées et du nombre de sites ou d'entreprises référencés.
- 3° Le caractère payant ou non du référencement.

Pour les sites de ventes en ligne, l'article D. 111-8 impose de faire « apparaître, de manière lisible et compréhensible, à proximité de chaque offre de produit ou de services dont elle propose la comparaison, les informations suivantes :

- 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service.
- 2° Le prix total à payer par le consommateur.
- 3° Lorsqu'elles existent, les garanties commerciales, régies par les articles L. 217-15 et L. 217-16, comprises dans le prix. « Le prix inclut, le cas échéant, tous les frais, notamment de dossier, de gestion, de réservation, d'annulation, les frais de livraison, les frais d'intermédiation, les intérêts ainsi que les commissions et les taxes. Il mentionne les éventuelles conditions particulières d'application du prix annoncé et sa base de calcul lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué. »

Les seules offres de biens ou de services référencées à titre payant, et dont le rang de classement dépend de cette rémunération, pourront utiliser la mention « Annonces » sur la page d'affichage de résultats du site comparateur.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032447402&categorieLien=id>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 9 mai 2016

Une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique

L'Assemblée Nationale a adopté le 28 avril 2016 une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique modifiant l'article L. 420-2 avec deux nouveaux cas de dépendance :

« Une situation de dépendance économique est caractérisée, au sens du deuxième alinéa du présent article, dès lors que :

- 1° D'une part, la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité ;
- 2° D'autre part, le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable. »

Le texte est transmis au Sénat.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 mai 2016

Franchise et Loi El Khomri : l'incompréhensible instance dialogue

La loi El Khomri comporte une disposition inquiétante pour les réseaux de franchise (article 29 bis A (nouveau)).

Dans un « réseau de franchise » comptant « au moins cinquante salariés dans les franchisés et qu'il [le réseau] est reconnu soit dans le cadre du protocole d'accord prévu à l'article L. 23-121-5, soit par décision du tribunal d'instance » le franchiseur devrait « mettre en place d'une instance de dialogue (...) », comprenant « des représentants des salariés élus, un représentant des franchisés, assisté éventuellement d'un collaborateur ayant voix consultative, et est présidée par un représentant du franchiseur, assisté éventuellement d'un collaborateur qui a voix consultative » (Art. L. 23-121-4).

A la demande d'une ou plusieurs entreprise du réseau ou d'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau (Art. L. 23-121-3°), le protocole d'accord concerné devrait être négocié dans les 15 jours pour identifier franchiseur et franchisés, fixer les modalités d'organisation des élections, définir la composition de l'instance de dialogue (cinq représentants des salariés au moins), la durée des mandats de deux à quatre ans, le nombre de réunions (4 par ans au moins) (Art. L. 23-121-7). A défaut, le tribunal d'instance du siège du franchiseur pourra statuer sur la reconnaissance et le périmètre des entreprises du réseau et déterminer les modalités d'organisation des élections des représentants des salariés élus à l'instance de dialogue.

L'instance de dialogue serait informée (i) « trimestriellement sur l'activité, la situation économique et financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions, la politique sociale et les conditions de travail de l'ensemble du réseau », (ii) « des décisions concernant l'organisation, la gestion et la marche générale du réseau de franchise, notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle », ainsi que (iii) « des entreprises entrant dans le réseau et sortant du réseau » et pourrait formuler « toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'ensemble du réseau ».

Les salariés élus membres de l'instance bénéficient du temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions : au moins vingt heures par mois (Art. L. 23-122-1), outre le temps de trajet pour se rendre aux réunions et de réunion, tout coût étant à la charge du franchiseur.

Lorsque le franchiseur ou un franchisé du réseau envisage de licencier pour motif économique, son obligation de reclassement s'exécute également dans le cadre du réseau (Art. L. 23-123-5). Le texte consacre le principe jurisprudentiel de l'obligation de reclassement dans les réseaux.

Le texte prévoit aussi la désignation d'un délégué syndical pour les réseaux de franchise d'au moins cinquante salariés qui représentera son organisation syndicale auprès des « employeurs du réseau ». La disposition ferait qu'un délégué syndical interviendrait auprès des employés franchisés et franchiseurs.

Ce texte nie le principe d'indépendance des entreprises franchiseurs et franchisés, imposerait des contraintes lourdes à l'ensemble de ces entreprises, souvent PME voire TPE.

Affaire à suivre au Sénat.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 23 mai 2016

Vademecum de la réforme du droit des contrats : ce qui change

Le 1^{er} octobre 2016, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations entrera en vigueur. Elle ne s'appliquera qu'aux contrats conclus après cette date à l'exception des dispositions relatives aux actions interrogatoires (articles 1123, 1158, 1183 nouveaux).

Le Rapport au Président de la République qui accompagnait l'ordonnance mentionne que les textes sont supplétifs, à l'exception de certaines dispositions réputées dans leur rédaction, d'ordre public ou non supplétives, comme c'est le cas pour le nouvel article 1104 (proche de l'alinéa 3 de l'article 1134 ancien) ou pour le devoir d'information précontractuelle (article 1112-1).

Autrement dit, les parties à un contrat peuvent déroger aux textes du nouveau droit des obligations.

Specialis derogat generalis :

Autre principe essentiel, les règles générales du nouveau droit des obligations s'appliquent sous réserve des règles particulières applicables à certains contrats (article 1105 : « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.* »).

Vos CGV doivent être expressément acceptées :

Il convient de mettre en place des processus d'acceptation des CGV par les partenaires professionnels.
Les points essentiels de la réforme des contrats :

- **Obligation d'information précontractuelle :** la loi crée un « *devoir* » général d'information défini par l'article 1112-1, à savoir, sous peine d'engager sa responsabilité et la nullité du contrat :
 - l'obligation de révéler une information, non liée à l'« *estimation de la valeur de la prestation* », dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie, à savoir « *qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* », dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ;
 - « *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* » : ceci exclut les clauses écartant le devoir d'information ;

Ceci s'ajoute au dispositif de l'article L330-3 du code de commerce, applicable aux contrats de franchise, contrats de concession d'enseigne...

- **Les risques du contrat d'adhésion :** chaque entreprise définit des contrats standards non négociables sauf à la marge. Les risques sont alors importants.

L'article 1110 définit le « *contrat de gré à gré* » comme « *celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* » et le « *contrat d'adhésion* », comme celui « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

Cette définition n'est pas sans conséquence une fois mise en parallèle avec les dispositions de l'article 1171 : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

Ce texte couvre un champ qui est plus restreint que l'article L442-6 I 2° du code de commerce mais l'absence de négociation restera un critère commun aux deux dispositions.

Il devra en être tiré les conséquences dans les pratiques de négociation, que la réforme encadre aussi par le principe de l'article 1112 selon lequel l'initiative, le déroulement, la rupture de négociations précontractuelles sont libres mais « *impérativement* » menées de bonne foi.

Apportez les preuves de la négociation et contractualisez les étapes de négociations par citation ou référence, pour qu'un contrat passe de la qualification de contrat d'adhésion à celle de contrat de gré à gré.

- Faut-il contracter avec une partie plus faible ?

Il convient de relever la définition élargie de la violence en tant que vice du consentement, élargie à l'abus de dépendance « dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif » (article 1143).

Outre la preuve de négociations effectives, devront être apportées les preuves d'une absence de contrainte. Il sera préférable de ne pas contracter avec un contractant qui est ou deviendra dépendant.

- La contrepartie réelle à l'obligation ?

Chaque contrat doit comporter une contrepartie effective, ni « illusoire », ni « dérisoire » (article 1169).

- La durée des contrats devient une affaire complexe.

Si la prorogation conserve sa définition (article 1213), à savoir de poursuivre le même contrat, le renouvellement lui conserve une partie de ses effets : il donne naissance à un nouveau contrat mais pour une durée indéterminée (article 1214), la définition de la tacite reconduction, assimilée jusque-là au renouvellement, est modifiée : l'article 1215 prévoit que la tacite reconduction n'emporte pas la création d'un nouveau contrat mais que les parties « continuent d'en exécuter les obligations », il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat. La rédaction relative à la durée suivant le renouvellement paraît inquiétante, mais, selon la doctrine, elle n'interdira pas le renouvellement pour des périodes contractuelles déterminées (<http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/04/22/la-duree-du-contrat-2nde-partie-projet-art-1214-a-1216/>).

C'est ce que confirme le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance : « *En revanche, dans la tradition du [code civil](#), l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'[article 6 du code civil](#) et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation a contrario et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations) ».*

(<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>)

En d'autres mots, la solution simple est celle des contrats non prorogables, non renouvelables, non reconductibles.

L'appel d'offres préalable à la poursuite des relations commerciales doit devenir la règle.

Le renouvellement contraint à renouveler les garanties et sûretés et à réitérer l'information précontractuelle du code civil ou, par exemple, en matière de franchise, de celle prévue par l'article L330-3 du code de commerce.

- L'évolution néfaste du contrat doit être envisagée :

L'article 1195 met en œuvre la règle systématique de l'imprévision, « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.* »

Il convient donc que les parties acceptent expressément d'assumer les risques par une stipulation expresse, non automatique.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 26 mai 2016

Plan d'action sur la TVA : la Commission présente des mesures visant à moderniser la TVA dans l'Union Européenne

Le plan d'action présenté aujourd'hui constitue la première étape vers un espace TVA unique dans l'Union capable de lutter contre la fraude, soutenir les entreprises et contribuer à l'économie numérique et au commerce électronique.

VAT Action Plan: Commission presents measures to modernize VAT in the EU

"Today's Action Plan is the first step towards a single EU VAT area which is equipped to tackle fraud, to support business and help the digital economy and e-commerce."

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1022_en.htm

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 26 mai 2016

E-commerce Europe - La Commission européenne a publié le 25 mai 2016 une proposition de nouvelles règles relatives au commerce électronique « pour aider les consommateurs et les entreprises à tirer pleinement profit du marché unique ».

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1887_fr.htm

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 26 mai 2016

Nouvelle orientation de la Commission européenne sur les pratiques commerciales déloyales

En application de la fameuse directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (à savoir les « UCPD »), la Commission européenne donne les concepts-clés et des exemples de décisions jurisprudentielles (CJUE, tribunaux ou autorités nationales).

Il traite avec le secteur en ligne en particulier.

« Ce guide est lié à la communication de la Commission sur » une approche globale transfrontalière e-commerce pour stimuler les citoyens et les entreprises de l'Europe « (COM (2016) 320) pour, en particulier la section 6 ci. Il a été préparé par les services de la Commission et ne reflète pas nécessairement les vues de la Commission européenne. Il est destiné à faciliter la mise en œuvre de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales. Cependant, il est lui-même pas juridiquement contraignant. Toute lecture autorité de la loi ne doit être dérivée de la directive 2005/29/CE elle-même et d'autres lois ou principes juridiques applicables. Seule la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour interpréter autoritairement droit de l'Union «.
(traduction libre)

http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/unfair-trade/docs/upc-factsheet_en.pdf
http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 26 mai 2016

New Guidance European Commission on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market

Based on Directive 2005/29/EC on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (namely UCPD), the EU Commission gives UCPD's key concepts and practical examples from the EUCJ and State Members courts or authorities.

It deals with the online sector in particular.

“This guidance is linked to the Commission’s Communication on « a comprehensive approach to stimulating cross border e-Commerce for Europe’s citizens and businesses » (COM (2016)320), in particular section 6 thereto. It was prepared by the Commission services and does not necessarily reflect the views of the European Commission. It is intended to facilitate the implementation of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices. However, it is itself not legally binding. Any authoritative reading of the law should only be derived from Directive 2005/29/EC itself and other applicable legal acts or principles. Only the Court of Justice of the European Union is competent to authoritatively interpret Union law. “

http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/unfair-trade/docs/upc-factsheet_en.pdf
http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 30 mai 2016

Loi Sapin : Une réforme de la LME ? La Convention Unique Pluriannuelle à l'étude : à suivre

Ce n'était pas, a priori, l'objet du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique mais la Commission des Affaires économiques a adopté deux textes qui pourraient avoir un effet sensible sur les négociations commerciales.

Un article additionnel après l'article 31 du projet de loi modifierait l'article L.441-7 du Code de commerce en rendant obligatoire la mention du nom du rédacteur ou du négociateur dans chaque écrit utilisé dans les négociations annuelles aboutissant aux conventions écrites définissant un prix entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services. « *L'indication du nom du rédacteur ou du négociateur assurera plus de formalisme et de transparence dans la tenue des négociations* », selon la Commission.

Plus surprenant, est l'article additionnel envisagé après l'article 31 du projet de loi qui modifierait également l'article L. 441-7 du Code de commerce (on ne vise pas à ce stade les relations avec grossistes L441-7-1) pour permettre, pour les produits alimentaires, l'adoption d'une convention écrite pluriannuelle conclue pour plus d'un an et jusqu'à trois ans. « *L'adoption de conventions pluriannuelles est de nature à sécuriser les fournisseurs mais surtout les producteurs en leur donnant une visibilité sur leurs débouchés et en leur permettant d'avoir des perspectives de développement* » selon la Commission.

Il s'agirait là d'une révolution vers plus de flexibilité dans les négociations. A suivre donc.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 30 mai 2016

Frédéric Fournier en Une des Echos de la Franchise : Loi El-Khomri

<http://www.lesechosdelafranchise.com/developper-reseau-franchise/structurer-reseau-franchise/reseau-franchise/quand-la-loi-el-khomry-menace-la-franchise-50197.php>

Publiée le 30 mai 2016

Frédéric Fournier en Une des Echos Business : Loi El-Khomri

<http://business.lesechos.fr/entrepreneurs/franchise/efra-00050197-quand-la-loi-el-khomry-menace-la-franchise-210900.php>

Publiée le 6 juin 2016

Paquet e-commerce - Geoblocking : la Commission européenne présente ses propositions

Le 25 mai 2016, la Commission européenne a présenté ses propositions législatives de nouvelles règles relatives au commerce électronique pour aider les consommateurs et les entreprises à tirer pleinement profit du marché unique dans un « plan en trois volets afin de stimuler le commerce en ligne en luttant contre le blocage géographique, en rendant la livraison transfrontière de colis plus abordable et plus efficace et en favorisant la confiance des clients grâce à une meilleure protection et une meilleure application. »

Le communiqué de presse indique que « le paquet sur le commerce électronique présenté aujourd'hui comprend :

- une proposition législative visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement ;
- une proposition législative sur les services de livraison transfrontière de colis visant à accroître la transparence des prix et à améliorer la surveillance réglementaire ;
- une proposition législative destinée à renforcer l'application des droits des consommateurs et des orientations visant à clarifier, entre autres, ce qui peut être considéré comme une pratique commerciale déloyale dans le monde numérique.

Empêcher le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité ou le lieu de résidence

La Commission propose une législation visant à garantir que les consommateurs qui cherchent à acheter des biens ou des services dans un autre pays de l'UE, que ce soit en ligne ou en personne, ne fassent pas l'objet d'une discrimination en termes d'accès aux prix, de ventes ou de conditions de paiement, sauf si elle est objectivement justifiée par des motifs tels que la TVA ou certaines dispositions légales d'intérêt public.

Lorsqu'un consommateur entre dans un magasin dans un autre pays de l'UE, le propriétaire ne lui demande pas sa carte d'identité pour accepter un achat ou ajuster le prix ou les conditions. Mais dans le monde en ligne, les consommateurs n'ont trop souvent pas accès aux offres disponibles dans d'autres pays, par exemple en raison d'un réacheminement du consommateur vers un site web spécifique à un pays ou d'une demande de paiement avec une carte de débit ou de crédit à partir d'un pays déterminé. Une telle discrimination n'a pas sa place dans le marché unique.

Le principe de non-discrimination est déjà établi par la directive sur les services et la Commission l'a appliqué dans des secteurs de services tels que les sociétés de location de voitures ou les parcs

d'attraction, mais les entreprises et les consommateurs bénéficieront d'une sécurité juridique accrue sur les pratiques qui sont autorisées et celles qui ne le sont pas. Le règlement garantira la sécurité et l'applicabilité juridiques pour les produits et les services en ligne ou hors ligne.

Pour éviter une charge disproportionnée pour les entreprises, le règlement n'impose pas l'obligation de livrer dans toute l'Union européenne et exempte de certaines dispositions les petites entreprises qui se trouvent sous un seuil national de TVA donné.

Rendre la livraison transfrontière de colis plus abordable et plus efficace

Le règlement proposé aujourd'hui permettra d'améliorer la transparence des prix et la surveillance réglementaire des services de livraison transfrontière de colis afin que les consommateurs et les détaillants puissent bénéficier de livraisons abordables et de possibilités de retour pratiques, même à destination et en provenance de régions périphériques.

Les consommateurs et les petites entreprises se plaignent que les [problèmes liés à la livraison de colis](#), notamment les frais de livraison élevés des envois transfrontières, les empêchent de vendre ou d'acheter davantage dans l'ensemble de l'UE. Les tarifs pratiqués par les opérateurs postaux pour distribuer un petit colis dans un autre État membre sont souvent jusqu'à cinq fois plus élevés que les tarifs nationaux, sans qu'il y ait une corrélation claire avec les coûts réels.

Le règlement favorisera la concurrence en introduisant une plus grande transparence des prix. La Commission ne propose pas de plafonnement des prix de livraison. La réglementation des prix n'est qu'un dernier recours, lorsque la concurrence ne donne pas de résultats satisfaisants. La Commission fera le point sur les progrès accomplis en 2019 et déterminera si des mesures supplémentaires sont nécessaires.

Le règlement donnera aux régulateurs nationaux des services postaux les données dont ils ont besoin pour surveiller les marchés transfrontières et vérifier le caractère abordable des prix et leur orientation vers les coûts. Il encouragera également la concurrence en exigeant un accès transparent et non discriminatoire des tiers aux services et à l'infrastructure de livraison transfrontière de colis. La Commission publiera des listes de tarifs publiques des prestataires du service universel pour accroître la concurrence entre homologues et la transparence des tarifs.

La proposition complète les initiatives d'autoréglementation prises par les opérateurs postaux pour améliorer la qualité et la commodité des services de livraison transfrontière de colis.

Accroître la confiance des consommateurs dans le commerce électronique

La proposition de révision du règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs donnera davantage de pouvoirs aux autorités nationales afin de mieux faire respecter les droits des consommateurs. Elles pourront:

- vérifier si des sites internet pratiquent le blocage géographique des consommateurs ou offrent des conditions après-vente qui ne respectent pas les règles de l'UE (par exemple, les droits de rétractation) ;
- ordonner le retrait immédiat de sites internet hébergeant des escroqueries ;
- demander des informations aux bureaux d'enregistrement de domaines et aux banques afin de déterminer l'identité du professionnel responsable.

En cas de violations des droits des consommateurs dans toute l'UE, la Commission sera en mesure de coordonner des actions communes avec les autorités répressives nationales pour mettre un terme à ces pratiques. Elle assurera une protection des consommateurs plus rapide, tout en économisant du temps et des ressources pour les États membres et les entreprises.

La Commission publie également des orientations actualisées sur les pratiques commerciales déloyales pour répondre notamment aux défis posés par le monde numérique. Elles clarifient l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Par exemple, une plateforme en ligne qui peut être considérée comme un «professionnel» et pratique la promotion ou la vente de biens, de services ou de contenus numériques aux consommateurs doit s'assurer que ses propres pratiques commerciales respectent pleinement le droit européen de la consommation. Les plateformes doivent indiquer clairement que les règles sur les pratiques commerciales déloyales ne s'appliquent pas aux personnes

privées qui vendent des biens, et les moteurs de recherche devraient être tenus d'établir une distinction claire entre les placements payés et les résultats naturels de la recherche.

Les orientations révisées comprennent également deux séries de principes d'autorégulation adoptées par les parties intéressées : l'une soutiendra l'élaboration d'outils de comparaison afin de mieux se conformer à la directive et l'autre contribuera à la mise en œuvre des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales en matière d'allégations environnementales trompeuses et infondées.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 7 juin 2016

Clause de non-concurrence - CEPC : Avis n° 16-9 du 12 mai 2016 : une discrète révolution

La CEPC rend un avis sur une clause de non-concurrence.

Ce qu'on savait :

La clause de non-concurrence ou non-réaffiliation doit être limitée dans le temps, l'espace et la durée, autant que proportionnée aux intérêts légitimes. La CEPC le rappelle en soulignant le risque de nullité sous le visa de l'article 1131 du code civil.

En revanche, la CEPC va plus loin. La CEPC précise que la clause est susceptible de provoquer un déséquilibre significatif (article L. 442-6-I 2° du code de commerce), dès lors que la clause :

- n'est pas réciproque ou ;
- est dépourvue de contrepartie ou ;
- apparaît dépourvue de justification objective et qu'elle n'est pas compensée par d'autres avantages.

C'est une nouvelle analyse qui doit contraindre à une grande vigilance, en particulier :

- non seulement, au regard de la Loi Macron (Article L341-2 du code de commerce à venir au 6 août 2016) qui exigera pour la validité de ces clauses dans les réseaux de distribution commerciale, les conditions cumulatives suivantes : mentions des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat, limitation aux terrains et locaux de l'exploitation ; caractère indispensable à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique (dans le droit de la concurrence, on évoque « identifié ») et secret et pour une année seulement après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats ;
- mais aussi, au regard des nouvelles dispositions de l'article 1171 du code civil à venir au 1^{er} octobre 2016, qui réputera non-écrite toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation, dans un contrat non négocié (qualifié « *d'adhésion* »).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 juin 2016

Géolocalisation et offre publicitaire : le contrôle de la DGCCRF

La DGCCRF s'est auto-saisie des pratiques de géolocalisation des clients pour leur adresser des offres publicitaires et notamment les envoyer vers un point de vente, dite technique *web to store / mobile to store / drive to store*, en contrepartie d'avantages promotionnels ou de fidélisation.

Ces techniques utilisent le GPS, le GSM, le wifi, le bluetooth.

La DGCCRF rappelle que « la loi n'oblige pas les entreprises à demander l'accord des clients pour chaque type de canal utilisé (courriel/SMS /MMS), mais la CNIL préconise de faire la distinction au moment de la collecte des données, car le SMS est considéré comme beaucoup plus intrusif que le courriel.

Du côté des professionnels, la Mobile Marketing Association France (MMAF), qui rassemble la plupart des acteurs du secteur (annonceurs, régies, éditeurs, développeurs, opérateurs de téléphonie...) a édité une charte sur la publicité géoadaptée, qui repose sur une garantie de l'information des personnes sur l'éventualité de la localisation de leur terminal mobile, et le recueil de leur consentement selon des procédés adaptés au média concerné (SMS, applications, sites).

Aucune infraction n'a été relevée au regard du Code des Postes et des Communications Electroniques (articles L.34-1 et L.34-5). »

La DGCCRF précise qu'elle n'a « enregistré aucune plainte à ce jour sur la réception de messages publicitaires géolocalisés ».

Nul doute que ces pratiques font maintenant l'objet d'une surveillance de la DGCCRF et de la CNIL.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 juin 2016

15 jours avant l'application du Décret transparence Compareurs de prix en ligne (Décret n° 2016-505 du 22 avril 2016)

Le décret vise les sites compareurs en ligne pour les produits et services vendus par des tiers comparés ou par eux-mêmes. Il sera applicable à compter du 1^{er} juillet 2016 (Art. D. 111-5 et suivants).

Le texte indique que « relèvent également des dispositions de l'article L. 111-6 les sites de vente à distance qui proposent, à titre principal, la comparaison de biens ou de services, vendus par eux-mêmes ou par des tiers. Toute personne qui, pour son activité commerciale par voie électronique, utilise les termes de "compareur" ou de "comparaison", exerce une activité de comparaison au sens de l'article L. 111-6.

Une « rubrique spécifique » devra être « directement et aisément accessible sur toutes les pages du site et est matérialisée par une mention ou un signe distinctif » pour expliquer le fonctionnement du service de comparaison. Elle comporte les mentions suivantes :

- 1° Les différents critères de classement des offres de biens et de services ainsi que leur définition ;
- 2° L'existence ou non d'une relation contractuelle ou de liens capitalistiques entre le site de comparaison et les professionnels référencés ;
- 3° L'existence ou non d'une rémunération du site par les professionnels référencés et, le cas échéant, l'impact de celle-ci sur le classement des offres ;
- 4° Le détail des éléments constitutifs du prix et la possibilité que des frais supplémentaires y soient ajoutés ;
- 5° Le cas échéant, la variation des garanties commerciales selon les produits comparés ;
- 6° Le caractère exhaustif ou non des offres de biens ou de services comparées et du nombre de sites ou d'entreprises référencés ;
- 7° La périodicité et la méthode d'actualisation des offres comparées.

L'article D. 111-7 ajoute que le compareur devra faire « apparaître, de manière lisible et compréhensible, en haut de chaque page de résultats de comparaison et avant le classement des offres, les informations suivantes :

- 1° Le critère de classement des offres utilisé par défaut ainsi que la définition de ce critère, sauf si le critère de classement utilisé par défaut est le prix. La définition est indiquée, à proximité du critère, par tout moyen approprié ;

- 2° Le caractère exhaustif ou non des offres de biens ou de services comparées et du nombre de sites ou d'entreprises référencés ;
- 3° Le caractère payant ou non du référencement.

Pour les sites de ventes en ligne, l'article D. 111-8 impose de faire « apparaître, de manière lisible et compréhensible, à proximité de chaque offre de produit ou de services dont elle propose la comparaison, les informations suivantes :

- 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service ;
- 2° Le prix total à payer par le consommateur ;
- 3° Lorsqu'elles existent, les garanties commerciales, régies par les articles L. 217-15 et L. 217-16, comprises dans le prix. « Le prix inclut, le cas échéant, tous les frais, notamment de dossier, de gestion, de réservation, d'annulation, les frais de livraison, les frais d'intermédiation, les intérêts ainsi que les commissions et les taxes. Il mentionne les éventuelles conditions particulières d'application du prix annoncé et sa base de calcul lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué. »

Les seules offres de biens ou de services référencées à titre payant, et dont le rang de classement dépend de cette rémunération, pourront utiliser la mention "Annonces" sur la page d'affichage de résultats du site comparateur

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032447402&categorieLien=id>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 juin 2016

Loi Macron et réseaux de distribution : plus que six semaines avant l'entrée en vigueur

Dans le cadre de la loi « pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances », baptisée « loi Macron », de nouvelles mesures touchant les réseaux de distribution, et plus précisément les contrats, seront bientôt prises. En effet, les articles L341-1 et L341-2 du code de commerce prendront effet dans moins de six mois, le 6 août 2016.

Quels en sont les principes ?

Les contrats visés

Tous les réseaux de distribution ne sont pas concernés, ni tous les contrats. Le texte s'appliquera, à l'exception des magasins collectifs de commerçants indépendants, aux contrats conclus entre :

- une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, ou une personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne (l'article L. 330-3 du code de commerce),
- tout individu exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail,
- et dans le cas où ce contrat a pour « but commun » l'exploitation du magasin et qu'il comporte des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale.

L'ensemble des contrats ainsi conclus devront avoir une échéance commune et la résiliation d'un des contrats emporte résiliation de l'ensemble contractuel, à l'exception du bail.

Ne sont visés par le texte que les têtes de réseaux et distributeurs indépendants, non affiliés à une centrale coopérative ou non associés dans une société commune, et les baux commerciaux. Y échappe donc la franchise participative.

Les mesures

En plus de l'échéance commune des contrats, le nouveau texte vise les « services » mentionnés à l'article L330-3 du code de commerce. Notamment la mise à disposition de nom commercial, marque ou enseigne, mais aussi l'engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité de l'exploitant. Des interrogations planent encore pour savoir si la loi Macron porte sur les deux éléments, ou uniquement sur le premier : l'engagement d'approvisionnement exclusif n'est en effet pas, à proprement parler, un service. Autre point de questionnement : la notion de « but commun » évoquée précédemment. Cela étant, le texte de l'article L330-3 comportait déjà une référence à l'« intérêt commun », mais aucune conséquence n'en fut tirée jusqu'alors.

Nouvelle évolution, l'article L341-2 du code de commerce répute non écrites les clauses ayant pour effet, après l'échéance contractuelle ou la résiliation d'un des contrats visés par l'article L341-1 « de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant ». En d'autres termes, l'abolition des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence. Cependant, contrairement à certaines positions prises, cela ne semble pas devoir couvrir les clauses de préférence ou de préemption : il n'est en effet plus question d'exercer l'activité mais de la céder ou transférer.

L'activité ne peut d'ailleurs n'être qu'une référence large au fonds de commerce. Les droits de préemption et de préférence sur parts sociales ou actions de la société exploitante devraient, a fortiori, y échapper.

Exception à la règle, les clauses ainsi non écrites reprendront toute leur vigueur, conformément au droit de la concurrence européen, si elles sont limitées à une année après la fin du contrat, aux biens et services, objets du contrat, au local ou terrains de l'exploitant, mais surtout si elles « sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat ». Le modèle de la franchise est sauf, sous réserve de démontrer la réunion de ces conditions.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 juin 2016

Démarchage téléphonique Bloctel - Do Not Call : la liste rouge est en place

Réplique du Do Not Call mis en place aux Etats-Unis par la Federal Trade Commission, Bloctel permet aux consommateurs de s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique prévue à l'article L223-1 du nouveau code de la consommation. Il remplace le Pacitel, mais requiert une réinscription par le consommateur. Ce dispositif s'ajoute au dispositif indépendant de blocage des spams vocaux et SMS, pour lesquels un numéro de signalement au 33 700.

La protection commence trente jours après l'inscription et demeure valable 3 ans.

En cas de non-respect de son inscription, le consommateur peut remplir le formulaire de réclamation à l'adresse www.bloctel.gouv.fr pour que la DGCCRF intervienne.

Le démarchage est autorisé, même à l'égard des consommateurs « bloctelés », en cas de relations contractuelles préexistantes ou pour la fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines.

Le professionnel en cas d'infraction encourt une amende administrative de 15.000€ maximum pour une personne physique et 75.000€ maximum pour une personne morale.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 juin 2016

Réforme du droit des obligations français / Reform of French contracts (bilingual)

L'exception d'inexécution par anticipation / Focus on the stay of performance of obligations when anticipating a default from the other party

Alors que la réforme du droit des obligations prendra effet le 1er octobre prochain, il nous paraît intéressant de s'arrêter sur l'une de ses innovations. L'article 1220 du code civil permettra de suspendre l'exécution d'une obligation s'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance, lorsque les conséquences de cette inexécution seront suffisamment graves pour elle. Ceci ouvre le champ à des possibilités nouvelles pour les créanciers dans le cadre de contrat lorsqu'ils présageront de la défaillance de leur débiteur.

La suspension n'est pas la résiliation, cependant. Il conviendra donc de tenir compte du droit des procédures collectives qui ne permet pas la résiliation du fait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La suspension permettra alors de s'assurer de la volonté des administrateurs ou liquidateurs selon les cas, d'opter pour la continuation des contrats en cours en fournissant la contrepartie requise.

Il conviendra également d'être vigilant sur le comportement de son cocontractant qui pourrait tirer profit d'un retard d'exécution ou d'une contestation retardant l'exécution pour suspendre sa propre exécution.

Naturellement, le code civil conserve le principe de l'exception d'inexécution, lorsque l'inexécution est effective et grave.

While the reform of contract law will apply as of October 1, 2016, it seems interesting to focus on one of its innovations. Article 1220 of new French Civil Code will allow to stay the performance of an obligation when it is clear that the other contracting party will not perform an obligation on due contractual time, if the effects of such failure are serious enough.

This gives rise to new opportunities for creditors when assuming the next-coming default of their debtor. Staying the performance does not mean terminating yet. The rules applicable in case of insolvency proceedings against a debtor does not allow contract termination because of the opening of such proceedings. The possibility to stay the performance of obligations will then give the opportunity to wait for the administrator's or liquidator's option for the continuation of pending contracts (providing the contractual consideration) during the proceedings.

Nevertheless, any party shall now take cautiously into account the potential behavior of its contracting party who might take advantage of the other party's delay, insufficient service level or dispute having the effect of delaying the performance of an obligation, in order to suspend its own performance of obligations or duties.

Obviously, new civil code reinstates the right to stay the performance of an obligation when the other party is effectively in material breach.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 20 juin 2016

Frédéric Fournier en Une des Echos Business : Clause d'exclusivité territoriale : quel intérêt pour les franchisés ?

<http://business.lesechos.fr/entrepreneurs/franchise/efra-00050453-clause-d-exclusivite-territoriale-quel-interet-pour-les-franchises-211572.php>

Publiée le 20 juin 2016

Frédéric Fournier en Une des Echos de la Franchise : Clause d'exclusivité territoriale : quel intérêt pour les franchisés ?

<http://www.lesechosdelafanchise.com/creer-entreprise-franchise/contrat-franchise/clauses-franchise/clause-d-exclusivite-territoriale-quel-interet-pour-les-franchises-50453.php>

Publiée le 4 juillet 2016

Entrée en vigueur du nouveau Code de la consommation

Le 1^{er} juillet 2016 le nouveau Code de la consommation est entré en vigueur. L'ordonnance du 14 mars 2016 avait réorganisé la partie législative du Code pour la rendre plus lisible et le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 régit pour sa part la partie réglementaire.

Le Code, dans sa partie législative et réglementaire, s'articule désormais autour des livres suivants :

- Information des consommateurs et pratiques commerciales.
- Formation et exécution des contrats.
- Crédit.
- Conformité et sécurité des produits et services.
- Pouvoir d'enquête et suites données aux contrôles.
- Règlement des litiges.
- Traitement des situations de surendettement.
- Associations agréées de la défense des consommateurs et institutions de la consommation.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 4 juillet 2016

Selon la CEPC, les délais de paiement impératifs du Code de commerce ne s'appliquent pas aux contrats internationaux

La demande d'avis portait sur l'application de ces délais à un contrat de vente de marchandises entre un vendeur étranger et un acheteur établi en France et dont le contrat est soumis à la loi française et à la compétence du juge français.

Or dans l'hypothèse d'un contrat de vente internationale de marchandises, la loi française contient deux dispositions contradictoires :

- L'article L 441-6-I alinéa 9 du Code de commerce qui prévoit que le délai de paiement ne doit pas dépasser 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. Par dérogation, un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture peut être convenu entre les parties, sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.
- Lorsque le contrat n'exclut pas expressément son application, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises qui laisse les parties libres dans la détermination du moment du paiement.

Dans un [avis du 24 juin 2016](#), la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) estime qu'« *il est permis de considérer que les contrats de vente internationale de marchandises relevant de la Convention de Vienne ne sont pas soumis au plafond des délais de paiement prévu par le Code de commerce (...). Les délais de paiement convenus entre les parties ne devraient pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier, c'est-à-dire traduire un écart manifeste par rapport aux bonnes pratiques des usages commerciaux, contraire à la bonne foi et à un usage loyale, compte tenu de la nature du produit* ».

La Commission prend soin de préciser que ce débat n'est pas affecté par la qualification de loi de police de l'article L 441-6-I 9 du Code de commerce que la CEPC a reconnue dans un [avis du 6 janvier 2016](#).

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 7 juillet 2016

Loi El-Khomri + Franchise : un texte plus « light » aux contours définis

Le texte de la loi a été revu. Deux conditions seront applicables :

- Un réseau d'exploitants en franchise d'au moins trois cents salariés en France (regrettable erreur de droit : le texte indique « liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du code de commerce », alors que le terme franchise n'y figure pas...).
- Un contrat comportant des « clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ».

Lorsqu'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau, le demandeur, le franchiseur engage une négociation visant à mettre en place une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau, comprenant des représentants des salariés et des franchisés et présidée par le franchiseur. L'accord mettant en place cette instance prévoit sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de délégation octroyées pour participer à cette instance et leurs modalités d'utilisation. À défaut d'accord, un décret en Conseil d'État détermine ces caractéristiques.

À défaut d'accord :

- 1° Le nombre de réunions de l'instance est fixé à deux par an ;
- 2° Un décret en Conseil d'État détermine les autres caractéristiques mentionnées au deuxième alinéa.

Les membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont prises en charge selon des modalités fixées par l'accord ou, à défaut, par le franchiseur. Lors de sa première réunion, l'instance adopte un règlement intérieur déterminant ses modalités de fonctionnement.

Lors des réunions mentionnées au deuxième alinéa et au 1° du présent I, l'instance est informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés.

Elle est informée des entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté.

L'instance formule, à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale.

Un décret en Conseil d'État fixera les conditions d'application de ces dispositions.

Les organisations syndicales et les organisations professionnelles des branches concernées établissent un bilan de la mise en œuvre du présent article et le transmettent à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard dix-huit mois après la promulgation de la présente loi.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 7 juillet 2016

Labor Law reform (El-Khomri Act): effects on franchising agreements

The provisions of the initial act were revised before adoption. Two conditions apply:

- A network of franchise operators of at least three hundred employees in France (remarkable error in the provision. It reads as follows « operators bound by a franchise agreement referred to in Article L. 330-3 of the Commercial Code », but the term “franchising” is not used there...)
- A contract with « clauses that affect the organization of work and working conditions in franchised businesses ».

Should a representative trade union organization within the branch or one of the branches of which network companies are or having formed a trade union section in a company of the network, requests it, the franchisor puts in place negotiations to create a body of social dialogue in the entire network, including representatives of employees and franchisees and chaired by the franchisor. The agreement setting up this body provides its composition, the modalities of appointment of its members, the duration of their term, the frequency of meetings, the delegation of hours granted to participate in this proceeding and how to use them. A decree will determine the concerned characteristics.

Failing reaching such agreement:

1. The number of the meetings shall be two per year;
2. The decree referred to in the paragraph above.

The dialogue body members are provided with material or financial resources necessary to accomplish their missions. The operating expenses for the organization of the meetings and the costs of travel and accommodation will be paid pursuant to the agreement or, failing that, by the franchisor. At its first meeting, the instance adopts rules of procedure defining its operating procedures. At the meetings mentioned in the second paragraph and 1 of this I, the instance is informed of the decisions of the nature of the franchisor to affect the volume or structure of the workforce, working hours or conditions of employment, work and of vocational training of employees of franchisees. It is informed corporate entry into a network or having left.

The instance proposes, at his initiative, and shall, at the request of the franchisor or franchisee representatives, makes proposals meant to improve working conditions, employment and vocational training of employees in the entire network and the conditions under which they receive additional collective guarantees mentioned in Article L. 911-2 of the code of social security.

Trade unions and professional organizations in the sectors concerned establish a review of the implementation of this article and send it to the National Collective Bargaining Commission no later than eighteen months after the enactment of this Act.

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 8 juillet 2016

Comment communiquer publiquement sur un jugement rendu contre son concurrent ?

Par une ordonnance de référé du 22 juin 2016, le Président du Tribunal de Commerce de Lyon a condamné une société à cesser toute communication autour d'un jugement.

Dans cette affaire, une société et son dirigeant ont été condamnés pour violation d'une clause de non concurrence mais le demandeur a été débouté sur le fondement de la concurrence déloyale.

Le demandeur a écrit au principal client de son concurrent pour lui faire part de la condamnation dans des termes ambigus prétendant qu'elle portait sur des actes de concurrence déloyale.

Saisi en référé d'heure à heure pour faire cesser cette pratique sous astreinte, le Tribunal de Commerce de Lyon a rappelé que :

- « *la communication à tout tiers d'une décision de justice, par essence publique, n'est nullement constitutive d'un quelconque acte de dénigrement, sous réserve que ladite décision en soit pas dénaturée ou altérée*
- *En revanche il est tout aussi constant, au visa de la jurisprudence, que la communication d'une telle décision de justice tronquée, voire même altérée dans sa substance, est susceptible de constituer un tel acte de dénigrement».*

En l'espèce il a été considéré que le fait que l'auteur de la lettre qui avait obtenu la condamnation de son concurrent, se soit sciemment trompé dans les fondements, avait pour intention de jeter le discrédit sur lui, trouble manifestement illicite justifiant le référé.

Ainsi par une procédure d'urgence, en l'espace de deux semaines, il a obtenu la condamnation de son concurrent, non seulement à ne pas faire état du jugement de manière erronée mais plus généralement de ne plus faire mention auprès de tout tiers de sa société, de son dirigeant ou de ses produits, interdiction générale et sans limitation dans le temps.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 31 août 2016

Rupture brutale de relations commerciales établies : des préavis raisonnables plus courts ! 30 ans de relations, 14 mois de préavis et possibilité de prorogation

La Cour d'appel de Paris (Pôle 05 ch. 04, 8 juin 2016, n° 13/23895 vient de prononcer dans une affaire opposant les Galeries Lafayette statuait sur des relations ayant duré de 1982 à 2011.

L'intérêt est la négociation en cours de préavis.

En octobre 2011, la résiliation est notifiée avec préavis de 14 mois accordé par Galeries Lafayette. Les parties ont ensuite conclu une convention annuelle unique pour 2012. Galeries Lafayette proposait ensuite de négocier les conditions applicables pour 2013. Le partenaire n'a pas entamé ces négociations.

