

OCTOBRE 2021 -  
MAGISTÈRE DE DROIT DES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES

T

# GAZETTE DU MAGISTÈRE

EDITION SPECIALE

N°3



# Présentation de l'Édition spéciale

Souhaitant contribuer au débat d'idées juridiques, mieux comprendre les actualités jurisprudentielles de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, mais également l'activité législative, nous avons créé une veille juridique au cours de l'année 2019. Exclusivement consacrée au commentaire de deux arrêts - l'un en droit public, l'autre en droit privé - dans un premier temps, la veille s'est sensiblement enrichie pour se transformer en Gazette du Magistère.

Plus longue, la Gazette propose des analyses approfondies de l'actualité juridique sans trahir l'identité du Magistère de droit des activités économiques, qui se situe à mi-chemin entre le droit privé et le droit public des affaires.

Nous vous présentons ici notre troisième édition, qui marque la fin de notre parcours au Magistère. C'est pourquoi, nous avons voulu vous proposer une édition spéciale.

Nous avons décidé que cette édition spéciale laisserait une complète liberté de thème aux rédacteurs. Ils se sont donc chacun inspirés de leur parcours pour écrire des contributions de grande qualité. Aussi l'édition spéciale aborde-t-elle l'influence de la crise sanitaire sur l'exécution des contrats publics, les clauses MAC dans le cadre des fusions-acquisitions mais également des thèmes de pur droit civil (l'indivision) et des réflexions comparées (la « propriété » chez les maoris).

Par ailleurs, la marraine de la 32ème promotion du Magistère, Madame Chantal ARENS, première présidente de la Cour de cassation, nous a fait l'honneur de contribuer la présente gazette. Nous la remercions chaleureusement, et nous vous laissons découvrir sa contribution relative au rapport « Cour de cassation 2030 ».

En terminant cette Gazette par la contribution de deux étudiants entrant respectivement en deuxième et troisième année, nous sommes heureux de leur confier les rênes de ce beau projet.

Nous espérons que cette édition spéciale vous plaira.

L'ensemble de la rédaction vous souhaite une bonne lecture.

**Les étudiants de troisième année du MDAE**

# SOMMAIRE

<b>L'édito</b> – <i>Ko au te awa, ko te awa ko au - Variation maorie</i> , S. BRANIER-RENAULT	<b>p. 4</b>
<b>Droit des biens</b> - <i>La notion d'intérêt commun dans l'indivision</i> , W. URVOY	<b>p. 8</b>
<b>Le mot de l'expert</b> - <i>Le rapport « Cour de cassation 2030 »</i> , C. ARENS, Première présidente de la Cour de cassation	<b>p. 11</b>
<b>Fusion-acquisition</b> - <i>Les clauses MAC en droit français : un instrument indispensable de maîtrise du risque dans les opérations d'acquisition</i> , C. DANGEL, E. ROUHAUD	<b>p. 14</b>
<b>Droit public des affaires</b> - <i>L'exécution des contrats publics à l'épreuve de la crise du Covid-19</i> , A. FONFREDE	<b>p. 19</b>
<b>Concurrence</b> - <i>Retour sur la deuxième décision d'interdiction d'une concentration rendue par l'Autorité de la concurrence, décision n° 21-DCC-79 du 12 mai 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône par la société Transport Stockage Énergies</i> , M. BONZON	<b>p. 23</b>
<b>Sociétés</b> - <i>La plateforme Impact</i> , B. PERSOUYRE	<b>p. 29</b>

# I. L'édito

# L'ÉDITO

## KO AU TE AWA, KO TE AWA KO AU - VARIATION MAORIE

La récente pétition du parti maori (13 septembre 2021) aux fins de renommer la Nouvelle-Zélande « Aotearoa » (littéralement *pays du nuage blanc*)<sup>1</sup> témoigne des blessures identitaires qui continuent d'innover l'histoire néo-zélandaise et de la volonté maorie de se réapproprier leur patrimoine matériel et symbolique. S'il n'est pas certain que la tentative d'instaurer le *Te Reo Māori* en première langue officielle du pays aboutisse, elle constitue l'occasion de revenir sur le *Whanganui River Claims Settlement Act*, adopté en mars 2017.

Un peu moins de deux siècles après le traité *Waitangi* (1860), la loi *Te Awa Tupua* reconnaît la personnalité juridique au fleuve Whanganui, lequel s'étend du Mont Tongariro à la mer de Tasman et est considéré par la loi comme « une entité vivante à part entière ». Plus avant, la personnification du Whanganui est singulière à deux titres.

*Premièrement*, elle consacre juridiquement la personnification métaphysique de la Nature par les Maoris. Contrairement à l'Occident, les Maoris entretiennent en effet une confusion ontologique entre l'ordre naturel et l'ordre humain, confusion qui peut se résumer par la maxime « Ko au te awa, ko te awa ko au » — *Je suis le fleuve, le fleuve est moi*.

La *summa divisio* héritée du droit romain entre les personnes et les choses est donc insusceptible d'être calquée sur la situation maorie. À cet égard, le concept de propriété (du latin *proprietas*, dérivé de *proprius* : ce qui

est propre, par opposition au commun) porte intrinsèquement le sceau de la culture occidentale. *Absolute* dans son rapport aux choses, *perpétuelle* dans son rapport au temps, *exclusive* dans son rapport aux tiers, la propriété occidentale procède en sus à une *partition spatiale* de la Nature, laquelle est servante et esclave des besoins et caprices de l'homme à tel point que le territoire est littéralement façonné, aménagé et modelé par et pour lui. En résulte une division contingente du territoire.

La « propriété » maorie (les guillemets s'imposent tant le terme est incompatible avec la cosmologie des maoris) constitue un parfait négatif de la propriété-droit absolue occidentale<sup>2</sup>. Elle est d'une part *relative* dans la mesure où elle se borne à posséder un droit sur une chose et non la chose *per se*. En outre, les prérogatives se limitent à l'*usus* et au *fructus* : la Nature n'est pas à la disposition de l'homme. Elle est d'autre part *commune* en ce que plusieurs droits d'usage peuvent se cumuler sur une même chose ; le fait qu'une personne chasse les oiseaux d'un arbre n'empêche aucunement autrui d'en cueillir les fruits. Elle est enfin *fonctionnelle* et non spatiale, ce qui la rapproche davantage de la possession que de la propriété au sens strict. Mieux, ce qui importe est moins la possession d'un espace ou d'une chose que la capacité à jouir de ses utilités.

*Secondement*, le *Whanganui River Claims Settlement Act* constitue un montage juridique complexe. Si la loi octroie la personnalité juridique aux valeurs intrinsèques

---

<sup>1</sup> Site officiel du *Te Pāti Māori* : [https://www.maoriparty.org.nz/nz\\_to\\_aotearoa](https://www.maoriparty.org.nz/nz_to_aotearoa).

<sup>2</sup> Pour une comparaison approfondie des deux modèles de propriété, v. S. BANNER, « Two Properties, One Land :

Law and Space in Nineteenth-Century New-Zealand », *Law & Social Inquiry*, vol. 24, n°4, 1999, pp. 807-852.

du fleuve (c'est-à-dire aux éléments physiques et métaphysiques qui le composent) et non à sa valeur instrumentale, il institue une autre personne juridique, nommée *Te Pou Tupua*. Cette dernière est une entité créée en qualité de gardienne du fleuve qu'il est permis de comparer à la *Defensoria de la Madre Tierra*, sorte d'autorité publique indépendante instituée par une loi bolivienne de 2010 et chargée d'assurer le respect des droits « fondamentaux » de la Nature.

Composé d'un membre nommé par les *iwis* (tribus) du Whanganui et d'un membre nommé par le *Minister for Treaty of Waitangi Negotiations*, c'est-à-dire par le gouvernement néo-zélandais, le gardien jouit d'un *board* rassemblant l'ensemble des parties prenantes et permet ainsi une cogestion pragmatique de l'entité protégée. En cela, la composition du *Te Pou Tupua* est particulièrement heureuse et mérite d'être saluée.

En effet, la difficulté principale de la personnification d'un écosystème réside dans sa dimension processuelle. Si l'on reconnaît à la nature le statut de sujet de droit, encore faut-il désigner un ou plusieurs titulaires d'exercice afin de faire valoir ses droits subjectifs, c'est-à-dire des gardiens *ad litem*. Qu'il s'agisse d'organisations non gouvernementales, d'associations, de l'État ou de ses émanations, le même problème subsiste : la divergence d'intérêts entre le gardien et le gardé. Cette divergence porte sur les intérêts temporels (court terme contre long terme) et matériels. Typiquement, l'État est

incité à poursuivre des intérêts politiques (en témoigne la fluctuation des politiques publiques environnementales en fonction du calendrier politique), énergétiques et économiques. *In fine*, le risque est que la défense pratique des droits dont est titulaire l'entité naturelle soit tributaire de l'agenda politique ou des intérêts économiques de son gardien.

*Quis custodiet ipsos custodes ?* Qui garde les gardiens ? La difficulté est connue du droit des affaires et de l'analyse économique qui, depuis l'article séminal de Michael JENSEN et William MECKLING<sup>3</sup>, a développé la théorie de l'agence. L'idée est simple : il s'agit de trouver des techniques d'indexation des intérêts du titulaire d'exercice sur ceux du titulaire de jouissance. Plusieurs voies peuvent être envisagées, qu'il s'agisse de la mise en œuvre de la responsabilité administrative de l'État<sup>4</sup>, de la création d'une autorité publique indépendante (à l'instar de la précitée *Defensoria de la Madre Tierra*), ou encore la multiplication des gardiens. Sur le modèle du *guardianship*, et en instituant un Gardien composé de deux personnes, la Nouvelle-Zélande a emprunté cette dernière voie et conjure par là une potentielle divergence d'intérêts.

