



TELLUS AVOCATS
RESEAU SIMON AVOCATS

LA LETTRE SIMON AVOCATS

JUILLET-AOÛT 2021

SOMMAIRE

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

Réseau SIMON Avocats

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

Conventions transnationales

www.simonavocats.com

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS	
Responsabilité pénale d'une société mère pour des délits commis par les salariés de ses filiales Cass. crim., 16 juin 2021, n°20-83.098	p. 2
ENTREPRISES EN DIFFICULTE	
Les ordres de virement reçus par la banque la veille de l'ouverture de la liquidation judiciaire sont opposables à la procédure collective Cass. com., 30 juin 2021, n°20-18.759, Publié au bulletin	p. 3
Action en nullité des paiements des échéances d'un prêt souscrit avant le jugement d'ouverture Cass. com., 16 juin 2021, n°20-15.048	p. 4
CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX	
Contrat de vente : le vendeur ne peut se prévaloir de prescription acquisitive à l'encontre de l'acheteur Cass. civ. 3 ^{ème} , 30 juin 2021, n°20-14.743	p. 6
Application de la clause résolutoire d'un contrat de location-gérance CA Paris, 23 juin 2021, n°20/18685	p. 6
DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION	
Contentieux lié à la violation d'une clause de non-concurrence par un salarié : compétence du juge des référés commercial Cass. com., 9 juin 2021, n°19-14.485	p. 7
SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES	
Application volontaire de l'article L.1224-1 du Code du travail et égalité de traitement Cass. soc., 23 juin 2021, n°18-24.809, FS-B	p. 8
Actualisation du protocole sanitaire en entreprise et point sur les mesures applicables à la rentrée	p. 9
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME	
Toujours pas d'autorisation d'exploitation commerciale requise pour les entrepôts de commerce en ligne CE, 1 ^{er} juillet 2021, req. n°452062 ; Conseil constitutionnel, décision n°2021-825 DC, 13 août 2021	p. 11
Désignation du syndic de copropriété sans mise en concurrence : absence de nullité Cass. civ. 3 ^{ème} , 3 juin 2021, n°20-13.269	p. 13
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES	
La CNIL prononce une sanction de 1,75 millions d'euros pour manquements aux obligations relatives aux durées de conservation et à l'information des personnes Délibération de la formation restreinte n°SAN-2021-010 du 20 juillet 2021	p. 14
Précisions sur l'enregistrement d'une marque sonore et sur l'exigence de son caractère distinctif TUE, 7 juillet 2021, affaire T 668/19	p. 16
PROCÉDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION	
Autorité de chose jugée et principe de concentration des moyens Cass. civ. 2 ^{ème} , 1 ^{er} juillet 2021, n°20-11.706, Publié au bulletin	p. 17
Astreinte et obligation de faire : le locataire tenu de libérer les parties communes supporte la charge de la preuve Cass. civ. 2 ^{ème} , 17 juin 2021, n°20-10.396	p. 18
DROIT INTERNATIONAL	
La Loi sur la protection des données personnelles (Chine) Entrée en vigueur le 1 ^{er} novembre 2021	p. 19

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Responsabilité pénale d'une société mère pour des délits commis par les salariés de ses filiales

Cass. crim., 16 juin 2021, n°20-83.098

Ce qu'il faut retenir :

La chambre criminelle a retenu la responsabilité pénale d'une société holding pour des actes de corruption commis, pour le compte de cette société, par des salariés de ses filiales, peu important l'absence de délégation de pouvoirs à leur profit, en considérant que ces derniers étaient des représentants de fait de la société holding en raison de l'organisation transversale du groupe.

Pour approfondir :

En l'espèce, dans le cadre de l'obtention de marchés de matériels téléphoniques, des commissions ont été versées à des agents publics et à des personnalités politiques du Costa Rica pour le compte d'un groupe opérant dans le secteur des télécommunications. Ces versements sont intervenus sous couvert de contrats de consultant signés par une filiale et ont été effectués par une autre filiale du groupe au sein de laquelle deux salariés exerçaient les fonctions de directeur.

La société mère a ainsi été poursuivie pour corruption active d'agent public étranger en ayant proposé sans droit, directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger, des offres, des promesses, des dons ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui, afin d'obtenir qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa fonction ou son mandat.

Plus particulièrement, il était reproché à la société holding de participer, par l'intermédiaire des salariés de ses filiales, au recrutement de consultants chargés de verser les commissions frauduleuses. De plus, le *Risk Assessment Committee* (RAC) du groupe avait approuvé la fiche de rentabilité du projet, en ce compris la ligne relative aux frais d'agents, et les

paiements afférents avaient ensuite été validés dans le cadre de l'établissement et de l'approbation des comptes consolidés du groupe.

Pour condamner la société mère, la cour d'appel de Paris avait retenu que la multiplication des paiements illicites, dans des zones géographiques différentes, ne saurait être uniquement le résultat de la collusion de deux salariés, mais constituait l'expression d'une politique du groupe, déterminée par la société par la mise en place d'une organisation complexe, laquelle, pour les contrats d'agents, sous couvert de transparence et de collégialité en prévoyant une multitude de documents et une pluralité d'intervenants, n'avait d'autre but que de diluer les responsabilités et permettre, sous une apparence de légalité, la poursuite des contrats d'agents permettant des paiements illicites à des décideurs publics étrangers qui étaient déterminants pour les résultats commerciaux de l'entreprise.

La société mère conteste cette condamnation en invoquant, d'une part, l'absence de délégation de pouvoirs au profit des salariés et, d'autre part, le fait que le RAC central ne peut pas être qualifié d'organe décisionnel de la société mère susceptible d'engager sa responsabilité pénale. À ce titre, elle se fonde notamment sur l'article 121-2 du Code pénal qui dispose que les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs « *organes ou représentants* » uniquement.

La Cour de cassation écarte ces arguments en relevant que, lorsque la corruption active d'agents publics étrangers est commise dans le cadre d'un groupe de sociétés dont la société condamnée est la société holding, elle doit être regardée comme ayant été commise pour le compte de la société mère, par la combinaison, d'une part, des interventions de salariés de ses filiales, représentants de fait de la société mère en raison de l'existence de l'organisation transversale propre au groupe et des missions qui leur étaient confiées, peu important l'absence de lien juridique et de délégation de pouvoirs à leur profit, et, d'autre part, du RAC central, organe de ladite société composé de dirigeants du groupe dont la mission l'amenait à valider, pour le compte de ce groupe, le recours à des paiements illicites sous couvert de contrats de consultants.

Cet **arrêt** adopte ainsi une interprétation extensive de l'article 121-2 du Code pénal en ce qu'il écarte la nécessité d'établir l'existence d'une délégation de pouvoirs formelle en considérant que le salarié d'une filiale peut être qualifié de représentant de la société mère et en retenant que le RAC central constitue un organe de la personne morale.

À rapprocher : Article 121-2 du Code pénal ; Cass. crim., 11 octobre 2011, n°10-87.212 ; Cass. crim., 11 décembre 2012, n°11-87.421 ; Cass. crim., 14 mars 2018, n°16-82.117

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Les ordres de virement reçus par la banque la veille de l'ouverture de la liquidation judiciaire sont opposables à la procédure collective
Cass. com., 30 juin 2021, n°20-18.759,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation considère que les opérations bancaires, passées la veille de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, dès lors qu'elles sont irrévocables, sont opposables à la procédure collective et échappent au dessaisissement du débiteur.

Pour approfondir :

La société Intervad 2 a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde en 2012, avant d'être placée en redressement judiciaire en 2015, lequel a été converti en procédure de liquidation judiciaire quatre mois plus tard.

La veille de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la banque a procédé, sur instructions du débiteur, avec l'accord de l'administrateur judiciaire, à des paiements depuis le compte de la société débitrice (13 virements et un TEP – Titre Electronique de Paiement au profit de l'URSSAF).

Bien que la banque ait procédé aux virements et à l'émission du TEP la veille de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la date de valeur de certaines opérations correspondait, soit au jour du jugement d'ouverture, soit aux jours suivants.

Lorsque la banque a clôturé le compte en banque du débiteur et a adressé le solde créditeur au liquidateur de la procédure, ce dernier a assigné la banque pour voir déclarer inopposables à la procédure collective les paiements et encaissements effectués sur le compte du débiteur à compter de la mise en liquidation judiciaire, aux motifs que ces opérations étaient intervenues alors que le débiteur était dessaisi et qu'elles avaient eu pour effet de vider le patrimoine du débiteur, éventuellement de désintéresser des créances chirographaires au mépris de créances privilégiées.

