

REVUE LAMY

Droit des Affaires

Plaidoyer pour une *Business Judgment Rule* à la française : les enseignements de la jurisprudence anglaise pour la future CS3D

Catherine MALECKI

– Confier un siège à la Nature au sein du conseil d'administration :
un atout ou un risque pour la société ?

Sabrina DUPOUY

– Un revirement en demi-teinte sur la nullité des décisions sociales dans les SAS

Robert VINCENT

– Le choc de l'électrification : vers une nouvelle distribution automobile

Thierry LAMBERT

– Retour sur le devant de la scène de la déclaration de créance
par le débiteur pour le compte du créancier

Sarah MALEK

– Les voies d'implantation en Espagne

Christophe DUBOIS

195 | MENSUEL
SEPTEMBRE 2023

Conseil scientifique

Sylvie de VENDEUIL :

Conseiller scientifique

Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME :

Maître de conférences HDR Université Toulouse Capitole, chargée de mission développement durable

Jean-Michel de CARMO SILVA :

Professeur de droit, Grenoble École de Management

Emmanuel DAUD :

Avocat associé, Cabinet VIGO

Jack DEMAISON :

Avocat associé, SIMON Associés

Laurence Caroline HENRY :

Professeur - Avocat général en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation

Arnaud LECOURT :

Maître de conférences, Université de Pau et des pays de l'Adour

Jacques MESTRE :

Professeur agrégé des Facultés de droit

Cyril NOURISSAT :

Professeur agrégé des Facultés de droit, Université Jean Moulin - Lyon 3

Éditeur : Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether - 93400 Saint-Ouen

Représentant légal : Guillaume Deroubaix

Associé unique : Karnov HoldCo France

Directeur de la publication : Guillaume Deroubaix

Directrice des rédactions : Sylvie Duras

Rédactrice en chef : Anouk Jaunasse

Rédactrice en chef adjointe :

Joséphine de Romanet

Ont collaboré à ce numéro :

Jérémy BERLEMONT, Guillaume CARTERET, Victoria MAURIÉS et Héloïse PLANCKEART

Dépôt légal : à parution

Prix au numéro : 60,42 € TTC

N°ISSN (version en ligne) : 2109-9367

N°ISSN (version imprimée) : 1279-8401

Périodicité : mensuel

N°CPPAP : 0125 T 87146

Crédit photos : Getty Images

Imprimeur : Dupliprint

733 rue Saint-Léonard - 53147 Mayenne

Origine du papier : Pologne

Taux de fibres recyclées : 0%

Certification : PEFC

Eutrophisation : Ptot 0.02 kg/tonne

Pour contacter le service client :

N°Cristal 09 69 39 58 58
APPEL NON SURTAXE

Courriel : contact@lamyliaisons.fr

Internet : www.liaisons-sociales.fr

www.lamyline.fr - www.lamy-liaisons.fr



Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.

Sommaire

FOCUS P. 4

- Syndicat de copropriétaires commerçants : attention à la rupture brutale de la relation commerciale établie
Jérémy BERLEMONT

LES ESSENTIELS DU MOIS P. 6

ÉCLAIRAGE P. 13

- Retour sur le devant de la scène de la déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier
Sarah MALEK

JURISPRUDENCE COMMENTÉE P. 17

- Un revirement en demi-teinte sur la nullité des décisions sociales dans les SAS
Robert VINCENT

ANALYSE P. 22

- Confier un siège à la Nature au sein du conseil d'administration : un atout ou un risque pour la société ?
Sabrina DUPOUY

ÉTUDE P. 27

- Le choc de l'électrification : vers une nouvelle distribution automobile
Thierry LAMBERT
- Plaidoyer pour une Business Judgment Rule à la française : les enseignements de la jurisprudence anglaise pour la future CS3D (Corporate Sustainability due diligence Directive)
Catherine MALECKI

BUSINESS ABROAD P. 46

- Les voies d'implantation en Espagne
Christophe DUBOIS

Édito

Quand la Nature se mêle de la gestion des entreprises

Sècheresse, incendies, inondations, peu de pays ont été épargnés par ces phénomènes météorologiques extrêmes. « *L'été 2023 est le plus chaud jamais enregistré* », « *L'effondrement climatique a commencé* », ou encore « *L'été 2023, marqueur du changement climatique* », voilà quelques *Unes* des journaux de cet été. Ce sont donc des nouvelles inquiétantes qui nous parviennent à cette rentrée et il semble évident qu'il est grand temps de passer à l'action.

Les entreprises jouent un rôle crucial dans la lutte contre le réchauffement climatique, la protection de la biodiversité et celle de l'environnement. Un rôle que certains peinent à remplir. Le GIEC (Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, organisation établie par les Nations Unies) déplore d'ailleurs dans son 6e rapport d'évaluation de mars dernier que « *Les flux financiers privés et publics non alignés avec l'Accord de Paris restent majoritaires, avec 870 milliards de dollars identifiés en 2020 en soutien aux énergies fossiles, soit largement plus que la finance dédiée au climat* ».

Mais la lutte contre le changement climatique gagne petit à petit en importance, par les voies législatives et par des initiatives privées. Selon l'Organisation internationale du Travail, « *de plus en plus d'entreprises prennent des mesures destinées à réduire leurs émissions de carbone, pour faire face à la raréfaction des ressources, à la fréquence des catastrophes naturelles, et pour répondre aux consommateurs et aux clients qui leur demandent de se montrer plus proactives sur les questions climatiques* » (Vers des entreprises écologiques : Transformer les processus et les lieux de travail » OIT : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_861386.pdf).

Dans une démarche inédite, une entreprise britannique a, de fait, nommé un administrateur pour représenter la Nature au sein de son conseil d'administration, en qualité de directeur non-exécutif. Dans la revue de ce mois-ci, l'un de nos auteurs se penche sur les atouts et risques d'une telle décision pour arriver à une conclusion plutôt positive, prévoyant un avantage concurrentiel certain pour les sociétés empruntant ce chemin, en anticipant la très forte transition à venir.

Ailleurs dans nos colonnes est traité un autre pan de la lutte contre le réchauffement de la terre : le contentieux climatique. Vous trouverez un plaidoyer pour une Business Judgment Rule à la française en prenant appui sur une récente décision de la justice anglaise dans une affaire opposant l'ONG ClientEarth à Shell pour sa gestion, selon l'ONG défaillante, des risques liés au changement climatique.

Bonne lecture !



Joséphine de
ROMANET
Rédactrice en chef
adjointe

RLDA 7770

Syndicat de copropriétaires commerçants : attention à la rupture brutale de la relation commerciale établie

Malgré sa nature civile, un syndicat de copropriétaires commerçants qui a conclu un contrat avec une entreprise de prestations de services pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres est considérée avoir entretenu une relation commerciale avec le cocontractant et, à ce titre, est soumis aux dispositions relatives aux ruptures brutales de relations commerciales établies, selon un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2023. Les juges du quai de l'Horloge se sont également prononcés sur le calcul de l'assiette des indemnités.

Cass. com., 28 juin 2023, n° 21-16.940, B

Un syndicat de copropriétaires d'un centre commercial a conclu avec une entreprise active dans le secteur de la sécurité un contrat par lequel l'entreprise était chargée de la mise en œuvre de prestations de sécurité incendie, surveillance, et gardiennage.

Par lettre du 9 mars 2015, et après deux ans et demi de relation contractuelle, le syndicat a résilié le contrat à compter du 13 avril 2015. Or, le contrat prévoyait notamment, en cas de résiliation par l'une des deux parties, un délai de préavis de 3 mois. L'entreprise de sécurité a alors assigné le syndicat en réparation pour non-respect du préavis contractuel et rupture brutale d'une relation commerciale établie, et le 26 février 2021, la cour d'appel de Paris a condamné le syndicat pour ces deux motifs (CA Paris, 26 févr. 2021, n° 18/20619).

Le syndicat s'est pourvu en cassation, et le 28 juin 2023, la chambre commerciale a partiellement cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel. Si les juges du quai de l'Horloge ont considéré que le syndicat de copropriétaires commerçants, malgré sa nature civile, pouvait se voir appliquer les dispositions du Code de commerce relatives aux pratiques restrictives

de concurrence, ils ont toutefois dénoncé la méthode de calcul des dommages et intérêts pour non-respect du délai de préavis contractuel retenue par les juges du fond.

Malgré sa nature civile, un syndicat de copropriétaires commerçants peut entretenir une relation commerciale

Comme l'a rappelé la Cour de cassation, l'article L. 410-1 du Code de commerce précise que les règles définies au livre IV – dont les dispositions relatives aux ruptures brutales des relations commerciales établies prévues par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce dans sa rédaction alors applicable (désormais C. com., art. L. 442-1, II) – s'appliquent « à toutes les activités de production, de distribution et de services ».

Si le syndicat des copropriétaires commerçants est effectivement de nature civile, il a toutefois agi dans « l'intérêt de l'exploitation des établissements commerciaux de chacun de ses membres », et à ce titre a conclu un contrat

avec l'entreprise de sécurité « *ayant exclusivement pour objet d'assurer une prestation de service pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres* ».

La chambre commerciale en a conclu que la cour d'appel de Paris avait « *exactement retenu* » que, malgré la nature civile du syndicat, ce dernier a entretenu une relation commerciale avec l'entreprise qui, par définition, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° ancien du Code de commerce.

La question du calcul de l'assiette des indemnisations

La Cour de cassation s'est également prononcée sur l'évaluation du préjudice subi par l'entreprise.

Que ce soit pour déterminer l'indemnisation due au titre du préjudice causé par le caractère brutal de la rupture (deuxième moyen), ou celle due au titre du non-respect du délai de préavis contractuel (premier moyen), les juges du quai de l'Horloge ont précisé qu'il fallait tenir compte de la marge brute escomptée, et non de l'équivalent du chiffre d'affaires « *qui aurait été réalisé* » durant la période de préavis qui n'a pas été respecté.

Plus précisément, la Cour de cassation a précisé que la marge brute escomptée correspondait à « *la différence entre le chiffre d'affaires hors taxe escompté et les coûts variables hors taxe non supportés durant la période d'insuffisance de préavis, différence dont pourra encore être déduite, le cas échéant, la part des coûts fixes non supportés du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture, durant la même période* ».

Ainsi, la chambre commerciale a considéré :

- concernant l'indemnisation de la rupture brutale de la relation commerciale, que c'était à bon droit que la cour d'appel avait déduit « *que l'assiette de l'indemnisation (...) ne pouvait comprendre l'équivalent du chiffre d'affaires qui aurait été réalisé pendant* » la durée du préavis qui aurait dû être respecté, « *mais celui de la marge brute, qu'il a évaluée au regard des éléments du dossier* » ;
- concernant le non-respect du préavis contractuel, que les juges du fond avaient enfreint l'article 1149 du code civil alors applicable (désormais C. civ., art. 1231-2) en attribuant « *en réparation du préjudice subi, la somme correspondant au chiffre d'affaires qu'elle aurait perçu si elle n'avait pas été privée de deux mois de préavis* », alors que le préjudice subi « *consiste en la perte de la marge brute escompté* ». ■

LAMY | KARNOV
GROUP
LIAISONS

LAMY



GAMME LAMY DROIT DES AFFAIRES

*Maîtrisez l'ensemble
des aspects juridiques,
économiques et financiers
de la vie des entreprises*

Les experts LAMY décryptent pour vous l'ensemble des domaines du droit des affaires : droit de la concurrence, de la distribution et de la consommation, droit commercial, contrats internationaux, baux commerciaux, création d'entreprise, fonds de dotation... à travers des ouvrages, revues, guides ou formulaires.

Ainsi, vous **gagnez du temps** dans vos recherches et le traitement de vos dossiers pour :

- ▶ **anticiper** les risques
- ▶ **trouver** une solution pour chaque situation
- ▶ **sécuriser** juridiquement vos écrits



Lamy Liaisons - Immeuble Euroatrium - 7 Rue Emmy Noether - CS 90021 - 93588 SAINT OUEN CEDEX - www.lamy-liaisons.fr
SAS au capital de 14 500 000 € - SIREN 480 081 306 RCS BOBIGNY - TVA FR 55 480 081 306 - code APE 58.14Z

A_GAM_LDA_170x120_11-22_N_(PB) ©gpn/lymagies - gradynesse

SOCIÉTÉS ET GROUPEMENTS

RLDA 7771 Cession d'actions : précisions sur le champ d'application de l'article L. 227-15 du Code de commerce

Dans un arrêt du 21 juin 2023, la Cour de cassation juge que l'article L. 227-15 du Code de commerce ne régissant pas l'exclusion d'un associé ni la cession forcée de ses actions qui en résulte, la nullité qu'il prévoit vise uniquement à sanctionner la violation de toute clause statutaire ayant pour objet la cession d'actions librement consentie par leur titulaire.

Cass. com., 21 juin 2023, n° 21-25.952, B

Le 4 juin 2015, un « pacte entre associés et obligataires » a été conclu entre le président et associé d'une société d'exercice libéral par actions simplifiée (SELAS) et deux sociétés aux droits desquelles est venue une société de participations financières de professions libérales à forme de société par action simplifiée (SPFPL). Les statuts de la SELAS comportent un article 2-9 intitulé « Exclusion pour manquement aux obligations professionnelles ».

Le pacte d'associés et d'obligataires stipule, en son article 14 C, qu'en cas de non-respect de l'un quelconque de ses engagements par l'une des parties, l'autre peut lui adresser une mise en demeure aux fins de respecter ses engagements et qu'à défaut de régularisation dans un délai de trente jours, la partie fautive s'engage irrévocable-

ment, au choix de la partie victime de la défaillance, soit à acquérir la totalité des actions de la partie victime de la défaillance, soit à lui céder la totalité de ses propres actions.

Soutenant que le président n'avait pas respecté ses obligations résultant de ce pacte, la SPFPL l'a assigné aux fins de le voir condamner à lui céder ses actions dans le capital de la société SELAS.

La SPFPL fait grief à la cour d'appel de rejeter ces demandes tendant à voir ordonner l'exécution forcée du pacte du 4 juin 2015 et de retenir la nullité partielle de la clause en jugeant que celle-ci contrevenait à la clause statutaire d'exclusion 2-9.

La Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'article L. 227-15 du Code de commerce selon lequel « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ». Elle précise que ce texte ne régissant pas l'exclusion d'un associé et la cession forcée de ses actions qui en résulte, la nullité qu'il prévoit vise uniquement à sanctionner la violation de toute clause statutaire ayant pour objet la cession d'actions librement consentie par leur titulaire.

Or, la Cour relève que l'article 2-9 des statuts ne concerne pas la cession des actions de la SELAS mais régit le cas d'exclusion d'un associé pour violation des règles de fonctionnement, de sorte qu'il n'a pas pour objet de priver un associé de la faculté de conclure une promesse unilatérale de vente de ses actions consentie sous la conditions suspensive de la réalisation d'un événement qu'elle prévoit. ■

CONTRATS

RLDA 7772 Vente de marchandises : la date de règlement prévue par la facture correspond à l'exigibilité de la créance du vendeur

Par un arrêt rendu le 14 juin 2023, la Cour de cassation juge, dans le cadre d'une vente de marchandises, que, si la facture mentionne la date à laquelle le paiement doit intervenir, la créance du vendeur est exigible à compter de celle-ci. Cette date d'exigibilité constitue alors le point de départ du délai de prescription de l'action en paiement contre l'acquéreur.

Cass. com., 14 juin 2023, n° 21-14.841, B

En l'espèce, une société islandaise (vendeur) a vendu 22,5 tonnes de harengs surgelés à une société française

(acquéreur). L'acheminement de cette marchandise a été confié à une société polonaise, commissionnaire de transport, qui en a elle-même confié le transport de Pologne vers la France à une société lituanienne (transporteur). Le 19 avril 2013, le vendeur a adressé sa facture à l'acquéreur. Mais le 24 avril 2013, la marchandise a été remise, par erreur, à une autre société. N'ayant donc pas reçu la livraison, l'acquéreur a refusé de payer ladite facture. Le commissionnaire de transport a indemnisé le vendeur qui, par acte subrogatoire du 15 avril 2016, lui a cédé son droit d'agir contre le transporteur. Le commissionnaire de transport a alors assigné le transporteur en responsabilité devant une juridiction lituanienne.

Cette juridiction a retenu la responsabilité du transporteur. Le 20 avril 2018, soutenant être subrogés dans les droits du vendeur, le transporteur et son assureur ont assigné l'acquéreur de la marchandise en paiement de la facture du 19 avril 2013 et, subsidiairement en revendication

de la marchandise, car l'acquéreur avait entre-temps acquis le fonds de commerce de la société ayant reçu la marchandise par erreur.

La cour d'appel a constaté la prescription de leur action en paiement de la facture et les a donc déclaré irrecevables à agir. Rappelant que selon l'article L. 110-4 du Code de commerce, les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants se prescrivent par 5 ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes, elle constate tout d'abord que les parties ne contestaient pas que le point de départ de ce délai qui était, conformément à l'article 2224 du Code civil, l'exigibilité de l'obligation de l'acheteur. Restait à déterminer à quelle date précise le paiement était exigible. Se fondant sur l'article L. 441-3 du Code de commerce, dans sa rédaction alors applicable, selon lequel la facture mentionne la date à laquelle le règlement doit intervenir, les juges d'appel retiennent que cette date avait été fixée en l'espèce, la facture en cause mentionnant, au titre du paiement, « *due date : 19.04.13* ». La créance du vendeur était donc exigible à compter de cette date, rien d'interdisant aux parties de prévoir le paiement du prix avant la remise de la marchandise. L'action devait donc être introduite dans un délai de 5 ans à compter du 19 avril 2013. L'action était donc irrecevable, le transporteur et son assureur ayant agi le 20 avril 2018.

Le transporteur et son assureur ont formé un pourvoi en cassation, soutenant que « *l'indication sur une facture de la date d'exigibilité des sommes qu'elle porte ne vaut pas en soi accord des parties sur cette date d'exigibilité* ».

Mais le pourvoi ne prospère pas. La Cour de cassation, rappelant les dispositions de l'article 2224 du Code civil et celles des articles L. 110-4 et L. 441-3 précitées, elle retient que le vendeur avait lui-même fixé l'exigibilité de sa facture au 19 avril 2013. Elle approuve ainsi la cour d'appel d'avoir fixé le point de départ du délai de prescription à cette date. ■

RLDA 7773 Le prêteur qui se borne à verser au vendeur les fonds empruntés par son client ne peut bénéficier de la subrogation

Par un arrêt rendu le 14 juin 2023, la Cour de cassation juge que lorsque le prêteur se borne à verser au vendeur du bien financé les fonds empruntés par son client, il n'est pas l'auteur du paiement et le client devient, dès ce versement, propriétaire du matériel vendu, de sorte que le prêteur ne peut prétendre être subrogé dans les droits du vendeur et ne peut, dès lors, se prévaloir d'une clause de réserve de propriété stipulée au contrat de vente.

Cass. com., 14 juin 2023, n° 21-24.815, B

Une société a été mise en liquidation judiciaire. Un liquidateur a été désigné. Une autre société, la société CGL (prêteur), a demandé, en vain, au liquidateur d'acquiescer à une demande de restitution d'un véhicule qu'elle avait financé. Elle a alors saisi le juge-commissaire d'une requête à cette fin, en produisant une quittance subrogative du vendeur du véhicule. La demande a été rejetée par le juge-commissaire, décision confirmée par la suite par jugement du tribunal de commerce.

Mais le prêteur obtient gain de cause devant la cour d'appel qui ordonne au liquidateur de restituer au prêteur le véhicule. La cour d'appel relevait en effet que le vendeur avait confirmé que les conditions de vente comprenaient une clause de réserve de propriété différant le transfert de propriété du bien jusqu'au paiement effectif et complet du prix d'achat TTC, avait reconnu avoir reçu du prêteur la somme représentant le montant du solde du prix de vente du bien et subrogé ce dernier dans tous ses droits et actions contre l'acheteur et notamment dans l'entier effet de la clause de réserve de propriété, l'acheteur se reconnaissant informé de la réserve de propriété stipulée par le vendeur dès avant la livraison du bien qu'il a confirmé avoir acceptée purement et simplement. Ainsi, le prêteur pouvait bien, par subrogation, agir en restitution du bien.

Mais le liquidateur a formé un pourvoi en cassation soutenant que le prêteur de deniers professionnel qui a accordé un prêt en vue de l'acquisition d'un bien et qui verse les fonds entre les mains du vendeur pour paiement du prix ne peut bénéficier de la subrogation *ex parte creditoris* dans les droits du vendeur et ne peut donc invoquer sur ce fondement la clause de réserve de propriété prévue par le contrat de vente.

Au visa des articles 1346-1 et 2367 du Code civil – pour ce dernier, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 – la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. Elle estime alors que :

- c'est seulement lorsque le créancier a reçu son paiement d'une tierce personne qu'il peut conventionnellement subroger celle-ci dans ses droits, actions et accessoires contre le débiteur ;
- la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

Elle en déduit que « *lorsque le prêteur se borne à verser au vendeur du bien financé les fonds empruntés par son client, il n'est pas l'auteur du paiement et le client devient, dès ce versement, propriétaire du matériel vendu, de sorte que le prêteur ne peut prétendre être subrogé dans les droits du vendeur et ne peut, dès lors, se prévaloir d'une clause de réserve de propriété stipulée au contrat de vente* ».

La Cour de cassation, statuant alors sur le fond, conforme le jugement rendu par le tribunal de commerce. ■

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

RLDA 7774 Procédure de sauvegarde : le créancier bénéficiaire d'un cautionnement n'est pas privé de son droit d'agir contre la caution

Le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement contracté par une personne physique, n'est pas privé de toute action contre la caution pendant la procédure de sauvegarde, puisqu'il peut, pour obtenir un titre exécutoire, faire pratiquer des mesures conservatoires contre cette dernière, soit pendant la période d'observation, soit pendant l'exécution du plan de sauvegarde. C'est ce qu'a considéré la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 juin 2023.

Cass. com., 14 juin 2023, n° 21-24.018

Le dirigeant de la société débitrice s'est porté caution des sommes dues par cette dernière au franchiseur. Par la suite, la société débitrice a été mise en sauvegarde. Puis, après la résiliation du contrat de franchise, le franchiseur a déclaré sa créance à la procédure, assigné le dirigeant caution, et demandé qu'il soit sursis à statuer dans l'attente d'une décision à l'issue de la période d'observation. Le dirigeant a opposé une fin de non-recevoir. Il a soutenu qu'il pouvait se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde.

La Cour d'appel d'Agen, dans un arrêt rendu le 8 septembre 2021 (CA Agen, 8 sept. 2021, n° 19/01209), a déclaré l'action du franchiseur irrecevable. Ce dernier a donc formé un pourvoi en cassation.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 14 juin 2023, a rejeté le pourvoi. Selon elle, si les poursuites du créancier contre la caution ont été suspendues par l'effet de l'ouverture de la procédure de sauvegarde jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde (C. com., art. L. 622-28, al. 2), la société créancière n'a cependant pas été privée de toute action contre la caution. En effet, le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement, peut, pour obtenir un titre exécutoire, prendre des mesures conservatoires contre la caution personne physique, soit pendant la période d'observation (C. com., art. L. 622-28, al. 3), soit pendant l'exécution du plan de sauvegarde (CPCE, art. R. 511-1). De ce fait, la société créancière n'avait pas perdu son droit d'agir contre la caution. ■

RLDA 7775 Contestation de créance et forclusion : le créancier peut appeler les parties omises après l'expiration du délai et ce jusqu'à ce que le juge statue

L'instance introduite devant la juridiction compétente par l'une des parties à la procédure de vérification

des créances s'inscrit dans cette procédure qui est indivisible entre le créancier, le débiteur et le mandataire judiciaire ou le liquidateur. De ce fait, la partie qui saisit le juge compétent doit mettre en cause les deux autres devant celui-ci. Dès lors que cette partie a saisi la juridiction compétente dans le délai d'un mois prévu par l'article R. 624-5 du Code de commerce, elle n'encourt pas la forclusion que ce texte prévoit et a la faculté d'appeler les parties omises après l'expiration de ce délai et ce, jusqu'à ce que le juge statue. Telle est la solution retenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 juin 2023.

Cass. com., 14 juin 2023, n° 21-24.458, B

Une banque a consenti un prêt à une société. Par la suite, cette banque a déclaré au passif de la liquidation judiciaire de la société sa créance au titre du solde du prêt, devenue exigible. Ladite créance a été partiellement contestée par la société débitrice. Le juge-commissaire a, par la suite, retenu que cette contestation soulevait une difficulté sérieuse ne relevant pas de sa compétence. Il a donc renvoyé la banque à saisir la juridiction compétente, et ce dans un délai d'un mois (C. com., art. R. 624-5). La banque s'y est conformée et le liquidateur de la société débitrice a soulevé l'impoposabilité de la créance de la banque à la procédure collective, car la mise en cause de la dirigeante de la société débitrice, intervenue entre temps, a été effectuée après le délai d'un mois précité.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 22 septembre 2021 (CA Paris, 22 sept. 2021, n° 20/02160), a rejeté la fin de non-recevoir présentée par la société et tirée de la forclusion de l'action de la banque (« Lorsque le juge-commissaire se déclare incompétent ou constate l'existence d'une contestation sérieuse, il renvoie, par ordonnance spécialement motivée, les parties à mieux se pourvoir et invite, selon le cas, le créancier, le débiteur ou le mandataire judiciaire à saisir la juridiction compétente dans un délai d'un mois à compter de la notification ou de la réception de l'avis délivré à cette fin, à peine de forclusion à moins d'appel dans les cas où cette voie de recours est ouverte »). La société forme donc un pourvoi en cassation.

Absence de forclusion et faculté d'appeler les parties omises même après l'expiration du délai d'un mois

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 juin 2023, rejette le pourvoi de la société. Selon elle, l'instance introduite devant la juridiction compétente par l'une des parties à la procédure de vérification des créances s'inscrit dans cette procédure qui est indivisible entre le créancier, le débiteur et le mandataire judiciaire ou le liquidateur. De ce fait, la partie qui saisit le juge

compétent doit mettre en cause les deux autres devant celui-ci. Dès lors que cette partie a saisi la juridiction compétente dans le délai d'un mois de l'article R. 624-5 du Code de commerce, elle n'encourt pas la forclusion que ce texte prévoit et a la faculté d'appeler les parties omises après l'expiration de ce délai et ce, jusqu'à ce que le juge statue. En l'espèce, la banque ayant saisi le tribunal de commerce dans le délai d'un mois et appelé la dirigeante de la société débitrice avant que le tribunal ne statue, la forclusion ne pouvait pas lui être opposée. ■

RLDA 7776 **L'AGS ne peut refuser de verser les avances de salaires en cas de redressement ou liquidation judiciaire**

Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 juillet 2023 publié au *Bulletin* et au *Rapport*, et présenté dans un communiqué de la Cour du même jour, celle-ci considère qu'aucun contrôle a priori n'est ouvert à l'AGS dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Elle est dès lors tenue de verser les avances demandées sur seule présentation d'un relevé des créances salariales établi sous la responsabilité du mandataire judiciaire. L'objectif affiché est une « prise en charge rapide » des créances salariales.

Cass. com., 7 juill. 2023, n° 22-17.902 BR

Un plan de cession est arrêté par le Tribunal de commerce de Niort, avec reprise et licenciement d'un certain nombre de salariés. Aussi, le mandataire judiciaire établit un relevé des créances salariales et sollicite l'AGS pour lui permettre de les honorer. L'institution refuse la prise en charge des salaires au motif que le liquidateur n'a pas démontré que les fonds dont disposait l'entreprise étaient insuffisants pour que celle-ci règle les salaires.