**Sylvin BRANIER-RENAULT** – (M2 Droit privé général - MDAE).

---

<sup>3</sup> M. JENSEN, W. MECKLING, « Theory of the firm : managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976, pp. 305-360.

<sup>4</sup> V. en ce sens, CE, 10 juillet 2020, n°428409, *Association Les amis de la terre France et autres*.

## **II. Droit des biens**

## La notion d'intérêt commun dans l'indivision, William Urvoy

Pour résoudre les conflits de gestion des indivisions, le juge doit statuer en faveur de "l'intérêt commun", mais comment le déterminer ? A quoi correspond cet intérêt ? La question n'est pas tranchée mais la jurisprudence récente nous éclaire sur les différents courants qui traversent les tribunaux.

La réforme de l'indivision du 31 décembre 1976 a profondément bouleversé l'appréhension par le droit français de l'indivision. Elle a notamment consacré l'idée qu'il existait un intérêt commun dans les situations d'indivision. Cette notion apparaît dans deux textes relatifs aux interventions du juge dans la gestion de ce mode de propriété. L'article 815-5 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil permet au juge d'autoriser « l'un des indivisaires à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril **l'intérêt commun** ». De même, l'article 815-6 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil permet au président du tribunal judiciaire de « prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert **l'intérêt commun** ». Pour la bonne application de ces textes il est donc nécessaire de comprendre la portée de la notion d'intérêt commun.

La question a pu être résumée par le professeur Bergel comme étant la suivante : l'intérêt commun correspond-t-il à « l'intérêt de l'indivision ou celui des indivisaires, et s'agit-il de ses intérêts relatifs aux biens indivis ou également aux intérêts extérieurs ? ». Il est alors naturel de se tourner vers la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière pour répondre à cette question. Elle n'est pas d'une grande aide puisqu'elle laisse aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation de cette notion<sup>1</sup>. Des auteurs ont également rapproché cette notion de celle de « l'intérêt de la famille »<sup>2</sup>.

Tout d'abord, l'intérêt commun pourrait être analysé comme la somme des intérêts des indivisaires. Dans la jurisprudence récente, la Cour d'appel de Paris est le chantre de cette position, l'appréciant comme l'intérêt de l'intégralité des indivisaires, même ceux qui s'y refusent<sup>3</sup>. Dans ce cadre, elle a déjà pu démontrer que l'acte litigieux ne lèse pas les intérêts économiques de celui qui s'y oppose<sup>4</sup>. D'autres cours d'appel apprécient l'intérêt de « tous les héritiers » pour déterminer l'intérêt commun à l'acte de gestion<sup>5</sup>, voire substituent à la notion d'intérêt commun celle d'intérêt majoritaire lors de désaccords<sup>6</sup>. Ici, le bât blesse. Si véritablement l'idée de l'intérêt commun était d'analyser les intérêts individuels un à un, pour déterminer les plus prégnants, le législateur aurait simplement indiqué l'intérêt majoritaire, voire aurait abaissé les quorums. Ces articles ne font pas du juge un arbitre de la majorité, mais bien une solution de dernière chance pour les situations de blocage où une décision doit être prise. D'un autre côté, elle force également les juges à contredire les opposants à l'acte en affirmant que l'acte litigieux est en leur intérêt alors qu'ils clament le contraire. En somme, pour reprendre la distinction du professeur Zenati-Castaing<sup>7</sup>, l'idée derrière cette notion est bien d'appréhender l'indivision comme une propriété collective, et non simplement comme un mode de propriété plurale.

Pour sortir de cette impasse, certains ont considéré que « l'intérêt commun des indivisaires

---

<sup>1</sup> Cass., 3<sup>e</sup> civ., 10 mai 1983, n° ..., Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 décembre 2013, n°12.20-258.

<sup>2</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens*, coll. « Droit civil », LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2019, n°689, p. 249.

<sup>3</sup> CA Paris, 18 novembre 2020, n°20/04.274.

<sup>4</sup> CA Paris, 25 novembre 2020, n°19/18.952, sur le bénéfice tiré d'un indivisaire d'une vente par rapport à la valeur de ses parts dans l'indivision.

<sup>5</sup> V. CA Basse-Terre, 14 décembre 2020, n°20/0015.

<sup>6</sup> CA Bordeaux, 27 octobre 2020, n°19/04505.

<sup>7</sup> F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mél. Goubeaux*, LGDJ, Dalloz, Lextenso, 20<sup>e</sup> 9, p. 589.



correspond à l'intérêt personnel de tous les indivisaires en tant qu'indivisaire »<sup>1</sup>. Il s'agirait alors d'objectiver l'intérêt des indivisaires et de l'épurer de tout intérêt étranger à l'indivision. Ne seraient pris en compte que les intérêts inhérents à celle-ci. L'idée derrière cette théorie serait de considérer que l'indivision n'étant en réalité qu'un amas de biens attendant de découvrir leur véritable propriétaire, il faut protéger les droits des indivisaires en tant que futurs propriétaires. Ne sachant pas qui sera le propriétaire final, le juge devrait effectuer une opération abstraite en se mettant à la place du potentiel futur propriétaire pour découvrir son intérêt. Ce dernier correspondrait donc à l'intérêt commun puisque tous peuvent être ce futur propriétaire. Certaines cours font application dans leurs arrêts de cette définition, en affirmant que les circonstances de divergence nées d'une situation étrangère à l'indivision n'entrent pas dans l'appréciation de l'intérêt commun<sup>2</sup>. Il apparaît cependant étrange d'opérer une telle abstraction et d'effacer la totalité de la complexité des intérêts des individus. Par ailleurs, s'il est possible de déterminer un intérêt objectif des indivisaires en tant que tel, qui serait identique pour tous, cela ne revient-il pas indirectement à admettre qu'il existe un intérêt de l'indivision en tant que tel ?

Bien que l'indivision ne se soit pas vu octroyer la personnalité juridique, plusieurs éléments tendent à faire apparaître un patrimoine propre à l'indivision et une tension visant la dépossession des indivisaires au profit d'une entité personnifiée<sup>3</sup>. La notion d'intérêt commun est un élément de preuve de ce phénomène en ce qu'il serait l'intérêt de l'indivision. Dans la pratique, beaucoup de décisions tendent à considérer que l'intérêt de l'indivision est la conservation de la

substance<sup>4</sup> et de la valeur<sup>5</sup> de l'indivision et des biens, l'évitement de charges supplémentaires, comme les frais d'entretien insurmontables. La bonne gestion de l'indivision, est, à la façon de celle de la société, aussi soulignée comme faisant partie de l'intérêt commun de l'indivision<sup>6</sup>. Elle passe notamment par la clôture de dossier d'assurance<sup>7</sup> ou la prévention, tant que faire se peut, de procédure judiciaire. Les Cours effectuent donc une analyse économique au regard de la situation de l'indivision, de façon abstraite et ne prennent pas en compte les intérêts personnels des indivisaires. Un autre point positif d'une telle analyse est qu'il permet de rester en lien avec la cause de l'indivision et de prendre en compte dans l'analyse de l'intérêt commun, en plus des intérêts économiques, l'idée de l'existence d'intérêt affectif de l'indivision. Pourrait par exemple être pris en compte dans les héritages que certains biens sont des biens de familles, historiques, qui nécessitent une gestion toute particulière. L'intérêt de l'indivision vis-à-vis de ces biens serait alors la préservation et la transmission puisque l'indivision est née d'une succession. La considération affective peut donc être prise en compte et un simple calcul de rentabilité apparaît insuffisant.

Cette approche est révélatrice d'une tendance à la personnification de l'indivision<sup>8</sup>. Certains auteurs ont pu dégager de telles notions, l'existence d'un *affectio communis*, pris sur le modèle de l'*affectio societatis*<sup>9</sup>. Dans les propriétés collectives, la gestion à plusieurs étant extrêmement compliquée, le droit français tend à opérer un glissement des régimes de ces propriétés vers ceux des personnes morales, archétypes de la gestion collective. Sans forcément franchir le pas de l'attribution de la personnalité morale, il peut être constaté que les régimes des propriétés collectives

---

<sup>1</sup> J. PARATIN, *RTD civ.* 1991.379.

<sup>2</sup> CA Amiens, 26 novembre 2020, n°19/06.638.

<sup>3</sup> F. TERRE, Ph SIMILER, *Les biens*, coll. « Précis », Dalloz, 10<sup>e</sup> éd. 2018, n°571, p.467.

<sup>4</sup> CA Paris, 2 juillet 2021, 19/11.107.

<sup>5</sup> CA Pau, 27 octobre 2003, n°01/03073, sur l'opposition d'un indivisaire à a vente qui aurait pour conséquence la baisse du prix ; CA Aix-en-Provence, 28 octobre 2020, n°19/12.787, CA Pau, 8 septembre 2020, n°16/03.77, sur la cession à l'Etat d'un bien incessible sur le marché.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 17 octobre 2019, n°18/23.409

<sup>7</sup> CA Douai, 8 juillet 2021, n°21/00.229.

<sup>8</sup> Ph. ZENATI-CASTAING, Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 3<sup>e</sup> éd. 2008, n°352, p. 523.