En effet, l'article L.641-9 du Code de commerce dispose que le jugement qui prononce l'ouverture de la liquidation judiciaire d'une société emporte, de plein droit, et à partir de sa date (peu importe qu'il soit ou non publié ou, le cas échéant, la date de sa publication), dessaisissement pour le débiteur de l'administration de la disposition de ses biens, ainsi que l'interdiction de procéder à tout règlement, la conséquence étant que les actes effectués postérieurement à la date du jugement d'ouverture sont inopposables à la procédure collective.

Considérant que la date de paiement n'est pas la date à laquelle la banque a reçu instruction de son client (en l'occurrence, la veille de l'ouverture de la liquidation judiciaire), mais la date à laquelle le bénéficiaire du paiement a reçu les fonds (en l'occurrence, le jour de l'ouverture et jours suivants), la cour d'appel de Paris a fait droit à la demande du liquidateur et a déclaré lesdites opérations inopposables à la procédure, condamnant ainsi la banque à verser à la procédure collective les sommes correspondant aux opérations contestées.

La Cour de cassation censure le raisonnement de la cour d'appel et lui reproche d'avoir violé l'article L.133-6 du Code monétaire et financier, lequel dispose que l'utilisateur de services de paiement (le débiteur) ne peut pas révoquer un ordre de paiement une fois qu'il a été reçu par le prestataire de services de paiement (la banque).

En conséquence, les ordres de virement, lesquels sont irrévocables au sens du Code monétaire et financier, ayant été donnés par le débiteur à sa banque la veille de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, date à laquelle il n'était pas encore dessaisi, les opérations sont opposables à la procédure collective, peu important qu'elles soient encore en cours d'exécution le jour du passage en liquidation judiciaire.

A rapprocher : Article L.641-9 du Code de commerce ; Article L.133-6 du Code monétaire et financier ; CA Paris, 9 juin 2020

Action en nullité des paiements des échéances d'un prêt souscrit avant le jugement d'ouverture
Cass. com., 16 juin 2021, n°20-15.048

Ce qu'il faut retenir :

L'action en nullité et en restitution de plusieurs paiements d'échéances de remboursement d'un prêt souscrit avant le jugement d'ouverture doit être engagée dans le délai de trois ans à compter de chaque paiement d'échéance argué de nullité, et non pas à compter du dernier paiement reçu par le créancier.

Par ailleurs, dans la mesure où cette créance de restitution est recouvrée par le liquidateur dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers, celle-ci ne peut se compenser avec la créance due au titre des échéances de remboursement du prêt impayées.

Pour approfondir :

En l'espèce, un couple a souscrit en 2009 un prêt immobilier auprès d'une banque.

En 2010, soit postérieurement, l'un d'entre eux a bénéficié de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

Le prêt n'ayant pas été entièrement soldé, la banque a déclaré sa créance entre les mains du liquidateur.

Postérieurement à l'ouverture de la liquidation judiciaire, les époux ont poursuivi le paiement des

échéances de remboursement du prêt jusqu'au mois d'août 2016.

Or, de jurisprudence constante, les échéances de remboursement d'un prêt accordé au débiteur avant le jugement d'ouverture constituent des créances antérieures (Cass. com., 11 mai 2010, n°09-13.106) qui sont par conséquent soumises au principe d'interdiction des paiements édicté par l'article L.622-7, I du Code de commerce en vertu duquel « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes.* »

Le liquidateur a donc assigné la banque prêteuse le 16 janvier 2018 aux fins d'obtenir l'annulation des paiements intervenus après le jugement d'ouverture en violation de cette disposition et, ainsi, la restitution des sommes correspondantes.

La cour d'appel de Grenoble (CA Grenoble, 16 janv. 2020, n°18/05145) a débouté le liquidateur de sa demande, considérant *en premier lieu* que son action était partiellement prescrite sur le fondement de l'article L.622-7, III du Code de commerce.

Le liquidateur s'est pourvu en cassation soutenant que l'action en nullité des paiements partiels d'une créance antérieure au jugement d'ouverture se prescrivait par 3 ans à compter, non pas de chaque échéance réglée (telle que les juges d'appel l'avaient retenu), mais du dernier paiement reçu par le créancier ; cette solution se justifiant selon lui par le fait que la créance était indivisible.

Par un arrêt du 16 juin 2021, la Cour de cassation rejette cette argumentation.

La Haute juridiction rappelle en effet les termes de l'article L.622-7, III du Code de commerce (applicable à la procédure de liquidation judiciaire sur renvoi de l'article L.641-3, I) en vertu duquel le délai de prescription de 3 ans de l'action en nullité d'un paiement d'une créance opéré en violation de l'article I de ce texte court à compter de ce paiement. Elle en déduit ainsi que l'action en nullité de plusieurs paiements d'échéances successives de remboursement d'un prêt doit être engagée dans un délai de 3 ans suivant chaque paiement d'échéance argué de nullité.

La Cour de cassation approuve par conséquent les juges d'appel d'avoir relevé que l'action en annulation introduite en l'espèce par le liquidateur le 16 janvier 2018 ne pouvait porter que sur les échéances du prêt payées par le débiteur à partir du 16 janvier 2015, de sorte que la demande de remboursement des échéances antérieures à cette date était prescrite.

La cour d'appel de Grenoble avait *en second lieu* fait droit à la demande de compensation formulée par la banque entre, d'une part, sa créance telle que déclarée et admise au passif de la procédure et, d'autre part, sa dette de restitution au titre des paiements d'échéances litigieux.

L'on sait en effet que la compensation de créances connexes constitue une exception légale à l'interdiction des paiements de créances antérieures (C. com., art. L.622-7, I) et que la jurisprudence admet, de façon constante, la connexité des créances qui résultent d'un même contrat ou d'un ensemble contractuel unique (Cass. com. 9 mai 1995, n°93-11.724). En l'espèce, les juges du fond avaient considéré que la créance « résultant des échéances du prêt impayé et celles de la liquidation judiciaire résultant de paiements intervenus en contravention avec l'article L.622-7 du code de commerce, [étaient] connexes » dès lors qu'elles avaient « pris naissance à l'occasion d'un ensemble contractuel unique. »

Ce raisonnement est cependant rejeté par la Cour de cassation, laquelle casse et annule l'arrêt au visa de l'article 1347 du Code civil et des articles L.622-7, L.622-20 alinéa 4 et L.643-8 du Code de commerce.

Aux termes de l'arrêt du 16 juin 2021 commenté, la Haute juridiction rappelle tout d'abord que la nullité édictée par l'article L.622-7 du Code de commerce a pour but de rétablir l'égalité entre les créanciers soumis à la discipline collective de la procédure.

Elle rappelle également qu'il résulte de la combinaison de l'article L.622-20, alinéa 4 et L.643-8 du même code que les sommes recouvrées par le liquidateur au titre de la restitution par le créancier du montant des paiements opérés par le débiteur en violation de l'article L.622-7 entrent dans le patrimoine du débiteur afin d'être réparties entre tous les créanciers.

Par conséquent, la Cour de cassation en déduit que la créance admise au passif du débiteur ne peut se compenser avec la dette de restitution de la banque prêteuse.

En effet, en vertu de l'article 1347 du Code civil, au visa duquel est rendue la présente décision, la compensation ne peut s'opérer qu'en présence d'« obligations réciproques entre deux personnes ». Or, « les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire (...) entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif » (C. com., art. L.622-20, al. 4) ou, sont, en cas de liquidation judiciaire, « répartie[s] entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances admises » (C. com., art. L.643-8).

Ces dispositions s'opposent à toute connexité et, partant, à toute compensation entre la créance antérieure détenue par un seul créancier et la dette de restitution mise à sa charge par suite d'une action intentée par le représentant des créanciers, le résultat de cette action devant en effet bénéficier à la collectivité des créanciers.

La solution n'est pas nouvelle et avait déjà été adoptée par la Cour de cassation à propos d'une créance de restitution consécutive à la nullité de la période suspecte (Cass. com., 24 oct. 1995, n°94-10.399 ; Cass. com., 19 févr. 2008, n°06-21.018) ou encore à propos d'une somme recouvrée à l'issue d'une action en responsabilité intentée contre un créancier (Cass. com., 7 avr. 2009, n°08-10.427 ; Cass. com., 28 mars 1995, n°93-13.937 ; Cass. com. 6 mai 1997, n°94-20.855).

