

# La Gazette



LA CLINIQUE JURIDIQUE  
- HAUTE ÉCOLE DES AVOCATS CONSEILS -

## Revue des élèves-avocats de la Haute École des Avocats Conseil (HEDAC)

### Sommaire

Chronique du mois : Développement durable dans la commande publique : non-discrimination subie contre proximité géographique assumée.....	p.2	Focus du mois : La bonne protection du salarié, l'abrupte formalisme et les modalités du renouvellement de la période d'essai .....	p.8
Décision du mois : Le procès Total Eacop-Tilenga c/ Associations.....	p.4	Déontologie : Création du Code de déontologie des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.....	p.10
Article du mois : Recrutement et protection des données : c'est possible.....	p.6	L'Alumni du mois : Maître Brian ROBION, Avocat collaborateur chez ITLAW Avocats .....	p.11

### Editorial

La Clinique Juridique de l'HEDAC est fière de vous présenter la neuvième édition de la Gazette, une édition mensuelle regroupant des articles juridiques ainsi que des interviews de professionnels du droit et d'anciens élèves-avocats de l'HEDAC.

Pour cette édition, de nouveaux membres de la Clinique Juridique ont décrypté l'actualité juridique à travers des articles aux sujets transverses. Nous sommes ravis de les compter parmi nous, et leur souhaitons encore la bienvenue.

L'ensemble de la Clinique Juridique de l'HEDAC vous souhaite une agréable lecture !

### La Clinique Juridique



ROMANE THIBOUT  
RESPONSABLE  
PÔLE SOCIAL



MARCO HLADIK & CHARLOTTE LEBRUN  
CO-RESPONSABLES  
PÔLE PÉNAL



MATHILDE CHANRION  
RESPONSABLE  
PÔLE CIVIL / FAMILLE



PHILIPPE ZANON  
RESPONSABLE  
PÔLE IP/IT



JULIE PLATA  
RESPONSABLE  
PÔLE ANIMAUX



MARGOT DE ALMEIDA LOPES  
RESPONSABLE  
PÔLE AFFAIRES & ÉTRANGERS



CLÉOPHEE CLAUDEL  
RESPONSABLE COMMUNICATION

## Développement durable dans la commande publique : non-discrimination subie contre proximité géographique assumée

Le 19 décembre 2022, la chambre régionale des comptes d'Auvergne-Rhône-Alpes a publié un rapport d'estimation définitive sur la commune de Villefranche-sur-Saône. La 4ème recommandation adressée à la ville demande de « *mettre fin, sauf circonstances liées à l'objet du marché, à la prise en compte de critères liés à la proximité géographique pour l'attribution de marchés publics* ».

Le point 5.1.2 du rapport s'intéresse aux critères du développement durable dans la commande publique de Villefranche-sur-Saône. La municipalité caladoise engage ses acheteurs publics à « *prendre en compte des objectifs de développement durable* », et pratique à cet effet une politique dite de circuits courts.

Villefranche-sur-Saône fait sienne l'obligation de moyens de « *prendre en compte* » des objectifs de développement durable dans sa commande publique. Cette teinte durable est en hausse : en 2022, 59% des marchés publics de la commune contenaient des objectifs de développement durable, soit une hausse de 21 points par rapport à l'année précédente.

L'un des objectifs de durabilité poursuivi est celui de la proximité. Ainsi, 42 marchés ont été attribués à des entreprises de la région, dont 19 sont situées à proximité de la commune.

Cette politique de proximité est à distinguer des dites politiques de circuits courts, lesquels ne sont que le rapport économique direct ou quasi-direct entre le producteur et le destinataire de sa production, sans qu'une quelconque considération géographique n'influe.

Le critère de circuit court s'applique au circuit de fourniture, non pas à l'implantation géographique du producteur. Les circuits courts peuvent être assimilés par le Gouvernement comme un objectif de développement durable. En effet, l'« Agenda 2030 », sous l'autorité du Délégué interministériel au développement durable Thomas Lesueur, dresse une feuille de route constituant la « *boussole* » guidant la « *nouvelle stratégie nationale de développement durable de la France* ». En son sein, la priorité 4.3 mentionne le développement des circuits courts, ambition circonscrite à l'agriculture.

En l'espèce, les observations de la chambre régionale des comptes portaient sur le traitement des déchets

communaux. Au titre de l'impact environnemental du marché public, Villefranche-sur-Saône a pris en compte la localisation de la plateforme de tri. Le rapport considère qu'elle aurait dû étudier pareillement le lieu du site de recyclage, de l'élimination des déchets, et la logistique des transports. Au vu des critères pratiques utilisés, la décision de la commune de n'attribuer le marché qu'au regard de la localisation avantageuse de la plateforme de tri s'apparente donc à « *une clause discriminatoire illégale* ».