Le liquidateur judiciaire saisit la juridiction compétente qui accepte sa demande. La Cour d'appel de Poitiers confirme la décision et enjoint l'AGS de payer entre les mains du liquidateur les sommes en cause. Elle rappelle que l'application du principe de subsidiarité ne confère pas à l'AGS le droit de contrôler les fonds disponibles, contrôle qui n'est expressément prévu que dans le cadre de la procédure sauvegarde en application de l'article L. 3253-20 du Code du travail.

La Cour de cassation confirme estimant que « *faisant l'exacte application des textes, la cour d'appel a retenu (...) que l'obligation de justification préalable par le liquidateur de l'insuffisance des fonds disponibles (...) et la possibilité de contestation immédiate par (l'AGS) ne sont prévues qu'en cas de sauvegarde* ». La Cour de cassation retient l'absence de contrôle a priori de l'AGS, pour les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, l'estimation des fonds disponibles relevant de la seule responsabilité du mandataire ou liquidateur. En conséquence, dans l'intérêt des salariés, précise la Cour, l'AGS doit prendre en charge rapidement les créances salariales sur demande du mandataire.

À noter toutefois que l'AGS avance les sommes en cause mais doit se faire rembourser l'avance de créances salariales en application de l'article L. 3253-16 du Code du travail. ■

FINANCEMENT

RLDA 7777 **L'Autorité des marchés financiers publie son rapport annuel 2022 et présente ses orientations stratégiques 2023-2027**

L'Autorité des marchés financiers fait le constat d'une année 2022 marquée par la guerre en Ukraine et le retour de l'inflation, dans un environnement financier en mutation et face à des risques nouveaux. Les marchés ont connu une forte volatilité et, dans le même temps, la Place de Paris est devenue la première place financière européenne par la capitalisation boursière. Pour les prochaines années, l'Autorité de régulation a défini six nouvelles orientations stratégiques sous le nom Impact 2027.

AMF, rapport annuel 2022, 26 juin 2023

Activités de l'AMF en 2022

Il ressort notamment du rapport annuel de l'AMF qu'en 2022 :

- 31 introductions en bourse ont été réalisées sur Euronext Paris ;
- 33 prestataires de services sur actifs numériques (PSAN) ont été enregistrés ;
- 31 sociétés de gestion ont été agréées ;
- le nombre global d'OPC a continué de croître (12 073 OPC suivis – soit 3 % de plus qu'en 2021 – pour un encours de 1 862 milliards d'euros) ;
- 50 enquêtes ont été menées à leur terme ;
- 64 rapports de contrôles ont été envoyés ;
- 7 accords de transaction ont été homologués pour un montant total de 1 020 800 euros ;

- 12 décisions de sanctions ont été rendues par la Commission des sanctions pour un montant total de 99 580 000 euros.

Orientations stratégiques pour 2023-2027

La présidente de l'AMF, Marie-Anne Barbat-Layani, a souligné que le nom Impact 2027 choisi pour les orientations stratégiques illustre l'ambition de l'Autorité : « *faire de l'AMF un régulateur à fort impact, impliqué à la fois en amont dans la conception et l'adoption des textes, dans le déploiement des normes de la régulation, ainsi que dans la supervision* ».

Ces orientations stratégiques s'articulent autour de :

- deux axes transversaux
 - être un régulateur exigeant pour une place financière européenne de premier plan
 - mener une action internationale forte ;
- trois priorités thématiques
 - protéger les épargnants
 - promouvoir une finance plus durable
 - accompagner l'innovation ;
- un socle
 - être une autorité attractive et performante au service de l'intérêt général. ■

RLDA 7778 Garantie autonome : précision relative au recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire pour perception indue du montant de la garantie

Après paiement d'une garantie autonome, le donneur d'ordre est recevable à exercer un recours contre le bénéficiaire pour faire juger que celui-ci a perçu indûment le montant de la garantie, sans avoir à justifier du remboursement préalable du garant. Telle est la solution retenue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 juin 2023.

Cass. com., 14 juin 2023, n° 21-23.864, B

En l'espèce, une société a confié à une autre société la location-gérance d'un fonds de commerce d'hôtel-restaurant-bar. Le 10 avril 2007, une garantie à première demande a été consentie par la société mère du locataire-gérant (garant) au profit de la société propriétaire de l'hôtel (bénéficiaire) en cas de défaillance du locataire-gérant (donneur d'ordre). Ce dernier n'ayant pas renouvelé le contrat, la société propriétaire de l'hôtel, invoquant la non-remise en état des lieux et une perte de valeur du fonds de commerce, a assigné le garant en exécution de la garantie. La demande a été accueillie par un arrêt du 26 septembre 2017 qui a condamné le garant à payer une certaine somme au bénéficiaire.

Soutenant que les conditions de mise en oeuvre de la garantie consentie n'étaient pas réunies lorsqu'elle a été appelée

par le bénéficiaire, le donneur d'ordre a assigné ce dernier en demandant sa condamnation à lui reverser cette somme.

La cour d'appel a déclaré recevable la demande du donneur d'ordre aux motifs que le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire, à charge pour lui d'établir que le bénéficiaire en a reçu indument le paiement, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles ou par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute du cocontractant bénéficiaire de la garantie ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste, comme en cas d'opposition préventive à l'exécution de la garantie par le garant.

Le bénéficiaire a alors formé un pourvoi en cassation dans lequel il soutenait notamment que la cour d'appel, en statuant comme elle l'avait fait sans s'assurer que le donneur d'ordre avait remboursé au garant la somme versée au bénéficiaire en exécution de la garantie à première demande, avait violé les articles 31 et 122 du Code de procédure civile.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi.

Elle énonce qu'après paiement d'une garantie (ou contre-garantie) autonome, le donneur d'ordre est recevable à exercer un recours contre le bénéficiaire pour faire juger que celui-ci a perçu indûment le montant de la garantie, sans avoir à justifier du remboursement préalable du garant. ■

RLDA 7779 Disproportion du cautionnement : précision sur la qualification de créancier professionnel

N'est pas un créancier professionnel au sens de l'ancien article L. 341-4 du Code de la consommation de sorte que les règles du Code de la consommation relatives à la disproportion manifeste ne lui sont pas applicables, l'associé majoritaire, dirigeant, qui cède les parts qu'il détient dans le capital social d'une société, sa créance n'étant pas née dans l'exercice de sa profession ni ne se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même accessoire. C'est ce que juge la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 juin 2023.

Cass. com., 21 juin 2023, n° 21-24.691, B

Pour mémoire, aux termes de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016, « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ».

En l'espèce, par un acte du 21 novembre 2014, une personne physique a cédé à une société 194 actions qu'elle détenait dans le capital d'une société de forage. Le prix de cession était fixé à hauteur de 300 000 euros dans les trois jours ouvrés à compter de la date de la cession, puis en vingt-quatre mensualités de 50 000 euros, à compter du 1^{er} avril 2015.

Par le même acte, le dirigeant de la société cessionnaire s'est rendu caution solidaire en garantie du paiement du prix de cession.

Alléguant l'existence d'un dol, la société cessionnaire et le dirigeant caution ont assigné le cédant aux fins de le voir condamner à leur payer des dommages et intérêts. Ce dernier a demandé reconventionnellement la condamnation du dirigeant de la société cessionnaire à lui payer, en sa qualité de caution, le solde du prix de cession des actions.

La cour d'appel a rejeté cette demande en paiement dirigée contre la caution. Les juges du fond ont considéré que les dispositions de l'ancien article L. 341-4 du Code de la consommation étaient applicables à l'engagement de caution souscrit. Ils ont en effet relevé que le cédant était dirigeant et associé de la société au moment où le cautionnement a été conclu en sa faveur et retenu qu'en cédant les parts sociales de sa société en consentant un crédit-ven- deur garanti par le cautionnement, il devait être considéré comme un créancier professionnel.

Le cédant s'est alors pourvu en cassation.

La Cour de cassation rappelle, d'abord, qu'il résulte de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016, que le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale.

Puis elle estime que la cession par un associé des droits qu'il détient dans le capital d'une société ou le remboursement des avances qu'il a consenties à la société ne caractérisent pas en eux-mêmes l'exercice d'une activité professionnelle, même si le cédant a été le gérant de la société cédée.

Enfin, selon la Haute juridiction, en statuant comme elle l'a fait, alors que la créance du cédant n'était pas née dans l'exercice de sa profession ni ne se trouvait en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même accessoire, de sorte que les règles du Code de la consommation relatives à la disproportion manifeste ne lui étaient pas applicables, la cour d'appel a violé article L. 341-4 du Code de la consommation.

L'arrêt est donc cassé. ■

À noter : l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a intégré dans le Code civil l'exigence légale de proportionnalité du cautionnement et a abrogé les dispositions qui existaient dans le Code de la consommation. La sanction a été modifiée et le critère de prise en compte du patrimoine de la caution au moment où celle-ci est appelée a également été abrogé. Pour les cautionnements conclus depuis le 1^{er} janvier 2022, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, la sanction en cas de cautionnement disproportionné n'est en effet plus l'impossibilité de se prévaloir du cautionnement mais la réduction du cautionnement au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager (v. C. civ., art. 2300 nouv.).

RLDA 7780 Prolongation de la mensualisation de la révision des taux d'usure

Un arrêté du 27 juin 2023 modifie l'arrêté du 26 janvier 2023 portant adoption de mesures transitoires sur le calcul de l'usure en application de l'article L. 314-8 du Code de la consommation et de l'article L. 313-5 du Code monétaire et financier pour porter la durée de la mensualisation des taux d'usure à 12 mois, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2024.

A. 27 juin 2023, NOR : ECOT2317592A, JO 30 juin

Pour rappel, le taux d'usure correspond au taux d'intérêt maximum légal que les établissements de crédit sont autorisés à pratiquer lorsqu'ils accordent un prêt. Ce taux vise donc à protéger les emprunteurs.

Le 20 janvier 2023, le ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique a décidé de suivre la recommandation du Gouverneur de la Banque de France de procéder jusqu'au 1^{er} juillet 2023 à la publication mensuelle des taux d'usure, pour l'ensemble des catégories de taux d'usure, au lieu d'une publication trimestrielle. Le ministre a précisé que cette mensualisation temporaire du taux d'usure permettrait de lisser dans le temps l'évolution des taux d'usure, afin qu'ils assurent leur fonction protectrice en correspondant à l'état à date du marché.

Un arrêté du 26 janvier 2023, portant adoption de mesures transitoires sur le calcul de l'usure en application de l'article L. 314-8 du Code de la consommation et de l'article L. 313-5 du Code monétaire et financier, a été publié au Journal officiel du 27 janvier (A. 26 janv. 2023, NOR : ECO-T2302033A, JO 27 janv.).

L'article 3 de l'arrêté fixait à six mois la durée de la mensualisation de la révision des taux d'usure (entre le 1^{er} février 2023 et le 1^{er} juillet 2023).

Un arrêté du 27 juin 2023 vient modifier l'arrêté du 26 janvier 2023. La durée de la mensualisation passe de 6 à 12 mois, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2024. ■

RLDA 7781 Les ordonnances relatives à la partie législative du livre VII du Code monétaire et financier et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer sont ratifiées

La loi du 13 juillet 2023, publiée au Journal officiel du 14 juillet, ratifie les ordonnances relatives à la partie législative du livre VII du Code monétaire et financier et portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer.

L. n° 2023-594, 13 juill. 2023, JO 14 juill.

L'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 2023 ratifie, sans y apporter de modifications, trois ordonnances :

- l'ordonnance n° 2021-1200 du 15 septembre 2021 relative aux titres Ier et II de la partie législative du livre VII du Code monétaire et financier ;
- l'ordonnance n° 2022-230 du 15 février 2022 relative aux titres III à VIII de la partie législative du livre VII du Code monétaire et financier ;
- l'ordonnance n° 2022-1229 du 14 septembre 2022 modifiant l'ordonnance n° 2021-1735 du 22 décembre

2021 modernisant le cadre relatif au financement participatif et l'ordonnance n° 2022-230 du 15 février 2022 relatif aux titres III à VIII de la partie législative du livre VII du Code monétaire et financier ;

L'article 2 de la loi prolonge de deux ans l'expérimentation prévue à l'article 48 de la loi n° 2021-1308 du 8 octobre 2021 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des transports, de l'environnement, de l'économie et des finances (au premier alinéa du II de l'article 48 de la loi n° 2021-1308 du 8 octobre 2021 le mot : « trois » est remplacé par le mot : « cinq »).

Les articles 3 à 9 de la loi apportent plusieurs modifications au livre VII du Code monétaire et financier. Il s'agit notamment de rectifications d'erreurs matérielles.

Les articles 10 et 11 modernisent les missions des instituts d'émission d'outre-mer. Ces instituts pourront, entre autres, assurer la centralisation des informations permettant d'identifier les comptes de toute nature détenus par les personnes physiques et morales ainsi que les locations de coffres-forts ou échanger des données statistiques avec l'Insee et les instituts locaux du Pacifique.

Enfin, les articles 12 et 13 de la loi comportent des dispositions transitoires et finales. ■

The advertisement features the Lamy Liaisons logo at the top left, which includes the text 'LAMY | KARNOV GROUP' and 'LIAISONS'. Below the logo is a graphic with the text 'LAMY' and 'BDEI Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel'. The central text reads 'La référence en droit de l'environnement industriel'. The bottom section contains three images: a recycling bin, a field of solar panels, and an industrial refinery. At the bottom right, there is a contact box with the text 'boutique.lamy-liaisons.fr' and 'N° Cristal 09 69 39 58 58'. A small vertical text on the left side of the advertisement reads 'AUBEL | Thomas, J.L.P. 28 | [P] | @getimages - Ben and Jerry Thomas - Reapshot - webis'.

Éclairage

RLDA 7782

Retour sur le devant de la scène de la déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier

La mention du nom du créancier et du montant de la créance de ce dernier dans la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire vaut déclaration de créance effectuée par le débiteur pour le compte du créancier, dans la limite de ces informations.

Cass. com., 8 févr. 2023, n° 21-19.330, F-B

« *La fin d'un traquenard* »⁽¹⁾, « *bizarrie juridique* »⁽²⁾, « *révolution* »⁽³⁾, « *innovation la plus importante de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 pour la pratique du mandataire judiciaire* »⁽⁴⁾... telles sont les expressions utilisées pour évoquer la déclaration de créance faite par le débiteur pour le compte du créancier. Compte tenu de l'importance de cette création, l'arrêt rendu le 8 février 2023 par la chambre commerciale de la Cour de cassation ne pouvait que retenir l'attention. Cet arrêt est important car il apporte des précisions utiles sur le régime de la présomption de déclaration

de créance par le débiteur pour le compte du créancier.

En l'espèce, un groupement agricole d'exploitation en commun a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde. Le débiteur a remis au mandataire judiciaire la liste de ses créanciers en mentionnant la Coopérative puis a contesté la créance de celle-ci en « *fai[sant] valoir que le seul fait que ce créancier apparaisse sur la liste des créanciers ne valait pas déclaration de créance faite par le débiteur pour le compte du créancier, au sens de l'alinéa 3 de l'article L. 622-24 du code de commerce* ».

Par arrêt du 10 juin 2021, la Cour d'appel de Dijon a rejeté la demande d'admission de sa créance formulée par la Coopérative au motif que la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire « *ne comport[ait] l'indication ni des sommes à échoir et de la date de leur échéance, ni de la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie, ni des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté* »⁽⁵⁾. Les juges du fond

(1) F. Perochon *et alii*, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 11^e éd., 2022, p. 1108, § 2754.

(2) P.-M. Le Corre, *La présomption de déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier : du droit relativement positif pour le créancier : du droit « positif », un droit de progrès*, Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2020, p. 319.

(3) F. Perochon *et alii*, *Entreprises en difficulté*, préc., p. 1113, § 2763.

(4) G. Jazottes, F. Legrand, *Déclaration par le débiteur : retour d'expérience et difficultés*, BJE, janv.-févr., 2017, p. 66.

(5) CA Dijon, 10 juin 2021, n° 19/00841.



Sarah MALEK
Doctorante
à l'Université
Paris Nanterre
(CEDCACE)

en avaient déduit que cette déclaration effectuée par le débiteur ne pouvait valoir déclaration de créance pour le compte du créancier.

Le créancier a formé un pourvoi en cassation pour violation des articles L. 622-24 et R. 622-5 du Code de commerce. Selon le moyen, la Cour d'appel aurait dû déduire que les éléments essentiels de cette créance, mentionnés dans la liste des créanciers, à savoir son titulaire et son montant, avaient été portés à la connaissance du mandataire, ce qui valait déclaration de créance du débiteur pour le compte du créancier.

Ainsi, la Cour de cassation devait répondre au problème de droit suivant : la mention du nom du créancier et du montant de sa créance sur la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire suffit-elle à valoir déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier ?

Par arrêt du 8 février 2023, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa de l'article L. 622-24, alinéa 3, du Code de commerce en rappelant le principe selon lequel : « *Il résulte de ce texte que la créance portée à la connaissance du mandataire judiciaire par le débiteur, dans le délai fixé à l'article R. 622-24 du code de commerce, fait présumer de la déclaration de sa créance par son titulaire, mais seulement dans la limite du contenu de l'information fournie au mandataire judiciaire par le débiteur* »⁽⁶⁾. La Haute juridiction reproche à la Cour d'appel d'avoir violé l'article L. 622-24, alinéa 3, du Code de commerce en déduisant que la déclaration faite par le débiteur ne pouvait valoir déclaration de créance pour le compte du créancier alors qu'elle avait constaté que la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire comportait le nom du créancier ainsi que le montant de sa créance, « *ce qui valait déclaration de créance effectuée par le débiteur pour le compte du créancier, dans la limite de ces informations* »⁽⁷⁾.

Ainsi, la seule mention du nom du créancier et du montant de sa créance dans la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire vaut déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier. Bien que valable, la portée de cette déclaration de créance est limitée aux informations fournies au mandataire judiciaire par le débiteur.

I. – La mention du nom du créancier et du montant de sa créance dans la liste des créanciers vaut déclaration de créance pour le compte du créancier

La Cour de cassation retient une solution qui semble conforme à la lettre et à l'esprit de la loi mais également pragmatique et cohérente avec le régime de la déclaration de créance par le créancier.

A. – Une solution conforme à la lettre et à l'esprit de la loi

Conformité à la lettre de la loi. Au visa de l'article L. 622-24, alinéa 3, du Code de commerce, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel pour violation dudit texte en commençant par rappeler que « *la créance portée à la connaissance du mandataire judiciaire par le débiteur, dans le délai fixé à l'article R. 622-24 du code de commerce, fait présumer de la déclaration de sa créance par son titulaire, mais seulement dans la limite du contenu de l'information fournie au mandataire judiciaire par le débiteur* »⁽⁸⁾. En retenant que la déclaration faite par le débiteur ne peut valoir déclaration de créance pour le compte du créancier, la Cour de cassation considère que la Cour d'appel a violé l'article précité car elle a constaté que la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire comportait le nom du créancier et le montant de sa créance, « *ce qui valait déclaration effectuée par le débiteur pour le compte du créancier, dans la limite de ces informations* »⁽⁹⁾.

Par cet arrêt, la Cour de cassation vient donc compléter sa jurisprudence en affirmant que ces deux informations - le nom du créancier et le montant de sa créance - fournies au mandataire judiciaire par le débiteur constituent des conditions suffisantes pour le jeu de la présomption de déclaration de créance pour le compte du créancier. Dans son arrêt du 5 septembre 2018, la chambre commerciale avait eu l'occasion de reconnaître le caractère nécessaire de ces deux informations⁽¹⁰⁾.

La solution posée dans l'arrêt commenté paraît conforme à la lettre de l'article L. 622-24, alinéa 3, du Code de commerce qui dispose : « *Lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance prévue au premier alinéa* ». En effet, ce texte n'impose pas d'exigences formelles particulières pour que la présomption s'applique.

(6) Cass. com., 8 févr. 2023, n° 21-19.330, publié au Bulletin.

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid.*

(10) Cass. com., 5 sept. 2018, n° 17-18.516, Bull. civ. IV, n° 93.

Certes, la lecture des dispositions réglementaires pouvait semer le doute puisqu'elles imposent des informations précises. Selon l'article R. 622-5, alinéa 3, du Code de commerce, toute déclaration faite par le débiteur « *doit comporter les éléments prévus aux deux premiers alinéas de l'article L. 622-25 et, le cas échéant, ceux prévus par le 2° de l'article R. 622-23* ». Il s'agit du « *montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances* »⁽¹¹⁾, de « *la nature et [de] l'assiette de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie et, le cas échéant, [de la précision que] la sûreté réelle conventionnelle a été constituée sur les biens du débiteur en garantie de la dette d'un tiers* »⁽¹²⁾ et de la conversion en euros pour les créances en monnaie étrangère⁽¹³⁾. Il s'agit, en outre, des « *modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté* »⁽¹⁴⁾. Toujours est-il que ni les dispositions législatives ni les dispositions réglementaires ne prévoient que l'omission des sommes à échoir et de la date de leurs échéances ou de la nature de la sûreté grevant la créance voire des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, s'oppose au jeu de la présomption de déclaration de créance.

Conformité à l'esprit de la loi. En décidant que la mention du nom du créancier et du montant de sa créance sur la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire suffit à valoir déclaration de créance effectuée par le débiteur pour le compte du créancier, sans exiger d'informations supplémentaires portées à la connaissance du mandataire judiciaire par le débiteur, la Cour de cassation semble respecter l'esprit de l'article L. 622-24, alinéa 3, du Code de commerce. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que ce texte a été introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014 afin de simplifier la déclaration de créance et donc d'améliorer le sort des créanciers. Conforme à l'esprit de la loi, la solution posée par la Haute juridiction est pragmatique et cohérente avec le régime de la déclaration de créance par son titulaire.

B. – Une solution pragmatique et cohérente avec le régime de la déclaration de créance par le créancier

Pragmatisme. La solution posée par la Haute juridiction paraît pragmatique car il semble peu réaliste d'exiger des débiteurs autant de mentions aux fins de validité de la déclaration de créance pour le compte du créancier. Subordonner la présomption de déclaration de créance à l'exigence que tout débiteur mentionne sur la liste des créanciers pour chaque créance l'intégralité des informations requises par l'article R. 622-5, alinéa 3, du Code de

commerce reviendrait à annihiler l'effectivité de ce mécanisme.

Cohérence avec le régime de la déclaration de créance par le créancier. La solution retenue dans l'arrêt commenté apparaît cohérente avec le régime de la déclaration de créance par le créancier. Lorsque ce dernier déclare sa créance en se contentant de mentionner son nom et le montant de sa créance mais oublie de déclarer la sûreté attachée à sa créance voire les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, cette déclaration n'en demeure pas moins valable. L'oubli de la mention de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie entraîne seulement l'inopposabilité de la sûreté au débiteur. De même, l'omission des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, n'entraîne pas de conséquence sur la validité de la déclaration de créance mais uniquement sur sa portée.

Si la Cour de cassation reconnaît la validité de cette déclaration de créance pour le compte du créancier, elle rappelle sa portée limitée.

II. – La portée limitée de la déclaration de créance par le débiteur pour le compte du créancier

Puisque la déclaration de créance ne vaut que dans la limite des informations fournies au mandataire judiciaire par le débiteur, la déclaration de créance par le créancier conserve tout son intérêt.

A. – La limite de l'information fournie par le débiteur au mandataire judiciaire

Rappel de la jurisprudence antérieure. Si la mention du nom du créancier et du montant de sa créance sur la liste des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire emporte présomption de déclaration de créance par le créancier, il reste que cette déclaration de créance est limitée aux informations fournies au mandataire judiciaire par le débiteur. Ainsi, la Cour de cassation rappelle ce principe déjà posé dans l'arrêt du 5 septembre 2018⁽¹⁵⁾.

Indifférence du support de l'information. L'arrêt commenté laisse en suspens certaines interrogations notamment relatives au support de l'information transmise valant présomption de déclaration de créance. Les textes n'imposent pas de support particulier. Ce qui compte, semble-t-il, n'est pas tant le contenant que le contenu de l'information fournie par le débiteur au mandataire judiciaire. Partant, la portée de l'arrêt du 8 février 2023 ne semble pas cantonner à la liste des créanciers mais devrait s'appliquer nonobstant le support de l'information transmise par le débiteur au mandataire judiciaire et y com-

(11) C. com., art. L. 622-25, al. 1.

(12) *Ibid.*

(13) C. com., art. L. 622-25, al. 2.

(14) C. com., art. R. 622-23, al. 1, 2°.

(15) Cass. com., 5 sept. 2018, n° 17-18.516, Bull. civ. IV, n° 93.

pris lorsque l'information relative à la même créance est fournie sur différents supports, sous réserve du respect du délai fixé à l'article R. 622-24 du Code de commerce.

B. – L'intérêt préservé de la déclaration de créance par le créancier

Risque d'une déclaration incomplète ou erronée. L'arrêt du 8 février 2023 montre que la déclaration de créance par son titulaire conserve tout son intérêt puisque la portée de la déclaration de créance pour le compte du créancier est limitée au contenu de l'information fournie au mandataire judiciaire par le débiteur et au respect du délai fixé à l'article R. 622-24 du Code de commerce. Autrement dit, le créancier qui compterait sur la diligence du débiteur pour faire reconnaître sa créance s'expose donc au risque d'une déclaration effectuée hors délai, inexacte ou incomplète comme l'illustrent les faits de l'arrêt.

Une déclaration valable jusqu'à celle du créancier. L'intérêt de la déclaration de créance par son titulaire est d'ail-

leurs préservé puisque la déclaration par le débiteur pour le compte du créancier reste valable tant que le créancier n'a pas déclaré sa créance. En effet, l'article L. 622-24, alinéa 3, du Code de commerce pose une présomption simple susceptible d'être renversée par la déclaration du créancier dès lors que cette dernière intervient dans le respect du délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC⁽¹⁶⁾.

En conclusion, la déclaration de créance par le débiteur ne représente donc pas « *un parcours de santé pour le créancier* »⁽¹⁷⁾ qui doit se montrer vigilant. Cette vigilance s'impose encore plus depuis la loi du 14 février 2022 qui a séparé le patrimoine de l'entrepreneur individuel en deux patrimoines distincts et qui pourrait, le cas échéant, contraindre le créancier bénéficiaire d'un droit de gage sur les deux patrimoines à effectuer plusieurs déclarations de créance⁽¹⁸⁾. ■

(16) C. com., art. R. 622-24, al. 1.

(17) Expression empruntée à K. Lafaurie, Déclaration de créance par le débiteur : un parcours de santé pour le créancier ?, BJE, 31 mai 2023.

(18) Pour une analyse détaillée de cette question : v. F. Perochon *et alii*, Entreprises en difficulté, préc., p. 1098 et s., § 2731 et s.

Jurisprudence commentée

RLDA 7783

Un revirement en demi-teinte sur la nullité des décisions sociales dans les SAS

Le 15 mars 2023, la Cour de Cassation exprime clairement un revirement de jurisprudence. Encourent désormais la nullité sur le fondement de l'article L. 227-9 alinéa 4 du code de commerce, les délibérations contraires aux statuts si la violation est de nature à influencer sur le résultat du processus décisionnel. Cette solution nouvelle se justifie, car les statuts essentiels à l'organisation et la sécurité des actes de la société déterminent, dans les conditions de l'alinéa 1er de l'article L. 227-9, les formes et conditions des décisions collectives des associés.

Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18.324, B+R

La société Larzul associe encore son nom à la jurisprudence de la Cour de Cassation. Destinée à la publication au bulletin et au rapport, l'arrêt de cassation du 15 mars 2023 traduit un revirement concernant l'appréciation des décisions sociales prises en violation des statuts d'une société par actions simplifiée (SAS).

