

Gazette du Magistère de Droit des Activités Économiques

En partenariat avec



À la une :

Quelle mise en concurrence pour l'octroi d'un avantage économique ? - **Pr. Sophie Nicinski**

Que penser de l'expérimentation des Tribunaux des Activités Économiques ? - Entretien avec le **Pr. Emmanuel Jeuland**



Comité de direction

Direction de la Gazette :

- Pierre GASNIER-DUPARC, étudiant en M1 droit des affaires - Parcours Magistère
- Noé VIGNEAU, étudiant en M1 droit des affaires - Parcours Magistère

Supervision universitaire :

- Bertrand FAGES - Professeur agrégé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Sophie NICINSKI - Professeur agrégée à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Comité de rédaction

Universitaires :

- Emmanuel JEULAND – Professeur agrégé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Sophie NICINSKI - Professeur agrégée à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Étudiants du Magistère en M2 :

- Solène BRYSKA - M2 droit des affaires et fiscalité
- Louise DENOYES - M2 droit de la concurrence
- Isaac OULJOUR-SCHNEIDER - M2 droit des affaires et fiscalité

Étudiants du Magistère en M1 droit des affaires :

- | | |
|----------------------|-------------------------|
| - Maryam ACHLIH | - Pierre GASNIER-DUPARC |
| - Baptiste ASSIE | - Anatole JACOLIN |
| - Louise CASTAGNET | - Anaïs MAHIEUX |
| - Thomas CHARGELEGUE | - Gauthier MICHAUD |
| - Noé COUVERT | - Millo PASQUALI |
| - Delphine DUONG | - Émilien RAOULT |
| - Eva ETHELTON | - Noé VIGNEAU |
| - Louis GAUSSENS | |

Étudiants du Magistère en L3 :

- | | |
|---------------------|-----------------------|
| - Emma BIZZARI | - Rebecca LAVAUD |
| - Téo BUCHHOLZ | - Ariel LELONG |
| - Capucine DUCROZ | - Suzanne MOUY |
| - Alice ELAERTS | - Alix PEUCH-LESTRADE |
| - Timothée GABEL | - Noha VANDENPLAS |
| - Aïste GRICIUNAITE | |

Sommaire

Édito : Quelle mise en concurrence pour l'octroi d'un avantage économique ?

Sophie NICINSKI, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

page 3.

L'Arcom a osé toucher au poste de Cyril HANOUNA

CE, 19 février 2025, n° 499823

Pierre GASNIER-DUPARC (dir.), Capucine DUCROZ, Alice ELEARTS, Timothée GABEL

page 5.

L'ouverture à la concurrence des TER

Anaïs MAHIEUX (dir.), Delphine DUONG, Noha VANDENPLAS

page 9.

Que penser de l'expérimentation des tribunaux des activités économiques ? Entretien avec le Professeur Emmanuel JEULAND

Entretien réalisé par Baptiste ASSIE & Gauthier MICHAUD (dir.), Suzanne MOUY et Alix PEUCH-LESTRADE

page 11.

De la qualification de la rupture abusive d'une relation commerciale établie en droit international privé

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mars 2025, n°23-22.051

Noé VIGNEAU (dir.), Louise DENOYES, Yassine SELLAMI

page 15.

Réforme des nullités en droit des sociétés : retour au *statu quo* ?

Louise CASTAGNET & Thomas CHARGELEGUE

page 19.

Conciliation et obligation de déclaration de cessation des paiements

Cass. Com., 20 novembre 2024, n°23-12.297

Noé COUVERT (dir.), Emma BIZZARI, Isaac OULJOUR-SCHNEIDER, Émilien RAOULT

page 23.

Management package et holding interposée : le sort incertain de la plus-value

CAA, Paris, 7^{ème} chambre, 7 février 2024, n° 22PA02007

Anatole JACOLIN (dir.), Maryam ACHLIH, Solène BRISKA, LOUIS GAUSSENS, Aisté GRICIUNAITE, Ariel LELONG

page 27.

Validité de la clause de buy or sell consacrée : une réponse conventionnelle aux situations de blocage de la société

Cass. Com., 12 février 2025, n°23-16.290

Eva EHERTON (dir.), Téo BUCHOLZ, Rebecca LAVAUD, Millo PASQUALI

page 30.

Édito : Quelle mise en concurrence pour l'octroi d'un avantage économique ?



