

Insights

GAZETTE DU CONTENTIEUX DE PARIS NUMÉRO 2

MARS 2023

Mar 29, 2023

SUMMARY

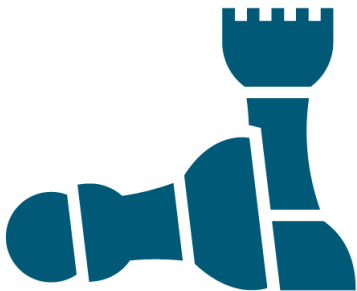
Chaque trimestre, les équipes du cabinet BCLP Paris vous tiendront informés des principales actualités contentieuses en droit de la concurrence, contentieux commercial, droit social, IP/IT/Data ainsi qu'en matière de compliance.

CONTENU

Dans cette édition, nous aborderons :

- Concurrence distribution
 - Action du Ministre de l'économie sur le fondement du déséquilibre significatif : la compétence des juridictions françaises confirmée par la Cour de justice
 - La cour d'appel de Paris annule la sanction de 444 millions d'euros prononcée par l'Autorité de la concurrence pour des pratiques de dénigrement et de discours trompeurs dans le secteur pharmaceutique
- IP/IT/Data
 - La destruction d'un serveur de données n'exonère pas un hébergeur de son obligation essentielle
 - Une plateforme de e-commerce peut elle être reconnue coupable de contrefaçon du fait des produits mis en ligne par des vendeurs tiers?
 - La fin du statut d'hébergeur?
- Contentieux commercial

- Le non-recours aux procédures de prévention des difficultés des entreprises ne constitue à lui seul pas une faute de gestion
- Loi française sur le devoir de vigilance : l'apport des deux premières décisions rendues en la matière
- L'action de groupe « à la française » pourrait évoluer prochainement à la faveur d'une proposition de loi prenant en considération la directive européenne du 25 novembre 2020
- Droit Social
 - Abandon de poste et présomption de démission – une mise en application qui soulève de nombreuses interrogations
- Conformité
 - L'AFA publie un guide pratique relatif aux enquêtes internes anticorruption



CONCURRENCE DISTRIBUTION

ACTION DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE SUR LE FONDEMENT DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF : LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS FRANÇAISES CONFIRMÉE PAR LA COUR DE JUSTICE

Dans un arrêt remarquable du 22 décembre 2022, la Cour de justice de l'Union européenne (« **CJUE** ») a dit pour droit, en réponse à une question préjudicielle transmise par la Cour d'appel de Paris, que l'action du Ministre de l'économie (le « **Ministre** ») sur le fondement du déséquilibre significatif ne relevait pas du champ d'application des règles de compétences édictées par le règlement « Bruxelles I bis » (n°1215/2012 du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

Cette décision vient définitivement trancher la question - débattue de longue date - de la juridiction compétente pour connaître de cette action : il s'agit nécessairement des juridictions françaises.

Singularité française, le droit des pratiques restrictives prévoit la possibilité pour le Ministre de poursuivre une entreprise devant les tribunaux lorsqu'il considère que ladite entreprise a soumis ou tenté de soumettre une autre partie « à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (Articles L.442-1 et L.442-4 du Code de commerce).

Les actions menées sur ce fondement par le Ministre ont principalement concerné des acteurs de la grande distribution et des plateformes en ligne, c'est-à-dire le plus souvent des entreprises de **dimension internationale**. S'est donc très rapidement posée la question de la juridiction compétente, dès lors que l'affaire en cause comportait un **élément d'extranéité**.

JUSQU'À PRÉSENT, LA COMPÉTENCE DU JUGE FRANÇAIS REPOSAIT SUR L'APPLICATION DES RÈGLES DE COMPÉTENCE EUROPÉENNES

Pendant longtemps, **le débat a porté sur la nature délictuelle ou contractuelle de l'action du Ministre au sens des règles de compétence de droit européen** (Convention de Bruxelles, puis, successivement, les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis). Ainsi, dans de très nombreux contentieux, les entreprises poursuivies ont défendu une qualification contractuelle, pour invoquer la compétence des juridictions de l'état dans lequel elles sont domiciliées, ou opposer au Ministre les clauses du contrat litigieux désignant une juridiction étrangère ou arbitrale. A l'inverse, le Ministre n'étant pas partie audit contrat a soutenu que son action était nécessairement de nature délictuelle.

La jurisprudence constante s'est alignée sur la position du Ministre, **et qualifié son action de « quasi-délictuelle » au sens des dispositions européennes précitées, et retenu la compétence des tribunaux français** en tant que juridiction du lieu du fait dommageable ou du lieu dans le ressort de laquelle le dommage a été subi (voir par exemple, Cour d'appel de Paris, 21 juin 2017, RG n°15/18784).

L'APPLICABILITÉ DES RÈGLES DE COMPÉTENCE EUROPÉENNES QUESTIONNÉE DEPUIS L'ARRÊT *MOVIC* DE LA CJUE

Dans un arrêt du 16 juillet 2020, la CJUE a considéré que l'action du Ministre de l'économie belge en cessation de pratiques commerciales déloyales relevait du champ d'application du règlement « Bruxelles I bis », lequel vise la « matière civile et commerciale » (CJUE, 16 juillet 2020, Aff. C-73/19, *Movic*).

Pour parvenir à cette conclusion, la CJUE a tenu compte notamment du fait qu'il n'était pas démontré que le Ministre belge aurait (i) « *agi dans l'exercice de la puissance publique* », dans la mesure où il se trouvait dans une situation procédurale comparable à celles de personnes privées (qui peuvent saisir le tribunal aux fins des mêmes demandes de condamnation et de cessation) et (ii) fait « un quelconque usage d'éléments de preuve qui auraient été obtenus au moyen de [ses] prérogatives de puissance publique ».

Une lecture *a contrario* de cette arrêt pouvait laisser penser que cette solution n'était pas certainement transposable à l'action visée à l'article L.442-4 du Code de commerce. Au contraire du Ministre belge, son homologue français a, en effet, la possibilité de demander le prononcé d'une amende civile et de soumettre au tribunal des éléments obtenus par le biais d'enquêtes ou de visites et saisies.

LA CONFIRMATION PAR L'ARRÊT *EURELEC TRADING* QUE L'ACTION DU MINISTRE NE RELÈVE PAS DE LA « MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE »

L'opportunité d'interroger la CJUE sur la qualification de l'action du Ministre au regard du Règlement Bruxelles I bis s'est rapidement présentée, à l'occasion d'un contentieux opposant le Ministre à une centrale d'achat et domiciliée en Belgique, porté devant la Cour d'appel de Paris.

Cette dernière a ainsi transmis en février 2022 une question préjudicielle à la CJUE, sur le point de savoir si l'action du Ministre « à l'encontre d'une société belge, ii) visant à faire constater et cesser des pratiques restrictives de concurrence et à voir condamner l'auteur allégué de ces pratiques à une amende civile, iii) sur la base d'éléments de preuve obtenus au moyen de ses pouvoirs d'enquête spécifiques » relève du champ d'application du Règlement « Bruxelles I bis » (CA Paris, 2 février 2022, n°21/09001).