La Cour rappelle que la notification du préavis en 2011 était sans ambiguïté et que Galeries Lafayette était libre de changer de stratégie commerciale. Il s'en est suivie une « période de relations précaires au cours de laquelle les parties ont conclu un accord de partenariat pour l'année 2012 régissant, aux conditions antérieures, le cadre de leurs relations commerciales durant le préavis dans l'attente de la négociation d'un éventuel nouvel accord de partenariat ; que le caractère provisoire de ces relations durant l'année 2012 les fait nécessairement échapper à l'application de l'article L. 442.-6 , 1,5° du code de commerce. »

Rappelant qu'il s'agit de produits saisonniers (maillot de bain), répondant à un cycle annuel allant de la conception de nouveaux modèles à leur commercialisation et que « pour des relations commerciales de plus de 20 ans avec un chiffre d'affaires compris entre 10 et 15%, le code de bonnes conduites établi par la Fédération des entreprises et entrepreneurs de France et la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution préconise pour l'application d'un préavis de 8 mois », le préavis de 14 mois apparaît suffisant de sorte que la rupture intervenue n'était pas brutale.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

La loyauté de l'auteur de la rupture et la facilité de vendre sur le marché doivent être pris en compte

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 juin 2016 n° 15/01235, la Cour constate que le distributeur, Cdiscount, a brutalement réduit ses commandes de produits électroniques de huit fois, avant de ne plus commander, sans aucune notification écrite.

La Cour relève « l'ancienneté relative de la relation commerciale et son caractère non exclusif », ainsi que le fait que « dans ce marché de grande consommation des produits électroniques par internet, la difficulté de trouver des débouchés était moindre que dans d'autres activités ». Elle indique qu'il faut prendre en compte « d'autres critères comme la bonne foi et la loyauté de l'auteur de la rupture ». En effet, le fabricant des produits JVC ne souhaitait plus passer par des intermédiaires pour la revente sur internet de ses produits électroniques (notamment à Cdiscount).

« Cette décision s'est imposée à Cdiscount qui ne peut dès lors se voir imputer les conséquences financières dues à une mauvaise résorption des stocks chez TF Inter ».

Le délai de préavis retenu est de quatre mois pour trois années de contrat.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

La dépendance n'existe pas jusqu'à 25% du chiffre d'affaires réalisé avec un partenaire, en matière de rupture brutale des relations commerciales établies

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 juin 2016 (n° 14/26096), la Cour retient l'existence d'une rupture brutale des relations commerciales établies mais écarte le grief de situation de dépendance économique en présence d'« une moyenne de 25% dans son chiffre d'affaires » (« ce qui exclut une telle situation »).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

Rupture brutale de relations commerciales établie et négociations

Le 2 juin 2016, la Cour d'appel de Paris (Pôle 05 ch. 05, n° 14/24382) s'est prononcé suite à la résiliation anticipée d'un contrat de distribution à durée déterminée intervenue en application d'une clause de résiliation pour convenance par le fournisseur.

« Postérieurement à cette résiliation, les parties ont entamé des négociations en vue de la conclusion d'un nouvel accord » pendant que le contrat se poursuivait. Les parties ont échangé des projets sans parvenir à un accord. Le fournisseur a alors indiqué qu'il ne passerait plus de commandes. Les premiers juges ont retenu que « libres de leur avenir dès lors que la résiliation des accords de 2006 avait été formelle et non contestée, les parties avaient rompu les négociations dans des conditions qui ne pouvaient être considérées comme préjudiciables ».

La Cour adopte la même approche en retenant que le distributeur « ne pouvait ignorer le caractère non pérenne des relations commerciales qui se sont poursuivies après le 12 avril 2012 au cours de négociations dont l'issue était incertaine ; que la poursuite de ces relations jusqu'au 23 mai 2013 ont de fait porté le préavis à seize mois pour une relation commerciale établie durant moins de six ans et a ainsi permis [au fournisseur] de rechercher d'autres fournisseurs ».

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

Non-application des plafonds de délais de paiement dans un contexte international, sauf abus

Par un avis n° 16-12 sur l'application du plafond légal des délais de paiement dans un contexte international du 24 juin 2016, la Commission d'examen des pratiques commerciales estime qu'« au regard de ce qui précède il est permis de considérer que les contrats de vente internationale de marchandises relevant de la convention de Vienne du 11 avril 1980 ne sont pas soumis au plafond des délais de paiement prévu par l'article L. 441-6 I alinéa 9 du code de commerce. Par l'application combinée de la convention, des principes généraux dont elle s'inspire et de la directive n° 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, les délais de paiement convenus entre les parties ne devraient pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier, c'est-à-dire traduire un écart manifeste par rapport aux bonnes pratiques et usages commerciaux, contraire à la bonne foi et à un usage loyal, compte tenu de la nature du produit. »

Les dispositions d'ordre public s'appliquent donc aux contrats de droit français, mais pas à ceux relevant d'une loi étrangère, sauf abus.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

La clause d'arbitrage n'est pas opposable à l'action autonome du Ministre de l'Economie dans le cadre des dispositions de l'article L442-6 III du Code de Commerce

Par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 juillet 2016 (n° 15-21.811), la Cour rappelle que « l'article L. 442 -6, III, du code de commerce réserve au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles, l'arrêt énonce, à bon droit, que l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution ; que le moyen n'est pas fondé. »

Le principe « compétence compétence » ne peut donc s'appliquer.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

Pas de déséquilibre significatif dans la location financière

Selon la Cour d'appel de Pau (ch. 02 sect. 01, 13 juin 2016, n° 14/03617), en application de l'article L442 - 6- I-2° du code de commerce, les clauses des contrats d'affaire ayant pour effet de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties doivent être réputées non écrites.

En réalité, il s'agit plutôt d'une question de responsabilité délictuelle.

Cela étant, dans un contrat de location financière, le locataire faisait valoir que certaines clauses du contrat créaient un déséquilibre significatif, « en ce qu'il n'est prévu de faculté de résiliation que pour le fournisseur et non pas pour le locataire ». Selon la Cour, « cependant, l'obligation du bailleur de délivrance du matériel loué au profit du locataire est une obligation à exécution instantanée qui est accomplie dès l'origine du contrat, alors que l'obligation du locataire de payer trimestriellement des loyers durant 63 mois est une obligation à exécution successive justifiant la stipulation d'une

faculté unilatérale de résiliation au seul profit du bailleur en cas de défaut d'exécution par le locataire. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'appelante, la clause critiquée ne crée pas le déséquilibre significatif allégué. »

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

Distribution sélective : le promoteur du réseau peut retirer un agrément même quand les critères sont remplis pour sauvegarder son réseau

Le 21 juin 2016, la cour de cassation (Arrêt n° 589, Pourvoi n° 15-10.438) pose le principe que, le refus de vente ne constituant pas une faute, sauf s'il résulte d'une entente, d'un abus de position dominante, d'un abus de droit ou de la mise en œuvre d'une pratique restrictive visée à l'article L 442-6 du code de commerce.

Le refus de vente n'existant plus et l'interdiction des discriminations en tant que pratique restrictive de concurrence, ayant été supprimé depuis la LME, la société Rolex pouvait mettre un terme à l'agrément d'un distributeur agréé remplissant les critères de sélection, dès lors que « *compte tenu de sa part de marché, elle n'est pas en mesure de pouvoir fournir tous les candidats à son réseau de distribution sous peine de le désorganiser* ».

« *La résiliation résulte de sa volonté de réorganiser son réseau de distribution ce qui relève de son choix personnel dès lors qu'il n'est pas démontré que cette pratique nuit au bon fonctionnement du marché et a pour conséquence de porter atteinte de manière sensible à la concurrence.* »

En raison de sa part de marché inférieure à 30%, la société ROLEX FRANCE n'avait pas l'obligation de répondre à la nouvelle demande d'agrément du revendeur éconduit et « *était fondée à limiter voire à réduire le nombre de ses distributeurs sans avoir à se justifier* ».

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 31 août 2016

Loi Sapin : une révolution silencieuse des conventions annuelles unique (L441-6 C.Com.) et des pratiques restrictives de concurrence (L442-6 C.Com.)

Prévoyant une application à compter du 1^{er} janvier 2018, le projet de Loi Sapin intègre une modification importante de l'article L441-7 du code de commerce pour les détaillants et centrales d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail et l'article L411-7-1 pour les grossistes. La convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale pourrait être conclue pour une durée d'un à trois ans, au plus tard le 1^{er} mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier. Ceci supprimerait l'exigence de la convention annuelle.

La convention pluri-annuelle devrait fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé, par exemple avec des clauses d'indexation.

La loi ajouterait que les coûts de création des nouveaux produits alimentaires sous marque de distributeur, des cahiers des charges, des analyses et audits autres que ceux effectués par les entreprises agroalimentaires restent à la charge du distributeur et ne peuvent être imposés aux entreprises.

L'article L442-6 I serait également complété par un cas de responsabilité délictuelle dans les cas suivants :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, notamment « dans le cadre de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs ».

7° « D'imposer une clause de révision du prix, en application du cinquième alinéa du I de l'article L. 441-7 ou de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-7-1, ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention ; »

13° « De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure. »

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 1^{er} septembre 2016

Economie numérique : et maintenant la portabilité des données !

Le 20 juillet 2016, l'Assemblée a adopté, sur le rapport de la commission mixte paritaire, le projet de loi pour une République numérique.

Le texte reviendra devant le Sénat en séance publique le 27 septembre 2016.

La loi comporte trois volets :

- *circulation des données et du savoir (données publiques et création d'un service public de la donnée, publication de recherches) ;*
- *protection des citoyens dans la société numérique (neutralité de l'accès à internet, loyauté des plateformes, portabilité des données, vie privée en ligne ;*
- *couverture mobile, recommandé électronique, le paiement par SMS, accès des personnes handicapées aux services téléphoniques et aux sites internet et l'instauration d'un droit au maintien de la connexion.*

Concernant la portabilité des données :

L'article 21 du projet modifiera le code de la consommation (Art. L. 224-42-1 et suivant) et prévoit que « *Le consommateur dispose en toutes circonstances d'un droit de récupération de l'ensemble de ses données. (...) Cette récupération s'exerce conformément au règlement (UE) n° 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles (article 20).* »

L'article L. 224-42-3 vise tout fournisseur d'un service de communication au public en ligne de proposer (dans la limite de la protection du secret en matière commerciale et industrielle et des droits de propriété intellectuelle au consommateur) ayant eu un certain volume de connexions à déterminer par décret à venir dans les six mois précédents.

Le fournisseur devra offrir une fonctionnalité gratuite permettant la récupération :

« 1° De tous les fichiers mis en ligne par le consommateur ; »

« 2° De toutes les données résultant de l'utilisation du compte d'utilisateur du consommateur et consultables en ligne par celui-ci, à l'exception de celles ayant fait l'objet d'un enrichissement significatif par le fournisseur en cause. Ces données sont récupérées dans un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé ; »

« 3° D'autres données associées au compte utilisateur du consommateur et répondant aux conditions suivantes :

a) Ces données facilitent le changement de fournisseur de service ou permettent d'accéder à d'autres services ;

b) L'identification des données prend en compte l'importance économique des services concernés, l'intensité de la concurrence entre les fournisseurs, l'utilité pour le consommateur, la fréquence et les enjeux financiers de l'usage de ces services. »

La fonctionnalité devra opérer par une requête unique, l'interface de programmation et de transmission des informations nécessaire étant à la charge du fournisseur.

Lorsque les données collectées auprès du consommateur ne peuvent pas être récupérées dans un standard ouvert et aisément réutilisables, le fournisseur de service de communication au public en ligne en informe le consommateur de façon claire et transparente, avec les éventuelles alternatives techniques.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 1^{er} septembre 2016

Economie numérique : loyauté des plateformes, une obligation

Le 20 juillet 2016, l'Assemblée a adopté, sur le rapport de la commission mixte paritaire, le projet de loi pour une République numérique.

Le texte reviendra devant le Sénat en séance publique le 27 septembre 2016.

La loi comporte trois volets :

- *circulation des données et du savoir (données publiques et création d'un service public de la donnée, publication de recherches) ;*
- *protection des citoyens dans la société numérique (neutralité de l'accès à internet, loyauté des plateformes, portabilité des données, vie privée en ligne ;*
- *couverture mobile, recommandé électronique, le paiement par SMS, accès des personnes handicapées aux services téléphoniques et aux sites internet et l'instauration d'un droit au maintien de la connexion.*

Concernant la portabilité des données :

L'article L. 111-7 du code de la consommation est modifié et ainsi rédigé :

« Art. L. 111-7. - I. - Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

« 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

« 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.

« II. - Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur :

« 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ;

« 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ;

« 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels.
« Un décret précise les conditions d'application du présent article en tenant compte de la nature de l'activité des opérateurs de plateforme en ligne. »

Ce décret précise, par ailleurs, pour tout opérateur de plateforme en ligne dont l'activité consiste en la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels, les informations communiquées aux consommateurs portant sur les éléments de cette comparaison et ce qui relève de la publicité au sens de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Selon le projet d'article L. 111-7-1 du code de la consommation, les plus gros opérateurs de plateformes en ligne (à définir par décret) devront diffuser aux consommateurs des bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté susvisées.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 1^{er} septembre 2016

Publicité numérique - Ad Fraud - Internet : Transparence Loi Macron et lutte contre la fraude

La Loi Macron a, après la jurisprudence, étendu le champ d'application de l'article 20 de la loi Sapin I imposant que « *tout achat d'espace publicitaire, sur quelque support que ce soit, ou de prestation ayant pour objet l'édition ou la distribution d'imprimés publicitaires ne peut être réalisé par un intermédiaire que pour le compte d'un annonceur et dans le cadre d'un contrat écrit de mandat.* » aux publicités sur Internet par l'ajout de l'expression « *sur quelque support que ce soit* » en août 2015.

Ce texte devait être complété par un décret (article 131 de la Loi Macron). Il ne l'est toujours pas à ce jour et serait soumis à la Commission européenne

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029883713&type=echancier&typeLoi=&legislature=14>

Renforcer les obligations de reddition de comptes pour les publicités numériques paraît pourtant urgent.

En effet, la lecture du rapport 2016 de la World Federation of Advertisers évoque les montants de fraudes en milliards pour la publicité en ligne, citant les *impression frauds* (plusieurs publicités diffusées mais dans un empilement de fenêtre, dont une seule est visible), la fameuse *click fraud* (PPC) au moyen de robots ou de *click farm*, la *conversion fraud* :

<http://www.wfanet.org/en/press/press-releases/wfa-issues-first-advice-for-combatting-ad-fraud-?p=1>

L'InterActive Bureau (IAB), dont une branche est installée en France, regroupe des entreprises, annonceurs et agences, s'est donné mission de définir des normes et des bonnes pratiques professionnelles. Aux USA, l'IAB fait la chasse à la fraude avec le Trustworthy Accountability Group, avec cent premières entreprises labellisées anti-fraude en juillet 2016 :

<https://tagtoday.net/first100/>

De nouvelles initiatives vont probablement voir le jour pour limiter la fraude.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 2 septembre 2016

Loi El-Khomri et réseau de franchise

Une partie du texte de la loi El-Khomri a été soumise au Conseil Constitutionnel, qui a rendu une décision n° 2016-736 DC le 4 août 2016.

Le texte de la loi imposant des instances de dialogue entre les salariés des franchisés et franchiseurs (article 64) subit un léger coup de rabot, mais demeure en dépit de la forte mobilisation des acteurs du marché. Il dispose :

I. - Dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France, liés par un contrat de franchise mentionné à l'article L. 330-3 du code de commerce qui contient des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, lorsqu'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les entreprises du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau le demande, le franchiseur engage une négociation visant à mettre en place une instance de dialogue social commune à l'ensemble du réseau, comprenant des représentants des salariés et des franchisés et présidée par le franchiseur.

L'accord mettant en place cette instance prévoit sa composition, le mode de désignation de ses membres, la durée de leur mandat, la fréquence des réunions, les heures de délégation octroyées pour participer à cette instance et leurs modalités d'utilisation.

À défaut d'accord :

1° Le nombre de réunions de l'instance est fixé à deux par an ;

2° Un décret en Conseil d'État détermine les autres caractéristiques mentionnées au deuxième alinéa.

Les membres de l'instance sont dotés de moyens matériels ou financiers nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les dépenses de fonctionnement de l'instance et d'organisation des réunions ainsi que les frais de séjour et de déplacement sont pris en charge selon des modalités fixées par l'accord ~~[ou, à défaut, par le franchiseur]~~: partie du texte supprimé par le Conseil Constitutionnel).

Lors de sa première réunion, l'instance adopte un règlement intérieur déterminant ses modalités de fonctionnement.

Lors des réunions mentionnées au deuxième alinéa et au 1° du présent I, l'instance est informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés.

Elle est informée des entreprises entrées dans le réseau ou l'ayant quitté.

L'instance formule, à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés dans l'ensemble du réseau ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent I, en particulier le délai dans lequel le franchiseur engage la négociation prévue au premier alinéa du présent I.

II. - Les organisations syndicales et les organisations professionnelles des branches concernées établissent un bilan de la mise en œuvre du présent article et le transmettent à la Commission nationale de la négociation collective au plus tard dix-huit mois après la promulgation de la présente loi. »

Le texte ne concerne que les contrats de franchise comportant des dispositions relatives à l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées, ce qui en limite le champ et les réseaux comportant plus de trois cents salariés.

Le texte ne sera applicable qu'après publication de décret.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 2 septembre 2016

Franchise networks of a significant size shall adapt to new regulation arising from the « El-Khomri » Act

This act imposes the creation of “dialogue committees” consisting of franchisee’s and franchisor’s employees (Article 64 of the Act), despite the strong opposition of market players.

The law reads as follows. First, the obligations below apply when a franchise network contains franchisees whose aggregate number of employees is at **least three hundred hired in France**, and when the franchise agreement binding on the franchisor and franchisees **contains provisions affecting the organization labor and working conditions** in the franchisee’s companies. In this case, if a trade union organization which has an activity in the business (e.g. for restaurant franchising, a trade union acting for restaurant employees), the trade union may require from the franchisor to negotiate with the trade union the creation of a dialogue committee gathering representatives of employees of the franchisees and representatives of the franchisees. This committee shall be chaired by the franchisor.

The members of the committee and the franchisor shall enter into an agreement which purpose is to determine its members, appointment, the duration of their appointment, the frequency of the meetings, and how long the time granted to employees, members of the committee over their working hours to participate to the committee. Failing this, the number of the instance of meetings shall be two per year and a decree shall be enacted which will determine the other conditions.

The agreement shall also define the budget and material means to be granted to the committee members for their missions, including travel and accommodation costs. One may fear that the franchisor shall be expected to pay these costs.

The committee shall be inform of any decision from the franchisor which could affect the number or organization of employees, the working hours or the labor conditions... The committee may propose any improvement of working conditions, labor and training.

The text will be applicable only after publication of the above-mentioned decree. Franchisors falling under the scope of the new regulation should carefully review their franchise agreements.

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 15 septembre 2016

PC avec logiciel préinstallé : la CJUE siffle la fin de la partie en faveur des constructeurs

Redlink et Frédéric Fournier avaient obtenu une décision mettant un terme au contentieux d'un constructeur avec l'UFC-Que Choisir qui lui reprochait des pratiques commerciales déloyales lorsqu'il commercialisait des PC avec un logiciel d'exploitation préinstallé.

La Cour d'appel de Paris (sur renvoi de la Cour de Cassation) avait statué en faveur du constructeur le 4 juin 2014.

La Cour de Justice de l'Union européenne saisie sur question préjudicielle de la Cour de Cassation répond sans ambiguïté mettant fin à plus d'une dizaine d'années de procédures multiples :

« Une pratique commerciale consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle d'ordinateur non équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en tant que telle, une pratique commerciale déloyale. » La CJUE précise que ce principe est applicable même « sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle d'ordinateur non équipé de logiciels préinstallés ». La CJUE conformément à la directive de 2005, rappelle que la pratique ne serait déloyale que si elle était contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou soit susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport à ce produit, ce qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier, en tenant compte des circonstances spécifiques de l'affaire au principal. » Ce dernier point a été réglé dans la jurisprudence en faveur des constructeurs.

Par ailleurs, « dans le cadre d'une offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, l'absence d'indication du prix de chacun des logiciels préinstallés ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse ». Ceci met aussi fin aux exigences de certaines juridictions visant à faire afficher par le distributeur le prix du logiciel préinstallé, que d'ailleurs le distributeur ignore... Relevons que la CJUE précise qu'est considéré comme une information substantielle le prix d'un produit proposé à la vente, c'est-à-dire le « prix global » du produit, et non le prix de chacun de ses « éléments ».

(http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=183106&occ=first&dir=&cid=668508)

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 septembre 2016

Franchise : Frédéric Fournier est intervenu dans le cadre des journées de Dalloz Formation sur l'actualité de contrats de franchise le 14 septembre 2016.

Publiée le 15 septembre 2016

IP tracking et pratiques commerciales déloyales

Interrogé par M. Bruno Retailleau, sur les pratiques de modulation des prix de vente des sites de e-commerce, en particulier par la technique de suivi de chaque internaute au moyen de son adresse IP. Ceci permet d'adapter les tarifs en temps réel en fonction des simulations d'achat antérieures. Si, selon une enquête de la CNIL et de la DGCCRF, les sites de e-commerce français ne se livraient pas à cette pratique, les sociétés étrangères le font.

Le Secrétariat d'État auprès du Ministère de l'économie a répondu le 7 juillet 2016 : « L'adresse IP est une sorte de carte d'identité qui identifie les ordinateurs et permet à certains sites commerciaux de reconnaître et de repérer les utilisateurs potentiels, acheteurs et consommateurs. (...) Ainsi, lorsque l'internaute « hésite » avant de passer à l'achat, la pratique de « l'IP tracking » consisterait donc à augmenter les tarifs des séjours ou billets en l'espace de quelques minutes, de telle sorte que lorsque l'internaute se reconnecte et effectue la même recherche, le tarif n'est plus le même et a augmenté de quelques dizaines d'euros. Cette pratique est difficile à qualifier juridiquement et difficile également à démontrer. Elle pourrait, néanmoins, être appréhendée comme une pratique commerciale déloyale ou trompeuse, susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur. Elle pourrait également être examinée au regard des règles sur la protection des données. L'adresse IP étant une donnée personnelle, il faudrait avant toute exploitation, demander l'accord et le consentement du consommateur ainsi que la déclaration de ces données à la CNIL, en respectant la procédure requise ».

(<http://www.senat.fr/questions/base/2015/qSEQ150717522.html>)

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 septembre 2016

Une rupture prévisible de relations commerciales établies reste indemnisable

Selon l'article L 422-6-I-5° du Code de commerce, constitue une faute le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation. Cet article est le fondement de nombreux contentieux et permet à la victime d'une cessation de contrat brutale d'obtenir une indemnisation, fixée par les tribunaux à la marge brute qu'elle aurait réalisée pendant la durée du préavis dont elle aurait dû bénéficier.

Dans un arrêt du 6 septembre 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait à juger d'une espèce où une centrale d'achat avait été victime d'une cessation des commandes de son partenaire après sept ans de relations commerciales. Deux ans avant que cette rupture intervienne, la centrale d'achat avait indiqué par écrit à son acheteur qu'elle avait appris que leur contrat allait venir à terme d'ici quelques temps.

L'acheteur, assigné pour rupture brutale par la centrale, avait opposé ces écrits en indiquant que la fin du contrat était prévisible et donc qu'elle ne constituait pas une faute indemnisable.

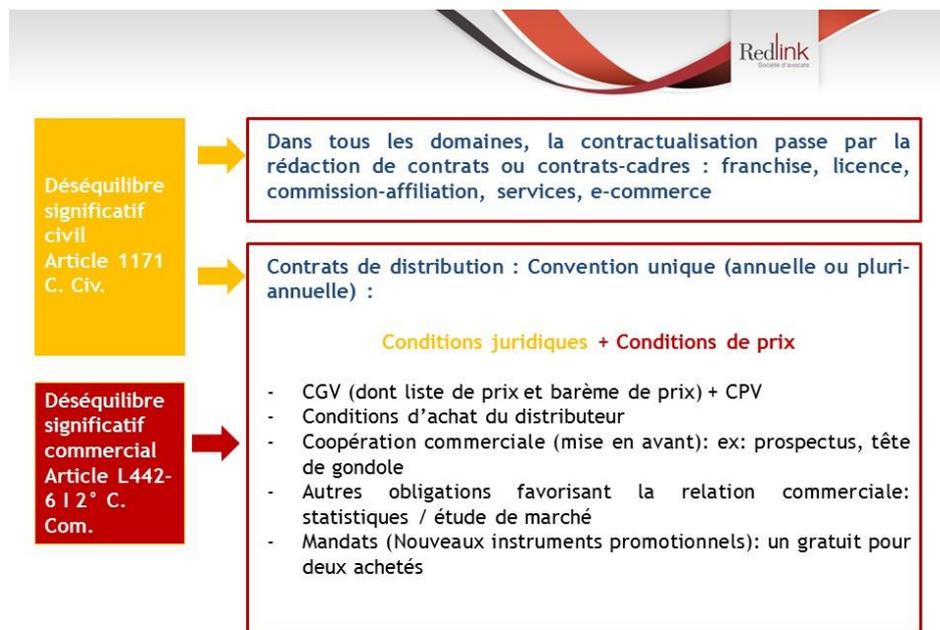
La Cour de cassation rejette le pourvoi par un attendu très clair « *le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis* ».

C'est donc uniquement lorsque la décision émane d'un acte clair et écrit de l'auteur de la rupture que le préavis commence à courir. A défaut, et alors même que la victime en serait informée par un autre biais et fortement en avance, la brutalité de la rupture sera caractérisée.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 21 septembre 2016

Réforme du droit des obligations : le déséquilibre significatif en synthèse



Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 22 septembre 2016

Loi Sapin II : Les entreprises vont devoir se mettre en conformité

Ce projet de loi qui sera examiné au Parlement à la fin du mois de septembre 2016 prévoit la mise en place de nouvelles obligations de prévention de lutte contre la corruption pour les sociétés de plus de 500 salariés et les sociétés appartenant à un groupe de plus de 500 salariés dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros.

Ces entreprises devront ainsi :

- établir une cartographie des risques de corruption,
- élaborer un code de bonne conduite pour leurs salariés,
- mettre en place un dispositif d'alerte interne et une procédure de vérification de l'intégrité des tiers,
- réaliser des contrôles comptables internes et externes,
- mettre en place un programme de formation pour leurs cadres,
- instaurer une politique de sanctions disciplinaires.

Par ailleurs, le projet de loi prévoit la création d'une Agence de prévention de la corruption qui aura pour principales missions d'établir une cartographie des risques, de définir un plan pluriannuel de lutte contre la corruption, de coordonner la position française au sein des instances internationales, de contrôler la conformité des plans de prévention et de détection de la corruption, et de publier des lignes directrices visant à assurer l'effectivité de la lutte contre la corruption.

Le projet de loi prévoit également la création d'un statut général et d'un régime de protection des lanceurs d'alerte.

Enfin, le projet de loi Sapin II prévoit également la mise en place d'une transaction judiciaire validée par le juge judiciaire, et dont le montant pourrait aller jusqu'à 30% du chiffre d'affaires annuel moyen, calculé sur les trois derniers exercices connus à la date des manquements constatés.

Les entreprises concernées vont donc devoir rapidement s'organiser pour ne pas se mettre en défaut vis-à-vis de ces très lourdes nouvelles obligations, le projet de loi devant être rapidement et définitivement adopté.

Guillaume Gouachon
Avocat à la Cour

Publiée le 23 septembre 2016

RDO par Dalloz, J - 9 : Regard d'un praticien sur la réforme du droit des obligations

Partagé entre confiance et inquiétudes, Maître Frédéric Fournier nous livre les principales innovations impactant son domaine d'activité : <http://urlz.fr/47e0>

Et vous, que vous inspire la réforme ?

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 23 septembre 2016

Fichier clients-prospects : les sociétés ont 12 mois pour se mettre en conformité

La CNIL édicte un certain nombre de normes simplifiées qui permettent aux professionnels de déclarer leurs fichiers dans le cadre de formalités allégées par un simple engagement de conformité à ces normes. Cela lui évite d'avoir à détailler les spécificités de son fichier en matière de finalités des traitements, d'informations collectées et traitées, de destinataires, de durée de conservation, etc.

Parmi ces normes, la norme simplifiée 48 est bien connue des professionnels car elle porte sur l'un des traitements les plus courants et les plus importants : le fichier clients-prospects.

Or, par une [délibération du 21 juillet 2016](#), la CNIL a modifié cette norme simplifiée n° 48 et l'a mise à jour notamment sur les points suivants :

- la soumission des fichiers de prospection à Bloctel,
- les pratiques en matière de cookies et autres traceurs (qui reprennent [les recommandations de la CNIL](#)),
- le traitement de données relatives aux cartes bancaires en matière de vente à distance (qui de la même manière reprend [les recommandations de la CNIL](#)),
- la durée de conservation de données (politique d'archivage et purge des données, gestion des comptes inactifs par les sites web, notion de dernier contact émanant du prospect, etc.).

Les organismes ayant effectué une déclaration simplifiée en référence à la norme 48 qui ne respectent pas les conditions nouvellement fixées disposent d'un délai de douze mois à compter du 14 septembre 2016 pour mettre leur traitement en conformité.

Il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle déclaration simplifiée.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 26 septembre 2016

Frédéric Fournier assure le 26 septembre 2016 la séance inaugurale du Master 2 Marketing en management de la Franchise de l'Université de Haute-Alsace.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 10 octobre 2016

Les limites à la confidentialité des documents d'enquête de l'OLAF

Les projets subventionnés par l'Union Européenne, que ce soit en gestion directe, indirecte ou partagée donnent parfois lieu à des procédures de recouvrement initiées à la suite d'investigations menées par l'Office Européen de Lutte Antifraude (« OLAF »).

La problématique initiale à ce stade pour « l'entité concernée », terme employé par le règlement n° 883/2013 du Parlement Européen et du Conseil pour désigner une entité visée par une enquête de l'OLAF, consiste à appréhender les faits qui lui sont reprochés, les recommandations formulées par l'OLAF et le fondement juridique servant de base à l'action préconisée par cette dernière pour recouvrer des fonds considérés comme obtenus en fraude du budget de l'Union Européenne.

Sous couvert de l'inviolable confidentialité des actes d'enquête de l'OLAF, et en violation des droits de la défense de l'Entité Concernée, et du règlement (CE) n° 1049/2001 sur la communication des documents au public, la communication du rapport et des recommandations est régulièrement refusée par l'OLAF malgré le fait que des procédures de recouvrement soient initiées selon ses propres recommandations.

Le Tribunal de première instance de l'union européenne (« TPIUE ») est cependant venu récemment confirmer les limites de cette confidentialité. Dans un arrêt du 26 mars 2016, le TPIUE précise en effet que « le cadre législatif applicable à l'OLAF exclut, en principe, un droit d'accès au dossier de l'OLAF par les personnes concernées. Ce n'est que si les autorités destinataires du rapport final ont l'intention d'adopter des actes faisant grief aux personnes concernées que ces autorités devraient, conformément aux règles procédurales qui leur sont applicables, donner accès au rapport final de l'OLAF pour permettre à ces personnes d'exercer leurs droits de la défense » (Arrêt TPIUE 26 mars 2016, International Management Group contre Commission Européenne, affaire T-110/15).

Ainsi, sur la base de cette jurisprudence, il est possible pour une entité visée par une procédure de recouvrement de solliciter la communication des recommandations et du rapport de l'OLAF fondant cette procédure, à l'autorité responsable de la procédure de recouvrement dès la réception de la lettre de préinformation ou postérieurement de la note de débit lui faisant grief.

Le cabinet REDLINK assiste régulièrement ses clients dans le cadre d'enquêtes et de procédures sur des projets subventionnés par l'Union Européenne, et dispense également des formations pour réagir et se positionner dans ce type de procédure dont le programme est rappelé ci-après ([*Enquêtes OLAF et procédure de recouvrement*](#)).

Guillaume Gouachon
Avocat à la Cour

Publiée le 11 octobre 2016

Emmanuelle Behr et Frédéric Fournier participent au Salon Franchise Top Méditerranée qui a lieu à Marseille.

Redlink développe encore sa présence aux côtés des franchiseurs français et étrangers.

Publiée le 12 octobre 2016

Aperçu des dernières décisions rendues en matière de visites et saisies de la DGCCRF et de l'ADLC

Les décisions rendues au cours de l'année 2016, principalement par la chambre criminelle de la Cour de cassation, et le Conseil Constitutionnel, permettent de mettre en exergue les difficultés auxquelles sont confrontées les entreprises faisant l'objet de perquisitions de l'ADLC ou de la DGCCRF pour contester les saisies opérées, ou pour former un recours contre certaines demandes de l'administration.

Ces décisions sont par ailleurs intéressantes pour envisager la stratégie à opérer pour obtenir un contrôle effectif en temps réel de ces visites et saisies par le juge compétent.

Elles intéressent toutes les phases de la procédure, son autorisation, son déroulement et les recours potentiels pour contester certaines demandes de l'administration.

1. Autorisation des visites et saisies

Dans une première décision (Cass. crim., 29 juin 2016, n°15-81.889), la chambre criminelle refuse d'annuler l'ordonnance du Premier Président de la Cour d'appel de Nîmes qui avait confirmé l'ordonnance du JLD de Privas autorisant les visites et saisies, en considérant que le JLD avait pu valablement déduire du rapprochement d'indices « *qui pris isolément [n'étaient] pas suffisamment pertinents* », que des pratiques prohibées « *étaient en train de se commettre* ».

Cette décision valide ainsi une procédure fondée sur des indices matériels dont la valeur était critiquée par l'entreprise investiguée.

2. Déroulement des visites et saisies

- L'entreprise investiguée ne peut solliciter elle-même le contrôle en temps réel du JLD

Dans cet arrêt (Cass. crim., 9 mars 2016, n°14-84.566), la chambre criminelle casse l'ordonnance du Premier président de la Cour d'appel ayant annulé des saisies opérées alors que l'entreprise investiguée n'avait pas bénéficié de façon effective du contrôle du JLD prévu par l'article L.450.4 du Code de commerce alors que ce dernier avait été sollicité par son conseil.

La chambre criminelle juge au visa de l'article susvisé que « *l'occupant des lieux ne dispose pas du droit de saisir lui-même le juge qui a autorisé la visite et la saisie, les officiers de police judiciaire,*

chargés d'assister aux opérations devant, au cours de la visite, tenir ce magistrat informé des difficultés stratégiques ».

Cette décision est importante d'un point de vue stratégique. Elle implique que l'entreprise sujette à un down raid de l'ADLC devra convaincre l'OPJ de saisir le JLD si elle estime qu'une difficulté est rencontrée lors de la perquisition ou des opérations de saisies.

- Les difficultés liées au contrôle de l'étendue des saisies pratiquées

Une décision de la chambre criminelle pointe également du doigt les difficultés pour une entreprise investiguée de faire sanctionner le caractère disproportionné des saisies opérées (Cass. crim., 29 juin 2016, n° 15-81.890).

En l'espèce était contesté le caractère massif et indifférencié de saisies informatiques opérées à partir de recherches par mots clés dont la pertinence n'avait pas été contrôlée par le juge ayant autorisé les mesures.

Pour autant, la chambre criminelle considère que les agents de l'administration avaient « *procédé à une saisie sélective de certains fichiers à partir de mots-clés dont ils n'avaient pas à rendre compte et sur lesquels le premier président n'était pas tenu de se fonder* » et que l'entreprise avait reçu « *avant la saisie, un inventaire des fichiers saisis ainsi qu'une copie de ceux-ci [la mettant] en mesure d'en prendre connaissance* ».

3. Absence de recours direct contre certaines demandes de l'administration

Enfin, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de l'article L. 450-3 du Code de commerce qui autorise les demandes de communication d'informations et de documents par les agents de l'administration, qui était contestée du fait de l'absence de voie de recours immédiate et autonome contre ces demandes (Cass. com. 4 mai 2016, pourvois n° 15-25.699 et 15-25.701).

Le Conseil constitutionnel déclare les dispositions contestées conformes à la Constitution aux motifs d'une part les mesures visées ne sont pas susceptibles de faire grief et que d'autre part, au motif que la légalité des demandes d'information peut toujours être contestée par voie d'exception si une procédure est engagée à la suite d'une enquête ou si une astreinte ou une sanction est prononcée à l'encontre de l'entreprise concernée.

Guillaume Gouachon
Avocat à la Cour

Publiée le 14 octobre 2016

Frédéric Fournier participe à la 20ème Conférence Concurrence de l'IBA qui a lieu à Florence les 14 & 15 octobre 2016.

Publiée le 27 octobre 2016

Redlink vous présente la réforme du droit des contrats en vidéo :

<https://www.youtube.com/watch?v=UFE3UD-4YHU&feature=youtu.be>

Frédéric Fournier, Emmanuelle Behr
Avocats Associés

Publiée le 4 novembre 2016

Projet Loi Sapin 2 : Impacts sur les contrats de distribution et pratiques restrictives de concurrence : entre flexibilité contractuelle accrue et renforcement des sanctions

Le 3 novembre 2016, la Loi dite Sapin 2 a été adoptée par le Sénat. Elle doit revenir devant l'Assemblée Nationale. Elle comporte des indices forts de ce que sera le texte final.

Convention unique pluriannuelle (détaillants) mais négociation annuelle des prix :

Le principe de la convention annuelle unique de distribution disparaîtrait au profit d'une convention de une à trois années. L'accord FEEF/FCD de septembre 2013 allait déjà dans ce sens (« la durée des contrats à marque nationale : la FEEF et la FCD encouragent les entreprises à conclure des conventions annuelles reconductibles, dans le cadre d'un engagement portant sur 3 ans (5 ans lorsqu'il existe des investissements spécifiques) afin de stabiliser les relations commerciales, tout en précisant qu'une négociation annuelle pourra avoir lieu à la demande de l'une ou l'autre des parties. » cf. <http://www.feef.org/Engagements-et-r%C3%A9ussites/Accords-sign%C3%A9s-avec-la-FCD/Plate-forme-diff%C3%A9renci%C3%A9e-PME>) et nombre de fournisseur et de distributeur tente d'inscrire leurs conditions contractuelles dans une certaine durée.

Le projet de loi dispose dans son article 31 ter que le 5^{ème} alinéa de l'article L. 441-7 du code de commerce est ainsi modifié : « *La convention écrite est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1^{er} mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier. Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou de trois ans, elle doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé. Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.* » ;

Sanctions renforcées :

L'article 31 bis D du projet de loi ajoute un nouveau cas de responsabilité dans le pléthorique article L. 442-6 du code de commerce, est complété par un alinéa 13 consistant dans le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure ».

L'article 36 du projet de loi augmente l'amende administrative en cas de non-respect des règles relatives aux conditions générales de vente, de facturation et de paiement (articles L. 443-1 et L. 441-6) de 375 000 euros à 2 millions d'euros.

L'article 31 quinquies du projet augmente l'amende civile de l'article L. 442-6 du code de commerce, en cas de pratiques restrictives de concurrence (contrepartie disproportionnée, déséquilibre significatif, rupture brutale de relations commerciales établies de deux millions d'euros à cinq millions d'euros en cas d'action diligentée par le Ministre de l'Economie.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 4 novembre 2016

Draft Sapin 2 Act: Effects on distribution agreements and on restrictive practices: increased contractual flexibility but strengthened sanctions.

On November 3, 2016, draft Sapin 2 Act (name of French Minister of the Economy) was enacted by the Senate. New step is a vote by the National Assembly. This draft act contains strong indications of what could be the final law.

Retail distribution agreements for maximum three years but yearly pricing negotiation:

The requirement of an annual distribution agreement would disappear with an opportunity to make distribution agreement with retailers up to three years. Practically, small suppliers' and retailers' professional organizations FEEF and FCD have anticipated this since September 2013 in an agreement (<http://www.feef.org/Engagements-et-r%C3%A9ussites/Accords-sign%C3%A9s-avec-la-FCD/Plate-forme-diff%C3%A9renci%C3%A9e-PME>) and number of suppliers and distributors now plan to stick at

contractual terms for a certain period over one year to avoid to reinitiating negotiations of these terms each year.

The draft act provides pursuant to Article 31b that 5th paragraph of Article L. 441-7 of French Commercial Code is amended as follows: « The written agreement [between suppliers and retailers] is made for a period of one year, two years or three years, no later than March 1 of the year when it comes to effect, or within two months after the starting point of the sale of the products or services subject to specific marketing cycles. When concluded for two or three years, it provides the conditions of revision of agreed price. These conditions may refer to public index related to production factor evolution. »

Strengthened sanctions:

Article 31 bis D of the draft act adds a new case of liability in the always inflating Article L. 442-6 of French Commercial Code, which is supplemented by a new paragraph 13°: a party is liable when providing or attempting to provide the other party penalties for late delivery in case of force majeure. Article 36 of the draft act skyrockets the administrative fine due for non-compliance with the legal requirements related to existence and content of terms and conditions of sales, billing obligations and maximum payment terms (see Articles L. 443-1 and L. 441-6) from €375,000 to € 2 million.

Article 31 D of the draft law aims at increasing the civil penalty provided in Article L. 442-6 of the Commercial Code, applicable in case of restrictive practices (e.g. disproportionate consideration, significant imbalance, sudden termination of commercial relations) from Euro 2 million to Euro 5 million when the Minister of Economy brings the claim.

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 7 novembre 2016

Economie numérique : transparence et loyauté des plateformes

La Loi Economie Numérique a été adoptée le 7 octobre 2016.

Elle complète le code de la consommation par une définition des opérateurs de plateformes en ligne.