Sophie NICINSKI

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Co-directrice du Magistère de Droit des Activités Économiques

L'actualité récente ne cesse de questionner sur la mise en concurrence applicable dès lors qu'une personne publique octroie, sous quelque forme que ce soit, un avantage économique à un opérateur. Désormais, la commande publique représente un ensemble homogène de contrats, à effet attractif, soumise à un régime de passation et d'exécution de plus en plus unifié, issu de directives européennes couvrant toutes les catégories de contrats, qu'il s'agisse des marchés publics ou des concessions, et dont la transposition en droit interne est de plus en plus fidèle. La difficulté, qui tenait autrefois à la commande publique elle-même, se déplace dès lors à sa périphérie, avec la multiplication des procédures particulières. S'agissant des contrats domaniaux, la querelle entre les partisans de la souveraineté de gestion du propriétaire public, impliquant l'attribution directe et discrétionnaire des titres d'occupation, et les tenants de l'encadrement de l'octroi d'avantages économiques procurés par l'exploitation des ressources publiques, a tourné en faveur des derniers avec l'adoption de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 (art. L. 2122-1-1 du CGPPP). Toutefois, le contrat domanial n'est pas pour autant requalifié en contrat de la commande publique, la procédure est une procédure de « sélection » et non de mise en concurrence et les exceptions sont plus souples, marquant ainsi l'autonomie de cette catégorie. Dans le domaine des services de transports par chemin de fer, une partie des lignes est exploitée sous forme de contrats de service public, faisant l'objet d'une mise

en concurrence particulière (Règlement CE n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (règlement OSP), modifié par le règlement 2016/2338 du 14 décembre 2016, c. transp., art. L. 2121-14 et s.).

L'octroi d'autorisations unilatérales fait également l'objet d'une mise en concurrence. La Cour de justice a jugé que de l'attribution de droits exclusifs d'exploitation économique d'une activité devait faire l'objet d'une procédure¹. Si l'attribution des autorisations nécessaires à l'exercice des professions réglementées n'est pas soumise en droit français à une procédure généralisée de mise en concurrence, la directive service n°2006/123/CE du 12 décembre 2006 semble l'imposer lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables. En droit français, des textes spéciaux introduisent également des procédures particulières, à l'instar des articles 25 et s. de la Loi n°86-1067 du 30 décembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi LEOTARD), qui régissent l'attribution de fréquences pour l'utilisation de la voie hertzienne.

Ces différentes situations ont en commun d'être fondées sur l'octroi par l'administration d'un titre (unilatéral ou contractuel) permettant à un opérateur d'accéder à une activité économique. Toutefois,

¹ CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C203/08.

d'importantes opérations demeurent en dehors du champ, sans qu'aucun critère permettant d'identifier le périmètre d'une obligation de mise en concurrence soit clairement défini. Quatre domaines sont particulièrement sensibles à cet égard. Il s'agit de la cession de biens publics donnant lieu à exploitation économique, de la privatisation d'entreprises publiques, du choix d'actionnaires privés au stade de la création d'une structure à capital mixte et du sort des exploitants publics dont le capital a été privatisé, titulaires de monopoles, au terme du droit d'exploitation qui leur a été accordé.

Surtout, lorsqu'il est acquis que la passation d'un contrat ou l'attribution d'une autorisation est soumise à une procédure, ce sont désormais les exceptions qui questionnent. En matière d'occupation du domaine des personnes publiques, le Conseil d'État a introduit une exception importante, relative à l'occupation du domaine privé². Parfois, la liste des exceptions interroge quant à sa logique et son homogénéité. En matière de contrats de service public dans le domaine ferroviaire, sont concernées les exceptions liées aux « circonstances exceptionnelles », les caractéristiques géographiques, l'urgence, etc. En droit de la commande publique, on trouve une série d'exceptions, allant des droits exclusifs à certains contrats immobilier, en passant par les contrats liés à la sécurité ou conclus en application de règles internationales. Il semble que l'exception qui est en voie de poser davantage de difficultés est celle relative à la possibilité d'attribuer des contrats ou des autorisations aux opérateurs « proches » de la personne publique. En matière audiovisuelle, une exception est prévue pour les chaînes publiques nommément désignées. On connaît les conditions strictes de l'exception de quasi-régie en droit de la commande publique. Beaucoup plus souple est l'exception en faveur des entités privées sous « contrôle étroit » ou « analogue » que l'on retrouve en matière ferroviaire, pour l'attribution de droits exclusifs ou encore pour l'octroi de titres d'occupation du domaine public, notamment en ce que la condition de détention de la totalité du capital de l'entité privée par la personne publique n'est pas requise. Ce sont ces exceptions qui conduisent souvent les acteurs de la commande publique à chercher à inscrire leur action dans les domaines susceptibles d'en bénéficier plutôt que dans celui de la commande publique. Inévitablement, ces stratégies devront conduire à une clarification qui devient urgente.

² CE, 2 déc. 2022, *Cne de Biarritz*, N° 460100, BJCP n° 146, p. 56, concl. RAQUIN, obs. S. NICINSKI.

L'Arcom a osé toucher au poste de Cyril HANOUNA

CE., 19 février 2025, n° 499823

Pierre GASNIER-DUPARC (dir.), Capucine DUCROZ, Alice ELEARTS, Timothée GABEL

Les deux premiers multiples de 8 de la TNT ont été particulièrement remués en février dernier, après avoir découvert la validation par le Conseil d'État¹ de la décision de l'Arcom² de ne pas renouveler l'autorisation d'occupation des fréquences attribuée à la chaîne C8. Si elles convergeaient unanimement vers le désarroi, les réactions du groupe de la chaîne ont été finalement variées, car accompagnées d'arguments plus ou moins raisonnables. Certaines mettaient en avant le désastre salarial que représentait cette solution, quand d'autres, plus complottistes, soutenaient que cette décision illustrait la possibilité de « fermer une chaîne car elle déplaît au pouvoir »³.