De manière très claire, la CJUE a répondu par la négative, cette action ne relevant pas de la notion de la « matière civile et commerciale », dès lors que:

- « L'action en cause au principal, qui a pour objet la défense de l'ordre public économique français, a été introduite sur la base d'éléments de preuve obtenus dans le cadre de visites sur les lieux et de saisies de documents», c'est à dire par des moyens exorbitants par rapport au droit commun ; et
- L'action au principal tend, notamment, au prononcé d'une amende civile, dont « seuls le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent en demander le prononcé» (CJUE, 22 décembre 2022, Aff C-98/22, *Eurelec Trading*).

CETTE SOLUTION VIENT DÉFINITIVEMENT CONFIRMER LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS FRANÇAISES

Quelles conséquences tirer de cette décision ?

- **Sur le plan du raisonnement juridique:** la détermination de la juridiction compétente pour connaître de l'action du Ministre, dès lors qu'il exerce ses prérogatives de puissance publique, ne nécessite plus de procéder au « détour » de la qualification au sens des règles de compétence européennes.

- **Sur le plan pratique:** l'impact de l'arrêt devrait être limité, puisque les juridictions françaises resteront compétentes en application du principe dégagé par la Cour de cassation dans les affaires où la question de l'applicabilité des règles de compétence européennes n'avait pas été soulevée : l'action du Ministre est « une action autonome **dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet** » (voir par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2016, n°15-21811).

La décision rendue par la CJUE a néanmoins le mérite de clore près de 15 ans de débats judiciaires. Les actions du Ministre sur le fondement du déséquilibre significatif, désormais purgées des questions de compétence juridictionnelles, ne pourront qu'être plus efficaces et rapides.

[Retour au sommet](#)

LA COUR D'APPEL DE PARIS ANNULE LA SANCTION DE 444 MILLIONS D'EUROS PRONONCÉE PAR L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE POUR DES PRATIQUES DE DÉNIGREMENT ET DE DISCOURS TROMPEURS DANS LE SECTEUR PHARMACEUTIQUE

La 16 février dernier, la Cour d'appel de Paris (la « **Cour** ») a intégralement annulé la décision de l'Autorité de la concurrence (l'« **ADLC** ») du 9 septembre 2020 sanctionnant les laboratoires Novartis, Roche et Genentech (les « **Laboratoires** ») à une amende de **444 millions d'euros** pour abus de position dominante collective dans le secteur du traitement de la dégénérescence maculaire liée à l'âge exsudative (la « **DMLA** »).

Cette décision clarifie une question complexe dans le secteur pharmaceutique, à savoir dans quelle mesure les laboratoires peuvent se prononcer publiquement sur des produits concurrents, dans un contexte d'incertitude scientifique.

Ce nouveau revers pour l'Autorité fait suite à un précédent arrêt de la Cour ayant substantiellement réformé, le 6 octobre dernier, une autre de ses décisions de sanction à l'égard d'Apple pour une amende de 1,1 milliards d'euros. L'arrêt commentée pourrait ainsi s'interpréter comme une tendance de la Cour à adopter une lecture plus critique et intransigeante des décisions de l'Autorité.

CONTEXTE DE L'AFFAIRE

Pour rappel, le laboratoire Genentech a développé :

- l'Avastin, commercialisé par Roche en 2005 avec une autorisation de mise sur le marché (« **AMM** ») pour le traitement du cancer colorectal, mais pas pour le traitement de la DMLA ;
- le Lucentis, commercialisé en 2007 par Novartis avec une AMM pour le traitement de la DMLA.

En dépit de la mise sur le marché du Lucentis, les médecins ophtalmologues ont fait le choix de prescrire l'Avastin pour traiter la DMLA, bien que ce médicament ne disposait pas d'AMM pour ce traitement. Les médecins y avaient recours en raison de son efficacité sur l'acuité visuelle et surtout de son coût significativement moins élevé (le Lucentis étant, au moment des pratiques, jusqu'à 30 fois plus cher que l'Avastin).

Après avoir relevé (i) que les Laboratoires détenaient une position dominante collective de fait de leurs liens économiques et juridiques (Novartis est actionnaire non-contrôlant de Roche, qui est la société-mère de Genentech) et (ii) que l'Avastin et le Lucentis étaient substituables car tous deux prescrits, en pratique, pour le traitement de la DMLA, l'Autorité a considéré que les Laboratoires avaient abusé de leur position dominante collective en ce que :

- Novartis avait diffusé un discours dénigrant auprès des autorités publiques, des professionnels de santé, du grand public et des patients, motivé par la seule volonté de préserver la position du Lucentis, en exagérant de manière injustifiée les risques liés à l'utilisation d'Avastin « hors AMM » pour le traitement de la DMLA en comparaison avec la sécurité et la tolérance de Lucentis pour un même usage (grief n°1) ;
- Et, ensemble avec Roche et Genentech, diffusé un discours alarmiste, voire trompeur, à l'attention des autorités publiques et de santé, sur les risques liés à l'utilisation d'Avastin pour le traitement de la DMLA, afin de bloquer ou ralentir, de façon induue, les initiatives des pouvoirs publics qui envisageaient de sécuriser son usage pour le traitement de la DMLA (grief n°2).

A l'occasion de son arrêt, la Cour reconsidère la substituabilité « juridique » entre les deux médicaments dans le cadre de la définition de marché et revient sur les conditions dans lesquelles un discours est susceptible d'être qualifié de dénigrant ou trompeur dont elle donne une nouvelle application aux faits en cause.

LA SUBSTITUABILITE JURIDIQUE DES MEDICAMENTS CONDITIONNE L'ATTEINTE SUR LE MARCHE DES PRATIQUES EN CAUSE

La Cour d'appel réforme l'analyse de marché de l'Autorité en n'admettant la « substituabilité juridique » entre l'Avastin et le Lucentis qu'au cours de la période antérieure à l'adoption de la loi Bertrand du 29 décembre 2011.

Elle relève en effet que la loi Bertrand interdit la prescription de médicaments pour un traitement spécifique lorsqu'il existe, sur le marché, une alternative médicamenteuse disposant d'une AMM pour ce traitement. Le Lucentis ayant une AMM pour le traitement de la DMLA, contrairement à l'Avastin, la loi Bertrand a créé « un empêchement légal » à la prescription de ce dernier médicament en ophtalmologie. Ainsi, au 30 décembre 2011, les deux médicaments ont cessé d'être « juridiquement substituable » sur le marché du traitement de la DMLA.

En conséquence, la Cour indique que son examen porte uniquement sur les pratiques susceptibles d'avoir affecté le marché français du traitement de la DMLA, soit « au cours de la période qui s'étend du mois de mars 2008 au 30 décembre 2011 », et rejette implicitement l'éventuelle existence d'effet anticoncurrentiel postérieur à cette date.

LES DISCOURS VIS-A-VIS DE L'AVASTIN N'ETAIENT NI DENIGRANTS, NI TROMPEURS

A titre liminaire, la Cour confirme la compétence de l'Autorité pour apprécier les discours des Laboratoires relayant des arguments scientifiques, mais seulement dans la mesure où elle vérifie que ces discours ne dénaturent pas - et sont fidèles - aux études sur lesquels ils se fondent. L'analyse de l'Autorité ne saurait en effet conduire à des appréciations d'ordre scientifique ou médicale.