Un article L. 111-7 est ajouté au code de la consommation : « *Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :*

1° *Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers.*

2° *Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. »*

Un décret doit venir à la fin du 1^{er} trimestre 2017 préciser ce qui suit. Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur :

1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder.

2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne.

3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels.

Le décret précisera par ailleurs pour tout opérateur de plateforme comparateur les informations communiquées aux consommateurs portant sur les éléments de cette comparaison et ce qui relève de la publicité au sens de [l'article 20 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004](#) pour la confiance dans

l'économie numérique (« LCEN »). Pourtant un décret portant sur ce sujet venait d'être édicté (Décret n°2016-505 du 22 avril 2016 ; cf. <http://iblog.redlink.fr/?p=1836>).

Ce décret fixe également les modalités selon lesquelles, lorsque des professionnels, vendeurs ou prestataires de services sont mis en relation avec des consommateurs, l'opérateur de plateforme en ligne met à leur disposition un espace leur permettant de communiquer aux consommateurs les informations précontractuelles « relatives aux conditions de vente, services, droit de rétractation, codes de bonne conduite, modalités de résiliation, règlement des litiges... - articles L. 221-5 et L. 221-6 ».

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 7 novembre 2016

The Digital Economy Act was adopted October 7, 2016

This new reform modifies French Consumer Code.

It gives a legal definition to online platforms.

Article L. 111-7 Consumer Code provides that: « an online platform operator is any individual or legal entity offering a professional basis, remunerated or not, a communication service to the public online based on:

1. The ranking or SEO, using computer algorithms, content, goods or offered or posted by others.
2. Or the relationship of several parties for the sale of property, provision of a service or exchange or sharing of content of a good or service. »

A decree should come end of Q1 2017 and should give details on the following.

Any online platform operator must deliver to the consumer a fair, clear and transparent:

1. The terms and conditions of the intermediation service it offers and the SEO terms, classification and dereference content, goods or services to which the service provides access.
2. The existence of a contractual relationship, a shareholder relationship or remuneration for his benefit, since they influence the ranking or SEO content, goods or services offered or made available online.
3. The quality of the advertiser and the rights and obligations of the parties in civil and tax matters, when consumers are put in contact with professionals or non-professionals.

The decree will also specify for any platform comparator, to consumers information upon the elements of this comparison and what is advertising within the meaning of Article 20 of Law No. 2004-575 of 21 June 2004 confidence in the Digital economy (« LCEN »), even though a decree on this issue had been more than recently enacted (Decree No.2016-505 of 22 April 2016, cf. <http://iblog.redlink.fr/?p=1836>).

The decree shall also deal with the conditions under which the online platform operator shall make available to professionals, vendors and service providers linked to consumers, a space for communicating to consumers contractual information (on the conditions of sale, services, right of withdrawal, codes of conduct, termination provisions, ADRs... - Articles L. 221-5 and L. 221-6).

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 8 novembre 2016

Entente illicite - Syndicats professionnels : l'ADLC condamne un syndicat d'agence de mannequins et ses adhérents

L'Autorité de la concurrence a sanctionné le 29 septembre 2016 le syndicat professionnel des agences de mannequins, le SYNAM, pour avoir élaboré et diffusé pendant 10 ans des grilles tarifaires orientant la politique commerciale des agences de mannequins, auxquelles les annonceurs ou maisons de couture font appel pour leurs tournages, prises de vue publicitaires ou défilés. 37 agences de mannequins sont également sanctionnées pour avoir participé à des réunions statutaires portant sur les grilles tarifaires syndicales entre 2009 et 2010.

Les sanctions sont de 50 000 euros pour le Synam, et vont de 3.000 à 300.000 euros pour les adhérents. Ceci appelle à nouveau à la plus grande vigilance les syndicats professionnels, pour faire respecter les règles de droit de la concurrence.

Redlink qui intervient auprès de syndicats professionnels organise des formations et audits réguliers pour ses clients afin d'éviter ces risques.

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=2869&lang=fr

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 novembre 2016

Loi Sapin 2: les contrats de distribution pluriannuels et les nouveaux abus dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence: entre flexibilité contractuelle accrue et renforcement des sanctions

Le 8 novembre 2016, la Loi dite Sapin 2 a été adoptée.

Convention unique pluriannuelle (détaillants) mais négociation annuelle des prix :

Le principe de la convention annuelle unique de distribution disparaîtrait au profit d'une convention de un à trois années.

L'accord FEEF/FCD de septembre 2013 allait déjà dans ce sens (« la durée des contrats à marque nationale : la FEEF et la FCD encouragent les entreprises à conclure des conventions annuelles reconductibles, dans le cadre d'un engagement portant sur 3 ans (5 ans lorsqu'il existe des investissements spécifiques) afin de stabiliser les relations commerciales, tout en précisant qu'une négociation annuelle pourra avoir lieu à la demande de l'une ou l'autre des parties. » - cf. <http://www.feef.org/Engagements-et-r%C3%A9ussites/Accords-sign%C3%A9s-avec-la-FCD/Plate-forme-diff%C3%A9renci%C3%A9e-PME>) et nombre de fournisseur et de distributeur tente d'inscrire leurs conditions contractuelles dans une certaine durée.

La loi modifie le 5^{ème} alinéa de l'article L. 441-7 (détaillant et centrales de détaillants) et le dernier alinéa de l'article L.441-7 (grossistes) du code de commerce : « *La convention écrite est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1^{er} mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier. Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou de trois ans, elle doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé. Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.* ».

Sanctions renforcées :

Le pléthorique article L. 442-6 du code de commerce est complété par deux nouveaux cas de responsabilité :

- l'alinéa 7 nouveau sanctionne le fait d'imposer une clause de révision du prix, en application du cinquième alinéa du I de l'article L. 441-7 ou de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-7-1, ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention ;
- alinéa 13 : le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure ».

Les manquements aux règles relatives aux conditions générales de vente, de facturation et de paiement (articles L. 443-1 et L. 441-6) sont augmenté de 375.000€ à 2 millions d'euros.

L'amende civile de L. 442-6 du code de commerce, en cas de pratiques restrictives de concurrence (contrepartie disproportionnée, déséquilibre significatif, rupture brutale de relations commerciales établies) est augmentée de deux millions d'euros à cinq millions d'euros, en cas d'action diligentée par le Ministre de l'Economie.

Un nouveau délai de paiement dérogatoire :

Les articles L443-1 (produits périssables notamment) et 441-6 du code de commerce sont complétés par un nouveau délai de paiement dérogatoire pour les ventes de produits reçus ou importés pour être exportés hors de l'Union européenne en franchise de TVA (article 275 du code général des impôts) :

- maximum 90 jours à compter de la date d'émission de la facture,
- mais inapplicable aux achats effectués par les grandes entreprises.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 novembre 2016

Draft 2 Act: Effects on distribution agreements and on restrictive practices: increased contractual flexibility but strengthened sanctions.

On November 8, 2016, Sapin 2 Act (name of French Minister of the Economy) was enacted.

Retail distribution agreements for maximum three years but yearly pricing negotiation:

The requirement of an annual distribution agreement would disappear with an opportunity to make distribution agreement with retailers up to three years. Practically, small suppliers' and retailers' professional organizations FEEF and FCD have anticipated this since September 2013 in an agreement (<http://www.feef.org/Engagements-et-r%C3%A9ussites/Accords-sign%C3%A9s-avec-la-FCD/Plate-forme-diff%C3%A9renci%C3%A9e-PME>) and number of suppliers and distributors now plan to stick at contractual terms for a certain period over one year to avoid to reinitiating negotiations of these terms each year.

The Act provides that distribution agreements with retailers or wholesalers pursuant to Articles L. 441-7 and L. 441-7-1 of French Commercial Code may be made for a period of one-three years, and shall be agreed and executed no later than March 1 of the year when is come to effect, or within two months after the starting point of the sale of the products or services subject to specific marketing cycles. When concluded for two or three years, the agreement provides the conditions of revision of agreed price. These conditions may refer to public index related to production factor evolution.

Strengthened sanctions:

Failing to comply with the legal requirements related to existence and content of terms and conditions of sales, billing obligations and maximum payment terms (see Articles L. 443-1 and L. 441-6) is subject to an administrative fine skyrocketing from €375,000 to €2 million.

Inflating Article L. 442-6 of French Commercial Code (torts liability) where the commercial abusive practices between professionals, consists of two additional abuses:

- holding a party liable for requiring the provision of a clause revising prices in multi-annual distribution agreements (2-3 years max.) with a reference to index not directly linked to the concerned products or services ;
- holding a party liable for providing or attempting to provide the other party penalties for late delivery in case of force majeure.

Civil penalty provided in Article L. 442-6 of the Commercial Code which may be ordered when the Minister of Economy brings the claim to prosecute the commercial abuse (e.g. disproportionate consideration, significant imbalance, sudden termination of commercial relations) rises from Euro 2 million to Euro 5 million.

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 15 novembre 2016

Frédéric Fournier est interviewé dans le magazine Point de Vente n°1203 : [Condamnation de Carrefour - Négociations commerciales](#)

Publiée le 23 novembre 2016

Garantie et disponibilité des pièces détachées : enquête DGCCRF

La loi Hamon avait renforcé l'information des consommateurs sur les garanties et sur la disponibilité des pièces détachées. La DGCCRF a mené une enquête en priorité les secteurs des produits électroniques grand public et de l'électroménager, dans :

- 118 grands magasins spécialisés (GMS) en électrodomestique,
- 75 grandes surfaces alimentaires (GSA),
- 68 commerces de détail spécialisés,
- 63 autres GMS non spécialisées dans les produits électroniques et/ou électroménagers,
- 20 sites vendant exclusivement en ligne (pure players),
- 9 magasins d'occasion,
- 44 autres établissements (dont RPMM).

La DGCCRF relève des « anomalies » dans 62,5% des établissements visités et 52% sur les sites internet, concernant les garanties. 32% des établissements contrôlés présentaient des « anomalies » concernant l'information sur la disponibilité des pièces

(http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiqu/2016/cp-Enquete160908.pdf).

Rappelons les principes auxquels les professionnels vendeurs de produits aux consommateurs sont soumis sur ces sujets :

- l'article L111-1 du code de la consommation oblige à une information précontractuelle lisible et compréhensible, portant sur les informations relatives aux garanties légales ; s'y ajoutent les garanties commerciales éventuelles ; pour mémoire, les comparateurs sur internet (article L111-6) sont eux aussi astreints à cette information pour les garanties commerciales, au-delà des garanties légales (Article D111-9).

Selon l'arrêté du 18 décembre 2014 relatif aux informations contenues dans les conditions générales de vente en matière de garantie légale, les conditions générales de vente des contrats de consommation font figurer dans un encadré les mentions selon lesquelles, lorsqu'il agit en garantie légale de conformité, le consommateur bénéficie d'un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien pour agir, peut choisir entre la réparation ou le remplacement du bien, sous réserve des conditions de coût prévues par le code de la consommation et est dispensé de rapporter la preuve de l'existence du défaut de conformité du bien durant les 24 mois suivant la délivrance du bien (depuis

le 18 mars 2016), sauf pour les biens d'occasion (6 mois). Ce même encadré rappelle que la garantie légale de conformité s'applique indépendamment de la garantie commerciale éventuellement consentie et la garantie civile contre les défauts cachés de la chose vendue.

- l'article L111-4 impose au fabricant ou à l'importateur de biens meubles d'informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens sont disponibles sur le marché. Cette information doit être délivrée obligatoirement au consommateur par le vendeur de manière lisible avant la conclusion du contrat et confirmée par écrit lors de l'achat du bien. La fourniture desdites pièces détachées doit se faire dans les deux mois de la demande des vendeurs professionnels ou aux réparateurs, agréés ou non. Le syndicat professionnel, GIFAM, a résolu la difficulté en publiant un tableau des durées de disponibilités par fabricant adhérent.

Pour mémoire, l'article L112-5 du code de la consommation permet à tout professionnel de demander à la DGCCRF de prendre formellement position sur la conformité aux exigences d'information précontractuelle sur les prix et conditions de vente aux consommateurs (articles L. 112-1 à L. 112-4).

Le silence gardé par l'autorité administrative à l'issue de ce délai vaut rejet de cette demande.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 2 décembre 2016

Frédéric Fournier intervient dans le magazine Points de Vente n° 1204 du 5 décembre sur les marketplaces dans le dossier spécial « Marché de la Beauté - Expérience/Digital » (pages 21-22).

Publiée le 5 décembre 2016

Frédéric Fournier est interviewé sur le site Actuel Direction Juridique sur la réforme des obligations.

<http://www.actuel-direction-juridique.fr/content/la-reforme-du-droit-des-obligations-met-elle-la-franchise-en-peril>

Publiée le 8 décembre 2016

Frédéric Fournier intervient sur les évolutions de la franchise face aux marketplaces à la 21^{ème} Conférence Juridique de la Fédération Française de la Franchise.

Publiée le 21 décembre 2016

Agent commercial : requalification et perte de l'indemnité compensatrice de fin de contrat

L'agent qui ne négocie pas les prix, les quantités de produits, n'est pas un agent commercial, bénéficiant du statut. Le contrat d'agent commercial suppose l'accomplissement d'actes juridiques et de larges pouvoirs de négocier. Les juges en font encore la démonstration cette année avec de nombreuses décisions.

Un dépositaire qui était inscrit au registre des agents commerciaux n'a pas la qualité d'agent commercial, dans la mesure où il ne dispose pas du pouvoir, inhérent au contrat d'agent commercial, de négocier des contrats de vente, étant lié par le fichier clientèle du fournisseur, recevant des indications précises sur le discours commercial, sans négocier ni les prix, ni les quantités vendues (CA Poitiers, Ch. Civ. 2, 6 Septembre 2016, N° 365, 15/04355, Numéro JurisData : 2016-021637).

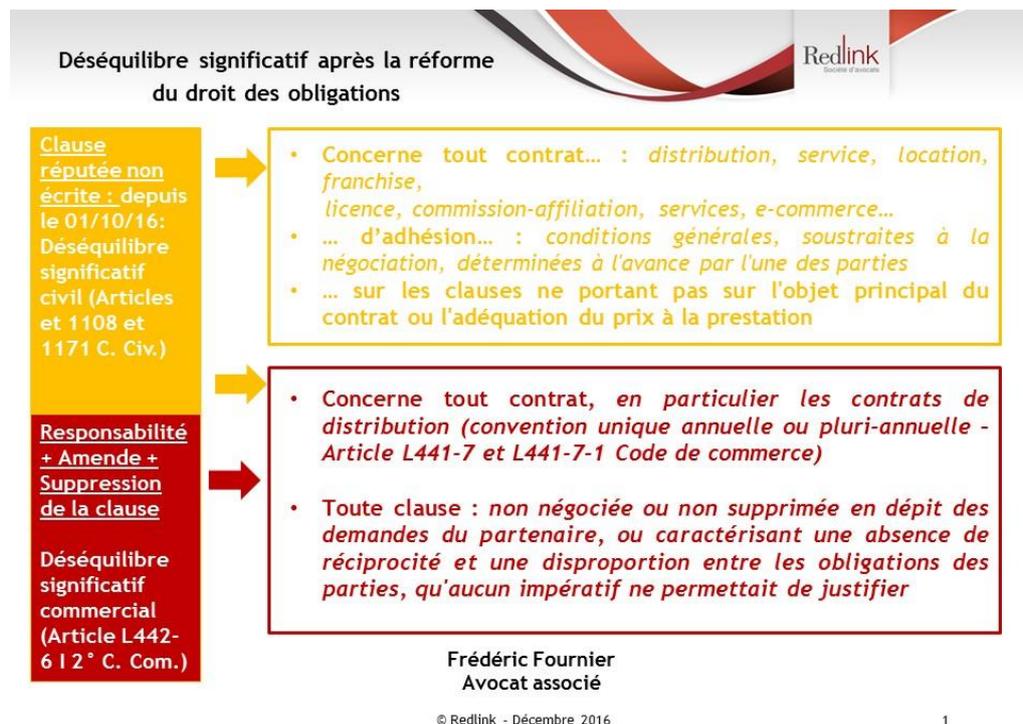
Des courriers à l'intermédiaire le félicitant de ses diligences dans le cadre de la vente des produits du mandant, des modalités de signature des contrats avec les clients et prospects, au nom et pour le

compte du mandant, ne démontrent pas une mission de négociation et/ou de représentation en toute indépendance et de manière permanente pour le mandant (CA Aix-en-Provence, ch. 2, 3 Novembre 2016, N° 2016/ 434, Numéro de rôle : 13/24569, Numéro JurisData : 2016-023605).

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 21 décembre 2016

Synthèse des règles en matière de déséquilibre significatif



Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 21 décembre 2016

Une ristourne inconditionnelle doit être mentionnée sur la facture mais son exigibilité peut être différée

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) a rendu le 16 décembre dernier un avis relatif à une demande portant sur la licéité d'une pratique de facturation.

La question portait sur une pratique consistant à convenir, lors des négociations entre un fournisseur et un distributeur pour l'année N, d'une réduction de prix inconditionnelle dont le paiement est différé à la ou aux premières factures d'achat de l'année N+1 sous forme d'avoir. La CEPC indique que dès lors que cette réduction est non conditionnelle, elle est acquise et doit donc figurer sur la facture de la vente à laquelle elle se rattache, même si elle n'est pas encore exigible. Cette réduction est donc mentionnée en pied de facture sans qu'elle ne vienne en déduction du total à payer par l'acheteur qui doit régler dans les délais légaux prévus.

Quant à l'exigibilité de la ristourne, elle peut être différée et imputée sur une autre facture émise qui devra elle aussi être réglée dans les délais légaux prévus.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 12 janvier 2016

Marché public : l'indemnisation des travaux supplémentaires et la prise en compte des aléas au stade de l'offre

1- Il est de droit que l'exécution de travaux supplémentaires en cours de chantier doit donner lieu à paiement au profit du titulaire du marché à prix global et forfaitaire, même sans ordre de service, dès lors qu'ils s'avèrent être indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art (voir sur ce point notamment : [brève Redlink 18/05/2015](#)).

Ce droit a été très clairement réaffirmé par le Conseil d'Etat dans une décision *Société SNT Petroni* du Conseil d'Etat du 14 octobre 2015, req. n° 384749).

2- Encore faut-il néanmoins, en fait, que ces travaux supplémentaires n'aient pas pu être anticipés par le titulaire lorsqu'il était candidat au marché.

En effet, dans l'affaire précitée, le Conseil d'Etat a relevé que les travaux supplémentaires dont l'indemnisation était sollicitée par le titulaire portaient sur des fondations dont le volume réalisé avait été plus important que l'entreprise ne l'avait anticipé dans son offre.

Cependant, il ressort implicitement des termes de l'arrêt du Conseil d'Etat que le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du dossier de consultation des entreprises ne comportait pas d'indications sur ce point.

Parallèlement, il ressort de la motivation de la décision d'une part que l'étude géotechnique figurant au dossier de consultation comportait des indications qui permettaient au « professionnel avisé » d'anticiper sur des aléas qui pouvaient impacter le volume des fondations à réaliser.

D'autre part, le Conseil d'Etat souligne la circonstance qu'aucune demande de renseignement auprès de l'acheteur public n'avait été adressée par l'entreprise pendant la consultation pour obtenir, le cas échéant, des renseignements complémentaires, alors même que le cahier des clauses techniques particulières l'autorisait.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat considère que la demande d'indemnisation des travaux supplémentaires n'est pas fondée et il la rejette.

3- Cette décision doit inciter les opérateurs économiques :

- à être aussi vigilant que précis dans l'analyse des besoins et des conditions d'exécution formulés par l'acheteur public lors de la consultation,
- à être proactif pendant la phase de consultation en sollicitant l'ensemble des renseignements complémentaires éventuels compte tenu des imprécisions ou imperfections de la consultation,
- afin d'établir et de son renseigner son offre de la façon la plus sécurisée possible.

En effet, toute éventuelle imprécision de la part de la personne publique pourrait peser sur le titulaire du marché qui exécutera les travaux dans les règles de l'art mais qui devra *in fine* lui-même supporter les imprécisions émanant de la personne publique.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 25 janvier 2016

Contrat public : l'office du juge du référé précontractuel est circonscrit

1- Le candidat évincé d'une procédure de passation d'un contrat public (marché public, délégation de service public, PPP ... etc.) a la possibilité de saisir le juge du référé précontractuel pour contester le résultat de la consultation.

Le juge du référé précontractuel doit, quant à lui, vérifier si les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été respectées par l'acheteur.

Il doit en effet contrôler si les conditions et modalités suivant lesquelles les opérateurs économiques ont été informés du projet d'achat, puis suivant lesquelles leurs offres ont été comparées, sont conformes à la réglementation et respectent l'égalité de traitement des candidats.

Son office, c'est à dire sa mission de contrôle, ne doit pas aller au-delà : c'est à dire que le juge ne peut pas se substituer à l'acheteur en appréciant la valeur ou les mérites mêmes de l'offre.

La limite de l'office du juge s'explique notamment par le fait que n'étant pas un technicien de l'objet acheté, le juge n'est pas à même, techniquement, d'apprécier si l'offre est « valable », c'est à dire opportune ou adéquate, au regard de la prestation à exécuter : il doit donc s'en tenir aux éléments de droit.

2- Le Conseil d'Etat a rappelé ce principe (CE, 20 janvier 2016, *Société Derichebourg Polyurbaine*, req. n°394133) en formulant plusieurs indications qui permettent de mieux comprendre l'office du juge de la passation du contrat.

2.1- Tout d'abord, le juge du référé précontractuel ne peut se prononcer :

- ni sur l'appréciation portée par l'acheteur sur la valeur d'une offre,
- ni sur les mérites respectifs des différentes offres.

Cela signifie qu'il n'a pas à se prononcer tant sur la façon dont l'acheteur a pu porter une appréciation sur la valeur d'une offre, que sur son mérite intrinsèque.

A cet égard et à titre d'illustration, il se peut qu'une offre réponde techniquement à telle exigence de la consultation mais que la façon d'y répondre ou de la mettre en œuvre proposé par le candidat puisse justifier une appréciation sur son aspect plus ou moins efficace (ce qui aura une conséquence sur la notation). C'est ce type d'appréciation que le juge du référé ne peut pas appréhender lors du contrôle de la régularité de la procédure de passation.

2.2- Ensuite, le juge doit seulement se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cela signifie qu'il doit vérifier si les informations qui doivent être données aux opérateurs économiques pour répondre à une consultation en vue de l'attribution d'un contrat public sont suffisantes et adéquates au regard :

- d'une part du projet porté par l'acheteur ;
- et d'autre part quant aux « règles du jeu », c'est à dire aux modalités posées pour répondre à la consultation ainsi qu'aux conditions retenues pour l'appréciation des offres.

2.3- Enfin, et c'est là un aspect essentiel de la décision rendue par le Conseil d'Etat, le juge doit vérifier que l'acheteur n'a pas dénaturé l'offre du candidat lorsqu'il l'a analysé et apprécié.

Cela signifie que le juge de la passation du contrat doit vérifier que l'offre du candidat a bien été analysée et appréciée au regard de son contenu, c'est à dire « fidèlement » au regard de ce qui a été proposé par ce candidat, sans avoir été modifié.

3- Dans l'affaire précitée, le juge du référé précontractuel avait constaté que l'acheteur avait apprécié l'adéquation entre le prix proposé par un candidat et le nombre de personnes affectées à l'exécution de la prestation.

Cette appréciation avait conduit l'acheteur à reprendre le décompte des personnes affectées à l'exécution du marché puis à considérer l'offre du candidat n'était pas la moins-disante.

Il semble en effet que le candidat avait fait une présentation particulière de son offre sur ce point, ce qui avait conduit l'acheteur à « reconsidérer » les données de l'offre pour pouvoir l'apprécier et la comparer avec les autres offres de façon conforme aux règles de la consultation.

Le juge du référé précontractuel avait annulé la procédure de passation en considérant que l'acheteur avait « modifié » l'offre de ce candidat et que l'acheteur l'avait ainsi irrégulièrement écartée.

Le Conseil d'Etat annule l'ordonnance du 1^{er} juge en considérant qu'il ne s'était pas borné à vérifier si l'offre avait été dénaturée mais qu'il s'était également prononcé sur l'appréciation qu'avait portée l'acheteur sur la valeur de l'offre du candidat.

En l'espèce, l'arrêt du Conseil d'Etat n'explique pas précisément en quoi le 1^{er} juge s'était prononcé sur cette appréciation.

On comprend toutefois que la présentation particulière de l'offre par le candidat n'interdisait - évidemment - pas l'acheteur d'apprécier les données de l'offre au regard des règles de la consultation. On en déduit que le 1^{er} juge aurait considéré que l'appréciation portée par l'acheteur sur l'adéquation prix/nombre de personnes était elle-même irrégulière et ne justifiait pas qu'il écarte l'offre du candidat.

Le Conseil d'Etat sanctionne donc la décision du 1^{er} juge en indiquant qu'il ne pouvait pas annuler la procédure de passation du contrat en se fondant sur la façon de l'acheteur avait apprécié la valeur de l'offre du candidat.

4- Cette décision est très utile pour les opérateurs économiques en ce qu'elle permet de mieux comprendre et circonscrire l'office du juge de la passation des contrats publics et, partant, de mieux jauger l'utilité et l'opportunité d'agir en référé précontractuel.

Elle doit également inciter les opérateurs économiques à être très précis lors de la constitution et l'élaboration de leurs offres.

En effet, moins l'offre est précise et moins elle répond spécifiquement aux besoins de chaque consultation (tant au regard de l'objet de la prestation attendue qu'au regard de l'adéquation de la présentation de l'offre aux données du dossier de consultation) plus l'acheteur dispose de marges - volontaires ou involontaires - de manœuvre pour une application - plus ou moins rigoureuse - des règles de la consultation lors de l'analyse des offres.

Ainsi, déposer une offre précise et adéquate c'est à la fois accroître ses chances de remporter la consultation, se prémunir contre une appréciation « infidèle » de son offre et enfin disposer de moyens efficaces de contestation de la procédure de passation si elle n'a pas été menée par l'acheteur conformément aux règles annoncées.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 26 janvier 2016

Marché public: la gravité des désordres est prise en compte pour l'appréciation de la garantie décennale des constructeurs

1- Dans un arrêt du 12 janvier 2016, la Cour administrative d'appel de Bordeaux s'est penchée sur les conditions de mise en œuvre de la garantie décennale des constructeurs (CAA Bordeaux, 12 janvier 2016, *Département de la Dordogne*, req. n° 13BX01618, Inédit au Recueil Lebon).

En l'espèce, le département de la Dordogne avait conclu un marché de travaux relatif à la restructuration et l'extension d'un collège. Quelques années après avoir réceptionné l'ouvrage, des désordres d'infiltration d'eau et de fissuration affectant le collège étaient apparus.

Le département de la Dordogne avait alors engagé une procédure de référé-expertise et une action devant le juge administratif à l'encontre des différentes entreprises afin d'obtenir réparation du préjudice subi.

2- La Cour administrative d'appel de Bordeaux rappelle tout d'abord le principe récemment réaffirmé par le Conseil d'Etat (CE, 15 avril 2015, *Commune de Saint-Michel-sur-Orge*, req. n° 376229), selon lequel il « *résulte des principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs que des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent leur responsabilité* ».

Elle ajoute qu' « *ils ne peuvent s'exonérer de cette responsabilité qu'en prouvant que les désordres proviennent d'une cause étrangère à leur intervention.* »

En application de ces principes, la Cour procède à un contrôle de la gravité des désordres constatés afin de déterminer s'ils sont de nature à engager la responsabilité des constructeurs.

3- En l'occurrence, la Cour administrative d'appel de Bordeaux considère, en se fondant sur le rapport d'expertise, que les désordres d'humidité constatés au plafond de salles de classe du collège, qui ont fait l'objet de reprises, ne compromettent pas la solidité de l'ouvrage et ne le rendent pas impropres à la destination.

La Cour en déduit que la responsabilité de la société chargée du lot « étanchéité » ne peut donc être engagée sur le fondement de la garantie décennale.

En revanche, elle retient que les désordres de fissuration présents sur un mur extérieur sont de nature à porter atteinte à la solidité de l'ouvrage et à le rendre impropre à sa destination.

Elle considère donc que ces désordres sont de nature à engager la responsabilité de la société titulaire du lot « terrassement et gros œuvre » et la condamne à réparer le préjudice subi par la Collectivité.

4- Il importe donc de retenir que l'Administration doit prouver que les désordres apparus postérieurement à la réception des travaux sont suffisamment graves pour engager la responsabilité des constructeurs sur le fondement de la garantie décennale.

Par conséquent, les ex-titulaires de marchés publics de travaux qui se voient potentiellement attirés en responsabilité au titre de la garantie décennale doivent impérativement étudier très précisément les faits exposés par l'Administration pour vérifier s'ils affectent ou non la solidité de l'ouvrage, ou le rendent impropres à sa destination.

Si tel n'est pas le cas, ils pourront utilement tenter de s'opposer à leur mise en cause, ce qui semble possible si les faits sont clairs et suffisamment précis dès le stade de leur mise en cause dans le cadre d'un référé expertise.

Cependant, et dans la mesure où il est vraisemblable que dans la majorité des cas le juge du référé expertise ne les mettra pas hors de cause *a priori*, il appartient aux ex-titulaires ainsi mis en cause de gérer l'expertise de façon adéquate afin d'obtenir un avis favorable de l'expert qui leur permettra ensuite d'être mis hors de cause par le juge de la responsabilité (dans l'hypothèse où l'Administration ne se sera pas elle-même abstenue sur ce point).

Emmanuelle Yvon
Avocate à la Cour

Publiée le 3 février 2016

Transport public de voyageurs : le nouveau droit des gares routières (enfin) !

1- Les gares routières de voyageurs étaient les oubliées du droit moderne des transports.

En effet, les gares routières de voyageurs étaient, jusqu'au 29 janvier 2016, encore régies par une vieille Ordonnance du 24 octobre 1945 (n° 45-2497).

Cette Ordonnance avait, certes, subi quelques modifications durant les 70 années de son existence (et au demeurant principalement dans les années 70-80), mais elle traduisait un cadre juridique reflétant l'intervention, pour ne pas dire le dirigisme, économique de la puissance publique.

Cette réglementation, peu lisible et devenue inadéquate voire contradictoire au regard de l'évolution de nombreuses autres règles, et notamment particulièrement dans le domaine des transports publics et du transport de voyageurs, emportait de nombreuses difficultés tant pour les exploitants de gares routières que pour les utilisateurs commerciaux (transporteurs) et les usagers.

Les difficultés et interrogations que suscitaient l'Ordonnance de 1945 *sur les gares routières de voyageurs* n'ont cependant plus lieu d'être puisqu'elle est désormais abrogée (par l'article 11 de l'[Ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux gares routières et à la recodification des dispositions du code des transports relatives à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières](#)).

2- Les gares routières de voyageurs (ci-après GRV) sont en effet désormais régies par le Chapitre IV (« Gares et autres aménagements de transport routier »), lequel est inséré au Livre III (« Transport routier ») du Livre Ier (« Le transport routier de personnes ») du Titre Ier (« Les transports publics collectifs ») du Code des transports.

L'ensemble de la législation « opérationnelle » relative aux gares routières de voyageurs est ainsi regroupé et rénové aux articles L.3114-1 à L.3114-15 du Code des transports.

Cette législation est (pour l'essentiel) organisée en 3 Sections :

1. comportant des « **dispositions générales** » définissant les GRV et les installations (*aménagement*) assimilées ;
2. arrêtant les conditions et modalités d'« **exploitation** » des GRV en instaurant notamment un régime déclaratif ;
3. spécifiant des règles propres à la « **régulation** » en instituant l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et Routières (ci-après ARAFER) comme une autorité majeure et incontournable pour l'ensemble des acteurs concernés.

3- Le nouveau régime juridique applicable aux gares routières de voyageurs (ou tout aménagement permettant la prise en charge ou la dépose de passagers de services réguliers de transport routier [hors scolaire]) emporte de nombreuses conséquences, dont quelques-unes sont immédiates et doivent ainsi être appréhendées par les exploitants et les transporteurs routiers de voyageurs.

3.1- Tout d'abord les exploitants d'« aménagements voyageurs de transport routier » ont à se déclarer auprès de l'ARAFER dans les **trois mois** qui viennent (cf. art. 12 de l'Ordonnance du 29 janvier précitée).

Toutefois les modalités de cette déclaration n'étant pas encore définies, les exploitants (publics et privés) doivent se tourner vers l'ARAFER pour les connaître (ou, à défaut, déterminer au regard des textes édictées les informations essentielles devant lui être communiquées dans ce délai).

3.2- Ensuite, chaque exploitant d'une GRV doit vérifier sa situation actuelle afin de déterminer s'il relève des obligations spécifiques en matière :

- de tenue d'une comptabilité propre et distincte (s'il exerce par ailleurs une autre activité - cf. art. L.3114-5 C. Transp.) ;
- de définition et de mise en œuvre de règles, qui devront être diffusées à toute entreprise de transport public routier, et qui auront pour objet de permettre et de garantir un accès

- transparent, objectif et non discriminatoire à l'aménagement et aux services qui y sont associés (cf. art. L.3114-6 C. Transp.), notamment par l'organisation de « *procédure publique permettant l'allocation des capacités non utilisées* » aux entreprises de transport ;
- de traitement des demandes faites par les entreprises de transport public routier (cf. art. L.3114-7 C. Transp.).

Là encore, les exploitants ont seulement trois mois pour se préparer à l'application de ces nouvelles exigences (cf. art. 12 de l'Ordonnance du 29 janvier précitée), étant indiqué que :

- des dispositions d'application pourraient/devraient être prises par l'ARAFER (ce qui met les acteurs concernés mais devraient pouvoir leur faciliter la situation à court terme) ;
- les exploitants ont d'ores et déjà l'obligation d'appliquer ces règles « *dans le respect des principes définis* » à l'article L.3114-6 C. Transp. (ce qui les oblige notamment à réfléchir à la mise en place de « *procédures publiques* » pour l'allocation des capacités exploitables au sein des GRV).

Le pendant inverse directe de ces nouvelles dispositions, pour les entreprises de transport routier de personnes, consiste donc à solliciter les exploitants d'« aménagements voyageurs de transport routier » pour qu'ils leur en ouvrent l'accès, à des conditions transparentes et non discriminatoires.

3.3- Enfin, tant les exploitants (public ou privé) que les entreprises de transport routier de personnes doivent appréhender, à bref délai, les règles nouvelles de la régulation, ainsi que la mission et le rôle de l'ARAFER.

En effet, l'ARAFER est désormais chargée du contrôle de l'utilisation (au sens large) des « aménagements voyageurs de transport routier » et des acteurs concernés.

Elle dispose à cet égard de pouvoirs d'investigation importants et de pouvoirs contraignants que les acteurs devront rapidement d'abord connaître mais aussi ensuite bien appréhender dès lors qu'ils touchent aussi bien :

- à la création et au maintien des « aménagements voyageurs de transport routier » (cf. art. L.3114-13 C. Transp.) ;
- au contrôle de leur exploitation (art. L.3114-12 C. Transp.) et de leur accessibilité (art. L. 3114-8 C. Transp.) ;
- mais aussi à la transparence des informations les concernant (art. L.3114-10 et L.3114-11 C. Transp.).

3.4- Il doit aussi être mentionné, à ce stade et pour mémoire, que l'Ordonnance du 29 janvier 2016 instaure et régit également les sanctions administratives applicables dans ce domaine.

4- Il convient par ailleurs de relever que ce nouveau régime des « aménagements voyageurs de transport routier » emporte des effets au-delà du seul secteur du transport routier de voyageurs et qui sont susceptibles à ce titre de concerner de nombreux opérateurs économiques « périphériques ».

En effet, en conséquence du nouveau régime juridique applicable aux GRV :

- le droit de l'aménagement commercial est adapté, les gares routières de voyageurs étant assimilées aux gares ferroviaires situées sur le domaine public en centre-ville pour ce qui concerne l'application du seuil de 2.500 m² requis pour les autorisations d'exploitation commerciale (cf. art. L.752-2 III du Code de commerce) ; l'enjeu est ici important pour les gestionnaires du domaine public ainsi que pour les opérateurs commerciaux en lieux de flux au regard de l'implantation de commerces dans l'enceinte des GRV ;
- le droit de l'urbanisme est aussi (et en conséquence) adapté au niveau du « règlement national d'urbanisme » en fixant des règles spécifiques pour l'emprise au sol des surfaces affectées aux aires de stationnement des commerces soumis à autorisation d'aménagement commercial et cinématographique dont seront déduites les surfaces d'« aménagements voyageurs de transport routier » (art. L.111-19 du Code de l'urbanisme) ; l'enjeu est ici important pour les acteurs de l'aménagement commercial ainsi que pour les autorités administratives qui doivent adapter leur règles locales d'urbanisme en conséquence ;
- le droit de la publicité (enseignes et pré-enseignes) est également adapté pour étendre l'autorisation de publicité à l'intérieur de l'emprise des gares routières de voyageurs (cf. art.

L.581-7 du Code de l'environnement) ; l'enjeu ici très important tant pour les exploitants (qui pourraient y trouver une source complémentaire de revenu) que pour les professionnels de la publicité qui pourraient trouver matière à étendre leur activité dans des lieux nouveaux en dehors d'agglomération ...

Il convient par ailleurs et incidemment de relever que ce nouveau régime intéresse et impacte également les Autorités Organisatrices de Transports dès lors qu'elles sont concernées, es-qualité, de près ou de loin par des gares routières de voyageurs et notamment lorsqu'elles confient à des opérateurs privés l'exécution de mission de transport (étant indiqué que l'article L.3114-2-1 C. Transp. réserve une spécificité en matière de création de GRV à l'occasion de l'exécution de missions de service public visée à l'article L.1211-4 C. Transp.).

5- En conclusion et de façon immédiates, les nouvelles dispositions relatives aux gares routières de voyageurs, qui appellent des dispositions d'application, obligent les acteurs directement concernés à s'y intéresser et à s'y adapter rapidement compte tenu des nouvelles obligations mais aussi des nouvelles opportunités qu'elles ouvrent et offrent aux opérateurs économiques.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 8 février 2016

Contrat public : le droit de la rupture brutale des relations commerciales établies est-elle applicable aux marchés publics ?

1- L'article L.442-6 5° du Code de commerce (C. Com.) sanctionne la « rupture brutale des relations commerciales » (voir en ce sens les [brèves Redlink](#) sur ce sujet) en prévoyant la responsabilité de son auteur.

Or, bien qu'il s'agisse d'une règle du droit commercial, la question de son application aux contrats publics fait aujourd'hui particulièrement débat devant le juge administratif.

2- Ainsi, la Cour administrative d'appel de Nancy a, dans une décision d'octobre 2015 ([CAA Nancy, 27 octobre 2015, sociétéCogest, req. N° 15NC00242](#)) concernant un litige relatif à un marché public jugé que « *ce contrat, qui entre dans le champ d'application du code des marchés publics, a le caractère d'un contrat administratif ; il suit de là que le moyen tiré de la rupture abusive de ce marché public en méconnaissance des dispositions précitées du 5° de l'article L.442-6-1 du code de commerce, qui ne sont pas applicables au litige, ne peut qu'être écarté comme inopérant* ».

La motivation de la décision est assez expéditive et ne permet donc pas d'appréhender le raisonnement qui a conduit le juge d'appel à statuer en ce sens.

Il convient cependant de relever que dans cette affaire la société poursuivante avait contesté le fait que l'acheteur public puisse cesser un contrat en cours à son terme d'une année et ne pouvait, selon elle, passer un nouveau contrat (avec un autre opérateur) sans commettre une rupture brutale de leur relation commerciale.

Or, sous l'angle classique du droit des marchés publics, la motivation expéditive de la Cour peut, de prime abord (et donc sans connaître toutes les données de l'affaire) se comprendre. En effet, le marché en cause était à bons de commande et passé pour une année, ce que la société poursuivante savait ; la contestation d'un nouveau marché relève en général de procédures spécifiques organisées par le Code de justice administrative (référé précontractuel et contractuel, recours *Tropic-Tarn-et-Garonne*) ; enfin, le droit des marchés publics n'ignore pas la rupture des relations contractuelles et est couvert par un dispositif juridique *ad hoc* à ce titre (résiliation pour motif d'intérêt général).

Cependant, une approche plus approfondie conduit à s'interroger sur la motivation de l'arrêt de la Cour qui tend à considérer « par principe » que les dispositions de l'article L.442-6 5° C. Com. ne pourrait pas s'appliquer aux marchés publics (et, compte tenu du libellé de l'arrêt, à l'ensemble des contrats publics).

3- En effet, la question de la responsabilité des personnes publiques en matière de rupture des relations contractuelles doit s'appréhender au regard de plusieurs évolutions récentes majeures (voir nota. en ce sens : CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers (Béziers I)*, req. n° 304802 ; [CE, 8 octobre 2014, Société Grenke location, req. n° 370644](#)), qui traduisent une forme de rééquilibrage du lien contractuel puissance publique/opérateur économique et qui apparaissent s'inspirer de la pratique contractuelle « privée ».

S'agissant particulièrement de l'application de la notion de « rupture brutale », la position des juges administratifs n'est d'ailleurs pas homogène, puisque la Cour administrative d'appel de Marseille n'a, pour sa part, pas considéré que les dispositions de l'article L.442-6 5° C. Com devaient être écartées « par principe ».