De manière générale, ce qui manquait au débat, c'était peut-être un avis d'expert ou seulement celui d'un juriste... Prétendant davantage à la seconde qualité, les auteurs de cet article se proposent ainsi de revenir sur cette procédure, laquelle « contient tous les ingrédients d'une fiction qui verra peut-être naissance, un jour prochain, sur l'une des chaînes de la TNT... »⁴. Le présent article a ainsi vocation à rationaliser les débats autour de ce contentieux pour expliquer juridiquement les éléments pouvant mener à une telle solution, certes radicale, mais finalement justifiée en droit.

Tout débuta le 28 février 2024 lorsque l'Arcom a lancé un appel à candidatures pour le renouvellement des attributions de quinze autorisations pour la diffusion de services de TNT. Le 24 juillet, le régulateur annonce avoir présélectionné 15 dossiers pour poursuivre la procédure. Cette décision a été contestée par les candidats non-présélectionnés (inutile de dire que C8 en faisait partie) mais le Conseil d'État a rejeté ce recours, considérant que cette présélection n'écartait pas définitivement les candidatures. L'Arcom a continué la procédure pour finalement décider de l'attribution définitive des fréquences, décision dont le Conseil d'État a dû apprécier la légalité.

C'est donc une pièce en trois actes. À titre d'exposition, il est nécessaire d'introduire le régime du domaine public hertzien, puisque c'est de ses caractéristiques que découle l'obligation pour

l'Arcom de s'affairer à de telles procédures (I). Le nœud de l'histoire pourrait être ensuite l'interdiction de recours contre la décision (qui ne serait qu'une phase...) de présélection (II). L'intrigue se dénouera enfin par la décision du Conseil d'État, régulateur en dernier ressort (III).

I. La TNT ou domaine public hertzien

Dans une époque où la mode est à la concurrence (comme l'analyse un article fort intéressant quelques pages plus loin), il peut être rappelé qu'un des premiers secteurs à avoir joué le jeu est celui de la télécommunication. En effet, il est loin le temps de la France du Général DE GAULLE et du ministère de l'Information, puisque dès les années 1980, notamment grâce à la loi n°86-1067 (dite *Léotard*) du 30 septembre 1986, les fréquences de télévisions peuvent être utilisées par des sociétés privées pour diffuser les programmes qu'elles produisent.

Sauf qu'il ne faut pas oublier que les fréquences constituent des dépendances du domaine public hertzien, qui appartient donc à l'État. Les groupes Canal +, TF1 ou M6 ont donc le statut d'occupants du domaine public ; autrement dit, lorsqu'ils diffusent, ces groupes ne sont pas maîtres en leur demeure. Ils occupent un espace qui ne leur appartient pas, c'est-à-dire des fréquences. Mais comme le notait justement le rapporteur du projet de loi modifiant la loi susvisée, « cette expansion et cette diversification ne doivent pas s'effectuer au détriment du public (l'abondance de l'offre coïncidant souvent avec son nivellement par le bas) »⁵. De ce fait, il est nécessaire d'encadrer l'octroi des titres d'occupation des fréquences, afin d'éviter que n'importe quoi puisse être diffusé à grande échelle.

C'est la raison pour laquelle l'Arcom, anciennement CSA⁶, a été chargée de réguler l'octroi de ces titres. En effet, ces derniers ne sont octroyés que si les candidats respectent des conditions bien précises et déterminées à l'article 29 de la Loi du 30 septembre 1986 (diversité des programmes, préservation de la concurrence, financement viable...). L'occupant doit ensuite respecter un certain nombre de principes (honnêteté, indépendance, pluralisme...) et en cas

¹ CE, 19 février 2025, n° 499823.

² Communiqué de presse du 12 décembre 2024.

³ Selon un chroniqueur de l'émission *Face à l'info*, sur Cnews, 26 février 2025.

⁴ Concl. ROUSSEL sous CE, 19 février 2025, préc.

⁵ D. MATHUS, Rapport n°1578 sur le projet de loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

⁶ Depuis la loi du 25 octobre 2021, entrée en vigueur le 1er janvier 2022.

de manquement, l'article 42 de ladite loi reconnaît à l'Arcom le droit de mettre en demeure l'éditeur du programme de respecter les obligations découlant de ces principes. En cas de réitération, l'autorité gestionnaire peut prononcer diverses sanctions (suspension de l'édition, de la diffusion ou de la distribution des services, réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année, sanction pécuniaire, retrait de l'autorisation...).