La chambre régionale des comptes conclut que « *la proximité géographique peut difficilement, en tant que telle, relever d'un objectif de développement durable* ». Ce faisant, elle semble exclure *de facto* l'incidence de la proximité géographique pour évaluer la durabilité économique, sociale et environnementale du marché public... Pour la chambre, amalgamer proximité géographique et développement durable participe même « *à un risque juridique* ».

Les critères utilisés pour l'attribution des contrats de commande publique doivent présenter un « *lien avec le marché et s'inscrire dans une analyse globale de l'impact environnemental* ». Pour éviter toute politique préférentielle ancrée localement, les magistrats financiers apprécient *in concreto* si l'acheteur public a bien distingué circuit court et proximité géographique.

Voilà pourquoi Villefranche-sur-Saône est invitée à mettre fin aux pratiques aboutissant à favoriser les prestataires locaux.

### Mais alors, quels critères pourraient guider le choix d'octroi de marché par un acheteur public ?

Une réponse ministérielle (JO Sénat du 23/05/2019, p. 2755) annonce que l'acheteur est libre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse. On le voit, l'usage qu'il peut faire de sa liberté proclamée est strictement bornée à des considérations marchandes.

Ce n'est que dans ce cadre de liberté sous contrainte que l'acheteur détermine les critères qui lui semblent les plus pertinents pour déterminer l'offre la plus adaptée à son besoin. Il doit observer les principes suivants : prohibition des critères discriminatoires, égalité de traitement des candidats, liberté d'accès à la commande publique, et transparence des procédures.

Le ministre de l'Économie et des Finances convient que l'attribution des marchés sur la base d'un critère de préférence locale quant à l'origine des produits ou quant à l'implantation territoriale des entreprises « *méconnaîtrait ces principes* ».

Un appel d'offre ne peut non plus, sans fâcher le règlementateur de l'Union européenne, favoriser des entreprises nationales au détriment de prestataires étrangers situés dans un État membre de l'Union européenne (CJCE, 27 oct. 2005, Commission c/ Espagne, Aff. C-158/03). Nul ne peut ainsi réserver les marchés publics à des opérateurs économiques installés dans un ressort géographique donné, ni faire prévaloir l'usage de produits locaux.

Une décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 a couronné la valeur constitutionnelle de la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats à des contrats de la commande publique, visant les articles 6 et 14 de la DDHC de 1789.

L'article 1er de l'ancien code des marchés publics consacrait déjà les Hégémons du marché et du principe de concurrence libre et non faussée sur tout autre enjeu de développement local : « *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Ce, au risque que l'inscription *ab initio* encourageante du développement durable dans le droit de la commande publique ne demeure lettre-morte.

Désormais, l'article R. 2152-7 du code de la commande publique propose aux acheteurs publics une grille de lecture non exhaustive pour l'attribution du marché.

D'une part, un critère économique peut à lui seul permettre l'attribution du marché. Le prix, dès lors que le marché a pour objet des services ou fournitures standardisées d'une qualité invariable, ou le coût du cycle de vie.

D'autre part, une pluralité de critères peuvent fonder l'attribution du marché, à condition qu'ils soient non-discriminatoires, liés à l'objet du marché, et liés aux conditions d'exécution du marché. En matière de commande publique, ne pas discriminer (lat. *discriminare* : distinguer), revient à empêcher l'acheteur public d'exalter le développement local.

Parmi les critères listés, certains pourraient, avec une inspiration des plus prospères, favoriser le tissu économique local. Pensons aux « *performances en matière de protection de l'environnement* », au « *développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture* », aux « *délais d'exécution* », aux « *conditions de livraison* », au « *service après-vente et l'assistance technique* », ainsi qu'à la « *sécurité des approvisionnements* ».



**Aymeric TEDALDI**  
**Clinicien**

Pôle Affaires / Pôle Droit de l'Environnement

## Jugement rendu en état de référé par le Tribunal judiciaire de Paris le 28 février 2023 : Le procès Total Eacop-Tilenga c/ Associations.

Ce mardi 28 février 2023 le juge des référés du tribunal judiciaire de Paris a rendu une décision très attendue : une première application (ou plutôt non application) du devoir de vigilance des entreprises.

### La loi n° 2017- 399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance :

La loi n°2017 – 399 du 27 mars 2017, composée de 3 articles, instaure ledit devoir des vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre. Le nouvel article L. 225 – 102 – 4.- I du code de commerce impose l'établissement et la mise en œuvre effective d'un plan de vigilance à deux types de sociétés : les sociétés et leurs filiales directes ou indirectes ayant leur siège social sur le territoire français et employant au moins 5 000 salariés et les sociétés (ainsi que leur filiales directes et indirectes) ayant leur siège social sur le territoire français ou à l'étranger et employant au moins 10 000 salariés.