Aux termes de son analyse des discours diffusés par les Laboratoires à l'égard de l'Avastin, la Cour retient une interprétation opposée à celle de l'Autorité, à savoir que les Laboratoires n'ont pas outrepassé les limites de la liberté d'expression :

S'agissant du grief n°1, la Cour d'appel apprécie si la campagne de communication de Novartis sur les risques liés à la prescription de l'Avastin « hors-AMM » était dénigrante en se fondant (i) sur le droit fondamental des entreprises à la liberté d'expression, conformément à l'article 10 de la CESDH, ainsi que sur (ii) le standard de preuve applicable à la qualification du dénigrement, qui nécessite de déterminer si le discours litigieux s'inscrivait dans un débat d'intérêt général, se fondait sur une base factuelle suffisante et si le ton du discours était modéré.

Elle en conclut que le discours ne manquait ni de mesure, ni de prudence et n'allait pas au-delà des limites de la liberté d'expression dès lors qu'il :

- S'inscrivait dans le contexte d'un débat d'intérêt général portant sur la substituabilité de l'Avastin au Lucentis pour le traitement de la DMLA, alors que l'Avastin ne disposait pas d'AMM pour cette indication ;
- Reposait sur une base factuelle suffisante, à savoir sur des études scientifiques disponibles, de telle sorte à ce que les allégations qui portaient sur la possibilité, voire la probabilité, d'un lien entre l'utilisation de l'Avastin et l'apparition d'effets secondaires systémiques plus importants étaient crédibles ;
- Etait neutre, et ne manquait ni de mesure, ni de prudence, dès lors qu'il se limitait à des constats purement objectifs.

S'agissant du grief n°2 relatif au caractère alarmiste voire trompeur du discours des Laboratoires auprès des autorités publiques sur les risques liés à l'utilisation de l'Avastin, la Cour parvient au même résultat.

Elle se fonde à nouveau sur le principe de la liberté d'expression, mais également sur le standard de preuve applicable à la qualification d'informations trompeuses résultant de l'arrêt de la CJUE « Hoffman-Laroche » de 2018, qui est satisfait dès lors que le discours (i) induit les autorités en erreur et (ii) exagère, dans un contexte d'incertitude scientifique, la perception des risques liés à l'utilisation d'un médicament.

Elle considère que le discours des Laboratoires à destination des autorités publiques n'excédait pas les limites de la liberté d'expression, et n'était pas de nature à exagérer la perception des risques liée à l'utilisation de l'Avastin, dès lors qu'il :

- S'inscrivait dans un débat d'intérêt général et visait uniquement à appeler l'attention des pouvoirs publics sur les risques liés à l'utilisation d'un médicament ne disposant pas d'AMM à cet effet ;
- Reposait sur des études scientifiques publiées et connues, insusceptibles de tromper les autorités publiques qui étaient en mesure d'en faire une lecture critique ;
- Était mesuré et ne contenait aucune erreur factuelle.

La Cour précise en outre qu'il est indifférent (i) que les discours aient été diffusés pour des considérations commerciales ou que (ii) Roche et Genentech n'aient pas souhaité solliciter une demande d'AMM pour que l'Avastin puisse être indiqué pour le traitement de la DMLA, dès lors qu'une entreprise en position dominante peut respectivement agir en vue de la défense de ses positions commerciales et librement apprécier l'opportunité de déposer une demande d'AMM.

[Retour au sommet](#)



IP/IT/DATA

LA DESTRUCTION D'UN SERVEUR DE DONNÉES N'EXONÈRE PAS UN HÉBERGEUR DE SON OBLIGATION ESSENTIELLE

Tribunal de commerce de Lille, 26 janvier 2023^[1]

Suite à l'incendie d'un de ses centres de données en mars 2021, le principal fournisseur de services d'hébergement français a dû couper l'électricité dans les locaux concernés, rendant ainsi inaccessibles les sites web de ses clients. Les sauvegardes des données de ses clients ont en outre

été complètement et irrémédiablement détruites. Les deux parties étaient à l'époque liées par un contrat de location de serveur virtuel ainsi que par un contrat de service de sauvegarde automatique, ce dernier prévoyant la préservation et la récupération des données du serveur dédié.

Le 26 janvier 2023, le tribunal de commerce de Lille a condamné l'hébergeur à indemniser l'un de ses clients pour manquement à ses obligations contractuelles.

Pour condamner l'hébergeur, les juges ont relevé que :

- Les parties sont liées par un contrat d'adhésion qui doit être interprété en faveur du client. Il résulte de l'interprétation des dispositions contractuelles que l'hébergeur devait stocker les données de sauvegarde dans un endroit différent du serveur principal. En ne le faisant pas (alors qu'il en avait les moyens), l'hébergeur a manqué à ses obligations contractuelles, y compris à son obligation de faire ce qui est nécessaire pour remplir ses obligations (en vertu d'une "obligation de moyens").
- Le contrat de service de sauvegarde automatique contenait une clause de force majeure, qui stipulait qu'aucune des parties ne pouvait être tenue pour responsable d'une défaillance liée à un cas de force majeure, par exemple un incendie. Selon les constatations des juges, cette clause est réputée non écrite, car elle a pour effet de délier l'hébergeur de ses engagements en cas de sinistre, y compris d'incendie. Or, l'intérêt premier du contrat de sauvegarde est de s'assurer que l'hébergeur effectue des copies de sauvegarde, notamment en cas d'incendie. Cette obligation constitue donc une **obligation essentielle** à laquelle il ne peut contractuellement déroger.
- Les CGV - auxquelles le client a adhéré - prévoyaient une limitation de responsabilité au montant des sommes versées par le client en contrepartie des services affectés au cours des six mois précédant la demande d'indemnisation ou au préjudice direct subi par le client s'il est inférieur. La clause est jugée nulle au motif qu'elle confère à l'hébergeur un avantage injustifié, créant ainsi un déséquilibre significatif entre les obligations de chaque partie en l'absence de toute contrepartie pour le client. Pour rappel, l'article 1171 du Code civil dispose que "Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite".

Cette décision pourrait ouvrir la voie à de nouvelles demandes d'indemnisation à l'encontre de l'hébergeur et confirme la nécessité de vérifier la validité de ses clauses contractuelles limitatives de responsabilité.

[Retour au sommet](#)

**UNE PLATEFORME DE E-COMMERCE PEUT ELLE ÊTRE RECONNUE
COUPABLE DE CONTREFAÇON DU FAIT DES PRODUITS MIS EN LIGNE**

PAR DES VENDEURS TIERS?

CJUE, 22 décembre 2022 (Affaires jointes C-148/21 et C-184/21)^[2]

Dans un litige opposant une célèbre marque de chaussures de luxe à un opérateur de places de marché en ligne majeur, la Cour de justice de l'Union européenne a dû se prononcer sur la notion d'usage au sens de l'article 9 du règlement (UE) 2017/1001^[3], ouvrant la voie à une potentielle responsabilité des places de marché en ligne.