Dans un litige opposant EDF à une société de travaux concernant l'exécution d'un marché à bons de commande, la Cour avait en effet relevé que « *les dispositions des articles L.410-1, L.420-2 et L.442-6 du code de commerce, entrés en vigueur le 21 septembre 2000, résultent de la codification des dispositions de l'Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 consolidée, relative à la liberté des prix et de la concurrence ; que celle-ci disposait en son article 53, repris à l'article L.410-1 du code de commerce que : « Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public»* (CAA Marseille, 13 mai 2008, *société Sotrape Sud*, req. n° 05MA02395). Ainsi si dans cette affaire la Cour avait écarté l'argument pour des raisons propres au litige, elle avait néanmoins estimé que les dispositions de l'article L.442-6 5° du Code de commerce pouvaient trouver à s'appliquer à un marché public.

Il convient d'ailleurs de souligner qu'il est aujourd'hui certain que le Code de commerce trouve à s'appliquer aux contrats publics puisque certaines de ses dispositions sont applicables/invocables devant le juge administratif dans des litiges concernant des marchés publics. A cet égard et à titre d'exemple, il est rappelé que contentieux des ententes et de l'abus de position dominante (art. L.420-1 et L.420-2 C. Com.) dans les marchés publics relève, pour ce qui le concerne, de la compétence partagée du juge administratif (Trib. Confl., 4 mai 2009, *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, Société Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux*, n° C3714).

4- En conclusion, deux enseignements doivent être tirés de l'état du droit actuel incertain décrit ci-avant.

Premièrement, en l'état de la jurisprudence les opérateurs économiques ne doivent pas se priver d'invoquer la notion de rupture brutale des relations contractuelles établies en matière de contrat public pour rechercher la responsabilité du cocontractant ; en effet, même si certaines dispositions régissant le droit des contrats n'apparaissent pas toujours en adéquation avec une telle notion, il est assurément des situations où la cessation de certaines relations contractuelles n'est ni fondée ni justifiée, mais où, pour autant, le fondement juridique de la responsabilité du cocontractant public est parfois difficile à identifier (notamment parce que certains contrats ne sont pas régis sur ce point par des dispositions légales ou réglementaires).

Deuxièmement, il faut s'attendre à ce que de nouvelles évolutions interviennent en matière de contrat public dans le prolongement des évolutions et de la dynamique ouverte et enclenchée par le Conseil d'Etat depuis la décision *Tropic Travaux Signalisation* (CE, Ass. 16 juillet 2007, req. n° 291545).

Amanda Ramos / Alexandre Le Mière
Avocats à la Cour

Publiée le 9 février 2016

Contrat public : la contestation des contrats signés avant le 4 avril 2014 reste objective

1- En 2007 le Conseil d'Etat a modifié les modalités de contestation à l'encontre des contrats administratifs CE, Ass., 16 juil. 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545).

Il a permis aux « concurrents évincés » qui s'estimaient irrégulièrement écartés de la conclusion du contrat de le contester directement et d'en obtenir, le cas échéant, la résiliation ou l'annulation (ainsi que potentiellement une réparation).

Cependant, cette possibilité n'a été initialement ouverte qu'aux seuls « tiers » concernés par la passation des contrats (c'est à dire les seuls opérateurs économiques), les autres tiers (c'est à dire les « usagers », les élus et le préfet) n'étaient pas autorisés à contester directement le contrat.

Cette différence de situation entre les différentes catégories de personnes intéressées a conduit le Conseil d'Etat à faire encore évoluer la jurisprudence (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994) et à ouvrir la contestation directe du contrat à l'ensemble des requérants potentiels.

2- Les opérateurs économiques (notamment) se sont saisis de cette nouvelle opportunité de recours. L'expérience contentieuse que cela a généré a conduit le Conseil d'Etat à affiner et préciser les modalités de recours contre les contrats (ce qu'il opérait également parallèlement en matière de référé précontractuel - CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420).

Initialement, la contestation directe des contrats reposait sur des moyens (arguments juridiques) « objectifs » : c'est à dire que dès lors que le requérant était recevable (c'est à dire concerné par l'affaire), il pouvait invoquer tous les points de contestation possibles du contrat, y compris des aspects (juridiques) qui ne le concernaient pas directement, c'est à dire qui ne l'affectaient pas (c'est à dire sans incidence sur son éviction).

A compter de la décision *Département de Tarn-et-Garonne* les moyens susceptibles d'être invoqués à l'encontre du contrat par le requérant devaient et doivent l'avoir lésé (c'est à dire l'avoir affecté en ce sens que l'irrégularité éventuellement commise doit être rapport avec sa situation - à l'exception des irrégularités très importantes qui peuvent toujours être invoquées). C'est ce que la jurisprudence désigne sous la qualification de « *vices en rapport direct avec l'intérêt lésé* » et que l'on peut considérer comme « subjectifs ».

Cette nouvelle modalité de recours s'applique toutefois aux seuls recours engagés contre des contrats signés à compter du 4 avril 2014 (date de la décision) et ce afin d'éviter de donner un effet rétroactif à la jurisprudence.

3- La décision *Département de Tarn-et-Garonne* a donc apporté deux innovations : (i) elle a étendu la possibilité de contester directement le contrat à toutes les personnes concernées par le contrat (et non aux seuls opérateurs économiques) et (ii) elle a limité les moyens invocables à ceux qui affectent réellement la situation du requérant (les « *vices en rapport direct avec l'intérêt lésé* » « subjectifs »).

La question qui s'était posée à la suite de cette décision était de savoir si la nouvelle modalité de recours reposant sur les « *vices en rapport direct avec l'intérêt lésé* » s'appliquait aux opérateurs économiques pour les contrats signés avant le 4 avril 2014 ou seulement aux contrats signés après.

Le Conseil d'Etat a clairement tranché cette question par la décision *Société « Voyages Guirette »* (CE, Sect., 5 février 2016, req. n° 383149) en plaçant tout le monde dans la même situation par rapport à la date du 4 avril 2014.

Le système des « *vices en rapport direct avec l'intérêt lésé* » ne s'applique donc qu'aux contrats signés après le 4 avril 2014.

En l'espèce, le Conseil d'Etat fait application de la règle en confirmant l'arrêt de la Cour administrative d'appel qui avait résilié le contrat qui avait été contesté au motif qu'il reposait sur un marché à bons de commande de 6 ans (alors que l'article 77 du Code des marchés publics le limite, sauf exception dûment justifiée, à 4 ans).

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 15 février 2016

Une servitude administrative interdisant d'utiliser un chalet d'alpage durant la période hivernale est-elle conforme au droit de propriété garanti par la Constitution ?

C'est une question, posée par notre Cabinet (équipe Droit public des affaires - Alexandre Le Mière et Emmanuelle Yvon), que le Conseil constitutionnel doit trancher prochainement.

En effet, l'article L.145-3 I alinéa 2 C. Urb. (devenu l'article L.122-11 C. Urb. dernier alinéa) prévoit que lors de la délivrance d'une autorisation d'urbanisme, lorsque des chalets d'alpage ne sont pas desservis par des voies et réseaux, l'autorité compétente a la faculté de subordonner la réalisation de travaux à l'institution d'une servitude administrative interdisant l'utilisation du bâtiment en période hivernale.

Saisie de l'analyse de cette servitude, l'équipe Droit public des affaires du Cabinet Redlink (animée par Alexandre Le Mière) a identifié que le cadre juridique, imprécis, entourant l'institution d'une telle servitude par une collectivité territoriale, posait des questions au plan de sa conformité à la Constitution.

Ainsi, après avoir saisi une Commune qui en avait institué une, afin de lui demander de défaire cette servitude, ce qu'elle a refusé, l'équipe, forte de sa maîtrise du contentieux, a convaincu dans un premier temps le tribunal administratif de Besançon (20 novembre 2015, req. n° 1500738) puis dans un second temps le Conseil d'Etat (CE, 10 février 2016, req. n° [394839](#)), de ce que le dispositif prévu par l'article L.145-3 I al. 2 C. Urb. posait des questions sérieuses au regard des normes constitutionnelles.

Les Sages ont donc désormais un délai de 3 mois pour se prononcer.

Alexandre Le Mière / Emmanuelle Yvon
Avocats à la Cour

Publiée le 18 mars 2016

L'économie collaborative

L'économie collaborative s'accroît et concerne chacun, c'est à dire tant les acteurs de l'économie dite classique que chaque citoyen en tant qu'acteur ou utilisateur. L'accroissement du fait de l'économie collaborative - dont les frontières et les concepts ne sont encore ni circonscrits ni figés - ouvre chaque jour de nouvelles perspectives, de nouveaux enjeux, de nouvelles opportunités, et suscitent parallèlement des interrogations notamment au plan juridique.

Parallèlement aux questions « naturelles » qui peuvent se poser au plan juridique au regard de l'utilisateur et/ou du consommateur (droit des personnes et droit de la consommation) et au regard des intervenants et des acteurs (droit du travail, droit fiscal, droit commercial), se pose également la question de l'appréhension du fait collaboratif par l'Etat.

En effet, qu'elles soient collaboratives ou classiques, certaines activités impliquent l'intervention ou le contrôle de l'Etat afin d'assurer aux citoyens (au sens très large) un certain nombre de protections et de garanties dans l'intérêt de tous (c'est à dire dans l'intérêt général). Le fait collaboratif peut également ouvrir de nouvelles perspectives et opportunités au regard du « fait collectif » et notamment dans la gestion de projets ou d'infrastructures publiques (à titre d'exemple des citoyens pourraient lancer un projet de « crowdfunding public » pour créer et financer un équipement public, ce qui impacte directement l'aménagement du territoire).

Il existe donc un champ de réflexion, d'analyse et de recherche de solutions immense qu'il convient de mener et c'est la raison d'être et l'objectif du Club de l'Economie Collaborative animé par Com'Publics (<http://www.compublics.com/>) et dans lequel Redlink s'investit.

[Echo du collaboratif - n° 01 mars 2016](#)

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 11 avril 2016

Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple émis par les autorités de régulation

1. Dans 2 affaires jugées le 21 mars 2016, (CE, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, req. n° 390023 & CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, req. n° [68082](#), [368083](#) et [368084](#)), le Conseil d'Etat a jugé en Assemblée (formation solennelle où sont jugées les affaires revêtant une importance remarquable) qu'étaient recevables les recours en excès de pouvoir (recours en annulation) visant des actes de droit souple émanant des autorités de régulation.

Les recours en excès de pouvoir ne sont en principe pas ouverts contre les actes ne faisant pas grief (car n'étant pas considérés comme décisifs tels que les communiqués, avis, prises de position, etc.).

Pourtant, dans ces arrêts, le Conseil d'Etat a jugé recevable les recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple tels que :

- les communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers (AMF) appelant les investisseurs à la vigilance de la société Fairvesta ;
- une délibération de l'Autorité de la concurrence manifestant une prise de position.

2. Il convient de rappeler que le Conseil d'Etat avait, dans un premier temps, jugé que les avis de l'autorité de la concurrence pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent un caractère impératif ([CE 11 octobre 2012, Sté Casino Guichard-Perrachon, req. n° 357193](#)).

C'est également dans le domaine régulé de la santé, que le Conseil d'Etat avait assoupli la recevabilité des recours contre les actes non décisifs tels que les recommandations de bonnes pratiques en matière médicale, même en l'absence de caractère impératif de l'acte, compte tenu des devoirs déontologiques imposés aux professionnels de santé d'assurer aux patients des soins fondés sur les données acquises de la science.

3. Dans ces 2 arrêts du 21 mars 2016, le Conseil d'Etat confirme tout d'abord que « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* ».

Le Conseil d'Etat prévoit toutefois des conditions restrictives sur l'intérêt à agir des requérants. En effet, ces derniers devront, pour démontrer qu'ils ont un intérêt à agir direct et certain, établir que ces actes :

- sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique ;
- ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

Notons que la condition de l'effet notable de nature économique ne semble *a priori* pas compatible avec le délai de recours de deux mois des requérants. Ce point n'est pas encore tranché mais la rapporteure publique, Madame Suzanne Von Coester, a indiqué dans ses conclusions sous l'arrêt Société Fairvesta International GMBH et autres, qu'il serait approprié de garder des voies de recours ouvertes tant que les communiqués sont en ligne.

Ombeline Soulier-Dugénie / Amanda Ramos
Avocats à la Cour

Publiée le 4 juillet 2016

Grand Paris : les expropriations centralisées au TGI de Paris

Alors que la société du Grand Paris vient d'annoncer la fin du cycle des enquêtes publiques et l'achèvement, au 28 juin 2016, des dernières enquêtes en cours et, partant, la délivrance des dernières déclarations d'utilité publique, le Gouvernement a récemment pris un décret visant à centraliser l'ensemble des procédures d'expropriation auprès du Tribunal de grande instance de Paris. Rappelons que concomitamment ou postérieurement aux éventuels contentieux introduits contre les Déclarations d'utilité publiques (DUP), le Conseil d'Etat ayant déjà pu en être saisi (cf. CE, 22 juin 2016, SCCV Huit Douze Liberté, req. n° 388276), la société du Grand Paris peut et va pouvoir acquérir, notamment « *par voie d'expropriation ou de préemption, les biens de toute nature, immobiliers et mobiliers, nécessaires à la création et à l'exploitation des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris.* » (cf. art. 7, loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 *relative au Grand Paris*).

Les propriétaires de biens - ainsi que les professionnels exploitant des fonds de commerces - situés sur le trajet du projet du Grand Paris vont donc désormais devoir faire face aux procédures d'acquisition qui vont être mises en œuvre par la société du Grand Paris.

Ce processus, qui est encadré par la loi (cf. le Code de l'expropriation), implique notamment de faire fixer par le juge judiciaire l'indemnité d'expropriation ou de préemption (à moins que les parties n'aient trouvé une solution amiable entre elles).

Compte tenu de la complexité de l'opération, mais également probablement de la nécessité d'obtenir une certaine homogénéité judiciaire, le Gouvernement a adopté un décret le 17 juin 2016 par lequel il a décidé que l'ensemble du contentieux de l'expropriation lié à la réalisation du réseau du Grand Paris est désormais centralisé auprès du tribunal de grande instance de Paris (cf. Décret n° 2016-814 du 17 juin 2016 relatif au regroupement du contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique lié à la réalisation du réseau de transport du Grand Paris).

Ce décret, qui est d'effet immédiat, s'applique donc aux procédures en cours pour lesquelles l'ordonnance de « transport sur les lieux » n'a pas encore été notifié aux parties.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 19 juillet 2016

La prescription administrative est fixée à un an !

1. Les décisions prises par l'administration ont, généralement, des conséquences sur la situation des personnes (physiques ou morales), parfois importantes et parfois également inattendues, impliquant qu'elles doivent pouvoir les contester.

Dans le même temps l'efficacité administrative implique que les décisions de l'administration ne puissent pas être remises en cause indéfiniment.

Aussi est-il nécessaire de trouver un point d'équilibre entre l'intérêt de l'administré qui doit pouvoir contester et/ou faire remettre en cause une décision administrative qui l'affecte et la bonne marche de l'administration qui doit pouvoir s'assurer de la pérennité de ses décisions.

2. La règle, ancienne, est que les décisions de l'administration peuvent être contestées par l'administré, soit auprès de l'autorité qui a pris la décision, soit auprès de son supérieur hiérarchique, soit encore auprès de la juridiction administrative.

Mais, afin d'éviter que ces décisions ne puissent être éventuellement remises en cause trop longtemps après avoir été prises, l'administré peut (et doit) contester les décisions administratives dans un délai fixé par la réglementation.

Le délai de « droit commun » (c'est à dire celui communément appliqué en l'absence de texte spécifique prévoyant un autre délai) est de deux (2) mois.

Cependant (et notamment compte tenu de l'asymétrie existant entre l'administré et l'administration), ce délai n'est opposable à l'administré qu'à la condition qu'il en ait été clairement informé par la mention des délais et voies de recours pouvant être exercées contre la décision l'affectant. A cet égard, le Conseil d'Etat a expressément jugé il y a plusieurs années qu'il s'agissait là d'une exigence absolument substantielle (CE, Sect., 30 juin 2000, *Monsieur E. A.*, req. n° 151068). Ainsi, la règle était que si l'administration n'avait pas clairement informé au préalable l'administré de la règle du jeu, alors ce dernier pouvait sans délai, et donc même plusieurs années après, contester la décision de l'administration.

3. Le Conseil d'Etat a rompu cet équilibre par une décision du 13 juillet 2016 ([CE, Ass., Monsieur A ... B..., req n° 387763](#)) en décidant que désormais l'administré non informé des délais et voies de recours contre une décision de l'administration l'affectant ne pourrait la contester que dans un délai maximal d'une année.

Le Conseil d'Etat a justifié cette nouvelle règle, totalement prétorienne (c'est à dire arrêtée par le Conseil d'Etat lui-même sans faire application d'aucune disposition légale ou réglementaire édictée par le Parlement ou le Gouvernement), par le principe de sécurité juridique et la durée d'un an par la notion de délai raisonnable.

Le Conseil d'Etat a, également, indiqué dans cette décision que cette nouvelle règle s'applique à toutes les situations en cours, y compris donc aux litiges dont le juge aurait été saisi avant l'intervention de l'arrêt du 13 juillet 2016.

4. La conséquence immédiate à tirer de cette décision est, pour les administrés, de s'assurer que les décisions qu'ils auraient reçues de l'administration ou dont ils auraient connaissance (alors même qu'elles n'auraient pas été formellement notifiées) et qu'ils envisagent de contester ont moins d'un an.

Si tel est le cas, ils doivent décider rapidement de les contester (ou non), tout en considérant par ailleurs et parallèlement que tout éventuel processus de discussion (informel) engagé avec l'administration implique nécessairement la connaissance de la décision prise par cette dernière.

La conséquence pratique de cette nouvelle règle posée par le Conseil d'Etat est que les administrés doivent désormais considérer devoir « immédiatement » agir à l'encontre des décisions de l'administration. Ils ne peuvent plus attendre en « tenant compte » de l'absence d'indication sur la décision administrative des modalités suivant lesquelles la décision doit être contestée.

5. Parallèlement aux conséquences immédiates et pratiques qui viennent d'être évoquées, la nouvelle règle décidée par le Conseil d'Etat suscite de très nombreuses interrogations.

Toutes ces interrogations ne peuvent être appréhendées, anticipées ou abordées ici, mais - sans prétendre à aucune exhaustivité - certaines peuvent déjà être posées.

5.1. Il est d'abord légitime de s'interroger sur l'efficacité de la règle posée par le Conseil d'Etat.

En effet, et d'une part, cette nouvelle règle ne peut qu'inciter l'administration à s'abstenir d'indiquer la règle du jeu aux administrés ; or, dès lors que la raison d'être de l'administration est et reste de servir les administrés, on a du mal à saisir et comprendre l'adoption d'une règle qui, par nature, ne joue qu'au profit de l'administration et au détriment de l'administré (et qui, en outre, ouvre la porte à des postures et des stratégies de l'administration)...

D'autre part, cette nouvelle règle interdit l'accès au juge, c'est à dire la possibilité pour l'administré de pouvoir vérifier que la règle a été correctement appliquée par l'administration et, le cas échéant, de faire sanctionner l'irrégularité éventuellement commise ; or, là encore, on a du mal à saisir et comprendre une règle qui n'a *in fine* que pour seule conséquence de conforter l'administration dans ses éventuelles illégalités. Car, en effet, pouvoir contester une décision (c'est à dire avoir accès au juge) n'emporte pas automatiquement sa remise en cause, mais seulement la possibilité de pouvoir

la faire contrôler systématiquement (et partant de la sanctionner uniquement quand elle est illégale et inversement de la confirmer lorsqu'elle est légale...).

5.2. Il est ensuite également légitime de s'interroger sur le délai d'un (1) an arrêté par le Conseil d'Etat.

D'une part, on relève que les prescriptions en matière civile sont de 5, 10 ou 30 ans en fonction des sujets (cf. loi n°2008-561 du 17 juin 2008 *portant réforme de la prescription en matière civile*), ce dont il peut se déduire que le Législateur a considéré qu'il s'agissait - en fonction des matières - de durées raisonnables ; or, manifestement, le Conseil d'Etat ne considère pas que ces délais posés par le Législateur (qui ont le même objectif que de préservation de la stabilité des situations juridiques) sont raisonnables.

D'autre part, cette durée d'un an est en réalité et en pratique assez courte. En effet, dans de nombreux cas, l'administré n'est pas mis en mesure d'appréhender la portée et la conséquence de la décision dont il est l'objet : il ne s'en rend compte bien souvent qu'*a posteriori* lorsque ses effets se font concrètement sentir. Or, dans ce contexte, on comprend d'autant moins la solution arrêtée par le Conseil d'Etat qu'elle ne porte que sur le recours exercé par l'intéressé - c'est à dire celui qui est l'objet de la décision - auprès de l'administration (le délai de recours des tiers n'étant pas concerné par cette nouvelle règle posée par le Conseil d'Etat).

5.3. Il convient enfin d'appréhender que la notion de « décision » n'est elle-même pas toujours claire et circonscrite pour l'administration, voire pour le juge lui-même, et donc *a fortiori* pour l'administré.

Il suffit de se référer au récent [Code des relations entre le public et l'administration](#) qui fait état de nombreuses « décisions », en distinguant notamment entre celles décisives ou non décisives, celles créatrices de droit et celles qui ne le sont pas, pour saisir et comprendre que l'administré n'est pas toujours en situation de se rendre compte qu'une correspondance reçue de l'administration constitue une décision qui affecte sa situation.

De même, les récentes évolutions de la jurisprudence administrative qui ont fait entrer dans le champ des « décisions » les actes dits de droit souple (voir sur ce point [brève Redlink 11/04/2016: Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple émis par les autorités de régulation](#)) montrent à quel point la notion même de « décision » n'est pas toujours évidente aux yeux mêmes des instances juridictionnelles.

Ne laisser dans ce contexte qu'une seule année aux administrés pour éventuellement s'en plaindre apparaît dès lors bien court.

6. En l'état, on ignore ce qui a conduit le Conseil d'Etat à adopter cette nouvelle règle. On espère que l'éventuelle diffusion des conclusions du Rapporteur public permettra de le comprendre et partant d'en saisir toute sa portée et toutes ses conséquences ainsi que les progrès apportés par une telle décision.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 24 août 2016

Marchés publics : la pondération ne doit pas être modifiée en cours de consultation et la méthode de notation doit être fixée avant l'ouverture des offres

1. L'acheteur public qui lance une procédure de passation d'un marché a l'obligation d'informer, dès le départ, les candidats potentiels des critères de sélection des offres retenus ainsi que leurs modalités de mise en œuvre, c'est à dire - le plus souvent - leur taux de pondération (art. 52 Ordonnance n°2015-899 du 23/07/2015 [ci-après L.52 CMP] et art. 62-IV décret n°2016-360 du 25/03/2016 [ci-après art. D.62-IV CMP] ; voir également : CJCE, 18 novembre 2010, Commission c/ Irlande, aff. 226/09).

En revanche, et suivant une jurisprudence constante, tant du Conseil d'Etat (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279) que de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJCE, 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki c/ EMSA*, aff. C-252/10, pt. 35), le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'informer a priori les candidats de la méthode de notation qu'il a arrêtée pour l'appréciation des critères (ce qui n'exclut évidemment pas un contrôle a posteriori notamment devant le juge).

2. Rappelons que la méthode de notation s'entend de l'ensemble des règles et des modalités que se donne l'acheteur public pour attribuer une note à une offre, ou à ses différentes composantes, en fonction de sa ou de leur valeur.

Or, si cette méthode de notation n'a pas à être communiquée aux candidats en cours de consultation, elle ne doit cependant pas avoir pour effet de « modifier », par sa mise en œuvre, les critères de sélection des offres ; à défaut la consultation est irrégulière (CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, req. n° 362532, cf. cons. 9 par lequel le Conseil d'Etat retient que la méthode de notation employée par l'acheteur public a été « susceptible de fausser la pondération relative des critères » ; voir également en ce sens - notamment - la décision *Evropaïki Dynamiki c/ EMSA* précitée, pt. 33).

Par sa décision *TNS Dimarso NV* du 14 juillet 2016 (CJCE, 14 juillet 2016, *TNS Dimarso NV c/ Vlaams Gewest*, aff. C-6-15), la Cour de justice de l'Union Européenne a expressément précisé que la méthode de notation des critères de sélection des offres ne peut avoir pour effet d'« altérer » les critères eux-mêmes, mais également leur seule pondération relative. A défaut la procédure est irrégulière.

Il convient également de relever que la Cour confirme explicitement dans cette affaire que sauf circonstance exceptionnelle (dont la teneur reste à préciser), la méthode de notation appliquée par l'acheteur public doit être déterminée avant l'ouverture des offres, afin notamment d'« éviter tout risque de favoritisme » (cf. pt. 31).

3. Cette décision vient d'une part clairement indiquer aux acheteurs publics que la méthode de notation des offres qui sera mise en œuvre pour analyser et classer les offres doit donc - sauf éventuelle exception - être arrêtée avant l'examen des offres.

Elle incite d'autre part les candidats à être très attentif aux indications données par les acheteurs publics lors de la notification du résultat de la consultation et notamment à solliciter systématiquement des précisions détaillées quant aux motifs de rejet de leur offre lorsqu'ils ont été évincés (ainsi que l'autorise les dispositions de l'article D.99 CMP).

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 27 septembre 2016

Domaine public : pouvoirs du préfet et pouvoirs de la collectivité publique sont concomitants

1. Le domaine public, qui est de plus en plus fréquemment le siège d'activités économiques, bénéficie d'une protection particulière de rang constitutionnel.

Pour ce qui est certains domaines publics (maritimes, fluviaux et militaires essentiellement), la loi confère au préfet un pouvoir spécifique lui permettant d'assurer leur protection et leur intégrité (tant contre les dommages matériels que contre des occupations irrégulières), dénommé « contravention de grand voirie ».

Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne s'implante sur l'emprise d'un port départemental dans des conditions irrégulières, le préfet peut engager la procédure de contravention de grande voirie visant à lui infliger une amende pécuniaire et à l'obliger à supprimer ses installations, indépendamment de l'action du Département lui-même.

Le préfet, autorité de l'Etat, agit alors pour protéger le domaine public appartenant à une collectivité locale. Dans une telle situation, se pose la question de savoir s'il est normal que l'Etat puisse agir et interférer dans la gestion, par une collectivité locale, de son domaine public.

2. Saisi de cette question, le Conseil d'Etat a jugé que la protection du domaine public en général justifiait l'intervention de l'Etat concomitamment aux pouvoirs que peut détenir, par ailleurs, une collectivité publique pour gérer, protéger et préserver son propre domaine public (CE, 19 septembre 2016, *SARL Cassis Cap et M. A... B...*, req. n° 401016).

Cette réponse du Conseil d'Etat a été donnée à l'occasion d'une demande de question prioritaire de constitution qui lui avait été posée - et qu'il a donc rejetée.

3. Au-delà de certaines interrogations juridiques que suscitent cette décision (le Conseil d'Etat indiquant que l'intervention de l'Etat pour la protection du domaine public des collectivités locales [qui sont indépendantes] résulte non pas de la législation mais « *d'une jurisprudence constante*»), les opérateurs économiques exerçant leur activité économique sur le domaine public doivent appréhender sa portée.

En effet, le Conseil d'Etat donne clairement une « feuille de route » en rappelant :

- d'une part que le préfet doit veiller à l'utilisation normale du domaine public et à mettre en œuvre les procédures à cette fin, sans pouvoir s'en abstenir pour « *des raisons de simple convenance administrative* », et ce sous le contrôle du juge administratif ;
- d'autre part que les collectivités locales peuvent saisir le juge administratif aux mêmes fins, c'est à dire l'évacuation des lieux et la remise en état (moins, naturellement, l'amende pécuniaire), y compris par la voie du référé.

Les opérateurs économiques occupants des dépendances du domaine public doivent donc être vigilants à leur situation car en cas de difficulté - ou d'occupation estimée irrégulière par le représentant de l'Etat et/ou la collectivité publique - ils peuvent avoir à faire à face plusieurs actions juridictionnelles concomitantes, au demeurant assez lourdes.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 10 octobre 2016

Les limites à la confidentialité des documents d'enquête de l'OLAF

Les projets subventionnés par l'Union Européenne, que ce soit en gestion directe, indirecte ou partagée donnent parfois lieu à des procédures de recouvrement initiées à la suite d'investigations menées par l'Office Européen de Lutte Antifraude (« *OLAF* »).

La problématique initiale à ce stade pour « *l'entité concernée* », terme employé par le règlement n° 883/2013 du Parlement Européen et du Conseil pour désigner une entité visée par une enquête de l'OLAF, consiste à appréhender les faits qui lui sont reprochés, les recommandations formulées par l'OLAF et le fondement juridique servant de base à l'action préconisée par cette dernière pour recouvrer des fonds considérés comme obtenus en fraude du budget de l'Union Européenne.

Sous couvert de l'inviolable confidentialité des actes d'enquête de l'OLAF, et en violation des droits de la défense de l'Entité Concernée, et du règlement (CE) n° 1049/2001 sur la communication des documents au public, la communication du rapport et des recommandations est régulièrement refusée par l'OLAF malgré le fait que des procédures de recouvrement soient initiées selon ses propres recommandations.

Le Tribunal de première instance de l'union européenne (« *TPIUE* ») est cependant venu récemment confirmer les limites de cette confidentialité. Dans un arrêt du 26 mars 2016, le TPIUE précise en effet que « *le cadre législatif applicable à l'OLAF exclut, en principe, un droit d'accès au dossier de l'OLAF par les personnes concernées. Ce n'est que si les autorités destinataires du rapport final ont l'intention d'adopter des actes faisant grief aux personnes concernées que ces autorités devraient,*

conformément aux règles procédurales qui leur sont applicables, donner accès au rapport final de l'OLAF pour permettre à ces personnes d'exercer leurs droits de la défense » (Arrêt TPIUE 26 mars 2016, International Management Group contre Commission Européenne, affaire T-110/15).

Ainsi, sur la base de cette jurisprudence, il est possible pour une entité visée par une procédure de recouvrement de solliciter la communication des recommandations et du rapport de l'OLAF fondant cette procédure, à l'autorité responsable de la procédure de recouvrement dès la réception de la lettre de préinformation ou postérieurement de la note de débit lui faisant grief.

Le cabinet REDLINK assiste régulièrement ses clients dans le cadre d'enquêtes et de procédures sur des projets subventionnés par l'Union Européenne, et dispense également des formations pour réagir et se positionner dans ce type de procédure dont le programme est rappelé ci-après ([Enquêtes OLAF et procédure de recouvrement](#)).

Guillaume Gouachon
Avocat à la Cour

Publiée le 11 octobre 2016

Loi pour une République Numérique (LRN) : les principaux aspects concernant les collectivités publiques

La [Loi pour une République Numérique](#) (n° 2016-1321 du 7 octobre 2016) a pour ambition, exposée dans ses motifs initiaux, de faire du numérique à la fois un vecteur de développement, de croissance et de partage mais également un outil pour renforcer les valeurs fondamentales de la République.

Elle comporte de nombreuses nouvelles obligations qui s'imposent directement aux personnes publiques et qui, ce faisant, offrent de nouveaux droits aux administrés, dont un premier panorama peut être rapidement dressé.

1. La LRN oblige à la transmission des documents des administrations entre elles.

La loi prévoit une obligation pour les administrations publiques chargées d'une mission de service public de transmettre les documents qu'elles détiennent aux autres administrations qui en font la demande pour l'accomplissement de leurs missions de SP (*en vigueur à compter de la promulgation de la loi*).

Ces documents devront être transmis aux autres administrations de manière gratuite lorsqu'il s'agira de demande de communication entre les administrations de l'État et ses établissements publics administratifs (*à compter du 1^{er} janvier 2017*).

2. La LRN oblige à publier en ligne des documents administratifs.

La loi fixe une obligation pour les administrations (au sens large) et les personnes chargées d'une mission de service public de publier :

1. les documents administratifs qu'elles communiquent au public (*dans un délai de 6 mois à compter de la promulgation de la loi*) ;
2. les documents cités dans le répertoire mentionnant les documents communicables de l'administration (*dans un délai d'1 an à compter de la promulgation de la loi ; pour information le répertoire créé par l'ordonnance du 17 mars 2016 sur la réutilisation des informations publiques n'a toujours pas vu le jour*) ;
3. les bases de données qu'elles produisent ou qu'elles reçoivent et qui ne font pas l'objet d'une diffusion publique (*dans un délai maximum de 2 ans à compter de la promulgation de la loi*) ;
4. ses données dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental (*dans un délai maximum de 2 ans à compter de la promulgation de la loi*).

Cette obligation de publication n'est pas applicable :

- aux personnes morales de moins de 250 agents ou salariés,
- aux collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants (pour les collectivités de plus de 3500 habitants l'obligation de publication en ligne était déjà prévue par l'article 106 de la loi du 7 août 2015).

La publication en ligne de ces documents est également permise après occultations de certaines informations non communicables (couvertes au titre du secret des données personnelles et/ou du secret des affaires).

3. La LRN réaffirme le principe général de libre réutilisation des informations publiques

La loi prévoit que les informations publiques qui ont été communiquées ou rendues publiques seront librement réutilisables à d'autres fins que la mission de service public pour laquelle elles ont été produites ou reçues.

La loi pose des limites et notamment une exception à la libre réutilisation des données publiques s'agissant du contenu de bases de données produites par les administrations exerçant une mission de service public industriel et commercial soumise à la concurrence.

4. La LRN élargit les missions et pouvoirs de la CADA.

La CADA pourra désormais être saisie pour avis en cas de :

- refus de publication (et non seulement de communication) d'un document administratif ;
- refus de communication de documents administratifs entre administrations.

5. La LRN crée un service public de données de « références »

La loi crée une nouvelle mission de service public relevant de l'Etat consistant en la mise à disposition et la publication des données de référence (produites par les autorités administratives pour un objet déterminé - impôts/statistiques...) en vue de faciliter leur réutilisation.

6. La LRN crée pour les délégataires de missions de services publics une obligation de transmission de leurs données aux autorités administratives délégantes.

La loi crée une obligation pour les délégataires de missions de service public de remettre aux autorités publiques délégantes leurs données et bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public, en donnant le droit aux autorités délégantes de les publier et d'autoriser leur réutilisation.

Il est possible à l'autorité délégante de déroger à cette obligation, à condition que ce soit par une décision motivée fondée sur des motifs d'intérêt général et rendue publique.

Amanda Ramons / Alexandre Le Mière
Avocats à la Cour

Publiée le 11 octobre 2016

République numérique : les codes sources et les algorithmes « administratifs » sont des informations administratives communicables

1. La [Loi pour une République Numérique](#) a été promulguée vendredi 7 octobre (publiée au JORF le 8, elle est en grande partie applicable depuis le 9 octobre 2016).

L'ambition de cette loi, exposée dans ses motifs initiaux, est de faire du numérique à la fois un vecteur de développement, de croissance et de partage mais également un outil pour renforcer les valeurs fondamentales de la République.

A ce titre, le souhait du Gouvernement est, par cette loi, de « proposer un cadre nouveau, qui combine soutien à l'innovation et aux nouveaux modèles économiques, ouverture élargie des

données, protection renforcée des personnes, renforcement de la loyauté des plateformes et déploiement de l'accès au numérique » (exposé des motifs du projet de loi).

Ces ambitions et souhaits, transversaux, aboutissent à une loi qui touche de très nombreux secteurs de la vie quotidienne des personnes et des entreprises.

2. Parmi ses nombreuses innovations cette loi étend le droit à l'accès aux informations publiques détenues par les administrations à deux sujets fondamentaux que sont :

- l'accès aux codes sources détenus par les administrations ;
- le droit de connaître les règles et caractéristiques principales d'un traitement algorithmique mise en œuvre par l'administration pour prendre des décisions individuelles.

3. Le législateur a d'abord décidé que les « codes sources administratifs » sont désormais accessibles à toute personne qui en fait la demande.

3.1. Rappelons au préalable que le droit d'accès aux documents administratifs, qui existe depuis longtemps en France (cf. loi n°78-753 du 17 juillet 1978), est régi par le Code des Relations entre le Public et l'Administration (CRPA) qui définit :

- d'une part les « documents administratifs communicables », c'est à dire les documents produits par les administrations et organismes assimilés, auxquels tout administré peut avoir accès (art. L.300-2 CRPA), avec certaines limites ;
- d'autre part les « informations publiques » diffusées par les administrations et organismes assimilés, que toute personne peut utiliser ou réutiliser pour leur usage propre ou dans le cadre de leur activité (art. L.321.1 CRPA), là aussi avec certaines limites.

3.2. C'est dans ce cadre que la Loi pour une République Numérique a décidé que les « codes sources » des programmes et logiciels informatiques produits ou reçus par les administrations et les organismes assimilés sont désormais des « documents administratifs communicables ».

Par conséquent et par l'effet de cette loi, toute personne (physique ou morale) qui le demande peut avoir accès aux codes sources détenus par les administrations et les organismes assimilés.

3.3. L'enjeu et la portée d'une telle disposition sont évidemment considérables à deux points de vue (à la fois combinables et complémentaires mais aussi parfois contradictoires) :

- premièrement, cette disposition implique nécessairement que toutes les entreprises qui interviennent dans ce domaine renforcent et accroissent très fortement leur vigilance dans le cadre des contrats qu'ils peuvent conclure avec les personnes publiques et les organismes assimilés concernant tant les aspects de propriété intellectuelle de leurs productions et créations informatiques que la protection du secret des affaires ;
- deuxièmement, cette disposition ouvre des perspectives importantes pour renforcer certaines activités économiques ou en créer de nouvelles puisqu'elle autorise un accès et, partant, une exploitation non seulement de données publiques mais également à la façon dont elles sont traitées par l'administration et les organismes assimilés.

4. Parallèlement, le Législateur a élargi le droit d'accès et d'information des traitements automatisés ou algorithmiques mis en œuvre et utilisés par l'administration.

4.1. Rappelons là-aussi que la France a commencé à se doter, il y a déjà près de 40 ans, de moyens juridiques pour les traitements automatisés par l'adoption de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, modifiées plusieurs par la suite.

Ce dispositif, transversal, s'applique, depuis l'origine aussi aux administrations avec le principe fondamental suivant lequel « aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'information donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé » (article 2 initial de la loi du 6 janvier 1978, désormais libellé comme suit : « Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement

automatisé de données destiné à « définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité. » - art. 10 de la loi du 6 janvier 1978 en vigueur au 11/10/2016).

Ce dispositif, prévoit, aussi depuis l'origine, que les personnes concernées par un traitement algorithmique ont le droit de connaître et de contester « *les informations et raisonnements utilisés dans les traitements automatisés* » (article 3 initial de la loi du 6 janvier 1978, désormais libellé comme suit : « *Toute personne physique (...) a le droit d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir (...) les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé (...)* » art. 39-I-5° de la loi du 6 janvier 1978 en vigueur au 11/10/2016).

Dans la mesure où ce dispositif s'imposait également aux personnes publiques, la loi 17 juillet 1978 (précitée au § 3.1 ci-dessus), le Législateur l'avait répercuté dans la loi relative à l'accès aux documents administratifs imposé aux administrations (et codifiée en dernier lieu à l'article L.311-3 CRPA).

La limite du dispositif créé en 1978 était qu'il ne pouvait s'appliquer qu'aux personnes physiques.

Les personnes morales étaient donc exclues de ce dispositif encadré.

4.2. La Loi pour une République Numérique étend aux personnes morales une partie du dispositif de la loi du 6 janvier 1978 en complétant le Code des Relations entre le Public et l'Administration par un article L.311-3-1 (inséré à la suite de l'article L.311-3 précité).

Désormais, toute personne morale - et donc tout opérateur économique, c'est à dire toute entreprise - faisant l'objet d'une décision administrative individuelle :

- doit en être informée (c'est à dire que toute décision reçue de l'administration doit indiquer si elle procède d'un traitement algorithmique) ;
- peut obtenir la communication des informations relatives au traitement algorithmique ayant permis de prendre la décision individuelle dont il est l'objet (et produisant des effets juridiques à son égard) ;
- a le droit de contester les éléments et la logique qui sous-tend le traitement automatisé concerné.

4.3. Là-encore, l'enjeu et la portée de ces nouvelles dispositions sont très importants.

- D'abord parce qu'elles vont permettre à l'ensemble des opérateurs économiques d'appréhender de façon quasi-automatique les décisions prises par les administrations qui sont générées sur la base de traitements algorithmiques (puisque cela doit leur être indiqué).

Ce faisant, les opérateurs économiques vont être en mesure d'identifier de façon plus précise ce qui, dans la prise de décision administrative, est (relativement) « objectif » (car résultant de données « techniques » traitées par des algorithmes) de ce qui est plus « subjectif », c'est à dire tenant compte d'aspects propres à la situation (facteurs propres à l'opérateur économique, circonstances locales, éléments de fait ... etc.).

Les opérateurs économiques vont, également, être en mesure d'appréhender - et le cas échéant de faire varier - les paramètres « objectifs » intégrés dans les algorithmes administratifs utilisés et mis en œuvre pour générer les décisions administratives.