Ce plan doit comporter des mesures de vigilance propres à identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains, les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement. Cette obligation concerne les activités de la société ainsi que de celles qu'elle contrôle directement ou indirectement, les activités des sous-traitants et des fournisseurs avec qui elle entretient une relation commerciale établie.

Une multitude d'acteurs est donc concernée : le groupe mais également des entités avec lesquelles ce groupe entretient des relations d'affaires établies.

Le plan de vigilance est composé de 5 éléments : une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulière, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, des mécanismes d'alerte et de recueil des signalements et enfin un dispositif de suivi des mesures et d'évaluation.

### Les projets au cœur du litige

Le groupe international Total est évidemment soumis à ce nouveau devoir de vigilance. Ce groupe mène à travers le monde des activités d'exploration, de production et de distribution d'énergie.

La société mère TotalEnergies SE détient en totalité la société TotalEnergies Holdings International ainsi que la société TotalEnergies EP Uganda. Elle détient aussi à 62 % la société anglaise East African Crude Oil Pipeline (EACOP). Ainsi, toutes ces filiales soumises depuis 2017 à l'application du devoir de vigilance et du plan en découlant.

Deux projets de TotalEnergies dans la région est de l'Afrique sont au cœur du litige. D'une part, le projet dit « Tilenga », un projet de développement pétrolier, d'usine de traitement du brut, de canalisations enterrées et d'infrastructures dans les districts de Buliisa et Nwoya en Ouganda. D'autre part, le projet dit « EACOP », un projet de construction d'une canalisation enterrée de transport d'hydrocarbures longue de 1 147 kilomètres, allant de la Tanzanie à l'Ouganda. Ces projets sont très controversés car ils traversent de nombreuses réserves et aires protégées (notamment le lac Albert et la réserve du Parc national ougandais des Murchison Falls), et entraînent l'expropriation partielle ou totale de plus de 100 000 personnes.

Dès juin 2019 six associations, dont « Les Amis de la Terre France » et les associations ougandaises « The National Association of Professional Environmentalists » et « Africa Institute for Energy Governance », ont dénoncé le plan de vigilance 2018 de TotalEnergies SE publié le 20 mars 2019. A cette occasion elles ont mis en demeure la société de satisfaire ses obligations de vigilance. Puis, le 29 octobre 2019, elles ont assigné la société en justice devant le Président du tribunal judiciaire de Nanterre statuant en référé.

### La saga sur la compétence

Les questions de compétence ont duré 3 ans. La décision était donc très attendue. Dans un premier temps, le juge des référés a retenu l'exception d'incompétence soulevée par la société TotalEnergies au profit du tribunal de commerce de Nanterre. Les associations ont interjeté appel de l'ordonnance, qui a cependant été confirmée par la Cour d'appel de Versailles. A la suite du pourvoi, la Cour de cassation casse partiellement la décision attaquée, retenant qu'une option de compétence existait au bénéfice des non-commerçants entre le tribunal judiciaire et le tribunal de commerce et renvoie l'affaire devant la juridiction des référés de Nanterre.



Dernier rebondissement, l'article 56 de la loi n°2021 – 1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire attribue compétence exclusive au tribunal judiciaire de Paris pour les actions relatives au devoir de vigilance. Le 21 avril 2022, le juge des référés du tribunal judiciaire de Nanterre se déclare à nouveau incompétent au profit de la juridiction des référés du tribunal judiciaire de Paris et met fin à cette croisade procédurale.

### La décision du 28 février 2023

- L'irrecevabilité des associations pour défaut de mise en demeure

Les associations soutenaient que les obligations de vigilance sont de nature continue et qu'il n'était donc pas nécessaire de réitérer des mises en demeure à chaque nouveau plan adopté. A l'audience qui s'est tenue le 7 décembre 2022, elles ont fait valoir qu'elles n'avaient pas formé de nouveaux griefs ou de nouvelles demandes mais qu'elles avaient simplement précisé ceux de la saisine initiale.

D'un avis contraire, le juge des référés accueille les arguments de la société TotalEnergies SE et retient que les demandes et griefs formés sont substantiellement différents de ceux initiaux. En effet, plus de 200 nouvelles pièces ont été versées au débat depuis 2019 par les associations. De plus, la société Total a adopté un nouveau plan de vigilance de manière annuelle depuis 2018. Elle n'a jamais été mise en demeure de se conformer à ses obligations de vigilance pour ses nouveaux plans successifs.

Ces nouveaux griefs n'ayant pas été notifiés au défendeur par une mise en demeure préalable à la saisine du juge, les associations sont déclarées irrecevables.