À l'origine du litige, un rapprochement entre la société Vectora associé majoritaire de la SAS Larzul et la société Française de gastronomie (SFG) société mère de la société UGMA. Étaient convenues, une cession d'actions de la société Larzul par Vectora à la SFG ainsi qu'une augmentation de son capital social au profit de l'UGMA. Après quelques péripéties, le 3 avril 2012 la société Vectora est devenue l'associé unique de la SAS Lazurl. La société SFG a demandé l'annulation de toutes les assemblées générales ordinaires et extraordinaires survenues à compter du 3 avril 2012, s'estimant privée de ses droits d'actionnaire depuis cette date. La Cour d'appel de Rennes fit droit à cette demande mais seulement pour les décisions postérieures au 13 janvier 2013. Elle s'appuyait notamment sur les articles L. 223-28, L. 223-29 du code

de commerce concernant les sociétés à responsabilité limitée (SARL). La société Larzul introduit alors un pourvoi en cassation. D'une part, elle reprochait aux juges du fond de ne pas avoir fondé leur décision sur la violation par les assemblées litigieuses, d'une disposition impérative du livre II du code de commerce ou des lois qui régissent les contrats. Elle invoquait d'autre part, l'utilisation pour la SAS, de textes propres aux SARL. Elle défendait alors la violation des articles L. 223-28, L. 223-29, L. 227-5, L. 227-9 et L. 235-1 du code de commerce.

La Cour de Cassation devait ainsi déterminer si une décision collective des associés prise en contradiction avec une disposition statutaire de la société par actions simplifiée encourent la nullité.

La Chambre commerciale, financière et économique va adopter une solution surprenante.

Considérant sa jurisprudence antérieure comme rendant impossible toute sanction pour une décision collective adoptée en contradiction avec les statuts de la SAS, elle va décider de l'abandonner. Elle va approuver la solution des juges du fond et



Robert VINCENT

Docteur en droit
Qualifié aux
fonctions de Maître
de conférences

rejeter sur ce point le moyen du pourvoi. Ce revirement s'explique par la volonté des magistrats d'assurer le bon fonctionnement de la société et la sécurité juridique de ces actes. Néanmoins, la Cour va casser la décision déferée en censurant une erreur grossière des juges du fond appliquant à la SAS des textes propres aux SARL. Ce n'est pas ce dernier point qui mérite l'attention mais bien le revirement qui a déjà marqué l'esprit éclairé de plusieurs commentateurs⁽¹⁾. Si ce nouvel arrêt *Larzul* marque un changement notable de jurisprudence, la solution peut apparaître en demi-teinte, car le revirement affirmé demeure partiel et sa portée peut apparaître incertaine.

I. – Un revirement partiel

Dans leur approche pédagogique, les magistrats apportent un éclairage indispensable pour comprendre pourquoi la jurisprudence *Larzul* se trouve abandonnée pour les sociétés par actions simplifiées uniquement.

A. – La jurisprudence *Larzul*

La jurisprudence *Larzul* née de l'arrêt du 18 mai 2010⁽²⁾ participe à la construction complexe des nullités en droit des sociétés. L'article L. 235-1 alinéa 2 du code de commerce dispose que la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats. En 2010, la chambre commerciale avait rajouté une précision. « *Sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* ».

La solution dégagée en 2010 concernait toutes les sociétés commerciales dès lors que l'article L. 235-1 constitue le fondement juridique. Dans un arrêt du 26 avril 2017⁽³⁾, elle avait précisé sa jurisprudence tout spécialement pour les sociétés par actions simplifiées. Elle considérait que

l'article L. 227-9 alinéa 1^{er} ne permettait pas d'obtenir la nullité d'une décision collective des associés prise en violation d'une disposition statutaire. Ces statuts ne disposant nullement d'une impérativité, le juge ne pouvait alors prononcer la nullité d'une décision sociale contraire. Les décisions prises dans le cadre de l'alinéa 1^{er} relevaient alors d'un régime juridique différent de ceux énoncés aux alinéas 2 et 3.

Dans son pourvoi à l'origine de la décision commentée, la société *Larzul* excipait fort logiquement la jurisprudence de 2010 précisée en 2017 pour obtenir la cassation de l'arrêt attaqué. Mais la Cour ne l'a pas suivie en décidant d'abandonner la jurisprudence *Larzul* pour les SAS.

B. – Abandonnée pour les sociétés par actions simplifiées

Selon la Cour de Cassation, la solution dégagée le 26 avril 2017 bloque la nullité et empêche alors toute sanction contre une décision sociale contraire aux statuts de la SAS. Or, l'expression de la liberté contractuelle dans le cadre de l'article L. 227-9 alinéa 1^{er} s'avère « *essentielle au bon fonctionnement de la société et à la sécurité de ses actes* ». Cet argument avancé par la Cour se comprend mais devrait pouvoir s'étendre au moins aux sociétés civiles et aux sociétés en nom collectif dont l'organisation repose également sur la liberté contractuelle. Pour l'instant, la nouvelle lecture que certains appellent une réécriture jurisprudentielle⁽⁴⁾ de l'article L. 227-9, indique clairement un changement d'analyse uniquement pour les sociétés par actions simplifiées.

La Cour adopte désormais une interprétation unitaire de l'article L. 227-9,⁽⁵⁾ car la nullité énoncée à l'alinéa 4 concerne les décisions collectives des associées prévues à l'alinéa 1^{er} du texte. Alinéa introduit par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999, une partie de la doctrine réclamait cette analyse⁽⁶⁾. Le revirement opéré par la Cour s'avère salutaire pour rendre plus cohérent le droit commun des nullités pour les actes et délibérations des sociétés tout en permettant l'enrichissement du droit spécial des SAS.

Même si la Cour rappelle dans la décision commentée l'impossibilité de voir dans les statuts de la société des normes impératives, la nullité encourue pour les décisions collectives des associés contraires confère peut-être au contrat-organisation statutaire, une impérativité d'em-

(1) Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18.324, publié au Bulletin, D. 2023. 671, note A. Couret ; Rev. sociétés 2023. 377, note L. Godon ; JCP E, 2023, 1093, note B. Dondero ; BJS mai 2023, 13 note H. Le Nabasque.

(2) Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, Bull. civ. IV, n° 93, Rev. sociétés 2010. 374, note P. Le Cannu ; D. 2010. 2405, obs. A. Lienhard, note F. Marmoz ; *ibid.* 2797, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; RTD civ. 2010. 553, obs. B. Fages ; JCP E 2010. 1562, note A. Couret et B. Dondero ; BJS juill.-août 2010, p. 651, note H. Le Nabasque ; JCP E 2011. 1000, n° 2, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; BRDA 10/10, n° 1 ; Dr. sociétés 2010, n° 156, note M.-L. Coquelet ; Dr. et patr. mai 2011, p. 84, obs. D. Poracchia ; *Adde* D. Gibirila, La nullité des délibérations du conseil d'administration d'une société par actions simplifiée, Journ. sociétés, juill. 2010, p. 81.

(3) Cass. com., 26 avr. 2017, n° 14-13.554, Dr. sociétés 2017, comm. 141, note C. Coupet ; Rev. sociétés 2017, p. 422, note D. Schmidt.

(4) B. Dondero, précité note sous Cass. com., 15 mars 2023.

(5) L. Godon précité note sous Cass. com., 15 mars 2023.

(6) L. Godon, La société par actions simplifiée, LGDJ, 2014, n° 432 s. ; M. Germain et P.-L. Périn, La société par actions simplifiée, Joly, 2016, n° 176 ; H. Azarian, La société par actions simplifiée, LexisNexis, 2016, n° 395 ; P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, 2022, LGDJ, n° 1032 ; A. Charvériat, B. Dondero, F. Gilbert et M.-E. Sébire, Mémento sociétés commerciales, F. Lefebvre, 2023, n° 60520.

prunt ou déléguée⁽⁷⁾ par le législateur qui semble imposer aux statuts le soin de fixer « *les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* ». Il faut néanmoins garder à l'esprit la compétence exclusive accordée par les alinéas 2 et 3 de l'article L. 227-9, respectivement à l'assemblée générale et à l'associé unique.

La Cour justifie son revirement par la volonté de sécuriser les actes pris par la société. Elle renvoie certainement au concept de sécurité juridique. Mais cette notion fonctionnelle demeure ambivalente et difficile à cerner⁽⁸⁾. Elle cache certainement un oxymore perceptible dans la matière qui nous intéresse ici. Il demeure louable de permettre à tout intéressé de connaître les règles applicables aux actes émis par une société par actions simplifiée. Mais le revirement opéré le 15 mars 2023 risque au contraire de créer une véritable insécurité juridique illustrant peut-être sa portée incertaine.

II. – Une portée incertaine

La portée du revirement énoncé le 15 mars 2023 semble incertaine au regard des décisions sociales concernées par une nullité facultative conditionnée.

A. – Les décisions sociales concernées

Comprenons par décision (ou délibération) sociale, toute expression de volonté du sujet de droit personne morale par le truchement d'un organe de la société. Or, la solution énoncée le 15 mars 2023 soulève certains questionnements sur la nature et la temporalité des décisions désormais annulables.

Initialement, la jurisprudence *Larzul* de 2010 portait sur les décisions collectives. L'objet du litige de l'arrêt commenté et le domaine de l'article L. 227-9 alinéa 1^{er} du code de commerce laisse alors penser que le revirement du 15 mars permet d'envisager de nouvelles causes de nullité uniquement pour les décisions collectives⁽⁹⁾ prises par les associés de SAS⁽¹⁰⁾. Certains auteurs limitent d'ailleurs la notion à l'expression des associés⁽¹¹⁾. À l'avenir, ce type de décisions sera vraisemblablement décortiqué à la lumière de l'arrêt du commenté, car demeure maintenant annulable, l'expression collective des associés effectuée en contrariété avec les dispositions statutaires précisant le domaine décisionnel, la forme (assemblée générale,

consultation écrite...) ou les conditions (délai de convocation, information des associés, règles de quorum ou de majorité...) de la décision.

Mais la Cour semble aller plus loin. Les magistrats étendent certainement la nullité de l'alinéa 4 aux décisions ou délibérations sociales de toute nature, exprimées au sein de la SAS. Cette analyse paraît cohérente avec la liberté contractuelle dont jouissent les associés pour organiser la société avec la création de plusieurs organes sociaux⁽¹²⁾. Ainsi, sera désormais annulable une délibération individuelle ou collective d'un organe qui ne respecterait pas la compétence réservée par les statuts, aux décisions collectives des associés⁽¹³⁾. *A contrario*, la nouvelle nullité ne concerne pas les décisions sociales d'une SAS unipersonnelle, car elle se trouve exclue du domaine de l'article L. 227-9 alinéa 1^{er}.

Sera désormais annulable une délibération individuelle ou collective d'un organe qui ne respecterait pas la compétence réservée par les statuts, aux décisions collectives des associés

Les causes de nullité peuvent donc certainement toucher un plus grand nombre de décisions sociales de la SAS pluri-personnelle dans leur nature mais également leur temporalité, car le revirement du 15 mars 2023 ne vaut pas uniquement pour l'avenir⁽¹⁴⁾. Face au silence gardé par les magistrats, la solution énoncée pourra inciter certains à remettre en cause la validité de décisions sociales émises antérieurement sous l'empire de la jurisprudence du 26 avril 2017. Dans tous les cas, la nullité ne sera prononcée que si les conditions fixées aujourd'hui par la Cour se trouvent réunies.

B. – Par une nullité facultative conditionnée

Dans son arrêt, la Cour rappelle le caractère absolu de la nullité de l'article L. 227-9, car tout intéressé peut la demander. Néanmoins, l'action du demandeur reste restreinte. Sa demande ne pourra prospérer que si la cause de nullité « *est de nature à influencer sur le résultat du processus* » décisionnel. La Cour a introduit dans le régime de l'action, une condition supplémentaire. Cette nullité demeure ouverte si le demandeur démontre les conséquences juridiques réelles de la contrariété statutaire sur les droits dont il dispose. Si l'interprétation unitaire précédemment

(7) L. Godon précité note sous Cass. com., 15 mars 2023.

(8) G. Herzog, L'ambivalence du principe de sécurité juridique, RFDA 2023, p. 127.

(9) H. Le Nabasque précité note sous Cass. com., 15 mars 2023.

(10) B. Dondero, précité note sous Cass. com., 15 mars 2023 ; A. Couret précité note sous Cass. com., 15 mars 2023 ; L. Godon précité note sous Cass. com., 15 mars 2023.

(11) B. Dondero et P. Le Cannu, Droit des sociétés, précité, n° 1011.

(12) *Ibid*, n° 997 et 1041.

(13) M. Germain, P.-I. Périn, H. Azarian, Juriscl. Société, Fasc. 155-25, LexisNexis 2021, n° 3 et 54.

(14) B. Dondero, précité note sous Cass. com., 15 mars 2023.

évoquée de l'article L. 227-9 doit être soulignée, celle-ci mérite néanmoins d'être tempérée, car cette nouvelle condition jurisprudentielle ne concerne que la nullité invoquée sur le fondement de l'alinéa 1^{er}.

Dans le dossier qui nous intéresse, la Cour d'appel de renvoi devra alors vérifier si l'atteinte portée au droit de l'actionnaire a influé sur le résultat de la décision collective. Ceci peut expliquer le renvoi de l'affaire après le rejet du moyen principal⁽¹⁵⁾. Malgré la sécurité juridique invoquée par la Chambre commerciale pour justifier son revirement, il existe en réalité une véritable incertitude.

De plus, la nouvelle lecture de l'article L. 227-9 ne supprime pas le caractère facultatif de la nullité énoncée à l'alinéa 4⁽¹⁶⁾. Même si la cause de nullité est acquise, le juge

ne voit nullement sa compétence liée par cette constatation. En fonction des circonstances du litige, la sanction pourra être évitée si le juge constate une confirmation, ratification ou régularisation effectuée⁽¹⁷⁾.

L'arrêt du 15 mars 2023 marque peut-être le deuxième opus juridictionnel d'une trilogie ou saga jurisprudentielle *Larzul*. Cette décision mérite d'être classée parmi les arrêts notables du droit des sociétés tant la solution révèle une « dimension révolutionnaire⁽¹⁸⁾ ». Mais sa valeur ne doit pas occulter une appréciation fine de sa portée. Les lecteurs de statuts de SAS actuelles apprécieront avec un œil différent les dispositions du pacte sociétaire et la plume des rédacteurs du contrat-organisation de sociétés futures se trouvera certainement influencée. ■

(15) H. Le Nabasque précité, note sous Cass. com., 15 mars 2023.

(16) L. Godon précité, note A. Couret précité, B. Dondero précité, H. Le Nabasque précité, note sous Cass. com., 15 mars 2023.

(17) B. Dondero et P. Le Cannu, précité, n° 476.

(18) B. Dondero précité, note sous Cass. com., 15 mars 2023.

MATINÉE D'ACTUALITÉ

Évaluer les risques de conformité et en réaliser une cartographie

Pour une mise en œuvre adaptée de la loi SAPIN 2, du RGPD, du droit de la concurrence...

PARIS - **Mardi 19 septembre 2023 (9h00 - 12h00)**

En présentiel ou connecté à distance

Avec l'intervention de :

Frédéric CORDEL, Fondateur de FCconsulting,
Enseignant dans le MBA MRC de Paris Dauphine

Fanny ROCABOY, Avocate associée, Aldébaran
Avocats

■ Sondage auprès des participants

- Panorama détaillé des risques théoriques liés aux questions de conformité
- Illustrations concrètes pour différents textes de loi habituellement attachés à la conformité (Sapin 2, RGPD...)

■ La notion de risque dans différentes réglementations

- Rapide panorama de la notion de risques traitée différemment selon les réglementations :
 - La loi SAPIN 2,
 - Le RGPD,
 - Le devoir de vigilance,
 - Le droit de la concurrence.

■ Pourquoi l'approche traditionnelle de la cartographie des risques est peu adaptée aux risques de conformité ?

- L'impact et la probabilité d'occurrence sont-elles des notions pertinentes pour les risques de conformité ?
 - Approche bottom up ou top down ?
 - Présentation d'autres considérations
- Temps de Questions/Réponses

■ Evaluer les risques REELS de conformité

- Les outils de l'intelligence économique/OSINT
Mini-étude de cas : évaluer les risques suite à l'adoption d'un nouveau texte impliquant la création d'une autorité administrative indépendante
 - Les facteurs atténuants et aggravants de risques liés au modèle économique de l'entreprise.
- Temps de Questions/Réponses

■ Formaliser une cartographie efficace et efficiente d'un risque de conformité

- Présentation d'une méthode
- Les outils (sondage, matrice de risques, dataviz...)

CLÔTURE

TEMPS DE QUESTIONS/RÉPONSES AVEC LA SALLE SUR L'ENSEMBLE DES POINTS ÉVOQUÉS LORS DE LA MATINÉE

Les plus pédagogiques :

- Des outils remis lors de la formation pour vous faciliter l'évaluation des risques de conformité, par les intervenants.
- Illustrations par de très nombreux cas concrets tirés de l'expérience des intervenants.

Objectifs :

- Distinguer les risques théoriques de compliance vs risques réels,
- Savoir évaluer les risques réels de conformité via :
 - Des actions d'intelligence économique,
 - Une analyse des facteurs aggravants et atténuants de risques (pour chaque réglementation clé).
- Savoir formaliser une cartographie d'un risque réglementaire.

Vous êtes concernés :

- Directeur, Responsable juridique,
- Directeur, Responsable compliance,
- Risk manager
- Secrétaire Général,
- Avocat,
- Auditeur interne.

CLIQUEZ OU FLASHEZ

Informations complémentaires et inscriptions :

<https://formation.lamy-liaisons.fr/conferences>

Tél. 09 69 32 35 99

FR-liaisonsformation@lamyliaisons.fr



RLDA 7784

Confier un siège à la Nature au sein du conseil d'administration : un atout ou un risque pour la société ?

La stratégie environnementale des sociétés intéresse de plus en plus largement des personnes extérieures au conseil d'administration, telles que les actionnaires, les investisseurs ou plus généralement la société civile. Serait-il opportun, dans ce contexte, de confier un siège au sein du conseil d'administration à la Nature ? Outre-Manche, l'entreprise de beauté britannique Faith in Nature, est la première entreprise à notre connaissance à avoir franchi ce pas. Nous nous interrogeons, de manière prospective, sur les atouts et les risques d'une telle démarche.

Le conseil d'administration est investi d'un rôle important dans le cadre de la transition écologique. La dernière version du code de l'Afep-Medef⁽¹⁾, paru en décembre 2022, l'érige en garant de la mise en œuvre des stratégies environnementales de la société, et ce au regard des pouvoirs et des compétences qui sont les siens. Organe clé, le conseil d'administration organise, avec le directeur général, les grandes orientations stratégiques, économiques, financières, sociales ou technologiques de l'entreprise.

Or, la stratégie environnementale des sociétés intéresse de plus en plus largement des personnes extérieures au conseil d'administration, comme l'illustre le *say on climate*, pratique selon laquelle les actionnaires désirent que la stratégie climatique de la société soit soumise à leur vote⁽²⁾. Le printemps 2023 des assemblées générales

témoigne également de revendications de la société civile, désireuse d'exercer une influence sur la politique climatique menée par de grandes sociétés. Par exemple, l'assemblée générale de TotalEnergies, qui s'est déroulée le 26 mai 2023, a été marquée par de vives manifestations nécessitant l'intervention des forces de l'ordre et a été précédée d'une tribune au Monde dans laquelle 188 scientifiques et experts ont dénoncé sa politique climatique⁽³⁾. La manière dont le conseil d'administration exerce son pouvoir de décision en matière environnementale est ainsi ostensiblement remis en question.

Serait-il opportun, dans ce contexte, de confier un siège au conseil d'administration à la Nature ? Outre-Manche, l'entreprise de beauté britannique *Faith in Nature*, est la première entreprise à donner un siège à la Nature au sein de son conseil d'admi-



Sabrina DUPOUY

Maître de conférences,
Université de
Clermont-
Auvergne
CMH UR 4232

(1) Afep-Medef, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, déc. 2022.

(2) L. Boisseau, Pourquoi le "say on climate" fait-il peur aux entreprises ?, Les Échos, 13 févr. 2023.

(3) Tribune, Nous, scientifiques et experts, appelons les actionnaires de TotalEnergies à voter contre la stratégie climat de la firme, Le Monde, 7 mai 2023.

nistration⁽⁴⁾. Lorsque le conseil d'administration se réunit, l'administrateur représentant la nature s'exprime en son nom. Et pour remplir cette mission au mieux, cette société *Faith in Nature* a inséré dans ses statuts une clause organisant la création d'un comité d'experts (climatologues, biologistes, économistes, agriculteurs etc...) dont le rôle sera d'éclairer et de guider l'administrateur représentant la Nature.

Conférer la qualité de sujet de droit à la Nature, la question n'est plus tant iconoclaste que cela. Tout autour du globe, et dans des pays de tradition civiliste proche de la nôtre, le pas a été franchi. Aux États-Unis, par exemple, environ 200 municipalités ont doté certains éléments naturels d'un tel statut⁽⁵⁾. En septembre 2022, pour la première fois sur le continent européen, une grande lagune d'eau salée, la Mar Menor est à présent également un sujet de droit⁽⁶⁾. Dans ces deux exemples, la finalité d'une telle consécration est la même : protéger au mieux, en s'approchant au plus près des intérêts de la Nature, et plus précisément de l'entité naturelle en question. L'opportunité d'une telle évolution juridique fait aujourd'hui débat en France, c'est pourquoi nous nous interrogeons ici sur les effets qu'un tel statut produirait dans la vie des affaires, et plus précisément dans la gouvernance de grandes sociétés.

De manière prospective, nous nous pencherons sur les atouts et les risques d'une telle démarche.

I. – Un atout

Un atout, car cela permettrait de renforcer l'idée selon laquelle le conseil d'administration est le lieu privilégié de l'élaboration de la stratégie environnementale de la société. Confier un siège à la Nature, de manière à rassurer sur la prise en compte des intérêts environnementaux par le conseil d'administration et démontrer qu'un tel dialogue peut tout à fait exister et se dérouler au mieux au sein du conseil d'administration.

A. – Apaiser

Les tensions sont multiples et croissantes à l'encontre du monde économique, et plus particulièrement des grandes sociétés auxquelles il est demandé d'agir au mieux dans la lutte contre la crise climatique. Et le conseil d'administration joue un rôle majeur. Sur proposition de la direction

générale, il détermine des orientations stratégiques pluriannuelles en matière environnementale (RSE, politique climatique etc.) assorties d'objectifs précis. Cette stratégie climatique ainsi que les actions engagées pour ce faire sont présentées à l'assemblée générale ordinaire au moins tous les 3 ans⁽⁷⁾. La dernière version du code de l'Afep-Medef⁽⁸⁾ nous apprend à ce propos qu'il est recommandé au conseil d'administration d'examiner chaque année les résultats, et, éventuellement, d'adapter sa stratégie, de manière à prendre en compte au mieux les intérêts environnementaux. Or, il s'agit précisément du mode d'élaboration ainsi que du contenu de cette stratégie qui ne prennent pas assez en compte les intérêts et besoins de la Nature, qui sont dénoncés par certains tiers au conseil d'administration. Dans ce cadre, confier un siège à la Nature, au sein du conseil d'administration, représenterait un signal fort adressé aux actionnaires, à la Place etc... Un signal martelant au fil du temps et des conseils que ces attentes sont entendues et ce par une personne la mieux placée pour exprimer ces attentes, la Nature elle-même. Plus précisément, par le jeu de la représentation (à l'instar de la personne morale) la personne chargée d'exprimer et de faire valoir les intérêts de la Nature posséderait naturellement les qualités adéquates pour ce faire. L'entreprise *Faith in Nature* a partagé ce poste entre deux juristes représentant la Nature : l'une, appartenant à l'association Earth Law Center, et l'autre, au cabinet Lawyers for Nature⁽⁹⁾. Dans le cas de cette entreprise ce sont des juristes qui représentent la Nature, mais on pourrait tout à fait imaginer que ce soit des personnes ayant les compétences scientifiques pour expliquer les besoins et intérêts des entités naturelles représentées. Et le fait d'exprimer de la manière la plus complète les besoins de la Nature au sein de cet organe de direction favorisera et participera directement à une gouvernance sociétale apaisée.

En effet, le lien de confiance qui unit les actionnaires au conseil d'administration est parfois mis à mal dans notre société contemporaine marquée par la crise écologique. Comme nous l'avons évoqué, pour certains actionnaires, le plan climatique du groupe soumis au vote par le conseil d'administration n'est pas assez ambitieux. Cela permettrait d'apaiser les velléités de *say on climate*. Le Code de commerce prévoit en effet la possibilité pour les actionnaires de déposer des projets de résolution destinés à être ajoutés à l'ordre du jour. Or, selon le Haut Comité Juridique de la Place de Paris, cela n'empiète pas sur les missions du CA, et ce même si le CA s'engage à moduler

(4) Ch. Meyer, Quand les entreprises donnent une voix à la nature, Les échos, 17 mars 2023.

(5) M. S. Perkins, *How Pittsburgh embraced a radical environmental movement popping up in conservative towns across America*, Business Insider, 9 juill. 2017, <http://www.businessinsider.com/rights-for-nature-preventing-fracking-pittsburgh-pennsylvania-2017-7>.

(6) Loi 19/2022, du 30 septembre, pour la reconnaissance de la personnalité juridique à la lagune de la Mar Menor et à son bassin (*Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca*).

(7) Afep-Medef, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, déc. 2022.

(8) Afep-Medef, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, déc. 2022.

(9) Ch. Meyer, Quand les entreprises donnent une voix à la nature, Les échos, 17 mars 2023.

sa stratégie en fonction de cet avis⁽¹⁰⁾. Tout de même, le Forum pour l'investissement responsable recommande deux résolutions : l'une portant sur la stratégie climat de l'entreprise, l'autre sur sa mise en œuvre. De telles recommandations traduisent ainsi une défiance de certains actionnaires envers le conseil d'administration. Et on peut imaginer que, si de telles attentes ne sont pas satisfaites ou tout au moins entendues, les actionnaires pourraient par exemple voter contre le renouvellement du président du conseil d'administration. Confier un siège à la Nature, permettrait de rassurer sur la prise en compte des enjeux environnementaux par le CA lors de la détermination des orientations de l'activité de la société.

Le dialogue entre les intérêts environnementaux et économiques serait davantage valorisé si un administrateur représentant les intérêts de la Nature était présent au conseil d'administration

En outre, confier un tel siège à la Nature pourrait être également un atout pour la pérennité de l'entreprise. Les administrateurs sont souvent rémunérés en application de l'article L. 225-45 du Code de commerce et cela est réparti en toute liberté par le conseil entre ses membres. L'on peut imaginer que les revenus perçus par la Nature en tant qu'administrateur pourrait être réinvesti dans des ressources naturelles exploitées par la société et donc dans son intérêt. À l'instar des fondations qui sont bien souvent des actionnaires stables et durables protégeant les valeurs et les intérêts des entreprises en les inscrivant dans une perspective de long terme, la Nature en tant qu'administrateur soutiendrait la société.

B. – Dialoguer

Pour pouvoir exprimer une position, il est nécessaire de connaître le sujet en question. Or, les administrateurs sont privilégiés : parmi leurs prérogatives, et de manière à exercer au mieux leurs fonctions, ils jouissent d'un droit à l'information en application de l'article L. 225-35 du Code de commerce. Tant le contenu que le moment où doit s'exercer cette obligation sont garantis d'une information de qualité. Le président ou le directeur général de la société doivent en effet communiquer à cet administrateur les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission, et ce avant la tenue du conseil. En effet, en application de l'article L. 225-35 du Code de commerce, le conseil d'administration pro-

cede aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société doivent ainsi communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Naturellement ce droit à l'information doit être exercé par l'administrateur conformément à l'intérêt social, qui doit prendre à présent en considération les enjeux environnementaux en application de l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil⁽¹¹⁾. La Nature en tant qu'administrateur profiterait ainsi d'informations privilégiées tout au long de l'exécution du contrat de société. La communication sur les questions environnementales serait ainsi renforcée au sein du conseil d'administration.