Le contrôle est donc important, mais il est justifié. D'abord, car les chaînes privées utilisent de façon privative le domaine public et doivent donc respecter un certain nombre d'exigences que le gestionnaire apparaît légitime de poser. Ensuite, car l'occupation du domaine public hertzien n'est pas comparable à une occupation d'une portion de trottoir. Il s'agit ici d'accorder un droit de diffusion de programmes à grande échelle, or le domaine public ne saurait se faire le porte-voix de la vulgarité, de l'outrance ou de l'indigence.

En bref, l'État (par l'intermédiaire de l'Arcom) est libre de choisir les invités qu'il convie chez lui, de les rappeler à l'ordre en cas de bêtises et de ne pas les réinviter s'ils sont manifestement incapables de se comporter correctement. Il n'est donc pas surprenant qu'au moment des renouvellements de fréquences, ne soient pas réinvités ceux qui n'ont pas respecté les règles.

II. L'impossible contestation de la phase de présélection

Le 24 juillet 2023, l'Arcom publiait une liste de 15 candidats présélectionnés pour l'attribution de fréquences TNT, excluant notamment les chaînes C8, NRJ12 ainsi que Le Média. Cette présélection permet ensuite de négocier les conventions exigées par la loi de 1986 pour encadrer l'autorisation d'occupation. Toutefois, cette présélection, bien que présentée comme une simple étape de la procédure, a rapidement suscité la réaction des chaînes évincées qui y voyaient un préjudice économique majeur, notamment en termes de visibilité, de partenariats et d'investissement à moyen terme.

Le Conseil d'État a cependant jugé irrecevables⁷ les requêtes déposées contre cette décision de présélection, estimant que celle-ci constituait une mesure préparatoire à la décision finale d'attribution, de ce fait insusceptible de recours en excès de pouvoir conformément au droit-fil de la jurisprudence⁸.

Cette décision présente plusieurs avantages notables. En premier lieu, elle contribue à assurer une certaine

stabilité juridique, en confirmant que les mesures prises en cours de procédure, et notamment la pratique de la présélection opérée par l'Arcom, ne peuvent faire l'objet d'un recours autonome tant qu'elles ne débouchent pas sur une décision finale d'attribution ou de rejet.

Ensuite, en considérant la présélection comme une mesure préparatoire, le Conseil d'État évite un morcellement contentieux qui viendrait alourdir inutilement la procédure. Ceci permet de concentrer le débat juridique sur les autorisations d'exploitation ou les rejets définitifs. Ce choix repose également sur une vision pragmatique du rôle de l'Arcom, qui doit pouvoir négocier les conventions avec un nombre restreint de candidats, sans être entravée à chaque étape par des recours.

Cependant, cette décision ne va pas sans susciter certaines critiques. L'un des principaux griefs réside dans le caractère formel et tardif de la voie de recours offerte : attendre la fin de la procédure pour contester une mise à l'écart dont les conséquences sont immédiates, notamment sur le plan économique, peut apparaître comme une protection illusoire. Les sociétés requérantes faisaient d'ailleurs valoir que leur non-inscription sur la liste du 24 juillet 2024 avait déjà pour effet de les exclure de toute négociation, réduisant fortement (voire, en pratique, définitivement...) leurs chances d'obtenir l'autorisation. Elles soulignaient également le préjudice direct que cette situation pouvait engendrer pour leurs salariés et leur modèle économique.

En effet, la rigueur juridique du Conseil d'État n'a pas empêché une levée de boucliers du côté des chaînes évincées. « Pour le Conseil d'État, c'est trop tôt, mais pour nos salariés, c'est trop tard », a ainsi déploré *Gérald-Brice VIRET*, directeur général de Canal+ France, faisant allusion aux 400 employés de C8 laissés dans l'incertitude⁹. Le rejet des recours, purement procédural, n'apporte pas de réponse immédiate à leurs inquiétudes sociales et économiques.

Si la pratique de la présélection est juridiquement tolérée, cette dernière reste cependant une construction purement administrative, non prévue par la loi, comme l'a reconnu l'Arcom elle-même. Sa légitimité repose sur un impératif de bonne gestion des ressources et des conventions, qui doivent être négociées de manière sérieuse et individualisée. Cependant, le flou juridique autour de cette étape alimente les critiques et pourrait justifier une intervention législative, afin d'encadrer plus clairement cette phase de la procédure.

⁷ CE., 22 novembre 2024, n°497830.

⁸ Voir concernant les décisions préparatoires, CE, 20 mars 1991, n° 101956, *Association Salève* ; voir concernant plus précisément les décisions de présélection, CE, 22 mars 1993, n° 127101, *Société Diffusion Rhône-Alpes*.

⁹ « Perte de la fréquence TNT de C8 : le Conseil d'État juge le recours de la chaîne "irrecevable" car il a été déposé avant la fin de la procédure de l'Arcom du 22 novembre 2024 », *France Info*, 22 novembre 2024.