La Haute juridiction transpose donc en l'espèce cette solution à la créance de restitution consécutive à une action en nullité sur le fondement de l'interdiction de paiement des créances antérieures édictée par l'article L.622-7 du Code de commerce.

A rapprocher : C. com., art. L.622-7 ; Cass. com., 11 mai 2010, n°09-13.106 ; C. civ., art. 1347 ; C. com., art. L622-20 ; C. com., art. L.643-8 ; Cass. com., 24 oct. 1995, n°94-10.399 ; Cass. com., 19 févr. 2008, n°06-21.018 ; Cass. com., 7 avr. 2009, n°08-10.427 ; Cass. com., 28 mars 1995, n°93-13.937 ; Cass. com., 6 mai 1997, n°94-20.855

CONTRATS CIVILS ET COMMERCIAUX

Contrat de vente : le vendeur ne peut se prévaloir de prescription acquisitive à l'encontre de l'acheteur

Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2021, n°20-14.743

Ce qu'il faut retenir :

Le vendeur d'un terrain est tenu de garantir l'acquéreur contre toute éviction de son fait. Ainsi, il ne peut opposer à l'acheteur la prescription acquisitive sur le terrain objet du contrat de vente.

Pour approfondir :

M. X a vendu à M. et Mme G une parcelle qu'il avait lui-même acquise auprès de M. E et Mme C le 12 mai 1983. Or, des années plus tard, Mme C a assigné les consorts G et X en revendication de la propriété de la parcelle quelle avait pourtant vendu le 12 mai 1983 à M. X. Cette dernière a fait valoir le bénéfice de la prescription acquisitive.

Mme C se fonde ainsi sur les articles 2272 et 2261 du Code civil.

En effet, l'article 2272 du Code civil prévoit que : « *Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. [...]* ». L'article 2261 du même code précise quant à lui que « *Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.* » Sa demande est rejetée en première instance ainsi qu'en appel. Cette dernière se pourvoit donc en cassation. Elle considère en effet qu'elle remplit les conditions de l'article 2261 du Code civil qui répond à « *un motif d'intérêt général de sécurité juridique* » et que dès lors le propriétaire ne saurait échapper à l'usucapion au seul motif que le bien lui avait été cédé par le possesseur qui lui devait ainsi une garantie d'éviction perpétuelle.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par Mme C en considérant que : « *C'est par une exacte application des articles 1626 et 1628 du code civil que la cour d'appel a retenu que le vendeur, tenu de l'obligation de garantir l'acquéreur d'un terrain contre toute éviction résultant de son fait personnel, telle la possession trentenaire, ne peut l'évincer en invoquant la prescription acquisitive pour se faire reconnaître propriétaire du terrain qu'il a vendu, mais*

dont il a conservé la possession, l'acquéreur étant toujours recevable, dans ce cas, à lui opposer l'exception de garantie qui est perpétuelle. »

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 13 juillet 2010, n°09-13.472

Application de la clause résolutoire d'un contrat de location-gérance

CA Paris, 23 juin 2021, n°20/18685

Ce qu'il faut retenir :

L'impossibilité pour la Cour de suspendre la réalisation des effets de la clause résolutoire en cas de location-gérance.

Pour approfondir :

La **location-gérance** est un mode d'exploitation d'un fonds de commerce par lequel le fonds est loué par son propriétaire à un locataire, le locataire-gérant, qui l'exploitera à ses risques et périls moyennant le versement d'une redevance. La location-gérance est régie par les **articles L.144-1 et suivants du Code de commerce**.

Le contrat de location-gérance est un contrat qui bénéficie d'un régime juridique stable et déterminé ; il présente de **nombreux avantages**, notamment en ce qu'il permet au bailleur de conserver la propriété de son fonds de commerce et de percevoir des redevances fixes ou assises sur le chiffre d'affaires du locataire-gérant.

Il bénéficie d'un régime juridique distinct de celui applicable aux baux commerciaux, ces derniers étant régis par les dispositions des **articles L.145-1 à L.145-60 du Code de commerce**.

En particulier, n'est pas applicable aux contrats de location-gérance l'article L.145-41 du Code de commerce, permettant au juge de suspendre les effets de la clause résolutoire en matière de baux commerciaux, en accordant des délais au preneur.

De même, les articles L.144-1 à L.144-13 du Code de commerce applicables à la location-gérance ne prévoient pas la possibilité pour le juge de suspendre la réalisation et les effets de la clause résolutoire.

En l'espèce, un contrat de location-gérance contenait une clause résolutoire prévoyant la résiliation de plein droit du contrat en cas de non-paiement des loyers, trente jours après un commandement de payer ou une mise en demeure restée sans effet.

Le locataire en l'espèce n'ayant réglé que la première échéance, le juge des référés a constaté l'acquisition de la clause résolutoire pour non-paiement dans les délais impartis. Le loueur a fait délivrer au locataire-gérant un commandement de payer les redevances de la location-gérance visant la clause résolutoire insérée au contrat de location-gérance, dans le délai d'un mois.

Le locataire a sollicité devant la cour d'appel l'infirmité de l'ordonnance ayant constaté l'acquisition de la clause résolutoire et ordonné son expulsion immédiate, et sollicité à titre subsidiaire des délais de paiement de la dette locative sur une durée de 24 mois.

Les juges d'appel rappellent qu'en matière de location-gérance « aucune disposition n'autorise la suspension des effets de l'acquisition d'une clause résolutoire prévue contractuellement comme en matière de baux d'habitation ou de baux commerciaux » de sorte que la demande du locataire de délais et de suspension des effets de la cause résolutoire ne peut être accueillie.

Les juges statuent par ailleurs que le locataire ne pouvait se prévaloir de la fermeture administrative par suite de la pandémie mondiale du covid-19 pour justifier sa défaillance, cette situation ne constituant pas un cas de force majeure dans la mesure où les travaux étaient encore en cours après la levée des restrictions mais étant imputable à l'exploitant du fonds de commerce.

La Cour a donc logiquement confirmé la décision de première instance, le juge saisi devant constater l'application de la clause résolutoire sans avoir la faculté de suspendre les effets de celle-ci.

A rapprocher : CA Colmar, 26 août 2010, JurisData n°2010-017435 ; Article 873 du Code de procédure civile

DISTRIBUTION - CONCURRENCE - CONSOMMATION

Contentieux lié à la violation d'une clause de non-concurrence par un salarié : compétence du juge des référés commercial

Cass. com., 9 juin 2021, n°19-14.485

Ce qu'il faut retenir :

Si la juridiction commerciale, qui a compétence, dans le cadre d'un litige opposant deux sociétés commerciales, pour statuer sur la validité et sur la violation de la clause de non-concurrence souscrite par le salarié de l'une d'elles qui recherche la responsabilité de l'autre pour complicité de la violation de cette clause, doit surseoir à statuer lorsque la juridiction des prud'hommes a été saisie de cette question, il n'en va pas de même du juge des référés commercial, dont la décision présente un caractère provisoire et ne tranche pas le fond du litige.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société reprochait à un de ses concurrents l'embauche de son ancien salarié, en violation de la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail. La société a engagé deux procédures : la première contre son ancien salarié devant la juridiction prud'homale ; la seconde contre son concurrent devant le juge des référés du tribunal de commerce afin de faire cesser, en référé, la nouvelle relation de travail.

La société concurrente a fait grief à l'arrêt d'appel, rendu en matière de référé, de refuser sa demande de surseoir à statuer dans l'attente du jugement rendu par la juridiction prud'homale. Elle a en effet soulevé que l'action dirigée par l'ancienne société employeur contre la société concurrente, fondée sur la complicité de cette dernière dans la violation de la clause de non-concurrence, par le salarié, si elle relève de la compétence de la juridiction commerciale, s'agissant d'un litige opposant deux sociétés commerciales, suppose que soit tranchée la question préalable de la violation de la clause de non-concurrence par le salarié, laquelle relève de la compétence exclusive du conseil des prud'hommes lorsque ce dernier a été régulièrement saisi.

La Cour de cassation a rejeté ce pourvoi en affirmant qu'aucun sursis à statuer n'avait à être retenu. La Haute juridiction a rappelé un principe bien connu : les litiges opposant deux sociétés commerciales relèvent de la compétence des tribunaux de commerce. Elle a ajouté également que le tribunal de commerce est tenu de surseoir à statuer si le conseil de prud'hommes est saisi dans le même temps. Toutefois, elle a apporté une précision qui est l'apport principal de l'arrêt : le sursis à statuer ne s'impose pas au juge des référés commercial car il ne statue pas sur le fond du litige, mais rend une décision provisoire.