Ce droit à l'information pourrait être affermi grâce à la technique sociétaire, à l'aide d'une clause dédiée insérée dans les statuts. Une telle clause pourrait par exemple prévoir qu'un administrateur en particulier, la Nature, devrait être informé en priorité et systématiquement de tous les aspects environnementaux de l'activité de la société. Une telle clause statutaire serait dotée d'une grande force, car depuis un important arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 mars 2023, la violation d'une disposition statutaire, lorsqu'elle détermine les décisions collectives des associés, peut à présent être sanctionnée par la nullité⁽¹²⁾.

Également, le règlement intérieur permet de préciser les pouvoirs du conseil d'administration. En pratique, dans le règlement, il est courant de préciser que le conseil d'administration approuve les orientations stratégiques proposées par le directeur général ou encore le fait qu'il doit être informé en cas de déviations des orientations prévues. Il peut également être fait mention du fait que le conseil veille à la maîtrise des risques générés par l'activité sociale. Là encore, l'information des administrateurs est couplée à une possibilité d'agir. Le dialogue entre les intérêts environnementaux et économiques serait là encore davantage valorisé si un administrateur représentant les intérêts de la Nature était présent au conseil d'administration.

Cette qualité hautement symbolique constituerait un puissant atout pour apaiser les tensions mentionnées plus haut et éviter, peut-être, les résolutions dissidentes, non soutenues par le CA. Fin avril 2023, des actionnaires ont notamment porté à la connaissance de la société Engie une telle résolution, en matière climatique, qui n'a pas été retenue par le conseil d'administration. Le président du conseil d'administration, Jean-Pierre Clamadieu a rassuré les actionnaires minoritaires auteurs de cette résolution : « *le conseil en tiendra compte dans ses réflexions*

(11) J. Mestre, Propos conclusifs, Rev. sociétés, 2018, p. 647.

(12) Cass. com., 15 mars 2023, no 21-18324, à paraître au Bulletin, V. not. A. Couret, Nullité pour méconnaissance des dispositions statutaires : nouvelle étape, D., 2023, p. 671.

(10) Rapport publié en janvier 2023.

sur la manière de poursuivre le dialogue sur ces sujets climatiques ». Est-ce qu'« en tenir compte » en conférant un siège à la Nature ne serait pas un signal extrêmement fort ? Cette volonté des actionnaires de communiquer très directement au conseil d'administration leurs inquiétudes ainsi que leurs attentes n'est pas isolée. Lors de la dernière assemblée de TotalEnergies qui s'est déroulée le 26 mai 2023, une résolution climatique déposée par une minorité d'actionnaires, non soutenue par le conseil d'administration, a été votée par 30 % des votants⁽¹³⁾. Cela traduit notamment une forte volonté d'être entendus par les actionnaires.

Enfin, peut-être que confier un siège à la Nature renforcerait la confiance des actionnaires dans les décisions prises par le conseil. De manière générale, existe un phénomène, le cas des « résolutions mal votées » qui expriment une « distance actionnariale », selon Alain Couret⁽¹⁴⁾, à l'égard d'un ou plusieurs aspects de la politique menée par la société. Ce type de vote insatisfaisant est particulièrement susceptible d'être rencontré en matière environnementale.

II. – Un risque

Le risque est que les grandes lignes stratégiques de la société soient bouleversées, voire même mises à mal par la Nature en tant qu'administrateur. En cette qualité, le représentant de la Nature pourrait s'opposer à la stratégie adoptée par la société, voire réorienter les choix stratégiques.

A. – Une possible opposition

La Nature en tant qu'administrateur profiterait naturellement des pouvoirs de ce dernier. En application de l'article L. 225-35 du Code de commerce, le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité. Le conseil d'administration donne son avis sur les principales décisions de la société. Il est très important car il détermine notamment sa trajectoire stratégique⁽¹⁵⁾. La dernière version du code de l'AFEP⁽¹⁶⁾, en date de décembre 2022, nous délivre

quelques enseignements sur les missions imparties au CA, et plus particulièrement, l'érige en garant de la mise en œuvre des stratégies environnementales au sens large. Soucieux d'exercer au mieux une telle mission, le risque existe qu'un tel administrateur exerce son droit de vote en privilégiant les intérêts de la Nature au détriment de ceux de la société, de ses actionnaires, ou de ses clients.

Cela étant, sur ce point, la règle de la majorité reste inchangée et est rassurante. Toutefois, même si la Nature n'est dotée que d'un seul siège, la force symbolique et le pouvoir de persuasion d'un tel administrateur ne risquent-ils pas d'emporter la conviction des autres administrateurs au détriment de la société, et ce en violation de son objet social ? La crise climatique, la Stratégie nationale bas carbone (ci-après « SNBC »)⁽¹⁷⁾, en un mot, les acteurs économiques font l'objet de nombreuses et pressantes attentes empreintes d'intérêt général. La SNBC prévoit d'atteindre la neutralité carbone, soit zéro émissions nettes, à l'horizon 2050. Dans le secteur industriel, la SNBC fixe des objectifs très ambitieux, une diminution des émissions de 35 % à l'horizon 2030 et de 81 % d'ici 2050 par rapport à 2015. Adoptée pour la première fois en 2015 et révisée en 2019, SNBC est la feuille de route de la France pour conduire la politique d'atténuation du changement climatique. Si un administrateur au sein même du CA en est le porte-parole, n'existe-t-il pas le risque que l'intérêt privé de la société soit délaissé, et qu'en conséquence, son objet social soit dénaturé, lors de la fixation de l'ordre du jour par exemple ? Bien que la tendance soit naturellement à la conciliation entre les intérêts environnementaux et économiques, le concours d'intérêts n'est pas systématique.

Dans cette même logique, la Nature pourrait-elle convaincre le conseil de demander des comptes au directeur général ? En effet, le conseil surveille l'action du directeur général et s'assure que son action est notamment conforme à l'intérêt social. Il doit s'assurer, en outre, que ces orientations sont effectivement suivies par le directeur général. Cela signifie qu'il peut et doit demander régulièrement au directeur général de lui rendre compte des initiatives prises. À défaut, la responsabilité des administrateurs serait engagée. Par exemple, récemment, le 24 juin 2023 ont été signés les contrats entre TotalEnergie et Aramco de la construction d'un grand site industriel (un complexe pétrochimique) en Arabie Saoudite (un investissement de 11 milliards de dollars)⁽¹⁸⁾. Si la Nature était un administrateur, on peut légitimement se poser la question de savoir si de tels projets auraient été soutenus...

(13) Il s'agit là d'une résolution *scope 3* critiquant la stratégie économique de Total centrée sur les hydrocarbures. Cette résolution avait été déposée par un groupe de 17 actionnaires, parmi lesquels Edmond de Rothschild. Elle proposait d'aligner les objectifs de réduction des émissions de *scope 3* en 2030 sur les Accords de Paris.

(14) A. Couret, La distance actionnariale ou la question des résolutions dites « sensibles », BJS, juin 2023, no 202d0.

(15) M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, 35^e éd., 2022, LexisNexis, n° 982.

(16) Afep-Medef, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, déc. 2022.

(17) Cette stratégie prévoit d'atteindre la neutralité carbone, soit zéro émissions nettes, à l'horizon 2050.

(18) E. Moreira, TotalEnergies et Aramco lancent la construction de leur mégaprojet pétrochimique, Les Échos, 25 juin 2023.

B. – Un infléchissement de la stratégie

Comme nous l'avons évoqué, la demande est clairement formulée à l'endroit des sociétés : se désinvestir des énergies fossiles. À titre d'illustration, lors de la dernière assemblée de TotalEnergie, la résolution climatique déposée par une minorité d'actionnaires dénonçait notamment la pause réalisée dans les investissements bas carbone. Dans le même temps, des manifestations étaient organisées contre des projets pétroliers du groupe en Ouganda et Tanzanie. Dans la tribune au *Monde* susmentionnée, est dénoncé la « bombe carbone » que représente le projet d'oléoduc en Ouganda de la multinationale française⁽¹⁹⁾. S'appuyant sur les derniers rapports du GIEC⁽²⁰⁾, selon l'Agence internationale de l'énergie en 2021, plus aucun nouveau projet fossile n'a sa place si l'on veut atteindre zéro émission nette en 2050 et seule une réduction drastique, immédiate et durable des émissions de gaz à effet de serre (entre 40 % à 70 % d'ici à 2050) aboutirait à un ralentissement du réchauffement climatique.

Dans ce contexte, est-ce qu'un administrateur ayant pour fonction de représenter la Nature ne serait pas tenté d'infléchir, par divers moyens, les directions empruntées par la société ? Cela se traduirait par une influence générale

sur la corporate gouvernance de la société, et plus précisément sur le contenu du règlement intérieur par exemple. De plus, l'obligation de rendre compte dans le rapport de gestion de toutes les informations significatives de leurs entreprises, non seulement sur les aspects économiques et juridiques, mais aussi sur les conséquences sociales et environnementales de leur activité⁽²¹⁾ pourrait être un argument de poids.

Ce pouvoir, fort, de défendre les intérêts environnementaux au cœur du conseil d'administration, est-il toutefois véritablement un risque ? Orienter la société dans des choix et des trajectoires plus respectueuses de l'environnement présente de nombreux avantages : l'image de la société est valorisée, la confiance de la Place de Paris ou plus largement des parties prenantes est renforcée, mais également, de manière plus pragmatique, c'est l'accès au crédit ou encore à l'assurance qui serait renforcé. Et l'objectif de décarbonation, obligeant l'entreprise à se réinventer, laisse entrevoir la possible conquête de nouveaux marchés. Placer la Nature au cœur de cet organe décisionnel serait peut-être en définitive plus un atout qu'un risque, dans la mesure où les sociétés empruntant ce chemin anticiperaient, la très forte transition à venir, et bénéficieraient ainsi d'un avantage concurrentiel certain. ■

(19) Tribune, Nous, scientifiques et experts, appelons les actionnaires de TotalEnergies à voter contre la stratégie climat de la firme, Le Monde, 7 mai 2023.

(20) Comme l'a souligné le dernier rapport du groupe III du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), les émissions liées aux infrastructures fossiles existantes et actuellement planifiées excèdent déjà les émissions nettes cumulées des scénarios nous permettant de limiter le réchauffement à + 1,5 degré.

(21) J.-M. Moulin, Droit des sociétés et des groupes, LGDJ, 2022.

Étude

RLDA 7785

Le choc de l'électrification : vers une nouvelle distribution automobile⁽¹⁾

Le monde de la distribution automobile française est en émoi. Cette fois-ci, ce n'est pas en tant que tel le remplacement du règlement d'exemption « *parapluie* » (UE) no 330/2010 du 20 avril 2010 par celui (UE) 2022/720 du 10 mai 2022, malgré le lot de résiliations de contrats de distribution de véhicules neufs que ce type de changement a provoqué immanquablement, ni la perspective de l'échéance au 31 mai 2023 du règlement « *automobile* » (UE) no 461/2010 du 27 mai 2010 également accompagnée d'autant d'annonces de fin de contrats de réparateurs agréés qui provoque l'agitation⁽²⁾. Il n'y a pas en effet aujourd'hui pour les réseaux, contrairement à ce qui s'est passé en 2002 avec une généralisation de la distribution sélective, de nouveau modèle juridique contraint à adopter.

Pour autant, il y a bien contrainte. Mais celle-ci se révèle dans le cas présent infiniment plus de nature économique que juridique. Pour le dire de manière simple et résumée, les fées ont oublié ces derniers temps de se pencher sur le berceau des véhicules récemment construits ou à construire en Europe et les

défis à relever par les constructeurs pour parvenir *in fine* à les vendre sont immenses. Au final, il s'agit de commercialiser des voitures de plus en plus chères à un nombre de clients de plus en plus restreint⁽³⁾. La cherté du produit est directement liée au choix politique qui a été fait de l'électrification globale du parc, à un rythme accéléré, auquel répondent les constructeurs par des investissements suffisamment massifs pour que tout retour soit désormais impossible. L'option adoptée est risquée, alors que la dépendance à l'étranger pour la fourniture des batteries est encore immense, dès lors que la rentabilité des groupes automobiles est assise sur la préservation de marges importantes dans un marché atone dont les volumes restent trop faibles⁽⁴⁾. Par ailleurs, l'arrivée progressive mais inéluctable de véhicules électriques d'origine chinoise, à prix serrés, ne laisse pas d'inquiéter⁽⁵⁾.



Thierry LAMBERT

Professeur à
l'Université de
Lorraine
Laboratoire BETA
(Universités de
Strasbourg et de
Lorraine – CNRS)

(1) Déclaration d'intérêt : l'auteur n'exerce aucune activité libérale en cumul de son activité universitaire. La présente étude n'a fait l'objet d'aucun financement.

(2) Le règlement (UE) n° 461/2010 du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile a été prorogé jusqu'au 31 mai 2028 par le règlement (UE) 2023/822 du 17 avril 2023. Les lignes directrices qui complètent ce règlement ont quant à elles été mises à jour.

(3) Plus de la moitié des ventes de véhicules neufs est aujourd'hui réalisée auprès des professionnels, essentiellement loueurs (56 %). L'âge moyen de l'acheteur particulier s'est élevé à 58 ans alors qu'il était de 44 ans en 1991 (sources professionnelles *Mobilians*).

(4) V. Les Échos, 7-8 avr. 2023, Le rebond en trompe l'œil du marché automobile français.

(5) V. Les Échos, 23 févr. 2023, La perspective d'une guerre des prix fait frémir le secteur ; Les Échos, 17 avr. 2023, Tesla durcit sa guerre des prix ; Les Échos, 20 avr. 2023, A Shangai, la démonstration de force de l'automobile chinoise. Pour comparer des véhicules électriques de gamme voisine, le prix catalogue (avril 2023), hors bonus écologique, d'une ID3 de Volkswagen est de 42 990 €, 42 000 € pour une Mégane E-Tech, 41 990 € pour une Tesla 30 000 € pour une MG 4 (chinoise).

On l'aura compris, la question de la maîtrise du prix (I) est ainsi devenue primordiale pour les constructeurs. Pour y parvenir, en garantissant un système de distribution juridiquement sûr, en particulier au regard du droit de la concurrence européen, il faut alors renoncer au réseau de distribution indépendant et opter pour une solution de vente directe (II) ou bien recourir à un schéma de distribution intégrée (III) construit à partir d'intermédiaires, simples représentants du constructeur. Le choix de la formule juridique retenue s'oriente vers le contrat d'agent commercial ou celui de commissionnaire (IV).

I. – Un prix maîtrisé

C'est le marché des véhicules électriques, encore très immature, qui présente aujourd'hui le plus de risques, et pour lequel la maîtrise du prix le plus serré va s'imposer très fortement. Réduction des coûts de distribution et pilotage du prix final facturé à l'acheteur se révèlent alors aujourd'hui plus qu'hier un impératif économique incontournable⁽⁶⁾.

Or, on le sait, l'usage ou la pratique d'un prix *minimum* de revente imposé à un distributeur est juridiquement prohibé.

Il l'est au titre de l'article L. 442-6 du code de commerce qui l'interdit en tant que pratique restrictive de concurrence pénalement sanctionnée ; tombé en désuétude, le texte ne fait cependant l'objet que de rares applications réelles et aux conséquences fort limitées⁽⁷⁾. Le prix minimum imposé est également et surtout prohibé par l'article 4 (a) du règlement (UE) 2022/720 relatif aux restrictions verticales au titre d'une restriction caractérisée retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie. D'une manière générale, il constitue une restriction par objet faisant présumer l'existence d'une entente illicite visée par l'article L. 420-1 du code de commerce et 101 § 1 du TFUE.

Pour autant, l'irrespect de la règle paraît assez commun si ce n'est généralisé par les têtes de réseaux dont celles de distribution sélective⁽⁸⁾ ou de franchise⁽⁹⁾. L'usage du prix

imposé n'est pas non plus absent du secteur automobile pour un certain type de modèles.

Mais c'est là que se situe le danger le plus grand. Au vu des conséquences liées au prononcé d'une condamnation pour illicéité concurrentielle d'une organisation telle qu'un réseau de distribution automobile, le bénéfice d'une exemption catégorielle *a priori* est indispensable.

Le contrôle du prix de vente ou de revente ne peut donc se faire dans un système de distribution structuré autour de distributeurs indépendants.

Il est vrai que la doxa de l'interdiction *per se* du prix imposé par les droits français et européen est remise en cause de manière constante, autant par la pratique que la doctrine économique⁽¹⁰⁾, qui s'appuient sur diverses études empiriques⁽¹¹⁾ ainsi que sur la décision dite *Leegin* rendue en 2007 par la Cour Suprême des États-Unis⁽¹²⁾. Cette décision, favorable au prix imposé comme pratique trouvant ses justifications pro-concurrentielles, s'est incontestablement faite le relais des travaux des adeptes de l'école de Chicago globalement favorables aux restrictions verticales⁽¹³⁾ et dont l'influence a été importante, y compris sur l'approche européenne du droit de la concurrence. Force d'ailleurs est de constater que les lignes directrices sur les restrictions verticales de 2010⁽¹⁴⁾ se sont quelque peu faites l'écho de cette doctrine. On peut y lire en effet (pt 225) que dans certains cas les prix de vente imposés peuvent entraîner des gains d'efficacité à apprécier au regard de l'article 101 § 3 du TFUE. Ainsi, un prix de vente imposé peut être utile à l'occasion du lancement d'un nouveau produit en incitant les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit dont il s'agit. De même, le prix de vente imposé peut permettre d'organiser une campagne coordonnée de prix bas de courte durée qui profitera aux consommateurs. Les lignes directrices soulignent encore que la marge supplémentaire permise par le prix de vente imposé peut en outre avoir comme corollaire la fourniture de services additionnels aux consommateurs, notamment dans l'hypothèse de produits complexes.

Toutefois, on en conviendra, il s'agit là d'une approche relativement complexe, subtile et qui reste dangereuse puisqu'au mieux le prix imposé autorise, sous réserve

(6) V. Les Échos, 19 juill. 2022, Stellantis rebat les cartes de son réseau de vente.

(7) V. not. notre article : La prohibition du prix imposé par l'article L. 442-6 du code de commerce est-elle toujours nécessaire ? JCP 2019, éd. G, 682.

(8) V. par ex. : Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-13.961, Bull. civ. IV, n° 98, RJDA 08/09 2013, n° 750 (affaire « parfums ») ; plus récemment : Aut. conc., déc. n° 21-D-20, 22 juill. 2021, dans le secteur des lunettes et montures de lunettes ; v. surtout, Comm. UE, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, COM (2017) 229 final, 10 mai 2017, pts 13 et 15 ; *adde*, Comm. UE, Commission Staff working document, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD (2017) 154 final, 10 mai 2017, pt 335. Les restrictions en matière de prix y apparaissent comme les plus répandues (42 % du total).

(9) V. par ex. : Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 16-83.457, Bull. crim., n° 13, D. 2018, p. 164 ; Aut. conc., déc. n° 21-D-24, 12 oct. 2021, relative

à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'équipements de loisirs footballistiques.

(10) V. not. E. Combe, *Economie et politique de la concurrence*, 2^e éd. D. 2020, p. 247 et s., n°s 139 et s.

(11) Préc., n° 140.

(12) V. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

(13) V. M. A. Frison-Roche et J. C. Roda, *Droit de la concurrence*, 2^e éd. D. 2022, p. 402, n° 496 et s. et réf. citées.

(14) V. Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 19 mai 2010, n° 130.

d'une efficace et robuste démonstration, le bénéfice d'une exemption individuelle *a posteriori* et non celui d'une exemption catégorielle voire d'une licéité pro-concurrentielle. Au demeurant, la doctrine économique du courant « post-Chicago » ne manque pas aujourd'hui de critiquer fortement les thèses développées favorables aux restrictions verticales et aux prix imposés, lesquelles peuvent se découvrir hautement préjudiciables aux consommateurs⁽¹⁵⁾. D'ailleurs, il n'est pas vain de souligner que les récentes lignes directrices de 2022 sur les restrictions verticales⁽¹⁶⁾ ne mentionnent plus aucune réserve quant à la qualification de restriction caractérisée des prix imposés (pts 185 et s.). Entre entreprises indépendantes, ils doivent ainsi être considérés comme purement et simplement prohibés. Aussi, l'une des réponses à la difficulté posée va résider dans la vente directe au consommateur.

II. – La vente directe au consommateur

Maîtriser les prix c'est aussi et d'abord maîtriser les coûts, en particulier les coûts de distribution⁽¹⁷⁾. À cet effet, le développement soutenu du recours à la vente en ligne est présenté comme un élément véritablement stratégique⁽¹⁸⁾.

Indépendamment des difficultés logistiques que le modèle de commercialisation induit, c'est l'encadrement du procédé par le droit de la consommation applicable à la vente en ligne au consommateur qui pose notamment question.

Parmi l'ensemble des dispositions prévues, l'une interroge tout particulièrement. Il s'agit de l'article L. 221-23, alinéa 3 du code de la consommation qui a trait, à la suite de la mise en œuvre du droit de rétractation de l'acheteur suivi de la restitution du bien au vendeur qui doit s'opérer sans frais hormis ceux directement liés au renvoi du bien, à l'éventuelle responsabilité du consommateur en cas de

dépréciation du produit liée à une utilisation « résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement » de l'objet. Or, on imagine mal, dans le délai de quatorze jours ouvert pour exercer le droit de rétractation, une utilisation purement minimaliste du véhicule livré.

Sur ce point, en réponse à une demande de question préjudicielle posée par l'« *Amtsgericht Lahr* » portant sur l'interprétation de l'article 6 de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la Cour de justice est venue apporter quelques précisions d'importance⁽¹⁹⁾. Elle a ainsi rappelé que le droit de rétractation a pour objet d'accorder au consommateur un délai de réflexion approprié pendant lequel il a la possibilité « d'examiner et d'essayer le bien acquis » (pt 20). Si le versement d'une indemnité compensatrice devait s'imposer par le seul fait que le consommateur a la possibilité d'utiliser le bien entré en sa possession, l'intéressé serait privé de la possibilité de faire usage en toute liberté et sans aucune pression du délai de réflexion qui lui est accordé (pt 23). De même, l'efficacité et l'effectivité du droit de rétractation seraient remises en cause (pt 24). C'est pourquoi la Cour en déduit que les dispositions de la directive examinée s'opposent à ce qu'une réglementation nationale prévoit de manière générale le principe d'une indemnité compensatrice à verser par le consommateur pour l'utilisation d'un bien acquis par un contrat à distance ; en revanche, dès lors que l'efficacité et l'effectivité du droit de rétractation sont assurées, rien n'interdit le versement d'une telle compensation en cas d'usage du bien d'une manière incompatible avec les principes du droit civil, comme la bonne foi ou l'enrichissement sans cause.

Il convient vraisemblablement, à la lecture de ces principes, d'interpréter le texte de l'article L. 221-3, alinéa 3 précité, peu clair, comme n'autorisant l'usage sans frais d'un véhicule acquis à distance, en ligne, et pour lequel une demande de restitution aura été faite, que d'une manière raisonnable correspondant à un essai quelque peu prolongé. À cet égard, la mise en possession du véhicule ne saurait être assimilée par le consommateur à un contrat de location en quelque sorte gracieux. Là serait franchie la limite de la mauvaise foi ou de l'enrichissement dépourvu de toute cause légitime. Il ne fait aucun doute cependant, au vu des conditions générales de vente rédigées par telle ou telle entreprise pratiquant la commercialisation en ligne⁽²⁰⁾, qu'un contentieux intéressant se fera jour sur le

(15) V. M. A. Frison-Roche et J.C. Roda, préc., p. 405 et 406, n° 499 et réf. citées.

(16) V. Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, n° C 248.

(17) C'est l'une des questions sur lesquelles la présentation des chiffres faite par les constructeurs et les distributeurs diffère grandement évidemment. Selon une étude réalisée en 2021 par le cabinet TCG Conseil mandaté à cet effet par le CNPA (Conseil National des Professions de l'Automobile), aujourd'hui *Mobilians*, le coût de distribution global moyen d'un véhicule neuf commercialisé dans le réseau privé (hors succursales ou filiales des constructeurs) est de l'ordre de 26 % pour une marge nette établie à environ 7 % du prix de vente. Le montant très important des remises moyennes accordées aux clients (18,5 % du prix de vente moyen catalogue), particuliers ou professionnels, et des aides commerciales de compensation versées aux concessionnaires (presque 17 % du prix de vente moyen catalogue), explique le différentiel exposé.

(18) La présentation du plan d'action à long terme faite par le groupe Stellantis en mars 2022, accessible sur internet, montre sur ce point des ambitions claires : croissance jusqu'en 2024 des ventes en ligne de 100% pour atteindre un tiers des ventes en 2023.

(19) V. CJCE, 3 sept. 2009, aff. C-489/07, Messner, ECLI:EU:C:2009:502, D. 2009, p. 2161, note V. Avena-Robardet. En l'espèce, il s'agissait de la vente d'occasion d'un ordinateur portable sur l'écran duquel était apparu un défaut.

(20) Certaines sont assez généreuses en prévoyant, outre les frais de remise en état en cas de détérioration ou d'accident, une indemnisation équivalente à 1 euro pour chaque km parcouru au-delà du

sujet. Pour autant, son ampleur qui devrait demeurer limitée, tant en nombre qu'en impact, ne saurait remettre en cause l'utilisation du modèle.

L'on peut encore rajouter pour finir, à ce propos, que si la vente en ligne porte sur un véhicule neuf, son utilisation préalable à la restitution en fait incontestablement un véhicule d'occasion. Faute de définition légale en la matière⁽²¹⁾, il est d'usage de considérer un véhicule d'occasion non pas comme celui ayant fait l'objet d'une immatriculation seulement^{(22) (23)}, mais davantage comme celui n'ayant subi aucune dégradation⁽²⁴⁾ voire aucune utilisation ou presque⁽²⁵⁾. Il n'est dès lors pas injustifié de considérer que la restitution au titre du droit de rétractation d'un véhicule devenu d'occasion, et donc déprécié par l'usage qui en aura été fait, doit engendrer, au-delà de courtes limites, une juste indemnité.

Quoiqu'il en soit, c'est encore *via* un réseau de distribution et des intermédiaires professionnels que sera commercialisé l'essentiel des volumes de voitures automobiles construites. Toutefois, la nouveauté en construction réside dans la mise en place de réseaux non plus indépendants mais cette fois-ci intégrés.

III. – Un réseau de distribution intégré : le contrat d'agence

Au regard du droit de la concurrence, un accord est susceptible d'être qualifié d'entente s'il lie des opérateurs économiques indépendants. Tel ne sera pas le cas si la relation entre les intéressés s'inscrit dans un contrat d'agence, c'est-à-dire dans une convention passée entre des entités, un commettant et un agent, terminologie classiquement

utilisée en droit de l'Union⁽²⁶⁾, qui constituent une unité économique indépendamment de leur séparation formelle et de l'existence de personnalités juridiques distinctes⁽²⁷⁾. Dit autrement, il n'y a de restriction verticale appréhendable par l'article 101 § 1 TFUE que dans l'hypothèse où une entreprise a sur un marché un comportement indépendant. L'unité économique s'exprime tout particulièrement par le fait que la rémunération de l'agent n'est pas fixée par le marché mais par la commission déterminée dans le contrat d'agence⁽²⁸⁾. Manifestation du principe de réalité économique qui traduit la nature profonde du droit de la concurrence⁽²⁹⁾, la caractérisation du contrat d'agence demeure parfaitement indépendante de la qualification donnée par les parties ou le droit national à l'accord considéré⁽³⁰⁾.