III. L'appréciation circonstanciée des candidatures

Les décisions de l'Arcom et du Conseil d'État, ont été présentées comme une « *censure politique* »¹⁰. Pourtant la lecture de la décision du 19 février permet facilement d'observer que le régulateur n'a fait qu'appliquer des critères légaux notamment issus du droit communautaire, lesquels sont jugés « *objectifs, transparents, favorables à la concurrence, non discriminatoires et proportionnés* ». En l'espèce, le Conseil d'État reprend les trois critères principaux sur lesquels s'est fondé l'Arcom : l'originalité de la programmation de la chaîne C8, son déficit financier et les manquements réitérés de la chaîne à ses obligations légales et conventionnelles.

Afin d'apprécier « *l'originalité* » des programmes proposés par les chaînes, l'Arcom étudie le contenu de la programmation et le compare avec les programmes existants afin de déterminer si une chaîne doit obtenir l'autorisation de diffusion. En l'espèce, l'Arcom, confirmée par le rapporteur public et le Conseil d'État, relève que les programmes diffusés par C8 « *sont peu diversifiés [et que] d'autres candidatures présentent une offre plus variée et renouvelée* »¹¹. Au nom de l'originalité de la programmation, l'Arcom en vient à apprécier la qualité des programmes proposés par les chaînes. Le régulateur, à cet égard, a affirmé que la réduction de diffusion des documentaires et des fictions cinématographiques était contraire à l'intérêt du public. Néanmoins est-ce vraiment le rôle de l'Arcom de déterminer l'intérêt des téléspectateurs et de les empêcher de préférer le téléachat aux documentaires ? Si l'Arcom doit se fonder sur des critères dits objectifs, l'appréciation pratique de ces derniers¹², a fortiori du critère d'originalité, tranche avec leur objectivité supposée¹³.

Si le critère de « *l'originalité* » peut prêter à critique, cela semble moins être le cas du critère économique venant également fonder la décision de l'Arcom. En effet, les situations économiques spécifiques de C8 et NRJ12 ont participé au rejet de leur candidature. En effet, comme affirmé par l'article 29 de la même loi, l'Arcom, dans son appréciation sur les candidatures, doit tenir compte « *du financement et des perspectives d'exploitation du service* ». Or, comme

avancé par le régulateur, le déficit financier chronique et significatif de ces chaînes et le manque de crédibilité de leurs plans d'affaires ont empêché leur reconduction.

Un dernier argument est venu sonner le glas de C8 : ses manquements réitérés à ses obligations légales et conventionnelles. Ce dernier critère, prévu notamment au 7° de l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986, permet à l'Arcom de tenir compte du respect par les chaînes de principes, comme l'honnêteté, l'indépendance de l'information, le pluralisme, ainsi que la représentation équitable de la diversité sociale et culturelle. Or, la chaîne C8 a été sanctionnée à de nombreuses reprises pour des manquements graves à ces exigences, comme en témoignent les nombreuses mises en demeure, mises en garde et sanctions financières infligées au cours des dernières années¹⁴. Dans plusieurs affaires, la chaîne a contesté sans succès ces sanctions devant la CEDH, laquelle a jugé que les séquences incriminées n'étaient « *porteuses d'aucune information, opinion ou idée* » au sens de l'article 10 de la Convention, de sorte à ne pas être protégées par la liberté d'expression¹⁵.

Ces manquements révèlent à la fois un défaut de maîtrise de l'antenne et un manque d'honnêteté dans le traitement de l'information. Malgré la mise en place, en octobre 2023, d'un nouveau dispositif de contrôle, l'Arcom a constaté la persistance de nouveaux manquements après son entrée en vigueur, ce qui a mis en doute l'efficacité des mesures correctrices avancées. Le projet d'une diffusion de directs avec un léger différé n'a pas suffi à dissiper ces doutes. Loin d'introduire une « *coloration disciplinaire* » à sa décision, l'Arcom s'est ainsi fondée sur une évaluation légitime de l'incapacité de la chaîne à respecter à l'avenir ses obligations.

Cette décision du Conseil d'État, en rejetant les requêtes de C8, est venue confirmer la décision de l'Arcom, laquelle repose, nous l'avons vu, sur une solide motivation. Il s'agit d'une décision juridique – et non politique¹⁶ – fondée sur différents critères à la fois objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés. Si le présentateur Pascal PRAUD a pu affirmer que « *les arguments du Conseil d'État n'ont aucun sens, la décision est politique* »¹⁷, ou encore

¹⁰ B. LOEUILLOT, « Après la décision du Conseil d'Etat, la droite et l'extrême droite à la rescousse de C8 », *Libération*, 20 février 2025 ; M. CLERAUX, « Le Conseil d'État confirme l'éviction de C8 et NRJ12 de la TNT », *Le JDD*, 19 février 2025.

¹¹ cons. 38.

¹² Principalement du critère imposant de « *de garantir le caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, l'honnêteté de l'information et son indépendance à l'égard des intérêts économiques des actionnaires* », cons. 28, art. 30-1 de la loi du 30 septembre 1986.