- Le contenu du devoir de vigilance

Bien que le juge des référés, juge de l'évidence, ne se retienne pas compétent pour apprécier le caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan, il développe le sujet du contenu du devoir de vigilance sur plusieurs paragraphes.

Il souligne que le contenu des mesures de vigilance demeure général. Aucun décret d'application n'a été pris depuis l'adoption de la loi, qui ne vise d'ailleurs aucun principe directeur, norme internationale ou référentiel. Le juge des référés va plus loin et dispose que la loi « *assigne des buts monumentaux de protection des droits humains et de l'environnement à certaines catégories d'entreprise précisant à minima les moyens qui doivent être mis en oeuvre pour les atteindre* ».

Ces « buts monumentaux » ne semblent pas pouvoir être mis en oeuvre par les acteurs concernés au regard des outils juridiques minimales mis en place par le législateur.

De plus, aucun organisme de contrôle *ex ante* ou *ex post* n'a été prévu. Au seul juge est dévolu un contrôle s'appuyant sur la notion de « *caractère raisonnable* » des mesures, notion qualifiée dans la décision même d'« *imprécise, floue et souple* ».

Il faudra donc attendre une décision sur le fond pour voir une première application du devoir de vigilance par les tribunaux français. Cependant, en l'état du droit positif, il semblerait que le contenu du devoir de vigilance ainsi que les modalités de son contrôle doivent être précisés pour que celui-ci soit réellement appliqué.

Cette loi a été accueillie comme une grande avancée et a inspiré nos voisins européens tout comme l'Union européenne à se saisir d'outils similaires. Mais il apparaît qu'aujourd'hui elle ne permette malheureusement pas une application effective du devoir de vigilance qu'elle instaure.



**Juliette MALER**

**Responsable**

Pôle Droit de l'Environnement

## Recrutement et protection des données : c'est possible !

*Dans le cadre d'un processus de recrutement, les entreprises sont amenées à collecter et traiter des données personnelles des candidats. Dans la majorité des cas, il est demandé à ces personnes de consentir à ce que ces données soient collectées à l'issue de leur candidature pour diverses raisons. Cependant, certaines pratiques n'étant pas toujours conformes aux exigences du RGPD, notamment en matière d'information, la CNIL reçoit régulièrement des plaintes de candidats qui estiment que leurs droits à la vie privée ont été violés.*

*Pour aider les employeurs à respecter ces exigences, la CNIL a publié le 30 janvier 2023 un guide pratique offrant des recommandations relatives au traitement de données collectées en matière de recrutement.*

Le recrutement de nouveaux collaborateurs est un enjeu crucial pour toutes les entreprises. Pourtant, le principe de proportionnalité impose à celles-ci de ne pas apporter aux droits des candidats des atteintes injustifiées et/ou disproportionnées à leurs libertés individuelles[1], dans lesquelles figure le droit à la protection de leurs données. Les candidats doivent être informés du traitement de leurs données et pouvoir s'y opposer.

Le guide du recrutement de la CNIL, prenant la forme de 19 fiches pratiques élaborées après consultation publique, a pour objectif de d'apporter des recommandations complémentaires et actualisées au regard de son référentiel « RH » publié le 15 février 2020.

### Déclinaison des obligations principales du RGPD en matière de recrutement

La CNIL nous éclaire sur la mise en œuvre des obligations principales en matière de recrutement.

À ce titre, la CNIL énonce tout d'abord que les données ne peuvent être collectées par le recruteur que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes. En ce sens, elle souligne que les données des candidats ne peuvent être collectées qu'afin de mesurer leurs aptitudes professionnelles ainsi que leur capacité à occuper le poste proposé[2].

Néanmoins, la CNIL rappelle que ces données peuvent être réutilisées pour d'autres finalités, dès lors que le recruteur tient compte des conditions de licéité de l'article 6.4 du RGPD. Elle insiste également sur la nécessaire sécurisation de ces données, renvoyant à un de ses précédents guides relatif à la sécurité des données personnelles.

De plus, tenant compte de la diversité des acteurs pouvant intervenir au cours d'un recrutement (ex : employeur, cabinet de recrutement, agence d'intérim, site internet...), la CNIL apporte également des précisions concernant la détermination du rôle et de la responsabilité de chacun.

Par ailleurs, la Commission rappelle que le traitement des données personnelles des candidats doit reposer en amont sur une des bases légales prévues par l'article 6 du RGPD, et invite les recruteurs à sélectionner la plus pertinente au regard de leurs objectifs, ce choix pouvant « entraîner plusieurs conséquences, notamment en termes de droits ouverts aux candidats concernées ».

Afin d'accompagner les recruteurs dans ces démarches, la CNIL propose dans son guide un tableau mettant en perspective les bases légales mobilisables pour chaque finalité en matière de recrutement et un autre tableau permettant d'identifier les droits des candidats en fonction de la base légale choisie.