<sup>9</sup>J.L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, J.M. ROUX, L. TRANCHANT, *Les biens*, coll. « Traité de droit civil », J. GHESTIN (dir.), 3<sup>e</sup> éd., 2019, n°494, p. 579 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des biens*, coll. « droit civil », LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2019, n°691, p. 250

singent non seulement les modes de fonctionnement des personnes morales, mais aussi leur vocation anthropomorphique. Considérer qu'une indivision aurait un intérêt propre, serait en réalité considérer qu'un amas de biens, comparable à un patrimoine, disposerait d'un intérêt. Ce qui apparaît surprenant au premier abord ne l'est pas tant en réalité. L'attribution d'une vocation d'enrichissement économique des biens n'est pas nouvelle en droit français, comme le démontre les mécanismes comme l'usucapion. Ces derniers démontrent qu'en réalité depuis toujours les biens

ont un intérêt : être usés et permettre l'enrichissement de leur propriétaire. La nouveauté d'une dimension anthropomorphique d'un mécanisme tel que l'indivision serait d'admettre qu'il existe également des intérêts affectifs et extra-économiques attachés aux biens.

**William URVOY** – (M2 Droit privé général - MDAE).

## **II. Le mot de l'expert**

## ***Le rapport « Cour de cassation 2030 », Chantal Arens, Première présidente de la Cour de cassation***



**Chantal Arens,**  
Première  
présidente de la  
Cour de cassation

En juillet 2020, Madame la première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, et Monsieur le procureur général de la Cour de cassation, François Molins, ont installé la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, commission chargée d'engager une réflexion globale et prospective sur l'environnement juridique, institutionnel et international de la Cour. Présidée par Monsieur

André Potocki, ancien juge français à la Cour européenne des droits de l'Homme, et composée de magistrats, d'avocats au Conseil et à la Cour de cassation ainsi que d'universitaires, la commission a rendu, en juillet 2021, un rapport fort de 37 recommandations.

En sa qualité de cour supérieure, il appartient à la Cour de cassation d'interpréter et d'unifier les règles juridiques. De plus en plus nombreuses, ces règles couvrent des domaines très variés - droit de la famille, droit pénal, droit des affaires etc. – et affectent le quotidien de l'ensemble des justiciables. Les responsabilités qu'implique cette position spécifique de la Cour de cassation lui font un devoir essentiel de s'adapter, au-delà de ce cadre initial, aux évolutions rapides d'un monde en perpétuel changement. Il y va de son efficacité et de sa légitimité en sa qualité de gardienne du droit et des libertés individuelles. Notre société connaît en effet des crises profondes et complexes qui interrogent régulièrement l'office du juge, et conduisent à questionner plus largement la place du droit et du juge dans nos sociétés. Les phénomènes de mondialisation et de globalisation, les tensions géostratégiques et les critiques dirigées contre les démocraties ont des impacts non négligeables sur la Justice. A ce titre, les juges sont confrontés à une complexification du droit par la multiplication des normes et des contentieux globalisés et techniques, mais aussi à une remise en cause de leurs décisions.

Dans ce contexte, et dans la continuité des réformes initiées, j'ai souhaité, avec Monsieur le Procureur général, que soit menée une réflexion prospective sur l'avenir de la Cour de cassation à moyen terme en mettant en place une commission ouverte sur l'extérieur, chargée de rassembler et d'analyser des éléments pertinents sur son avenir dans le rôle juridique et social déterminant qui est le sien.

Cette Commission, appelée « Cour de cassation 2030 » présidée par André Potocki, ancien juge

français à la Cour européenne des droits de l'Homme, et composée de douze membres d'origines professionnelles variées - magistrats, avocats, administrateurs et universitaires a été mise en place en avril 2020. Chargée d'éclairer et d'affermir pour les dix prochaines années le rôle et la place de la Cour de cassation dans le fonctionnement d'une société démocratique, la Commission a d'abord étudié les grandes tendances de l'environnement juridique, institutionnel et international de la Cour, en auditionnant notamment des personnalités françaises et étrangères du monde juridique, avant d'élaborer un rapport formulant trente-sept recommandations, aussi bien prospectives qu'actuelles, pour répondre aux enjeux identifiés.

Le rapport de la Commission nous a été remis le 1<sup>er</sup> juillet dernier, soit toute juste un an après le début de ses travaux. Il met en lumière les enjeux majeurs que devra surmonter la Cour de cassation, à savoir : renforcer sa légitimité en suscitant l'adhésion, entamer une démarche d'ouverture vers des acteurs nationaux et internationaux afin d'enrichir l'intelligence collective, relever le défi d'excellence dans l'application du droit, et enfin, repenser sa politique de communication pour assurer l'intelligibilité de ses décisions. Légitimité, visibilité et lisibilité sont ainsi les grandes lignes directrices pour les dix prochaines années.

Pour ce faire, le rapport souligne la nécessité pour la Cour de cassation de développer des pratiques propres à susciter la confiance dans l'action des juges, plus que jamais remise en cause. A ce titre, il est notamment proposé de poursuivre les réformes des méthodes de travail de la Cour - motivation enrichie et rédaction en style direct des arrêts,

traitement différencié des pourvois etc. - par la mise en place d'un grand service d'appui aux magistrats. Ce service, composé de juristes assistants, viserait à soutenir les conseillers et les avocats généraux dans la préparation de leurs dossiers toujours plus complexes. Ce grand service permettrait ainsi aux magistrats de se concentrer sur le cœur de leur métier et aux jeunes juristes d'appréhender la technique de cassation.

De même, il est proposé d'intégrer des opinions minoritaires dans la motivation des arrêts sous forme anonyme avec l'accord de la majorité. Si les opinions dissidentes font l'objet d'un débat récurrent en France, les membres de la Commission, à la lumière des expériences de systèmes judiciaires d'autres pays, sont d'avis qu'une telle pratique serait de nature à assurer une meilleure acceptabilité des décisions par les justiciables, les décisions de la Cour de cassation apparaissant moins figées autour d'un point de vue unique.

Enfin, pour susciter la confiance dans l'action des juges, la Commission considère qu'il est crucial que la Cour de cassation soit plus accessible et plus visible. La Cour doit en effet parvenir à s'affranchir de son image parfois lointaine et de mieux se faire connaître. Cette réflexion s'inscrit dans la continuité des mesures que j'ai déjà mise en œuvre pour ouvrir davantage la Cour de cassation, en créant notamment un nouveau site internet, plus moderne, vivant et accessible, qui sera effectif en septembre 2021. Pour renforcer cette ouverture, le rapport de la Commission propose de créer pour certains dossiers exceptionnels une nouvelle procédure de traitement - la « procédure interactive ouverte ». La Cour ouvrirait alors chaque année son prétoire à un large public afin de mettre en lumière son fonctionnement. Cette procédure marquée par l'oralité et l'interactivité serait destinée à entendre le point de vue de tiers intervenants, au-delà des parties au litige, sur des sujets d'actualité, tels que l'environnement, les discriminations, les nouvelles formes de filiation etc. Cette proposition permettrait d'imposer la Cour de cassation comme espace vivant de dialogue démocratique et ainsi de confirmer son rôle dans la protection de l'Etat de droit.

Cet objectif d'accessibilité et de visibilité accrues de la Cour de cassation suppose le renforcement substantiel de la communication de la Cour. La Commission encourage ainsi la Cour à poursuivre ses actions - création de courtes vidéos pédagogiques et traduction des arrêts en langue anglaise etc. - pour se faire connaître auprès d'un large public français et étranger. De plus, la création d'une fonction de porte-parole, par exemple, permettrait d'assurer une communication simple et efficace sur les affaires les plus sensibles. Cette proposition trouve tout particulièrement écho dans l'actualité récente de la Cour de cassation, alors même que certaines décisions peuvent parfois être mal comprises. Une communication renouvelée et adaptée à la société du numérique est, de l'avis de la Commission, un indéniable vecteur d'accessibilité et de lisibilité des décisions de la Cour.

Sans évoquer le détail des 37 recommandations de ce rapport, voilà quelques exemples que je souhaitais évoquer en ce qu'ils me paraissent avoir une résonance particulière pour votre magistère de droit des activités économiques, axé sur la pluridisciplinarité et l'ouverture à la société. Les pistes de réflexions que nous offrent ce rapport, qui propose des analyses d'une grande richesse, vont faire l'objet d'échanges approfondis au sein de la Cour de cassation et viendront, je l'espère, alimenter le débat public et notamment la prochaine tenue des états généraux de la Justice. Sur le plus long terme, ce rapport doit être vu comme une boîte à outils invitant les magistrats à réinterroger sans cesse leur office, mais aussi comme une véritable source de réflexion pour l'ensemble des professionnels du droit et des étudiants en droit sur les bouleversements rencontrés par le monde de la Justice et du droit, sur les défis auxquelles la justice est confrontée et sur les réponses qui peuvent leur être apportées. En résumé, ce rapport nous invite à penser le présent et l'avenir par une ouverture sur l'extérieur. La Cour de cassation de 2030 doit en effet être une institution à la fois proche des citoyens et ouverte au monde.

### **III. Fusion-acquisition**

## Les clauses MAC en droit français : un instrument indispensable de maîtrise du risque dans les opérations d'acquisition - Claire Dangel & Emma Rouhaud

Dans la conjoncture actuelle, l'utilisation des clauses MAC dans le cadre des opérations de M&A fait l'objet d'une actualité particulière. La limitation des risques par l'usage de mécanismes contractuels est en effet essentielle, car Georges Ripert ne disait-il pas que « Contracter c'est prévoir. Tout contrat est un pari sur l'avenir » ?