¹³ « *Les impératifs prioritaires fixés par la loi se prêtent à une appréciation subjective – le pluralisme, la diversité... –, et les multiples critères qui l'accompagnent fixent autant d'injonctions contradictoires pour le régulateur, si bien que ce dernier dispose d'une grande marge de manœuvre pour déterminer sa politique*

vis-à-vis du secteur », A. GOIN et L. CADIN, « La télécommande publique », *AJDA* 2025, p.645.

¹⁴ CE, 5/6 CHR, 10 juillet 2024, société C8, n° 488547 : thèses complottistes accusant des célébrités et personnages politiques de consommer une drogue fabriquée à partir du sang d'enfants torturés.

¹⁵ CEDH, 9 févr. 2023, n°58951/18 et 1308/19, C8 c. France.

¹⁶ C'eût été le cas, l'Arcom se serait attaquée directement à Cnews, car comme le souligne le professeur BROYELLE, « *juridiquement, toutes les conditions étaient réunies pour rejeter le projet de Cnews* » (« Pourquoi l'Arcom a exclu les chaînes C8 et NRJ12 de la TNT ? », *Le Club des juristes*, 30 juillet 2024).

¹⁷ « Édito Pascal Praud – Fermeture de C8 "C'est une décision politique" », *Dailymotion*, 28 février 2025.

déclarer à ce sujet qu'« *au pays de Voltaire, la France a éteint les lumières* »¹⁸, espérons que la lecture de ces quelques lignes suffira, du moins, à rallumer les siennes.

¹⁸ « Édito Pascal Praud – Fermeture de C8 : "Au pays de Voltaire, la France a éteint les lumières" », *Youtube*, 20 février 2025.

L'ouverture à la concurrence des TER

Anaïs MAHIEUX (dir.), Delphine DUONG, Noha VENDANPLAS

« L'économie de marché n'a rien à faire dans les services publics »¹, affirmait en 2014 Frédéric LORDON, économiste français. À cette incompatibilité apparente entre concurrence et service public peut toutefois être opposée l'affirmation de MONTESQUIEU, selon laquelle « c'est la concurrence qui met un prix juste aux marchandises et qui établit les vrais rapports entre elles »². C'est dans l'objectif de bénéficier des avantages que procure la concurrence que la loi du 27 juin 2018³ a autorisé à mettre en concurrence l'exploitation des Trains Express Régionaux (TER).

Il faut ainsi préciser que la concurrence « désigne le processus par lequel les entreprises rivalisent entre elles sur le marché pour satisfaire au mieux les attentes des clients, entreprises comme consommateurs. Cette dynamique peut prendre différentes formes : les entreprises peuvent s'affronter sur le terrain des prix ; elles peuvent aussi tenter de se différencier les unes des autres par l'innovation ou la différenciation des produits (qualité, variété). La concurrence incite les entreprises à innover en permanence et à améliorer leur productivité, ce qui participe à l'objectif d'une croissance soutenue »⁴.

Cependant, les TER ont longtemps échappé à cette concurrence. Regroupant les transports régionaux par trains et par cars, ce service était exclusivement réalisé par SNCF Voyageurs, à l'exception de l'Île-de-France (Transilien) et de la Corse (régie publique), et mis en œuvre sous la responsabilité des régions en leur qualité d'autorités organisatrices de la mobilité (AOM).

Cette situation a débuté par la nationalisation des chemins de fer en 1937, ayant érigé le monopole de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), entreprise publique devenue opérateur historique dans le secteur ferroviaire. Néanmoins, le maintien de son monopole ne pouvait subsister face aux impératifs des traités européens, ce dernier étant perçu par la Commission européenne comme un frein à la croissance économique, un obstacle à la baisse des prix et une explication de la santé dégradée du secteur ferroviaire. C'est pourquoi a été engagé au début des années 1990 un processus de libéralisation imposant de placer la SNCF sur un pied d'égalité avec des concurrents privés. Du fait d'une forte opposition des États, y compris la France, et compte tenu des risques pour les opérateurs historiques et de la nécessité de garantir des objectifs de service public, cette libéralisation a été très progressive, par

l'adoption de quatre paquets ferroviaires entre 2001 et 2016, les dernières directives ayant été transposées en France par la loi du 27 juin 2018.

Cette ouverture progressive à la concurrence de la SNCF, qui a vu apparaître sur son marché d'autres opérateurs, concerne trois segments et deux types de marchés distincts. Ici, il sera seulement question du segment concernant les TER, et non pas les Lignes à Grande Vitesse (LGV) et Trains d'Équilibre du Territoire (TET).

À l'heure actuelle, les lignes de TER sont opérées par SNCF Voyageurs dans le cadre de conventions avec les régions qui jouent le rôle d'autorités organisatrices (AO). Des appels d'offres pour confier des lignes à de nouveaux opérateurs, autres que la SNCF, ont déjà été lancés par huit d'entre elles (PACA ; Hauts-de-France ; Grand Est ; Pays-de-la-Loire ; Bourgogne-Franche-Comté ; Normandie ; Auvergne-Rhône-Alpes ; Nouvelle-Aquitaine). La France a donc opté pour une ouverture progressive, avec un calendrier en partie fixé par les régions. Par conséquent, si la région PACA a célébré la première mise en circulation de TER, dont les lignes ont été attribuées à l'issue d'une procédure de mise en concurrence le 14 février 2025, les régions Centre-Val-de-Loire, Occitanie et Bretagne, ont quant à elles prolongé leur convention décennale avec la SNCF sans nouvel appel d'offres.