Soulignons que cette perspective est d'autant plus intéressante qu'il s'agit d'une hypothèse de « motivation » à fournir par l'administration sur une décision « positive » (en effet l'obligation de motivation ne s'applique normalement qu'aux décisions individuelles défavorables - cf. art. L.211-2 CRPA).

- Ensuite parce qu'une telle évolution pourrait inciter les opérateurs économiques à mettre en place des outils de centralisation interne des différentes décisions administratives dont ils sont l'objet.

Ce faisant, les entreprises pourraient (plus facilement) les rapprocher et les combiner, les mettre en perspective et, le cas échéant, être en mesure d'identifier le(s) lien(s) entre les différentes

autorisations pour anticiper d'éventuelles « fusions » d'autorisations administratives ou encore les conséquences que pourrait avoir la modification d'une décision administrative individuelle sur une autre dont l'entreprise est titulaire...

5. En conclusion, cette évolution numérique ouvre de réelles perspectives tant au plan strictement *business* en ouvrant de nouveaux champs d'investigations et d'activités économiques, mais également au plan de la gestion et de la conduite de l'activité d'une entreprise au regard des différentes - et nombreuses - autorisations et déclarations administratives qu'elles doivent obtenir et réaliser au quotidien.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 17 octobre 2016

Urbanisme et contentieux : le « permis de construire provisoire » consacré par le Conseil d'Etat

1. Le Conseil d'Etat a consacré une nouvelle notion de permis de construire « provisoire », venant s'opposer au permis de construire « définitif », en raison des conditions dans lesquelles il a été délivré ([CE, Sect., 7 octobre 2016, SARL First Invest, req. n°395211](#)).

Un tel « permis provisoire » peut se rencontrer dans la situation suivante : un pétitionnaire dépose une demande de permis de construire ; l'administration refuse de délivrer le permis demandé ; le pétitionnaire demande au juge administratif d'annuler ce refus, ce qu'il obtient en référé.

Le permis de construire délivré à la suite du réexamen de la demande ordonné par le Juge des référés ne revêt alors, qu'un caractère provisoire, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours en annulation.

L'Administration dispose alors du pouvoir de retirer cette décision pendant un délai de 3 mois après notification du jugement intervenant au fond, sous réserve du respect du principe du contradictoire.

2. Les faits de l'espèce sont plutôt clairs.

Une société s'est vu opposer un refus de permis de construire d'une maison et d'un garage. Elle a alors demandé l'annulation de cette décision de refus devant le tribunal administratif en accompagnant son recours d'une demande de suspension.

Le Juge des référés a fait droit à sa requête et a enjoint à la mairie de procéder au réexamen de la demande de permis dans un délai d'un mois. En exécution de cette ordonnance, le maire lui a alors délivré un permis de construire.

Postérieurement à la délivrance du permis de construire à la suite de l'ordonnance, le pétitionnaire s'est désisté de son recours au fond, c'est à dire qu'il a considéré que le procès au fond n'était plus nécessaire (sans que la décision du Conseil d'Etat ne permette d'en connaître la raison exacte). Le tribunal administratif a pris acte du désistement de la société de son instance au fond. Toutefois, moins de trois mois plus tard, la Mairie a finalement retiré la décision de permis de construire qu'elle avait accordé.

La société a donc été contrainte de solliciter de nouveau l'annulation de cette décision de retrait ainsi que la suspension de ses effets.

Elle soutenait notamment que les règles applicables au retrait du permis de construire (art. L.424-5 C. Urb.) faisaient obstacles à ce qu'un permis de construire puisse être retiré par l'Administration plus de trois mois après sa délivrance.

3. Le Conseil d'Etat répond par la négative en réaffirmant qu'un permis de construire délivré à la suite du réexamen de la demande ordonné par le juge des référés a, par sa nature même, un caractère provisoire jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours en annulation présenté parallèlement.

Il va cette fois encore plus loin en tirant les conséquences de cette précarité et en reconnaissant à l'Administration le pouvoir de retirer pendant un délai de 3 mois, décompté à partir de la notification du jugement intervenant au fond ou de la notification de la décision donnant acte du désistement, le permis de construire « provisoire » qu'elle a délivré, sous réserve que le pétitionnaire ait été mis à même de présenter des observations.

4. Le Conseil d'Etat incite également par cette décision à ce que la condition d'urgence du référé suspension soit appréhendée de façon encore plus approfondie.

Rappelons au préalable que pour demander au juge de suspendre le refus de l'administration de délivrer le permis de construire (comme décrit ci-avant), il faut que le pétitionnaire puisse démontrer qu'il est en situation d'urgence (art. L.521-1 CJA).

Or, le Conseil d'Etat indique dans cette décision que pour apprécier ou non l'existence d'une urgence justifiant une décision en référé - et donc potentiellement un permis de construire provisoire - le juge du référé doit tenir compte notamment des conséquences qui seraient susceptibles de résulter, pour les divers intérêts en présence, de la délivrance d'un permis de construire provisoire à l'issue d'un réexamen de la demande qu'il pourrait ordonner.

Aussi, il ne suffit désormais plus de démontrer qu'il y a urgence à obtenir une décision de l'administration : il faut aussi démontrer que la délivrance d'une décision provisoire et son exécution n'est pas elle-même susceptible de produire des conséquences que le juge doit prévenir.

5. En pratique, cette décision, bien que nécessaire, vient complexifier encore davantage le contentieux de l'urbanisme en diminuant les effets positifs pouvant être liés à la suspension d'une décision de refus d'un permis de construire mais surtout à la délivrance d'un permis de construire obtenu à la suite d'un réexamen ordonné par le juge des référés.

En effet, les constructeurs, bien que titulaires d'une autorisation d'urbanisme, seront toujours confrontés à une insécurité juridique tenant au fait que la légalité de leur permis puisse être remise en cause jusqu'à ce que le fond ait été définitivement tranché.

Ils devront donc redoubler de prudence en choisissant d'exécuter un permis de construire délivré « à titre provisoire » qui, bien qu'étant créateur de droits, ne garantit nullement la légalité de la construction réalisée sur son fondement.

En tout état de cause, cette situation confirme encore un peu plus qu'il y a lieu de s'interroger, pour chaque projet et dans chaque situation, sur les aspects juridiques et contentieux des autorisations administratives et d'analyser de façon approfondie les décisions et stratégies à adopter lors du montage et pendant l'exécution de projets de construction.

Emmanuelle Yvon
Avocate à la Cour

Publiée le 18 octobre 2016

Droit souple : opposabilités aux professionnels et délais de contestation

1. Les actes de droit souple sont des « *avis, recommandations, mises en garde et prises de position* » adoptés par des autorités de régulation dans l'exercice de leurs missions (cf. brève Redlink « [Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple émis par les autorités de régulation](#) ») qui sont susceptibles d'impacter ou d'affecter - notamment - la situation des opérateurs économiques aux plans économiques et des comportements.

Un acte de droit souple est donc susceptible de faire l'objet :

- d'un recours juridictionnel avec l'objectif d'obtenir du juge compétent qu'il le remette en cause (totalement ou partiellement) ;
- d'un recours administratif, auprès de l'autorité qui l'a émise, avec l'objectif que cette dernière revienne sur son acte (là aussi totalement ou partiellement).

2. L'existence ou la « découverte » (parfois tardive) d'un acte de droit souple affectant ou impactant la situation d'un opérateur économique conduit à s'interroger sur les modalités permettant de le remettre en cause.

Or, la première question qui se pose est souvent de savoir s'il est encore temps d'agir. Car, en effet, en droit public et réglementaire français, le principe est que toute « décision » ne peut faire l'objet d'un recours que dans un **déla**i de deux mois à compter de sa publication (ou de sa notification en cas de décision individuelle - voir sur ce point : brève Redlink « [La prescription administrative est fixée à un an](#) »).

Ainsi, par exemple, le délai de recours à l'encontre de décrets et d'arrêtés court à compter de la publication au Journal Officiel de la République Française.

Pour ce qui concerne les actes de droit souple, le Conseil d'Etat a décidé que ce délai court à compter de « la mise en ligne (...) sur le site internet de l'autorité » considérée, « dans l'espace consacré à la publication des actes de l'autorité » ([CE, Sect., 13 juillet 2016, Société GDF Suez, req. n° 388150](#)).

Dès lors que le délai de recours de deux mois est passé, les opérateurs économiques ne peuvent plus obtenir la remise en cause directe et rétroactive de l'acte de droit souple qui s'impose désormais pleinement.

3. Passé ce délai, les opérateurs économiques disposent, heureusement, d'une séance de rattrapage en pouvant solliciter le retrait ou l'abrogation de l'acte considéré (le mécanisme et la procédure d'abrogation étant notamment encadrés par les dispositions du Codes des Relations entre le Public et l'Administration - CRPA).

Néanmoins, le retrait ou l'abrogation n'a d'effet que pour l'avenir et le passé reste régi par l'acte de droit souple précédemment publié.

4. Du point de vue des opérateurs économiques, cette décision du Conseil d'Etat a d'abord pour conséquence et portée induite que tout acte considéré de droit souple émis par une autorité de régulation devient donc opposable à compter de sa « publicité ».

Le risque pour les opérateurs économiques est donc potentiellement de se voir reprocher de ne pas avoir respecté ce dernier, alors que l'acte de droit souple est en ligne depuis un certain délai.

Ce constat induit pose la question du traitement *a posteriori* de l'acte de droit souple dès lors qu'il sert de fondement à des griefs ou des reproches, voire à des poursuites, d'une autorité de régulation (ou, de façon incidente, à l'occasion d'autres actions) - qui, à ce stade conduit vers les théories de l'exception d'illégalité et des opérations complexes.

Cette décision du Conseil d'Etat conduit ensuite s'interroger sur les stratégies à mettre en œuvre pour faire face à l'édition - ou à la découverte tardive - d'un acte de droit souple. En effet, il est - notamment - possible d'agir en amont par le biais d'un recours administratif et dans une perspective de « négociation » et de « collaboration » avec l'autorité concernée ou en avant par le biais d'un recours contentieux directement devant un juge.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 24 octobre 2016

Administration électronique : « SVE » : saisir l'administration par voie électronique

Il est désormais possible de saisir l'administration par voie électronique (dite « saisine de l'administration par voie électronique » - SVE). Cette faculté ouverte depuis le 7 novembre 2015 pour l'Etat et ses établissements publics est étendue à compter du 7 novembre 2016 pour les collectivités locales, leurs établissements publics ainsi que certains organismes spécifiques (par ex. organismes de protection sociale).

Bien que ce type de démarche soit désormais encadré par des textes (cf. art. L.112-1 et suivants du Code des Relations entre le Public et l'Administration [CRPA] et art. R.112-9-1 et suivants CRPA - cf. [décret n°2016-1411 du 20 octobre 2016](#)), il convient d'en maîtriser les modalités.

Il est au préalable rappelé que ces règles ne portent que sur les modalités de saisine elles-mêmes : les délais et voies de recours doivent être identifiés et connus au cas par cas (voir notamment sur le sujet des délais : [La prescription administrative est fixée à un an !](#) - brève Redlink 19/07/2016).

1. Par quel moyen saisir l'administration par voie électronique ?

La saisine doit se faire :

- par priorité au moyen du télé-service existant prévu à cet effet (de façon ciblée ou générique) : cela signifie que si le portail de l'administration dispose d'un système spécifique à ce titre, **il doit impérativement être utilisé** (à défaut la SVE ne sera pas recevable) ;
 - étant précisé qu'un télé-service peut prendre la forme :
 - d'une télé-procédure, ou
 - d'une procédure de saisine électronique :
 - soit par formulaire de contact,
 - soit par une adresse électronique dédiée.
- par défaut, par courriel, sur l'adresse électronique de l'administration : dans ce cas il est préconisé d'adresser l'envoi sur l'adresse générique de l'administration ainsi que sur toute autre adresse mail connue (interlocuteur, agent, etc.).

Les modalités de SVE prévues par les textes impliquent donc de vérifier systématiquement sur le ou l'ensemble des portails et sites internet des administrations auxquels on est confronté, les outils mis en place pour permettre une telle Saisine par Voie Electronique.

Si ces modalités sont respectées, il n'est plus nécessaire de doubler/confirmer la saisine par voie de courrier au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception (ou tout autre forme).

2. Quelles indications mentionner lors de la saisine par voie électronique ?

La saisine doit indiquer :

- les coordonnées de l'auteur de la saisine : **l'identification préalable est impérative** et il convient d'être vigilant sur ce point :
 - si le télé-service ne comporte pas de rubrique pour renseigner ses coordonnées,
 - si la saisine est faite par courriel.
- ces coordonnées doivent être complètes, c'est à dire qu'elles doivent permettre d'identifier la personne auteure de la demande en indiquant :
 - les coordonnées « physiques », c'est à dire :
 - le nom (et prénom s'il s'agit d'une personne physique),
 - le ou les adresses postales,
 - le ou les adresses électroniques ;
- et, s'il s'agit d'une entreprise, son numéro d'inscription au répertoire des entreprises et de leurs établissements ;
- et, s'il s'agit d'une association, son numéro d'inscription au répertoire national des associations.

Il est préconisé de s'assurer que le ou les adresses électroniques indiquées à l'administration pour répondre fonctionnent et font l'objet d'un suivi systématique.

Il est également possible de demander à l'administration de répondre par un autre moyen que le système électronique (télé-procédure ou courriel) ; elle doit alors s'y conformer.

3. L'Accusé Réception Electronique (ARE) et l'Accusé d'Enregistrement Electronique (AEE).

Tout envoi fait auprès de l'administration doit faire l'objet, de la part de l'administration :

- d'un Accusé Réception Electronique (ARE) instantané, lequel doit indiquer :
 - la date de réception de l'envoi électronique,
 - la désignation du service chargé de son traitement,
 - les adresses électronique et postale de l'administration ainsi que son numéro de téléphone,

- le cas échéant, si la demande faite peut donner à lieu à une décision expresse ou implicite dans un délai déterminé, ainsi que la mention des délais et voies de recours éventuels

ou, à défaut,

- d'un Accusé d'Enregistrement Electronique (AEE) instantané mentionnant seulement la date de réception de l'envoi électronique ;
 - dans ce cas, l'ARE (Accusé Réception Electronique) doit être adressé sous 10 jours à l'auteur de la demande.

Il est donc préconisé de :

- vérifier très précisément les mentions portées dans l'ARE et l'AEE et identifier les délais consécutifs applicables ;
- relancer l'administration au bout de 10 jours maximum lorsque la demande a seulement fait l'objet d'un AEE ;
- lorsque le système informatique de l'administration saisie ne génère aucun retour :
 - lorsque la SVE se fait par un système de télé-procédure de conserver la copie des démarches de saisine effectuées et de doubler l'envoi au moyen d'un courriel pour donner date certaine à la démarche effectuée ;
 - lorsque la SVE se fait par courriel, de cocher les options d'accuser de réception et de lecture offertes par le logiciel de gestion/création des courriels.

4. L'Administration Electronique est, certainement, un outil de simplification pour les opérateurs économiques dans leurs relations avec l'administration ; toutefois, les opérateurs économiques doivent s'approprier de façon précise ces nouvelles modalités de fonctionnement et d'utilisation pour sécuriser leurs démarches.

A cet égard, l'enjeu majeur pour les opérateurs économiques reste, d'une part, de s'assurer et d'être certain d'avoir effectivement saisie l'administration concernée et, d'autre part, d'être en mesure de démontrer et de justifier de la date à laquelle ils ont effectué leur(s) démarche(s).

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 25 octobre 2016

Contrat administratif : conséquence de l'illégalité de la clause de tacite reconduction

1. Il est de jurisprudence désormais ancienne (CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, req. n° 205143) que la clause de tacite reconduction est interdite dans les contrats de la commande publique.

Dès lors qu'une telle clause est donc illégale, son insertion dans un contrat ne peut donner lieu à aucun préjudice et, partant, à aucune indemnisation au bénéfice du cocontractant de l'administration, en l'absence de reconduction tacite du contrat à l'issue de la durée convenue.

Par conséquent, toute éventuelle clause d'un contrat de commande publique prévoyant l'indemnisation du cocontractant de l'administration à raison de la non-reconduction dudit contrat est elle-même illégale ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat (CE, 17 octobre 2016, *Commune de Villeneuve-le-Roi*, req. n° 398131).

Le Conseil d'Etat considère, au surplus, que l'illégalité d'une telle clause d'indemnisation doit être relevée d'office par le juge (dans la mesure où elle est dépourvue de tout fondement légal), c'est à dire sans même que les parties au procès n'aient à s'en prévaloir.

2. Le principe de l'illégalité d'une clause de tacite reconduction et, consécutivement, de l'illégalité de toute clause d'indemnisation à ce titre est, à ce stade, circonscrit aux contrats de la commande publique (ce principe ne s'applique donc pas à tous les contrats administratifs).

Les contrats de la commande publique représentant une part substantielle des contrats conclus entre les personnes publiques et les opérateurs économiques, il appartient à ces derniers d'être vigilants

sur la présence de telles clauses dans ces contrats. En effet, ils ne pourront en réalité en tirer aucun profit à terme et/ou le jour où il sera envisagé de la mettre en œuvre.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 25 octobre 2016

Transparence administrative : une procédure juridictionnelle en cours peut limiter le droit à communication des documents administratifs

1. La transparence administrative oblige les autorités administratives (ou assimilées) à communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent dès lors qu'un administré le demande.

Cependant afin d'éviter d'affaiblir les administrations par une transparence sans limite, le loi a prévu des exceptions.

Ainsi, afin notamment de garantir le principe constitutionnel d'indépendance des juridictions et l'objectif à valeur constitutionnel de bonne administration de la justice, le législateur a notamment limité la communication des documents administratifs qui porterait atteinte aux procédures juridictionnelles en cours ou aux opérations préliminaires susceptibles de les précéder (sauf autorisation donnée par l'autorité compétente - art. L.311-5 CRPA).

Néanmoins et comme l'a jugé le Conseil d'Etat (CE, 21 octobre 2016, *CHSCT de la société Goodyear Dunlop Tires France*, req. n° 380504), il n'y a aucune automaticité en la matière : le seul fait qu'un acte administratif soit transmis à une autorité juridictionnelle ou à une autorité de poursuite n'implique pas qu'il ne soit plus communicable à un administré qui le demande.

En effet, l'autorité administrative à laquelle est demandée la communication d'un document administratif (par ailleurs transmis dans le cadre d'une procédure juridictionnelle ou préliminaire) doit concrètement rechercher ou vérifier si une telle communication est de nature à porter atteinte au déroulement de ladite procédure juridictionnelle (à moins, naturellement, que l'autorité judiciaire ait, elle-même, donné son accord).

2. Le cas jugé en l'espèce porte sur la demande de communication d'un rapport établi par l'administration du travail sur la prévention des risques psychosociaux au sein d'une entreprise.

Dans le cadre de l'enquête menée par l'administration et ayant abouti à l'établissement du rapport, l'inspection du travail avait estimé que plusieurs infractions au code du travail avaient été commises. L'inspecteur en avait en conséquence avisé le procureur de la République comme l'y oblige la loi (art. 40 du Code de procédure pénale).

Le CHSCT a, de son côté, demandé la communication du rapport établi par l'inspection du travail. Cette communication a été refusée par l'autorité administrative, au motif que le rapport avait été communiqué au procureur de la République et que sa communication porterait atteinte au déroulement d'une procédure juridictionnelle ou à une procédure préliminaire.

Ce refus a conduit le CHSCT à demander la communication forcée du rapport auprès du tribunal administratif, lequel a confirmé le refus initial de l'autorité administrative.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat a été saisi et a annulé la décision du tribunal administratif car il n'avait pas vérifié, en l'espèce, si cette communication serait effectivement concrètement de nature à porter atteinte au déroulement de la procédure juridictionnelle évoquée.

L'affaire a, finalement, été renvoyée au tribunal administratif pour qu'il vérifie cet aspect.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 28 octobre 2016

Comment organiser la « fonction achats » au sein des Groupements hospitaliers de territoires (GHT) au regard du droit des marchés publics ?

Alexandre Le Mière, Avocat associé, publie un article sur le site Weka.

http://www.weka.fr/actualite/achats/article_juridique/comment-organiser-la-fonction-achats-au-sein-des-groupements-hospitaliers-de-territoires-ght-au-regard-du-droit-des-marches-publics-43901/

Publiée le 21 novembre 2016

Marché public : l'analyse du prix de l'offre au regard de la « commande fictive »

1. Il est fréquent que les acheteurs publics recourent à la technique de la « commande fictive » ou du « chantier masqué » pour l'appréciation du critère du prix dans les marchés publics.

La technique de la « commande fictive » ou du « chantier masqué » s'applique essentiellement dans les marchés publics à prix unitaires. Elle consiste, pour l'acheteur public à faire une simulation de commande, telle qu'elle pourrait se réaliser au cours de l'exécution du marché.

2. Ce mécanisme permettant, *in fine*, d'apprécier le critère du prix est considéré depuis longtemps comme relevant de la méthode de notation (CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la Vallée de l'Orge Aval*, req. n° 348711, cf. avant-dernier considérant).

Or, l'acheteur public n'est pas obligé de communiquer les éléments qui relèvent de sa méthode de notation, le principe de transparence ne s'appliquant qu'au critère lui-même et à ses conditions de mise en œuvre, c'est à dire (le plus souvent) son taux de pondération.

3. Tout en confirmant que le mécanisme de la simulation relève bien de la méthode de notation propre à l'acheteur public et qui, à ce titre donc, est non communicable en amont aux candidats, le Conseil d'Etat l'encadre pour garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique ([CE, 16 novembre 2016, Société Travaux électrique du Midi, req. n° 401660](#)).

Il faut en effet que la simulation réponde à trois conditions :

- la ou les simulations établie(s) doit(en)t correspondre à l'objet du marché,
- le contenu de la simulation ne doit pas avoir pour effet de privilégier un aspect particulier (qui aurait pour effet de dénaturer le critère du prix),
- la ou les simulations doit(en)t être appliquée(s) de façon identique à tous les candidats.

A noter que dans cette affaire, l'acheteur public avait demandé que plusieurs « simulations » soient établies et qu'il avait prévu d'en tirer une seule aux sorts avant l'ouverture des plis, sans que le Conseil d'Etat considère que cette façon de faire puisse être critiquée.

4. Les candidats disposent désormais d'une « grille de contrôle » du recours à la « simulation » par un acheteur public claire et bien établie.

S'ils en sont informés en amont ils peuvent vérifier qu'elle est régulière (c'est à dire qu'elle correspond à l'objet du marché et qu'elle est « objective » par rapport aux prestations demandées). S'ils n'en sont informés qu'après l'analyse des offres, ils peuvent solliciter de l'acheteur public les renseignements utiles pour procéder à ces mêmes vérifications.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 23 novembre 2016

Droit souple : champ d'application, identification de l'acte et intérêt à agir

1. Après avoir consacré la catégorie des actes de droit souple au début de l'année 2016 (cf. brève Redlink « [Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple émis par les autorités de régulation](#) ») et avoir donné des précisions sur les modalités d'action à leur encontre (cf. brève Redlink « [Droit souple : opposabilités aux professionnels et délais de contestation](#) ») le Conseil d'Etat poursuit la construction de ce nouveau droit à l'occasion d'une affaire concernant le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel [CSA].

Des chaînes de télévision avaient diffusé un message de sensibilisation à la trisomie 21 dans le cadre d'écrans publicitaires. Le CSA avait estimé, par une délibération du 25 juin 2014, que ce message ne pouvait être regardé comme un message publicitaire ou comme un message d'intérêt général (au sens de la loi) et a considéré qu'il ne pouvait être inséré au sein d'écrans publicitaires (mais qu'il pouvait être diffusé selon des modalités différentes).

La délibération du 25 juin 2014 ayant fait l'objet d'une [publication le 25 juillet 2014](#) sur le site du CSA et d'un communiqué de presse ([publié le 31 juillet 2014](#) sur le même site), plusieurs personnes ont saisi le Conseil d'Etat pour demander son annulation.

2. Il résulte d'abord de l'arrêt ([CE, 10 novembre 2016, Madame E. et autres, req. n° 384691, 384692 et 394107](#)) une précision complémentaire quant aux modalités de recours en matière d'acte de droit souple.

Il ressort de la décision que deux des trois requêtes dont le Conseil d'Etat a été saisi ont été enregistrées au greffe le 23 septembre 2014, soit moins de deux mois après la diffusion le 25 juillet 2014, de la délibération du CSA du 25 juin 2014 dont l'annulation était demandée.

Concomitamment, le Conseil d'Etat a également traité une troisième requête (n° 394107), enregistrée le 19 mars 2015 et par laquelle il était demandé la réparation du préjudice que le requérant estimait avoir subi du fait de la délibération du 25 juin 2014 du CSA. Cette requête a donc été enregistrée après l'expiration du délai de deux mois ouvert par les diffusions des 25 et 31 juillet 2014 sur le site web du CSA.

Cette troisième requête est rejetée par le Conseil d'Etat au motif que les actes attaqués ne sont pas entachés d'une illégalité de nature à engager la responsabilité du CSA (cf. 12^{ème} considérant).

Il résulte donc de cet arrêt que le recours direct contre une décision de droit souple n'est pas la seule voie de contestation ouverte. Il est en effet possible d'ouvrir un contentieux « indirect » visant à la réparation d'un préjudice qui, s'il est reconnu, induit que la décision qui en est à l'origine est irrégulière.

Cette voie indirecte ouvre donc une solution alternative pour les situations où le délai de recours de deux mois est expiré.

3. L'arrêt renseigne ensuite sur la façon dont le Conseil d'Etat reconnaît concrètement un acte de droit souple.

En l'espèce, le Conseil d'Etat relève que si la délibération du CSA et son communiqué de presse n'ont produit aucun effet de droit, en revanche « *ils ont eu pour objet d'influer de manière significative sur le comportement* » des chaînes de télévision « *en les invitant à éviter de procéder à l'avenir à de nouvelles diffusion du message litigieux ou à la diffusion de messages analogues dans le cadre de séquences publicitaires* » (5^{ème} considérant).

Il s'ensuit que le fait pour une autorité de régulation d'inviter un administré à modifier ou faire évoluer son comportement est suffisant pour caractériser l'existence d'un acte de droit souple.

Une simple invitation à modifier ou faire évoluer un comportement constitue donc un acte susceptible d'être attaqué devant le juge administratif.

4. L'arrêt renseigne enfin sur un aspect tenant aux personnes susceptibles d'agir contre un acte de droit souple.

Dans les précédentes affaires jugées par le Conseil d'Etat ([CE, 21 mars 2016, Société NC Numericable, req. n° 390023](#) ; [CE, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, req. n° 368082, 368083 et 368084](#) ; [CE, Sect., 13 juillet 2016, Société GDF Suez, req. n° 388150](#)), les requérants étaient des opérateurs économiques dépendant directement des autorités de régulation concernées dont ils contestaient un comportement (respectivement Autorité de la Concurrence [AdLC], Autorité des Marchés Financiers [AMF], Commission de Régulation de l'Energie [CRE]).

Dans l'affaire concernant le CSA, les différents requérants étaient des personnes privées et des associations qui s'estimaient lésées par la position adoptée par cette autorité à l'égard des chaînes de télévision. Or, ces personnes ne dépendent pas, par elles-mêmes ou par leur activité, de l'autorité de régulation.

Bien que l'arrêt ne fournisse aucun renseignement sur ce point, il en résulte nécessairement que le Conseil d'Etat a considéré que les différents requérants justifiaient « *d'un intérêt direct et certain* » (sinon il aurait rejeté les requêtes comme étant irrecevables).

En l'espèce, le Conseil d'Etat a donc considéré que des personnes privées qui ne relèvent pas, par leur activité, du CSA, ont intérêt à obtenir l'annulation d'un acte de droit souple qui conduit les chaînes de télévision à modifier les modalités de diffusion d'un message.

Deux premiers enseignements peuvent en être tirés. D'une part, il est désormais certain que le contentieux des actes de droit souple n'est pas réservé aux personnes dont l'activité relève de la compétence de l'autorité de régulation concernée (ce qu'induisait la rédaction des arrêts du 21 mars 2016 précités). D'autre part, il semble que le Conseil d'Etat ait, également dans ce domaine, une conception classique de l'intérêt à agir, de sorte que de très nombreuses personnes sont susceptibles de critiquer des actes de droit souple.

Ces deux enseignements conduisent d'une part à anticiper sur une démocratisation importante du contentieux des actes souples et, d'autre part, à inciter les opérateurs économiques à appréhender avec acuités les opportunités et risques qu'ouvre cette démocratisation.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 4 janvier 2016

L'importance de la rédaction et de la signature du solde de tout compte en cas de demandes de paiement de primes ou d'heures supplémentaires

Dans un arrêt du 14 novembre 2013 rendu par la Cour d'Appel d'Aix en Provence et confirmé par la Cour de cassation le 4 novembre 2015 (N° 14-10.657, 1808), les juges donnent de très intéressantes précisions sur la rédaction du reçu pour solde de tout compte qui peut permettre aux entreprises de contrer d'éventuelles demandes de rappel d'heures supplémentaires ou de primes.

Pour mémoire, il résulte de l'article L1234-20 du code du travail que le solde de tout compte établi par l'employeur et dont le salarié lui donne reçu, fait l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail. Ce reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé dans les six mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées.

La délivrance du reçu du solde de tout compte par le salarié protège l'employeur des réclamations ultérieures pour les sommes qui y sont mentionnées.

En l'espèce, le reçu pour solde de tout compte précisait de la manière suivante quelle était la nature des sommes versées. Il mentionnait :

« - *salaires*
- *prime VN (soit véhicule neuf),*
- *indemnité du compte épargne temps,*
- *indemnité de congés payés.* »

Le salarié n'avait pas dénoncé le reçu pour solde de tout compte et réclamait des commissions et d'heures supplémentaires (notamment).

Il en a été débouté dans la mesure où le solde de tout compte mentionnait une rubrique « salaires ».

Conclusion : il est important de vérifier la rédaction de votre reçu pour solde de tout compte et sa dénonciation régulière ou non par le salarié dans l'hypothèse de procédures en cours. C'est un moyen très utile pour contrer d'éventuelles demandes de rappels d'heures supplémentaires ou de primes.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 12 janvier 2016

En cas d'inaptitude du salarié : il est indispensable de demander des précisions écrites au Médecin du travail

Depuis le 19 août 2015, date d'entrée en vigueur de la loi 2015-994 du 17 août 2015, le médecin du travail déclarant un salarié physiquement inapte à son emploi à la suite **d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle** peut indiquer dans son avis d'inaptitude que le maintien du salarié dans l'entreprise serait « gravement préjudiciable à sa santé ». Dans cette situation, l'employeur peut engager la procédure de licenciement pour inaptitude physique sans être tenu de chercher un poste de reclassement au bénéfice du salarié.

En dehors de ce cas précis, lorsque le salarié est inapte à la suite d'un accident ou d'une maladie **non professionnel**, la recherche d'un reclassement s'impose à l'employeur. Pour s'y conformer, ce dernier doit tenir compte des préconisations du médecin du travail.

Comment procéder si ce dernier déclare le salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise, cas dans lequel la recherche d'un reclassement reste obligatoire, ou indique simplement que le maintien du salarié dans l'entreprise présente un danger pour sa santé ?

Un arrêt du 15 décembre 2015 n° 14-11.858 détaille la marche à suivre :

A réception d'un avis d'inaptitude portant de telles mentions, l'employeur ne doit en aucun cas en conclure de lui-même que le reclassement est impossible et engager la procédure de licenciement. Il doit impérativement solliciter par écrit (fax, email) le médecin du travail en vue d'obtenir des précisions.

Si le médecin envisage des possibilités de reclassement, l'employeur doit orienter ses recherches en ce sens. Mais si, comme dans cette espèce, le médecin exclut expressément toute possibilité de reclassement dans l'entreprise, alors l'employeur est considéré comme ayant satisfait à son obligation et peut engager la procédure de licenciement.

Attention toutefois car si l'entreprise appartient à un groupe, il faudra que l'employeur ait obtenu la même position du Médecin concernant les sociétés du groupe même celles se situant à l'étranger.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 26 janvier 2016

Risque pénal pour l'entreprise et ses dirigeants : employer d'anciens salariés comme travailleurs indépendants

Dans une décision du 15 décembre 2015 (*Cass. crim., 15 décembre 2015, n°14-85.638 F-PB*) le lien de subordination juridique, caractéristique d'une relation de salariat, a été reconnu entre une société et d'anciens salariés qui, sous le statut d'auto-entrepreneurs, avaient poursuivi l'activité de prospection téléphonique qu'ils exerçaient antérieurement dans le cadre d'un contrat de travail.

Voici les éléments de faits retenus contre l'entreprise sur le plan pénal :

- des modalités d'exécution du travail largement imposées par la société, traduisant l'absence de toute autonomie laissée aux intéressés (utilisation d'un listing clients et d'une procédure commerciale définie à l'avance, obligation de rendre compte du résultat des démarches téléphoniques, accomplissement de tâches sans rapport avec l'objet du contrat, respect d'horaires de travail, possibilité pour la société de résilier le mandat en cas de mauvais résultats)
- l'établissement par la société des factures dont elle était débitrice à l'égard des auto-entrepreneurs ;
- ces derniers travaillaient exclusivement pour son compte, sur les mêmes fonctions et selon les mêmes modalités d'exécution du travail qu'antérieurement ;
- concordance exacte entre la date de création de l'auto-entreprise et la date du début de la mission.

La société a été condamnée au pénal pour travail dissimulé car le fait de maquiller sciemment une relation salariale en contrat d'entreprise pour échapper à ses obligations d'employeur caractérise une fraude constitutive du délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, dans les conditions précisées à l'article L. 8221-5 du code du travail.

Mais le risque est aussi civil : dans une autre affaire (*Cass. soc., 6 mai 2015, n°13-27.535 F-D*) qui portait sur la requalification d'une mission en contrat de travail, les juges ont relevé divers indices attestant d'un lien de subordination juridique entre une société et un auto-entrepreneur lui facturant des services d'agent commercial :

- le respect d'un planning quotidien précis et établi par le donneur d'ordre,
- l'obligation d'assister à des entretiens individuels et à des réunions commerciales,
- des objectifs de chiffre d'affaires annuel imposés par le donneur d'ordre,

- l'obligation d'enregistrer les ventes réalisées selon une procédure déterminée, avec remontrances lorsque celle-ci n'est pas suivie

Conclusions :

En résumé les critères à éviter sont :

- l'existence d'une relation salariale antérieure avec le même employeur, pour des fonctions identiques ou proches ;
- un donneur d'ordre unique ;
- le respect d'horaires, justification des congés et absences ;
- le respect de consignes autres que celles strictement nécessaires aux exigences de sécurité sur le lieu d'exercice, pour les personnes intervenantes, ou bien pour le client, ou encore pour la bonne livraison d'un produit ;
- une facturation au nombre d'heures ou en jours ;
- une absence ou une limitation forte d'initiatives dans le déroulement du travail ;
- l'intégration à une équipe de travail salariée ;
- la fourniture de matériels ou équipements (sauf équipements importants ou de sécurité) ;
- une carte de visite, un email au nom de l'entreprise cliente.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 26 janvier 2016

Défaut de visite médicale : la société et ses dirigeants s'exposent à des condamnations pénales - citations directes devant le Tribunal de Police

Dans un arrêt du 12 janvier 2016 (*Cour de cassation, Chambre criminelle, Arrêt n°5888 du 12 janvier 2016, Pourvoi n°14-87.695*), la chambre criminelle retient la responsabilité pénale de la société et de ses dirigeants qui ne se sont pas assurés que la visite médicale d'embauche avait bien eu lieu avant la fin de l'essai.

Il est rappelé :

- Que tout salarié doit être reçu par le médecin du travail avant l'embauche ou, au plus tard, avant l'expiration de sa période d'essai.
- Que la visite périodique au moins tous les 24 mois est obligatoire.
- Que certains salariés bénéficient d'une surveillance médicale renforcée (handicapés, femmes enceintes, travailleur de moins de 18 ans notamment).
- Que les visites médicales de reprises de poste sont obligatoires après un arrêt maladie d'au moins 30 jours.

Ces obligations s'appliquent aux CDI et aux CDD même de courtes durées.

A défaut, la société et ses dirigeants s'exposent :

- Au versement d'une indemnisation devant le juge prud'homal.
- A des poursuites pénales : le défaut de visite médicale d'embauche étant sanctionné par une contravention de la 5^e classe (prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés) (même sanction pour le non-respect des règles relatives aux visites médicales ci-dessus).

Dans cet arrêt du 12 janvier 2016 les juges précisent que l'employeur ne peut pas se contenter, *via* la déclaration préalable à l'embauche, de demander au service de santé au travail de programmer la visite d'embauche, il doit s'assurer de l'effectivité de celle-ci, à défaut sa responsabilité pénale est engagée.

L'affaire concerne une entreprise de marketing téléphonique, employant des salariés pour des contrats de courte durée. A la suite d'une visite de contrôle, l'inspection du travail a dressé un procès-verbal constatant que 294 salariés ayant travaillé au cours du mois précédent n'avaient fait l'objet d'aucune visite d'embauche.

La société et ses deux cogérants ont été cités devant le tribunal de police du chef d'embauche de salariés sans visite médicale préalable.

Pour échapper à une condamnation, deux arguments principaux ont été soulevés :

- l'employeur avait accompli toutes les diligences nécessaires pour respecter les dispositions relatives à la visite d'embauche : l'enregistrement de la déclaration unique d'embauche auprès de l'Urssaf entraîne automatiquement transmission par cette dernière d'un avis au médecin du travail, qui doit alors convoquer le nouvel embauché;
- il était matériellement impossible de réaliser la visite avant la fin de la période d'essai : compte tenu de la durée des contrats, ces derniers avaient déjà pris fin lorsque le service de santé au travail était en mesure de convoquer les intéressés.

Aucun des arguments n'a été retenu par le tribunal puis par la Cour d'appel de Paris, laquelle a condamné la société à 294 amendes de 100€ et les cogérants à 294 amendes de 50€.

La Cour de cassation a confirmé la décision en jugeant que l'employeur doit « assurer l'effectivité de cet examen ».

Conclusions :

- **Vérifier que vous êtes à jour des visites médicales de vos salariés pour les CDI et CDD.**
- **Vérifiez que vous disposez de délégations de pouvoirs dans l'entreprise afin de protéger vos dirigeants contre une condamnation.**

En cas de condamnation civile ou pénale : engager la responsabilité du service de santé au travail pour obtenir réparation du préjudice causé par ses dysfonctionnements dans le suivi des salariés.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 3 février 2016

Plainte du salarié pour harcèlement : l'employeur peut avoir intérêt à déposer une plainte contre le médecin devant le Conseil de l'Ordre des Médecins

Apparaissent souvent dans le débat judiciaire des attestations ou certificat d'arrêt de travail (Cerfa) de médecins sur lesquels figurent des mentions non médicales du type : « *harcèlement moral au travail* », « *troubles anxio-dépressifs liés aux conditions de travail* », « *dépression liée ou travail* », etc.

Ces mentions sont totalement proscrites par le Code de la Santé Publique qui interdit toute mention non médicale sur ces documents.

La Cour d'appel de Rennes l'a rappelé le 30 octobre 2015 (13/03678).

En l'espèce le salarié produisait en justice une attestation de son médecin traitant évoquant un traitement anxiolytique et antidépresseur motivé par des « *difficultés relationnelles avec son employeur* ».

L'employeur a déposé une plainte auprès du Conseil de l'Ordre des Médecins pour dénoncer ces mentions. En effet, non seulement elles étaient contraires aux dispositions du Code de la Santé Publique, car non médicales, mais surtout le certificat du médecin généraliste ne démontre pas le lien de causalité avec un harcèlement que subirait le salarié puisque ce médecin n'est jamais venu sur le lieu de travail et n'a ainsi rien constaté.

La plainte a eu de l'effet puisque le médecin a dû retirer les propos litigieux de son attestation.

L'employeur a été mis hors de cause et le salarié a été débouté de ses demandes de condamnations pour harcèlement moral.

Conclusion : il peut être essentiel pour l'issue du procès d'agir contre le médecin traitant ou le médecin du travail qui inscrirait ce type de mention sur un certificat médical.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 10 février 2016

L'employeur peut contrôler librement les emails du salarié et ses connexions internet : un bon moyen de contrôler l'activité du salarié

Dans un arrêt du 12 janvier 2016 (CEDH, 12 janvier 2016, n° 61496/08), la Cour européenne des droits de l'Homme admet qu'un employeur puisse surveiller les communications internet de ses salariés, émises pendant leurs temps de travail, dès lors que cette surveillance reste raisonnable.

Cet arrêt est parfaitement conforme à la jurisprudence française.

En effet, la Cour de cassation considère que lorsque l'employeur met à disposition du salarié une adresse de messagerie, il peut consulter librement, hors la présence du salarié, les courriels non identifiés comme étant personnels, puis se servir de leur contenu comme moyen de preuve d'un comportement fautif (Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 08-42.486).

Quant aux messages identifiés comme « personnels », l'employeur peut également les ouvrir, mais en présence de l'intéressé, ou, a minima, en l'ayant fait dûment appeler (Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017).

L'employeur est libre de surveiller l'historique des connexions internet des salariés sur leurs postes de travail (Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 06-45.800; Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-45.253).

La jurisprudence fait toutefois preuve d'une certaine tolérance à l'égard de l'utilisation personnelle par les salariés, pendant leur temps de travail, du matériel informatique mis à disposition par l'entreprise, dès lors que cette utilisation reste raisonnable.