Le designer français connu pour ses chaussures à semelle rouge a porté plainte contre ledit opérateur pour violation de ses droits de marque en publiant sur sa place de marché en ligne des annonces de vente de chaussures à semelle rouge sans le consentement de l'ayant droit.

Par renvoi préjudiciel, la CJUE est invitée à déterminer si l'exploitant d'une place de marché en ligne, qui agit en tant qu'intermédiaire proposant à des professionnels d'utiliser une plateforme en ligne, en plus de ses propres offres de vente, fait lui-même usage d'un signe identique à la marque enregistrée, lorsque le produit contesté portant ce signe est proposé à la vente par des vendeurs tiers sur cette même place de marché.

L'OPÉRATEUR DE PLACES DE MARCHÉ EN LIGNE EST UNE MARKETPLACE "HYBRIDE"

La Cour a jugé que **l'opérateur d'une place de marché en ligne est susceptible d'être considéré comme faisant lui-même usage d'un signe identique à une marque enregistrée, pour des annonces de vente par des vendeurs tiers, si un utilisateur raisonnablement informé et raisonnablement attentif peut établir un lien entre les services offerts par la plateforme et la marque.**

Cette constatation est basée sur les éléments suivants :

- **Sur la notion d'usage:** le Tribunal rappelle que la notion d'usage implique un comportement actif de la part de la personne concernée, notamment le fait d'offrir des marchandises contrefaisantes, de les mettre sur le marché ou de les détenir à ces fins (article 9, paragraphe 3, sous b), du règlement (UE) 2017/1001). Dans le cas d'une place de marché, ce comportement actif s'entend comme l'utilisation du signe dans le cadre de sa **propre communication commerciale**. Dans une précédente décision concernant le géant du web, la Cour a considéré que le fait de créer les conditions techniques nécessaires à l'utilisation d'un signe et d'être payé pour ce service ne signifie pas que la partie qui offre le service utilise elle-même le signe. Nous estimons que ce raisonnement est toujours valable. Dans la décision précitée, l'action de l'opérateur était limitée au stockage des produits contrefaisants (CJUE, 2 avril 2020, *Coty Germany*, C-567/18^[4], §43), alors que dans le cas d'espèce l'opérateur de places de marché liste ces produits à la vente.
- **Sur la perception de l'utilisateur:** afin de déterminer si l'utilisation du signe contesté a lieu dans le cadre de la propre communication commerciale de l'opérateur, il convient d'apprécier si un

utilisateur raisonnablement informé et raisonnablement attentif établit un lien entre les services de l'opérateur et le signe en question, laissant ainsi croire à l'utilisateur que ledit opérateur commercialise le produit portant le signe en question en son *nom et pour son propre compte*. En ce sens, il est important de considérer la *manière dont les annonces* sont présentées ainsi que la *nature et l'étendue des services* fournis. C'est ici que les faits divergent, la plateforme de e-commerce étant une **place de marché hybride**, par rapport aux affaires précédentes qui ont pu traiter de la responsabilité des places de marché en ligne pour l'affichage de produits contrefaits (par exemple, CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres c. eBay International AG et autres*, C-324/09^[5]). Ladite plateforme propose une présentation uniforme des offres publiées sur son site, en y apposant son propre logo, y compris sur les annonces de produits proposés par des tiers. Elle s'occupe également des questions relatives à l'expédition, au stockage et aux retours des produits vendus sur son site, y compris ceux vendus par des tiers.

Il appartient toujours aux tribunaux nationaux (Belgique et Luxembourg) de statuer sur les affaires conformément à la décision de la Cour.

VERS UNE RESPONSABILITÉ PLUS LARGE DES MARKETPLACES

Ces conclusions ne s'appliquent qu'aux cas où l'opérateur de la place de marché propose des produits vendus en son nom et pour son propre compte en plus des produits proposés par des tiers, et ont donc un impact limité. Toutefois, cette décision devrait permettre aux détenteurs de marques d'agir directement contre les places de marché, plutôt que de devoir identifier chaque pratique illicite, et ses auteurs, sur lesdites plateformes.

[Retour au sommet](#)

LA FIN DU STATUT D'HÉBERGEUR?

Cour d'appel de Paris, 3 mars 2023^[6]

Un hébergeur français propose des services de stockage de contenus, que ses clients peuvent utiliser à partir de son site 1fichier.com. Afin de rendre ses services payants, l'hébergeur a signé un contrat de services de paiement avec l'une des principales banques françaises en janvier 2013.

Il est apparu par la suite que certains contenus hébergés par le prestataire technique pouvaient porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'un tiers. La banque a donc résilié le contrat, conformément aux dispositions contractuelles pertinentes en matière de résiliation.

L'hébergeur a intenté une action contre la banque devant le tribunal de commerce de Paris pour faire déclarer la résiliation abusive, mais son action a été rejetée.

La Cour d'appel de Paris a rendu sa décision sur la validité de la résiliation en mars 2023.

JUSTIFICATION DE L'AFFAIRE

Pour donner raison à l'intimé et déclarer la résiliation du contrat justifiée, la Cour d'appel a relevé que

- L'appelant a fait valoir qu'il n'agissait qu'en tant que prestataire de services d'hébergement, et qu'à ce titre il pouvait bénéficier de la sphère de sécurité prévue à l'article 6.1.2. de la loi *du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)*^[7] - excluant dans une certaine mesure sa responsabilité civile s'il hébergeait des contenus illicites. Le litige ne porte cependant pas sur la recherche de la responsabilité délictuelle telle qu'établie par ladite loi, mais sur l'**exécution de clauses contractuelles** ;
- Le contrat contient une clause spécifique interdisant à l'appelant d'héberger des contenus illicites, par exemple la contrefaçon d'œuvres protégées par un droit de propriété intellectuelle, sous peine de résiliation par la banque cocontractante ;
- Au vu de ces obligations contractuelles, le tribunal doit **déterminer si le contenu stocké par l'appelant était illicite**, dès lors que l'hébergement et le stockage d'un tel contenu équivalent à une communication au public. À la lumière de l'arrêt de la CJUE du 22 juin 2021 (C-682/18)^[8], la Cour reconnaît que l'appelant a joué un rôle indispensable dans la mise à disposition du contenu illicite - le partage gratuit de ce contenu étant impossible autrement. En outre, l'appelant aurait dû agir délibérément. Les facteurs pertinents comprennent par exemple " la circonstance que [l'hébergeur], en dépit du fait qu'il sait ou devrait savoir, d'une manière générale, que les utilisateurs de sa plate-forme mettent illégalement à la disposition du public des contenus protégés via sa plate-forme, s'abstient de mettre en place les mesures techniques appropriées que l'on peut attendre d'un opérateur raisonnablement diligent dans sa situation afin de contrer de manière crédible et efficace les infractions au droit d'auteur sur cette plate-forme " (§84 de l'arrêt susmentionné).

En l'espèce, l'intimé a notifié à l'appelant à deux reprises la situation illicite dans laquelle il se trouvait et l'a mis en demeure de cesser ces troubles sous peine de résiliation du contrat. L'appelant n'ayant pas apporté la preuve de la mise en œuvre des mesures techniques telles que mentionnées ci-dessus, la résiliation est maintenue.