Il faudra donc se demander quel bilan, aujourd'hui, il est possible de faire concernant l'ouverture à la concurrence des TER, et quelles suites peuvent être envisagées.

• Le cadre juridique de l'ouverture à la concurrence des TER

La France a parachevé sa contribution à l'espace ferroviaire unique européen par la loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire transposant les directives européennes du quatrième paquet ferroviaire. Ces dispositions, notamment l'article 18, ont ainsi permis d'ouvrir à la concurrence l'attribution des contrats portant exploitation des lignes TER. La France a donc suivi l'exemple de ses voisins européens, tels que l'Allemagne qui a opté pour un système de distribution unique, ou l'Italie qui a mis les trains à grande vitesse en open access dès 2012. Cette loi a été complétée par l'ordonnance du 12 décembre 2018⁵. Il en résulte que depuis le

¹ F. LORDON, *La Malfaçon - Monnaie européenne et souveraineté démocratique*, 2014.

² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

³ Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

⁴ « Histoire de la concurrence », site Autorité de la concurrence.

⁵ Ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à

3 décembre 2019, l'attribution de ces contrats par les régions peut être effectuée après une mise en concurrence préalable, devenue obligatoire pour les nouveaux contrats conclus à compter du 25 décembre 2023. Par exception, les contrats conclus avant cette dernière échéance peuvent se poursuivre jusqu'à leur terme, dans la limite d'une durée de dix ans. La mise en concurrence de ces contrats sera dans les faits obligatoire à l'échelle nationale à compter du 25 décembre 2033.

Cette volonté s'explique par plusieurs enjeux propres à la mise en concurrence : une diminution des coûts, de l'impact environnemental, et une augmentation de l'efficacité des prestations par le choix de l'offre la plus avantageuse. La démarche paraît d'autant plus importante alors même que la demande tend à croître, avec une augmentation de 50% du nombre de voyageurs/kilomètre entre 2017 et 2023. Il en va de même pour le coût des TER, estimé à 8,3 milliards d'euros en 2017, contre 10,9 milliards d'euros en 2023 pour une part de financements publics estimée à 83,5% selon la Cour des comptes.

Des dispositions supplémentaires ont été adoptées afin de diminuer les barrières à l'entrée et assurer la fluidité de la mise en concurrence. En ce sens, une ordonnance du 3 juin 2019⁶ a permis de fixer les modalités de fonctionnement du nouveau groupe public unifié constitué par la société nationale SNCF et ses filiales, SNCF Réseau et SNCF Mobilités, destinées notamment à assurer des garanties d'indépendance au gestionnaire d'infrastructure essentielle, pour une tarification et une répartition des sillons dans des conditions équitables et non discriminatoires. Enfin, un décret du 20 août 2019⁷ permet notamment l'application de l'article L. 2121-19 du Code des transports concernant les données qui devront être transmises aux autorités organisatrices de transport à leur demande, certaines étant présumées exigibles, et les modalités de protection des informations confidentielles. Cette exigence de transparence exerce une influence déterminante sur la possibilité pour les concurrents de candidater à un appel d'offres, procédure qui se démarque pour l'heure par sa complexité dans le secteur ferroviaire.

Il faut enfin mentionner le suivi étroit des autorités de régulation, dont l'Autorité de la concurrence et l'Autorité de régulation des transports (ART) dont les prérogatives ont été élargies en 2015, 2016 et 2019, ainsi que celui de la Cour des comptes qui a adressé neuf recommandations par un rapport public en octobre 2019, et rédigé un rapport de suivi le 20 septembre 2024.

l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs.

⁶ Ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF.

⁷ Décret n° 2019-851 relatif aux informations portant sur les services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments

Malgré un encadrement juridique à la rigueur apparente, la Cour des comptes a fait état d'un bilan contrasté de l'ouverture à la concurrence des TER.

• **Le bilan contrasté de l'ouverture à la concurrence des TER**

Si la loi du 27 juin 2018 visait à ouvrir à la concurrence les contrats portant exploitation des lignes TER, son bilan demeure contrasté. Le secrétaire d'État en charge des Transports déclarait à ce titre qu'« *il reste de nombreux freins pour passer à la grande vitesse* »⁸.

Freinée, la concurrence peine encore à quitter le quai de la gare, tandis que le train du quasi-monopole poursuit sa course. Le sénateur Gérard LONGUET déplorait en effet la subsistance d'un « *quasi-monopole de fait* » pour l'opérateur historique puisqu'au premier trimestre 2024, seules deux régions ont été attribuées aux concurrents de la SNCF, cette dernière ayant systématiquement déposé une offre. De même, comme le soulignait la Cour des comptes dans son rapport sur les TER à l'heure de l'ouverture à la concurrence⁹, si cette dernière avait pour ambition d'améliorer la qualité de service pour les usagers, de diversifier l'offre ferroviaire et de réduire les coûts, ces objectifs demeurent, pour l'heure, partiellement atteints.