En revanche, les salariés encourent des sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement disciplinaire lorsqu'ils consacrent une part importante de leur temps de travail à la consultation de sites extraprofessionnels :

Exemples :

- Faute grave d'une salariée s'étant connectée **41 heures au cours d'un mois** (Cass. soc., 26 février 2013, n° 11-27.372).
- Faute grave d'un salarié en raison de **10 000 connexions** à des sites extraprofessionnels sur le poste de travail **en moins de trois semaines** de travail).

En revanche les courriers et fichiers électroniques provenant de la messagerie personnelle (une adresse « gmail » par exemple) d'un salarié, même stockés sur un ordinateur fourni par l'employeur, sont irrecevables à titre de preuve : en effet, leur production en justice porterait atteinte au secret des correspondances (Cass. soc. 26-1-2016 n° 14-15.360).

Attention : il est vivement conseillé aux entreprises :

- de vérifier que le système de messagerie électronique des salariés a fait l'objet d'une déclaration de conformité auprès de la CNIL en référence à la norme n° 46 (gestion des personnels des organismes publics et privés) ;
- d'informer et consulter le Comité d'Entreprise sur cette possibilité de contrôle des emails et d'internet ;
- d'intégrer cette possibilité dans le règlement intérieur, dans une Charte informatique annexée ou au sein même des contrats de travail.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 18 février 2016

Les « orientations stratégiques du groupe » doivent être communiquées à un expert si la filiale est dépourvue d'autonomie

On sait que le comité d'entreprise doit être consulté sur les seules orientations stratégiques « de l'entreprise », et non du groupe.

Pourtant la Cour d'appel de Lyon vient de juger dans un arrêt du 8 janvier 2016, que le CE peut aussi demander via l'expert-comptable qu'ils ont désigné, des informations relatives aux orientations stratégiques du groupe.

Ce n'est pourtant pas ce que prévoient les textes.

La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a créé un nouveau cas de consultation du comité d'entreprise, portant sur les « orientations stratégiques de l'entreprise » et leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages (C. trav., art. L. 2323-6 et L. 2323-10).

Il n'est nullement fait référence au groupe.

Le comité d'entreprise peut-il accéder, dans ce cadre, aux orientations stratégiques du groupe ?

Oui, répondent les juges de Lyon : lorsque l'entreprise ne dispose pas d'une autonomie réelle vis-à-vis de la société mère.

En juin 2014, une entreprise exploitant un réseau de transport en commun pour le compte d'un syndicat mixte de transports a engagé la procédure d'information et de consultation de son comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise.

Le comité a voté le recours à un expert qui réclame à l'entreprise divers éléments d'information concernant notamment les activités du groupe.

L'entreprise a refusé, en invoquant le Code du travail qui vise uniquement les orientations stratégiques « de l'entreprise ».

Pourtant les juges ont accédé à la demande d'information de l'expert aux motifs suivants :

- Forte imbrication entre la société mère et ses filiales.
- Absence « d'autonomie réelle » de l'entreprise vis-à-vis du groupe.
- Les données stratégiques sont définies et contrôlées dans leur application par le groupe.
- Les contrats qui constituent le cadre de son activité et conditionnent ses objectifs pour la durée d'exploitation sont signés par le président du groupe, au nom du groupe, et non par le président de l'entreprise.
- De nombreux cadres salariés sont détachés dans les directions des filiales du groupe.

Les juges vont conclure que l'expert-comptable ne saurait, dans ces conditions, se voir refuser les éléments d'orientation stratégique du groupe, indispensables à la compréhension des orientations stratégiques de la filiale.

La décision est très contestable car la société concernée est condamnée à remettre des informations qu'elle ne détient pas puisqu'elles sont entre les mains d'une autre société du groupe, donc d'un tiers...

CA Lyon, ch. soc. C, 8 janvier 2016, n° 14/09041.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 25 février 2016

Le licenciement consécutif à une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail est nul : attention aux motifs de la lettre de licenciement

La Cour de cassation rappelle (Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600) qu'un employeur ne peut pas licencier un salarié au motif qu'il a saisi les juges pour obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Dans ce cas, les conséquences sont très lourdes et coûteuses pour la société : le licenciement est nul car il porte atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice (réintégration en référé, rappel de salaires et de charges sociales sur plusieurs années, etc.)

Pour mémoire, en cas de manquement grave de l'employeur à ses obligations contractuelles, le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail.

Il peut aussi demander en justice la résiliation judiciaire de son contrat de travail : dans ce cas il reste salarié dans la société jusqu'à la décision judiciaire de résiliation ou non de son contrat.

Dans cette affaire, le directeur d'une société avait formulé une demande de résiliation judiciaire auprès du Conseil de prud'hommes.

Deux semaines après, son employeur le met à pied à titre conservatoire, puis le licencie pour faute grave.

Parmi les griefs reprochés au salarié évoqués dans la lettre de licenciement : la saisine de mauvaise foi du juge pour obtenir la rupture de son contrat de travail.

Pour cette raison la Cour d'appel décide d'annuler le licenciement du salarié, solution confirmée par la Cour de cassation.

L'employeur reprochait au salarié dans la lettre de licenciement d'avoir :

- saisi les prud'hommes pour obtenir la rupture de son contrat de travail « *après avoir en vain tenté d'obtenir une rupture négociée* »,
- « *sans jamais l'avoir avisé du moindre désaccord sur le projet ni sur l'exécution de son contrat* ».
- Il estimait que le motif invoqué, « *une prétendue perte de responsabilités* » l'était « *de mauvaise foi* » car le salarié « *était sur le point de créer sa propre entreprise* » et que son départ était donc « *acquis* ».

Mais la Cour de cassation n'entre pas dans le détail de ces considérations. Elle se contente de constater que la lettre de licenciement faisait bien référence, parmi d'autres griefs, à la saisine du juge par le salarié.

Ce grief constitue une « atteinte à la liberté fondamentale » (la liberté d'ester en justice) et entraîne à lui seul la nullité du licenciement.

Conclusions :

- Ne jamais mentionner la saisine en résiliation judiciaire dans une lettre de licenciement.
- Eviter une concomitance entre la demande du salarié et une convocation à un entretien préalable.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 10 mars 2016

L'entretien professionnel est obligatoire tous les deux ans, sous peine de sanctions lourdes

L'entretien professionnel est obligatoire dans toutes les entreprises et concerne tous les salariés, quelle que soit la nature de leur contrat (CDD, CDI, travail à temps partiel, etc.).

Il est plus spécifiquement consacré à l'analyse des perspectives d'évolution professionnelle du salarié, notamment en termes de qualifications et d'emploi.

Il se différencie fortement de l'entretien annuel d'évaluation du travail du salarié souvent pratiqué en entreprise mais qui n'a pas de caractère obligatoire (C. trav., art. L.6315-1), même s'il est fortement conseillé car il permet d'évaluer le travail du salarié (dont dépend souvent la rémunération variable) et de fixer ses objectifs.

Jusqu'à quand peut-on faire passer les entretiens professionnels ?

En vigueur depuis le 7 mars 2014, l'entretien professionnel devait être réalisé dans les 2 ans, soit au plus tard le 7 mars 2016 pour les salariés déjà en poste à la date de publication de la loi.

Pour les salariés recrutés ultérieurement, les entretiens doivent avoir lieu dans les 2 ans suivant leur recrutement ; ils sont informés de ce droit au cours du processus d'embauche.

Cet entretien professionnel doit être proposé aussi systématiquement aux salariés reprenant leur activité à l'issue d'un congé de maternité, d'un congé parental d'éducation, d'un congé de soutien familial, d'un congé d'adoption, d'un congé sabbatique, d'une période de mobilité volontaire sécurisée, d'une période d'activité à temps partiel au sens de l'article L. 1225-47 du présent code, d'un arrêt longue maladie ou à l'issue d'un mandat syndical.

Les entreprises de 50 salariés et plus qui s'abstiendraient des entretiens professionnels peuvent, sous certaines conditions, être sanctionnées (pas de sanction pour les autres entreprises) lourdement :

- abondement du compte personnel de formation de chaque salarié concerné, de 100 heures de formation supplémentaires pour les salariés à temps plein et de 130 heures pour les salariés à temps partiel ;
- versement d'une contribution forfaitaire à l'OPCA s'élevant à la somme de 3.000 € par salarié à temps plein concerné et de 3900 € par salarié à temps partiel C. trav., art. L. 6323-23 et R. 6323-3).

Pour qu'elles soient appliquées aux entreprises concernées, il faut néanmoins qu'au cours des 6 dernières années passées dans cette entreprise, un ou plusieurs salariés n'aient bénéficié d'aucun entretien professionnel ni d'au moins 2 de ces 3 mesures :

- une action de formation ;
- l'acquisition d'éléments de certification par la formation ou par une validation des acquis de son expérience ;
- le bénéfice d'une progression salariale ou professionnelle.

Les premières sanctions tomberont à partir de mars 2020 soit 6 ans après la parution de la loi, ce qui laisse un peu de temps.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 16 mars 2016

Les écrits des médecins qui examinent les salariés doivent respecter la déontologie médicale

Tout médecin, du travail ou non, doit respecter les dispositions du **Code de déontologie médicale** qui fait partie intégrante du **Code de la Santé Publique**.

La fourniture de certificats médicaux de complaisance est régulièrement sanctionnée.

A ce titre, il est rappelé que :

- « (...) le médecin ne peut antidater ni postdater un certificat » (voir notamment - Chambre disciplinaire de 1ère instance de l'Ordre des Médecins du Nord-Pas-de-Calais, 15 décembre 2007).
- « La délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite ».

Les commentaires du Code de déontologie médicale indiquent encore :

« ...tout certificat ou document signé par un médecin doit être parfaitement objectif et honnête (...) Le médecin ne doit certifier que ce qu'il a lui-même constaté (...) si le certificat rapporte les dires de l'intéressé ou d'un tiers, le médecin doit s'exprimer sur le mode conditionnel et avec la plus grande circonspection ; le rôle du médecin est en effet d'établir des constatations médicales, non de recueillir des attestations ou des témoignages et moins encore de les reprendre à son compte. » (voir notamment - décision CDN9750, Chambre disciplinaire du Conseil National de l'Ordre des Médecins 6 mars 2008).

Dans un rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de juin 2015 intitulé **« Les écrits du médecin du travail et la déontologie médicale »**, l'Ordre des médecins rappelle les obligations du médecin du travail dans ses écrits :

- *« Sa formation et ses missions permettent au médecin du travail d'établir un lien entre la santé du salarié, son activité professionnelle et son environnement professionnel »*

Cela signifie qu'un salarié qui est déclaré apte sans réserve par le Médecin du travail peut difficilement prétendre que son état de santé est lié à son travail et, par exemple, à une situation de harcèlement.

- *« Dans ce cadre, le médecin du travail reste tenu dans ses écrits au respect du code de déontologie médicale qui lui impose d'examiner la personne concernée et de relater les seules constatations médicales qu'il a faites. S'il rapporte des indications fournies par le salarié, il le fait avec la plus grande circonspection et mentionne expressément « M. X me dit que... », les certificats de complaisance sont bien entendu proscrits.*

Lorsque des dossiers médicaux sont versés au débat devant le juge civil ou pénal, il faut vérifier que ce principe est respecté. A défaut il convient de saisir le Conseil de l'Ordre des Médecins.

Le rapport rappelle que :

- *« manque à ses devoirs déontologiques, le médecin qui ne se limite pas dans ses écrits à faire le lien entre l'état psychique du salarié et son travail mais l'impute à une personne déterminée dont il n'a pas été en mesure de constater le comportement ».*
- *« L'imputabilité doit renvoyer à des risques et des organisations de travail identifiés ; à défaut, le médecin s'écarte d'une démarche médicale de santé au travail. L'écrit doit être clair et n'évoquera pas des éléments sans rapport avec le lien qu'il établit entre la santé et le travail ».*

Conclusions : Il est donc clair que les instances ordinales sont strictes concernant le respect de ces règles.

Il ne faut jamais hésiter à contester, notamment devant le Conseil de l'Ordre, des certificats médicaux tendancieux car ils peuvent avoir un effet dévastateur devant le juge en cas de plainte pour harcèlement moral.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 24 mars 2016

Un moyen simple de faire déclarer inopposable à l'employeur une prise en charge d'accident du travail

Les déclarations d'accident du travail par les salariés, ou à leur demande, se multiplient. Elles sont de plus en plus liées à des troubles psychologiques que les salariés tentent d'imputer à leurs conditions de travail (par exemple un choc émotionnel lié à une annonce de licenciement).

Lorsque l'employeur conteste la qualification d'accident du travail il doit impérativement émettre des réserves explicites et motivées sur la déclaration d'accident du travail ou dans une lettre annexe.

Dès lors que l'employeur a émis des réserves sur la réalité de l'accident survenu à un salarié, il doit être associé à l'enquête menée par la caisse d'assurance maladie. A défaut, la prise en charge de l'accident de travail lui est inopposable.

Si des réserves sont émises les textes prévoient qu'avant de prendre une décision sur le caractère professionnel de l'accident, **la caisse est tenue d'envoyer à l'employeur et à la victime un questionnaire portant sur les circonstances ou la cause de l'accident ou de procéder à une enquête auprès des intéressés.**

L'article R 441-11 III du Code de la sécurité sociale indique : « *En cas de réserves motivées de la part de l'employeur ou si elle l'estime nécessaire, la caisse envoie avant décision à l'employeur et à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle un questionnaire portant sur les circonstances ou la cause de l'accident ou de la maladie ou procède à une enquête auprès des intéressés. Une enquête est obligatoire en cas de décès.* »

Dans un arrêt récent du **10 mars 2016 (n° 15-16.669)**, la Cour de cassation vient rappeler que ces mesures d'instruction (envoi d'un questionnaire ou organisation d'une enquête) revêtent un caractère contradictoire : la caisse primaire se doit de recueillir les observations de l'employeur, que ce soit de vive voix ou au moyen d'un questionnaire.

A défaut, la décision de prise en charge de l'accident est inopposable à l'employeur.

Dans cette affaire la caisse soutenait que les mesures d'instruction n'avaient pas à être menées contradictoirement. Selon la Caisse, l'envoi du questionnaire ou l'enquête peuvent être effectués auprès des seules personnes que la caisse juge opportun d'entendre. Les droits de l'employeur, lorsqu'il n'a pas été consulté dans le cadre de cette instruction, sont préservés puisqu'en tout état de cause, il est invité, avant que la caisse ne prenne sa décision, à prendre connaissance des résultats du questionnaire ou de l'enquête et à présenter ses observations. Une argumentation qui n'a pas emporté la conviction de la Cour de cassation.

Il ne suffit donc pas pour la Caisse d'inviter l'employeur à prendre connaissance de l'enquête au terme de celle-ci.

Conclusion : il faut vérifier que la société a été entendue lors de l'enquête ou qu'elle a reçu le questionnaire à remplir.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 1^{er} avril 2016

Le contrôle du salarié malade : vérifier les mentions de l'arrêt de travail avant de faire contrôler le salarié

Dans un arrêt du 16 mars 2016 (n° 14-16.588), la Cour de cassation rappelle que le salarié en arrêt maladie avec « sorties libres » doit informer l'employeur de son lieu de résidence pour le mettre en mesure de faire procéder à une **contre-visite médicale**.

En l'espèce la salariée était placée en arrêt de travail du 12 février 2013 au 31 août 2013, avec les mentions « sorties libres ».

Elle s'est rendue en Bretagne entre le 10 août et le 25 août 2013 sans en informer l'employeur. Celui-ci a fait procéder à deux visites de contrôle les 21 et 27 août 2013 qui ont donné lieu à des retenues sur salaire en raison de l'absence de la salariée.

Les juges ont validé ces retenues car la salariée n'avait pas informé l'employeur de son lieu de résidence pour le mettre en mesure de faire procéder à une contre-visite médicale.

Pour mémoire, sauf dispositions conventionnelles contraires, la contre-visite médicale organisée par l'employeur peut intervenir, à tout moment, aux dates et heures normales de visite.

Pour fixer l'heure de cette contre-visite, l'employeur doit donc tenir compte du régime de sorties dont bénéficie le salarié au regard de la sécurité sociale :

- Arrêt de travail mentionnant que les **sorties ne sont pas autorisées** : la contre-visite peut en principe avoir lieu à un moment quelconque de la journée.
- Arrêt de travail mentionnant que les **sorties sont autorisées** : l'assuré social étant dans ce cas tenu d'être présent à son **domicile** de 9 h à 11 h et de 14 h à 16 h, sauf nécessité de soins ou examens médicaux, la contre-visite peut avoir lieu dans l'une de ces deux tranches horaires.
- Arrêt de travail « **sorties libres** » : dans ce cas, l'employeur doit en principe être informé par le salarié des **horaires et de l'adresse où pourra avoir lieu la contre-visite médicale**. A défaut l'employeur peut faire contrôler le salarié sur son lieu de résidence habituel et en tirer les conséquences sur le complément qu'il verse en cas d'absence.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 6 avril 2016

Responsabilité pénale du dirigeant : décider avant de consulter le Comité d'entreprise est une entrave au Comité d'entreprise

Dans une décision du **15 mars 2016 (n° 14-85.078)** la Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle que le fait de lancer la procédure d'information/consultation du CE sur un projet de déménagement, alors que le bail a déjà été dénoncé, constitue un délit d'entrave.

En l'espèce, le 6 décembre 2011, la direction d'une société spécialisée en ingénierie informatique (ALTRAN) convoque son CE en vue d'engager une procédure d'information/consultation sur un projet de déménagement des salariés sur de nouveaux sites.

Une nouvelle réunion de CE a lieu le 20 décembre suivant, au cours de laquelle il est apparu que le bail des locaux situés à Levallois-Perret, où étaient basés 28 salariés, avait été dénoncé le 28 octobre 2011.

La Cour juge que cela constitue un délit d'entrave :

« qu'il résulte des articles L. 2323-2, L. 2323-4, L. 2323-6 et L. 2323-7 que le comité d'entreprise doit être consulté sur un projet de déménagement de locaux dans un délai suffisant pour lui permettre d'émettre un avis en connaissance de cause après avoir obtenu, préalablement à toute réunion, la communication de tous les documents afférents aux différentes modalités du transfert géographique du lieu de travail ; qu'en l'espèce, le bail de Levallois-Perret a été dénoncé le 28 octobre 2011 et que le bail de Vélizy a été conclu le 18 novembre 2011 ; qu'ainsi lors des réunions du 6 et du 20 décembre 2011, la décision de transfert des locaux avait été prise de manière définitive sans que le comité d'entreprise de la société Altran CIS ait été informé et consulté sur les restructurations, les regroupements et les modifications éventuelles des conditions de travail des salariés résultant de ce transfert (...) »

Ont été mis en cause : le dirigeant personne physique et la personne morale.

Le dirigeant a tenté d'invoquer la délégation de pouvoir donnée au directeur des relations sociales : sans succès dès lors qu'il présidait lui-même les réunions du comité d'entreprise de la société.

Il a été condamné à une peine d'amende de 3.500 euros, 10.000 euros d'amende pour la personne morale.

Conclusions :

- Toujours s'assurer que l'information/consultation du CE précède la décision. Le CE doit être informé et consulté au stade du projet.
- Si le chef d'entreprise délègue ses pouvoirs en matière sociale notamment concernant le fonctionnement des IRP, il ne doit pas présider le CE. A défaut, la délégation de pouvoirs est inefficace.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 11 avril 2016

Les décrets d'application concernant la mise en place de la nouvelle DUP et de l'instance commune représentative sont (enfin) parus

La loi « Rebsamen » n°2015-994 du 17 août 2015 a mis en place 2 nouvelles institutions représentatives :

- La « nouvelle » Délégation Unique du Personnel (DUP) applicable au sein des entreprises de moins de 300 salariés,
- La nouvelle instance représentative conventionnelle applicable au sein des entreprises de 300 salariés et plus.

Ces dispositions légales étaient jusqu'à ce jour inapplicables compte tenu de l'absence de parution des décrets d'application y afférents.

1. La « nouvelle » DUP applicable au sein des entreprises de 300 salariés ou plus (décret n° 2016-346 du 23 mars 2016)

Cette instance représentative peut être mise en place :

- Dans les entreprises d'au moins 300 salariés.
- Sous réserve de la conclusion d'un accord collectif majoritaire (qui peut en limiter l'application à certains établissements).

Cette instance peut regrouper :

- Le CE, les DP et le CHSCT.
- Ou 2 de ces instances : CE et DP, DP et CHSCT, CE et CHSCT.

-> **Le nombre de représentants minimum est le suivant :**

Instance regroupant DP, CE et CHSCT	
Moins de 300 salariés	5 titulaires et 5 suppléants
De 300 à 999 salariés	10 titulaires et 10 suppléants
A partir de 1 000 salariés	15 titulaires et 15 suppléants

Instance regroupant 2 instances : DP / CE ou CHSCT / CE ou CHSCT / DP	
Moins de 300 salariés	4 titulaires et 4 suppléants
De 300 à 999 salariés	6 titulaires et 6 suppléants
A partir de 1 000 salariés	8 titulaires et 8 suppléants

-> Le crédit d'heure de délégation minimum est le suivant :

DUP regroupant DP, CE et CHSCT	
DUP regroupant DP, CE et CHSCT	12 heures par mois
Instance regroupant 2 instances : DP / CE ou CHSCT / CE ou CHSCT / DP	16 heures par mois

Le décret définit également les conditions de formation des représentants du personnel.

2. La nouvelle instance représentative conventionnelle applicable au sein des entreprises de moins de 300 salariés (décret n°2016-345 du 23 mars 2016)

• Le nombre de représentants minimum est le suivant :

DUP regroupant DP, CE et CHSCT	
De 50 à 74 salariés	4 titulaires et 4 suppléants
De 75 à 99 salariés	5 titulaires et 5 suppléants
De 100 à 124 salariés	6 titulaires et 6 suppléants
De 125 à 149 salariés	7 titulaires et 7 suppléants
De 150 à 174 salariés	8 titulaires et 8 suppléants
De 175 à 199 salariés	9 titulaires et 9 suppléants
De 200 à 249 salariés	11 titulaires et 11 suppléants
De 250 à 299 salariés	12 titulaires et 12 suppléants

• Le crédit d'heure de délégation minimum est le suivant :

DUP regroupant DP, CE et CHSCT	
De 50 à 74 salariés	18 heures par mois
De 75 à 99 salariés	19 heures par mois
De 100 à 299 salariés	21 heures par mois

Le décret définit également :

- Les modalités de cumul et de répartition des heures de délégation.
- Les conditions de formation des représentants du personnel, les modalités de désignation du secrétaire et du secrétaire adjoint ainsi que les modalités de recours à une expertise commune.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 13 avril 2016

Les RTT non pris ne sont pas dus

Les jours de RTT non pris n'ouvrent pas droit à un rappel de salaire sauf :

- si une disposition du contrat ou d'un accord le prévoit expressément,
- ou si le salarié établit que cette situation est imputable à l'employeur.

Dans cette affaire (*Cass. soc.*, 31 mars 2016, n° 14-29.326), le salarié, licencié pour un motif réel et sérieux, demande le rappel de rémunération correspondant aux jours de RTT qu'il n'a pas pris.

Mais l'accord d'entreprise sur la réduction du temps de travail applicable prévoit :

« l'ensemble des jours de réduction du temps de travail sont pris sur proposition des salariés concernés, compte tenu de l'autonomie et de l'organisation du temps de travail qui leur sont demandés, eu égard à leur niveau de responsabilité, sans toutefois désorganiser le bon fonctionnement de l'entreprise et après accord de la direction et, d'autre part, que les jours de réduction du temps de travail non pris à la date de rupture du contrat de travail ou en fin d'annualisation ne donnent lieu à aucune indemnisation »

Ces dispositions sont suffisantes, selon la Cour de cassation, pour débouter le salarié, dès lors qu'il ne démontre ni avoir formulé, en vain, une demande, ni avoir été empêché de prendre ces jours, pour un motif quelconque, du fait de l'employeur.

Pour les cas de dispense de préavis, la solution n'est pas réellement tranchée, même si elle semble pour le moment plutôt favorable aux employeurs.

En effet, dans une décision (*Cass. soc.*, 18 mars 2015, n° 13-16.369) qui concernait un salarié licencié avec dispense de préavis, la Cour de cassation indique qu'à défaut d'accord collectif prévoyant l'indemnisation, l'absence de prise des jours de RTT « n'ouvre droit à une indemnité que si cette situation est imputable à l'employeur ». Sans doute qu'une dispense d'exécution du préavis par l'employeur constituera, pour la Cour d'appel de renvoi, une « situation imputable » à celui-ci, mais rien n'est certain. Dans une précédente affaire, il avait été jugé que la dispense de l'exécution du préavis par l'employeur n'entraînant aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, l'employeur ne pouvait priver le salarié du bénéfice des jours de congé liés à la réduction du temps de travail, auxquels celui-ci aurait pu prétendre s'il avait travaillé durant le préavis (*Cass. Soc.* 17 avril 2013 : n° 11.29010).

Conclusion : Pour être indemnisés, les salariés doivent avoir tenté de prendre leurs jours de RTT en temps utile et montrer que l'employeur s'y est opposé.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 15 avril 2016

La lettre de convocation n'a pas à contenir les griefs reprochés au salarié

La Cour de cassation a rappelé, le 6 avril 2016 (*Cass. Soc.* 6 avril 2016, 14-23.198), que la lettre de convocation à un entretien préalable n'avait pas à contenir les griefs reprochés au salarié.

En effet, il ressort de l'article L.1232-2 du Code du travail que : « l'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable ».

Le Code du travail n'impose pas à l'employeur de notifier au salarié par écrit les griefs préalablement à la tenue de l'entretien préalable.

Pourtant, certaines juridiction du fond avaient opéré une résistance en érigeant un nouveau principe selon lequel l'employeur serait tenu de notifier les griefs reprochés au salarié au sein de la lettre de convocation, et ce en application de l'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT qui dispose que « Un

travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité. »

La Cour de cassation a donc rappelé sa position de principe selon laquelle l'énonciation de l'objet de l'entretien, dans la convocation, est suffisante. Les griefs seront alors exposés lors de l'entretien au cours duquel le salarié, qui a la faculté d'être assisté, pourra formuler ses observations.

En revanche, cette solution n'aurait pas été retenue dans l'hypothèse où une convention collective aurait imposé de notifier les griefs au sein de la lettre de convocation. Dans une telle hypothèse, la mention des griefs au sein de la lettre de convocation devient une garantie de fond dont le non-respect rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Deborah Fallik
Avocat of Counsel

Publiée le 22 avril 2016

Revirement : en cas de contentieux le salarié doit toujours démontrer la réalité de son préjudice

La Cour de cassation vient de juger (*Cass. Soc. 13 avril 2016 n° 14-28.293*) que le salarié doit toujours démontrer la réalité de son préjudice et l'évaluer. Autrement dit, la notion de « préjudice de principe » n'existe plus depuis le 13 avril 2016.

Il s'agit d'un revirement de jurisprudence très important.

En effet, la Cour de cassation jugeait, depuis 20 ans, que certains manquements de l'employeur à ses obligations causaient *nécessairement un préjudice* au salarié, comme par exemple :

- le non-respect de règles de procédure comme par exemple le non-respect de la procédure de licenciement ;
- l'absence de mention de la priorité de réembauche dans la lettre de licenciement ;
- le défaut de remise ou la remise tardive des documents pour l'assurance chômage ;
- l'absence de mention de la convention collective applicable sur les bulletins de paie ;
- la stipulation dans le contrat d'une clause de non-concurrence nulle ;
- le non-respect par l'employeur du repos quotidien de 11 heures.

L'existence d'un préjudice n'est désormais plus présumée, et celui qui invoque un manquement aux règles de la responsabilité civile devra prouver cumulativement :

- la faute ;
- le lien de causalité ;
- le préjudice.

La démonstration du préjudice par le salarié en cas de contentieux contre la société est donc fondamentale. Le salarié devra produire des pièces précises démontrant ce préjudice et fournir une explication argumentée concernant les montants qu'il sollicite.

A titre d'exemple, concernant le préjudice d'un salarié lié à son licenciement : il doit apporter la preuve de son préjudice en comparant sa perte financière entre la rémunération qu'il perçoit du Pôle Emploi avec le salaire net qu'il aurait perçu s'il avait continué à faire partie des effectifs de l'entreprise.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 29 avril 2016

L'employeur peut prendre connaissance des emails et fichiers du salarié

- **Les emails :**

L'employeur peut librement consulter les e-mails professionnels envoyés ou reçus par le salarié sur sa messagerie professionnelle (Cass. soc. 2 février 2011 n° 09-72.313).

Sont présumés avoir un caractère professionnel, les e-mails adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail, ou reçus sur cet outil, dès lors qu'ils n'ont pas été identifiés par l'intéressé comme étant « personnels » (Cass. soc. 16 mai 2013 n° 12-11.866).

En revanche les messages électroniques provenant de la messagerie personnelle du salarié, distincte de la messagerie professionnelle dont il dispose pour les besoins de son activité ne peuvent pas être consultés par l'employeur (Cass. Soc. 26 janvier 2016 n° 14-15360).

En l'espèce, la salariée avait installé sur l'ordinateur mis à sa disposition pour les besoins de son travail une messagerie personnelle, distincte de sa messagerie professionnelle, dont certains messages avaient été consultés par l'employeur, ce qu'a sanctionné la Cour (rejet des pièces).

En revanche dans une affaire proche, le salarié avait, après avoir installé lui aussi une messagerie personnelle sur son ordinateur de travail, transféré certains courriels personnels provenant de celle-ci sur le disque dur de cet ordinateur et les avait regroupés dans des fichiers non identifiés comme personnels.

Dans cette affaire, les juges ont considéré que l'employeur pouvait librement en prendre connaissance (Cass. soc. 19 juin 2013 n° 12-12.138).

- **Les fichiers :**

S'agissant de la question des fichiers enregistrés sur le disque dur de l'ordinateur de travail du salarié : ils sont présumés professionnels sauf ceux ayant été identifiés comme « personnels ».

Les juges ont précisé que la preuve du caractère personnel de tels fichiers ne peut résulter :

- de la mention « mes documents » (Cass. soc. 10 mai 2012 n° 11-13.884),
- des initiales du salarié (Cass. soc. 21 octobre 2009 n° 07-43.877),
- de son prénom (Cass. soc. 8 décembre 2009 n° 08-44.840),
- de la mention « essais divers, essais divers restaurés » (Cass. soc. 15 décembre 2009 n° 07-44.264),
- ou encore de la dénomination « D:/données personnelles » (Cass. soc. 4 juillet 2012 n° 11-12.502).

Conclusion : les fichiers ou emails qui ne portent pas le mot « personnel » peuvent être librement consultés par l'employeur, qui peut s'en servir contre le salarié.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 17 mai 2016

La rédaction de la lettre de licenciement pour motif économique dans un groupe

Dans un arrêt rendu le 3 mai 2016 (n° 15-11.046 F-PB), la Cour de cassation indique qu'il n'est pas nécessaire que la lettre de licenciement précise le niveau d'appréciation de la cause économique lorsque l'entreprise appartient à un groupe.

C'est seulement en cas de litige qu'il appartiendra à l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent, la réalité et le sérieux du motif invoqué dans la lettre.

On sait que la lettre de licenciement doit comporter « *l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur* » (C. trav., art. L. 1233-16).

Dans les groupes de sociétés, faut-il pousser cette exigence de motivation jusqu'à faire référence, dans la lettre de licenciement, à la situation et aux résultats du secteur d'activité du groupe auquel l'entreprise appartient ? Il est permis de se poser la question puisque c'est ce secteur d'activité qui constitue alors le cadre d'appréciation du motif économique.

La Cour de cassation répond par la négative.

Dans cette affaire, la lettre de licenciement énonçait que la rupture avait pour motifs économiques la suppression de l'emploi de commercial du salarié, consécutive à la réorganisation de l'entreprise justifiée tant par des difficultés économiques de la société que par la nécessité de sauvegarder sa compétitivité.

Pour la Cour d'appel de Pau, la lettre de licenciement aurait donc dû faire état des difficultés économiques de ce secteur d'activité et non pas seulement de celles subies par l'employeur. L'absence de toute indication sur ce point équivalait à une absence de motivation, ce qui rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse, ont estimé les juges du fond.

La Cour de cassation a censuré le raisonnement : **l'employeur n'est pas légalement tenu de faire référence à la situation du secteur d'activité du groupe**. Ce n'est qu'en cas de litige portant sur la cause réelle et sérieuse qu'il devra être en mesure de justifier, devant le juge, du bien-fondé du motif économique dans le périmètre correspondant au secteur d'activité du groupe.

L'arrêt précise ainsi que :

« la lettre de licenciement qui mentionne que le licenciement a pour motifs économiques la suppression de l'emploi du salarié consécutive à la réorganisation de l'entreprise justifiée par des difficultés économiques et (ou) la nécessité de la sauvegarde de sa compétitivité, répond aux exigences légales, sans qu'il soit nécessaire qu'elle précise le niveau d'appréciation de la cause économique quand l'entreprise appartient à un groupe ; [...] c'est seulement en cas de litige qu'il appartient à l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent, la réalité et le sérieux du motif invoqué ».

Conclusion : la rédaction de la lettre de licenciement peut donc être très simple. Est par exemple suffisamment motivée la lettre de licenciement qui mentionne seulement « une réorganisation » à titre d'élément causal (Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-41.953 ; Cass. soc., 9 février 2010, n° 08-43.218).

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 18 mai 2016

Deux moyens pour faire annuler votre contrôle URSSAF

Premier moyen : vérifier les conventions de délégations entre URSSAF en cas de contrôle de plusieurs sociétés ou établissements

En cas de **délégation de compétences entre URSSAF**, celle-ci doit, à peine d'annulation du contrôle, être préalable à l'envoi de l'avis de contrôle (Cass. 2^e civ. 4-5-2016 n° 15-18.188).

En l'espèce, un contrôle portant sur les années 2004 et 2005 est initié et coordonné par l'URSSAF de Paris et de la région parisienne.

Le contrôle concernait plusieurs sites en France.

C'est finalement l'URSSAF de Lyon qui a notifié à la société contrôlée plusieurs chefs de redressement ainsi que des observations pour l'avenir et lui a adressé deux mises en demeure.

Selon les articles L. 213-1, dernier alinéa, R. 243-59, alinéa 1er, et D. 213-1-1 et D. 213-1-2 du Code de la sécurité sociale, une URSSAF peut déléguer à une autre union ses compétences par voie de convention mais cette délégation doit être **antérieure à l'avis de contrôle**.

Dans notre cas, l'avis de contrôle avait été adressé à la société le 4 août 2006, soit avant la signature de la convention de réciprocité spécifique qui datait du 13 septembre 2006, ce dont il résultait que l'URSSAF n'était pas compétente à cette date pour procéder aux opérations de contrôle de la société.

L'ensemble de la procédure de redressement a donc été annulé.

Second moyen : vérifier les renseignements sur lesquels l'URSSAF se fonde pour redresser
En effet le redressement fondé sur des renseignements recueillis auprès de tiers est nul ([Cass. 2e civ. 31-3-2016 n° 15-14.683](#)).

Lors d'un contrôle URSSAF, les employeurs sont tenus de présenter aux agents du recouvrement tout **document** qui leur sont demandés par ces agents (CSS art. R 243-59, al. 3).

La Cour de cassation frappe d'une nullité absolue les opérations de contrôle et de redressement des cotisations et contributions fondées, en tout ou partie, sur des renseignements et informations recueillis auprès de tiers.

En l'espèce, l'URSSAF avait opéré un contrôle dans une société d'édition et de production musicale, puis procédé à un redressement sur la base de renseignements obtenus auprès de l'**Agessa**, organisme chargé de l'affiliation de certains artistes et auteurs et du service des prestations.

La Cour de cassation annule ce redressement.

Conclusion : il faut toujours analyser la procédure ayant conduit à un redressement de l'URSSAF car elle est stricte et compliquée. Il y a souvent matière à relever une irrégularité qui peut entraîner la nullité du contrôle.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 27 mai 2016

Décret Macron du 20 mai 2016 : utiliser la procédure pour gagner

Le décret d'application de la loi Macron ([D. n°2016-660 du 20 mai 2016](#)) vient d'être publié au JO du 25 mai 2016.

Entrée en vigueur : **1^{er} août 2016**.

Ses apports sont essentiels en matière de procédure. Il faudra à présent systématiquement chercher des moyens de procédure, ils sont multiples du fait du décret, pour régler et gagner les dossiers difficiles.

Quelques points importants du décret :

Représentation des salariés : avocat obligatoire en appel et procédure écrite - vérifier les actes d'appel et la procédure.

En cas de représentation devant le CPH : plus besoin d'un motif légitime. Donc plus besoin de lettre d'excuses.

Pour les instances et appels introduits à compter du **1^{er} août 2016** : passage des articles 931 et suivants du CPC aux articles 899 du CPC.

En d'autres termes, la « nouvelle » procédure d'appel (procédure écrite) - qui n'est plus tout à fait nouvelle - sera applicable, avec les sanctions qui vont avec : **caducités de déclaration d'appel, irrecevabilités de conclusions, conclusions récapitulatives obligatoires, appel et notification des actes par le RPVA sous peine de nullité de l'appel, etc.**

Demandes nouvelles devant la Cour d'appel: elles peuvent être écartées

Les demandes nouvelles en appel ne seront quasiment plus recevables : le décret a supprimé l'article R. 1452-7 du Code du travail qui posait la recevabilité des demandes nouvelles y compris en appel. Il faut désormais suivre les conditions fixées par les articles 563 à 566 du Code de procédure civile.

Saisine du CPH : vérifier les saisines

Pour les instances introduites devant les conseils de prud'hommes à compter du 1^{er} août 2016, la requête devra contenir un exposé sommaire des motifs de la demande et mentionner chacun des chefs de celle-ci. Elle devra être accompagnée des pièces que le demandeur souhaite invoquer à l'appui de ses prétentions. Ces pièces seront énumérées sur un bordereau qui lui est annexé. La requête et le bordereau seront établis en autant d'exemplaires qu'il existe de défendeurs, outre l'exemplaire destiné à la juridiction.

A l'origine les mots « **à peine de nullité** » existaient dans le texte.

Ils ne sont plus dans le décret mais la question reste ouverte et le moyen pourra être soulevé.

Résolution amiable des différends

Le bureau de conciliation et d'orientation, le bureau de jugement ou la formation de référé peut, quel que soit le stade de la procédure imposer une médiation aux parties.

Unicité d'instance : abrogée

Ainsi, plusieurs instances successives deviennent possibles sur le fondement d'un même contrat de travail. Mais il sera désormais possible de faire des incidents sur la prescription. En effet la requête introductive d'instance ne devrait plus interrompre la prescription pour toutes les demandes.

Demandes nouvelles devant le conseil de prud'hommes : elles peuvent être écartées

Le troisième alinéa de l'article R. 1454-19 du Code du travail issu du décret, précise que devant le bureau de jugement « sont écartés des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense ».

Conclusion : les arguments de procédure deviennent essentiels dans le procès prud'homal.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 2 juin 2016

Clause de non concurrence illicite : le salarié doit prouver son préjudice par des arguments et des pièces s'il souhaite obtenir une indemnisation

La Cour de cassation (Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578 F-PB) revient sur sa jurisprudence selon laquelle la présence, dans le contrat de travail, d'une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie pécuniaire cause « nécessairement » un préjudice au salarié.

Si ce dernier souhaite être indemnisé, il doit prouver son préjudice.

Depuis 2011, la Cour de cassation considérait que le seul fait d'insérer, dans le contrat de travail, une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie pécuniaire (c'est-à-dire une clause illicite atteinte de nullité), causait nécessairement un préjudice au salarié. Il pouvait donc obtenir réparations sans démontrer son préjudice.

Cette jurisprudence est désormais révolue.

En l'espèce, un salarié avait notamment réclamé à son employeur 2.500 € de dommages-intérêts en raison de la présence, dans son contrat de travail, d'une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie pécuniaire.

La Cour d'appel a rejeté cette demande d'indemnisation car le salarié avait débuté une activité concurrente au sein d'une société qu'il avait constituée avec un ancien collègue. Aucun préjudice n'avait été causé à l'intéressé par la clause illicite puisqu'il n'avait pas même eu à respecter l'interdiction.

La clause a finalement été annulée pour défaut de contrepartie, mais sans octroi de dommages-intérêts.

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel en rappelant que :

« L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond...la cour d'appel ayant constaté que le salarié n'avait subi aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause, le moyen ne peut être accueilli ».

Concrètement, le salarié doit apporter au juge tous les éléments démontrant l'existence du dommage qui en est résulté pour lui, ce qui réduit considérablement les possibilités d'indemnisation.

Il devra prouver que, du fait de la présence de la clause, il a été empêché d'accepter une offre d'embauche d'un concurrent.

Cette solution n'est que la mise en application du principe posé le 13 avril 2016, dans un arrêt par lequel la Cour de cassation a écarté la possibilité d'invoquer la notion de préjudice nécessaire.

Conclusion : la Cour de cassation poursuit ses revirements : le salarié doit prouver son **préjudice avec des arguments et des pièces**. A défaut, il ne pourra qu'être débouté de ses demandes par les juges.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 3 juin 2016

Accusations de harcèlement moral : l'employeur peut enfin s'exonérer de sa responsabilité

Dans un arrêt du 1^{er} juin 2016 [Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702](#) FS-PBRI, la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence en permettant dorénavant à l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité lorsqu'une situation de harcèlement moral se produit dans l'entreprise.