L'un de ses effets⁽³¹⁾, délibérément recherché pour ce qui concerne notre sujet, est précisément de rendre licites les prix de vente déterminés par le commettant, sous la réserve expresse que l'agent ne soit pas directement ou indirectement restreint dans sa liberté de diminuer le prix final payé par un acheteur en partageant sa propre rémunération avec le client, que celle-ci soit fixe ou variable. Au cas contraire, l'obligation imposée par le commettant relèverait de nouveau, en tant que pratique restrictive caractérisée, de l'article 4 (a) du règlement (UE) 2022/720⁽³²⁾.

La relation dans laquelle l'agent n'agit plus en tant qu'opérateur économique indépendant est celle au titre de laquelle l'intéressé ne supporte aucun des risques financiers ou commerciaux résultant des contrats négociés pour le commettant, à

1 000°. D'autres, plus sévères, fixent la limite à 500 km, celle-ci incluant la ou les distances parcourues au titre du voyage...

(21) Exception faite de l'article 298 sexies, III, 2, b du CGI qui qualifie de moyens de transport neufs les véhicules terrestres dont la livraison est effectuée dans les six mois suivant la première mise en service ou qui ont parcouru moins de 6 000 km.

(22) Il en va différemment selon la jurisprudence criminelle pour laquelle la vente d'un véhicule immatriculé présenté comme neuf traduit une tromperie ; v. par ex. : Cass. crim., 10 janv. 1995, JCP 1995, II, 22558, note J.C. Fourgoux.

(23) L'immatriculation n'a pas pour conséquence de nettement personnaliser le véhicule, au sens de C. consom., art. L. 221-28, 3°, de telle sorte qu'elle puisse exclure son acheteur du droit de rétractation ; v. Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-15.052, Bull. civ. I, n° 54, RLDA 2013/81, n° 4558, Contrats, conc. consom. 2013, comm. 150 note G. Raymond.

(24) V. Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2006, n° 04-20.432, Bull. civ. I, n° 217, D. 2006, IR, p. 1405.

(25) V. Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-11.584, D. 2011 p. 940 note E. Chevrier, RJDA 8/9 n° 736 (il convient de rechercher si le véhicule a été ou non conduit sur route). Les voitures déjà immatriculées mais étiquetées 0 km sont commercialisées en tant que véhicules d'occasion.

(26) V. Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, préc., pt 29 : « Un agent est une personne morale ou physique investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant en vue de l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de la vente de biens ou de services fournis par le commettant ».

(27) V. M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, 8e éd. Sirey, 2020, n° 163 p. 81.

(28) V. N. Petit, Droit européen de la concurrence, Précis Domat, 3^e éd. LGDJ 2020, n° 604 p. 255.

(29) V. M. Malaurie-Vignal, préc., *loc. cit.*

(30) V. Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, préc., pt 30.

(31) Un autre de ses effets, tout aussi important, est d'éviter les difficultés liées à la distribution duale ou double distribution au titre de laquelle un fournisseur concurrence ses distributeurs indépendants par une commercialisation dite en amont, particulièrement par des ventes en ligne directes. Un scénario de cette nature bénéficie en principe de l'exemption du règlement (UE) 2022/720, sous réserve d'échanges d'informations entre fournisseur et acheteur au final sérieusement encadrés ; v. Règl. (UE) 2022/720, préc., art. 2 § 5, et Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, préc., pts 88 et s.

(32) V. Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, préc., pt 192.

tout le moins aucun risque important⁽³³⁾ ou assumé « *dans une proportion non négligeable* »⁽³⁴⁾.

Une illustration, dans le secteur automobile, de l'approche que peut avoir la jurisprudence européenne de l'analyse du risque encouru, nous a été donnée à l'occasion de l'affaire *Daimler-Chrysler*⁽³⁵⁾. En l'espèce, étaient en cause des mesures prises aux fins d'entraver les exportations, dont des instructions envoyées aux membres du réseau de ne pas vendre des véhicules *Mercedes-Benz* en dehors du territoire contractuel. Le réseau en question comprenait des succursales, des agents commerciaux agissant en tant qu'intermédiaires ainsi que des commissionnaires. S'est, à cette occasion, posée la question de la juste qualification au regard du droit de la concurrence de la relation nouée par ces différents représentants. Pour le TPICE, il est ressorti de l'examen du dossier que les agents n'étaient pas tenus de constituer un stock de véhicules neufs, hormis ceux acquis au titre des besoins de démonstration (pt 96) ; de même, le fait que les intéressés étaient autorisés à renoncer, au bénéfice du client, à une partie de leur commission ne pouvait être analysé comme un véritable risque de prix du moment où ils ne supportaient aucun coût lié à l'achat et au stockage des voitures (pts 97 à 99). Par ailleurs, avait été confirmé l'élément selon lequel le fournisseur assumait l'intégralité des risques liés à la non-livraison des véhicules, leur mauvaise livraison et l'insolvabilité du client (pt 101). À propos en outre du transport au titre duquel un risque de désaccord au sujet des frais et des conditions de livraison pouvait survenir entre le client et les agents, a été encore souligné le fait que la possibilité non théorique laissée au client de retirer le véhicule à l'usine rendait peu vraisemblable la réalisation du risque argué (pts 104 à 106). Enfin, le Tribunal a considéré que ne devaient pas être exagérés non plus les risques de revente non bénéficiaire constitués par l'obligation d'acquiescer des voitures de démonstration, acquis à un prix préférentiel (pts 107 à 109), ou l'obligation d'assurer le service de la garantie, pour lequel une indemnité était stipulée (pts 110 et 111). Il en ressort, tout bien compté, que la remise en cause de la notion d'agence suppose effectivement la constatation d'un risque réel et financièrement sérieux.

De son côté, la Commission semble adopter une position plus rigoureuse. Elle fournit dans ses lignes directrices de 2022⁽³⁶⁾, au point 34, une liste non-exhaustive de coûts à ne pas transférer à l'agent et qui se rattachent à trois grandes catégories de risques énumérés au point 31, les risques propres à chaque contrat, ceux liés aux investissements propres au marché et ceux liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits. On y retrouve l'obligation faite au distributeur d'acquiescer la propriété des biens vendus, de supporter les coûts

de transport, d'assumer une responsabilité en cas de défaut d'exécution du contrat ou de pertes et dommages résultant de la fourniture des biens, d'investir dans des locaux, équipements, formation du personnel, publicité ou actions promotionnelles, sauf remboursement intégral par le commettant. L'agent ne doit supporter aucun des risques présentés sinon dans une mesure « *négligeable* » (pt 32). Par ailleurs, l'analyse du risque se fait au cas par cas (pt 34) et l'interprétation de l'évaluation doit demeurer « *stricte* », le contrat d'agence constituant une exception à l'applicabilité générale de l'article 101 § 1 TFUE (pt 30).

Enfin, la possibilité de cumuler une activité en tant qu'agent avec la distribution indépendante de certains biens ou services du même fournisseur est ouverte, dès lors qu'elle n'est pas imposée, ou alors est intégralement remboursée concernant cette dernière (pt 36). Toutefois, une vraie difficulté peut ici apparaître. En effet, le cumul statutaire, c'est-à-dire la combinaison du rôle d'agent et de distributeur indépendant au bénéfice du même constructeur, va rendre extrêmement ardue la distinction drastique qu'il y a lieu d'opérer entre les investissements et coûts afférents au contrat d'agence, nécessairement supportés par le fournisseur, et ceux liés à l'activité indépendante relevant du distributeur, condition impérative à la reconnaissance d'une agence échappant à l'application de la prohibition des ententes (pt 37).

On retrouve ici, sous une autre forme, la prise en compte, a minima, d'un possible détournement ou parasitisme des investissements du fait de l'exposition dans un même *showroom* de voitures fournies par des constructeurs différents. L'ancien règlement (CE) n° 1400/2002⁽³⁷⁾, on s'en rappelle, prohibait en effet toute clause de monomarchisme ou exclusivité d'approvisionnement (Règl. (CE) n° 1400/2002, art. 5 § 1, a)). Cependant, restait autorisée une exposition des véhicules dans des espaces de vente séparés, afin d'éviter toute confusion entre les marques⁽³⁸⁾.

La question se pose différemment au regard de notre sujet, la préoccupation nouvelle étant d'éviter un abus du modèle d'agence grâce auquel le fournisseur pourrait contrôler les prix de détail pratiqués sur les produits à marge de revente élevée, sans assumer l'ensemble des risques devant se rattacher au contrat d'intermédiation conclu⁽³⁹⁾. C'est pourquoi est affirmé ou rappelé avec insistance que le respect des exigences relatives à l'absence de risque pesant sur le distributeur intermédiaire au titre du contrat d'agence doit faire l'objet d'une

(33) V. TPICE, 15 sept. 2005, aff. T-325/01, *DaimlerChrysler c/ Commission*, ECLI:EU:T:2005:322.

(34) V. CJUE, 11 sept. 2008, aff. C-279/06, *CEPSA*, ECLI:EU:C:2008:485, pt 44.

(35) V. TPICE, 15 sept. 2005, aff. T-325/01, préc.

(36) V. Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, préc.

(37) V. Règl. (CE) n° 1400/2002, 31 juill. 2002.

(38) V. Règl. (CE) n° 1400/2002, préc., consid. 27 et art. 1 § 1, b). Le règlement précédent (Règl. (CE) n° 1475/95, 28 juin 1995) allait beaucoup plus loin en couvrant l'engagement du distributeur de ne vendre des véhicules concurrents que dans des locaux de vente séparés soumis à une gestion distincte, sous une forme d'entité juridique distincte et de manière telle qu'une confusion de marque soit exclue (art. 3 § 3 et consid. 7).

(39) V. Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, préc., pt 45.

évaluation stricte (*id.*). À cet égard, et compte tenu de la complexité du cas de figure présenté par une distribution duale, il est préférable que les produits ou services commercialisés en tant qu'agent et en tant que distributeur indépendant relèvent de marchés en cause distincts (pt 38).

C'est précisément le cas de ce qui est envisagé, et en cours, concernant la distribution automobile par un certain nombre de constructeurs qui vont en France opter pour des contrats d'agence⁽⁴⁰⁾, en commençant dans l'immédiat, ou dans un avenir proche, par la commercialisation des véhicules électriques tout en maintenant vraisemblablement pour certains, au moins temporairement, le système de la distribution sélective quantitative pour les voitures thermiques⁽⁴¹⁾.

En France, la formule contractuelle d'agent intermédiaire retenue *a priori* est celle d'agent commercial ou de commissionnaire.

IV. – L'accord de représentation : agent commercial ou commissionnaire

A. – La protection attendue par les distributeurs

Parmi les impératifs les plus prégnants des distributeurs, se trouvent ceux consistant à conserver leur clientèle et amortir leurs investissements. C'est pourquoi, depuis la disparition du règlement (CE) n° 1400/2002, sont-ils en permanence animés par le souci d'obtenir du législateur une protection spécifique en ce sens. Des récentes propositions de loi⁽⁴²⁾ relaient cette inquiétude renforcée précisément par la disparition annoncée, pour un nombre non négligeable d'entre eux, du contrat de distributeur indépendant voire de tout contrat de distributeur⁽⁴³⁾. Très largement redondantes, ces différentes propositions, en substance, prévoient au bénéfice du distributeur évincé du réseau une indemnité compensatrice couvrant la perte des éléments incorporels liés à la clientèle locale, la valeur non amortie des investissements engagés

par le distributeur⁽⁴⁴⁾ et la reprise des stocks. S'y ajoutent la liberté reconnue au distributeur de céder la totalité de ses droits et obligations à toute personne de son choix⁽⁴⁵⁾, l'interdiction d'exiger de lui des investissements substantiels déraisonnables au regard des perspectives d'évolution du marché, ainsi que l'obligation d'établir un encadrement juridique préalable et de déterminer une contrepartie économique au transfert des données clients⁽⁴⁶⁾. L'aboutissement positif de l'une de ces initiatives demeure aujourd'hui parfaitement hypothétique compte tenu du poids politique de la construction automobile dans notre pays.

B. – Les droits étrangers

À l'inverse, il est vrai qu'un dispositif de protection du distributeur automobile est une réalité dans le droit national de quelques pays membres de l'Union européenne. C'est ainsi le cas de la Belgique, de l'Autriche, du Luxembourg et de l'Italie.

La loi belge, ancienne⁽⁴⁷⁾, a été conçue pour s'appliquer aux contrats de concession exclusive mais s'étend aux contrats d'une autre nature imposant des obligations importantes. Seuls sont concernés les contrats conclus à durée indéterminée. Est alors prévu, en cas de résiliation, un préavis raisonnable ou une indemnité compensatoire (*sic*) de préavis accompagnée, le cas échéant, d'une indemnité complémentaire couvrant la plus-value de clientèle restant acquise au fournisseur, les frais exposés par le distributeur au titre de l'exploitation de la concession qui vont profiter au concédant, ainsi que les indemnités de licenciement dues au personnel licencié. La jurisprudence belge y ajoute, en cas de silence du contrat sur ce point, la reprise du stock existant.

Le système autrichien est double. Il est composé d'un dispositif de droit commun et d'un texte spécifique conçu pour le secteur automobile. Le dispositif de droit commun⁽⁴⁸⁾ prévoit au profit de tout entrepreneur ou agent commercial indépendant, avec un certain nombre d'exceptions, une compensation en cas de résiliation du contrat pour les investissements rendus nécessaires au titre d'une distribution uniforme dans la mesure où ces investissements ne sont ni amortis ni raisonnablement amortis au moment de la cessation des relations contractuelles. De son côté, la loi sur la protection du secteur

(40)V. Les Échos, 26 avr. 2022, Pourquoi Stellantis et Volkswagen veulent se passer de concessionnaires. Il s'agit actuellement, en nombre de véhicules vendus, respectivement des 3^e et 2^e constructeurs mondiaux. Sont concernées 29 marques ayant représenté au sein de l'Union européenne 62 % des immatriculations en 2021 (Source ACEA, (Association des constructeurs européens automobiles)). En revanche, le n° 1 mondial, Toyota, ainsi que Renault ou Hyundai, notamment, demeurent attachés au modèle exclusif de la distribution sélective quantitative pour la commercialisation de leurs voitures neuves... pour l'instant.

(41) Volkswagen ou Stellantis par exemple.

(42)V. propositions de loi n°s 534, 697, 830 et 847 enregistrées à la Présidence de l'Assemblée nationale, respectivement, les 29 novembre 2022, 17 janvier 2023, et 14 février 2023 pour les deux dernières.

(43)À titre d'illustration, 15 à 20 % du nombre de membres du réseau Stellantis seraient privés de tout nouveau contrat à la suite de la résiliation de ceux existants.

(44)L'écueil pourrait être évité, comme cela a déjà été suggéré, par la stipulation d'une durée de contrat équivalente à celle permettant l'amortissement des investissements effectués ; v. not. notre article : La durée de l'exclusivité d'approvisionnement, JCP E 2017, Étude n° 1017.

(45)L'absence de caractère *intuitu personae* du contrat de distribution automobile était prévu à l'article 3 § 3 du règlement (CE) n° 1400/2002.

(46)La libre possession des données clients est, avec la maîtrise de la fixation du prix de vente, l'autre grand sujet d'actualité posé par la distribution automobile.

(47)V. Loi du 27 juillet 1961, intégrée dans le livre X du Code de droit économique depuis le 31 mai 2014.

(48)V. Code de commerce autrichien (*handelsgesetzbuch österreich*), § 454.

automobile⁽⁴⁹⁾, au champ d'application également limité aux contrats à durée indéterminée, rend obligatoire (sauf exclusivité territoriale consentie à l'entrepreneur lié) un préavis écrit d'une durée de deux ans, réduite à un an en cas de restructuration nécessaire du réseau. Le contrat est par ailleurs réputé ne pas être conclu *intuitu personae*, et laisse au distributeur le droit de céder ses droits et obligations issus de l'accord.

Pour sa part, la loi luxembourgeoise⁽⁵⁰⁾ reprend en grande partie le contenu de l'ancien règlement automobile de 2002 pour ce qui concerne l'absence d'*intuitu personae*, la durée minimale de 5 ans pour les contrats à durée déterminée, celle du préavis obligatoire (six mois ou deux ans selon que le contrat est à durée déterminée ou indéterminée), et y ajoute, disposition inspirée du droit autrichien ainsi que nous venons de le voir, un remboursement des investissements réalisés afin d'assurer une distribution uniforme du réseau non encore amortis ou non réutilisables. Est encore prévu un rachat du stock.

Enfin, c'est plus récemment que le droit italien s'est également préoccupé d'assurer une certaine protection aux distributeurs automobiles⁽⁵¹⁾. De la sorte y retrouve-t-on, pour tous les contrats conclus, une durée minimale de cinq ans et un préavis écrit d'au moins six mois en cas de non-renouvellement, une obligation précontractuelle de renseignement permettant au distributeur agréé d'évaluer l'ampleur des engagements à prendre et leur pérennité exprimée en termes économiques, financiers et patrimoniaux. Là aussi est imposée une compensation équitable, en cas de résiliation du contrat avant son expiration, calculée en tenant compte des investissements effectués de bonne foi et non encore amortis, et de la plus-value apportée aux activités exercées au titre du contrat.

À défaut, en droit français, de droit spécial équivalent, c'est uniquement à partir des formules contractuelles classiques et du droit commun que sont ou vont être élaborées les formules contractuelles encadrant les relations entre les constructeurs et leurs agents.

C. – L'agence commerciale

Il s'agit tout d'abord du contrat d'agent commercial⁽⁵²⁾. D'origine européenne⁽⁵³⁾, le schéma actuel permet parfaitement d'aboutir au résultat essentiel recherché, à savoir lier une relation directe entre le constructeur et l'acheteur avec un prix fixé *ne varietur* par celui-là. En effet, depuis l'arrêt *Trendsetteuse* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁵⁴⁾, le statut

d'agent commercial est parfaitement compatible avec l'interdiction qui peut lui être faite de modifier les prix des produits vendus par son mandant⁽⁵⁵⁾, ou d'ailleurs les autres conditions du contrat⁽⁵⁶⁾. De surcroît, la formule pourrait apparemment séduire le distributeur en quête d'une protection du fait de sa dépendance au constructeur puisque sont ici prévus par la loi un préavis et une indemnité de fin de contrat.

Toutefois, la durée du préavis prévue par la loi s'avère singulièrement limitée au regard du contenu spécifié en la matière par l'ancien règlement (CE) n° 1400/2002, exposé plus haut. Le texte de l'article L. 134-11 du code de commerce précise en effet que cette durée est d'un mois pour la première année du contrat, deux pour la deuxième année commencée, trois pour la troisième année débutée et les suivantes. Par ailleurs, le dispositif conçu en matière d'agence commerciale exclut celui de droit commun de l'article L. 442-1, II du code de commerce⁽⁵⁷⁾ qui pourrait s'avérer plus intéressant⁽⁵⁸⁾ du moment que les juges retiennent comme critères de détermination de la durée de préavis applicable, non seulement la durée de la relation commerciale écoulee mais également, le cas échéant, l'importance du chiffre d'affaires généré par le contrat. Ce serait cependant omettre le fait, d'une part, qu'une durée plus longue peut toujours être négociée par les parties et d'autre part et surtout, qu'agissant comme intermédiaire, le chiffre d'affaires réalisé au titre du mandat l'est par le fournisseur et non plus par le distributeur-agent dont le chiffre propre se cantonne aux commissions perçues.

S'agissant de l'indemnité de fin de contrat, d'ordre public, l'article L. 134-12 du code de commerce énonce qu'elle est un droit destiné à compenser le préjudice subi du fait de la cessation du contrat avec le mandant. Ce droit s'applique que le contrat ait été à durée indéterminée ou déterminée⁽⁵⁹⁾. Le montant de l'indemnité est à fixer par les parties, principe qui génère de nombreuses situations conflictuelles. Toutefois, le contentieux existant en la matière montre assez clairement que si le juge apprécie souverainement le préjudice subi par l'agent, le *quan-*

note Ph. Grignon, Contrats, conc. consom. 2020, comm. 122, note N. Mathey.

(55) V. Cass. com., 2 déc. 2020, n° 18-20.231, publié au Bulletin, BRDA, n° 2/21, p. 9.

(56) V. Cass. com., 12 mai 2021, n° 19-17.042, publié au Bulletin, D. 2021, p. 956, JCP E, 2021, act. 370, Contrats, conc. consom. 2021, comm. 115, note N. Mathey ; Cass. com., 7 sept. 2022, n° 18-15.964, BRDA, n° 20/22, p. 13.

(57) V. Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-13.527, Bull. civ. IV, n° 71, et Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-15.518, D. 2013, p. 737, obs. D. Ferrier, RLC 2013/34, n° 2208, p. 43, obs. M. Behar-Touchais, Contrats, conc. consom. 2012, comm. 149, obs. N. Mathey.

(58) Certaines durées obtenues ont pu être légitimement tout à fait consécutives ; v. par ex. CA Paris, 15 janv. 2014, n° 12/13845, *Europe Auto c/Volkswagen Group France* (en l'espèce, trois ans et dix mois).

(59) V. Cass. com., 23 avr. 2003, n° 01-15.639, Bull. civ. IV, n° 55, D. 2003, p. 132, obs. E. Chevrier et p. 2883, note D. Ferrier, Contrats, conc. consom. 2003, comm. 121, obs. L. Leveneur, RTD com 2003, p. 804, obs. B. Bouloc.

(49) V. Loi sur la protection du secteur automobile (Kraftfahrzeugsector-Schutzgesetz), 11 janv. 2013.

(50) V. Loi du 24 juillet 2014 relative aux règles spécifiques s'appliquant aux accords verticaux de distribution dans le secteur automobile.

(51) V. décret-loi n° 68, 16 avr. 2022, art. 7 *quinquies*, Dispositions relatives à la distribution automobile, converti en loi n° 108, 5 août 2022, art. 7 *bis* à 7 *sexies*.

(52) Utilisé ou en voie d'être utilisé désormais en France par Volkswagen.

(53) V. Dir. 86/653/CEE, 18 déc. 1986.

(54) V. CJUE, 4 juin 2020, aff. C-828/18, *Trendsetteuse*, ECLI:EU:C:2020:438, JCP G, 2020, 737, JCP E, 2021, act. 846 et 1483,

tum de la réparation accordée est généralement équivalent à deux années de l'ensemble de la rémunération de l'intéressé calculées sur la moyenne des trois dernières années d'exécution du contrat⁽⁶⁰⁾. Comme on l'a souligné⁽⁶¹⁾, la pratique suivie, tournée vers l'historique des relations nouées entre les parties, n'embrasse pas l'amortissement des investissements réalisés à la demande du mandant, ce qui est évidemment parfaitement dommageable. Mais, une nouvelle fois, l'engagement de dépenses faites par le distributeur au titre de l'exécution du contrat, au-delà de celles directement et strictement nécessaires à l'accomplissement de sa mission propre limitée en principe à une activité de pure prospection, est ainsi assimilable à une prise de risque non négligeable, et donc, comme on l'a vu, de nature à disqualifier le contrat d'agence, au regard du droit de la concurrence, en distribution indépendante.

Au demeurant, l'agent commercial, qui reste un mandataire civil, ne possède aucune clientèle personnelle. L'indemnité de fin de contrat à lui allouée ne peut donc avoir pour objectif de réparer la perte de celle-ci.

D. – La commission

Le commissionnaire est un mandataire commerçant qui agit en son nom propre mais pour le compte de son commettant (C. com., art. L. 132-1). La relation entre les intéressés s'inscrit dans un accord de représentation imparfaite par lequel la vente est effectuée directement entre le fournisseur et l'acheteur. De la sorte, le commissionnaire n'est pas un revendeur et n'est jamais propriétaire du stock. Pour ces raisons, le prix final facturé est déterminé par le commettant seul qui en conserve l'entière maîtrise. Fort peu règlementé, le schéma autorise à peu près tous les aménagements contractuels⁽⁶²⁾. La technique est ainsi fort attrayante⁽⁶³⁾. Trois limites au moins cependant devraient être de nature à encadrer quelque peu cette liberté.

Tout d'abord, si le contrat stipule une exclusivité au profit d'un constructeur qui aura mis une marque à disposition d'un commissionnaire, hypothèse à envisager sérieusement pour la période « test » de lancement de ce nouveau type de contrat dans la distribution automobile française, il n'est aucune raison pour exclure l'application de l'article L. 330-3 du code de commerce traitant de l'obligation précontractuelle de renseignement, avec le risque de nullité encouru. L'hypothèse peut être sérieuse, en particulier sur des marchés immatures soumis

à très forte concurrence. Ensuite, concernant le préavis à respecter, devra jouer sans aucun doute le mécanisme de droit commun de l'article L. 442-1, II du même code, indépendamment des stipulations contractuelles arrêtées.

Par ailleurs, le risque de requalification du contrat de commission en statut de gérant de succursale, applicable aux personnes physiques dirigeantes d'une personne morale co-contractante en tant que commissionnaire, n'est pas totalement à écarter, du fait de la grande dépendance créée par la formule⁽⁶⁴⁾. On n'ignore pas en effet que l'article L. 7321-2, 2^o, a) du code du travail permet l'application du statut à ceux dont la profession consiste essentiellement « ... à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ». Certes, le contentieux en la matière est fort restreint et les requalifications prononcées en nombre encore plus maigre⁽⁶⁵⁾. Certes, ne manquera pas non plus de se faire jour la question de savoir si le terme « vendre », inscrit dans un texte d'ordre public dont l'interprétation doit demeurer stricte, doit s'appliquer au commissionnaire alors que l'intéressé ne fait que représenter le commettant, mais agit néanmoins en son nom propre et masque aux yeux des tiers le véritable vendeur. On objectera alors que le cas s'est déjà présenté devant les tribunaux et qu'ils n'ont pas hésité à prononcer la requalification⁽⁶⁶⁾.

Enfin, pour finir, il peut être encore utile de préciser que la clientèle développée au titre du contrat appartient au commissionnaire, c'est même là l'un des critères essentiels de distinction avec l'agent commercial⁽⁶⁷⁾. Pourtant, ne pouvant se prévaloir d'aucun mandat d'intérêt commun, l'intéressé privé de poursuite ou de renouvellement du contrat ne peut solliciter d'indemnisation malgré la perte de cette clientèle⁽⁶⁸⁾. Voilà, s'il en était besoin, encore un avantage du mécanisme de la commission que ne manqueront pas de relever les constructeurs opérant sur le territoire national. ■

(60) Sur l'ensemble de la question, v. D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, 9^e éd. LexisNexis, 2020, n° 237, p. 133 et s.

(61) V. D. et N. Ferrier, préc., p. 134.

(62) L'article L. 132-1 du Code de commerce renvoie au droit commun du mandat pour ce qui est des devoirs et droits du commissionnaire.

(63) L'Association européenne des concessionnaires *Peugeot* a rapporté à la fin du mois de mars 2023 qu'un accord avait été trouvé entre les groupements européens des marques et *Stellantis*. La discussion se poursuit désormais au niveau national. Le nouveau contrat de distribution *Stellantis* devrait en France prendre la forme d'un contrat de commission et être mis en place dans un premier temps, en 2024, pour la commercialisation de véhicules de gamme *premium* et utilitaires.

(64) V. not. M.-J. Loyer-Lemercier, *Quel avenir pour le contrat de commission affiliation ?*, JCP E, 2011, 1218, spéc. n°s 4 et s.

(65) V. notre article, *Franchisé ou gérant de succursale : une courte synthèse de dix années d'analyse des critères de de qualification par les cours d'appel françaises*, D. 2020, p. 1630.

(66) V. pour un ex. récent, CA Paris, 26 janv. 2022, n° 20/02038 : l'espèce concerne un contrat de commission-affiliation mis en place par la société *Mim* spécialisée dans le commerce de détail d'habillement et en liquidation judiciaire. La question de l'interprétation à retenir du terme « vendre » n'avait apparemment pas été posée.