Sans grande surprise, la Commission alerte sur le fait que seules les données strictement nécessaires à la sélection du candidat doivent être collectées, sans pour autant les conserver indéfiniment. À cet égard, elle précise que ces données doivent seulement permettre aux recruteurs d'identifier le candidat le plus adapté au poste à pourvoir. Ainsi, des données personnelles telles que le numéro de sécurité sociale ou les données bancaires ne peuvent être collectées.

La CNIL nous renseigne également sur des aspects plus délicats tel que la collecte de données sensibles. Par exemple, pour ce qui est de la consultation du casier judiciaire, celle-ci doit présenter un lien direct et nécessaire avec le poste à pourvoir. Elle doit être licite au regard du Code du travail (ex : travail auprès d'enfants).

[1] Article L.1121-1 du Code du travail

[2] Article L.1221-6 du Code du travail

Cependant, cette règle doit être combinée avec celle interdisant le traitement et la collecte des données relatives à des infractions en dehors des exceptions prévues notamment pour les fichiers judiciaires (ex : TAJ) que les recruteurs ne peuvent pas consulter directement mais seulement via une enquête administrative pour certaines fonctions.

Autrement dit, le recruteur pourra demander un extrait du casier judiciaire (B3 voire B2 dans certains cas) uniquement si sa consultation est nécessaire pour attribuer le poste. Par ailleurs, le recruteur devra veiller à respecter le caractère sensible de ces données en excluant leur traitement. La CNIL recommande ainsi de seulement prendre acte de la vérification du casier judiciaire si la nature du poste à pourvoir le justifie (ex : case à cocher Oui/Non). En revanche, les casiers ne doivent pas être demandés de façon systématique ni enregistrés (photocopie, scan, contenu recopié..).

La Commission rappelle aussi le cadre juridique des données potentiellement discriminantes. Sur ce point, il convient de noter que cette dernière thématique a été élaborée conjointement avec le Défenseur des Droits. Le principe de non-discrimination est ainsi réaffirmé et ses tempéraments sont précisés.

Sans écarter les règles spécifiques pouvant exister en matière de conservation de données, la CNIL recommande dans son guide des durées de conservation considérées comme conformes au RGPD, selon plusieurs situations que peut rencontrer le candidat dans un processus de recrutement (ex : constitution d'une CVthèque par l'entreprise).

Afin d'accompagner le responsable de traitement dans le suivi de l'activité de recrutement, la Commission propose un modèle de registre. Elle rappelle également la nécessité de mener une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) « *dès lors que le traitement mis en œuvre est susceptible de présenter un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées* ».

### L'application du RGPD aux nouvelles procédures de recrutement

Le guide tient compte des innovations technologiques et nouvelles techniques de recrutement intervenues au cours des dernières années et qui peuvent présenter un risque plus ou moins important pour les libertés individuelles. On pense notamment à la collecte de données publiques disponibles sur internet (ex : LinkedIn), l'utilisation de logiciels de classement et de listes d'exclusion ou encore le recours à la vidéo et à des méthode d'évaluation de la personnalité des candidats.

Ainsi, la Commission indique par exemple qu'il est possible de se baser sur des informations disponibles sur internet dès lors que le contenu est strictement en lien avec l'activité professionnelle et qu'il ne porte pas atteinte à la vie privée, à moins que ce ne soit le candidat qui a volontairement communiqué ces informations. Le traitement doit être nécessaire, justifié et proportionné à sa finalité.

De même, la CNIL explique que les outils de classement automatique des candidatures sont en principe non conforme au RGPD mais peuvent être admis sous réserve de proposer des garanties spécifiques visant à préserver les droits et libertés des candidats. Une intervention humaine doit toujours être possible.

Pour accompagner au mieux les entreprises, la CNIL a annexé à son guide des outils pédagogiques permettant aux entreprises de contrôler la conformité de leurs procédures de recrutement au RGPD et d'informer toutes les parties prenantes sur les obligations inhérentes. On y retrouve ainsi un questionnaire d'auto-évaluation, une fiche à destination des candidats proposant quatre bons réflexes pour protéger ses données personnelles et une autre à destination des TPE et PME retraçant les cinq questions incontournables à se poser au cours d'une procédure de recrutement.

Désormais, chers recruteurs, vous ne pourrez plus dire que vous ne saviez pas !

Pour aller plus loin : Guide recrutement : les fondamentaux en matière de protection des données personnelles et questions-réponses (cnil.fr)



Pour information : La CNIL a publié le 23 février 2023 un guide dans le même esprit que le présent à destination des organisations syndicales.