A rapprocher : TC Quimper, 23 août 2012, inédit

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Application volontaire de l'article L.1224-1 du Code du travail et égalité de traitement

Cass. soc., 23 juin 2021, n°18-24.809, FS-B

Ce qu'il faut retenir :

L'employeur qui fait une application volontaire de l'article L.1224-1 du code du travail, est fondé à maintenir les avantages acquis au bénéfice des seuls salariés transférés sans que cela constitue une atteinte prohibée au principe d'égalité de traitement.

Pour approfondir :

En 2012, la société ELIOR SERVICES absorbe la société HOPITAL SERVICE qui elle-même avait en 2010, repris par application volontaire de l'article L.1224-1 du Code du travail des salariés SODEXO.

Les salariés qui avaient été repris en application volontaire de l'article L.1224-1 bénéficiaient, contrairement aux salariés de la société ELIOR SERVICES, d'une prime de treizième mois.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rappeler

que toute différence de traitement n'est pas une inégalité de traitement.

Ainsi, l'obligation de maintenir les contrats de travail résultant d'un transfert de plein droit sur le fondement de l'article L.1224-1 du Code du travail suffit à justifier une différence de traitement.

De même, en cas de transfert organisé par voie conventionnelle, les salariés de l'entreprise entrante ne peuvent revendiquer le bénéfice des avantages maintenus aux salariés de l'entreprise sortante.

Mais en l'espèce, les salariés bénéficiant de la prime de treizième mois avaient été transférés en application volontaire de l'article L.1224-1 du Code du travail.

Cette application volontaire impliquait-elle une sorte d'engagement unilatéral du nouvel employeur à appliquer volontairement à ses salariés historiques les avantages acquis des salariés transférés ?

Considérant qu'en raison de cette application volontaire, l'employeur lui-même est à l'origine de la différence de traitement, la cour d'appel d'Aix-en-Provence juge qu'il existe une inégalité de traitement et condamne l'employeur au paiement de la prime de treizième mois.

La Cour de cassation censure cette position énonçant, au visa du principe de l'égalité de traitement et de l'article L.1224-1 du Code du travail que :

« L'obligation à laquelle est tenu le nouvel employeur, en cas de reprise du contrat de travail du salarié d'une entreprise par application volontaire de l'article L.1224-1 du Code du travail, de maintenir à son bénéfice les droits qui lui étaient reconnus chez son ancien employeur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés. »

L'application de la même règle au transfert de plein droit comme au transfert volontaire du contrat de travail mérite approbation tant les enjeux financiers, et donc *in fine* les enjeux en termes de maintien de l'emploi, sont importants.

A rapprocher : Cass. soc., 11 janvier 2012, n°10-14.614 (différence de traitement justifié par le transfert de plein droit des contrats de travail) ; Cass. soc., 30 novembre 2017, n°16-20.532 et article L.1224-3-2 du Code du travail ; Cass. soc., 30 juin 2021, n°19-14.543 (délai triennale de prescription de l'action fondée sur l'atteinte au principe d'égalité de traitement)

Actualisation du protocole sanitaire en entreprise et point sur les mesures applicables à la rentrée

Ce qu'il faut retenir :

Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 a fait l'objet d'une nouvelle mise à jour. Dans sa version applicable depuis le 1^{er} septembre 2021, celui-ci met fin à l'obligation du télétravail, apporte des précisions sur les salariés soumis à l'obligation du pass sanitaire et rappelle les autres règles en vigueur, notamment relatives à sa mise à jour du 9 août. C'est ainsi l'occasion de faire le point sur les règles applicables en cette rentrée.

Pour approfondir :

Télétravail

Mesure phare de ce nouveau protocole : depuis le 1^{er} septembre, les employeurs ne sont plus obligés de fixer un minimum de jours de télétravail pour les activités télétravaillables. En effet, le protocole prévoit désormais que les employeurs fixent, dans le cadre du dialogue social de proximité, les modalités de recours à ce mode d'organisation du travail, en veillant au maintien des liens au sein du collectif de travail et à la prévention des risques liés à l'isolement des salariés en télétravail. Il est donc désormais possible d'organiser un retour en présentiel tous les jours de la semaine.

Cette modification est actée dans le *Questions-réponses relatif au télétravail en période de Covid-19* du ministère du travail, mis à jour le 6 septembre 2021. Celui-ci confirme que le télétravail n'est plus obligatoire et rappelle un certain nombre de règles relatives à celui-ci (modalités de mise en place par accord d'entreprise ; charte ou accord entre l'employeur et les salariés concernés ; équipement du

matériel nécessaire aux salariés mis en place par l'employeur ; conservation de leurs droits tels que les tickets-restaurants, par exemple ; vigilance par rapport aux risques d'isolement ; etc.).

Pass sanitaire

Le protocole rappelle que, depuis le 30 août 2021, les personnels intervenant dans les lieux, établissements, services ou événements listés à l'article 1 de la loi relative à la gestion de la crise sanitaire du 5 août 2021 doivent, sauf lorsque leur activité se déroule dans des espaces non accessibles au public ou en dehors des horaires d'ouverture au public, présenter un pass sanitaire, c'est-à-dire, une version numérique (via l'application TousAntiCovid) ou papier, de l'une des preuves sanitaires suivantes :

- La vaccination, à la condition de disposer d'un schéma vaccinal complet ;
- La preuve d'un test de dépistage négatif de moins de 72h (test RT-PCR, antigénique ou autotest réalisé sous la supervision d'un professionnel de santé) ;
- Le résultat d'un test RT-PCR ou antigénique positif attestant du rétablissement de la Covid-19, datant d'au moins 11 jours et de moins de 6 mois.

Les employeurs sont tenus de contrôler le respect de cette obligation. Aussi, lorsqu'un salarié soumis au pass sanitaire ne présente pas de justificatif, il peut, en accord avec l'employeur, utiliser des jours de congés ou de RTT. En l'absence d'accord ou si le salarié ne souhaite pas utiliser ces jours, il se voit notifier la suspension de son contrat de travail non rémunérée. Le protocole rappelle les modalités d'organisation de l'entretien de régularisation qui doit avoir lieu à l'issue du 3^e jour suivant la suspension afin d'examiner les moyens de régulariser la situation (reclassement temporaire à un autre poste non soumis à l'obligation de présenter le pass sanitaire, télétravail si celui-ci est possible).

Reprenant le *Questions-réponses du ministère du Travail relatif à l'obligation de vaccination ou de détenir un pass sanitaire* mis à jour au 31 août, le protocole rappelle que l'obligation de port du masque ne s'applique pas aux personnes ayant accédé aux établissements, lieux, services et événements visés par l'obligation de présenter le pass sanitaire, à l'exception des déplacements longue distance par transport interrégionaux.

Il confirme, en outre, que les professionnels intervenant dans ces lieux et événements tenus de présenter le pass sanitaire, ne sont plus obligés de porter le masque, celui-ci pouvant être rendu obligatoire par le préfet, ainsi que par l'exploitant ou l'organisateur. En revanche, pour les entreprises non soumises au pass sanitaire, le port du masque reste systématique dans les lieux clos collectifs ou partagés. C'est également le cas en extérieur, en cas de regroupement, ou si une distanciation de 2 mètres ne peut pas être respectée.

Le protocole ajoute également que les employeurs peuvent informer les salariés soumis au pass sanitaire de la possibilité, s'ils le souhaitent, de présenter leur justificatif de statut vaccinal complet contre la Covid-19. Cette mesure dérogatoire leur permet de conserver, de manière sécurisée et jusqu'à la fin de cette obligation - fixée au 15 novembre -, le résultat du contrôle et de délivrer un titre spécifique permettant ensuite une vérification simplifiée destinée à faciliter le contrôle du pass à l'entrée de l'établissement. Selon le *questions-réponses du Ministère du Travail* précité, ce titre spécifique peut être un badge dédié ou une vignette apposée sur le badge habituel d'accès par exemple, et peut être présenté y compris lorsque l'employeur n'est pas le responsable de l'établissement en charge de contrôler le pass sanitaire.

Vaccination obligatoire

Le protocole rappelle que depuis le 9 août 2021, les personnels des établissements de soins, médicaux sociaux et sociaux listés à l'article 12 de la loi relative à la gestion de la crise sanitaire du 5 août 2021 doivent obligatoirement être vaccinés, sauf contre-indication médicale, des aménagements étant prévus jusqu'au 15 octobre :

- Du 9 août au 14 septembre 2021 inclus, les personnels concernés pourront présenter :
 - Soit un certificat de statut vaccinal ;
 - Soit le résultat d'un test RT-PCR ou antigénique positif attestant du rétablissement de la Covid-19, datant d'au moins 11 jours et de moins de 6 mois ;
 - Soit le résultat négatif d'un test virologique datant de moins de 72 heures (examen de dépistage RT-PCR, test antigénique ou autotest réalisé sous la supervision d'un professionnel de santé).