LE CONTRAT EST LA LOI DES PARTIES

Le principal enseignement de cet arrêt est que les fournisseurs de services d'hébergement ne peuvent pas se retrancher derrière leur statut de *fournisseur de services d'hébergement*, lorsque le contrat leur interdit explicitement de stocker et d'héberger des contenus illicites. Il est important de garder à l'esprit que les clauses contractuelles courantes exigeant que le contractant garantisse la légalité des informations qu'il stocke (que l'on retrouve dans la plupart des contrats de services

informatiques) peuvent avoir un effet significatif sur l'exécution du contrat, même si la légalité du contenu n'est pas pertinente pour le fournisseur de services informatiques.

[Retour au sommet](#)



CONTENTIEUX COMMERCIAL

LE NON-RECOURS AUX PROCÉDURES DE PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES NE CONSTITUE PAS À LUI SEUL UNE FAUTE DE GESTION

Le 6 septembre 2022, le Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence a réaffirmé le principe selon lequel l'absence de recours aux mécanismes de procédures préventives antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective ne constitue pas une faute de gestion (*T. com. Aix-en-Provence, 6 sept. 2022, n°2020003532*).

Suite à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, le liquidateur a assigné le dirigeant en responsabilité pour insuffisance d'actif, en fondant la faute de gestion notamment sur le fait qu'il n'ait pas sollicité l'ouverture d'une procédure amiable de mandat *ad hoc* ou de conciliation préalablement à l'ouverture de la procédure collective.

Aux termes de l'article L.651-2 du Code de commerce, la faute de gestion imputable au dirigeant ayant contribué à l'insuffisance d'actif permet d'engager la responsabilité de ce dernier. Or, le Tribunal de commerce a, à juste titre, considéré que le fait que le dirigeant n'ait pas eu recours aux procédures préventives de conciliation ou de mandat *ad hoc* ne constituait pas une faute de gestion dès lors que ces procédures revêtent un caractère facultatif.

En effet, la juridiction commerciale a motivé sa décision en énonçant que « ces procédures ayant un caractère facultatif, leur absence de mise en œuvre par le dirigeant de droit ne peut, à elle seule, relever d'une faute de gestion ».

La solution dégagée par le Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence n'est pas nouvelle et a déjà été retenue par les juges du fond (*CA Lyon, 24 juillet 2014, n°13/07951*).

Si certaines décisions ont pu cependant caractériser une faute de gestion en relevant l'absence de recours à une procédure préventive (*CA Douai, 29 nov. 2012, n°12/00803* ; *CA Douai, 4 déc. 2013, n°12/05585*), cela pouvait très probablement s'expliquer parce que ce fait était corroboré par

d'autres fautes de nature à engager la responsabilité du dirigeant, à savoir l'absence de déclaration des paiements ou la poursuite abusive d'une activité déficitaire.

Comme le relève un auteur, le non recours aux procédures préventives ne devrait ainsi pas constituer à lui seul une faute de gestion, mais devrait en effet être cumulé et corroboré avec d'autres fautes pour être caractérisé comme tel (*C. DELATTRE, Revue des procédures collectives n°6, comm. 148, nov.2014*). Tel est le sens que le Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence entend donner à sa décision, en précisant que l'absence de mise en œuvre des procédures de prévention facultatives ne pouvait, « à elle seule », relever d'une faute de gestion.

La solution du Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence peut être saluée en ce sens qu'elle confirme cette position et peut avoir pour effet de rassurer les dirigeants qui peuvent parfois recourir à ces procédures préventives dans des situations où elles ne sont pas toujours adaptées et ce en pensant à tort qu'elles prémunissent nécessairement contre toute sanction. En effet, précisons qu'il a été jugé que le recours à de telles mesures ne peut justifier l'absence de sanction personnelle (*CA Versailles, 29 octobre 2009, n°09/030028*). De même, l'ouverture d'une procédure préventive face à une situation aggravée ne peut exonérer le dirigeant de sa responsabilité (*CA Douai, 27 avril 2017, n°16/02512*).

Enfin, rappelons que le recours à une mesure préventive en dehors des critères légaux, et notamment celui de cessation des paiements, constituerait une faute au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce (*T. com. Valenciennes, 12 juin 2017, n°2013004412*).

Bien que le non recours aux mécanismes préventifs de difficulté des entreprises ne puisse pas constituer une faute de gestion *per se*, on peut déduire de cette décision qu'il pourrait être qualifié comme tel en présence d'autres faits fautifs (absence de déclaration de cessation des paiements, poursuite d'une activité déficitaire...).

[Retour au sommet](#)

LOI FRANÇAISE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE : L'APPORT DES DEUX PREMIÈRES DÉCISIONS RENDUES EN LA MATIÈRE

La loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre impose aux grandes entreprises ayant un siège en France d'établir, de publier et de mettre en œuvre un plan de vigilance contenant des mesures raisonnables permettant d'identifier les risques et de prévenir les atteintes graves envers les droits de l'homme et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

En cas d'allégations de manquement à ces obligations, la société assujettie peut être mise en demeure. Si elle ne prend pas les mesures propres à remédier à ces manquements dans un délai de trois mois, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut saisir le Tribunal judiciaire de Paris afin d'enjoindre à la société de se conformer à ses obligations, le cas échéant sous astreinte. La responsabilité civile de la société peut également être engagée afin qu'elle répare le préjudice que l'exécution de ses obligations en matière de vigilance aurait permis d'éviter.

A ce stade, plusieurs mises en demeure et actions en justice ont été initiées sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance. Tous les secteurs de l'industrie sont visés : énergie, eau, banque, distribution, services, transports et cosmétiques. À ce jour, aucun tribunal n'a eu l'occasion de se prononcer sur la qualité d'un plan de vigilance. Qu'il s'agisse des actions préventives visant à enjoindre une société de produire un plan de vigilance conforme aux exigences de la loi ou des actions en indemnisation à la suite de la réalisation d'un dommage que le devoir de vigilance d'une société aurait dû permettre d'éviter, il n'est pas encore possible de dresser un « standard » de la vigilance attendue.

Par deux ordonnances très attendues rendues le 28 février 2023 et dont la motivation est identique, le Président du Tribunal Judiciaire de Paris statuant en référé s'est prononcé pour la première fois sur l'application de la loi sur le devoir de vigilance dans le cadre d'une affaire emblématique opposant plusieurs ONG à une major pétrolière.

Le Tribunal avait été saisi en 2019 par plusieurs ONG à l'encontre d'une major pétrolière concernant la construction de deux projets majeurs. Les ONG se prévalaient des risques graves d'atteintes à l'environnement, au climat et aux droits humains portant atteinte à la loi relative au devoir de vigilance. Dans le prolongement d'une mise en demeure adressé au groupe pétrolier, les ONG sollicitaient du Tribunal qu'il enjoigne à la major pétrolière de se mettre en conformité avec les termes de la loi sur le devoir de vigilance « eu égard tant aux insuffisances de son plan que de sa mise en œuvre effective ainsi que de sa publication » d'une part, et d'autre part, de suspendre la construction des projets litigieux.

Le Tribunal a jugé irrecevables les demandes des ONG en raison de l'absence de mise en demeure préalable. Néanmoins, ces ordonnances apportent un éclairage sur l'interprétation judiciaire de la notion de devoir de vigilance et des pouvoirs du juge en matière d'application de la loi relative au devoir de vigilance.