**Romane THIBOUT**  
**Responsable**  
Pôle Social



**Philippe ZANON**  
**Responsable**  
Pôle IT/IP



## La bonne protection du salarié, l'abrupte formalisme et les modalités du renouvellement de la période d'essai

Obs. sous Cass. Soc., 25 janvier 2023, n° 21-13.699, inédit

1. « Période de totale précarité pour le salarié »[1], la période d'essai fait l'objet d'une réglementation légale stricte à laquelle des exigences prétorienne s'ajoutent, lesquelles confinent la pratique à un formalisme parfois excessif.

Le régime juridique de la période d'essai est expressément prévu par la loi. Plus particulièrement, il l'est aux articles L. 1221-19 et suivants du Code du travail, qu'il s'agisse de sa définition et de son objet (*C. trav., art. L. 1221-20*), de sa durée légale et du champ de la négociation collective (*C. trav., art. L. 1221-19, L. 1221-21, L. 1221-22 et L. 1221-24*), ou encore de sa rupture (*C. trav., art. L. 1221-25 et L. 1221-26*).

2. Ce détour par les textes paraît nécessaire tant l'on peine à comprendre, d'un point de vue strictement juridique, la construction jurisprudentielle autour des modalités du renouvellement de la période d'essai.

En effet, les modalités du renouvellement de la période d'essai sont uniquement prévues par un texte, l'article L. 1221-23 du Code du travail. Ce texte dispose que « *la période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail* ». Ainsi la jurisprudence considère-t-elle que le renouvellement de la période d'essai doit résulter d'un accord exprès des parties, et exige une manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié[2]. A s'en tenir à cela, l'attendu est conforme à la lettre du texte qui exige seulement un accord exprès du salarié qui s'engage.

De façon plus curieuse, la Cour de cassation poursuit en indiquant que cette manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié ne peut « *être déduite de la seule apposition de sa signature sur un document établi par l'employeur* »[3].

Pourtant, s'agissant d'un acte juridique (*C. civ., art. 1100-1*) conclu sous signature privée (*C. civ., art. 1372*), l'acte portant renouvellement de la période d'essai est censé faire foi entre ceux qui l'ont souscrit.

[1] J-E. RAY, Droit du travail, droit vivant, 2020, 28e édition, Wolters Kluwer, n° 142.

[2] Cass. Soc., 25 nov. 2009, n° 08-43.008.

[3] Ibid. V. dans le même sens, Cass. Soc., 15 mars 2006, 04-46.406, sur un accord formalisé par l'apposition de la signature du salarié sur un document d'évaluation.

Sous d'autres cieux, certes, les autres chambres civiles de la Cour de cassation rappellent régulièrement qu'en dehors des exceptions prévues par loi, l'acte sous-seing privé n'est soumis à aucune autre condition de forme que la signature de ceux qui s'obligent[4].

3. Ce faisant, en refusant de déduire de l'apposition de sa signature le consentement du salarié au renouvellement de sa période d'essai, la Cour de cassation ajoute à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas et laisse le formalisme pénétrer le droit du travail.

Pour rappel, l'accord exprès, par opposition à l'accord tacite, se définit comme l'accord « *formellement exprimé ; explicitement manifesté, en général par écrit, parfois par la parole ou par de simples signes ou gestes consacrés par l'usage* ».[5] En clair, l'accord exprès diffère du formalisme, lequel « *a trait à la forme d'un acte, aux conditions et aux modes de son élaboration, non à ses conditions de fond ou à son objet* ».[6] Or, l'article L. 1221-23 du Code du travail fait uniquement référence à un accord exprès du salarié pour permettre le renouvellement de la période d'essai ; il n'est nullement fait mention d'un quelconque formalisme.

4. La Cour de cassation a néanmoins poursuivi dans cette brèche. La chambre sociale a en effet pu retenir que la mention « *lu et approuvé sur la lettre notifiant au salarié le renouvellement de sa période d'essai vaut accord exprès de sa part à ce renouvellement* »[7]. Ce faisant, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel pour violation de la loi. L'arrêt n'a pas été publié au Bulletin mais c'est bel et bien un contrôle « lourd »[8] qui est opéré par la chambre sociale, à savoir un contrôle sur la qualification qu'aurait dû retenir la cour d'appel au regard des faits qui lui ont été soumis. Cette décision est d'autant plus surprenante que la Cour de cassation dit pour droit, de façon régulière, que les mentions manuscrites « *bon pour accord* » ou « *lu et approuvé* », en dehors des exceptions prévues par la loi, sont superfétatoires et que leur absence ne peut dénier, à elle seule, la force probante d'un acte[9].

[4] V. par exemple, Civ., 1e, 27 janvier 1993, n° 91-12.115.

[5] G. CORNU, Vocabulaire juridique, 11e édition, PUF.

[6] Ibid.