La crise sanitaire a affecté de manière substantielle la gestion contractuelle des risques liés aux opérations de croissance externe. A l'image des crises ayant marqué nos sociétés, qu'il s'agisse des attentats de 2001 ou encore de la crise de 2008, la pandémie de Covid-19 a conduit les praticiens à adapter leur pratique rédactionnelle pour certaines clauses incluses dans les contrats d'acquisition, afin de mieux appréhender les risques actuels susceptibles d'affecter les opérations. Précisément, les clauses MAC font l'objet d'une actualité particulière dans le paysage du M&A. Ces clauses nous semblent, à l'heure actuelle, un instrument indispensable d'anticipation et de maîtrise du risque.

### 1. Définition des clauses MAC

Les clauses de "*Material Adverse Changes*", ou "clauses MAC" sont issues de la pratique contractuelle anglo-saxonne. Ces dernières ont vocation à se développer dans le cadre des opérations de fusion-acquisition et des contrats de financement soumis au droit français, en application de la liberté contractuelle accordée aux parties par l'article 1102 du Code civil.

La clause MAC peut se définir comme une stipulation d'un contrat qui vise « à donner à l'acheteur (ou au prêteur) le droit de se retirer de la transaction en cas de survenance de certains événements qui sont préjudiciables à la société cible (ou à l'emprunteur) »<sup>21</sup>. Cette clause est donc

particulièrement utile dans les opérations de M&A et figure fréquemment dans les contrats de cession, dits *Share Purchase Agreement* (SPA). En effet, un laps de temps important peut s'écouler entre le *signing*, soit la signature de la documentation contractuelle, et le *closing*, soit la matérialisation du transfert de propriété en contrepartie du paiement du prix. Pendant cette période intermédiaire, la société cible reste exposée à des risques économiques et commerciaux et à des événements indépendants de la volonté des parties, susceptible d'affecter la valeur de la cible et de faire perdre de son intérêt à l'opération initialement projetée.

### 2. Nature juridique des clauses MAC

La doctrine s'accorde pour analyser les clauses MAC comme des conditions, telles que définies à l'article 1304 du Code civil. Toutefois, des divergences sont à souligner sur la qualification de la nature de cette condition. Selon les auteurs, il pourrait ainsi s'agir :

- D'une condition suspensive (parfois qualifiée de « négative ») : la réalisation de l'opération étant subordonnée à la non-survenance, pendant la période intercalaire, d'un événement substantiel de nature à affecter l'économie de l'opération ;
- D'une condition résolutoire : si l'événement défavorable se réalise, les engagements des parties seront résolus.

---

<sup>21</sup>

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0cecae95-6c25-460e-ac61-730e6da30c13>.

Les conséquences de cette qualification de condition incitent la pratique à faire preuve de vigilance dans leur rédaction. En effet, dans l'hypothèse où une clause MAC viserait tout événement incertain dont la réalisation permettrait à l'acquéreur de se désengager, cela remettrait en cause l'obligation essentielle du paiement du prix par l'acquéreur. Dans ces circonstances, la clause MAC pourrait être annulée sur le fondement de l'article 1170 du Code civil qui dispose que : « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

En outre, la clause MAC peut être envisagée comme une garantie du vendeur, qui stipulera qu'au moment du *closing*, aucun changement significatif défavorable n'est à sa connaissance intervenu depuis le *signing*, ce qui le conduira à indemniser l'acquéreur dans le cas contraire. Dès lors, il faudra veiller à ce que la volonté du bénéficiaire de la clause n'ait aucune emprise sur le changement significatif défavorable défini. En effet, lorsque la partie qui y avait intérêt a provoqué l'accomplissement d'une condition résolutoire, cette dernière est réputée défaillie<sup>22</sup>.

Il est également permis de souligner que la doctrine recommande d'insérer ce type de clauses dans les lettres d'intention, permettant d'éviter l'engagement de la responsabilité d'une partie pour rupture abusive des pourparlers<sup>23</sup>.

### **3. L'originalité des clauses MAC face aux autres mécanismes légaux et contractuels**

La clause MAC se distingue des mécanismes légaux existants par son effet : elle confère une option à son bénéficiaire lui permettant de revenir unilatéralement sur son consentement afin de mettre fin à la situation contractuelle, et c'est ce qui fait tout son intérêt.

En comparaison, l'imprévision définie à l'article 1195 du Code civil ouvre la possibilité à une partie de demander une renégociation du contrat. Il en va

de même pour les clauses dites de "*hardship*". Or cela n'est pas le but recherché par les parties à une opération de croissance externe qui, le plus souvent, souhaitent être déliées de leurs engagements en cas de survenance d'un événement prédéfini. De plus, la démonstration des conditions de mise en œuvre de l'imprévision peut s'avérer particulièrement délicate, mais également source d'interprétations divergentes (imprévisibilité, exécution excessivement onéreuse). C'est pourquoi ce mécanisme est usuellement écarté par les parties, l'article 1195 n'étant pas d'ordre public.

De même, les *breakup fees* clauses, si elles permettent, comme les clauses MAC, de faire obstacle à la réalisation définitive de l'opération, sont subordonnées au paiement d'une indemnité convenue à l'avance par le bénéficiaire de la clause.

Enfin, tout comme la clause MAC, la force majeure permet à une partie de se soustraire à ses obligations contractuelles sans que sa responsabilité ne soit engagée. Alors que la force majeure s'applique en cas d'impossibilité pour l'une des deux parties d'exécuter ses obligations, la clause MAC vise l'hypothèse où le contrat peut être exécuté, mais n'est plus rentable pour l'un des cocontractants. Par ailleurs, contrairement à ce que prescrit l'article 1218 du Code civil en matière de force majeure, l'exécution de la clause MAC ne suppose pas la réunion des conditions d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité, mais seulement la preuve de la survenance d'un changement significatif défavorable. En tout état de cause, si la force majeure a en principe un effet résolutoire, la clause MAC n'entraînera que la résiliation des obligations contractuelles incombant à chacune des parties.

### **4. La mise en œuvre des clauses MAC face à la pandémie de Covid-19**

Très rapidement, la question a été de savoir si la crise sanitaire et ses conséquences pouvaient être considérées comme un changement significatif

---

<sup>22</sup> C. civ., art. 1304-3, al. 2

<sup>23</sup> C. civ., art. 1112.



défavorable de nature à faire obstacle à la réalisation définitive de l'opération.

La réponse à cette question dépend de la manière dont la clause a été rédigée, étant un mécanisme laissé à la liberté contractuelle, et donc à la négociation des parties. Le Covid-19, qui a provoqué un arrêt brutal de l'économie, fragilisé durablement un certain nombre de secteurs et fait exploser la dette publique, semble par nature un événement exceptionnel. Or, il se peut que la clause ait prévu des seuils de matérialité ou des critères quantitatifs. Dans ce cas, si la diminution de valeur générée par le Covid-19 (pour autant que le Covid-19 ne soit pas exclu du champ de la clause) n'atteint pas ce seuil, il n'y aura pas de possibilité de faire obstacle à la réalisation de l'opération.

L'intérêt crucial de ces clauses MAC s'illustre par le contentieux Tiffany/LVMH. LVMH a en effet saisi en septembre 2020 la juridiction du Delaware afin de se prévaloir d'une clause MAC présente dans le contrat d'acquisition de Tiffany par LVMH. LVMH soutenait que l'absence de la mention d'une exclusion de la pandémie dans la définition de l'événement significativement défavorable dans l'accord conclu en 2019 avec Tiffany est indiscutable, et que dès lors, la pandémie – dont les effets pour Tiffany sont catastrophiques et durables – constitue indéniablement une situation significativement défavorable<sup>24</sup>. Si la Cour de Justice du Delaware, qui avait prévu un procès en janvier 2021, n'a pas eu à se prononcer sur le champ d'application de la clause MAC en raison de l'accord trouvé entre les parties (renégociation du prix de cession), il n'en demeure pas moins que la clause MAC fut, dans cette affaire, un véritable levier pour stimuler la renégociation et agir sur le prix de cession.

---

<sup>24</sup><https://www.lvmh.fr/actualites-documents/communiqués/lvmh-a-depose-ses-conclusions-contre-tiffany-devant-la-cour-du-delaware-les-conditions-pour-finaliser-l'acquisition-ne-sont-pas-reunies/>

<sup>25</sup> TJ Paris, 5 juin 2020, n° 20/04516, cité in G. Maire, « Le contrat et l'après Covid-19 », *RLDC* 2020/10, n° 185.

Si, face au Covid-19, les clauses MAC sont un fondement prometteur pour faire obstacle à une opération, il n'en demeure pas moins que les instruments classiques du droit des contrats restent des leviers efficaces qu'il faut utiliser, à l'image des notions de bonne foi<sup>25</sup> et de force majeure<sup>26</sup>, toutes deux applicables au cas de la pandémie, sans mentionner l'imprévision.

### **5. Une efficacité conditionnée à une rédaction soignée**

La crise du Covid-19 nous démontre cependant qu'une rédaction précise des clauses MAC est essentielle à leur efficacité. Il conviendra en particulier de soigner la définition du changement significatif défavorable susceptible d'actionner la clause MAC. Il serait dans l'intérêt de l'acquéreur d'opter pour une définition large du changement significatif défavorable, pour lui permettre de se désengager facilement, tandis qu'il sera dans l'intérêt du vendeur d'opter pour une définition étroite, voire pour une liste limitative, afin d'éviter au maximum la remise en cause de la cession.