(67) V. Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-66.773, Bull. civ. IV, n° 124, D. 2010, actu. 1730, obs. E. Chevrier, JCP G, 2010, 876, note C. Grimaldi, JCP E, 2010, 1694, note N. Dissaux, *Contrats, conc. consom.* 2010, com. 223, obs. N. Mathey, RTD com. 2010, p. 687, note B. Saintourens, *Adde* : F. Auque, *La propriété commerciale du commissionnaire-affilié*. À propos de l'arrêt *Chattawak*, JCP E, 2010, 1860.

(68) V. D. et N. Ferrier, préc., n° 276, p. 150 et 151.

MATINÉE D'ACTUALITÉ

Conformité concurrence

Comment construire et faire vivre son programme de conformité au droit de la concurrence ?

PARIS - **Mardi 10 octobre 2023 (9h00 – 12h30)**

En présentiel ou connecté en live

Les intervenants :

Romain MAULIN, Avocat associé, spécialisé en droit de la concurrence, MAULIN AVOCATS

Laetitia GOSSELET, Avocate collaboratrice, spécialisée en droit de la concurrence, MAULIN AVOCATS

■ Ouverture : qu'est-ce que la conformité concurrence ?

- Justification de la démarche de l'entreprise de conformité au droit de la concurrence : les risques financiers, réputationnels et pénaux
 - Détection des éventuelles infractions au droit de la concurrence : communiquer et consulter son personnel, réaliser un audit juridique sécurisé
 - Informer, sensibiliser et former les salariés de l'entreprise
- Questions/Réponses avec la salle

■ Pourquoi est-il nécessaire de mettre en place une véritable démarche de conformité concurrence ?

- Prévenir les risques financiers et réputationnels d'autant plus importants que le plafond maximal de sanction a été augmenté suite à la transposition de la directive ECN +
 - Les risques de dénonciation se sont accrus par l'effet de la loi Wasserman et son décret d'application du 3 octobre 2022
 - Valoriser sa démarche de conformité comme un atout commercial
- Questions/Réponses avec la salle

■ Qu'apporte le document-cadre de l'Autorité de la concurrence sur les programmes de conformité aux règles de concurrence du 24 mai 2022 ?

- Clarification des 5 piliers constitutifs d'un bon programme de conformité concurrence
 - Passage d'une logique de rémunération à une logique d'incitation
 - Notion de compliance by design
 - Risque d'auto-incrimination et la question des documents incriminants susceptibles de faire l'objet d'une saisie par les autorités de concurrence
- Questions/Réponses avec la salle

■ Recommandations pratiques dans le cadre de la construction/mise à jour d'un programme de conformité concurrence

- Nommer un compliance officer et protéger son périmètre d'action
 - Établir, accompagné d'un avocat, une cartographie des risques concurrence
 - Construire un programme de conformité « sur-mesure » et « évolutif »
 - Former son personnel de manière pertinente et continue
 - Mettre en place un système de signalement en interne
 - Se faire accompagner par un avocat spécialisé
- Questions/Réponses avec la salle

Clôture

Temps de questions/réponses avec la salle sur l'ensemble des points évoqués lors de la matinée

Public :

- Directeur juridique
- Responsable juridique
- Juriste d'entreprise
- Administrateur
- Directeur conformité
- Responsable conformité
- Avocat

Objectifs :

- Clarifier les incitations et l'intérêt d'adopter un programme de conformité concurrence
- Comprendre comment mettre, efficacement, en œuvre un programme de conformité adapté à chaque entreprise

CLIQUEZ OU FLASHEZ

Informations complémentaires et inscriptions :

<https://formation.lamy-liaisons.fr/conferences>

Tél. 09 69 32 35 99

FR-liaisonsformation@lamyliaisons.fr



Plaidoyer pour une Business Judgment Rule à la française : les enseignements de la jurisprudence anglaise pour la future CS3D (Corporate Sustainability due diligence Directive)



Catherine
MALECKI

Professeure de droit privé, Université Rennes 2, LiRIS EA7481, Institut universitaire de France (IUF)

Le contentieux climatique est en plein essor et peut susciter des interrogations légitimes. Les problématiques étant les mêmes de part et d'autre de la Manche, une décision anglaise très instructive offre l'occasion de présenter l'état des questions et les possibles améliorations de notre droit en cette période d'effervescence normative européenne très évolutive en particulier pour les parties prenantes. Où l'on constate qu'une Business Judgment Rule à la française serait bienvenue et où l'on ne peut que saluer les signaux récents des Principes directeurs de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises multinationales. Où l'on constate que les ONG actionnaires sont de précieuses Big Sisters si elles agissent dans l'intérêt de la société pour le bénéfice de tous ses membres dans son ensemble.

*ClientEarth v. Shell plc & Ors [2023] EWHC 1137 (Ch), 12 mai 2023 ;
ClientEarth v. Shell plc & Ors [2023] EWHC 1897 (Ch) Case No; BL-2023-000215, 24 juill. 2023*

La limitation des émissions de CO₂⁽¹⁾ est un enjeu majeur pour l'horizon « net zero carbon » fixé par l'UE⁽²⁾. Cette véritable course contre la montre climatique s'est traduite par l'adoption en un temps très bref de nombreux règlements et directives en vue d'un objectif essentiel, la mise en œuvre d'une gouvernance d'entreprise durable. Les entreprises du secteur fossile sont conscientes des efforts toujours plus importants qu'elles doivent mener en ce domaine au regard des données du réchauffement climatique. Aussi, la stratégie climat définie par les conseils d'administration de ces grands groupes est-elle examinée à la loupe notamment par les ONG actionnaires, les actionnaires activistes et les as-

sociations de défense de l'environnement. Elle donne lieu à une explosion du contentieux climatique. Cette démarche, au regard de l'accès à l'information extra-financière, de la publication des plans de vigilance raisonnable est totalement légitime et participe même au nécessaire dialogue qui doit s'engager avec les parties prenantes⁽³⁾. Ce dialogue prend souvent les allures du parcours du combattant

(3) Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2020 sur la gouvernance d'entreprise durable (2020/2137(INI)), § 26 : « au cours du processus de définition et de suivi de leurs stratégies de durabilité, les entreprises devraient être tenues d'informer et de consulter toutes les parties prenantes concernées » ; C. Malecki, Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable, Lextenso, 2014 ; v. C. com., art. L. 225-102-4-1, al. 4, : « Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale ».

(1) Le CO₂ entre en grande partie dans la définition des gaz à effet de serre.

(2) V. not. le texte fondateur récent, le Pacte Vert pour l'Europe du 11 décembre 2019, COM (2019) 640 final.

processuel tant ces questions sont à juste titre sensibles et les ONG sont souvent contraintes de faire feu systématiquement de tout bois procéduraux pour faire avancer les mentalités et porter l'attention sur des catastrophes environnementales en cours ou potentielles. Toutefois, cela peut conduire à un dialogue inflammable et contre-productif et les entreprises doivent se préparer à un contentieux climatique croissant⁽⁴⁾. C'est une démarche équilibrée dans l'appréciation du travail effectué par un conseil d'administration pleinement sensibilisé et investi dans la stratégie climat qui serait souhaitable. Dans un tel contexte, les contours du futur devoir de diligence des dirigeants défini par l'article 25 de la proposition de directive relative au devoir de vigilance⁽⁵⁾ (ci-après « directive CS3D »), dans la perspective de sa transposition dans notre droit national est une tâche délicate⁽⁶⁾, tellement délicate que certains auteurs plaident en faveur de sa suppression radicale⁽⁷⁾. Cet article a d'ailleurs peu de chances d'être maintenu et cela n'enlève pas l'intérêt d'analyser une décision rendue outre-Manche. Cette décision est d'autant plus intéressante qu'elle concerne Royal Dutch Shell une des plus importantes sociétés cotées du FTSE 100 dans le domaine de l'extraction fossile, donc aux premières loges de la production de CO₂.

Il s'agit de la décision du 24 juillet 2023⁽⁸⁾ qui confirme le jugement rendu par la *High Court of Justice* de Londres le 12 mai 2023 par le juge Trower⁽⁹⁾. Dans cette affaire, une ONG, ClientEarth⁽¹⁰⁾, basée en Angleterre, a initié une « de-

ivative action »⁽¹¹⁾, action dérivée contre les membres du *board*⁽¹²⁾ de Shell. La plainte était fondée sur le fait que les *directors*⁽¹³⁾ n'avaient pas respecté leurs devoirs au regard du *Companies Act 2006* en ne tenant pas suffisamment compte du risque climat dans leur management, devant inclure en particulier des mesures relatives à la transition énergétique prévues par les Accords de Paris sur le climat et aux Principes directeurs des Nations Unis relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme⁽¹⁴⁾. Cette décision fait également référence à celle du Tribunal de District de La Haye du 26 mai 2021⁽¹⁵⁾, première décision néerlandaise concernant une entreprise qui a enjoint à Royal Dutch Shell Plc, la société mère du groupe Shell ayant son siège social aux Pays-Bas, de veiller à ce que le volume de toutes les émissions de CO₂ du groupe Shell, de ses fournisseurs et de ses clients soit réduit d'au moins 45 % net d'ici la fin de 2030, par rapport aux niveaux de 2019. Dans le jugement du 12 mai 2023 ClientEarth contestait également le plan de réduction de CO₂ et la stratégie climat définie par le *board* de Shell⁽¹⁶⁾.

D'un point de vue procédural, dans cette affaire, ClientEarth détenait seulement 27 actions de Shell mais elle avait reçu le soutien d'actionnaires représentant 12,5 millions d'actions, soit approximativement 0,17 % des actions de Shell au total. Toutefois, ainsi que nous le verrons, le juge Trower a rejeté cette action dérivée de l'ONG au motif qu'elle n'était pas fondée *prima facie* au regard de

(4) Le chiffre de 1500 actions qualifiées de climatiques est souvent repris mais il est déjà largement supérieur, v. *Le Sabine Center for Climate Change Law* qui est la référence en ce domaine, v. égal., Les contentieux stratégiques, les entreprises doivent s'y préparer, E. Daoud, A. Kleiman, RLDA, 2021/176, n° 7353, p. 37.

(5) Directive relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, B. Parance, L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée !, JCP E, 14 avr. 2022, § 1153 ; B. Lecourt, Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés, *Rev. soc.* 2022, p. 310.

(6) V. le très important Rapport sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés, HCJP juill. 2022, https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_51_f.pdf.

(7) En particulier, ECLE, The proposed Due Diligence Directive should not cover the general duty of care of directors, <https://www.ecgi.global/blog/proposed-due-diligence-directive-should-not-cover-general-duty-care-directors>.

(8) [2023] EWHC 1897 (Ch), Case No: BL-2023-000215, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/07/ClientEarth-v-Shell-judgment-240723.pdf>, 25 pages.

(9) https://assets.caselaw.nationalarchives.gov.uk/ewhc/ch/2023/1137/ewhc_ch_2023_1137.pdf (18 pages).

(10) L'ONG ClientEarth est très active dans le domaine de la protection de l'environnement, v. son action contre la Banque centrale de Belgique (BNB), v. RD banc. et fin, 2022, p. 6, obs. C. Kleiner, et contre la Banque européenne d'investissement (BEI), Trib. UE, 27 janv. 2021, aff. T9/19 ClientEarth c/BEI, RD banc. et fin, 2021, chron. 1, n° 36 et s., *Chronique de droit financier international*, obs. C. Kleiner.

(11) Brièvement présentée, en l'espèce, une telle action est une action initiée par un actionnaire au nom d'une ONG contre les dirigeants d'une société invoquant un manquement de ceux-ci au regard de leurs devoirs, *duty of care* notamment ; v. le premier ouvrage qui fait le point sur ces actions, A. Reisberg, *Derivative Actions and Corporate Governance*, Oxford University Press, 2007.

(12) Nous utilisons ce terme pour plus de commodité ; il pourrait correspondre au conseil d'administration d'une société anonyme.

(13) Nous conservons ce terme ici tel quel pour plus de commodité tout en rappelant qu'il englobe les administrateurs et plus largement, contrairement au droit français, d'autres personnes qui exercent des fonctions similaires telles qu'un directeur général ou un directeur général adjoint, v. IFA, Évolution de la responsabilité civile des administrateurs, 2023.

(14) UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

(15) <https://uitspraken.rechtspraak.nl#!/details?id=ECLI:NL:RB-DHA:2021:5339>; http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210526_8918_judgment-1.pdf, D. 2021. 1968, obs. A.-M. Ilcheva ; JSS 2021, n° 59, note C. Lepage, V. Saintaman et B. Denis ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 28, p. 24, obs. M.-P. Maître ; *Rev. Énergie, Environnement, Infrastructures*, nov. 2021, comm. n° 86, obs. F.-G. Trebulle ; J.-M. Moulin, Les entreprises face au défi (enthousiasmant) du risque environnemental, BJS juill. 2021, p. 6.

(16) Les arguments de ClientEarth dans le jugement du 12 mai 2023 figurent aux § 41, § 42, § 43, § 44 ; L'ONG critique la manière dont le *board* de Shell envisage et explique ces projets de réductions de CO₂ et explique que la « taille et l'échelle » d'un projet de pipeline n'a pas de sens (§ 41) et que les projections de Shell comportent des éléments de marketing qui ne rendent pas sa lecture aisée (§ 43).

la section 261 (2) (a) du *Companies Act* 2006 mais aussi sur l'analyse de deux autres sections de ce texte. En effet, la plainte principale de ClientEarth était fondée sur les sections 172 et 174 du *Companies Act* 2006. La section 172 énonce que le devoir d'un *director*⁽¹⁷⁾ le contraint à agir de bonne foi pour favoriser le succès de l'entreprise au profit de ses membres dans son ensemble. Le titre de la section 172 est évocateur dans la mesure où il s'agit du « devoir de promouvoir le succès de l'entreprise »⁽¹⁸⁾. Cette section précise que ce devoir comprend d'autres thèmes tels que, dans son point d), l'impact des activités de l'entreprise sur la communauté et l'environnement. Quant à la section 174 du *Companies Act* 2006 également invoquée par l'ONG dans cette affaire, elle traite du devoir d'exercer une attention, une compétence et une diligence raisonnables⁽¹⁹⁾. Sur la base de ces deux sections, l'ONG prétendait que les devoirs du *board* impliquaient d'agir d'une manière précise pour tenir compte du risque climatique et surtout pour mettre en œuvre le programme de réduction de CO₂.

En dépit des allégations de ClientEarth⁽²⁰⁾, le juge Trower a refusé de reconnaître que ces sections énoncent des obligations précises pouvant peser sur le *board* notamment sur la manière dont il prend en compte le risque climatique. Au contraire, le juge Trower⁽²¹⁾ s'est fondé sur le principe bien établi selon lequel il appartient aux administrateurs eux-mêmes de déterminer, agissant de bonne foi, comment promouvoir au mieux le succès d'une société

au profit de l'ensemble de ses membres⁽²²⁾. Les tribunaux seraient donc réticents à dicter aux conseils d'administration, soit par eux-mêmes, soit sur la base des prescriptions des actionnaires, comment mettre en œuvre concrètement leur *Duty of care*. Le juge Trower fait aussi observer que les éléments de preuve *prima facie* ne permettent pas d'établir que les *directors* n'ont pas apprécié correctement cette mise en balance des mesures concurrentes⁽²³⁾. L'ONG doit en effet établir sur la base des éléments de preuve disponibles que la décision du conseil d'administration qu'elle conteste devrait être une décision telle « *qu'aucun membre du conseil d'administration ne la considérerait comme étant dans l'intérêt de la société* ».

Par ces motifs, le juge Trower a conclu que ClientEarth n'avait pas apporté de preuve *prima facie* d'un manquement aux devoirs des *directors* permettant d'obtenir la réparation demandée. Par conséquent, en vertu des dispositions du *Companies Act* 2006 relatives aux poursuites engagées par les actionnaires, le juge n'avait d'autre choix que de refuser l'autorisation à ClientEarth de continuer à poursuivre la réclamation contre les *directors*⁽²⁴⁾. Le juge Trower fait donc peser indéniablement un lourd fardeau de la preuve sur l'ONG ClientEarth mais il s'est fondé sur plusieurs éléments tangibles pour arriver à cette conclusion.

Ce jugement du 12 mai 2023 a été confirmé par une décision du 24 juillet 2023⁽²⁵⁾ qui a rejeté l'action dérivée de l'ONG ClientEarth. Le juge Trower a repris l'essentiel de l'argumentation développée dans sa précédente décision.

Il est possible de tirer quelques enseignements de la décision du 24 juillet 2023 en rappelant que la mise en œuvre des sections 172 et 174 du *Companies Act* 2006 fait l'objet de débats intenses⁽²⁶⁾ comme, de façon générale, la question des *externalities* dans les sociétés dans le sillage du reporting non-financier. En effet, même s'il s'agit de décisions anglaises, celles-ci peuvent apporter un éclairage sur la pratique de la gouvernance d'entreprise durable, les problématiques générales étant souvent pratiquement les mêmes⁽²⁷⁾. L'introduction en Angleterre d'obligations

(17) S. 172 of CA 2006 : "A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

(a) the likely consequences of any decision in the long term,
(b) the interests of the company's employees,
(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
(d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
(f) the need to act fairly as between members of the company".

(18) *Duty to promote the success of the company*.

(19) S. 174 of CA 2006 : *Duty to exercise reasonable care, skill and diligence*:

"(1) A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.

(2) This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and
(b) the general knowledge, skill and experience that the director has".

(20) V. en particulier cet argument, § 49 décision du 24 juillet 2023, «It is also said that shareholders have not been told whether the targets the Directors have set would lead to an absolute reduction in emissions...».

(21) § 19 de la décision précitée du 12 mai 2023.

(22) Principe fermement établi par la jurisprudence anglaise, v. *Re Smith & Fawcett Limited* [1942] Ch 304 dans laquelle le juge anglais a précisé que les *directors* « *must exercise their discretion bona fide in what they consider - not what a Court may consider in the interests of the company and not for any collateral purposes* » et surtout la décision très connue *Howard Smith v. Ampol Petroleum Ltd* [1974] AC 821.

(23) § 68 de la décision du 24 juillet 2023.

(24) § 47 de la décision du 24 juillet 2023.

(25) [2023] EWHC 1897 (Ch), Case No: BL-2023-000215, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/07/ClientEarth-v-Shell-judgment-240723.pdf>, 25 pages.

(26) V. Pearlie Koh, (2023) : *Proper purposes and director's duties - time to slay the chimera ?*, *Journal of Corporate Law Studies*, pp. 1045-1073.

(27) Les analyses de droit comparé de la gouvernance d'entreprise sont très instructives, v. *Corporate Boards in Law and Practice, A comparative Analysis in Europe*, Ed. P. Davies, K. Hopt, R. Nowak, G. Van Solinge, Oxford University Press, 2013.

de reporting non-financier pesant sur les sociétés cotées dans le droit fil de la TFCF (*TaskForce on Climate-related Financial Disclosures*) en témoigne⁽²⁸⁾. Le titre de la section 174 du *Companies Act 2006* est riche car il prévoit la *reasonable care, skill and diligence*⁽²⁹⁾. Il permet d'englober largement les devoirs du *board*. Par ailleurs, en 2013 la section 414⁽³⁰⁾ avait déjà été introduite dans le *Companies Act 2006* exigeant du *board* un rapport stratégique sur les enjeux climatiques pour chaque rapport financier annuel, rapport dont la vocation est d'informer les actionnaires de la manière dont le *board* exerce son devoir selon la section 172 et en particulier la section 172 (1) (d) qui prévoit une évaluation de l'impact immédiat des principales décisions sur le changement climatique mais aussi l'impact des activités de l'entreprise sur le climat à long terme⁽³¹⁾. La présente décision est très intéressante au regard des obligations qui pèsent sur le *board* depuis que le gouvernement anglais a décidé de contraindre celui-ci de fournir son avis sur ce rapport stratégique⁽³²⁾.

I. – La « mise en balance » d'une série de solutions concurrentes par les directeurs pour établir la stratégie climat : une « classic management decision »

Une décision du conseil d'administration concernant le climat ou la stratégie climat plus précisément, doit être mise en balance par celui-ci et cette analyse lui appartient souverainement. Le juge anglais a en effet décidé qu'il appartient par principe au conseil d'administration d'une société aussi grande et complexe que Shell de tenir compte d'un large ensemble de considérations concurrentes et de les mettre en balance d'une manière qui lui paraît

conforme à l'intérêt social, cette mise en balance étant une *classic management decision* dans laquelle un tribunal ne peut interférer⁽³³⁾. « *L'unique objectif de cette mise en balance étant « le succès de la société pour le bénéfice de ses membres dans son ensemble »*⁽³⁴⁾. Ainsi, en s'en remettant à la décision du conseil d'administration de déterminer les sujets environnementaux en termes d'adaptation et d'atténuation du changement climatique s'agissant du taux de CO₂, le juge anglais a donc adopté implicitement la *Business Judgment Rule* qui, succinctement présentée, est un principe de droit américain qui précise que les dirigeants de sociétés, lorsqu'ils prennent des décisions de gestion, sont présumés avoir agi avec diligence, bonne foi et loyauté⁽³⁵⁾. Il s'agit d'une présomption réfragable.

Une décision du conseil d'administration concernant le climat ou la stratégie climat plus précisément, doit être mise en balance par celui-ci et cette analyse lui appartient souverainement

Par ailleurs le juge Trower a rappelé qu'il n'y pas de « *manière précise* » que l'on puisse imposer aux *directors* dans une telle démarche ni davantage de « *méthodologie universellement admise quant aux moyens que Shell pourrait mettre en œuvre pour atteindre les réductions ciblées* » dans le ETS⁽³⁶⁾. Cela signifie concrètement que, si plusieurs options s'offrent aux *directors* pour considérer les divers intérêts et favoriser le succès de l'entreprise au profit de ses membres, leur décision ne pourrait être remise en cause simplement parce qu'ils ont choisi telle ou telle option plutôt qu'une autre. Donc si les *directors*, en l'espèce, ont estimé qu'il n'y avait d'autres moyens que de prévoir tel pourcentage de réduction de CO₂ sur la base de telle

(28) V. Höсли, R. H. Weber, *Climate Change Reporting and Due Diligence Frontiers of Corporate Climate Responsibility*, ECFR 2021, p. 948-979, sp. p. 963.

(29) Dont la traduction pourrait être : « attention, compétence et diligence raisonnables » mais l'exemple du recours à la notion de devoir de « sollicitude » montre les difficultés des termes choisis pour traduire des termes anglais qui par nature sont parfois plus efficaces.

(30) CA 2006, s 414C (1).

(31) V. CA 2006 s 416(4) et après le 1^{er} avril 2019 ; v. *The Companies (Director's Report) and Limited Liability Partnerships (Energy and Carbon Report) Regulations 2018*, SI 2018 no 1155 ; v. *UK government's policy on Streamlined Energy and Carbon Reporting (SECR)* ; depuis sa révision en décembre 2022 le Code Afep/Medef prévoit un certain renforcement des missions du conseil d'administration en matière de RSE en général, v. A. Couret, Code Afep/Medef 2022, BJS, févr. 2023, p. 57 et s.

(32) *Its enlightened behavioural instruction through the strategic report*, v. Attenborough, Daniel (2022), *Corporate Disclosures on Climate Change: an Empirical Analysis of FTSE All-Share British Fossil Fuel Producers*, European Business Organization Law Review (23) 2, p. 313-346, sp p. 320, p. 328 sur Royal Dutch Shell.

(33) *ClientEarth v Shell Plc & Ors* [2023] EWHC 1137 (Ch), § 48 de la décision du 12 mai 2023, "This is a fundamental defect in ClientEarth's case because it completely ignores the fact that the management of a business of the size and complexity of that of Shell will require the Directors to take into account a range of competing considerations, the proper balancing of which is classic management decision with which the court is ill-equipped to interfere." et § 32 de la décision du 24 juillet 2023.

(34) *ClientEarth v Shell plc*, § 25 de la décision du 12 mai 2023 : "The way in which ClientEarth puts its case seeks to impose absolute duties on the Directors which cut across their general duty to have regard to the many competing considerations as to how best to promote the success of Shell for the benefit of its members as a whole".

(35) V. un article de référence, Bernard S. Sharfman, *The importance of the Business Judgment Rule*, *New-York University, Journal of Law & Business*, Vol. 14, Fall 2017, Number 1, p. 27, sp. p. 62.

(36) *Energy Transition Strategy*, v. § 64 décision du 24 juillet 2023, préc.

stratégie climat, alors ils ne pourraient être poursuivis pour avoir choisi telle ou telle option pour parvenir à cet objectif.

Dans sa décision du 24 juillet 2023 le juge Trower rappelle qu'il appartient aux *directors* eux-mêmes de déterminer agissant de bonne foi la meilleure manière de promouvoir le succès de la société pour le bénéfice de ses membres dans son ensemble⁽³⁷⁾. De façon générale le juge Trower reprend intégralement son argumentation développée dans sa décision du 12 mai 2006⁽³⁸⁾ et insiste sur le fait qu'il est très difficile de prouver que la direction de Shell n'a pas choisi la manière « la plus appropriée » pour mettre en œuvre son ETS pour atteindre le *net zero carbon* (NZ 2050 Target) dans l'intérêt de Shell et de ses membres dans son ensemble. En conséquence, il n'y a pas de manquement à l'article s. 172(1)(d)⁽³⁹⁾.

II. – Les motivations de ClientEarth : une position trop partisane, trop éloignée de l'intérêt de la société « pour le bénéfice de tous ses membres dans son ensemble »

Un autre aspect de la décision est intéressant. Il s'agissait des motivations réelles de l'ONG ClientEarth qui détenait une petite proportion d'actions de Shell. Ce seul fait aurait pu l'empêcher d'intenter contre cette dernière une réclamation complexe, longue et coûteuse. En effet, dans son jugement, le juge Trower a considéré en quelque sorte la position de l'ONG trop partisane. Celle-ci a voulu faire valoir son point de vue de toutes forces, ce qui naturellement fait partie de son ADN de militante de la défense de l'environnement mais le juge anglais a examiné l'état d'esprit de la demande introduite par ClientEarth contre les *directors* et il l'a qualifiée de *single-minded focus*. Il a reproché en ce sens à ClientEarth de se concentrer exclusivement sur son point de vue et ceux de ses partisans pour apprécier la bonne stratégie à adopter face aux risques climatiques⁽⁴⁰⁾ et non sur celui de Shell. Cet élément peut être pris en compte par le juge quand bien même cette ONG ait obtenu de nombreux soutiens pour

faire aboutir sa démarche procédurale. La Cour a constaté que presque tous les actionnaires soutenant ClientEarth étaient non seulement membres de l'initiative d'engagement Climate Action 100+, mais qu'ils avaient signé des lettres de soutien sur « un modèle identique » donc en quelque sorte sur la base d'un formulaire à remplir ce qui permet au juge Trower de se demander quelles étaient les intentions réelles de ces actionnaires. Certaines de ces lettres ne mentionnaient même pas le nombre d'actions représentées. Dans sa décision du 24 juillet 2023, le juge Trower va plus loin encore en rappelant que ClientEarth détenant 27 actions de Shell n'avait pas pour réel intérêt les conditions du succès de la société pour le bénéfice de tous ses membres dans son ensemble⁽⁴¹⁾. Le juge Trower dans sa décision rappelle que ClientEarth s'est concentrée uniquement sur ses propres vues et celles de ses supporters⁽⁴²⁾ et il insiste de nouveau sur la faible représentation en capital de Shell de l'ONG et de ses supporters⁽⁴³⁾.

Enfin, même contestée par une action en justice, si une décision du *board* relative au climat obtient lors de l'assemblée générale annuelle un large pourcentage en sa faveur, il semble bien qu'une ONG ou des actionnaires activistes ne seraient pas fondés à la remettre en cause. Le juge Trower a en effet également tenu compte, dans son analyse, du fait que le plan climat du *board* de Shell avait été adopté à 88,4 % lors de son assemblée générale annuelle du 18 mai 2021 donc à une très large majorité. Ceci pourrait réduire les chances de succès des poursuites d'actionnaires à l'encontre de décisions du *board* à des cas où, dans son ensemble, ce dernier ne prend pas du tout en considération l'environnement car la balance des décisions à prendre lui appartient totalement. Cette décision est pourtant pragmatique, fidèle à la jurisprudence relative aux sections 172 et 174 du *Companies Act* 2006.