Ces décisions soulignent que le contenu des obligations relatives au devoir de vigilance prévu par la loi sur le devoir de vigilance demeure « général », en l'absence de décret d'application et de précisions du texte sur les normes applicables et la typologie des droits concernés. Le contrôle du respect de ces obligations revient au juge qui doit apprécier le « *caractère raisonnable* » des mesures prévues par le plan de vigilance, notion que le juge a estimée « imprécise, floue et souple ».

Après avoir relevé que « le législateur n’a pas entendu donner un contour précis aux mesures générales qui s’imposent à certaines entreprises dans le cadre du devoir de vigilance », le juge a précisé que le législateur a expressément manifesté son intention que ce plan de vigilance soit élaboré dans le cadre d’une co-construction et d’un dialogue entre les parties prenantes de l’entreprise et l’entreprise. C’est la raison pour laquelle la loi sur le devoir de vigilance a institué une obligation de mise en demeure préalable à la saisine du juge, qui doit être « suffisamment ferme et précise pour permettre d’identifier les manquements imputés au plan » et d’« instituer une phase obligatoire de dialogue et d’échange amiable au cours de laquelle la société pourra répondre aux critiques formulées à l’encontre de son plan de vigilance et lui apporter les modifications nécessaires ».

En l’espèce, le Juge a relevé que les mises en demeure en date du 24 juin 2019 adressées par les ONG à la major pétrolière portaient sur le plan de vigilance pour l’année 2018, alors que le groupe pétrolier a publié depuis de nouveaux plans de vigilance pour les années 2019, 2020 et 2021 apportant de nombreuses modifications au plan de vigilance pour l’année 2018. Par conséquent, le juge a considéré que les griefs et demandes formés par les associations relatifs au plan de vigilance pour l’année 2021 n’avaient pas fait l’objet d’une mise en demeure préalable en violation des dispositions de la loi sur le devoir de vigilance, et déclaré irrecevables de ce fait les demandes des associations.

En outre, le juge a souligné les limites de ses pouvoirs dans le cadre d’une action intentée devant lui sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance. Si le juge des référés peut enjoindre à la société d’établir, de publier ou de mettre en œuvre de façon effective un plan de vigilance, en revanche, il ne peut pas procéder à l’appréciation du caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan, « lorsque cette appréciation nécessite un examen en profondeur des éléments de la cause relevant du pouvoir seul du juge du fond ».

Ces ordonnances ne se prononçant pas sur le fond du litige, seules les prochaines décisions du Tribunal judiciaire de Paris, qui seront rendues au fond, permettront d’apporter des éclaircissements sur la manière dont les juges apprécieront le respect par les entreprises de leurs obligations au regard de cette loi.

[Retour au sommet](#)

L’ACTION DE GROUPE « À LA FRANÇAISE » POURRAIT ÉVOLUER PROCHAINEMENT À LA FAVEUR D’UNE PROPOSITION DE LOI PRENANT EN CONSIDÉRATION LA DIRECTIVE EUROPÉENNE DU 25 NOVEMBRE 2020

L’ACTION DE GROUPE A FAIT L’OBJET D’UNE SUPERPOSITION DE TEXTES DEPUIS SA CRÉATION

L'action de groupe a été introduite en France en 2014 avec un encadrement très strict s'agissant des associations bénéficiant de la qualité à agir et de la nature des préjudices pouvant être indemnisés. En 2016, elle a été étendue aux litiges en matière de santé, d'environnement, de protection des données personnelles et de discriminations au travail puis, en 2018, aux litiges relatifs à la location d'un logement. Quelle que soit l'action de groupe envisagée, deux étapes se succèdent : un jugement sur la responsabilité du professionnel et la détermination du groupe concerné, puis la mise en œuvre de ce jugement via l'adhésion au groupe (système dit « opt-in ») et la réparation individuelle des préjudices. Des différences demeurent toutefois entre les diverses actions de groupe sectorielles tenant à la définition de la qualité pour agir, la nature des préjudices réparables, l'existence ou non d'une procédure préalable de mise en demeure et aux modalités procédurales de réparation des préjudices.

UN BILAN MITIGÉ DE L'ACTION DE GROUPE « À LA FRANÇAISE »

La mise en œuvre de l'action de groupe a fait l'objet d'un suivi avec la création d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe dont les conclusions ont été présentées en juin 2020. Ce rapport a qualifié le bilan de cette nouvelle procédure de décevant.

D'une part, le rapport a mis en avant le faible nombre d'actions mises en œuvre : 21 actions de groupe intentées depuis 2014, dont 14 dans le domaine de la consommation et 3 en matière de santé. Fin 2022, on dénombre 32 actions de groupe dont 20 en matière de consommation. D'autre part, les rapporteurs relevaient qu'aucun professionnel n'avait encore vu sa responsabilité retenue au titre d'une action de groupe. A noter toutefois que, depuis, le Tribunal judiciaire de Paris a condamné une entreprise exerçant dans le domaine de la santé par un jugement non définitif du 5 janvier 2022.

Les associations comme les professionnels ont multiplié les incidents qu'ils portent sur la prescription, les conditions requises, l'exposé des cas individuels et des moyens de fait et de droit, des demandes de provision ou de communication de pièces. Ces incidents illustrent à eux seuls un champ d'application incertain et une excessive complexité du mécanisme.

Le recours à la médiation de groupe a donné lieu à la signature d'accords transactionnels homologués dans plusieurs affaires.

Les praticiens ont entendu privilégier la mise en œuvre d'actions collectives regroupant un grand nombre de plaintes individuelles sans qu'il soit besoin pour les consommateurs de recourir à une association.

La directive européenne a été adoptée le 25 novembre 2020 (*Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE*). Ce texte est voisin du régime français de l'action de groupe à plusieurs titres. En particulier, il réserve à des entités qualifiées la qualité à agir et reprend le schéma en deux phases du modèle français. La

directive étend son périmètre à des secteurs non couverts par le régime français de l'action de groupe, tels les services financiers. Le 27 janvier 2023, la France a été épinglée par la Commission européenne pour ne pas avoir transposé la directive dans le délai requis.

LA PROPOSITION DE LOI RELATIVE AU RÉGIME JURIDIQUE DES ACTIONS DE GROUPE

La proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe a été déposée le 15 décembre 2022. Elle a été adoptée par la commission des lois le 17 février 2023 et le Conseil d'état a rendu son avis consultatif le 9 février 2023. La proposition de loi substantiellement amendée a été adoptée par l'Assemblée nationale en séance publique le 8 mars 2023 et renvoyée au Sénat pour discussion.

En l'état, le texte provisoire prévoit l'inscription du régime procédural des actions de groupe dans une loi ad hoc non codifiée; l'extension de la qualité pour exercer une action de groupe à toutes les associations agréées, syndicats représentatifs, les associations déclarées depuis 2 ans « dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte » et les associations de victimes regroupant au moins 50 personnes physiques, 10 entreprises ou 5 collectivités territoriales ; la réparation intégrale du préjudice et la suppression de l'étape procédurale de mise en demeure obligatoire aujourd'hui en matière d'environnement, de discrimination et de protection de données.