- Du 15 septembre au 15 octobre inclus, une période transitoire est prévue par la loi : lorsque le salarié justifie d'une première dose de vaccin, il pourra continuer à exercer son activité à condition de présenter le résultat négatif d'un test virologique ;
- À compter du 16 octobre, les personnes concernées devront justifier, auprès de leur employeur, avoir un schéma vaccinal complet ou ne pas y être soumises en raison de contre-indication médicale ou d'un rétablissement après une contamination par la Covid-19.

A l'instar du pass sanitaire, les employeurs doivent contrôler le respect de l'obligation vaccinale et le salarié qui ne présente pas de justificatif ne peut exercer son activité. Il peut, avec l'accord de l'employeur, utiliser des jours de congés ou de RTT. A défaut, il se voit notifier la suspension de son contrat de travail non rémunérée. Les employeurs sont toutefois encouragés à instaurer un dialogue pour régulariser la situation en proposant un autre poste ou le télétravail si celui-ci est possible.

Le protocole rappelle, en outre, l'autorisation d'absences des salariés et stagiaires pour se rendre aux rendez-vous de vaccination, sans baisse de rémunération.

Mesures de protection renforcées pour les salariés vulnérables

Enfin, depuis le 9 août dernier, le protocole précise qu'à compter du 15 septembre 2021, les salariés particulièrement à risque qui ne peuvent télétravailler (remplissant certaines conditions permettant d'obtenir un certificat d'isolement), pourront être placés en activité partielle et bénéficier d'une indemnisation jusqu'au 31 décembre 2021.

Le protocole prévoit également que si l'employeur estime que la poursuite de l'activité professionnelle de ces salariés est possible et que le placement en activité partielle n'est pas fondé, ces derniers pourront revenir en présentiel après avis du médecin du travail. Ce dernier, en recourant le cas échéant à l'équipe pluridisciplinaire, se prononcera sur l'exposition à de fortes densités virales du poste et vérifiera la mise en œuvre des mesures de protection renforcées suivantes au sein de l'entreprise :

- Isolement du poste de travail, notamment par la mise à disposition d'un bureau individuel ou, à défaut, son aménagement, pour limiter au maximum le risque d'exposition, en particulier par l'adaptation des horaires ou la mise en place de protections matérielles ;
- Respect à l'occasion de son activité professionnelle, de gestes barrières renforcés (hygiène des mains renforcée, port systématique d'un masque de type chirurgical lorsque la distanciation physique ne peut être respectée ou en milieu clos, avec un changement au moins toutes les quatre heures ou s'il est mouillé ou humide) ;
- Absence ou la limitation du partage du poste de travail ;
- Nettoyage et la désinfection du poste de travail et des surfaces touchés au moins en début et en fin de poste, en particulier lorsque ce poste est partagé ;
- Adaptation des horaires d'arrivée et de départ et des éventuels autres déplacements professionnels, compte tenu des moyens de transport utilisés par la personne, afin d'y éviter les heures d'affluence ;
- Mise à disposition par l'employeur de masques de type chirurgical en nombre suffisant pour couvrir les trajets entre le domicile et le lieu de travail lorsque la personne recourt à des moyens de transport collectifs.

A rapprocher : Protocole nationale pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 (version applicable au 1^{er} septembre 2021)

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Toujours pas d'autorisation d'exploitation commerciale requise pour les entrepôts de commerce en ligne

CE, 1^{er} juillet 2021, Association Les Amis de la Terre, req. n°452062 ; Conseil constitutionnel, décision n°2021-825 DC, 13 août 2021, Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (cons. n°5 à 12)

Ce qu'il faut retenir :

Dans la bataille - exacerbée par la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19 - que se livrent le « *commerce physique* » et le « *e-commerce* », la question de la non-soumission des entrepôts de commerces en ligne à autorisation d'exploitation commerciale cristallise les tensions. Deux récentes décisions viennent pourtant de conforter cette situation légale, qui reste donc, pour le moment au moins, largement favorable aux « *e-commerçants* ».

En premier lieu, par une décision en date du 1^{er} juillet 2021, le Conseil d'Etat, saisi par plusieurs associations, a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux principes constitutionnels d'égalité devant les charges publiques et d'égalité devant l'impôt, de l'article 3 de la loi de 1972 qui définit la notion de surface de vente, en ce qu'il n'inclut pas les surfaces dédiées au commerce en ligne dans cette définition.

En second lieu, le Conseil constitutionnel a, par sa décision du 13 août 2021 relative à la loi *Climat et Résilience*, écarté une argumentation similaire opposée par les députés à l'encontre de l'article 215 de cette loi qui modifie les possibilités d'obtention d'une autorisation d'exploitation commerciale pour un projet générateur d'artificialisation estimant que « *les dispositions contestées ne créent, par elles-mêmes, aucune différence de traitement entre les entreprises de commerce en ligne et celles qui exercent une activité de commerce au détail* ».

Pour approfondir :

La question de l'encadrement du développement du e-commerce au regard de son impact sur l'économie, l'environnement et le développement territorial n'est pas nouvelle. Et, dans ce cadre, la nécessité d'intégrer les entrepôts logistiques de e-commerce parmi la liste des projets soumis à autorisation d'exploitation commerciale et, partant, de les soumettre au contrôle des commissions d'aménagement commercial au regard des objectifs d'aménagement du territoire, de développement durable, de protection des consommateurs et de revitalisation des centres-villes, est souvent invoquée (Question écrite n°34105, JOAN, 24 novembre 2020), voire même a fait l'objet de plusieurs propositions de lois (Proposition de loi portant Pacte national de revitalisation des centres-villes et centres-bourgs – approuvée par le Sénat le 14 juin 2018) ou d'amendements (lors des débats sur la loi Elan).

Récemment encore, lors de l'examen de la loi Climat et Résilience, de nombreux amendements ont été déposés en ce sens. Le projet de loi adopté par les Sénateurs le 29 juin dernier prévoyait même de soumettre à une telle autorisation « *La création d'un local principalement destiné à l'entreposage en vue de la livraison, à destination de toute personne physique, de biens commandés par voie télématique, lorsque ce local n'est pas situé sur une friche (...)* » et que sa surface de plancher excède 5 000 m².

La disposition a toutefois été supprimée par la Commission mixte paritaire et n'a donc pas été adoptée.

Faute de consensus sur un texte législatif, c'est donc devant les juges que les partisans d'un contrôle préalable à l'implantation des entrepôts dédiés au commerce en ligne ont tenté d'obtenir une évolution du cadre normatif.

Ainsi, à la faveur d'un contentieux dirigé contre un permis de construire un entrepôt dédié au commerce en ligne de 76 198,4 m², l'Association *Les Amis de la Terre* a saisi la juridiction administrative d'une question prioritaire de constitutionnalité de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1972 qui définit la notion de surface de vente pour l'application de l'article L.752-1 du Code de commerce, lequel énumère les projets soumis à autorisations. Elle soutenait en effet que la définition retenue par cet article, en tant qu'il n'inclut

pas les surfaces dédiées au commerce en ligne, méconnaissait les principes constitutionnels d'égalité devant l'impôt et d'égalité devant les charges publiques, garantis par les articles 6 et 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Mais le Conseil d'Etat a refusé la transmission de cette question au motif que les dispositions de l'article 3 en cause « *n'ont pour objet ni d'établir, ni de limiter la liste des projets soumis à une autorisation d'exploitation commerciale en application* » de l'article L.752-1 du Code de commerce et qu'elles n'étaient donc pas applicables au litige.

Suivant la même logique, et toujours sur le fondement du principe d'égalité, les députés ont, dans le cadre de l'examen du projet de loi Climat et Résilience devant le Conseil constitutionnel, reproché à l'article 215 de ne pas avoir étendu les nouvelles restrictions apportées aux possibilités d'obtention d'une autorisation d'exploitation commerciale pour les projets générateurs d'artificialisation des sols aux entreprises de commerce en ligne dont les entrepôts sont au moins tout autant susceptibles de générer une telle artificialisation.

Le Conseil constitutionnel a écarté ce grief au motif que les dispositions en cause se limitent à introduire une nouvelle condition au régime de l'autorisation d'exploitation commerciale, lequel vise à assurer une répartition des surfaces commerciales afin de favoriser un meilleur aménagement du territoire, et qu'elles ne créent donc « *par elles-mêmes* » aucune différence de traitement entre ces deux formes de commerces.