III. – Le risque de réputation climatique des sociétés cotées à rude épreuve

La présente décision peut naturellement sembler injuste pour l'ONG car elle lui fait porter un lourd fardeau de la preuve. Or, les combats des ONG qui rappellent l'importance des enjeux climatiques et révèlent au grand jour des catastrophes écologiques reçoivent un soutien inconditionnel de leurs militants et, au-delà, d'un vaste public. Toutefois, cette décision rappelle opportunément que

(37) Décision du 24 juillet 2023, préc., § 28, p. 29 "... the well-established principle that it is for directors themselves to determine (acting in good faith) how best to promote the success of for the benefit of its members as a whole" qui reprend donc le § 25 du jugement du 12 mai 2023.

(38) Ainsi le § 66 p. 18 de la décision du 24 juillet 2023 reprend-il le § 48 de son jugement du 12 mai 2023, précité.

(39) Décision 24 juillet 2023, préc., § 65, p. 19 "...when addressing the most appropriate manner in which to deal with climate risk..." et § 29 de cette même décision, le juge Trower rappelle la jurisprudence concernant l'appréciation du non-respect de la s. 172.

(40) § 65 de la décision préc. : "ClientEarth has adopted a single-minded focus on the imposition of its views and those of its supporters as to the right strategy for dealing with climate change risk".

(41) Décision du 24 juillet 2023, préc., § 93, p. 23 : "... gives rise to a very clear inference that its real interest is not in how best to promote the success of Shell for the benefit of its members as a whole".

(42) Décision du 24 juillet 2023, préc., § 93, p. 24.

(43) Décision du 24 juillet 2023, préc., § 97, p. 24 : "But there are in any event a very small proportion of the total shareholder constituency and it is that constituency as a whole whose views should carry very considerable weight when determining how Shell can best manage the climate change risk with which the proceedings are concerned".

des actions de cette nature doivent être constructives. En l'espèce, Shell ne niait pas l'impact négatif du niveau d'émission de CO₂ et, en conséquence, avait déjà tenté de mettre en place un plan de réduction de celles-ci au regard du nécessaire alignement aux objectifs définis par les Accords de Paris sur le climat.

Cette affaire a bénéficié Outre-Manche d'une couverture médiatique très importante. Certes, le risque de réputation climatique peut jouer un rôle pédagogique, telle une piqûre de rappel de l'importance de la stratégie climat d'un grand groupe mais il ne doit pas avoir l'effet d'un coup de massue sur la gestion de la société par les *directors* car ce serait mésestimer ses effets contre-productifs potentiels même pour l'ensemble de ses parties prenantes. Le *risque de réputation climatique* sur les marchés financiers encouru par les entreprises concernées est loin d'être anodin : ainsi lorsqu'une action en justice est systématiquement intentée pour contester la stratégie climat d'une société, l'impact négatif sur le cours de l'action est presque automatique. Outre-Manche, une étude récente très instructive⁽⁴⁴⁾ a montré de façon édifiante que le simple fait qu'une action en justice soit initiée contre une société, action portant sur des enjeux climatiques, quel que soit le succès éventuel de cette action en justice, entraîne une baisse quasi automatique du cours des actions.

IV. – Les perspectives d'une gouvernance d'entreprise diligente : une Business Judgment Rule à la française et le rôle accru des parties prenantes

Le reporting non-financier des sociétés cotées en Angleterre étant sensiblement voisin du nôtre⁽⁴⁵⁾, cette décision anglaise, tout en tempérance, offre une occasion de nourrir utilement la réflexion en vue des futurs contours du devoir de vigilance issu de l'article 25 de la proposition de directive CS3D⁽⁴⁶⁾ même si son avenir est incertain dans

(44) *Impacts of Climate Litigation on firm value*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, May 2023 ; rappelés qu'il a suffi d'un seul tweet d'un journaliste en octobre 2022 pour faire dévisser le cours du Crédit Suisse, les effets des réseaux sociaux peuvent être dévastateurs ; v. égal., Société - Devoir de vigilance et réputation, Cl-A. Maetz, JCP Ed E, 2023, n° 31-35, 1246.

(45) V. D. Attenborough, article préc.

(46) Le texte de la proposition de directive CS3D n'est pas définitif depuis la version adoptée par la Commission européenne le 23 février 2022, la version adoptée par le Conseil européen le 30 novembre 2022 et celle adoptée par le Parlement européen le 1^{er} juin 2023 sur la base du rapport Lara Wolters qui a supprimé l'article 26 du texte. Cela montre que le trilogue qui s'engage ne sera pas un long fleuve tranquille pour le devoir de diligence des dirigeants ; pour rappel, l'article 25 dispose que « les administrateurs des entreprises visées à l'article 2, § 1, tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris

la version finale du texte. Ce devoir suscite en France des réflexions très riches et même des critiques fondées sur l'emploi du terme « devoir de sollicitude » qui n'est pas approprié. Le terme « devoir de vigilance » en matière de durabilité étant le terme général retenu, il englobe en réalité des devoirs assez aisés à définir mais dont les conséquences pratiques sont encore un terrain en friche. La transposition de cette directive, une fois son texte définitif adopté, sera délicate également au regard de la mise en œuvre de l'article 15⁽⁴⁷⁾ qui prévoit d'imposer aux entreprises de publier un plan de transition climatique.

V. – Les ONG, des « Big Sisters » précieuses si ...

Dans quelle mesure les actions climatiques initiées par les ONG ou associations de défense de l'environnement peuvent améliorer la gouvernance d'entreprise durable ? Cette question est légitime et est débattue également hors de l'UE⁽⁴⁸⁾. Un éventuel élément de réponse pourrait venir des définitions des parties prenantes concernées et impliquées présentes dans le texte adopté par le Parlement européen le 1^{er} juin 2023⁽⁴⁹⁾.

Le risque de réputation climatique sur les marchés financiers encouru par les entreprises concernées est loin d'être anodin

En effet, même en l'absence très probable de l'article 25 de la proposition de CS3D, la directive CSRD impose aux

à court, moyen et long terme ». L'article 25 a été retiré par le Conseil dans sa version du 30 novembre 2022.

(47) V. sur l'article 15 de la proposition de directive CSDD, les réflexions très justes d'A. Stevignon, L'article 15 de la proposition de directive sur le devoir de vigilance : signe d'un renforcement normatif de la RSE ?, RLDA 2023/189 suppl., n° 7656, févr. 2023, p. 15 et s. et du même auteur, Le devoir de vigilance climatique, un nouveau champ de responsabilité pour les entreprises, REDC 2021, n° 3, p. 331 et s.

(48) Pour une approche américaine, v. Strauss, Emily, *Climate Change and Shareholder Lawsuits*, July 28, 2022; Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2022-41, sp. p. 36; v. aussi *Climate Change s Directors' Duties : Closing the Gap Between Legal Obligation and Enforcement Practice*, E. Mulholland, S. Barker, C. Williams, and R. G. Eccles, in *The Handbook of Board Governance: A comprehensive Guide for Public, Private and Not-for-Profit Board Members*, 2nd Ed., Wiley, Richard Leblanc éd., 2020, p. 335.

(49) V. Amendements du Parlement européen, adoptés le 1^{er} juin 2023, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), accessible à https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_FR.html ; spécialement amendements 122 et 123.

conseils d'administration d'informer sur la manière dont le modèle et la stratégie d'entreprise tiendront compte des parties prenantes de l'entreprise. La difficulté croît au regard de la notion même de partie prenante et du rôle que les normes EFRAG souhaitent lui assigner. Cette décision anglaise offre donc l'occasion d'appréhender le rôle des organisations non gouvernementales, de tenter de les situer parmi les parties prenantes, la notion même de partie prenante étant en plein essor. Ces dernières devraient pouvoir trouver une place de choix dans le dialogue avec les membres du conseil d'administration ou de façon générale avec les « dirigeants » au sens des propositions de directives européennes récentes. Ce fameux dialogue⁽⁵⁰⁾ avec les parties prenantes ne doit pas être un dialogue de sourds mais doit aussi être constructif. Il sera préférable qu'elles agissent en amont au sein du pouvoir décisionnel de la société dans le comité des parties prenantes et ne soient pas réduites, en aval, parfois à instrumentaliser un contentieux climatique⁽⁵¹⁾. Ainsi, par exemple, lorsque la démarche de ces dernières consiste à n'acquiescer que quelques actions d'une société nécessaire à la mise en œuvre d'une action *ut singuli* (le *one-share activism*)⁽⁵²⁾ pour agir en responsabilité contre les dirigeants de celle-ci pour ne pas avoir mis en œuvre une stratégie climatique. D'ailleurs, il faut reconnaître qu'en France, s'agissant des plans de vigilance, en dépit du caractère pionnier de la loi sur le devoir de vigilance⁽⁵³⁾, le contentieux peine aussi à aboutir mais plutôt en raison d'obstacles procéduraux⁽⁵⁴⁾.

La clef du succès du futur devoir de diligence des administrateurs résidera dans cet échange constructif avec

les parties prenantes. Deux angles d'attaque permettent d'appréhender les évolutions à venir concernant les parties prenantes et le rôle du conseil d'administration.

VI. – Les nouvelles normes EFRAG : un colossal corpus technique

Dans le sillage de la CSRD du 14 décembre 2022 très commentée par la doctrine, la récente publication de l'acte délégué et de ses deux annexes contenant les normes EFRAG le 31 juillet 2023⁽⁵⁵⁾ mentionne les ONG dans les parties prenantes *utilisatrices des sustainability statement* appartenant ainsi au sous-groupe des parties prenantes et il est possible qu'elles appartiennent aussi à la catégorie générale des parties prenantes « affectées »⁽⁵⁶⁾ étant précisé que les parties prenantes peuvent appartenir aux deux groupes (« affectées » ou pouvant être « affectées » et « utilisatrices des déclarations de durabilité »). La norme ESRS S3⁽⁵⁷⁾ concerne, par exemple, spécifiquement les *affected communities* qui sont en tant que telles un groupe clef des *stakeholders affectés*.

Cet acte délégué a assoupli en rendant non pas obligatoires mais volontaires certains points, en particulier les engagements avec les parties prenantes. Le rôle des ONG reste à définir en pratique en qualité d'utilisatrices⁽⁵⁸⁾ des informations publiées. Il n'est naturellement pas possible, dans le cadre de ce commentaire, de développer ces nouvelles normes⁽⁵⁹⁾ et leurs divergences notables avec les normes IFRS⁽⁶⁰⁾ mais évoquons simplement, à ce stade, la

(50) V. AMF, Dialogue actionnarial sur les questions environnementales et climatiques, Communiqué du 8 mars 2023.

(51) Elles jouent, il est exact, un rôle important dans le secteur des industries extractives, v. A.-M. Ilcheva, La RSE dans le secteur des industries extractives, RLDA 2023/189 suppl., n° 7662, p. 50 et s.

(52) V. A. Pietrancosta, Gouvernance d'entreprise : l'intervention du législateur, national et européen, *in* Gaz. Pal. n° 3 Hors-série, 27 juin 2023, p. 26 et s., sp. p. 46.

(53) C. Malecki, Devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : est-ce bien raisonnable ? BJS, mai 2017, no 116j8, p. 298 ; T. Sachs, La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une co-régulation, RTD 2017, p. 380 et s.

(54) Le juge français exigeant des mises en demeure propres à chaque devoir de vigilance, ce qui est difficile dans la mesure où le plan est par nature évolutif, la difficulté résidant dans le fait que postérieurement à l'assignation le rapport a pu être modifié et publié selon l'article L. 225-102-4, alinéa 5 du Code de commerce dans une version différente de celle visée par celle-ci, v. TJ Paris, 30 nov. 2021, n° 20/10246, TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53942 et TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53943, note V. Mercier, BJS, juin 2023, p. 7, Devoir de vigilance de TotalEnergies : une première décision en demi-teinte, et le commentaire de M. Hautereau-Boutonnet qui s'interroge de façon judicieuse sur l'éventuelle création d'une « *une action préventive véritablement adaptée aux enjeux environnementaux* », v. : club-desjuristes.com/le-projet-petrolier-en-ouganda-et-tanzanie-des-filiales-de-totalenergies-partie-remise-pour-le-premier-jugement-sur-le-devoir-de-vigilance-par-mathilde-hautereau-boutonnet/.

(55) V. L'annexe 1 C(2023)5303 final, https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/csrd-delegated-act-2023-5303-annex-1_en.pdf, p. 5 et l'acte délégué en date du 3 juillet 2023 C(2023) 5303 final (245 pages) et v. l'annexe 2 qui contient 35 pages ne serait-ce que pour expliciter les acronymes et les termes employés dans les normes ; v. M. Desbats, De l'information non financière à l'information en matière de durabilité des entreprises : évolution formelle ou substantielle ? RTDF 2023, n° 62 du 30 juin 2023.

(56) V. La définition des Stakeholders dans le titre général du § 22 de l'Annexe I : « *Stakeholders are those who can affect or be affected by the undertakings. There are two main groups of stakeholders* ». V. égal. les interrogations de F. Drummond, Propos conclusifs, Actes du colloque Droit & Commerce 24 et 25 mars 2023, Deauville, Gaz. Pal. n° 3 Hors-série, 27 juin 2023, p. 95 et s. sp. p. 97.

(57) V. Annexe 1, C(2023)5303 final, https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/csrd-delegated-act-2023-5303-annex-1_en.pdf, p. 5 et l'acte délégué en date du 31 juillet 2023 C(2023) 5303 final, p. 208 et s.

(58) V. Sur cette nouvelle terminologie qui n'est à notre sens pas très heureuse mais explicite, v. T. Vuarnet, Quelle normativité pour la nouvelle terminologie du droit européen des sociétés ? RTD Fin., n° 62, 30 juin 2023.

(59) V. pour une présentation avant l'adoption de ces normes, P.-H. Conac, Les projets de normes durabilité ESRS (European Union Sustainability Reporting Standards) de l'EFRAG et leur conception de la gouvernance d'entreprise, *Rev. soc.* 2022, p. 576.

(60) V. la grande conférence de l'IFRS des 26 et 27 juillet 2023 à Londres qui a bien montré l'esprit général de ces normes différent de celui qui prévaut au sein de l'UE, <https://www.ifrs.org/news/>

norme SBM-2 *Interests and views of stakeholders* § 43 IV⁽⁶¹⁾ qui est reprise et mentionne bien en caractères gras de façon impérative que « *l'entreprise doit indiquer comment les intérêts et les points de vue de ses parties prenantes sont pris ne compte dans sa stratégie et son modèle économique* »⁽⁶²⁾.

VII. – Les avancées notables de la Recommandation du Conseil de l'OCDE relative aux Principes de gouvernance d'entreprise

Plus en profondeur pour l'avenir de la gouvernance d'entreprise durable, la nouvelle version des principes G20/OCDE des 7-8 juin 2023, version qui doit être adoptée lors du prochain G20 des ministres des Finances et des gouverneurs de banques centrales des 9 et 10 septembre 2023 à New Delhi, reconnaît une place de choix aux parties prenantes. Ainsi, le principe V.A.1 préconise-t-il une forme de *Business Judgment Rule* précisant à juste titre l'importance de l'intérêt de l'entreprise « *to benefit the company* ». Ce principe V.A.1 énonce dans le détail que « *le fait de protéger les membres du conseil d'administration et de la direction contre d'éventuelles poursuites judiciaires s'ils ont pris une décision commerciale avec toute la diligence requise, en toute connaissance de cause et en l'absence de tout conflit d'intérêts, leur permettra de mieux assumer le risque d'une décision censée profiter à l'entreprise, mais qui pourrait, en fin de compte, se solder par un échec. Sous réserve de ces conditions, ces mesures de protection s'appliqueraient également dans les cas où la décision prise serait manifestement assortie de coûts à court terme et de répercussions négatives à long terme pour l'entreprise, à condition que les dirigeants puissent déterminer avec diligence s'il peut être raisonnablement estimé que ladite décision contribuera à la réussite et aux résultats à long terme de la société* »⁽⁶³⁾. Le

titre du principe V.A.1 est évocateur. « *Les administrateurs devraient être protégés contre d'éventuelles poursuites judiciaires si une décision a été prise de bonne foi et avec toute la diligence requise* » et, même si sa mise en œuvre sera délicate, il fait pleinement partie des fondations d'une gouvernance d'entreprise prudente et diligente⁽⁶⁴⁾.

La mise en œuvre de la *Business Judgment Rule* acclimatée à notre droit national devrait avoir pour boussole première l'intérêt social de la société

L'essor du rôle des parties prenantes⁽⁶⁵⁾ est bienvenu mais la question se posera de savoir jusqu'où et comment les dirigeants devront répondre à leurs attentes⁽⁶⁶⁾. En ce sens, le titre général de la recommandation V.A est également évocateur⁽⁶⁷⁾ : « *Les administrateurs devraient agir en toute connaissance de cause, de bonne foi, avec toute la diligence et le soin requis et dans l'intérêt de la société et de ses actionnaires, en prenant en compte les intérêts des parties prenantes* ». Ces principes directeurs insistent donc sur les parties prenantes. À la lecture de ce titre, il semble difficile de concevoir que les administrateurs ne puissent pas tenir compte également des intérêts des parties prenantes même dans la mise en œuvre de la *Business Judgment Rule*.

La mise en œuvre de la *Business Judgment Rule* acclimatée à notre droit national devrait avoir pour boussole première l'intérêt social de la société et acclimatée à la future CS3D ce serait « *l'intérêt supérieur de l'entreprise* »⁽⁶⁸⁾. Les nouveaux Principes du Conseil de l'OCDE relative aux Principes de gouvernance d'entreprise offrent opportunément une fenêtre d'ouverture à une *Business Judgment Rule* à la française, elle-même bénéficiant de la nouvelle définition

and-events/news/2023/08/insights-from-the-2023-ifrs-foundation-conference/?utm_medium=email&utm_source=website-follows-alert&utm_campaign=immediate ; v. P.-H. Conac, Rev. sociétés 2023, p. 56.

(61) V. Annexe 1 C(2023)5303 final, https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/csr-delegated-act-2023-5303-annex-1_en.pdf, p. 5, et l'acte délégué en date du 31 juillet 2023 C(2023) 5303 final, p. 45 ; v. égal. AMF Position paper, 7 juill. 2023, *French AMF Response to European Commission's Public Consultation on the Draft Delegated Act relative to European Sustainability Reporting Standards*.

(62) V. égal. la norme ESRS 1 Exigences générales 3.1, 26.

(63) *Recommendation of the Council on Principles of Corporate Governance*, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEG-0413>, v. V.A1 « *Protecting board members and management against litigation, if they made a business decision diligently, with procedural due care, on a duly informed basis and without any conflicts of interest, will better enable them to assume the risk of a decision that is expected to benefit the company but which could eventually be unsuccessful. Subject to these conditions, such a safe harbour would apply even if there are clear short-term costs and uncertain long-term negative impacts to the company, as long as managers diligently assess*

whether the decision could be reasonably expected to contribute to the long-term success and performance of the company » ; P.-H. Conac, Les nouveaux principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE, 7-8 juin 2023, Rev. des sociétés, juill.-août 2023, p. 461 et s.

(64) V. Principe V. A.1, préc.

(65) Il n'est pas possible dans ce présent commentaire de développer les divers types de parties prenantes impliquées par les normes EFRAG telles qu'adoptées le 31 juillet 2023 mais la question essentielle sera de définir leurs rôles et moyens d'actions ; les ONG sont classées dans la catégorie des parties prenantes « utilisateurs » par la norme EFRAG ESRS 1 ; évoquons aussi la norme ESRS 2 *Disclosure Requirement GOV-4 Statement of Due Diligence*.

(66) À notre sens, un comité des parties prenantes devrait avoir une reconnaissance institutionnelle, v. J.-J. Daigre, Vers un « conseil des parties prenantes » dans les grandes sociétés ?, JCP E 2022, 1411.

(67) Recommandation préc.

(68) V. cons. 63 de la CS3D.

de l'intérêt social issu de la loi PACTE⁽⁶⁹⁾. Outre-Atlantique, paradoxalement, la confrontation de la *Business Judgment Rule* avec l'essor des critères ESG pourrait tendre à affaiblir cette dernière mais même dans son «berceau américain» les débats sont très vifs sur cette question⁽⁷⁰⁾. En France, il serait souhaitable dans une optique irénique que la *Business Judgment Rule*, même s'il s'agit d'une décision qui ressort exclusivement du conseil d'administration, puisse bénéficier en amont du soutien même purement consultatif des comités des parties prenantes⁽⁷¹⁾ dont le rôle ne pourra qu'être renforcé et consacré institutionnellement à terme. Le mouvement en faveur de comités des parties prenantes est d'ailleurs déjà inscrit dans le marbre de nombreux codes de gouvernement d'entreprise. En France, le Code Middledenext⁽⁷²⁾ a fait figure de précurseur en 2021 mais le Code de gouvernement d'entreprise espagnol des sociétés cotées l'avait devancé en 2020⁽⁷³⁾. Toutefois un comité des parties prenantes devra être un réel lieu de proposition, d'échanges et surtout d'accès à l'information sur les questions de RSE relatives à la stratégie climat qui, à défaut, peut être une bombe à retardement source de contentieux. D'ailleurs, la complexité du nouveau reporting sur la durabilité avec l'annexe 1 des normes EFRAG qui comprend 245 pages éminemment techniques avec la mise en œuvre de la double matérialité accroît la difficulté. Nous ne sommes qu'aux prémices de la pra-

tique de tels comités⁽⁷⁴⁾ et, en raison de l'essor fulgurant des parties prenantes, il est difficilement concevable que leur rôle soit simplement consultatif⁽⁷⁵⁾.

Notons également, au regard de l'évolution de la gouvernance d'entreprise, que la décision anglaise analysée montre que la *Business Judgment Rule*⁽⁷⁶⁾ permettrait aussi de poser des limites au « décentrement » ou, plutôt, permettrait de répondre à la question du « *bon niveau de contrôle externe* »⁽⁷⁷⁾ de l'entreprise et elle montre d'une certaine façon également que le juge pourrait être un rempart utile contre certaines actions en responsabilité. Son rôle sera essentiel dans l'appréciation de la *Business Judgment Rule* et l'on pourrait assister à un déplacement du contentieux climatique.

Cette recommandation de l'OCDE va plus loin encore en imposant aux conseils d'administration de prendre en compte les « intérêts des parties prenantes » dans le Chapitre VI, déjà connu de la doctrine, intitulé *Sustainability and resilience*⁽⁷⁸⁾. Cette prise en compte des intérêts des parties prenantes n'est plus une simple option. La cartographie des parties prenantes sera une étape essentielle⁽⁷⁹⁾.

Les Principes définissent les « autres parties prenantes » comme les communautés affectées. Ce nouveau Chapitre VI sera le sésame de la gouvernance d'entreprise durable qui ne doit pas diaboliser le court-termisme ni sacraliser le long-termisme. Un vaste mouvement s'opère donc en profondeur en vue de définir les parties prenantes qui ont fait une entrée fracassante dans la gouvernance d'entreprise durable. Cette avancée du Chapitre VI offre des perspectives nouvelles et pourrait éviter certains contentieux climatiques. La décision anglaise montre de façon très instructive qu'il appartient aussi aux ONG d'être

(69) V. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 pour la croissance et la transformation des entreprises, la place manque pour le recensement exhaustif des nombreux commentaires qui lui ont été dédiés, v. C. civ., art. 1833 et aussi C. com., art. L. 225-35, modifié par la loi n° 2022-296 du 2 mars 2022 visant à démocratiser le sport en France.

(70) Pour ne citer, p. ex., dans le cadre des présentes réflexions, que S. Bainbridge, *The Business Judgment Rule a Abstention Doctrine*, 57 VAND. L. REV. 83, 85 (2004), du même auteur, *Making Sense of the Business Roundtable's Reversal on Corporate Purpose*, 46 J. CORP. L. 285, 289 (2021) et surtout l'article de référence de R. Shapira, *Mission Critical ESG and the Scope of Director Oversight Duties*, Columbia Business Law Review, 732 (2022) sp. p. 778, qui permet de prendre du recul et ; T. Kuntz, *ESG and the Weakening Business Judgment Rule*, à paraître in Thilo Kuntz (ed) Research Handbook on Environmental, Social and Corporate Governance, Edward Elgar.

(71) Dès 2017, N. Cusacq s'interrogeait à juste titre, Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ?, D. 2017, p. 1844 ; A. Felix, I.-A. Martinet, Le comité des parties prenantes : la gouvernance hors les murs ?, BJS 2021, p. 41 ; B. Lecourt, Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés, Rev. sociétés, 2022, p. 310 ; J.-J. Daigre, Vers un « conseil des parties prenantes » dans les grandes sociétés, JCP E 2022, 1411.

(72) A. Couret, Le Code de gouvernement d'entreprise Middledenext 2021, BJS, nov. 2021, p. 36, sp. n° 9, p. 37.

(73) V. Recommandation 53... *Such a committee should be made up solely of non executive directors, the majority being independent and specifically assigned the following minimum functions*, https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020_ENen.PDF, et en Italie après avoir proposé dès 2015 la création de tels comités, le code de 2020 est revenu sur cette proposition en laissant les sociétés (grandes sociétés) apprécier cette création.

(74) V. Guide IFA, Les parties prenantes : leur place au sein de la gouvernance de l'entreprise, 2021.

(75) V. à juste titre, A. Couret, D'un modèle sociétaire bipolaire à un modèle multipolaire, Edito BJS juin 2023, « *On imagine mal qu'il puisse être longtemps simplement consultatif* ».

(76) V. les réflexions de A. Pietrancosta, Gouvernance d'entreprise : l'intervention du législateur, national et européen, Gaz. Pal. n° 3 Hors-série, 27 juin 2023, p. 26 et s., sp. p. 37.

(77) V. l'article de référence de O. Boulon, La gouvernance des sociétés : le contrôle externe, Gaz. Pal. n° 3 Hors-série, 27 juin 2023, p. 71 et s. qui évoque la question de la « gouvernabilité » des sociétés, sp. p. 81.

(78) *Recommendation of the Council on Principles of Corporate Governance*, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0413>, v. les diverses prises en compte des parties prenantes, VI.D., VI. D. 1, VI.D.2 et surtout VI.D.5; ceci va dans le sens de l'étude commandée par la Commission, Study on directors' duties and sustainable corporate governance, juillet 2020, (185 pages), juillet 2020, file:///Users/Kate/Downloads/study%20on%20directors%20duties%20and%20sustainable%20corporate-DS0320415ENN.pdf.

(79) C. Malecki, Responsabilité sociale des entreprises, Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable, Lextenso, 2014, n° 376, p. 280 et s.

en quelque sorte des *Big Sisters* durables mais aussi responsables dans leurs actions contentieuses. Les relations entre les parties prenantes et les dirigeants des entreprises seront la clef du succès de la gouvernance d'entreprise durable et la ligne de crête entre le risque de l'émergence d'un diktat des parties prenantes et la nécessaire appréciation souveraine par les dirigeants des éléments techniques permettant d'atteindre les objectifs (déjà dépassés) de l'Accord de Paris sur le climat sera la clef d'une gouvernance d'entreprise efficiente et résiliente. Or nous assistons sans aucun doute à une « multipolarité »⁽⁸⁰⁾ qui sera aussi un des enjeux de cette nouvelle « gouvernabilité ». Une des questions à venir consistera à envisager les conditions éventuelles d'une approche holistique des parties prenantes.

Nul doute également que nombreuses seront les actions procédurales des ONG dans les domaines de l'agriculture, du transport ou de l'industrie du plastique, dans la mesure où les plans de réduction de CO₂ ou les stratégies climat en général des grands groupes ne seront pas assez ambitieux à leurs yeux pour atteindre les objectifs généraux de décarbonation. En ce sens, la décision anglaise analysée est très instructive.