Deux conditions cumulatives sont exigées :

- avoir fait cesser immédiatement les agissements,
- et avoir préalablement mis en œuvre des actions de formation et d'information propres à prévenir leur survenance.

Dans cette affaire, un salarié, estimant subir un harcèlement moral de la part de son supérieur hiérarchique, avait introduit une action en vue d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur, ainsi que des dommages-intérêts au titre du harcèlement.

L'employeur a réagi suite aux agissements dès leur signalement : enquête interne, réunions de médiation entre les protagonistes.

Dans son arrêt du 1^{er} juin 2016, la Cour de cassation indique que :

« ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles [L. 4121-1](#) et [L. 4121-2 du Code du travail](#) et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser ».

Cette décision ne fait qu'étendre au harcèlement, en l'adaptant, la formule retenue dans l'arrêt Air France du 25 novembre 2015 : *« ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles [L. 4121-1](#) et [L. 4121-2 du Code du travail](#) ».*

Conclusion : pour s'exonérer de sa responsabilité, l'employeur devra réunir cumulativement deux conditions :

- Dès l'instant où il a été informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, il doit prendre les **mesures immédiates propres à les faire cesser**.
- L'employeur doit aussi pouvoir justifier avoir pris, antérieurement, toutes les mesures de prévention prévues par les articles [L. 4121-1 \(actions de prévention des risques professionnels, d'information\)](#) et [L. 4121-2 \(principes généraux de prévention\) du Code du travail](#).

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 20 juin 2016

Modification du contrat de travail résultant du transfert de l'article L.1224-1 : le refus du salarié constitue un motif valable de licenciement

Lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification du contrat de travail (autre que le changement d'employeur), le salarié est en droit de s'y opposer.

Il appartient alors au cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement.

Dans cette affaire (Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-21.143 FS-PB) à l'occasion d'un transfert partiel d'entreprise, le contrat de travail d'une salariée travaillant jusqu'alors au siège social du cédant, situé à La Seyne-sur-Mer (Var), a été transféré, par le jeu de l'article L. 1224-1 du Code du travail, à un repreneur dont les locaux de travail se situaient à Lyon (Rhône).

La salariée a opposé un refus à ce changement de lieu de travail, ce qui a entraîné son licenciement par le cessionnaire pour ce motif.

Selon l'arrêt du 1^{er} juin 2016, **ce licenciement est valable** : le cessionnaire a le droit de licencier le salarié refusant une modification contractuelle induite par le transfert (autre que le changement d'employeur).

En conclusion, en cas de transfert en application de l'article L.1224-1 et de modification du contrat autre que le changement d'employeur (salaire, lieu de travail etc.) :

- le salarié est en droit de s'y opposer ;
- en cas de refus, il appartient au cessionnaire soit de maintenir les conditions antérieures, soit, s'il n'est pas en mesure de le faire, de formuler de nouvelles propositions, soit d'engager une procédure de licenciement, lequel sera valable.

Attention : en cas d'inaction du cessionnaire, le salarié peut poursuivre la résiliation judiciaire du contrat, laquelle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans préjudice du recours éventuel entre les employeurs successifs (*Cass. soc.*, 30 mars 2010, n°08-44.227).

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 20 juin 2016

Harcèlement moral : le salarié doit le prouver par des faits « précis et concordants »

Les accusations de harcèlement moral se multiplient dans les entreprises. Cela oblige l'employeur à contre attaquer (diffamation, dénonciation calomnieuse, etc.) mais surtout à se défendre.

Cela donne l'occasion de rappeler que la charge de la preuve pèse en partie mais d'abord sur le salarié.

En effet, tous les praticiens connaissent bien le dispositif prévu par l'article L. 1154-1 du Code du travail, qui concerne le harcèlement moral comme le harcèlement sexuel, selon lequel le salarié :

« établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement », à charge alors pour l'employeur de « prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ».

Si le harcèlement lui-même n'a pas à être démontré, les faits qui le laissent présumer doivent l'être. **Mais le Conseil constitutionnel a ajouté une précision, souvent négligée.**

Au considérant 89 de la décision fleuve (*Déc. N°2001-455 DC, 12 janv. 2002*), il énonce :

« que les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décisions prise à son égard [...] procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail [...] ».

Ainsi, le salarié doit établir des faits « précis et concordants ».

Exemples :

- Un témoignage se bornant à accuser untel de harcèlement moral n'est pas précis.
- Non plus que la narration d'événements sans date ni protagonistes dénommés.
- Un PV de CHSCT faisant état de tensions dans un service ne concorde pas, en soi, avec les accusations d'un salarié dirigé contre le responsable de ce service.
- Un événement isolé susceptible de caractériser un harcèlement devra être écarté s'il ne concorde pas avec d'autres faits également passibles de l'article L. 1152-1.

En conclusion : les plaideurs doivent rappeler aux juges cette notion de faits « précis et concordants ».

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 6 juillet 2016

Un salarié est obligé de rendre ses actions en cas de licenciement

Il n'est pas rare que la clause d'un pacte d'actionnaires, signé entre le salarié et la société, prévoit que le salarié s'oblige à céder à un prix décoté ses actions de la société au cas où il viendrait à en être licencié.

La Cour de cassation vient de valider ce schéma, dans un arrêt important (Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978, n° 543 FS-P+B).

Les faits :

Une société attribue gratuitement un certain nombre de ses actions à l'une de ses salariées.

Un pacte d'actionnaires est conclu entre cette salariée et la société mère de son employeur, dans lequel la salariée de la filiale promet irrévocablement de céder la totalité de ses actions au cas où elle viendrait, pour quelque cause que ce soit, à ne plus être salariée de cet employeur.

Ce même pacte précise que les modalités de fixation du prix de cession varieront selon les circonstances dans lesquelles le contrat de travail prendra fin : en cas de cessation du contrat de travail pour cause de licenciement, autre que pour faute grave ou lourde, il est stipulé que le prix de cession des actions sera fixé à la moitié de celui déterminé par un expert.

Quelques années plus tard, la salariée est licenciée sans cause réelle et sérieuse. Pour contester l'application de la décote de 50 % par rapport au prix fixé par l'expert, la salariée invoque divers arguments qui sont tous rejetés. Il est jugé que la clause de décote est valable.

La clause est licite :

Les juges observent que la clause prévoyant cette décote de la valeur des actions en cas de licenciement participe à l'équilibre général du contrat, s'inscrit dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée, d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise. Ils en déduisent que la cause de cette disposition n'est pas illicite.

La Cour de cassation retient que la clause litigieuse s'applique dans toutes les hypothèses de licenciement, autres que disciplinaire. En cela, elle ne vise pas à sanctionner un agissement de la salariée considéré par l'employeur comme fautif. Dès lors, elle ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée.

La salariée licenciée soutenait que seul le lien de subordination dans lequel elle était vis-à-vis de son employeur l'avait amenée à accepter un prix de ses actions largement dégradé en cas de licenciement. Ce lien de subordination, lui ayant interdit de négocier librement les clauses du pacte d'actionnaires, aurait vicié son consentement. Ce moyen, n'ayant pas été soutenu devant la Cour d'appel, était nouveau et a donc été rejeté.

En conclusion : la clause du pacte d'actionnaires, signé entre un employeur et son salarié, prévoyant la cession obligatoire, à un prix décoté, des actions de ce dernier en cas de licenciement est valable.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 7 septembre 2016

Un référentiel sur le montant des dommages et intérêts et sur les indemnités négociées

Le texte était très attendu et devrait être publié courant septembre ou octobre.

Un projet de décret fixe un référentiel indicatif :

1. D'indemnités applicables en cas de licenciement injustifié devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes.

En cas de licenciement irrégulier ou dépourvu de cause réelle et sérieuse, le juge pourra prendre en compte un référentiel indicatif fixant le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée au salarié, en fonction notamment de son ancienneté, de son âge et de sa situation par rapport à l'emploi, en plus des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles.

Les montants ainsi fixés (et résumés dans le tableau ci-dessous) seraient majorés dans deux cas particuliers :

- si le salarié est âgé d'au moins 50 ans à la date de la rupture de son contrat : **un mois de salaire en plus.**
- en cas de **difficultés particulières de retour à l'emploi** liées à la situation personnelle du salarié et à son niveau de qualifications : **un mois de salaire en plus.**

Ce référentiel est le suivant :

RÉFÉRENCIEL INDICATIF DE JUGEMENT

Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)	Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)
0	1	22	14,5
1	2	23	15
2	3	24	15,5
3	4	25	16
4	5	26	16,5
5	6	27	17
6	6,5	28	17,5
7	7	29	18
8	7,5	30	18,25
9	8	31	18,5
10	8,5	32	18,75
11	9	33	19
12	9,5	34	19,25
13	10	35	19,5
14	10,5	36	19,75
15	11	37	20
16	11,5	38	20,25
17	12	39	20,5
18	12,5	40	20,75
19	13	41	21
20	13,5	42	21,25
21	14	43	21,5

2. Référentiel indicatif sur les indemnités négociées

Ce référentiel s'appliquerait en cas d'accord devant le bureau de conciliation (il modifie le barème existant).

Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)	Ancienneté (en années complètes)	Indemnité (en mois de salaire)
< 1	2	8 - < 12	10
≥ 1	3	12 - < 15	12
2	4	15 - < 19	14
3	5	19 - < 23	16
4	6	23 - < 26	18
5	7	26 - < 30	20
6	8	≥ 30	24
7	9		

Conclusion : ces référentiels sont indicatifs et dépendront du préjudice réel qui doit être démontré par le salarié. Toutefois, il nous semble que l'un ou l'autre des barèmes pourrait être utilisé dans les négociations de départ entre salariés et employeurs.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 14 septembre 2016

Expertise : le CHSCT a la charge de la preuve

En vertu de l'article L 4614-12 du Code du travail, le CHSCT peut recourir au service d'un expert lorsqu'un **risque grave**, révélé ou non par un accident du travail ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel, est constaté dans l'établissement.

En cas de litige, il appartient au CHSCT qui se prévaut d'un tel risque d'en fournir la preuve (CA Bourges 3-3-2011 n°10/1306 ; CA Paris 26-3-2008 n°07/19553).

L'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2016 (*Cass. soc. 12-7-2016 n°15-16.337 F-D*) en donne un nouvel exemple :

En l'espèce, l'employeur avait mis en œuvre deux projets touchant des centres de relation clients : l'évolution du logiciel utilisé par les conseillers clients et la modernisation de la solution téléphonie.

Rien qui, en apparence, pouvait entraîner un risque grave pour les salariés.

Toutefois, le CHSCT sollicite une expertise car il existerait, selon lui, un faisceau d'indices de l'existence d'un risque grave : déclarations réitérées et alarmantes des syndicats visant à dénoncer la dégradation des conditions de travail, courriers électroniques d'alerte adressés par un salarié, exercice puis retrait du droit d'alerte par les membres du CHSCT.

La Cour de cassation valide la position des juges du fond qui, au vu de ces éléments, ont annulé la délibération du CHSCT décidant le recours à l'expertise.

A l'appui de leur décision, les juges retiennent, notamment :

- l'absence d'incident précis,
- le caractère stable de l'absentéisme sans rapport avec une situation de travail commune à l'ensemble des salariés,
- le caractère isolé des troubles de santé de deux salariés,
- l'objectif seulement salarial d'un mouvement de grève de deux jours,
- l'inexistence d'éléments objectifs susceptibles de caractériser un **risque avéré, actuel et identifié**, ce qui est exigé par la jurisprudence (notamment, *Cass. soc. 26-1-2012 n°10-12.183 F-D* ; *Cass. soc. 7-5-2014 n°13-13.561 F-D*).

Conclusion : en cas de demande de désignation d'expert par le CHSCT, il est important de s'assurer qu'il explique dans son PV de délibération le fondement textuel de sa demande et les faits qui justifient la demande. Au besoin, l'employeur pourra insister pour avoir ces explications, ce qui lui servira s'il entend contester l'expertise.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 21 septembre 2016

Ne pas confondre harcèlement et exercice du pouvoir de direction.

A l'heure où les accusations de harcèlement moral se multiplient, les juges s'attachent de plus en plus à distinguer **pouvoir de direction et harcèlement**.

Dans un arrêt de la Chambre criminelle du 2 septembre 2014 (*Cass. crim. n°13-81.626*), un responsable hiérarchique était accusé de harcèlement moral par une subordonnée, occupant elle-même un poste de directeur.

La relaxe confirmée repose sur le fait que l'exercice du pouvoir de direction, qui peut impliquer une certaine rudesse, n'est pas nécessairement une manifestation d'un acte de harcèlement. Cette exigence était due à des critères objectifs précis tenant à la direction d'un service important composé essentiellement de directeurs de service, à la nécessité d'utiliser un ton directif et des méthodes

managériales de suivi assez exigeantes comme une multiplicité de courriels contenant injonctions, récapitulatifs d'objectifs ... Plus précisément, les juges utilisaient le concept de « pouvoir de contrôle » du responsable hiérarchique qui est apparu pour ces derniers comme normal même s'il était exercé maladroitement.

Les juges ont relevés que les éléments suivants relevaient du pouvoir de direction et de contrôle et non du harcèlement :

- envoi de nombreux courriels,
- un ton directif,
- emails de convocations ou de rappels de réunions,
- demandes multiples de comptes rendus,
- des demandes d'explication, qui ont pu être pressantes voire maladroites dans leur expression,
- l'opposition des personnalités de l'ordre de l'incompatibilité professionnelle.

Dans la même optique, dans un arrêt du 23 janvier 2014 (n° 13/00608), les juges de la Cour d'appel de Versailles précisent qu'il ne faut pas confondre harcèlement moral et pouvoir de direction même s'il est autoritaire et peut entraîner du stress au travail.

Ainsi dans le cadre sportif, deux clubs avaient été assignés par leurs joueurs pour rupture du contrat de travail et harcèlement moral, ce qui a donné lieu à une décision de cour d'appel dont une est très claire affirmant que : « le harcèlement moral ne doit pas être confondu ni avec le stress au travail [...] ni avec l'exercice normal du pouvoir disciplinaire de l'employeur ni encore moins avec son pouvoir de direction et d'organisation, fût-il autoritaire ».

En l'espèce les accusations du salarié reposaient essentiellement sur :

- deux certificats médicaux,
- un récépissé de déclaration de main courante,
- des attestations d'anciens salariés et amis.

Il est jugé que rien ne vient démontrer que la dépression dont le salarié déclare avoir été atteint résulterait d'un harcèlement moral.

Quant aux salariés qui ont attesté en sa faveur, ils avaient eux-mêmes été sanctionnés pour d'autres faits.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 29 septembre 2016

Délai de consultation du CE : deux décisions très favorables à l'employeur

On le sait, à l'issue du délai préfix qui lui est imparti pour rendre son avis, le comité d'entreprise qui ne s'est pas prononcé sur un projet pour lequel il a reçu des informations précises et écrites, est réputé avoir rendu un avis négatif.

Ce délai est :

- D'un mois dans le cas général ;
- Deux mois en cas de désignation d'un expert ;
- Trois mois en cas de saisine du CHSCT ;
- Quatre mois en cas de mise en place d'une ICCHSCT.

Point de départ du délai : le jour ou le CE reçoit les documents mêmes incomplets

Dans une décision de principe (Cass. soc., 21 septembre 2016, n° 15-15-19003 FS-PBI), les juges considèrent que dès lors qu'au cours de la première réunion, un document d'information écrit avait été remis et qu'une présentation globale du projet avait eu lieu, permettant au CE de « *mesurer l'importance de l'opération envisagée* » et, le cas échéant, de saisir le président du TGI s'il estimait l'information communiquée insuffisante, le délai avait bien commencé à courir.

Il apparaît donc que le délai de consultation commence à courir dès lors que le comité a reçu des informations précises et écrites, peu important que celles-ci ne soient pas exhaustives dès la première réunion. Le président du TGI n'ayant pas été saisi de la demande de communication d'informations supplémentaires dans le délai réglementaire courant à compter de cette réunion, le recours du CE a donc été rejeté car tardif.

Conclusion : il faut remettre au CE un maximum de documents et ce le plus tôt possible (en annexe des convocations par exemple) afin de faire courir le délai.

Le juge ne peut plus statuer sur une demande de suspension de la procédure si le délai de consultation est arrivé à expiration au jour où il rend sa décision

Dans un arrêt du 21 septembre 2016 (*Cass. soc., 21 septembre 2016, n° 15-13.363 FS-PBI*), la Cour de cassation indique qu'un TGI ne peut plus statuer sur une demande de suspension de la procédure si le délai de consultation est arrivé à expiration au jour où il rend sa décision. Elle ajoute, dans une seconde décision datée du même jour, que le juge ne peut pas prolonger un délai de consultation déjà expiré.

L'affaire concernait un projet de création d'une entité managériale commune à deux filiales.

L'information/consultation avait débuté le 17 mars 2014, lors de la communication par l'employeur d'informations précises et écrites sur l'opération projetée. D'après l'employeur, à défaut d'accord, la phase de consultation devait s'achever un mois plus tard.

Le 23 avril, le CCE fait valoir que le projet devait être préalablement soumis à la consultation des CHSCT concernés, compte tenu de son impact sur les conditions de travail. Dès lors, le délai de consultation devait passer de un à trois mois.

L'employeur s'oppose.

Le CCE a saisi le président du TGI de Nanterre le 21 mai 2014 (soit dans le délai de consultation de trois mois), afin que soient ordonnées d'une part, la suspension de la mise en œuvre du projet et, d'autre part, celle de la consultation du comité jusqu'à ce que les CHSCT concernés aient été consultés.

Le TGI a fait droit à ces demandes par une ordonnance du 9 juillet 2014 (passé donc le délai de trois mois).

La cour d'appel de Versailles confirme.

Cassation : pour la Haute juridiction, le premier juge ne pouvait plus statuer sur les demandes de suspension dès lors que le délai de trois mois dont disposait effectivement le CCE pour donner son avis sur le projet était expiré à la date à laquelle il s'est prononcé. Le délai de trois mois avait en effet commencé à courir à compter de la remise d'informations précises et écrites par l'employeur (c'est-à-dire le 17 mars 2014), tandis que l'ordonnance était intervenue près de quatre mois après.

La Cour de cassation rejoint ainsi la position adoptée par certaines juridictions du fond qui considèrent que le juge ne peut plus suspendre ou prolonger un délai de consultation qui est déjà expiré (*v. TGI Nanterre, 10 février 2015, n° 15/00195*), quitte à faire peser les délais de jugement sur le comité.

Conclusion : Il faut communiquer au plus tôt un maximum de documents au CE pour faire courir les délais de consultation du CE car il s'agit de délai préfix. Le juge doit statuer dans le délai, ce qui sera difficile compte tenu des délais d'audience habituels. Ce sera un moyen de procédure efficace pour l'employeur.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 10 octobre 2016

Accusations de harcèlement moral : possibilité de poursuivre l'auteur d'accusations mensongères

Dans une décision du 28 septembre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2016, n°15-21.823 FS-PBRI), la Cour de cassation écarte toute possibilité d'engager des poursuites pour diffamation à l'encontre d'un salarié ayant dénoncé des agissements de harcèlement moral.

Toutefois, la mauvaise foi du salarié permet d'agir sur le fondement de la dénonciation calomnieuse et sur le fondement de l'article 1240 du Code civil (ancien article 1382 cciv.).

- **Action contre le salarié sur le fondement de la dénonciation calomnieuse : l'article 226-10 du Code pénal**

Concernant la diffamation, la Haute Cour considère que l'éventualité de telles poursuites aurait pour conséquence d'entraver l'effectivité du droit de dénoncer un harcèlement moral, en dissuadant notamment les victimes d'alerter leur employeur.

En revanche, si la mauvaise foi du salarié est établie, rien n'empêche en revanche d'agir sur le terrain de la dénonciation calomnieuse.

En l'espèce, une salariée avait dénoncé les agissements de harcèlement moral de deux supérieurs hiérarchiques.

La société et les deux salariés visés par ce courrier l'ont assignée devant les juridictions civiles afin d'obtenir réparation de leur préjudice, sur le fondement de la diffamation.

La salariée avait été condamnée par les juges du fond à verser 300€ de dommages-intérêts à ses deux supérieurs hiérarchiques.

L'arrêt a été cassé car selon les juges tout salarié dispose d'un « *droit de dénoncer, auprès de son employeur et des organes chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail, les agissements répétés de harcèlement moral dont il estime être victime* ».

Or, pour les Hauts magistrats, les exigences probatoires qui pèseront sur le salarié en cas de poursuites pour diffamation, « *sont de nature à faire obstacle à l'effectivité [de ce] droit* ».

En effet pour s'exonérer de sa responsabilité le salarié doit démontrer sa bonne foi (légitimité du but poursuivi, absence d'animosité personnelle, prudence dans l'expression et fiabilité de l'enquête) car les imputations diffamatoires sont présumées faites avec l'intention de nuire.

Mais la décision ajoute que « lorsqu'il est établi, par la partie poursuivante, que le salarié avait connaissance, au moment de la dénonciation, de la fausseté des faits allégués, la mauvaise foi de celui-ci est caractérisée et la qualification de dénonciation calomnieuse peut, par suite, être retenue ».

Prévue par l'article 226-10 du Code pénal, la dénonciation calomnieuse consiste en effet à dénoncer un fait que l'on sait totalement ou partiellement inexact et qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires contre une personne déterminée.

- **Action contre le salarié sur le fondement de l'article 1240 du Code civil**

La Cour d'appel de Paris (Pôle 6, chambre 7 - 16 Avril 2015 N° 13/00306) juge que la procédure en résiliation judiciaire du contrat (ou prise d'acte) fondée sur des accusations mensongères de harcèlement moral peut entraîner la condamnation de son auteur :

« (...) le fait d'attirer à la procédure et de mettre en cause ad-nominem son supérieur hiérarchique, sans élément de nature à permettre de présumer l'existence d'actes de harcèlement, et a fortiori sans élément nouveau en cause d'appel, **fait dégénérer l'exercice de ce droit en abus**. Le préjudice qui en est résulté pour le supérieur hiérarchique en cause s'est aggravé en raison de la persistance

des accusations infondées portées à son encontre en cause d'appel, de sorte qu'il y a lieu de l'évaluer à 12000 euros ».

La Cour d'appel de Montpellier l'a également jugé (*Cour d'appel Montpellier Chambre civile 2 A - 7 Mai 2009 - 2009-378506*) :

« (...) le fait de porter des accusations de harcèlement moral à l'encontre d'un collègue est source de préjudice moral pour celui-ci (...) dès lors qu'elle jette l'opprobre sur ce salarié, porte atteinte à sa réputation professionnelle et à son honneur, et le contraint à répondre à une enquête et à se justifier auprès de son employeur comme des autres salariés. L'accusatrice est donc condamnée à réparer les conséquences de sa dénonciation et à indemniser sa collègue en lui réglant la somme de 1000 euros à titre de dommages-intérêts sur le fondement de l'[article 1382 du Code civil](#) ».

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 12 octobre 2016

Certificat médical faisant un lien avec le travail : le médecin du travail peut aussi être condamné

La chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins (*décision n° 12218 rendue publique le 26 septembre 2016*) vient de condamner un médecin du travail.

Le praticien reçoit un employé d'une société qui exerce sur un site nucléaire. Le salarié explique être victime de maltraitance et de harcèlement de la part de ses employeurs. L'employé souffre d'une dépression, qu'il met directement en lien avec la dégradation de sa situation professionnelle.

Le Médecin du travail écrit dans son certificat médical :

« Cette pathologie anxio-dépressive est la conséquence d'une suite de syndromes de stress post-traumatique, après un premier effondrement psychopathologique consécutif à un droit d'alerte du 13 avril 2011, suivi de plusieurs décompensations psychopathologiques aiguës en rapport à un vécu de maltraitance professionnelle (...) Comme spécialiste de psychopathologie du travail, je peux attester que l'enchaînement de pratiques 'maltraitantes de son entreprise' » ne peu[t] qu'aggraver de façon délétère (...) les conséquences de sa pathologie psychopathologique post-traumatique ».

L'Ordre des médecins est saisi.

En effet, d'une part, le médecin n'a pas la compétence pour réaliser cet acte concernant un salarié dépendant d'une autre médecine du travail.

D'autre part, le médecin est accusé d'avoir rédigé un certificat de complaisance pour des faits qu'il n'aurait pas lui-même constatés.

Le médecin du travail est condamné par l'Ordre en première instance et en appel.

La décision est claire :

« (...) le médecin se prononce sur le bien-fondé d'un droit de retrait exercé huit mois auparavant dans des conditions, et sur un site, qu'il ne connaissait pas ; deuxièmement, [il] laisse entendre que la société ne respecterait pas ses obligations en termes de protection de la santé des salariés, sans préciser les éléments qui le conduisent à une telle suspicion, et qu'il aurait été à même de constater ; troisièmement, [il] reproche à la société un enchaînement « délétère » de « pratiques maltraitantes », sans, là encore, faire état de faits dont il aurait été le témoin ».

La décision rappelle également un principe simple :

« (...) un médecin, lorsqu'il établit un certificat médical, doit se borner à faire état de constatations médicales qu'il a effectuées ; que, s'il peut rapporter les dires de son patient

relatifs aux causes de l'affection, ou de la blessure, constatées, il doit veiller à ne pas se les approprier, alors surtout qu'il n'aurait pas été en mesure d'en vérifier la véracité ; que les missions spécifiques confiées aux médecins du travail n'ont, ni pour objet, ni pour effet, de les dispenser du respect de ces obligations »

Cette décision est logique si on se réfère au Code de la santé publique qui indique :

Article R.4127-28 :

« La délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite. »

Article R.4127-76 :

« L'exercice de la médecine comporte normalement l'établissement par le médecin, conformément aux constatations médicales qu'il est en mesure de faire, des certificats, attestations et documents dont la production est prescrite par les textes législatifs et réglementaires. »

Conclusions :

- Tout lien même indirect avec le travail est interdit.
- Toute affirmation dans un document médical (dossier médical, certificat, etc.) par le médecin, qu'il n'a pu constater lui-même est interdite.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 21 octobre 2016

La nullité du forfait jours ne justifie pas la prise d'acte ou la résiliation judiciaire

Depuis les célèbres arrêts du 26 mars 2014, la Cour de cassation a posé le principe que l'action en résiliation judiciaire peut produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à la condition que les griefs invoqués par le salarié empêchent la poursuite du contrat de travail (Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-35.040 : [JurisData n°2014-005949](#) - Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-21.372 : [JurisData n°2014-005948](#)).

Le principe est le même pour la prise d'acte : les faits reprochés à l'employeur doivent avoir empêchés la poursuite du contrat.

Concernant le forfait jours, la Cour de cassation juge que l'application d'un forfait-jours nul (ou inopposable au salarié) à un salarié ne justifie pas systématiquement la prise d'acte de la rupture (Cass. soc., 21 janvier 2015, n°13-16.452).

Dans cette affaire les juges ont considéré que *« le manquement de l'employeur n'était pas d'une gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat de travail »*.

La décision est logique.

En effet, dans sa lettre de prise d'acte de rupture, le salarié invoquait la *« nullité de son forfait jours »* et, en conséquence, le *« nombre considérable d'heures supplémentaires non payées »*. Il souhaitait que de ce fait la prise d'acte s'analyse comme un licenciement injustifié.

Pourtant les juges ont considéré que ceci n'avait pas empêché la poursuite du contrat :

« M. X... n'apportait pas la preuve qu'il avait réclamé le paiement des heures supplémentaires effectuées et que par ailleurs, étant rappelé que le contrat de travail du 1er mai 2006 comme l'avenant du 1er octobre 2007 faisaient expressément référence à un forfait jour, le non paiement des heures supplémentaires ne saurait constituer un manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte de rupture du contrat de travail ».

Si le salarié a pu obtenir le paiement de ses heures supplémentaires, du fait de la nullité du forfait, en revanche, la prise d'acte de rupture a été considérée comme une démission.

La salariée a donc été condamnée à régler le montant du préavis de démission...

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 25 octobre 2016

Mettez à jour vos règlements intérieurs : seule une sanction prévue par le règlement intérieur peut être prononcée

Le règlement intérieur est obligatoire dans toute entreprise d'au moins 20 salariés. Il doit être soumis à l'avis du CHSCT, du CE ou des DP et transmis, pour contrôle, à l'Inspecteur du Travail.

Dans une décision du 7 septembre 2016 (CA Rennes 7-9-2016 n° 14/04110), les juges ont considéré que l'employeur n'ayant pas établi un règlement intérieur, alors qu'il y est obligé compte tenu de l'effectif de son entreprise, court le risque d'une annulation des sanctions, autres qu'un licenciement, notifiées aux salariés.

La Cour de cassation a posé en 2010 et en 2013, le principe suivant : une sanction ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par ledit règlement (Cass. soc. 26-10-2010 n° 09-42.740 FS-PBRI; Cass. soc. 12-12-2013 n° 12-22.642 F-D). Il s'agissait de la **sanction de mise à pied disciplinaire** : elle doit être prévue et le nombre de jours de mise à pied doit également être fixé dans le règlement, sous peine de nullité de la sanction.

Mais le principe s'applique aussi, en l'**absence de règlement intérieur** alors que celui-ci s'imposait légalement au regard de l'effectif de l'entreprise (soit au moins 20 salariés) : le salarié peut obtenir l'annulation judiciaire de toute sanction disciplinaire dont il a fait l'objet durant la période où ledit règlement a fait défaut. **Sauf toutefois s'il s'agit d'un licenciement**, le droit pour l'employeur de licencier étant en effet inscrit dans le Code du travail (C. trav. L 1231-1).

Dans la décision rendue à Rennes, la sanction infligée au salarié consistait en un avertissement. Faute de règlement intérieur, la sanction a été annulée.

En conclusion : l'employeur doit vérifier :

- Que le règlement intérieur est valablement mis en place : le défaut d'avis des représentants du personnel ou d'envoi à l'Inspecteur du travail rendrait toute sanction (autre qu'un licenciement) nulle.
- Que son contenu est suffisant : si le nombre de jours de mise à pied n'est pas prévu, cette sanction sera nulle.
- Que la sanction est prévue par le règlement : à défaut elle serait nulle.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 3 novembre 2016

Harcèlement moral : l'employeur ne répond pas des actes des tiers

Au titre de son obligation de sécurité de résultat, l'employeur est par principe responsable des agissements de harcèlement moral qui surviennent dans l'entreprise, que ceux-ci aient été commis par l'un de ses salariés, voire même par un tiers intervenant sur le lieu de travail.

Toutefois, dans deux arrêts récents (Cass. soc., 19 octobre 2016, n°14-29.623, n°14-29.624) les juges rappellent que l'employeur doit répondre uniquement des agissements des personnes «...*qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés* ».

Cette affaire concerne un couple de gardiens d'immeuble employés par une société de gestion immobilière. Ils ont assigné leur employeur pour manquement à son obligation de sécurité de résultat résultant d'agissements de harcèlement moral commis par les résidents de l'immeuble. Leur inaptitude résultait, selon eux, des nombreux actes de malveillance et de vandalisme commis par des résidents à leur encontre : coups de pied dans la porte de la loge, insultes répétées, pressions suite à la découverte d'un trafic, etc.

Ils ont été déboutés de leur demande de dommages-intérêts.

En effet, la responsabilité de l'employeur au titre des agissements de harcèlement moral invoqués ne pouvait être engagée dès lors que les faits avaient été « *commis par des tiers qui n'exerçaient pas de fait ou de droit, pour le compte de l'employeur, une autorité sur l'intéressé* ».

Attention toutefois car la demande de dommages-intérêts au titre du manquement à l'obligation de sécurité de résultat aurait sans doute eu plus de chances d'aboutir si les salariés s'étaient placés, non pas sur le seul terrain du harcèlement moral, mais sur celui des violences physiques ou morales infligées par un tiers.

Dans ce dernier cas en effet, il n'est pas nécessaire de rechercher si le tiers à l'origine des agissements exerce une autorité de fait pour le compte de l'employeur. L'employeur engage en effet sa responsabilité s'il n'a pas mis en place une organisation et des moyens adaptés pour prévenir et faire cesser les violences (*Cass. soc., 22 septembre 2016, n°15-14.005*).

Conclusion : en cas de plainte pour harcèlement moral il faut toujours vérifier si le « harceleur » prétendu a une autorité en droit ou en fait sur la victime.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 9 novembre 2016

L'ordinateur de chaque salarié doit être sécurisé : la procédure à suivre

Dans deux arrêts ([CA Aix-en-Provence 8-7-2016 n°14/11313, 9e ch.](#) [A CA Nîmes 26-7-2016 n°15/04114, ch. soc.](#)), les sanctions des salariés pour des faits de connexions internet abusives n'ont pas été validées car les ordinateurs n'étaient pas suffisamment sécurisés.

Au préalable, il faut rappeler que l'employeur peut contrôler librement l'utilisation d'internet par ses salariés.

Les connexions réalisées par un salarié sur des sites internet grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par l'entreprise pour l'exécution de son travail sont **présumées avoir un caractère professionnel**, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, **hors de la présence de l'intéressé** (*Cass. soc. 9-7-2008 n°06-45.800 F-P*).

Toutefois, la question de l'imputabilité au salarié d'un usage abusif de l'ordinateur de l'entreprise peut soulever des difficultés pour les connexions internet en particulier. Si le salarié nie avoir réalisé les connexions internet abusives à des fins personnelles qui lui sont reprochées, l'employeur peut être confronté à une difficulté de preuve. Tel était le cas en l'espèce.

Devant la cour d'appel de Nîmes, le salarié contestait être l'auteur des nombreuses connexions sur des sites internet sans rapport avec son activité professionnelle, et notamment des sites pornographiques.

Les juges du fond relèvent :

- que l'employeur n'avait adopté aucune charte informatique,
- que l'**ordinateur** à partir duquel les connexions litigieuses avaient eu lieu était **en libre accès et non protégé par un mot de passe**
- que cet ordinateur était situé dans une pièce à laquelle pouvaient accéder tous les salariés disposant d'un passe.

La preuve formelle que le salarié concerné était bien l'auteur de ces connexions abusives n'étant pas rapportée la sanction est annulée.

C'est une solution similaire que retient la cour d'appel d'Aix-en-Provence :

- les **codes d'accès aux ordinateurs** de l'entreprise étaient **uniquement composés des initiales** de leurs utilisateurs habituels
- les doubles des clés de l'ensemble des **bureaux** étaient **accessibles à tous**, de sorte que, n'importe quel salarié pouvait avoir accès au poste informatique de l'intéressé.

Conclusion : il est impératif de sécuriser les ordinateurs des salariés. Voici la procédure à suivre:

- **Mettre un mot de passe de 8 caractères avec chiffres, lettres, majuscules et minuscules** : la CNIL a notamment considéré que une suite de 5 caractères qui correspond au prénom ou nom de famille et inchangée depuis longtemps n'est pas suffisant (Délibération Cnil 2013-139 du 30 mai 2013).
- **Le changer régulièrement** : la CNIL recommande 3 mois mais cela nous semble difficile. Une fois par an paraît suffisant.
- **Mécanisme de verrouillage systématique des postes informatiques au-delà d'une courte période de veille.**
- **Interdiction aux salariés de divulguer leurs identifiants et mots de passe à leurs collègues de travail.**
- **Tout ceci via le règlement intérieur par une charte informatique intégrée.**

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 18 novembre 2016

Il est impératif de proposer régulièrement des formations aux salariés, sous peine de condamnation

Un arrêt du 5 octobre 2016 (n°15-13.594) confirme une décision de la cour d'appel accordant des dommages et intérêts (6.000 euros) à une salariée pour manquement de l'employeur à ses obligations prévues à l'article L. 6321-1 du code du travail.

En résumé, les juges considèrent que deux formations en 8 ans, ce n'est pas suffisant.

Selon cet article, l'employeur doit :

- assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail,
- veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations.

Les faits étaient les suivants : une salariée, agent de fabrication, est licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

En 8 ans de présence dans l'entreprise, elle n'a suivi que **deux formations**, l'une sur la sécurité incendie du bâtiment et l'autre sur l'hygiène et la qualité.

La Cour de cassation confirme la condamnation de l'employeur par la Cour d'appel à verser à la salariée 6.000 euros de dommages et intérêts.

La Cour d'appel avait relevé que sur une période aussi longue, la salariée, titulaire d'un BTS, aurait dû bénéficier d'autres formations.

La Cour précise que : « *ce manquement de l'employeur à ses obligations résultant des dispositions de l'article L. 6321-1 du code du travail avait eu pour effet de limiter sa recherche d'emploi à des postes ne nécessitant pas de formation particulière et de compromettre son évolution professionnelle* ».

Conclusions :

- il convient de proposer par écrit régulièrement des formations aux salariés : tous les deux par exemple,
- ces formations doivent être adaptées à leur emploi : elles doivent leur permettre d'évoluer dans leur emploi et d'aller vers une augmentation de la qualification du salarié.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 30 novembre 2016

Inaptitude : l'employeur peut limiter sa recherche de reclassement

Jusqu'à une période récente, même si le salarié avait fixé des limites à son reclassement (refus de mobilité par exemple), l'employeur se trouvait contraint de proposer des postes incompatibles avec son souhait, sous peine de voir le licenciement ultérieurement jugé sans cause réelle et sérieuse.

Par deux arrêts du 23 novembre 2016, la Cour de cassation abandonne cette jurisprudence (*Cour de cassation, Chambre sociale, 23 novembre 2016, Pourvoi n°14-26.398 et 15-18092*).

Désormais, comme en matière de licenciement économique, l'employeur peut orienter ses recherches de reclassement en fonction de la position prise par le salarié.

Ces deux affaires concernent des salariés employés par une chaîne d'hyper et supermarchés implantée dans toute l'Europe. Les salariés reprochent à l'employeur de n'avoir pas étendu ses recherches de reclassement au niveau des sociétés européennes du groupe.

Pour se justifier l'employeur indiquait :

- que l'un d'eux avait refusé expressément d'être reclassé sur un poste éloigné de son domicile,
- que le second n'avait pas répondu aux diverses propositions de postes situés en France, de sorte que les recherches n'avaient pas à être étendues à l'étranger.

Dans les deux cas, les juges du fond, suivis par la Cour de cassation, ont estimé que l'employeur avait satisfait à son obligation de reclassement.

La Haute juridiction entérine ainsi le raisonnement des juges du fond qui, en se fondant sur le **refus de postes situés en France et sur l'absence de volonté manifeste d'être reclassé à l'étranger**, ont considéré que l'employeur avait répondu à son obligation de reclassement malgré l'absence de recherches menées dans les sociétés du groupe basées hors de France.

En matière de licenciement économique, la Cour de cassation avait déjà adopté une position identique, s'agissant d'un salarié ayant refusé un poste de reclassement en raison de son éloignement géographique, incompatible avec ses obligations familiales. Il a ainsi été jugé que l'employeur pouvait limiter ses recherches ultérieures en fonction des restrictions géographiques explicitement posées par le salarié (*Cass. soc., 13 novembre 2008, n°06-46.227*).

En conclusion :

- Même si l'arrêt ne le dit pas nous pensons que l'employeur peut, avant même de démarrer ses premières recherches, sonder le salarié en lui demandant de préciser son secteur géographique.
- Concernant la prise en compte par l'employeur de la position « prise » par le salarié : un doute est permis. Doit-il s'agir d'une position « explicite » ? Dans l'une des affaires, l'absence de volonté d'être reclassé à l'étranger a été déduite du défaut de réponse à des offres de reclassement basées en France. Il semble donc possible d'en déduire une position implicite de refus de postes à l'étranger.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 2 décembre 2016

Il faut vérifier d'urgence les modalités d'accès à l'entreprise

Un système de badgeage électronique, permettant d'enregistrer, pour chaque salarié nominativement, les heures d'entrée et de sortie des locaux de l'entreprise, doit faire l'objet :

- d'une déclaration à la Cnil ;
- d'une information-consultation préalable du comité d'entreprise.

Si ces formalités ne sont pas respectées, les données collectées dans le cadre de ce système ne pourront pas être utilisées comme mode de preuve à l'encontre d'un salarié, notamment pour établir et sanctionner une faute commise par ce dernier. Il s'agit en effet d'un moyen de preuve illicite.

Dans une récente affaire (*Cass. soc.*, 2 novembre 2016, n°15-20.540), malgré l'absence de déclaration à la Cnil et d'information-consultation du CE, un employeur entendait produire, dans un litige en rappel d'heures supplémentaires, les données recueillies par le système de contrôle des entrées dans les locaux de la société : **chaque salarié était muni d'un code personnel différent, qu'il devait saisir sur un clavier disposé à l'entrée de l'entreprise.**

L'employeur faisait valoir qu'il n'avait pas à se soumettre aux deux formalités précitées dans la mesure où le dispositif mis en place était destiné, non pas à contrôler l'activité des salariés, mais à éviter les intrusions dans l'entreprise. Ainsi, seules les heures d'entrée étaient enregistrées, à l'exclusion des heures de sortie ; les données n'étaient pas enregistrées de manière systématique et les hôtes d'accueil ouvraient régulièrement la porte d'entrée ; l'attribution d'un code propre à chaque salarié rendait simplement le système anti-intrusion moins vulnérable qu'avec un code unique.