Ces deux décisions ne tranchent toutefois pas la question de la conformité ou non, à la Constitution et au principe d'égalité qu'elle garantit, du principe de non-assujettissement des entrepôts dédiés au commerce en ligne à autorisation d'exploitation commerciale, autorisation à laquelle sont soumis les commerces « physiques » comme les drives.

A rapprocher : Question écrite n°34105, JOAN, 24 novembre 2020 ; Article 52 bis AAA, Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets ; Sénat, 29 juin 2021

Désignation du syndic de copropriété sans mise en concurrence : absence de nullité

Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 2021, n°20-13.269

Ce qu'il faut retenir :

Le non-respect, par le conseil syndical, de son obligation de mise en concurrence préalable des contrats de syndic n'est pas sanctionné par la nullité de la désignation du syndic par l'assemblée générale. Cette précision sur la teneur de la sanction, désormais expressément consacrée à l'article 21 de la loi du 10 juillet 1965 depuis l'ordonnance ELAN du 30 octobre 2019, s'applique également aux désignations intervenues préalablement à son entrée en vigueur.

Pour approfondir :

En l'espèce, un syndic a été désigné par l'assemblée générale des copropriétaires le 24 mars 2015 sans que le conseil syndical n'ait préalablement mis en concurrence son contrat avec d'autres contrats de syndic, tel que cela est imposé depuis la loi ALUR n°2014-366 du 24 mars 2014 à **l'article 21 de la loi du 10 juillet 1965**.

L'un des copropriétaires a donc assigné le syndicat des copropriétaires en nullité de la résolution litigieuse, du fait du défaut de mise en concurrence préalable du syndic et, partant, de la violation de cette disposition.

Par un arrêt en date du 19 décembre 2019, la cour d'appel d'Aix-en-Provence l'a débouté de sa demande, considérant que si la désignation du syndic avait été opérée en l'absence de toute concurrence en violation de **l'article 21 de la loi du 10 juillet 1965**, il n'appartenait pas au syndic, en l'absence d'une initiative du conseil syndical ou d'un copropriétaire, de provoquer ou d'organiser cette concurrence.

Le copropriétaire s'est alors pourvu en cassation.

Par le présent arrêt en date du 3 juin 2021, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

Celle-ci énonce en effet que, « *en l'absence de disposition en ce sens, le non-respect par le conseil syndical de son obligation de mise en concurrence n'est pas sanctionné par la nullité de la désignation du*

syndic par l'assemblée générale. »

Elle approuve donc les juges du fond d'avoir considéré qu'en l'espèce, ce défaut de mise en concurrence du syndic n'entraînait pas l'annulation de la décision de l'assemblée générale ayant procédé à sa désignation.

La position adoptée par la Cour de cassation doit être accueillie à deux niveaux.

Premièrement, cette dernière met un terme aux hésitations jurisprudentielles qui entouraient la sanction applicable en cas de défaut de mise en concurrence du syndic préalablement à sa désignation par l'assemblée générale tenue antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance ELAN du 30 octobre 2019, tout en consacrant la solution instaurée par cette dernière.

En effet, la loi ALUR n°2014-366 du 24 mars 2014 a institué, à l'alinéa 3 de **l'article 21 de la loi de 1965**, une obligation de mise en concurrence du syndic à la charge du conseil syndical, imposant ainsi que toute assemblée générale appelée à se prononcer sur la désignation d'un syndic soit précédée d'une mise en concurrence, par ce dernier, de plusieurs projets de contrats de syndic. Seules deux exceptions étaient prévues : l'absence de conseil syndical et le fait que le marché local des syndics ne permette pas cette mise en concurrence.

Face aux difficultés pratiques qu'elle engendrait, cette obligation a été par suite assouplie par la loi Macron n°2015-990 du 6 août 2015, le conseil syndical devant procéder à cette mise en concurrence non plus de façon systématique à chaque désignation du syndic, mais uniquement de façon triennale. En sus des deux exceptions précitées, il était également possible de déroger à cette règle en cas de dispense de mise en concurrence votée par l'assemblée générale annuelle précédant celle appelée à se prononcer sur la désignation d'un syndic à la majorité absolue de **l'article 25**.

La rédaction de cet article posait toutefois une difficulté puisqu'avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance ELAN du 30 octobre 2019, l'obligation de mise en concurrence du syndic édictée par **l'article 21 de la loi de 1965** n'était assortie d'aucune sanction.

Dans le silence de la loi, les juges du fond avaient adopté des positions divergentes, certains d'entre eux considérant que cette obligation devait être sanctionnée par la nullité de la résolution (**CA Grenoble, 30 mars 2021, n°17/05846**) tandis que d'autres avaient au contraire exclu toute sanction (**CA Pau, 7 mars 2018, n°16/03450** ayant considéré que « l'absence de mise en concurrence n'est pas un moyen de remettre en cause la validité du vote désignant le nouveau syndic » ; **CA Colmar, 1^{er} avril 2021, n°19/02686** selon laquelle : « l'obligation de mise en concurrence n'est enfin assortie d'aucune sanction. » ; **TGI Nanterre, 20 avril 2017, n°15/11171** ayant estimé que : « la loi ne prévoit aucune sanction lorsque cette obligation de mise en concurrence n'est pas respectée, ce qui ne permet pas de remettre en cause la validité du vote désignant le nouveau syndic »).

L'ordonnance ELAN n°2019-1101 du 30 octobre 2019, qui a en outre remplacé la périodicité triennale par une mise en concurrence avant toute assemblée générale appelée à se prononcer sur la désignation ou le renouvellement du syndic, a mis fin à ces incertitudes. Depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance le 1^{er} juin 2020, **l'article 21 de la loi de 1965** précise en effet expressément que cette formalité vise à l'information des copropriétaires et n'est pas prescrite à peine d'irrégularité de la décision de désignation du syndic.

La présente décision de la Cour de cassation permet donc d'harmoniser la solution jurisprudentielle applicable aux assemblées générales désignant un syndic, tenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance ELAN avec celle désormais consacrée expressément depuis ladite ordonnance et applicables aux désignations de syndic postérieures à son entrée en vigueur.

En d'autres termes, le défaut de mise en concurrence préalable du syndic n'est pas susceptible d'entraîner la nullité de sa désignation par l'assemblée générale, que cette désignation soit intervenue antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance ELAN (par application du présent arrêt de la Cour de cassation) ou postérieurement (par application de l'article 21 tel que modifié par l'ordonnance ELAN).

Deuxièmement, la solution retenue dans l'arrêt

commenté est bienvenue en ce qu'elle permet, tel que l'a justement souligné le rapport au Président de la République, de « *préserver la sécurité juridique des copropriétés, qui n'auront pas à supporter le risque d'invalidations rétroactives d'actes pris par un syndic dont la désignation aurait été par la suite annulée* » (**Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, NOR : JUSC1920054P, JO 31 oct**). La solution contraire aurait été disproportionnée dès lors qu'elle aurait abouti à remettre en cause de façon rétroactive la désignation du syndic et, partant, de tous les actes que ce dernier aurait réalisés dans l'intérêt de la copropriété et de l'ensemble des copropriétaires.

A rapprocher : Loi n°65-557 du 10 juillet 1965, art. 21 ; Loi n°65-557 du 10 juillet 1965, art. 25 ; CA Grenoble, 30 mars 2021, n°17/05846 ; CA Pau, 7 mars 2018, n°16/03450 ; CA Colmar, 1^{er} avril 2021, n°19/02686 ; TGI Nanterre, 20 avril 2017, n°15/11171 ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, NOR : JUSC1920054P, JO 31 oct

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVELLES TECHNOLOGIES

La CNIL prononce une sanction de 1,75 millions d'euros pour manquements aux obligations relatives aux durées de conservation et à l'information des personnes

Délibération de la formation restreinte n°SAN-2021-010 du 20 juillet 2021 concernant la société SGAM AG2R LA MONDIALE

Ce qu'il faut retenir :

Dans une délibération du 20 juillet 2021, la société AG2R LA MONDIALE a été condamnée à une amende de 1,75 millions d'euros pour avoir manqué à ses obligations en matière de durée de conservation et d'informations des personnes.

Pour approfondir :

La Commission nationale de l'informatique et des libertés a infligé à la société d'assurance AG2R LA MONDIALE une amende de 1,75 millions pour non-respect du Règlement général sur la protection des données (« RGPD ») et plus précisément pour avoir manqué à ses obligations relatives aux durées de conservation des données à caractère personnel et à l'information des personnes concernées.