Quoi qu'il en soit, pour dissiper les incertitudes, il convient d'introduire un élément quantitatif dans la définition du changement significatif défavorable. Concrètement, cela consiste, dans le SPA, à prévoir que l'existence d'un changement significatif défavorable est appréciée en fonction d'un agrégat financier ou d'un référentiel comptable déterminé par les parties (mesuré par une chute exprimée en pourcentage du chiffre d'affaires, résultat d'exploitation, EBITDA... ou encore mesuré par une chute en euros d'un autre élément utilisé pour le calcul de la valeur de la cible, comme le patrimoine, les éléments de l'actif ou du passif, ou encore la situation commerciale ou financière de la cible).

<sup>26</sup> CA Douai, 4 mars 2020, n° 20/00395. - CA Douai, 5 mars 2020, n° 20/00400 et 20/00401. - CA Colmar, 12 mars 2020, n° 20/01098. - CA Colmar, 16 mars 2020, n° 20/01142. - CA Colmar, 16 mars 2020, n° 20/01143. - CA Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01206. - CA Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01207.

Souvent également, certains éléments seront exclus du champ de la clause. Par exemple, dans l'accord liant LVMH à Tiffany pour le rachat de cette dernière, Tiffany a souhaité exclure certains événements précis, tels que les cyber-attaques, le mouvement des gilets jaunes ou encore les manifestations à Hong Kong.

Si jusqu'à présent le marché s'est révélé très pro-vendeur, il est probable que le rapport de force s'inverse, et l'inclusion ou l'exclusion de la pandémie du champ des clauses MAC deviendra

certainement un élément important de la négociation du SPA. La formule de Georges Ripert « *Contracter c'est prévoir. Tout contrat est un pari sur l'avenir* » a donc retrouvé toute son actualité !

**Claire DANGEL** – (M2 Droit des affaires et fiscalité - MDAE).

**Emma ROUHAUD** – (M2 Droit des affaires et fiscalité - MDAE).

## **IV. Droit public des affaires**

## L'exécution des contrats publics à l'épreuve de la crise du Covid-19 - Albane Fonfrède

La crise sanitaire a bouleversé l'exécution des contrats de la commande publique. Des adaptations ont donc dû être mises en œuvre pour maintenir l'équilibre contractuel et poursuivre l'exécution. Pour cela, des théories classiques ont été mobilisées mais se sont révélées insuffisantes, nécessitant alors des mesures propres à la crise du Covid-19 qui ont ensuite parfois été consacrées dans le droit commun afin de pouvoir offrir plus de souplesse dans certaines situations.

La crise du Covid-19 bouleverse l'exécution des contrats de la commande publique en raison des mesures prises par les pouvoirs publics pour lutter contre l'épidémie. En effet, les titulaires des contrats se heurtent à des obstacles techniques et financiers au cours de l'exécution des contrats publics. Ainsi, l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020<sup>27</sup> prévoit des mesures d'aménagement permettant la poursuite de l'exécution des contrats, tout en prenant en compte le contexte économique. L'objectif est d'adapter l'obligation d'exécution du contrat lorsque celle-ci n'est pas possible ou est fortement compromise. Le Conseil d'Etat affirme cette logique en énonçant que la situation actuelle justifie une atteinte aux contrats en cours<sup>28</sup>.

Pour cela, nous allons voir que les théories de droit administratif sont mobilisées pour adapter l'exécution du contrat à la situation découlant de la crise sanitaire (I), puis que des solutions temporaires sont instaurées pour modifier le contrat (II) et enfin que des dispositifs mis en œuvre pour faire face à la crise sanitaire sont pérennisés pour répondre à tout imprévu (III).

### I. La mise en œuvre de théories existantes pour pallier les conséquences du Covid-19 sur l'exécution du contrat

Selon le Ministère de l'Economie, la théorie de la force majeure peut être mobilisée. Il est cependant

indispensable de vérifier au cas par cas si ses conditions sont remplies. Pour qu'il y ait force majeure, il est d'abord nécessaire de démontrer un lien de causalité, apprécié strictement par la jurisprudence. Ainsi, le lien entre le Covid-19 et les inexécutions contractuelles doit être suffisamment caractérisé. Puis, il faut qu'un élément irrésistible et extérieur au contrat survienne, ce qui semble être le cas du Covid-19. L'exécution doit aussi devenir absolument impossible pour le débiteur. Il est à noter que c'est au titulaire du contrat de prouver que les conditions sont remplies.

Toutefois, si les conditions de la force majeure ne sont pas réunies, la théorie de l'imprévision peut être invoquée. Par exemple, si les cours ont chuté ou que le prix des matières premières a fortement varié, cette théorie sera applicable. Pour que l'imprévision soit retenue, trois éléments doivent être réunis : un changement de circonstances imprévisible au moment de la conclusion du contrat, extérieur aux parties et qui rend son exécution excessivement onéreuse. Ces critères sont appréciés de façon bien plus souple que la force majeure par la jurisprudence. Si elle est constituée, le juge peut accorder une indemnisation au titulaire du contrat, mais les parties peuvent également renégocier le contrat pour qu'il puisse continuer à être exécuté. En principe, le prix contractuel est intangible et les conditions de l'évolution sont consacrées dans le contrat (clause de révision ou de réexamen). Cependant, en l'absence de ces clauses, le prix ne peut être modifié sans risque d'atteinte aux conditions de mise en

---

<sup>27</sup> Ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en

relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 (JORF n°00079 du 26 mars 2020).

<sup>28</sup> CE avis, 18 mars 2020, avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie du Covid-19.

concurrence initiale. En pratique, les prix sont révisables seulement s'ils sont exposés à des aléas majeurs pendant la période d'exécution du contrat<sup>29</sup>. Une indemnité n'est alors possible que si l'augmentation est imprévisible dans sa survenance ou dans son ampleur. Le titulaire du contrat a une fois de plus la charge de la preuve. Plus encore, cette théorie n'est applicable que temporairement, sinon il s'agit d'un cas de force majeure définitive qui a comme conséquence la résiliation du contrat.

La théorie du fait du prince peut par ailleurs être invoquée si les conditions d'exécution du contrat ou la substance du contrat sont modifiés par la faute de l'administration contractante.

La théorie des circonstances imprévues peut aussi être mobilisée pour rédiger un avenant sur le fondement de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique, si, toutefois, les modifications sont indispensables à la poursuite du contrat.

En pratique, prouver les conditions de la force majeure peut s'avérer complexe, et appliquer la théorie de l'imprévision implique de tenir compte du délai pour renégocier. Dès lors, la personne publique peut préférer suspendre le contrat, bien que cela engendre des coûts, ou trouver d'autres solutions comme recourir à des tiers (par un contrat de substitution qui ne peut être mis aux frais du titulaire) pendant la durée pour laquelle le titulaire est dans l'incapacité d'exécuter le contrat. La cession du contrat est également possible. Des solutions sont alors créées temporairement.

## **II. La mise en œuvre de solutions temporaires de modification des contrats publics pour adapter les obligations aux conséquences du Covid-19**

Des solutions sont mises en place pour aider le titulaire à exécuter le contrat en adaptant ses obligations à la situation. Pour cela, l'ordonnance du 25 mars 2020 n°2020-319 permet de modifier le

contrat existant. Elle offre notamment la possibilité de prolonger le contrat pour prendre en compte la période de l'état d'urgence sanitaire (article 4). A cet égard, le Ministère de l'Économie a précisé que la prolongation s'opère à chaque fois que l'état d'urgence sanitaire est reconduit<sup>30</sup>. Ainsi, la durée prolongée est au moins équivalente à l'état d'urgence sanitaire et peut être prorogée de deux mois à la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel. En outre, un avenant peut être conclu si la mise en concurrence est impossible avant la fin du contrat.

Financièrement, des adaptations sont également permises avec un maintien du contrat accompagné d'une indemnité d'imprévision pour compenser le surcoût lié au maintien même partiel de l'activité (article 6 2<sup>e</sup> b).

Le contrat peut aussi être plus substantiellement modifié s'il y a une baisse d'activité ou de fréquentation, comme par exemple pour les concessions de transport (article 6 6<sup>e</sup>). Plus encore, les concessions peuvent être suspendues, ce qui permet au concessionnaire de ne pas avoir à verser d'argent au concédant (article 6 5<sup>e</sup>) si une décision de ce dernier survient et est, justifiée par la situation économique et financière, ou si une mesure de police administrative est prise (fermeture d'établissements recevant du public). De même qu'il est possible de percevoir une avance sur les sommes dues par le concédant, il est également possible d'être indemnisé en cas de modification significative des modalités d'exécution des prestations pour compenser les surcoûts, ou si le contrat vient à être résilié du fait des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence : le titulaire est alors indemnisé des dépenses engagées.

## **III. La pérennisation de dispositifs pour adapter le contrat aux conséquences liées à la crise sanitaire**

Financièrement tout d'abord, l'avance est facilitée puisqu'elle devient possible par voie d'avenant

---

<sup>29</sup> Article R.2112-13 du Code de la commande publique.