[7] Cass. Soc., 21 janv. 2015, n° 13-23.018.

[8] Sur cette notion sujette à controverse, v. cependant, J. BORE, L. BORE, La cassation en matière civile, Dalloz Action, 5e édition, n° 65.161.

[9] V. par ex. : Civ 1e, 21 fév. 2006, n° 04-13.512.



L'on aurait ainsi pu craindre que le pouvoir souverain des juges du fond eût été circonscrit à peau de chagrin, lesquels juges seraient réduits à contrôler de façon mécanique les mentions manuscrites sur *l'instrumentum* de l'acte de renouvellement de la période d'essai.

5. La Cour de cassation est cependant revenue à davantage d'orthodoxie juridique et a infléchi sa jurisprudence en redonnant aux juges du fond le pouvoir de contrôler plus librement l'existence de l'accord exprès du salarié au renouvellement de sa période d'essai.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 25 janvier 2023<sup>[10]</sup>, un directeur des ressources humaines avait accepté de renouveler sa période d'essai en apposant sa signature sur une lettre établie par l'employeur, sans y apposer aucune autre mention. Sa période d'essai a été rompue après un premier renouvellement. Le salarié, selon un schéma très classique, a excipé de son absence d'accord exprès au renouvellement de sa période d'essai – au regard de la jurisprudence de la chambre sociale –, a demandé au juge de constater que sa période d'essai n'a pas été renouvelée et, en conséquence, de condamner l'employeur au paiement d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'argumentation ne convainc pas la cour d'appel. Les juges du fond constatent souverainement qu'en dépit de l'absence de mention manuscrite sur le document présenté par l'employeur au salarié, il ressort du dossier (une attestation et différents courriels) que le salarié a manifesté sa volonté de manière claire et non-équivoque d'accepter le renouvellement de sa période d'essai.

La Cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond et rejette le pourvoi formé par le salarié.

6. La décision est salutaire en ce qu'elle met un coup d'arrêt à une jurisprudence *contra legem* développée depuis plusieurs années par la chambre sociale. De même, la Cour de cassation redonne toute latitude aux juges du fond pour apprécier la réalité et l'intégrité du consentement du salarié, au-delà du simple contrôle de *l'instrumentum* de l'acte juridique.

[10] Cass. Soc., 25 janv. 2023, n° 21-13.699, inédit.

En effet, si la signature du salarié peut paraître équivoque, le consentement du salarié devrait être analysé par le juge uniquement au regard du contenu de l'acte pour lequel il s'engage, de sa portée, et des circonstances entourant sa formation. Ce contrôle ne saurait être réduit à une analyse purement mécanique de son support [11].

Du reste, l'arrêt n'étant pas publié au Bulletin, il convient de rester prudent quant à sa portée.

[11] En ce sens, v. X. CARSIN, Conditions du renouvellement de la période d'essai, JCP S n° 5, 2 février 2010.



**Yacine HACHEMI**  
**Clinicien**  
Pôle Social

## Création du Code de déontologie des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Le code de déontologie à intervenir comportera les titres suivants :

Le décret n° 2023-146 du 1er mars 2023 créant le code de déontologie des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation a été publié au Journal officiel du 2 mars 2023.

### Encadrement déontologique actuel des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Les principes et règles déontologiques (la dignité, l'indépendance, la probité, l'humanité, etc.) s'imposant aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, sont depuis toujours similaires mais plus rigoureux et exigeants que ceux que doivent respecter les avocats aux cours d'appel et tribunaux.

Ces règles et principes, ont été jusqu'à présent concentrés au sein d'un Règlement Général issu d'une délibération du Conseil de l'Ordre du 2 décembre 2010. Ce règlement, a depuis été mis à jour à plusieurs reprises et dernièrement le 5 novembre 2020.

Dorénavant et en application de la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, la profession d'avocat sera dotée d'un code de déontologie et d'un règlement professionnel qui remplaceront l'actuel règlement général de déontologie.

### Le processus de création de ce nouveau code de déontologie

Par une ordonnance n° 2022-544 du 13 avril 2022, relative à la déontologie et à la discipline des officiers ministériels, il est désormais établi qu'un Code de déontologie propre à chaque profession serait préparé par son instance nationale et édicté par décret en Conseil d'État.

S'agissant de la profession des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ce code a été préparé par le Conseil National des Barreaux particulièrement par le groupe de travail de la commission des règles et usages. Le projet définitif de code a été adopté par le CNB lors de l'Assemblée Générale du 10 juin 2022.

En application de l'ordonnance du 13 avril 2022, le décret n° 2023-146 du 1er mars 2023, relatif au code de déontologie des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, a été publié au Journal officiel du 2 mars 2023.