VIII. – Les liens inextricables entre la directive CSRD et la future CS3D

Au cœur du dispositif général des plans des entreprises sur la compatibilité de leurs modèles d'entreprise et de leur stratégie avec la limitation du réchauffement climatique et l'objectif de neutralité climatique, il faut considérer ces textes comme formant un grand ensemble normatif très complexe, la CSRD⁽⁸¹⁾ en étant la locomotive. En effet, l'alignement de l'article 15 de la CS3D à la suite d'un amendement adopté par le Parlement européen le 31 mai 2023 en y ajoutant une description du contenu requis pour ces plans accroît la difficulté. La suppression (inéluçtable ?) de l'article 25 de la CS3D ne remet pas en cause les obliga-

tions des conseils d'administration à l'endroit des parties prenantes. En effet, la Directive CSRD jouant à plein son rôle de locomotive normative, maintient dans son sillage le cœur du dispositif concernant les parties prenantes, les conseils d'administration des grandes entreprises étant tenus d'informer sur la manière dont le modèle et la stratégie d'entreprise tiennent compte des parties prenantes de l'entreprise et de son impact sur les questions de développement durable⁽⁸²⁾. Il faut reconnaître que les *directors* ont beaucoup évolué ces dernières années en faveur des questions relatives à la RSE qui est devenue une vraie préoccupation digne d'une réelle *Corporate Climate Responsibility* et on ne peut les taxer systématiquement de passivité climatique ou de stratégie d'évitement du contentieux climatique. Nous ne sommes qu'aux prémices de la pratique de cette gouvernance d'entreprise et il y a tout lieu de penser que la composition même des conseils d'administration sera aussi déterminante en ce domaine⁽⁸³⁾.

Il est indéniable que la difficulté majeure résidera dans l'approche générale des parties prenantes⁽⁸⁴⁾. Même si l'article 26 de la CS3D par le Parlement européen le 1^{er} juin 2023 non sans surprise a supprimé de l'actuelle version de celle-ci⁽⁸⁵⁾, le véritable *big bang* de cette gouvernance d'entreprise résidera essentiellement dans le rôle des parties prenantes que les textes européens souhaitent promouvoir.

En conclusion - L'introduction d'une *Business Judgment Rule* à la française⁽⁸⁶⁾ - même si des signaux existent naturellement déjà en droit français, confrontée aux critères ESG en général - et une participation constructive des parties prenantes grâce notamment au *Chapitre VI des nouveaux principes de gouvernement d'entreprise du G20* et de l'OCDE, chapitre dont la notoriété est en devenir, pourraient apporter une pierre solide à l'édifice de la gouvernance d'entreprise durable. ■

(80) V. A. Couret, D'un modèle sociétaire bipolaire à un modèle multipolaire, Edito BJS juin 2023, Edito visionnaire qui anticipe les évolutions à venir en particulier en raison de la multiplication d'instances concurrentes et en particulier du comité des parties prenantes.

(81) Corporate Sustainability Reporting Directive, 14 déc. 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2464>.

(82) C. Nouel, Directive CSRD : la durabilité au cœur de la stratégie et de la gouvernance des entreprises, BJS 2023, p. 23, sp. p. 62.

(83) V. principe V.E.4 des nouveaux principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE ; la littérature est abondante sur ce thème, aussi n'est-il pas possible de la recenser ici.

(84) V. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_FR.html et P.-H. Conac, Les projets de normes de durabilité ESRS (*European Union Sustainability Reporting Standards*), de l'EFRAG renoncent à promouvoir le « capitalisme des parties prenantes », Rev. sociétés, 2023, p. 56.

(85) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_FR.html.

(86) B. Dondero, Du contrôle (par la Cour de cassation) du contrôle (en droit des sociétés), et de la responsabilité des dirigeants sociaux, BJS 2004, p. 1480 ; V. Magnier, Qu'est-ce qu'un administrateur prudent et diligent?, BJS 2012, p. 75.

Business abroad

RLDA 7787

Les voies d'implantation en Espagne

En tant que membre de l'Union européenne, l'Espagne joue un rôle important sur la scène internationale et abrite une population chaleureuse et accueillante, prête à partager sa riche culture et son art de vivre avec les visiteurs. Du point de vue social et culturel, l'Espagne et la France partagent une histoire commune et une proximité géographique qui se traduisent par des relations commerciales solides, une coopération exceptionnelle dans des domaines tels que la lutte contre le terrorisme, le crime organisé et l'immigration. Quelles sont les voies d'implantation ?

L'Espagne est l'une des économies les plus dynamiques de l'Union européenne. Elle possède un PIB nominal parmi les plus élevés du continent, se classant parmi les quatre principales économies de la zone euro. Le pays est attrayant pour les investissements directs étrangers (IDE) en raison de son marché intérieur vaste et diversifié, de sa main-d'œuvre qualifiée et de son infrastructure développée. Les secteurs porteurs de l'économie espagnole comprennent le tourisme, l'industrie automobile, les énergies renouvelables, les technologies de l'information et de la communication (TIC) et l'agroalimentaire. Le pays encourage l'innovation et les investissements dans les secteurs des TIC et des start-ups, stimulant ainsi le développement de nouvelles technologies.

Néanmoins, la question de l'indépendance de la Catalogne continue de susciter des tensions politiques et juridiques, créant une certaine incertitude dans le pays. De plus, la crise des migrants et les flux migratoires ont également un impact sur la société espagnole, mettant à l'épreuve les structures d'accueil et générant des tensions.

Les investissements français en Espagne sont significatifs et témoignent des liens

étroits entre les deux pays. Les entreprises françaises investissent notamment dans l'industrie automobile, les services financiers, l'énergie, les télécommunications, le commerce de détail et le tourisme. Des sociétés françaises renommées telles que Renault, Orange, Total, Carrefour et Accor sont présentes en Espagne.

L'objectif de cet article est de présenter les voies d'implantation du point de vue légal.

I. – Le système juridique en Espagne

Le système juridique et constitutionnel espagnol repose sur la Constitution de 1978, qui établit l'organisation politique et les droits fondamentaux du pays. En ce qui concerne le système juridique espagnol, l'Espagne est une monarchie parlementaire avec répartition des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire), le Roi étant le chef de l'État.

Le pouvoir exécutif est exercé par le Gouvernement dirigé par son Président. Le pouvoir législatif, qui est bicaméral en Espagne, est exercé conjointement par les *Cortes Generales* et le Sénat. Le pouvoir judiciaire est exercé par les juges et les magistrats.



Christophe
DUBOIS

Avocat, Wiener
Soto Caparros,
De la Peña &
Bethencourt

L'Espagne est divisée en 17 communautés autonomes (« CCAA »), elles-mêmes divisées en provinces et celles-ci en municipalités. Chaque communauté autonome dispose d'une série de pouvoirs qui lui sont délégués par la Constitution. En fait, le pouvoir législatif en Espagne est partagé entre l'État et les communautés autonomes.

Cette structure de division en communautés autonomes fait de l'Espagne l'un des pays les plus décentralisés de l'UE.

L'Espagne a rejoint l'UE en 1986⁽¹⁾, faisant ainsi partie d'un marché unique régi, entre autres, par le principe de la libre circulation des capitaux et des personnes.

II. – Investir en Espagne : questions pratiques

A. – Sociétés commerciales

L'une des principales formes d'investissement étranger en Espagne (principalement pour éviter que les associés ne soient personnellement et indéfiniment responsables des dettes contractées dans le cadre de leur investissement – sauf, le cas échéant, à hauteur du capital engagé) est la création de sociétés commerciales.

Les deux principaux types de sociétés commerciales sont les sociétés à responsabilité limitée (« SL ») et les sociétés anonymes (« SA »).

Voici quelques-unes des différences entre les deux, sans limitation (i) le capital social minimum requis pour chaque type de société (1 € dans les SL depuis la récente entrée en vigueur de la loi 18/2022 du 28 septembre - connue sous le nom de « loi *Crea y Crece* » - par rapport à 60 000 € pour les SA ; (ii) le système de souscription et de paiement de leurs apports en capital ; (iii) le mode de division de leur capital social (celui des SL en actions et celui des SA en parts sociales) ; (iv) le système de transférabilité des parts sociales et des actions (plus restreint dans les SL) ; (v) la possibilité d'émettre des obligations (non autorisée pour les SL) ou la possibilité que ces instruments soient négociés sur des marchés secondaires (uniquement autorisée pour les SA) ; (vi) la possibilité d'exercer certaines activités réservées aux SA ; ou (vii) d'autres éléments affectant la gouvernance.

Les principales conditions requises pour la constitution d'une société par un investisseur étranger sont les suivantes

- **Pouvoirs** : lorsque la société doit être constituée par un mandataire de l'investisseur étranger, le pouvoir accordé à l'étranger doit passer un contrôle de conformi-

té, notamment en étant notarié et apostillé conformément à la Convention de La Haye de 1961 (ou, plus rarement, devant le consulat espagnol du pays d'origine).

De même, si le mandat est rédigé dans une langue étrangère, il doit comporter une traduction assermentée en espagnol, raison pour laquelle il est habituel que le mandat soit rédigé en double colonne avec une clause prévoyant la prévalence de la version espagnole ;

- **Dénomination sociale** : un certificat négatif délivré par le registre central du commerce sera exigé au préalable. Ce certificat atteste qu'il est possible d'utiliser le nom proposé dans la mesure où il n'est pas incompatible avec le droit ou avec une autre dénomination déjà utilisée par une autre société ;
- **Numéro d'identification fiscale** : tout investisseur étranger personne physique (ou représentant d'une société accordant des procurations pour la constitution ou l'achat d'une société en Espagne par un investisseur étranger) doit avoir un numéro d'identification d'étranger (« NIE ») (même s'il ne résidera pas en Espagne). Les investisseurs légaux (non-résidents en Espagne) et les sociétés constituées en Espagne ont également besoin d'un identifiant fiscal, appelé numéro d'identification fiscale (« NIF »). Le NIF et le NIE sont tous deux obtenus en remplissant une série de formulaires auprès de l'Agence fiscale (dans le cas du NIF) et de la police nationale (dans le cas du NIE). Il est courant de mandater des cabinets d'avocats pour obtenir ces NIE ou NIF, pour lesquels il est habituel d'inclure ces attributions dans les mandats accordés dans le cadre de l'opération et de traduire, notarié et/ou apostillé la documentation à soumettre aux autorités espagnoles ;
- **Apports** : une nouveauté depuis l'approbation de la loi *Crea y Crece*, en Espagne, les fondateurs peuvent ne pas accréditer les apports monétaires (dans ce cas, ils sont solidairement responsables de la réalité de ces apports). Si cela ne se produit pas, il est d'usage de prévoir l'ouverture préalable d'un compte bancaire sur lequel seront versés les apports de la société en formation ;
- **L'acte public de constitution** : il doit être passé devant un notaire espagnol, en fournissant les statuts de la société et en désignant son organe d'administration. Depuis la publication de la loi *Crea y Crece*, des modèles ont été fournis pour rationaliser les procédures administratives.

Une autre option pour canaliser un tel investissement est d'acquérir une société déjà constituée, sans activité et sans passif.

(1) https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1980-89_es.

B. – Investissements et commerce extérieur

En 2023, les exportations ont augmenté de 17,7 % et les importations de 3,6 %⁽²⁾.

En général, le commerce et l'investissement internationaux ne nécessitent pas d'autorisation ou de notification préalable de la part de l'autorité compétente, et il suffit d'informer la Direction Générale du Commerce et de l'Investissement Internationaux du Secrétariat d'État au Commerce, qui dépend du Ministère de l'Industrie, du Commerce et du Tourisme, de l'investissement réalisé.

Les exceptions à cette règle sont (i) les investissements provenant de paradis fiscaux et (ii) les investissements liés à la sécurité nationale et les investissements immobiliers pour les missions diplomatiques d'États non membres de l'UE, qui doivent être notifiés à l'avance.

En outre, par exception à la règle générale, les investissements dans certains secteurs, tels que le transport aérien, la radio, les matières premières, les minerais d'intérêt stratégique, les jeux d'argent, les télécommunications, la sécurité privée, les industries liées à la fabrication, la commercialisation ou la distribution d'armes ou d'explosifs et les activités liées à la sécurité nationale, doivent respecter certaines exigences, notamment en matière d'information ou d'autorisation préalables, qui seront imposées par l'autorité compétente dans le cadre d'une législation spécifique⁽³⁾.

C. – Insolvabilité

La transposition des différentes directives européennes en droit espagnol a donné lieu au Décret Royal 1/2020, du 5 mai, approuvant le texte révisé de la Loi sur l'Insolvabilité (« LC »), récemment modifiée et refondue à la suite de l'approbation de la loi 16/2022, du 5 septembre.

L'objectif des procédures d'insolvabilité est de permettre la continuité ou la vente de l'entreprise ou des branches d'activité viables et la liquidation méthodique et rapide de celles qui ne le sont pas.

Les réformes les plus récentes comprennent la mise à jour des mécanismes de prévention de l'insolvabilité (en particulier les plans de restructuration), qui permettent de trouver une solution aux difficultés avant la déclaration d'insolvabilité, et les mécanismes les plus innovants de vente d'unités de production (connus dans notre législation sous le nom de « pre-packs »), qui visent à éviter la

perte de valeur causée par la prolongation des procédures d'insolvabilité.

D. – L'emploi

La réglementation espagnole en matière d'emploi est contenue dans le Décret Royal Législatif 2/2015, du 23 octobre, qui approuve le texte révisé de la loi sur le statut des travailleurs (la « loi sur le statut des travailleurs » ou « ET »).

Les droits reconnus aux travailleurs ne peuvent faire l'objet d'une renonciation (d'où l'intérêt de solliciter des conseils spécifiques en matière de droit du travail lorsque l'investissement l'exige).

À cet égard, conformément à la loi espagnole, la règle générale est que les contrats de travail conclus en vertu de la législation espagnole sont et doivent être présumés être à durée indéterminée, les contrats temporaires étant autorisés dans des cas très spécifiques (contrats à durée déterminée en raison de circonstances de production et contrats à durée déterminée de remplacement).

Outre le coût salarial de chaque employé, l'investisseur devra prendre en compte les cotisations au système de sécurité sociale.

L'une des innovations dans le domaine de l'emploi a été la promotion (à la suite de la pandémie de COVID-19) du télétravail.

En outre, il convient de garder à l'esprit que l'ET prévoit la résiliation des contrats de travail pour des raisons spécifiques (licenciement disciplinaire, licenciement pour motifs économiques ou techniques ou licenciement pour motif personnel), qui (sauf lorsqu'elles résultent d'un licenciement équitable) peuvent entraîner des coûts supplémentaires pour l'employeur.

Néanmoins, les règles visent à garantir une certaine objectivité dans le calcul des indemnités de licenciement en fonction de la cause du licenciement et de l'ancienneté de l'employé dans l'entreprise. Cependant, il est important de noter que des exceptions ou des règles spéciales peuvent s'appliquer dans certains cas, notamment pour les hauts dirigeants ou dans le cadre de certains contrats spécifiques.

E. – Propriété intellectuelle et propriété industrielle

→ La propriété intellectuelle

La législation espagnole en matière de propriété intellectuelle est la conséquence de l'adhésion de l'Espagne à divers traités internationaux et de la transposition de la législation communautaire en la matière. Ainsi en est-il du Décret Législatif Royal 1/1996, du 12 avril 1996, approuvant le texte révisé de la Loi sur la Propriété Intellectuelle,

(2) Source : https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes_Estadisticas/Documents/informe-mensual/Informe-Mensual-de-Comercio-Exterior-ultimo-periodo.pdf. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

(3) Ces restrictions à la libre circulation des investissements sont régies par l'article 7bis, § 2, de la loi 19/2003 du 4 juillet 2003 relative au régime juridique des mouvements de capitaux : <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-13471-consolidado.pdf>.

régularisant, clarifiant et harmonisant les dispositions légales en vigueur dans ce domaine (« LPI »).

En règle générale, la propriété intellectuelle protège les créations littéraires (appelées droits d'auteur), artistiques ou scientifiques exprimées sur tout support, telles que les livres, les écrits, les œuvres dramatiques, les sculptures, les modèles, les cartes, etc. Les prestations artistiques, les phonogrammes, les enregistrements audiovisuels et les émissions de radio relèvent également de la propriété intellectuelle.

→ Propriété industrielle

La propriété industrielle, contrairement à la propriété intellectuelle, protège les inventions, les signes d'identification des produits ou des services, etc.

Pour chacun des droits qui composent la propriété intellectuelle, il existe une loi applicable, ainsi, pour les brevets, la Loi sur les Brevets 24/2015 du 24 juillet 2015 sera applicable, pour les signes distinctifs, la Loi sur les Marques 17/2001 du 7 décembre 2001 et pour les dessins et modèles industriels, la Loi sur les dessins et modèles industriels 20/2003 du 7 juillet 2003 relative à la Protection Juridique des Dessins et Modèles Industriels.

F. – Protection des données

En Espagne, comme dans le reste des pays de l'UE, la réglementation sur la protection des données se trouve dans le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 (le « RGPD »). Au niveau espagnol, la Loi Organique 3/2018 relative à la Protection des Données à Caractère Personnel et à la garantie des droits numériques (la « LOPD ») transpose les dispositions du RGPD susmentionné.

Le RGPD et la LOPD accordent un niveau de protection élevé et un régime de sanctions très strict.

G. – Procédure judiciaire et arbitrage en Espagne

En Espagne, la résolution des litiges peut se faire de manière judiciaire ou extrajudiciaire.

L'arbitrage est de plus en plus populaire en Espagne, non seulement en raison du coût moins élevé d'une procédure d'arbitrage par rapport à une procédure judiciaire, mais aussi en raison de la rapidité avec laquelle l'affaire est résolue (le délai maximum dont dispose l'arbitre pour résoudre le litige est de six mois).

Cette procédure est généralement choisie pour résoudre les litiges internationaux de nature commerciale, car il est beaucoup plus facile d'exécuter une sentence arbitrale qu'un jugement étranger. De toute façon, il existe en Espagne des procédures pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales.

H. – Blanchiment de capitaux

La réglementation sur le blanchiment d'argent en Espagne est très stricte, prévoit des sanctions importantes et doit être prise en compte dans le cadre de tout investissement étranger (notamment commercial, financier ou immobilier).

Ces obligations sont contenues dans la Loi 10/2010, du 28 avril, sur la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et son décret royal d'application, le Décret Royal 304/2014, du 5 mai, approuvant le Règlement de la Loi 10/2010, du 28 avril, sur la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

I. – Investissement dans l'immobilier

Les investissements dans des biens immobiliers situés en Espagne peuvent être réalisés soit par l'achat de l'actif (*asset deal*), soit par l'achat d'actions d'une société propriétaire de l'actif (*share deal*). Il est recommandé de procéder à une analyse fiscale de la structure, en analysant l'impact fiscal de chaque option.

Selon le rapport publié par *Knight Frank*⁽⁴⁾, l'Espagne est l'une des destinations (en particulier Madrid et Marbella) qui attire le plus de capitaux internationaux.

Le régime juridique espagnol est très formaliste et peut exiger l'exécution de la transaction juridique dans un acte public autorisé par un notaire ou l'enregistrement au Registre Foncier pour la protection vis-à-vis des tiers (ce qui augmente également le coût des transactions).

En général, l'achat d'un bien immobilier donne lieu à une série de taxes, à savoir l'impôt sur les transferts et le droit de timbre (« ITPyAJD ») (si le vendeur n'est pas un professionnel ou un entrepreneur) ou la taxe sur la valeur ajoutée (« TVA »). L'application de l'une ou l'autre taxe dépendra de la nature du bien immobilier transféré et/ou du fait que le vendeur du bien immobilier est un professionnel.

J. – Autres investissements étrangers

Les contrats de distribution, d'agence, de commission et de franchise constituent différentes alternatives pour exercer une activité en Espagne sans avoir à constituer une société ou à s'associer à d'autres entités existantes, ni à établir physiquement un centre d'opérations dans le pays. Ces options offrent des opportunités d'affaires avec un faible investissement initial. Dans le cas des contrats d'agence, lorsqu'ils prennent fin (à leur échéance normale ou en cas de résiliation anticipée), l'agent qui a apporté de nouveaux clients à l'investisseur ou qui a augmenté de manière significative les opérations avec la clientèle préexistante peut avoir droit à une indemnité de clientèle (en plus des dommages-intérêts en cas de résiliation anticipée dans le cas des contrats d'agence à durée indéterminée).

(4) <https://content.knightfrank.com/resources/knightfrank.com/wealthreport/the-wealth-report---apr-2023.pdf>.

Les tribunaux espagnols prennent en compte un certain nombre de critères pour déterminer si l'agent a droit à une indemnité de clientèle, tels que la durée du contrat, le volume des ventes réalisées, les efforts promotionnels déployés, l'investissement effectué et la marge bénéficiaire de l'agent. En ce qui concerne les contrats de distribution, il existe certains cas dans lesquels tant la loi régissant les contrats d'agence⁽⁵⁾ que la jurisprudence appliquent, par analogie, l'indemnité de clientèle à la résiliation de ces contrats (ce qui nécessitera un examen des critères pris en compte par la jurisprudence à un moment donné).

K. – Fiscalité

→ Impôt sur le revenu des non-résidents

Les investissements réalisés dans n'importe quel secteur par un non-résident (personnes physiques et morales) peuvent être soumis à une imposition spécifique en Espagne.

Si des revenus sont obtenus en Espagne, il convient de distinguer s'ils sont obtenus par le biais d'un établissement permanent ou non.

Dans tous les cas, l'obtention de revenus dérivés, directement ou indirectement, de biens immobiliers situés sur le territoire espagnol ou de droits relatifs à ces biens (critère de territorialité), sera considérée comme un revenu obtenu en Espagne.

Sans préjudice de ce qui précède, il est nécessaire d'analyser, le cas échéant, l'Accord pour éviter la Double Imposition (« CDI ») signé entre l'Espagne et le pays de l'investisseur non résident pour déterminer si le revenu obtenu est imposé en Espagne, dans le pays de résidence ou dans les deux.

Dans le cas où il n'y a pas de CDI applicable, la législation nationale de l'Espagne sera applicable pour déterminer l'imposition de l'investisseur non-résident sur les revenus obtenus en Espagne.

→ Impôt sur les sociétés

Le taux général de l'impôt sur les sociétés (« IS ») en Espagne est de vingt-cinq pour cent (25 %).

Toutefois, la loi sur l'IS prévoit, entre autres, l'application d'un taux de quinze pour cent (15 %) aux sociétés nouvellement créées et d'un taux réduit de vingt-trois pour cent (23 %) pour les sociétés dont le chiffre d'affaires net au cours de la période fiscale immédiatement précédente est inférieur à un million d'euros.

(5) Voir, par exemple, les dispositions de la première disposition additionnelle de la loi 12/1992 du 27 mai 1992 sur les Contrats d'Agence, qui étend le régime des contrats d'agence aux contrats de distribution de véhicules automobiles et industriels.

→ Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

La taxe sur la valeur ajoutée (« TVA ») est un impôt indirect sur la consommation de biens et de services. La TVA ne s'applique pas aux îles Canaries, à Ceuta et à Melilla, bien qu'elles aient des impôts indirects de nature similaire.

Cet impôt est principalement prélevé sur trois (3) types d'opérations, à savoir (i) les livraisons de biens et les prestations de services effectuées par les entrepreneurs et les professionnels dans le cadre de leur activité ; (ii) les acquisitions intracommunautaires de biens effectuées par des entrepreneurs, des professionnels ou des personnes morales n'agissant pas en tant qu'entrepreneurs ou professionnels, bien qu'elles puissent parfois être effectuées par des particuliers (par exemple, les acquisitions intracommunautaires de nouveaux moyens de transport) ; et (iii) les importations de biens, quel qu'en soit l'auteur.

En ce qui concerne l'imposition de l'achat d'actions ou de participations (sans limitation, dans les opérations d'achat d'actions liées à l'acquisition indirecte d'actifs immobiliers), la règle générale est que le transfert d'actions/de participations est soumis à la fiscalité indirecte mais en est exonéré.

Cependant, l'article 314 du Décret Royal Législatif 4/2015, du 23 octobre, approuvant le texte révisé de la Loi sur le Marché des Valeurs Mobilières (la « LMV »), indique que les transferts de titres non admis à la négociation sur un marché secondaire officiel effectués sur le marché secondaire sont exemptés des dispositions de la section précédente, qui seront soumis à l'impôt auquel ils sont assujettis en tant que transferts à titre onéreux de biens immobiliers, lorsque ces transferts de titres sont destinés à éviter le paiement des impôts qui auraient été perçus sur le transfert des biens immobiliers détenus par les entités que ces titres représentent.

La LMV présume qu'il y a évasion fiscale, jusqu'à preuve du contraire, dans ces cas :

- lorsque, à la suite de la transmission, le contrôle est obtenu sur une société dont les actifs sont constitués d'au moins cinquante pour cent (50 %) de biens immobiliers situés en Espagne qui ne sont pas affectés à une activité professionnelle ou commerciale ;
- lorsque, à la suite du transfert, le contrôle est obtenu sur une société dont les actifs comprennent des titres qui permettent d'exercer un contrôle sur une autre activité dont les actifs sont constitués d'au moins cinquante pour cent (50 %) de biens immobiliers situés en Espagne qui ne sont pas affectés à une activité professionnelle ou commerciale ; ou
- lorsque les titres transférés ont été reçus pour des apports de biens immobiliers effectués à l'occasion de la constitution de sociétés ou de l'augmentation de leur capital social, à condition que ces biens ne soient pas ou ne seront pas utilisés pour des activités commerciales ou professionnelles et qu'il ne se soit pas écoulé un délai de trois (3) ans entre la date de l'apport et la date du transfert. [n](#)



COLLECTION LAMY DROIT FISCAL
*Notre expertise pour comprendre
les évolutions fiscales*



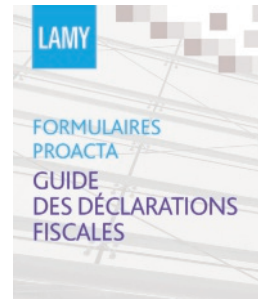
LES NOUVELLES FISCALES

Pour rester informé toute l'année, Les Nouvelles fiscales passent au crible l'**actualité fiscale** tous les 15 jours, **conseils pratiques et analyses à l'appui**. Des suppléments viennent compléter votre veille à chaque échéance fiscale et vous permettent de faire face aux différentes obligations.



LE LAMY FISCAL

Impôt par impôt (IS, TVA, IR, CET, IFI...), Le Lamy fiscal présente et commente l'ensemble de la **réglementation** et la **jurisprudence récente** applicables en la matière, mais aussi tous les points particuliers qui méritent la plus grande attention : choix du **régime fiscal**, respect des **obligations** (fond, forme et délais), stratégies à adopter, analyse des **conventions fiscales**.



**FORMULAIRES PROACTA
GUIDE DES DÉCLARATIONS
FISCALES**

Avec ses commentaires détaillés des **principales déclarations fiscales**, ses nombreux **modèles de lettres et imprimés fiscaux**, ce guide vous fait gagner, en toute sécurité juridique, un temps considérable. Garantie d'une information fiscale riche et complète, il vous aide à faire les bons choix !



Pour plus d'informations, rendez-vous sur boutique.lamy-liaisons.fr ou par téléphone au **N°Cristal 09 69 39 58 58**

APPEL NON SURTAXE

Lamy Liaisons - Immeuble Euroatrium - 7 Rue Emmy Noether - CS 90021 - 93588 SAINT OUEN CEDEX - www.lamy-liaisons.fr
SAS au capital de 14 500 000 € - SIREN 480 081 306 RCS BOBIGNY - TVA FR 55 480 081 306 - code APE 58.14Z