Le texte encourage la mise en place d'une publicité renforcée des actions engagées et propose la tenue par le ministère de la justice d'un registre public des actions de groupe en cours devant l'ensemble des juridictions. La proposition prévoit que le ministère public peut être à l'initiative ou intervenir dans une action de groupe.

Le texte prévoit en outre la création d'une sanction civile ne pouvant être requise que par le ministère public, portant sur un « manquement [du professionnel] à ses obligations légales ou contractuelles résultant de l'exercice d'une activité professionnelle » et affectée au Trésor public. Pour une personne morale, son montant pourra aller jusqu'à 3 % du chiffre d'affaires hors taxes.

La proposition prévoit aussi que le juge peut décider d'une mise à la charge de l'Etat des frais de procédure.

La proposition précise la compétence « en toutes matières » des tribunaux judiciaires spécialisés et exige la remise d'un rapport sur l'évaluation de la réforme du régime juridique des actions de groupe quatre ans après son entrée en vigueur.

Enfin, la proposition permet d'assurer une transposition complète de la directive. Selon un principe de réciprocité, elle ouvre la qualité pour agir en matière d'actions de groupe aux entités habilitées dans les autres États membres pour exercer des actions représentatives. Sont prévus des critères d'habilitation des associations françaises pour exercer des actions représentatives dans les autres États membres. Enfin, deux aménagements au régime procédural de l'action de groupe à la

française ont été opérés afin de répondre aux exigences de la directive : l'absence d'obligation de présenter des cas individuels lorsque l'action de groupe tend à la cessation du manquement et un dispositif permettant de s'assurer de l'absence de conflits d'intérêts entre les tiers financeurs de l'action de groupe et le défendeur.

Reste à savoir si cette proposition de loi emportant transposition de la directive sera suffisante pour insuffler un renouveau à l'action de groupe en France.

[Retour au sommet](#)



DROIT SOCIAL

ABANDON DE POSTE ET PRÉSUMPTION DE DÉMISSION – UNE MISE EN APPLICATION QUI SOULÈVE DE NOMBREUSES INTERROGATIONS

La loi n°2022-1598 du 21 décembre 2022, portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, a créé une nouvelle modalité de rupture du contrat de travail à durée indéterminée : la démission présumée du salarié abandonnant volontairement son poste de travail.

Le nouvel article L.1237-1-1 du Code du travail, intégré au sein de la section consacrée à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié et plus particulièrement à la sous-section relative à la démission, énonce ainsi que « le salarié qui a abandonné volontairement son poste et ne reprend pas le travail après avoir été mis en demeure de justifier son absence et de reprendre son poste, par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, dans le délai fixé par l'employeur, est présumé avoir démissionné à l'expiration de ce délai^[9] ».

L'abandon volontaire par le salarié de son poste est donc dorénavant présumé être une démission.

L'objectif affiché du législateur est de lutter contre la « pratique » de certains salariés qui au lieu de démissionner abandonnent leur poste pour forcer leur employeur à les licencier et ainsi bénéficier de l'indemnisation chômage. Les nouvelles dispositions du Code du travail ont donc pour objectif de priver du bénéfice de l'assurance chômage le salarié ayant abandonné volontairement son poste et étant de ce fait présumé démissionnaire.

Selon une étude publiée par la DARES (Ministère du travail), au 1^{er} semestre 2022, 71% des licenciements pour faute grave ou lourde dans le secteur privé ont été motivés par un abandon de poste, ce qui concerne environ 123.000 personnes, parmi lesquelles 55% se sont inscrites à Pôle emploi dans les trois mois suivants la rupture de leur contrat de travail.

Si l'objectif du nouvel article L.1237-1-1 du Code du travail est clair et assumé, sa mise en application - qui ne pourra intervenir qu'une fois le décret publié, lequel est annoncé pour la fin du mois de mars - suscite des interrogations.

Qu'est-ce qu'un abandon de poste ? Comment apprécie-t-on le caractère volontaire de l'abandon de poste ? Si la notion d'abandon de poste est généralement invoquée lorsqu'un salarié quitte son travail sans explication et justification, juridiquement elle n'est pas définie.

Le Conseil Constitutionnel, qui a validé la conformité de l'article L.1237-1-1 dans une décision du 15 décembre 2022, souligne que « l'abandon de poste ne peut revêtir un caractère volontaire si [...] il est justifié par un motif légitime, tel que des raisons médicales [par exemple, une hospitalisation rendant le salarié dans l'incapacité de prévenir son employeur], l'exercice du droit de grève, l'exercice du droit de retrait, le refus du salarié d'exécuter une instruction contraire à la réglementation ou encore son refus d'une modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat de travail ». Si dans certains cas, l'employeur peut avoir connaissance de l'éventuel motif légitime pouvant justifier l'abandon de poste du salarié, il se peut aussi qu'un motif légitime existe dont l'employeur n'a pas eu connaissance ou conscience (discrimination, harcèlement...).

Qu'en est-il du préavis du salarié présumé démissionnaire ? A la différence du licenciement pour faute grave, en cas de démission, le salarié est juridiquement tenu d'exécuter son préavis, sauf à l'employeur de l'en dispenser. Ainsi en cas de démission présumée faisant suite à un abandon de poste, le salarié serait tenu d'exécuter son préavis. En plus d'être privé de l'assurance chômage, le salarié présumé démissionnaire, dont il est permis de penser qu'il n'exécutera pas son préavis, s'expose pour ce motif à être condamné au paiement de dommages et intérêts pouvant être réclamés par l'employeur.

Autant de questions que les tribunaux auront à trancher si les employeurs s'emparent de cette nouvelle modalité de rupture.

Car la démission n'étant que présumée, le salarié peut tenter de faire tomber cette présomption devant le conseil de prud'hommes.

Selon l'alinéa 2 du nouvel article L.1237-1-1 du Code du travail, le conseil de prud'hommes devra statuer « au fond dans un délai d'un mois à compter de sa saisine », délai de règlement ambitieux compte tenu du niveau d'engorgement de certains conseils de prud'hommes.

Le salarié étant présumé démissionnaire au regard de l'article L.1237-1-1, il lui reviendra donc de combattre cette présomption en tentant de se prévaloir d'un motif légitime justifiant de son

abandon de poste, écartant ainsi le caractère volontaire de l'abandon de poste nécessaire à la présomption de démission. Pour ce faire, il pourra arguer de ce qu'il était en incapacité de répondre à son employeur et de reprendre son travail pour des raisons indépendantes de sa volonté, telles que des raisons de santé. Il pourrait également faire valoir que l'abandon de poste n'était pas volontaire mais contraint aux motifs qu'il se trouvait dans une situation de harcèlement ou encore que ses heures supplémentaires ne lui étaient pas payées.

En face, il reviendra à l'employeur de conforter cette présomption par la démonstration d'éléments factuels mettant en avant le caractère non équivoque et volontaire de cet abandon. Le fait que le salarié se soit vu refuser au préalable une rupture conventionnelle, l'absence de conflit ou encore la nouvelle situation professionnelle du salarié qui a rapidement retrouvé du travail sont des éléments qui pourraient être retenus par les juges comme des éléments caractérisant la volonté du salarié d'abandonner son poste.