<sup>30</sup> Direction des affaires juridiques, Ministère de l'économie et des finances, « Les conséquences de la crise

sanitaire sur la commande publique Questions-Réponses ».

jusqu'à 60% du montant du marché ou du bon de commande concerné. Est également supprimée l'obligation des acheteurs d'imposer aux titulaires de marchés publics de mettre en place une garantie à première demande pour bénéficier d'une avance de 30% du montant du marché (article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 pérennisé par le décret n°2020-1261<sup>31</sup>).

Concernant l'exécution du contrat, la prolongation des délais d'exécution et de la durée des contrats est aussi consacrée par la loi ASAP<sup>32</sup> en cas de circonstances exceptionnelles<sup>33</sup>. Elle ne peut intervenir que sur demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel, et doit être justifiée par l'impossibilité de respecter les délais du fait de l'épidémie (manque de moyens) ou par un surcoût manifestement excessif lié à la mobilisation des moyens nécessaires à l'exécution. La Direction des Affaires Juridiques du Ministère de la Justice a préconisé aux personnes publiques de faire preuve de souplesse dans l'allongement des délais accordés aux opérateurs économiques, notamment

à l'égard du secteur du bâtiment et des travaux publics.

Enfin pour les sanctions, l'interdiction d'une part d'engager la responsabilité contractuelle d'un titulaire si tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat n'est pas exécuté, et d'autre part de lui appliquer les pénalités contractuelles s'il n'a pas les moyens suffisants pour s'en acquitter, et que la charge y afférant est manifestement excessive est consacrée de manière permanente<sup>34</sup>.

Cependant, là encore, il est à noter que la charge de la preuve pèse sur le titulaire.

Ainsi, le droit de la commande publique en matière d'exécution contractuelle est largement modifié pour permettre l'adaptation des contrats aux conséquences de la crise sanitaire, le maintien de leur l'équilibre et leur exécution.

**Albane FONFREDE** – (M2 Droit public des affaires - MDAE).

---

<sup>31</sup> Décret n°2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics.

<sup>32</sup> Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

<sup>33</sup> Article 132 de la loi créant l'article L.2711-1 du Code de la commande publique.

<sup>34</sup> Loi dite ASAP du 7 décembre 2020 qui modifie l'article L2711-8 du code de la commande publique et consacre de manière permanente l'article 6 2° de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020.

## **V. Concurrency**

## Retour sur la deuxième décision d'interdiction d'une concentration rendue par l'Autorité de la concurrence - *Décision n° 21-DCC-79 du 12 mai 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône par la société Transport Stockage Énergies* - **Matthieu BONZON**

Le contrôle des concentrations n'est pas une simple formalité pour les opérations ayant cours sur le marché. Comme le montre la décision de l'Autorité de la Concurrence du 12 mai 2021 dans l'affaire du contrôle exclusif de la Société du Pipeline Méditerranée-Rhône par la Société Transport Stockage Énergie (TSE), l'Autorité de la Concurrence utilise sa boîte à outil de contrôle des concentrations non seulement pour veiller au bon fonctionnement du marché, mais également pour prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux qui peuvent en découler.

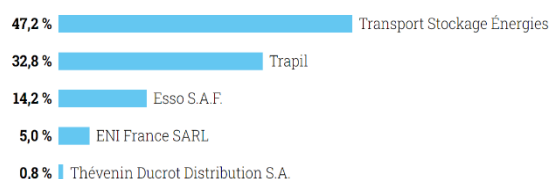
Non, le contrôle des concentrations n'est pas une simple formalité. C'est pourtant ce que d'aucuns seraient tentés de croire à la lecture du rapport annuel d'activité 2020 de l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») qui fait état d'un taux d'autorisation simple en phase 1 des opérations déferées devant elle qui taquine les 94%. Un taux d'une indéboulonnable stabilité depuis que l'Autorité a hérité du contrôle des concentrations à la suite de l'entrée en vigueur de la loi LME du 4 août 2008<sup>35</sup>. Seulement, par deux fois en l'espace de deux ans, l'Autorité a deffrayé la chronique en rendant deux décisions d'interdiction.

En effet, l'Autorité fit la preuve une première fois qu'elle pouvait recourir à son pouvoir d'interdiction dans l'affaire *Soditroy* (Aut. conc., 28 août 2020, déc. n° 20-DCC-116). Expérience qui, d'extraordinaire, fut réitérée l'année suivante dans sa décision n° 21-DCC-79 du 12 mai 2021. C'est cette décision qui retiendra notre attention.

L'opération notifiée le 14 septembre 2020, matérialisée par un contrat de cession d'actions, prévoyait l'acquisition par le groupe Ardian - par l'intermédiaire de la société TSE qu'il contrôle - des parts d'ENI, actionnaire minoritaire détenant 5% du capital de la SPMR, société de gestion d'un vaste réseau d'oléoducs dans le Sud-est de la France.

Comme indiqué sur le graphique, TSE détenant avant l'opération projetée 47,2% du capital, ces 5% supplémentaires lui aurait conféré le contrôle exclusif de la société, jusqu'ici contrôlée conjointement par la TSE - qui n'utilise pas le réseau

### Actionnariat



- et d'autres actionnaires-utilisateurs, cet aspect étant déterminant dans le sort de l'opération et son analyse.

Le 8 décembre 2020, l'Autorité a décidé, conformément à la lettre du dernier aliéna du III de l'article L.430-5 du Code de commerce, de procéder à un examen approfondi de l'affaire au vu des risques identifiés d'atteinte à la concurrence.

Par trois fois au cours du premier trimestre 2021, Ardian a proposé une série d'engagements pour y remédier. En vain, l'Autorité par une décision lourdement motivée de 63 pages, s'est résignée à interdire l'opération.

En substance, l'Autorité, après avoir identifié la nature et la gravité des risques consécutifs à l'acquisition du contrôle exclusif de la SPMR par le groupe Ardian (augmentation des prix, dégradation de la qualité de l'offre...) a examiné la tangibilité des

<sup>35</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de *modernisation de l'économie*.



gains d'efficacités allégués. Ceux-ci exclus, elle a étudié la pertinence des engagements proposés pour enfin envisager l'opportunité de recourir à son pouvoir d'injonction. Finalement, l'Autorité en a conclu à l'insuffisance des engagements et à ce que toute injonction se révélerait inefficace, à tel point qu'il fallait se convaincre que seule l'interdiction de l'opération était de nature à préserver la concurrence.

A rebours de l'analyse concurrentielle classique, la décision nous renseigne sur la manière d'appréhender les incitations d'un monopole de fait en lien étroit avec sa structure capitalistique. Elle se démarque également par la place qu'elle réserve à la dimension environnementale dans son contrôle, signe d'une montée en puissance du *phénomène écologiste* en droit de la concurrence. Enfin, en filigrane, elle met en lumière certaines des limites du contrôle des concentrations, incapable de remédier aux menaces sur la concurrence suscitées par l'opération sans en passer par l'interdiction. Par là même, elle renseigne aussi sur l'insuffisance du cadre réglementaire spécifique au secteur concerné en tant que cordon (in)sanitaire pour prévenir les abus par le monopoleur de son pouvoir de marché.

Nous traiterons thématiquement et en trois points ces sources de réflexions afin de rendre compte des grands traits saillants du raisonnement de l'Autorité qui ont présidé au funeste sort de l'opération.

I. **De la performativité de l'écologisme juridique dans l'analyse prospective des effets d'une concentration**

Du défaut de substituabilité de l'offre proposée par la SPMR, soit entre le transport et l'acheminement de produits pétroliers raffinés par oléoducs et les autres modes de transports envisageables (trains, camions, barges...), ont découlé des conséquences

importantes au plan de l'analyse concurrentielle du marché : sa nature monopolistique et non-contestable<sup>36</sup> dont résulte la captivité des utilisateurs qui forment la demande.

Cette conclusion sur la non-substituabilité s'évince de ce que les autres modes de transport ne sauraient équipoller les avantages du transport par oléoduc, tant au niveau des volumes, que de la sécurité des approvisionnements ainsi et surtout que du prix<sup>37</sup>. En cela, un utilisateur renchérirait ses coûts s'il optait pour un mode alternatif à l'oléoduc. Mais l'Autorité ne s'en limite pas là : elle ajoute que ce défaut de substituabilité ne sera qu'aggravé par la prise en compte structurelle, dans les années à venir, de l'empreinte écologique. Là où le raisonnement est intéressant n'est pas tant la prise en compte de l'empreinte environnementale dans l'appréciation de la substituabilité de modes de transports - oléoduc permettant par des volumes importants de limiter l'empreinte carbone du transport - car l'Autorité s'attache depuis longtemps à des critères de dimension écologique pour sonder les bienfaits d'une opération. Seulement, en l'espèce le raisonnement de l'Autorité est un peu différent puisqu'il s'appuie sur l'anticipation d'une prise en compte croissante des problématiques écologiques pour anticiper une taxation progressive des moyens de transport les plus polluants. Par conséquent, *in futurum*, l'empreinte écologique devrait peser de plus en plus dans le choix stratégiques des entreprises. D'abord, au §32, l'Autorité énonce qu' « *en outre, le transport par oléoduc permet aux clients de limiter fortement leur empreinte carbone, ce qui est de nature à constituer demain un facteur décisif de choix* ». Elle ajoute au §46 que l'oléoduc étant « *le moyen de transport de produits pétroliers raffinés le plus écologique et le plus sûr* », il est « *très peu probable, qui plus est au*

---

<sup>36</sup> Au sens du modèle développé par les économistes William BAUMOL, John PANZAR et Robert WILLIG en 1982 qui veut qu'un monopole peut être viable et ne pas contrarier l'optimalité économique dès lors qu'il est contestable, ce qui n'est pas le cas ici en raison des barrières à l'entrée et de la captivité des consommateurs dont la demande ne peut raisonnablement se reporter sur des modes de transport alternatifs. De même que la SPMR n'est

pas concurrencée par les autres gestionnaires d'oléoducs puisqu'elle est seule à opérer dans la zone considérée (V. §§74-75).