Cette sanction intervient après une procédure de contrôle sur place initiée en 2019 par une délégation de la CNIL. La procédure visait à étudier la conformité aux dispositions du RGPD de l'activité de la société d'assurance et plus particulièrement des traitements des données à caractère personnel de ses clients et prospects. A l'issue de ce contrôle et de l'instruction des éléments communiqués par la société AG2R LA MONDIALE, la formation restreinte de la CNIL s'est réunie le 17 juin 2021 aux fins de délibérer.

Dans une délibération en date du 20 juillet 2021, la CNIL a considéré que la société d'assurance avait manqué à son obligation de conserver les données à caractère personnel pendant une durée limitée et à son obligation d'informer les personnes concernées.

Sur la durée de conservation

Concernant l'obligation de conserver les données personnelles pendant une durée limitée, la formation restreinte de la CNIL a constaté que la société avait mis en place un référentiel relatif aux durées de conservation concernant les données des clients et des prospects.

Ce référentiel prévoyait une durée de conservation maximale des données à caractère personnel des prospects de trois ans après l'enregistrement en base de données ou le dernier contact à l'initiative du prospect.

S'il a été estimé que la durée définie pour les prospects était proportionnée et conforme aux recommandations de la CNIL, la formation restreinte a cependant constaté que cette durée n'avait pas été implémentée dans le système d'information de la société.

S'agissant de la conservation des données des clients, la formation restreinte a relevé que la société ne respectait pas les durées de conservation imposées au secteur de l'assurance. La CNIL a estimé que les données de plus de deux millions de clients, collectées dans le cadre des contrats de santé, ont été conservées pendant des durées excessives (supérieures à la durée légale de cinq ans suivant la résiliation du contrat).

Si des mesures ont été prises immédiatement par la société d'assurance s'agissant des durées de conservation des données des prospects, cette dernière a pris des engagements fermes et documentés concernant les durées de conservation des données des clients.

Sur l'obligation d'information

D'autre part, la CNIL a relevé des manquements à l'obligation d'information des personnes dans le cadre d'opérations de démarchages téléphoniques réalisés par des sous-traitants pour le compte de la société d'assurance.

En l'espèce, il a été relevé que des personnes démarchées n'étaient pas informées de l'enregistrement de la communication téléphonique, et selon les cas, des finalités de cet enregistrement, de sa durée de conservation et du droit de s'y opposer.

Par ailleurs, il a été constaté l'absence d'instructions données par la société d'assurance à ses sous-traitants afin que ces derniers délivrent aux personnes concernées les informations imposées par le RGPD. La CNIL soulève à ce titre que les scripts d'appels téléphoniques délivrés aux sous-traitants ne contenaient aucune mention d'information relative à la protection des données personnelles des personnes concernées.

Il doit être noté que des mesures de mise en conformité à cette obligation d'information ont été prises à la date de clôture de l'instruction.

Prenant acte des démarches de mesures de mise en conformité prises par la société AG2R LA MONDIALE, la CNIL a prononcé une sanction d'un montant de 1,75 millions d'euros d'amende et a choisi de rendre publique sa délibération.

Enfin, pour justifier de la publicité de cette sanction, la CNIL a pris en compte le nombre de personnes concernées et la nature des données impactées. La formation restreinte a par ailleurs précisé que les manquements aux principes élémentaires du RGPD concernaient en l'espèce « un acteur majeur de la protection sociale et patrimoniale en France, qui gère les données à caractère personnel de millions de personnes ».

En conclusion c'est l'un des plus importantes sanctions que la CNIL prononce à l'encontre d'une société française.

A rapprocher : Délibération SAN-2021-010 du 20 juillet 2021 ; Sanction de 1,75 million d'euros à l'encontre d'AG2R LA MONDIALE, CNIL – 22 juillet 2021

Précisions sur l'enregistrement d'une marque sonore et sur l'exigence de son caractère distinctif
TUE, 7 juillet 2021, affaire T 668/19, *Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG c./ Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)*

Ce qu'il faut retenir :

Le Tribunal de l'Union Européenne s'est prononcé sur les contours de l'enregistrement d'une marque sonore présentée en format audio et a rappelé l'exigence du caractère distinctif des marques.

Pour approfondir :

Définie comme une marque composée d'un son ou d'une combinaison de sons, la marque sonore peut être matérialisée selon l'INPI (Institut national de la propriété industrielle) par un enregistrement sonore sous format MP3, une portée musicale ou toute autre représentation intelligible.

En l'espèce, un fichier audio était produit le 6 juin 2018 devant l'EUIPO (Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle) afin d'être enregistré en tant que marque de l'Union européenne.

Le dépôt se matérialisait par un fichier audio rappelant « *le son qui se produit à l'ouverture d'une canette de boisson, suivi d'un silence d'environ une seconde et d'un pétilllement d'environ neuf secondes.* »

À la suite du rejet de cette demande de dépôt par l'EUIPO, le déposant a formé un recours devant le Tribunal de l'Union Européenne.

Dans ce contexte, la juridiction européenne a rappelé qu'un signe sonore doit posséder « *une certaine prégnance permettant au consommateur visé de le percevoir et de le considérer en tant que marque et non pas en tant qu'élément de nature fonctionnelle ou en tant qu'indicateur sans caractéristique intrinsèque propre.* »

Cette prégnance doit permettre au consommateur d'identifier le signe sonore comme une marque. Dans ce cadre, le Tribunal de l'Union Européenne a souligné que lorsque l'élément visé est perçu par le public pertinent comme remplissant avant tout un rôle purement technique et fonctionnel, ce dernier ne peut pas être perçu comme une indication de l'origine commerciale du produit en question.

Par ailleurs, le signe présentait la particularité d'être composé d'un silence d'environ une seconde puis du son du pétilllement de bulles pendant neuf secondes. La juridiction européenne a relevé qu'il s'agissait en réalité d'une variante de sons habituellement émis au moment de l'ouverture d'une canette ne conférant pas au signe sonore un caractère identifiable en tant que marque.

Dès lors, il a été considéré que la combinaison sonore déposée était habituelle et prévisible dans le marché des boissons. Ce caractère usuel empêchait le public pertinent d'identifier les produits comme provenant d'une entreprise déterminée et de les distinguer de ceux d'autres entreprises.

Le Tribunal de l'Union Européenne a donc confirmé dans un jugement en date du 7 juillet 2021 que le signe sonore déposé ne présentait pas de caractère distinctif et que la demande d'enregistrement devait donc être rejetée.

Il doit être noté que depuis le 15 décembre 2019, l'exigence de représentation graphique d'un signe lors de son dépôt a été supprimée de l'article L.711-1 du Code de propriété intellectuelle. C'est dans ce contexte qu'une première marque sonore a été déposée devant l'INPI le 26 décembre 2019. Constitué d'un fichier MP3 de 29 secondes, le dépôt présentait la particularité d'être accompagné de la description suivante : « *Orion est un son qui élève le taux vibratoire de toute matière et il est un harmoniseur énergétique* ».

Ces dépôts inédits marquent une nouvelle étape dans l'acceptation d'une nouvelle catégorie de signes ne reposant pas sur une représentation graphique.

A rapprocher : TUE, 7 juillet 2021, affaire T 668/19, Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG c./ Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) ; Marque sonore déposée par Monsieur Janmal Larbi, INPI

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Autorité de chose jugée et principe de concentration des moyens

Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2021, n°20-11.706,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

La partie qui n'invoque pas dès la première instance l'ensemble des moyens à l'appui de ses prétentions doit se voir opposer une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée.

Pour approfondir :

En l'espèce, une banque a consenti trois prêts à une société, garantis par la caution personnelle du gérant. La société a été placée en liquidation judiciaire et son gérant a été condamné par le tribunal de commerce au paiement des sommes dues au titre de ses engagements de caution.

En premier lieu, le gérant a saisi le tribunal de commerce d'une demande des délais de paiement,

qui lui ont été accordés. Devant la cour d'appel, celui-ci a invoqué, pour la première fois et à titre subsidiaire, la responsabilité civile de la banque et demandé sa condamnation à lui verser des dommages et intérêts, qu'il soutenait venir en compensation des condamnations prononcées à son encontre. Considérant ce moyen nouveau, la cour d'appel a rejeté ses demandes.

Dans un deuxième temps, le gérant a ensuite engagé une nouvelle procédure à l'encontre de la banque en soutenant que cette dernière avait manqué à ses obligations de conseil et de mise en garde. En défense, la banque a opposé une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée.