- Titre Ier : les principes et devoirs essentiels de la profession d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;
- Titre II : l'indépendance ;
- Titre III : le secret professionnel ;
- Titre IV : les conflits d'intérêts ;
- Titre V : les relations avec les juridictions ;
- Titre VI : les relations avec les clients et leurs représentants ;
- Titre VII : l'exigence de qualité ;
- Titre VIII : le domicile professionnel ;
- Titre IX : la confraternité ;
- Titre X : les relations avec les tiers ;
- Titre XI : la communication ;
- Titre XII : les avocats honoraires au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ;
- Titre XIII : les dispositions finales.

### Entrée en vigueur de ce nouveau code

Ce nouveau code de déontologie des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, dont le contenu est énoncé dans le décret du 1er mars précité, entrera en vigueur deux mois après sa publication, soit à compter du 1er mai 2023.



**Léa CROXO**  
**Clinicienne**  
**Pôle Social**



## L'Alumni du mois



**Brian ROBION**

Avocat Collaborateur chez ITLAW Avocats

### *Quel a été votre parcours ?*

J'ai étudié à Nice jusqu'à la fin de mon M1 en droit des affaires, jusqu'à être lassé de la mer et des palmiers. Moment où j'ai déménagé en région Parisienne pour continuer mon cursus.

J'ai alors intégré le M2 Droit de l'Innovation et de la Propriété Industrielle (DIPI) à Sceaux, formidable année à l'issue de laquelle j'ai obtenu mon CRFPA. Ce qui m'a permis de rejoindre l'HEDAC.

Durant mon temps à l'HEDAC j'ai effectué trois stages en cabinets d'avocats :

- Mon PPI au sein de l'équipe IP/IT du bureau parisien de Pinsent Masons LLP ;
- Mon stage final au sein de l'équipe contentieux brevet d'August Debouzy ;
- Un stage complémentaire dans la très chouette équipe IP/IT de White & Case Paris.

Suite à ces petites expériences, j'ai pris l'une des meilleures décisions de ma vie : acheter un sac à dos, un aller simple vers Bangkok, et voyager à travers l'Asie du Sud-Est durant 6 mois.

A mon retour, j'ai signé ma première collaboration au sein de la super boutique qu'est IT Law Avocats.

### *Qu'est-ce que vous feriez / ne feriez pas dans votre parcours ?*

Il y a plusieurs choses que je referais sans hésiter :

- Emménager à Paris pour intégrer le M2 DIPI ;
- Faire un stage complémentaire pour découvrir de nouvelles matières (l'IT/data et le contentieux presse)
- Rejoindre le DU Avocat Conseil aux Entreprises Innovantes, qui est devenu le master LEAD, durant lequel j'ai rencontré des amis formidables et eu l'occasion de passer une semaine à l'école 42.

- Partir loin et longtemps : découvrir le monde, des cultures et des gens différents.

En revanche, l'un de mes plus grands regrets est de ne pas avoir fait d'année Erasmus ou mon PPI à l'étranger, pour ce dernier point, merci la crise sanitaire.

### *Quelle est votre spécialité et pourquoi ce choix ?*

L'IP/IT/Data, probablement parce que j'ai grandi avec un ordinateur dans les mains. Cela dit, j'ai longuement hésité avec la fiscalité des entreprises, mais j'ai fini par départager à pile ou face.

### *Pourquoi le droit du numérique est un domaine intéressant ?*

D'une part pour les acteurs qu'on y rencontre, c'est stimulant de travailler et accompagner des gens qui cherchent à développer des solutions d'avenir. D'autre part, car c'est un vaste domaine en perpétuelle évolution : peu de chances de s'ennuyer.

### *Que pensez-vous de l'apport des legaltechs aux cabinets d'avocats et directions juridiques ?*

Je manque probablement de recul sur le sujet, mais je n'ai pas encore eu l'occasion de constater de réels impacts des legaltech sur l'exercice de la profession. Le seul acteur clef que j'ai en tête est Doctrine, qui est effectivement un outil formidable.

Mais plusieurs cabinets d'avocats travaillent sur des legaltech : Angelaw chez August Debouzy, Harvey chez Allen & Overy, ou encore ClauseToYou développé par IT Law. Ce type d'outil peut créer la différence.

### *Un mot pour les futurs avocats ? Pour la nouvelle promotion du CRFPA ?*

Si vous subissez la profession, posez-vous les bonnes questions, faites des essais, changez de voie, de spécialité, de cabinet ou de mode d'exercice.

Ça a été dit et redit, mais c'est pour moi l'un des plus beaux métiers du monde, alors : savourez-le. Ah et n'oubliez pas de manger des fruits et de voyager, c'est bon pour le moral.

### Propos recueillis par :

**Philippe ZANON**  
Responsable  
Pôle IT/IP