<sup>37</sup> V. notamment §26 : « *le transport de produits raffinés par oléoduc n'est pas substituable au transport par train, par bateau fluvial ou par camion, compte tenu notamment de la différence de coûts entre ces moyens de transport, le transport par oléoduc étant le moyen le moins onéreux* ».

*regard des impératifs écologiques présents et à venir, que les distributeurs de produits pétroliers se détournent de cette solution de transport au profit du transport par route* ». Plus symptomatique à l'égard de la thèse développée ici, elle vaticine au §47 que « *les politiques publiques environnementales qui seront mises en œuvre dans les prochaines années pourraient favoriser certaines modalités de transport par rapport à d'autres, par exemple en appliquant une fiscalité plus lourde aux solutions ayant un bilan carbone moins favorable* ».

Or, cette anticipation finit par être performative, auto-réalisatrice puisqu'elle joue dans la détermination au présent du sort de l'opération.

Comment ne pas songer, par cet exemple qui n'a rien d'anodin, que le droit de la concurrence, gagné par une diversification des objectifs qu'on lui assigne parmi lesquels la préservation de l'environnement, est le moyen d'un écologisme juridique ambitieux appelé à peser dans la vie des affaires ? Faut-il acclamer pour autant la prétention boulimique des politiques de concurrence à tout améliorer, en ce compris à servir l'économie, le bien-être, la santé, l'environnement, etc ? Sceptique, cette confusion des genres est fustigée par une partie de la doctrine qui en appelle à recentrer l'objectif de toute politique de la concurrence autour de la préservation de l'ordre concurrentiel lui-même quand le temps présent, en partie sous l'impulsion de la Commission européenne, est à la multiplication des intérêts à prendre en compte, espérant tout de la concurrence<sup>38</sup>.

Mécaniquement, cette mise à l'honneur de l'écologie dans l'application des règles de concurrence se retrouve dans l'argumentation juridique de la partie notificante, laquelle s'est escrimée à verdir l'objet et les effets attendus de l'opération, précisant que « *son seul intérêt (...) sera (...) d'accélérer la transformation et la diversification des activités de la SPMR dans le contexte de la transition écologique* » (cf. §44).

Pour autant, nuancions la force persuasive du facteur écologique dans la distribution, pondération des critères mis en balance.

Si l'Autorité admet que par principe « *des gains de nature écologique pourraient, en théorie, être recevables en vue de contrebalancer les risques d'atteinte à la concurrence liés à une opération de concentration* » (§189), ce moyen invoqué par Ardian n'a pas prospéré en l'espèce faute pour le groupe d'avoir « *fourni suffisamment d'éléments permettant de quantifier avec précision l'ampleur des gains allégués* » (*ibid*).

## II. Du contrôle conjoint d'une infrastructure essentielle : un rempart aux abus du monopoleur ?

Dans la mesure où « *il n'existe aucun autre oléoduc pouvant répondre aux besoins des clients du PMR* » et qu'il existe d' « *importantes barrières à l'entrée sur le marché constituées notamment par le montant élevé des investissements requis pour la création d'un oléoduc, leur nature spécifique et non déployable, et les contraintes réglementaires du régime d'autorisation* » qui font que « *l'entrée sur le marché d'un oléoduc susceptible de représenter une alternative crédible au PMR sur l'ensemble de son tracé ne peut être raisonnablement envisagée* », la SPMR est un monopole de fait.

Un monopole qui s'entend aussi d'une infrastructure essentielle (V.§101), non-duplicable (V.§102) et absolument nécessaire à l'équilibre d'autres marchés avals puisqu'il en va de l'approvisionnement d'une partie substantielle du territoire métropolitain en pétrole.

Dans ces conditions, l'opération était susceptible de produire des effets non-coordonnés graves. Bien sûr, puisque la société-cible est un monopole, aucun risque de chevauchement d'activité et donc d'effets horizontaux ne sont *a priori* à craindre. C'est ce qu'invoque Ardian mais à cela l'Autorité réplique au §105 qu'une « *acquisition conduisant à prendre le contrôle [exclusif] est de nature à changer les incitations de la SPMR* » et c'est là la

---

<sup>38</sup> L. IDOT, C. PRIETO et a., « L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des

règles de concurrence », *Concurrences* n° 2-2021, 26 novembre 2021.

quintessence même du problème soulevé par le changement dans la nature du contrôle.

En effet, c'est un truisme que de rappeler que la politique sociale est le fruit des grandes orientations décidées en interne par l'assemblée des actionnaires. En cas de contrôle conjoint, c'est la conciliation d'intérêts convergents et divergents qui définit la feuille de route suivie par la société, directement comme indirectement au travers de la nomination par l'assemblée des administrateurs. En l'espèce, l'antagonisme des intérêts de l'actionnariat apparaît avec éclat : quand Ardian, désireux d'acquérir le contrôle exclusif de la société, n'est qu'un fonds d'investissement, les autres actionnaires dont Trapil sont des utilisateurs et exploitants du réseau d'oléoducs gérés par la SPMR.

Le premier, reconnu comme étant un « *opérateur neutre* » (§145), a donc tout intérêt à exploiter ce que l'on nomme en économie la « rente du monopoleur » afin de maximiser son profit, ce qui de l'aveu de l'Autorité « *pourrait se matérialiser par une stratégie de dégradation tarifaire ou non tarifaire de l'offre du PMR par Ardian* » (§105), en ce compris une augmentation des prix ou encore une politique de désinvestissement, à tout le moins des investissements qui ne visent qu'à accroître la rentabilité du réseau au détriment d'un entretien de certaines parties du tracé jugées peu rentables.

Au contraire, les actionnaires du PMR qui en sont concomitamment utilisateurs ont tout intérêt à la modération des tarifs pratiqués et à une politique d'entretien du réseau et d'investissement qui n'est pas exactement alignée sur la rentabilité (et sur l'intérêt social *stricto sensu* !). C'est pourquoi, à ce sujet, l'Autorité parle volontiers d'un contrôle qui permet une gestion équilibrée de la société par « *l'exercice de contre-pouvoirs* » (§116) et qui repose sur l'« *influence déflationniste des administrateurs nommés* » (§120).

En somme, l'éclatement de l'actionnariat et l'exercice conjoint du pouvoir apparaît comme salutaire pour neutraliser les incitations antisociales du monopoleur.

### III. Du constat de l'impuissance à la décision d'interdiction

L'interdiction de l'opération se présente, en dernier ressort, comme l'*ultima ratio* rendue nécessaire face à l'aveu d'une double impuissance : celle du cadre réglementaire sectoriel d'une part et celle du pouvoir d'injonction de l'Autorité d'autre part.

Il nous faut dire un mot du cadre réglementaire s'appliquant à la SPMR en vertu de son statut de « conduite d'intérêt général » - qui l'assujettit à une série de contrôles administratifs<sup>39</sup> contraignant les choix de gestion de la société - jugé insuffisant pour écarter tout risque de dégradation de l'offre à l'issue de l'opération (§180). On peut semble-t-il s'enquérir de la pertinence d'une telle réglementation si *in fine* elle n'est pas en mesure de contrecarrer le comportement qui serait celui de la SPMR en cas de changement de la nature du contrôle. Cela dit, l'objet de la réglementation (définir la politique énergétique du Gouvernement) se distingue de l'objet du contrôle des concentrations. Pour autant, on pouvait penser les dispositifs suffisants mais au crédit de l'Autorité, il est démontré que cette soupape de sécurité ne permet pas d'appréhender tous les risques comportementaux post-opératoires : elle dispose que « *bien que défini en des termes très larges, le contrôle tarifaire apparaît, de fait, limité* » (§136) et considère « *qu'un pouvoir de marché pouvait s'exercer à des niveaux de décision qui ne relèvent pas des organes dirigeants et sont donc invisibles au commissaire du Gouvernement* » (§137). La position de l'Autorité n'est aucunement surprenante ici : il est fréquent qu'elle ne se contente pas des obligations légales et réglementaires qui pèsent sur les entreprises leur imposant, au hasard, de

---

<sup>39</sup> Ces contrôles fort contraignants vont de la présence d'un Commissaire au gouvernement pouvant s'opposer aux décisions collectives en émettant des réserves avec effet suspensif au contrôle des statuts par le ministre de l'Énergie, lequel contrôle également les tarifs pratiqués

pour l'accès aux canalisations avec droit d'opposition (notamment en cas d'augmentation des prix). Ledit Ministre est également investi du contrôle de la structure capitalistique de la société au moyen d'un droit d'opposition sur les changements de répartition du capital social.

respecter une grille tarifaire ou des standards de qualité pour écarter tout risque de dégradation tarifaire ou qualitative de l'offre (cf. Aut. conc., déc. n°21-DCC-60, 6 avril 2021 en matière d'habitations à loyers modérés, illustration par excellence de cette idée étant entendu que les loyers sont réglementés et les bailleurs sociaux astreints à des standards de qualité : malgré cela, l'Autorité a retenu la possibilité d'une dégradation de l'offre).