La Cour d'appel, suivie par la Cour de cassation, a toutefois jugé ce mode de preuve illicite car :

- le système mis en place « permettait » l'enregistrement de données propres à chaque salarié nominativement identifié grâce à l'attribution d'un code personnel,
- il aurait dû donner lieu à une déclaration préalable à la Cnil et à une information-consultation du CE.

En conclusion : il est d'autant plus important de faire cette déclaration et consultation, que les sanctions sont lourdes :

- absence de déclaration préalable à la Cnil : cinq ans d'emprisonnement et de 300.000€ d'amende (*C. pén.*, art. 226-16) ;
- absence d'information/consultation du CE sur la mise en place d'un tel dispositif : amende de 7.500€ (*C. trav.*, art. L. 2328-1).

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 21 décembre 2016

Mise à disposition de salariés : comment protéger l'employeur

Dans une décision du 7 décembre 2016 (*Cass. soc.* 7-12-2016 n°15-17.873), la Cour de cassation rappelle les règles à respecter en matière de mise à disposition de salariés dans un groupe.

Dans cette affaire, un salarié a été engagé par la société Sogeti, aux termes d'un contrat de travail du 13 octobre 2008, pour occuper la fonction d'administrateur système.

Par ordre de mission du 30 octobre 2008, il a été affecté au sein de la société Schneider Electric en qualité d'ingénieur réseau, cette mission étant ensuite renouvelée à plusieurs reprises.

Il a saisi la juridiction prud'homale aux fins de voir juger que ses missions auprès de la société Schneider Electric Industries constituaient une opération de prêt illicite de main d'œuvre et de marchandage et de voir reconnaître et sanctionner une inégalité de traitement.

Il a été débouté de ses demandes.

Dans son arrêt, la Cour de cassation rappelle concrètement les conditions d'une mise à disposition licite :

- le salarié doit détenir une compétence particulière (en l'espèce : exploitation de réseau informatique),
- être mis à la disposition de la société pour y apporter un savoir-faire spécifique,
- selon un tarif forfaitaire et journalier.

Son employeur (Sogeti) doit :

- définir l'affectation du salarié par des fiches de mission,
- procéder lui-même à ses entretiens d'évaluation,
- contrôler le temps de travail,
- assurer le remboursement de ses frais,
- assurer la gestion de ses absences et des formations.

La Cour en a déduit que cette mise à disposition était parfaitement licite et ne constituait pas une opération illicite de prêt de main d'œuvre à titre lucratif.

Conclusion : en résumé, le salarié mis à disposition doit rester sous la subordination constante de son employeur (instructions, directives, gestion de la relation de travail, congés, contrôles divers et sanctions).

On peut également ajouter qu'il est conseillé de lui attribuer une adresse email distincte (ou avec la mention « EXT » = extérieur) et une carte de visite ne l'identifiant pas comme représentant de la société dans laquelle il exerce sa mission.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 27 décembre 2016

Les forfaits jours sont nuls dans l'Immobilier

Dans un arrêt du 14 décembre 2016 ([Cass. soc., 14 décembre 2016, n° 15-22.003 FS-PB](#)), la Cour de cassation a jugé insuffisantes des dispositions de la CCN de l'immobilier prévoyant une organisation annuelle ou bi-annuelle avec l'employeur du travail des salariés en forfait-jours.

Était en cause l'article 9 de l'avenant n°20 du 29 novembre 2000 relatif à l'ARTT à la convention collective nationale de l'immobilier qui indique :

« l'employeur et le cadre définiront en début d'année, ou deux fois par an si nécessaire, le calendrier prévisionnel de l'aménagement du temps de travail et de la prise des jours de repos sur l'année. Une fois par an ils établissent un bilan de la charge de travail de l'année écoulée (application du calendrier prévisionnel, organisation du travail, amplitude des journées d'activité) ».

Selon la Cour de cassation ces dispositions sont insuffisantes à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié.

Est donc insuffisante la mise en place d'une organisation annuelle ou bi-annuelle du travail du salarié, assortie uniquement d'un bilan de l'amplitude et la charge de travail en fin d'année.

Toutes les conventions de forfait du secteur de l'immobilier sont donc nulles.

Rappel des règles de validité du forfait jours :

Les trois règles à suivre de manière obligatoire (à vérifier dans le contenu de vos accords ou dans votre application pratique des forfaits) :

- **multiplication d'entretiens individuels** : un simple entretien annuel avec le supérieur hiérarchique n'est pas suffisant, même s'il s'accompagne d'un examen trimestriel par la direction des informations communiquées par la hiérarchie sur l'amplitude et la charge de travail,
- **suivi mensuel par le biais d'un relevé déclaratif signé par le supérieur hiérarchique et validé par le service RH,**
- **le suivi doit être assorti d'un dispositif d'alerte et de contrôle de la hiérarchie en cas de difficulté, avec possibilité de demande d'entretien auprès des RH.**

Conclusions : les deux solutions pour le secteur :

Soit la conclusion d'un accord d'entreprise (ou l'attente d'une hypothétique modification de l'accord de branche).

Soit l'application de l'article 12 de la loi Travail qui permet désormais aux entreprises de poursuivre l'exécution de conventions individuelles, ou d'en conclure de nouvelles, signées sur le fondement d'un accord collectif antérieur au 9 août 2016 qui ne déterminerait pas les modalités d'évaluation, de suivi de la charge de travail et de communication entre l'employeur et le salarié. Pour cela, des dispositions supplétives du Code du travail doivent être respectées (comme évoqué ci-dessus) :

- **multiplication d'entretiens individuels,**
- **suivi mensuel par relevé déclaratif signé,**
- **suivi assorti d'un dispositif d'alerte et de contrôle de la hiérarchie avec possibilité de demande d'entretien auprès des RH.**

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 18 janvier 2016

Les fonds européens d'investissement de long terme (« FEILT » ou « ELTIF ») vont pouvoir consentir des prêts aux entreprises

La loi de finance rectificative n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 a modifié les articles L. 214-154, L. 214-160 et L. 214-169 du Code monétaire et financier et permet aux fonds professionnels spécialisés (SICAV, fonds commun de placement ou société en commandite simple), aux fonds professionnels de capital investissement et aux organismes de titrisation de consentir des prêts aux entreprises, dans les conditions du règlement européen du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme (en cas d'obtention de l'agrément « ELTIF ») ou dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat qui n'a pas encore été publié.

Cette loi ouvre une nouvelle brèche dans le monopole bancaire déjà remis en cause par les nouvelles dispositions de la Loi Macron relatives aux prêts inter-entreprises dont le décret d'application n'a pas non plus encore été publié.

Stanislas Offroy
Avocat à la Cour

Publiée le 9 mars 2016

L'activité de loueur en meublé exercée à titre habituel est éligible à l'exonération Dutreil-transmission

L'administration fiscale a reconnu que l'activité de loueur en meublé à usage d'habitation, même non accompagnée de prestations de services, pouvait bénéficier de l'exonération partielle des droits de mutation au titre du dispositif Dutreil-transmission (engagement de conservation des titres) figurant à l'article 787 B du code général des impôts (CGI).

Rappelons qu'en vertu de cet article, les transmissions par décès et les donations de parts ou actions de sociétés ayant fait l'objet d'un engagement collectif de conservation (ou « Pacte Dutreil ») sont exonérées de droits de mutation à titre gratuit à concurrence des trois quarts de leur valeur.

Pour être éligibles, les sociétés doivent notamment exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale (art. 787 B du CGI).

A cet égard, la rédaction actuelle de la base *Bofip-impôts* ne permet pas de dire avec certitude que la location meublée serait éligible au régime de faveur précité.

Dès lors, la question se posait de savoir si la location meublée d'habitation relève des activités éligibles à ce dispositif dans la mesure où elle est une activité patrimoniale au sens du droit privé. L'administration a répondu à cette question par l'affirmative dans une note figurant sous des avis rendus par le comité de l'abus de droit fiscal en date du 6 novembre 2015, et récemment publiés.

L'administration admet en effet, pour le bénéfice du régime de faveur de l'article 785 B du CGI, de prendre en considération les activités qui sont regardées comme commerciales au sens du droit fiscal, alors même qu'elles présenteraient un caractère civil en droit privé.

Ainsi, l'activité de loueur en meublé à usage d'habitation exercée à titre habituel (accompagnée ou non de prestations de service), qui présente un caractère commercial au sens du droit fiscal, et dont les résultats sont imposés dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux (BIC), peut bénéficier du dispositif d'exonération partiel des droits de mutation à titre gratuit dit Dutreil-transmission.

Lien vers les avis du comité de l'abus de droit fiscal :

http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_7706/fichedescriptive_7706.pdf

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 10 mars 2016

Loi Macron et actionnariat salarié (1ère partie) : Les actions gratuites

La loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Loi Macron », comporte un ensemble de dispositions nouvelles destinées à promouvoir l'actionnariat salarié. Ce premier article a pour objet d'exposer de manière synthétique les principales évolutions relatives aux régimes juridique, social et fiscal des actions gratuites dont l'attribution a été autorisée par une décision d'assemblée générale extraordinaire postérieure au 7 août 2015.

Assouplissement de la procédure d'attribution

La période d'acquisition des actions gratuites est ramenée de deux ans à un an à compter de leur émission par l'assemblée générale extraordinaire, et il n'est désormais plus obligatoire de prévoir une période complémentaire de conservation, sous réserve que la durée cumulée des périodes d'acquisition et de conservation soit au moins de deux ans (alors qu'elle était de quatre ans auparavant, avec une période de conservation obligatoire de deux ans). En conséquence, il sera désormais possible de prévoir une période d'acquisition d'un an assortie d'une période de conservation d'une durée identique, ou bien une période d'acquisition de deux ans sans obligation de conservation.

Modification du traitement fiscal du gain d'acquisition

Le régime fiscal du gain d'acquisition (correspondant à la valeur de l'action au jour de son acquisition définitive par le bénéficiaire), est désormais aligné sur celui des plus-values mobilières, et non plus sur celui des traitements et salaires (en vigueur depuis le 28 septembre 2012).

Cet alignement permettra d'appliquer au gain d'acquisition, sous réserve que l'ensemble des conditions légales soient remplies, (i) soit l'abattement de droit commun prévu par les dispositions du 1^{er} de l'article 150-0 D du Code général des impôts (CGI), à savoir 50% dans le cas d'une détention des titres par le bénéficiaire d'une durée comprise entre deux ans et moins de huit ans, et 65% dans le cas d'une détention des titres par le bénéficiaire d'une durée au moins égale à huit ans, (ii) soit l'abattement renforcé prévu par les dispositions du 1^{er} quater de l'article 150-0 D du CGI, à savoir 50% dans le cas d'une détention par le bénéficiaire d'une durée comprise entre un an et moins de quatre ans, 65% dans le cas d'une détention par le bénéficiaire d'une durée comprise entre quatre ans et moins de huit ans, et 85% pour une détention d'au moins huit ans, (iii) le cas échéant, l'abattement fixe spécifique de 500.000 euros prévu par les dispositions de l'article 150-0 D ter pour les dirigeants de PME prenant leur retraite.

Allègement du coût social pour l'employeur et le bénéficiaire

Du côté du bénéficiaire, il faut retenir que la contribution salariale de 10% anciennement prélevée sur le gain d'acquisition est supprimée. En outre, le gain d'acquisition sera désormais soumis à la CSG et à la CRDS sur les revenus du patrimoine (ainsi qu'aux prélèvements y adossés) au taux global fixe de 15,5% (étant précisé que la CSG reste déductible à hauteur 5,1% du revenu global du bénéficiaire imposable l'année de son paiement).

Du côté de l'employeur, la contribution patronale est ramenée de 30% à 20% et elle est désormais exigible le mois suivant la date d'acquisition des actions par le bénéficiaire (et non plus le mois

suivant la date de la décision de leur attribution). En outre, l'assiette de la contribution patronale est simplifiée : elle s'appliquera dorénavant sur la valeur des actions gratuites attribuées, telle qu'arrêtée à la date de leur acquisition.

* * *

Même si certaines questions restent encore en suspens (concernant notamment la coexistence de différents régimes fiscaux ou l'applicabilité des dispositions nouvelles à des actions gratuites attribuées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur délégation de compétence d'une assemblée générale extraordinaire antérieure), le dispositif mis en place par la Loi Macron mérite d'être salué en ce qu'il permet de donner un nouveau souffle à l'intéressement des managers.

L'Equipe Corporate

Publiée le 18 avril 2016

Une innovation pour sécuriser l'acquisition d'actions en cas de pacte de préférence : l'action interrogatoire

A compter du 1^{er} octobre 2016, le tiers acquéreur de droits sociaux pourra exercer une action interrogatoire envers le bénéficiaire présumé d'un pacte de préférence afin de purger le risque de dommages et intérêts, de nullité de la cession ou substitution.

Cette action a vocation à mettre fin aux situations juridiques ambiguës.

En effet, l'ordonnance du 10 février 2016, qui a pour objet de réformer notamment le droit des contrats, a introduit une définition du pacte de préférence et fixé son régime dans le code civil.

Le pacte de préférence est désormais défini comme « *le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* » (Art. 1123 Code civil).

En cas de violation du pacte de préférence, les sanctions qui avaient été admises par la jurisprudence constante sont désormais prévues dans le code civil dans les conditions suivantes :

1. Si le tiers est de bonne foi : il sera condamné à la réparation du préjudice subi par le bénéficiaire en violation du pacte, à l'exclusion de toute possibilité pour le bénéficiaire d'être substitué au tiers ; et
2. si le tiers est de mauvaise foi : le bénéficiaire est fondé à exiger des dommages et intérêts mais pourra aussi agir en nullité et demander au juge de le substituer au tiers, à condition que le bénéficiaire du pacte de préférence prouve que le tiers connaissait l'existence du pacte et son intention de s'en prévaloir (ce qui reste parfois difficile à prouver).

Pour prévenir toute contestation, l'article 1123 du code civil innove en offrant désormais une action interrogatoire au profit du tiers acquéreur lui permettant de s'assurer qu'il ne contracte pas en violation d'un pacte de préférence et d'éviter aussi les risques visés ci-dessus.

Cette action est soumise à un formalisme.

En effet, le tiers doit demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai raisonnable, qu'il fixe, l'existence du pacte et son intention ou non de s'en prévaloir. A défaut de réponse du bénéficiaire dans le délai fixé, ce dernier ne pourra plus solliciter sa substitution ou la nullité du contrat.

Le nouveau régime du pacte de préférence s'appliquera aux pactes conclus à compter du 1^{er} octobre 2016. L'action interrogatoire sera applicable à compter de cette date quelle que soit la date de conclusion du pacte.

* * *

Source : Ordonnance n° 2016-131, 10 février 2016 : JO, 11 février, art. 9

Pour aller plus loin : Gael Lesage, Dictionnaire permanent Droit des affaires et Editions Législatives 30 mars 2016

Astrid Dessi-Foulon
Avocate à la Cour

Publiée le 18 avril 2016

Loi Macron et actionnariat salarié (2e partie) : Élargissement du dispositif des bons de souscription de parts de créateur d'entreprise

Dans le prolongement de notre récente publication exposant de manière synthétique les nouvelles dispositions de la [loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques](#), dite « Loi Macron », relatives aux régimes juridique, social et fiscal des actions gratuites, ce second article a pour objet de rappeler les principaux changements opérés par cette même loi sur les régimes juridique et fiscal des bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE), dont l'attribution a été autorisée par une décision d'assemblée générale postérieure au 7 août 2015.

1. Attribution possible de BSPCE aux salariés et dirigeants de certaines filiales

Les sociétés pourront désormais attribuer des BSPCE aux membres du personnel salarié et aux dirigeants soumis au régime fiscal des salariés des sociétés filiales, sous réserve que :

- la société émettrice détienne au moins 75% du capital ou des droits de vote de la filiale ;
- la filiale réunisse les conditions nécessaires à l'émission de BSPCE (telles qu'exposées à l'[article 163 bis G, II du Code général des impôts](#)), exception faite des conditions afférentes aux modalités de détention du capital - article 163 bis G, II 2^e). Il faut par ailleurs noter que la filiale ne devra pas nécessairement avoir la forme d'une société par actions ; et
- la capitalisation boursière de la société émettrice ne dépasse pas 150 millions d'euros, ou ne dépasse pas ce montant depuis plus de 3 ans (ce plafond étant apprécié au regard de la capitalisation boursière cumulée de la société qui attribue les BSPCE et des filiales dont le personnel en a bénéficié au cours des 12 derniers mois).

2. Emission de BSPCE par une société issue d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités

Hormis en cas d'essaimage, les sociétés issues d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités étaient jusqu'à présent exclues du dispositif des BSPCE.

Elles sont désormais éligibles à ce dispositif, sous les réserves suivantes :

- toutes les sociétés prenant part à l'opération devront remplir les conditions de l'article 163 bis G, II du Code général des impôts ;
- le plafond de la capitalisation boursière sera calculé en faisant masse de la capitalisation de l'ensemble des sociétés issues de l'opération ; et
- la société la plus ancienne participant à l'opération devra être immatriculée au registre du commerce et des sociétés depuis moins de 15 ans.

3. Précisions relatives au régime fiscal applicable

- *Précision du calcul de la durée de détention des titres*

Les gains de cession de titres issus de BSPCE sont imposés à l'impôt sur le revenu au taux de 30% si le bénéficiaire exerce son activité dans la société depuis moins de 3 ans, et au taux de 19% s'il l'exerce depuis 3 ans ou plus. Pour les besoins du calcul de cette durée de détention, pourront désormais être cumulées les périodes d'activité effectuées au sein de la société émettrice et celles effectuées au

sein des filiales (sous réserve que ces dernières remplissent les conditions exposées au point n°1 ci-dessus).

- *Confirmation de la non-déductibilité de la contribution sociale généralisée (CSG) sur revenus du patrimoine*

Les gains de cession de titres issus de BSPCE n'avaient pas été expressément exclus du périmètre des plus-values obligatoirement soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu bénéficiant de la déductibilité partielle de la CSG sur le revenu global ([article 154 quinquies, II du Code général des impôts](#)) lors de la réforme de l'imposition des plus-values sur valeurs mobilières. Seule la doctrine administrative ([BOI-IR-BASE-20-20](#), n° 60) avait prévu cette exclusion, ce qui semblait justifié dans la mesure où les gains de cession de titres issus de BSPCE sont soumis à un régime d'imposition forfaitaire (cf. point n°3.1 ci-dessus). Cette exclusion est désormais légalement confirmée, et s'appliquera à compter de l'imposition des revenus 2015.

Jérôme Albertin
Avocat à la Cour

Publiée le 30 mai 2016

La notion de « dirigeants » d'une société par actions simplifiée précisée par la Cour d'appel de Paris

(CA Paris 23 février 2016 n° 14/24308, ch. 5-8, SA EPF Partners c/ L.)

L'article [L.227-8 du Code de commerce](#) dispose que les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée. Cette disposition légale ne serait source d'aucune difficulté particulière si la notion de dirigeant était définie, mais ce n'est malheureusement pas le cas.

Devant le silence de la loi, la Cour d'appel de Paris est venue préciser les contours de cette notion dans un arrêt rendu le 23 février 2016.

Dans cette affaire, la Cour a considéré que les membres d'un comité de surveillance de SAS devaient être considérés comme des dirigeants de la société dès lors qu'ils étaient investis d'un véritable pouvoir de décision.

En l'espèce, le président d'une société par actions simplifiée, en poste depuis 2002, était révoqué par le comité de surveillance le 21 août 2008 aux motifs de résultats insuffisants, de difficultés de trésorerie et d'un incident avec un client majeur. L'octroi d'une indemnité de révocation conventionnelle à son profit était décidé par le comité.

Compte tenu des difficultés financières de la société, une solution alternative était proposée par le nouveau président afin d'honorer l'indemnité conventionnelle du président révoqué. Ce dernier contestait ce procédé de paiement et obtenait en partie gain de cause en faisant pratiquer une saisie attribution sur les comptes de la société.

Une procédure de liquidation judiciaire était ensuite ouverte à l'égard de la société et l'ancien président déclarait sa créance à hauteur de 119.870,21 euros.

Considérant que le défaut de paiement de sa créance à la date d'ouverture de la liquidation judiciaire résultait d'une faute des membres du comité de surveillance, l'ancien président a fait assigner ceux-ci devant le tribunal de commerce de Paris pour être indemnisé de son préjudice. Le tribunal de commerce a fait droit à ses demandes et condamné solidairement les membres du comité de surveillance, qui ont interjeté appel du jugement.

La Cour d'appel a confirmé que les membres du comité de surveillance avaient la qualité de dirigeants de la société au motif que dès lors que le pacte d'associés prévoyait que les membres du comité de

surveillance étaient investis d'un pouvoir de décider et d'autoriser « *toute opération ou engagement (y compris hors bilan) sortant du cadre du budget de fonctionnement approuvé, d'un montant supérieur à 15.000 euros* », ceux-ci devaient être qualifiés de dirigeants de droit de la société aux côtés du président.

En revanche, la Cour a infirmé le jugement en ce qu'il avait retenu la responsabilité solidaire des membres du comité de surveillance au motif que la décision (i) de renégocier les termes du protocole d'accord conclu avec le président révoqué et (ii) d'échelonner le versement du montant de l'indemnité convenue a été prise par le nouveau président, et que cette décision n'exigeait pas d'autorisation préalable du comité puisqu'il ne s'agissait pas d'engager la société dans une dépense supérieure à 15.000 euros mais au contraire de différer le paiement d'une créance par un jeu d'écritures comptables.

Cet arrêt mérite une attention particulière car il pose en principe que les membres de tout organe collégial instauré dans une société par actions simplifiée sont susceptibles d'être considérés comme des dirigeants de celle-ci (avec toutes les conséquences que cela implique en termes de responsabilité), dès lors qu'ils ne sont pas cantonnés à un rôle de surveillance et de conseil, mais au contraire investis, par les statuts ou tout autre acte extrastatutaire, d'un pouvoir de décision et d'autorisation de certaines décisions pouvant être prises par la société ou ses mandataires sociaux.

Jérôme Albertin
Avocat à la Cour

Publiée le 27 juin 2016

Plus-values professionnelles : l'achat et la revente de parts sociales numérotées au même prix - le même jour - peut donner lieu à réalisation d'une plus-value par application de la règle du PEPS (premier entré premier sorti)

Un contribuable, qui possédait des titres d'une société de personnes dans laquelle il exerçait son activité, avait acquis de nouvelles parts sociales qu'il avait revendues le jour même, au même prix. S'agissant de parts sociales numérotées, l'acte de vente identifiait les parts sociales faisant l'objet de la cession comme celles qui venaient d'être nouvellement acquises par le contribuable.

Considérant qu'il n'avait dès lors pas réalisé de plus-value, le contribuable n'a procédé à aucune déclaration de plus-value auprès de l'administration fiscale au titre de cette cession.

Après vérification, l'administration a considéré sur le fondement l'article 39 *duodecies*, 6 du code général des impôts, que la règle « *PEPS* » (premier entré premier sorti) devait s'appliquer, et que, en conséquence, la cession a nécessairement porté sur les parts les plus anciennes. De ce fait, le contribuable a bien réalisé une plus-value professionnelle soumise au régime du long terme.

Par un arrêt du 8 juin 2016, le Conseil d'Etat a confirmé cette interprétation en considérant qu'il résulte des termes mêmes de l'article 39 *duodecies* précité, et des travaux préparatoires à l'adoption de la loi, que le législateur a entendu fixer la règle selon laquelle, lorsqu'un contribuable cède des valeurs mobilières constituant des éléments d'actif affectés à l'exercice de sa profession (article 151 *nonies* du code général des impôts), ces cessions sont réputées porter sur les titres de même nature acquis ou souscrits à la date la plus ancienne, quelle qu'en soit la date d'acquisition effective.

Décision : Conseil d'Etat 8-6-2016 n° 38128

Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000032674275&fastReqId=180242248&fastPos=1>

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 12 septembre 2016

Les objectifs d'un mandataire social doivent être définis : à défaut, la sanction financière peut être lourde

(CA Paris, 26 mai 2016, n° 14/20147, ch. 5-9, Sté Réponse Invest c/ L.)

La Cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt rendu le 26 mai 2016, qu'avait commis une faute la société anonyme ayant décidé d'octroyer une rémunération variable au président du directoire sans pour autant définir les objectifs à atteindre pour la percevoir.

En l'espèce, le président du directoire n'avait pas perçu de rémunération variable au cours du dernier exercice pendant lequel il avait exercé ses fonctions, avant d'être révoqué. Le principe de cette rémunération variable avait pourtant été décidé par le conseil de surveillance de la société au cours de la réunion qui avait arrêté le montant de sa rémunération fixe, le procès-verbal de cette réunion ayant prévu que ladite rémunération variable serait déterminée avant le 31 mars de chaque année, et conditionnée à l'atteinte d'objectifs de nature qualitative et quantitative, que la société s'engageait à définir.

L'année de sa révocation, aucun objectif n'ayant été défini par la société, le dirigeant n'avait pas perçu de rémunération variable.

La société, pour justifier sa position, évoquait (i) les difficultés économiques rencontrées, et (ii) l'absence d'accord trouvé avec le président au sujet des objectifs, les négociations entreprises à cette fin n'ayant pas abouti.

La Cour d'appel de Paris rejette ces arguments et condamne la société à verser au dirigeant une somme correspondant au montant de la rémunération variable perçue au cours de l'année précédente (au prorata de son temps de présence au cours de la dernière année d'exercice de ses fonctions), au motif :

- que la société a commis une faute en ne respectant pas son engagement de définition annuelle des objectifs ; et
- que le mauvais état financier de la société ne pouvait être utilement invoqué.

La Cour d'appel de Paris tend ainsi vers un rapprochement des règles applicables au dirigeant non salarié de celles applicables aux salariés (mandataires sociaux ou non).
Ce principe s'applique à toutes les formes de sociétés.

Conclusion : il convient de porter une attention toute particulière à la définition des objectifs conditionnant le versement d'une rémunération variable au dirigeant non salarié. Aussi, en présence d'un principe acquis de rémunération annuelle variable, il est conseillé :

- de prévoir une réunion, chaque année à date fixe, de l'organe collégial en charge de la fixation des objectifs ;
- d'éviter de faire référence à des négociations avec le dirigeant dans la décision initiale actant le principe de la rémunération variable, afin d'éviter l'écueil de l'impossible accord ultérieur sur le contenu de tels objectifs ; et
- si la référence à de telles négociations était prévue dans la décision initiale, ou si la pratique usuelle en vigueur au sein de la société passe par une phase préalable de négociation avec le dirigeant, de passer outre le désaccord éventuel pouvant exister avec celui-ci, et de faire adopter les objectifs par l'organe collégial, seul compétent juridiquement pour le faire.

Jérôme Albertin
Avocat à la Cour

Publiée le 18 octobre 2016

PLF 2017 - Instauration d'un mécanisme anti-abus visant à lutter contre le détournement du plafonnement de l'ISF

L'article 4 du projet de loi de Finances pour 2017 (PLF 2017) prévoit la mise en place d'un mécanisme anti-abus visant à lutter contre certains détournements du plafonnement de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF).

Rappelons que le dispositif du plafonnement a pour objet d'éviter que (1) le total de l'ISF et des impôts dus au titre des revenus de l'année précédente n'excède (2) 75% des revenus du contribuable.

Dans l'hypothèse où le premier montant excède effectivement le second, la différence est déduite du montant de l'ISF. Le plafonnement s'inscrit donc dans une logique de prise en compte des facultés contributives du redevable dans le calcul de l'ISF.

Selon l'exposé des motifs, la nouvelle clause anti-abus vise à lutter contre certaines pratiques détournant le plafonnement de sa finalité pour éluder l'ISF. Les schémas ciblés sont ceux qui consistent à diminuer artificiellement les facultés contributives du redevable en capitalisant ses revenus de capitaux mobiliers dans une société holding patrimoniale interposée (« cash-box »).

Le nouvel article 885 V bis du code général des impôts permettrait à l'administration de réintégrer dans les revenus à prendre en compte pour le calcul du plafonnement, les revenus distribués à une société passible de l'impôt sur les sociétés contrôlée par le redevable, pour la part correspondant à une diminution artificielle de ses revenus.

La mise en œuvre de la réintégration serait conditionnée à l'établissement, par l'administration, de la preuve que l'existence de la société et le choix d'y recourir ont pour objet principal d'éluder tout ou partie de l'ISF, en bénéficiant d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du plafonnement.

Si elle est adoptée, la mesure devrait s'appliquer à l'ISF dû à compter de 2017.

L'Equipe Tax

Publiée le 24 octobre 2016

Projet de Loi de Finances pour 2017 : Durcissement du régime fiscal et social des actions gratuites

Dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances pour 2017, les députés ont adopté un amendement revenant sur certains avantages fiscaux et sociaux accordés aux attributions gratuites d'actions dans le cadre de la loi « *Macron* ».

La loi Macron a notamment :

- soumis les gains d'acquisition réalisés par les bénéficiaires d'actions gratuites au régime des plus-values de cession de valeurs mobilières, alors qu'ils faisaient préalablement l'objet d'une taxation selon les règles de droit commun applicables aux traitements et salaires ;
- ramené la contribution patronale à 20 % (contre 30% auparavant) de la valeur des actions à leur date d'acquisition ;
- supprimé la contribution salariale spécifique de 10 % applicable aux gains d'acquisition.

L'amendement adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale, s'il était définitivement institué par la loi, reviendrait sur certains de ces mécanismes, et entraînerait notamment :

- l'imposition dans la catégorie des traitements et salaires des gains d'acquisition réalisés par les bénéficiaires d'attribution gratuites des actions (retour à la solution qui existait avant l'entrée en vigueur de la loi Macron) ;

- un rehaussement de la contribution patronale à 30% (cette dernière mesure n'entrerait en vigueur que pour les actions attribuées par une décision extraordinaire des associés postérieure à l'entrée en vigueur de la loi).

Toutefois, par dérogation, les gains d'acquisitions réalisées sur des actions de PME n'ayant jamais distribué de dividendes, resteraient soumis au régime des plus-values de cession de valeurs mobilières.

Précisions enfin que ces mêmes « PME n'ayant jamais distribué de dividendes » pourraient continuer à bénéficier d'une exonération plafonnée de la contribution patronale, et que la suppression de la contribution salariale spécifique serait maintenue.

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 5 février 2016

Transfert de données personnelles UE-US - les Etats-Unis et la Commission parviennent à s'entendre sur un accord politique baptisé « accord bouclier »

Le 2 février 2016, la Commission européenne et les Etats-Unis sont parvenus à un nouvel accord politique sur le transfert de données personnelles vers les Etats-Unis.

Cet accord survient à la suite de l'invalidation du « Safe Harbour » par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) le 6 octobre dernier, la Cour ayant constaté la non-conformité de celui-ci aux exigences de garantie de protection adéquate requises par la Directive européenne n° 95/46/CE.

Tirant les conséquences de la décision de la CJUE, les Etats-Unis et la Commission se sont accordés sur les principaux éléments suivants:

- **Création d'obligations renforcées à l'égard des compagnies américaines souhaitant importer des données personnelles depuis l'Union européenne** (obligation de publication d'engagements portant sur les modalités de traitement des données et sur les garanties de protection des droits individuels) ;
- **Mise en place de garanties claires et d'une obligation transparence pour le gouvernement US** (exclusion de la surveillance de masse, accès aux données personnelles par les autorités publiques soumis aux conditions de nécessité et de proportionnalité) ;
- **Création de mesures de protection effective des droits des citoyens européens** (mise en place de plusieurs voies de recours ouvertes aux citoyens européens, fixation de délais de réponse imposés aux entreprises suite aux plaintes, gratuité des modes alternatifs de règlement des conflits et création d'un Médiateur dédié aux plaintes relatives à l'accès aux données personnelles par les agences nationales de renseignement).

Un projet de Décision de la Commission sera rédigé dans les prochaines semaines sur la base de cet accord.

Pour plus de détails : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-216_fr.htm

Emmanuelle Behr / Elsa Witterkoer
Avocats à la Cour

Publiée le 5 février 2016

EU-US personal data transfer - United States and European Commission reach an agreement named « EU-US Privacy Shield »

On February 2, 2016, European Commission and US government reached an agreement on European citizens' personal data transfer to the US.

The new framework follows the "Safe Harbour" invalidation by the Court of Justice of the European Union (CJEU) on October 6, 2015, for not meeting adequate protection level requirements required by the European Directive 95/46/EC.

Requirements set out by the CJEU were taken into account and both the Commission and the US agreed on the following key points:

- **Strong obligations on US companies wishing to import personal data from Europe** (obligation to publish commitments on personal data processing methods and guarantees provided to ensure individual rights) ;

- **Clear safeguards and transparency obligations on US government access** (exclusion of indiscriminate mass surveillance, public authorities access to personal data subject to necessity and proportionality criteria);
- **Effective protection of EU citizens' rights** (introduction of several redress possibilities, deadlines imposed to companies to reply to complaints, free of charge alternative dispute resolution and introduction of an Ombudperson for complaints related to personal data access by national intelligence authorities).

A draft "Adequacy decision" will be prepared in the coming weeks.

For more details, read: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-216_fr.htm

Emmanuelle Behr / Elsa Witterkoer
Attorneys at Law

Publiée le 10 février 2016

La CNIL et la DGCCRF s'attaquent à Facebook

La DGCCRF fait injonction à Facebook de retirer les clauses abusives de ses conditions d'utilisation.

La Direction Générale de la Concurrence, Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) a procédé à un contrôle des conditions d'utilisation du réseau social Facebook, émises par les sociétés Facebook Ireland LTF et Facebook Payments International LTD.

L'administration a ainsi relevé plusieurs clauses abusives en ce qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment du consommateur utilisateur.

Il s'agit notamment :

- du pouvoir discrétionnaire de Facebook de retirer des contenus ou informations publiés par l'utilisateur,
- du droit de modifier unilatéralement les conditions d'utilisation sans que l'utilisateur en soit informé préalablement ou en présumant son accord,
- du droit de modifier unilatéralement son service de paiement sans information préalable de l'utilisateur.

Le 9 février 2016, la DGCCRF a donc enjoint Facebook de supprimer ou modifier ces clauses interdites envers les utilisateurs non professionnels dans un délai de 60 jours.

La CNIL met en demeure Facebook de se conformer à la Loi Informatique et Libertés.

De son côté le 8 février 2016, la CNIL a mis Facebook en demeure de collecter loyalement les données de navigation des internautes ne disposant pas de compte et que les membres puissent s'opposer à la combinaison de l'ensemble de leurs données à des fins publicitaires.

La CNIL reproche également à Facebook de transférer les données de ses membres aux Etats-Unis sur la base du Safe Harbor, qui a pourtant été invalidé par la décision de la Cour de Justice Européenne le 6 octobre 2015.

Facebook dispose d'un délai de trois mois pour se conformer à la réglementation applicable.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 12 février 2016

Frédéric Fournier, Associé, publie un article « Loi République numérique : bientôt la portabilité des emails et des données personnelles » sur le Journal du Net : [Loi République numérique : bientôt la portabilité des emails et des données personnelles](#)

Publiée le 18 avril 2016

Données personnelles : le G29 discute le Privacy Shield

Le G29 réunit les « CNIL » européennes depuis sa création par les directives n° 95/46/CE et 97/66/CE. Alors que la Commission européenne annonçait, après l'affaire Facebook, l'accord Privacy Shield (bouclier des données personnelles) avec les Etats-Unis qui avaient perdu leur statut de safe harbor, le G29 semble critique.

La CNIL (<https://www.cnil.fr/fr/communiqu%C3%A9-g29-publication-de-lavis-du-g29-sur-laccord-privacy-shield>) précise ainsi - et l'avis est d'importance par la résistance qu'il manifeste : « Le G29 a mené son analyse à la lumière du cadre juridique européen applicable en matière de protection des données (Directive 95/46/EC), ainsi que des droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données garantis tant par la Convention européenne des droits de l'Homme (Article 8) que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Articles 7 & 8). L'objectif de cette analyse consiste à s'assurer que les transferts de données personnelles qui seront réalisés dans le cadre du Privacy Shield respectent un niveau de protection « essentiellement équivalent » aux exigences européennes, pour reprendre l'expression utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt Schrems du 6 octobre 2015. Le G29 tient tout d'abord à souligner les améliorations significatives apportées par le Privacy Shield par rapport à la décision Safe Harbor de 2001 (...) : l'insertion de définitions clés ; les mécanismes mis en place pour assurer le contrôle du respect des principes garantis par le Privacy Shield et notamment les audits de conformité internes et externes. »

Cependant, la CNIL souligne que le G29 « déplore que le Privacy Shield se compose d'une grande variété de documents. De ce fait, les principes et les garanties apportées par le Privacy Shield se retrouvent à la fois dans la décision d'adéquation et dans ses annexes, ce qui rend l'analyse complexe et contribue à un manque général de clarté.(...) En ce qui concerne le volet commercial, le G29 considère que des principes clés de la protection des données tels que définis dans la loi européenne n'ont pas leur équivalent dans la décision d'adéquation et les annexes ou ont été remplacés de façon inadéquate par des notions alternatives. En particulier, les modalités d'application du principe de finalité limitée du traitement de données demeurent peu claires. Le principe de durée de conservation limitée des données n'est pas expressément mentionné et ne peut pas se déduire de façon précise en l'état des documents analysés. De plus, il n'existe pas de disposition dédiée à la protection qui devrait être offerte lorsque des décisions individuelles automatisées sont prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données. »

A suivre donc.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 18 avril 2016

Données personnelles et vie privée : le bilan 2015 est sans concession

Publié le 8 avril 2016, le bilan 2015 de la CNIL souligne que : « L'année 2015 est marquée par une forte augmentation de l'activité de la CNIL, avec 13 790 demandes provenant de particuliers : 7908 plaintes dont 36% concernent l'e-réputation et 5 890 demandes de droit d'accès indirect. Cette évolution témoigne de la volonté des citoyens de reprendre leurs droits en main au bénéfice de plus de transparence et de sécurité, notamment dans la gestion de leur e-réputation.»

<https://www.cnil.fr/fr/bilan-2015-un-nombre-record-de-plaintes>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 18 avril 2016

Données personnelles, encore : la directive de 1995 est morte, Vive le règlement 2016 !

Le Parlement européen a adopté le 14 avril 2016 le règlement européen sur la protection des données. Il sera effectif en 2018 et les entreprises devront s'y adapter. En synthèse, le règlement comporte les principes suivants.

Les nouvelles règles incluent des dispositions sur :

- le droit à l'oubli ;
- le consentement clair et explicite de la personne concernée quant à l'utilisation de ses données personnelles ;
- le droit de transférer ses données vers un autre fournisseur de services ;
- le droit d'être informé en cas de piratage des données ;
- la garantie que les politiques relatives à la vie privée soient expliquées dans un langage clair et compréhensible ; et
- une mise en œuvre plus stricte et des amendes allant jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial total d'une entreprise, dans le but de décourager la violation des règles.

<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/20160407IPR21776/R%C3%A9forme-sur-la-protection-des-donn%C3%A9es-des-r%C3%A8gles-adapt%C3%A9es-%C3%A0-l'%C3%A8re-num%C3%A9rique>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 20 avril 2016

Réforme européenne du droit des données personnelles : le règlement a été définitivement adopté !

Après quatre ans de travaux des institutions européennes, le Règlement Général sur la Protection des Données personnelles (RGPD) a été définitivement adopté le 14 avril dernier par le Parlement Européen.

Ce texte, d'application directe dans l'ensemble des pays de l'Union Européenne, remplacera l'actuelle directive de 1995, transposée en droit français par la loi dite « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2006.

Les nouvelles règles incluent des dispositions sur notamment :

- le droit à l'oubli (consécration de la jurisprudence Google Spain),
- la portabilité des données entre prestataires de services (à l'instar du numéro de téléphone portable aujourd'hui),
- le consentement clair et explicite de la personne concernée quant à l'utilisation de ses données personnelles,
- le droit d'être informé en cas de piratage de ses données,
- la limitation au recours au profilage,
- la garantie que les politiques relatives à la vie privée soient expliquées dans un langage clair et compréhensible,

- les obligations directes de protection des données par les sous-traitants qui traitent des données personnelles pour le compte d'autres entreprises,
- une mise en œuvre plus stricte et des amendes pouvant aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires mondial total d'une entreprise.

Le règlement entrera en vigueur deux ans après sa publication au Journal Officiel, soit a priori au mois de mai 2018.

Ce délai devra être utilisé par tous responsables de traitement de données personnelles pour faire le point sur leurs pratiques et pour se mettre en conformité. Car les sanctions peuvent être très lourdes et ont été volontairement mises en place « *dans le but de décourager la violation des règles* » selon les termes du communiqué de presse du Parlement Européen.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 7 novembre 2016

Data privacy / Données personnelles : l'adresse IP est une donnée personnelle/IP address is a private data

La Cour de cassation de Cassation adopte la même position que celle de la jurisprudence de la CJUE le 19 octobre 2016 (C-582/14). L'adresse IP est une donnée personnelle dont la collecte et la conservation constituent un traitement automatisé devant être déclaré à la CNIL.

French Court de Cassation (Supreme Court) follows ECJ case law of October 19, 2016 (C-582/14): the IP address is a personal data whose collection and use consists of a processing of personal data to be notified to the CNIL.

Frédéric Fournier
Avocat Associé