Le conseil de prud'hommes devra alors statuer sur « la nature de la rupture et ses conséquences ».

L'article L.1237-1-1 ne détermine pas les conséquences du renversement de la présomption. Si le salarié arrive à faire tomber cette présomption de démission, la rupture du contrat de travail serait vraisemblablement requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, ouvrant droit aux différentes indemnités y afférentes (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, indemnité de préavis et congés payés afférents et dommages et intérêts en application du barème Macron). Si le salarié arrive, en outre, à démontrer que la justification de son abandon de poste est fondée sur un manquement de nature discriminatoire ou sur des faits constitutifs d'un harcèlement, la démission pourrait être requalifiée en licenciement nul.

La mise en œuvre de cet article par l'employeur lui impose donc d'anticiper les risques de remise en cause du caractère volontaire de cet abandon de poste par le salarié présumé démissionnaire. Autant de précautions qui sont également à prendre lors du licenciement pour faute grave du salarié abandonnant son poste.

[Retour au sommet](#)



CONFORMITÉ

L'AFA PUBLIE UN GUIDE PRATIQUE RELATIF AUX ENQUÊTES INTERNES ANTICORRUPTION

Le 14 mars 2023, l'Agence française anticorruption (AFA) a publié un guide relatif aux enquêtes internes anticorruption, rédigé en collaboration avec le Parquet national financier.

Ce guide, qui n'a pas de portée contraignante, a pour objectif d'« éclairer les entreprises, assujetties ou non à l'article 17 de la loi Sapin II (...) sur la conception et la mise en œuvre d'un dispositif d'enquête interne anticorruption dans le respect des droits et libertés individuelles ».

Rappelons que l'article 17 de la loi Sapin II enjoint les entreprises employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros à mettre en œuvre un dispositif d'alerte et que la récente loi Wasserman du 21 mars 2022 modifiant l'article 8 de la loi Sapin II prévoit également un dispositif de recueil des signalements notamment pour les entreprises d'au moins cinquante salariés.

En pratique, le dispositif d'alerte interne permet à une entreprise, quelle que soit sa taille, de préempter d'éventuelles violations des procédures de l'entreprise, faits de corruption ou trafic d'influence et ainsi d'éliminer ou de minimiser les risques de procédures judiciaires et d'atteintes à la réputation.

Ce nouveau guide présente les faits générateurs d'une enquête interne anticorruption, avant de mettre en évidence les points de vigilance dans la conduite d'une enquête et afin d'aborder la question des suites à donner à l'enquête.

L'AFA commence par rappeler que les faits générateurs peuvent être internes ou externes à l'entreprise, les dirigeants pouvant en être informés par la réception d'un signalement, par les suites données à un audit ou encore en raison de l'ouverture d'une procédure par une autorité de poursuite.

En amont de la conduite de l'enquête interne, l'AFA préconise de définir et formaliser dans un document la procédure interne à suivre. Dans un groupe de société, une « bonne pratique » selon l'AFA peut consister en l'adoption au niveau central d'une procédure d'enquête interne qui sera ensuite déclinée au niveau local en tenant compte des spécificités. L'AFA souligne également comme « bonne pratique » la mise en place d'une « charte de l'enquête interne » à destination des collaborateurs afin qu'ils puissent avoir connaissance de leurs droits et des comportements à adopter lors des enquêtes.

Après avoir eu connaissance des faits générateurs, il revient aux instances dirigeantes de prendre la décision d'ouvrir une enquête. Pour se faire un « comité spécial ou ad hoc » peut être désignée avec la participation des responsables juridique, de l'audit interne, de la conformité, des ressources humaines ou de la finance. Le déroulé de l'enquête peut ensuite être réalisé en interne par l'entreprise, mais également par l'assistance d'un tiers, notamment des avocats ou une équipe mixte. Dans ces deux derniers cas, l'AFA considère qu'il est pertinent de désigner un « référent » qui sera en charge de la conduite de l'enquête et de son suivi.

Durant le déroulé de l'enquête, l'AFA insiste sur le respect de certains principes directeurs et garanties. Les éléments de preuve ne peuvent en aucun cas être recueillis par des procédés illicites, déloyaux ou portant une atteinte disproportionnée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives. L'AFA recommande fortement de consigner, a minima, la méthode d'enquête suivie, l'ensemble des actes d'investigations réalisés, ainsi que l'ensemble des faits établis et des éléments recueillis dans un rapport.

Si le rapport d'enquête confirme la commission de faits susceptibles de recevoir une qualification pénale ou de manquements aux procédures et politiques de l'entreprise, il doit alors donner lieu à l'application de sanction disciplinaire et/ou procédure judiciaire.

Les entreprises n'ont d'autre choix que d'être particulièrement vigilantes à ce sujet car la transmission tardive ou partielle d'informations issus de l'enquête pourra être considéré comme un élément aggravant dans le cadre d'une procédure pénale à leur encontre. À la suite de cette enquête et du prononcé de la sanction, l'AFA recommande aux instances dirigeantes des entreprises concernées de communiquer de manière anonymisée sur le résultat de l'enquête afin de rappeler la politique de « tolérance zéro » à ses collaborateurs.

Au-delà des suites de l'enquête interne elle-même, l'AFA rappelle que ces enquêtes internes anticorruption sont aussi l'occasion pour les entreprises d'améliorer leur programme anticorruption pour pallier les carences mises en lumière par l'enquête.

[Retour au sommet](#)

Ces articles ont été coécrits par Clelia Lenti, Rebecca Loko, et Kevan Laurent, stagiaires.

[Lire l'édition précédente](#)

[1] Accessible à l'adresse suivante: <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-lille-metropole-jugement-du-26-janvier-2023/>

[2] Accessible à l'adresse suivante: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0148>

[3] Accessible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>

[4] Accessible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0567>

[5] Accessible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62009CJ0324>

[6] Accessible à l'adresse suivante :

<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2023/CAPA1E87D241ED15DD7BDF3>

[7] Accessible à : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000801164> (accès restreint)

[8] Accessible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0682>

[9] En l'état du projet de décret, ce délai minimal devrait être de 15 jours calendaires, lequel commencera à courir à compter de la première présentation de la mise en demeure adressée par lettre recommandée ou lettre remise en main propre contre décharge – remise en main propre au salarié qui semble matériellement difficilement envisageable pour un salarié absent...

RELATED PRACTICE AREAS

- Business & Commercial Disputes
- Litigation & Dispute Resolution
- Antitrust Class Actions
- Employment & Labor
- Regulation, Compliance & Advisory
- Intellectual Property and Technology

This material is not comprehensive, is for informational purposes only, and is not legal advice. Your use or receipt of this material does not create an attorney-client relationship between us. If you require legal advice, you should consult an attorney regarding your particular circumstances. The choice of a lawyer is an important decision and should not be based solely upon advertisements. This material may be "Attorney Advertising" under the ethics and professional rules of certain jurisdictions. For advertising purposes, St. Louis, Missouri, is designated BCLP's principal office and Kathrine Dixon (kathrine.dixon@bclplaw.com) as the responsible attorney.