Cette nouvelle instance a donné lieu à une décision, confirmée en appel, aux termes de laquelle les juges ont considéré la demande de la caution irrecevable sur le fondement de l'autorité de la chose jugée et du principe de la concentration des moyens.

La caution s'est alors pourvue en cassation en soutenant, d'une part, que l'autorité de chose jugée ne s'appliquait que si la demande est identique, fondée sur la même cause et formée entre les mêmes parties et qu'en l'espèce, les deux instances avaient des objets différents. D'autre part, le demandeur au pourvoi soutenait qu'il n'était pas tenu de présenter dans la même instance, toutes les demandes fondées sur les mêmes faits.

La Cour de cassation rejette l'argumentation de la caution et donne raison à la cour d'appel d'avoir considéré que la demande dont elle était saisie, qui tendait à remettre en cause, par un moyen nouveau, la condamnation irrévocable de la caution au paiement de sommes dues au titre de ses engagements de caution se heurtait à l'autorité de la chose jugée attachée à la première instance.

Cette décision de la deuxième chambre civile semble remettre en cause la position retenue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. En effet, la troisième chambre civile a déjà retenu que l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt ayant déclaré irrecevable une demande, comme formée pour la première fois en cause d'appel, n'interdit pas à son auteur d'introduire celle-ci dans une nouvelle instance devant les juges du premier degré (Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 27 mai 2009, 08-11.388 ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 27 mai 2009, 08-11.388).

Si en principe, la Cour de cassation a toujours refusé d'imposer un principe de concentration des demandes (Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n°10-16735 : « *S'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits* »), cette décision rappelle la nécessité d'être attentif sur le principe de concentration des moyens et sur l'étendue des demandes formulées dans le cadre d'une instance.

A rapprocher : Article 1355 du Code civil ; Article 480 du Code de procédure civile

Astreinte et obligation de faire : le locataire tenu de libérer les parties communes supporte la charge de la preuve

Cass. civ. 2^{ème}, 17 juin 2021, n°20-10.396

Ce qu'il faut retenir :

La charge de la preuve de l'exécution de faire, assortie d'une astreinte, pèse sur le débiteur de l'obligation ; dès lors, il n'incombe pas au propriétaire de prouver que les objets entreposés dans les parties communes procèdent du preneur à bail ; cependant, il revient à ce dernier de rapporter la preuve qu'il a procédé à son obligation de les retirer et que les objets se trouvant encore entreposés dans les parties communes n'y sont pas de son fait.

Pour approfondir :

Aux termes d'une décision définitive et irrévocable, le locataire d'un appartement a été condamné à libérer les parties communes de tous les objets mobiliers qu'il y avait entreposés, sous astreinte de 20 euros par jour de retard passé le délai d'un mois à compter de la signification de la décision. Le propriétaire a ensuite saisi le juge de l'exécution aux fins de liquidation de l'astreinte prononcée et condamnation à une nouvelle astreinte.

Le juge de l'exécution a liquidé l'astreinte mise à la charge du locataire à la somme de 5 480 euros pour la période du 10 janvier au 10 octobre 2016, et condamné ce dernier à verser cette somme au propriétaire, cette condamnation étant assortie d'une nouvelle astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter de la signification de la décision. La cour d'appel a confirmé cette décision.

Le locataire a contesté l'arrêt d'appel et formé un pourvoi en cassation en soutenant qu'il appartenait au juge de l'exécution saisi d'une demande de liquidation d'astreinte de déterminer la teneur exacte de l'obligation qu'assortit cette astreinte. Or, en l'espèce, le locataire considérait que la décision aux termes de laquelle il était condamné à débarrasser les parties communes de l'ensemble des objets qu'il y avait entreposés, présentait une ambiguïté dès lors que les parties communes étaient encombrées d'objets déposés par des tiers.

Le locataire estimait que le juge de l'exécution aurait dû déterminer l'étendue exacte de l'obligation mise à sa charge et qu'en refusant de procéder à l'interprétation de cette décision en précisant les objets sur lesquels portait la décision, la cour d'appel avait méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé les articles L.121-3 et L.121-4 du Code des procédures civiles d'exécution. En outre, le locataire estimait qu'il ne pouvait être considéré comme n'ayant pas exécuté l'obligation mise à sa charge.

La deuxième chambre civile rappelle que pour rendre sa décision, la cour d'appel avait justement retenu qu'il n'appartenait pas au propriétaire de prouver que les objets entreposés dans les parties communes procédaient du locataire, relevé que le locataire ne rapportait pas la preuve qu'il a bien enlevé ceux qu'il y avait entreposés, ni que les objets qui s'y trouvaient encore n'y étaient pas, de son fait.

En l'état de ces constatations, et en présence d'une disposition claire et précise, qu'elle n'avait pas à interpréter, la Haute juridiction considère que c'est par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel, répondant aux conclusions prétendument délaissées, a statué comme elle l'a fait.

En pratique, cette décision rappelle que la charge de la preuve de l'exécution de faire, assortie d'une astreinte, pèse sur le débiteur de l'obligation. Ainsi, en cas de condamnation à telle obligation et afin d'être en mesure de se défendre efficacement dans le cadre d'une procédure de liquidation d'astreinte, nous ne pouvons que conseiller au débiteur de l'obligation de se ménager la preuve de la réalisation de l'obligation par tout moyen, tel que par exemple, la réalisation d'un constat d'huissier.

A rapprocher : Articles L.121-3 et L.121-4 du Code des procédures civiles d'exécution

DROIT INTERNATIONAL

La Loi sur la protection des données personnelles (Chine)

Entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2021

Ce qu'il faut retenir :

Un peu plus de 3 ans après l'adoption en France de la Loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, le Comité Permanent de l'Assemblée Populaire de Chine (Parlement chinois) a adopté le 20 août 2021 la loi sur la protection de la vie privée en ligne (2021 年 8 月 20 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过), qui vise notamment à restreindre les collectes parfois abusives de données personnelles effectuées par les géants du numérique (« 中华人民共和国个人信息保护法 ») (la « Loi »).

Elle entre en vigueur le 1^{er} novembre 2021.

Pour mémoire :

Les entreprises du numérique sont particulièrement dynamiques en Chine où une législation jusque-là relativement laxiste sur les données, et l'absence de concurrents étrangers, ont permis à des géants locaux d'émerger.

Le secteur a ainsi pu collecter des quantités de données personnelles sur les Chinois (habitudes pour les trajets, les repas, types d'achats, paiements...), via

la multitude d'applications qu'ils utilisent au quotidien.

Pour approfondir :

La Loi arrive en réaction à la recrudescence ces dernières années des escroqueries sur internet, mais surtout à l'inquiétude croissante des consommateurs chinois face aux fuites de données ou au recours aux algorithmes.

En vertu de la Loi, les entreprises publiques et privées devront minimiser leur collecte d'informations personnelles des citoyens et obtenir leur consentement préalable.

Le texte vise notamment à renforcer le contrôle des transferts de données à l'étranger et définit quels types d'informations à risque relèvent de la sécurité nationale.

La Loi définit une classification des données en fonction de leur degré d'importance et du « risque » qu'elles représentent pour « la sécurité nationale ».

Le texte place les entreprises devant leur responsabilité pour prévenir toute fuite de données, jugées comme sensibles.

Toute entité récoltant des informations se doit d'être irréprochable en matière de cybersécurité. Elles devront « créer un système complet de la protection des données personnelles ; publier régulièrement le rapport sur les données collectés ; accepter les contrôles des autorités compétentes et du public général », conformément à l'article 58 de la Loi.

Parmi les autres dispositions, la Loi indique que les informations personnelles des citoyens chinois ne pourront pas être transférées vers des pays aux normes inférieures à la Chine dans ce domaine.

En cas de non-respect des nouvelles règles, les compagnies s'exposent à des amendes pouvant atteindre 50 millions de yuans (environ 6,6 millions d'euros) ou même 5 % de leur chiffre d'affaires annuel mondial (Article 66 de la Loi). Pour mémoire, avec le RGPD (Règlement Général sur la Protection des Données), le montant des sanctions pécuniaires peut s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou dans le cas d'une entreprise jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial.

Pour les infractions les plus graves, les autorités pourront priver les entreprises de leur licence commerciale, voire les contraindre à fermer définitivement.

La Loi fait partie d'un ensemble de textes récemment publiés qui visent à davantage encadrer l'économie numérique en Chine pour les prochaines décennies.

A rapprocher : Texte de la Loi en chinois