À les supposer insuffisants, ces dispositifs auraient pu être renforcés et adaptés à l'acquisition du contrôle exclusif à l'occasion de l'examen de l'opération, suivant les engagements proposés par l'entreprise notifiante assortis éventuellement d'injonctions de l'Autorité. Or, c'est précisément là que le bât blessa puisque l'Autorité jugea les engagements insuffisants tandis qu'en sus elle concluait qu'aucune injonction, fût-elle structurelle ou comportementale, ne permettrait de sauver l'opération. D'abord, s'agissant des engagements, ceux-ci se résumaient en substance à l'autolimitation par Ardian de son influence sur la composition du Conseil d'administration (limitation des nominations et abstention de deux des administrateurs sur les six nommés par le groupe en cas de vote sur une hausse des tarifs) et au renforcement du contrôle exercé par le commissaire au Gouvernement.

L'Autorité fait preuve de pragmatisme en montrant que ces engagements ne priveront pas Ardian de la faculté de faire pression sur les autres actionnaires pour qu'ils consentent à voter une hausse tarifaire grâce à sa capacité de prendre unilatéralement toute décision de nature non-tarifaire qui pourrait les pénaliser. De plus, elle juge que les engagements relatifs au commissaire au Gouvernement ne sont que conditionnels et dépendant du comportement d'un acteur extérieur à la partie notifiante. Ils sont donc attachés d'une incertitude contraire aux exigences des lignes directrices. Surtout, ces engagements proposés pour une durée de 20 ans sont assimilés par l'Autorité à des **engagements perpétuels eux-mêmes assimilés à une forme de régulation sectorielle**, chose pour laquelle elle se déclare strictement incompétente.

Pour finir, ces engagements du fait de leur perpétuité et de leur objet ainsi que des effets escomptés qui reviennent à neutraliser les prérogatives immanentes à l'exclusivité du contrôle « *ont en réalité, pour effet de **vider de sa substance l'opération de concentration**, pour une durée potentiellement illimitée* » (§248). C'est donc parce que des engagements reviennent à priver d'objet, de cause aurait-on dit sous l'empire de la loi antérieure, l'opération déferée à l'Autorité qu'ils ne peuvent être acceptés. Par-là, il est acté que le contrôle exclusif se définit moins par l'acquisition d'une majorité simple des parts que par l'acquisition d'une influence déterminante sur la société soit le dessein véritable de l'opération. C'est aussi précisément la raison pour laquelle l'Autorité conclut aux termes d'une motivation un tantinet taciturne « *qu'aucune mesure corrective adaptée ne peut en l'espèce être envisagée sous la forme d'injonction, qu'elle soit de nature structurelle ou comportementale* » (§270). On le comprend à l'aune du troisième alinéa du point 356 des lignes directrices, lequel indique que « *l'Autorité veille à remédier aux préoccupations de concurrence qu'elle a identifiées, tout en permettant le maintien de l'intérêt économique de l'opération pour les parties* ». Aussi est-il convenu qu'une injonction de nature structurelle - soit une cession d'actions - reviendrait à interdire l'opération puisque c'est précisément de l'acquisition d'actions dont il est question ici. De même qu'une injonction de nature comportementale pour pallier les effets anticoncurrentiels de l'opération requiert de faire un usage impropre du pouvoir d'injonction, lequel n'a pas vocation à se muer en un pouvoir légiférant, permettant à l'Autorité d'édicter des normes à valeur de réglementation sectorielle. Enfin, aucun gain d'efficacité de nature à contrebalancer les effets susmentionnés n'étant escompté de l'opération, l'Autorité, à l'aune de l'ensemble de ces considérations, se résolut à prohiber l'opération.

**Mathieu BONZON** – (M1 Droit des affaires - MDAE).

## **V. Droit des sociétés**

## La plateforme Impact - Baptiste PERSOUYRE

Comment s'assurer qu'une entreprise a une politique sociale, environnementale et de gouvernance (ESG) conforme aux souhaits de l'investisseur et du client ? Pas évident à première vue, la plateforme Impact se propose de faciliter l'information des parties prenantes, par anticipation à la nouvelle Directive Disclosure dans les tuyau à Bruxelles et de mettre en avant les actions menées par les entreprises prenant en considération les critères ESG.

La conviction exprimée dans le rapport Notat-Senard<sup>40</sup> selon laquelle « l'entreprise a une raison d'être et contribue à un intérêt collectif » semble aujourd'hui dominer le droit des sociétés.

La plateforme Impact a été lancée dans cet esprit par le ministère de l'économie et des finances le 27 mai 2021<sup>41</sup>. Elle a pour objet premier de lister des critères d'évaluation pertinents et fiables de l'activité des sociétés en matière sociale, environnementale et de gouvernance, recensant respectivement 14 indicateurs en matière environnementale, 22 indicateurs en matière sociale et 10 indicateurs en matière de gouvernance. Les sociétés pourront publier sur cette plateforme les indicateurs proposés et même indiquer leurs performances sur d'autres indicateurs de leur choix. Il est également proposé aux sociétés de signer un manifeste en la matière mais ce point étant plus classique, nous ne l'étudierons pas ici. La plateforme annonce trois objectifs qui sont d'anticiper la directive CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) qui approfondira les obligations de *reporting* extra-financier, de permettre aux entreprises d'affirmer leur action face à l'urgence climatique et d'aider les entreprises à agir en matière d'enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG).

Si cette plateforme réaffirme la conception philosophique selon laquelle la société a une responsabilité envers toutes les parties prenantes liées à son activité (I), sa précision semble apporter

un éclairage sur les exigences attendues des sociétés quant à la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux de leur activité prévue par l'article 1833 du code civil (II).

### I. La responsabilité de la société envers toutes les parties prenantes liées à son activité : une conception philosophique devenue incontournable en droit des sociétés

« *There is one and only one social responsibility of business - to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud* »<sup>42</sup>. Cette citation de Milton Friedman, résumant la pensée néolibérale, n'a jamais semblé être aussi dépassée et obsolète qu'au lancement de la plateforme Impact, laquelle est une initiative gouvernementale dont le but est d'inciter les sociétés à agir au-delà de la simple maximisation du profit des associés. Cela rappelle que la raison d'être des sociétés ne tient pas qu'à la seule initiative individuelle des associés et à leur volonté de mettre en œuvre une initiative commune. La société s'inscrit dans son environnement. D'ailleurs, la *Business Roundtable* avait placé les profits à la fin de la liste des objectifs d'une société<sup>43</sup>. Si la traduction juridique de ce paradigme est déjà en acte - en témoignent la loi

---

<sup>40</sup> N. NOTAT, J.-D. SENARD, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, 9 mars 2018.

<sup>41</sup> <https://www.impact.gouv.fr>.

<sup>42</sup> M. FRIEDMAN, « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

<sup>43</sup>

<https://opportunity.businessroundtable.org/ourcommitment/>.

PACTE<sup>44</sup> et la directive *CSRD* -, de telles initiatives laissent penser qu'elle est toujours en puissance.

Si elle peut sembler être une simple initiative destinée à réaffirmer la conception que l'État se fait de la raison d'être des sociétés, la plateforme Impact traduit également un fort niveau d'exigences en termes de prise en compte par elles des enjeux sociaux et environnementaux de leur activité. Cela peut donner des indices quant à la rigueur avec laquelle sera examiné le respect du nouvel article 1833 du code civil.

## II. Un indice sur les exigences attendues des sociétés quant à la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux de leur activité ?

Pour mémoire, la loi PACTE du 22 mai 2019 a en effet ajouté un alinéa particulièrement remarqué à l'article 1833 du code civil qui dispose que « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en compte les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Si l'article 1844-10 du code civil prévoit que le non-respect de cet article ne peut aboutir à la nullité du contrat de société, celui-ci peut tout à fait fonder une action en responsabilité à l'encontre du dirigeant — l'absence de prise en compte des enjeux ESG peut porter préjudice à la société, qui pourrait notamment être

évincée de marchés publics comprenant des clauses sociales ou environnementales.

Dans cette optique, il convient tout naturellement de se demander quelle lecture sera faite de cet alinéa. Deux lectures semblent possibles.

D'une part, on peut lire cette exigence de façon permissive : le fait de prendre en considération n'implique pas d'agir en conséquence. Cette disposition serait alors strictement symbolique. D'autre part, il est permis de l'interpréter de façon stricte (c'est-à-dire *tous* « les *grands* enjeux sociaux et environnementaux de son activité »). Dans le sens de cette interprétation, la plateforme Impact liste de façon précise un nombre important d'enjeux en la matière et invite les sociétés à fournir des éléments précis sur chacun d'eux et semble ainsi indiquer qu'une prise en compte scrupuleuse de ces enjeux est attendue des sociétés. De même, la sémantique utilisée plaide en ce sens. En effet, l'objectif annoncé d'inciter à agir face à « l'urgence climatique » tend à considérer l'action nécessaire, ce qui implique un regard strict sur l'inaction en la matière. L'effectivité du second alinéa de l'article 1833 serait alors garantie.

**Baptiste PERSOUYRE** – (M2 Droit des affaires - MDAE).

---

<sup>44</sup> Loi n°2019-486 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et à la transformation des entreprises*.

## LA RÉDACTION

Mathieu BONZON • Sylvain BRANIER-  
RENAULT • Claire DANGEL • Albane  
FONFREDE • Margot LECOEUR •  
Baptiste PERSOUYRE • Emma  
ROUHAUD • William URVOY





Veille juridique - Edition Spéciale Octobre 2021