S'agissant de l'objectif de diversification des offres, plusieurs obstacles ont été soulevés. Par exemple, Alix LECADRE, directrice ferroviaire de Transdev, dénonçait l'envergure des lots, lesquels représenteraient un frein à la concurrence et sont suspectés d'être élaborés « *en connaissance de cause* »¹⁰. De même, la Cour des comptes a pu souligner que l'insuffisance des données transmises par la SNCF aux candidats freinait ces derniers à évaluer les coûts réels qu'ils supporteront. De son côté, la SNCF se prévaut notamment de la protection du secret des affaires pour limiter cette transmission.

Enfin, la hausse continue des coûts d'exploitation nécessitant des financements publics croissants conduit certaines régions à renoncer à une quelconque candidature, craignant ne pouvoir assurer un équilibre financier, pourtant nécessaire. Dans ce cadre, bien que la fréquentation des TER soit en hausse, elle demeure insuffisante et ne suffit pas à couvrir ces coûts. En effet, la part des recettes voyageurs demeure minoritaire (30%).

Pourtant lancé sur les rails de l'ouverture, le train de la concurrence semble pour l'heure avoir laissé ses usagers sur le quai.

nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés, et à la protection des informations couvertes par le secret des affaires.

⁸ A. VIDALIES, conférence de presse au Sénat 22 juin 2023.

⁹ « Les transports express régionaux à l'heure de l'ouverture à la concurrence », Cour des comptes, 2024.

¹⁰ Comptes rendus de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, 29 janvier 2025.

Que penser de l'expérimentation des Tribunaux des Activités Économiques ? Entretien avec le Pr. Emmanuel JEULAND



Emmanuel JEULAND

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Alumnus du Magistère de Droit des Activités Économiques

Entretien réalisé par BAPTISTE ASSIE & Gauthier MICHAUD (dir.), Suzanne MOUY et Alix PEUCH-LESTRADE

Non, les Tribunaux des Activités Économiques (TAE) ne sont pas une nouvelle option du Magistère de Droit des Activités Économiques (MDAE), bien que l'acronyme puisse prêter à confusion. Derrière cette familiarité apparente, c'est une expérimentation judiciaire étonnante qui se met en place, dans un silence surprenant : depuis le 1^{er} janvier 2025, douze des emblématiques tribunaux de commerce se font désormais appeler ainsi. À titre expérimental et pour quatre ans, ces TAE se substituent aux tribunaux de commerce avec une compétence élargie en particulier en matière de procédures collectives. Cette loi expérimente également une nouvelle taxe, la Contribution pour la Justice Économique (CJE), laquelle doit, dans certaines conditions, être versée par les parties à une instance devant les nouveaux TAE.

Pour décrypter les enjeux de cette réforme, la Gazette a interrogé un ancien étudiant du diplôme, M. le Pr. Emmanuel JEULAND, agrégé des facultés de droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et spécialiste des questions de procédure civile.

Gazette : Quel était le contexte des tribunaux judiciaire et de commerce avant l'expérimentation des TAE ?

Pr. Emmanuel JEULAND : En réalité, il me semble qu'il y a des « non-dits » à ce sujet. On sait que les tribunaux de commerce ont certains défauts et c'est pour cela qu'il y a eu des tentatives de réformes. Il y a eu le projet d'en faire un tribunal avec échevinage, c'est-à-dire

d'intégrer des juges professionnels parmi les juges consulaires, mais ce projet n'a finalement pas eu lieu. Aujourd'hui, on revient avec une réforme comme s'il y avait une page blanche devant nous en se concentrant sur une difficulté principale, celle de réunir les différentes procédures judiciaires des entreprises en difficulté des commerçants, des artisans et des professions agricoles.

Personnellement, je ne suis pas sûr que pour ce sujet-là il y ait une urgence. Il semble en effet curieux d'occulter les débats antérieurs qui pointaient également du doigt d'autres enjeux : un étonnement des juristes étrangers de voir des juges non professionnels traiter d'affaires juridiques qui peuvent avoir des conséquences économiques très importantes ; un problème de prédictibilité dénoncé par les avocats devant les tribunaux de commerce. Pour avoir fait des entretiens avec des représentants de tribunaux de commerce, ces derniers sont très conscients de ces critiques et font en sorte qu'elles soient contenues, en faisant très attention aux conflits d'intérêts. Il n'en reste pas moins qu'il y a eu dans le passé des difficultés et on peut craindre qu'elles ressurgissent, notamment dans les tribunaux de commerce de taille moyenne ou petite. Au contraire, il semblerait que dans les très gros tribunaux de commerce que sont Paris, Nanterre, Lyon et Marseille, le niveau de technicité juridique permette d'éviter ces problématiques et c'est pourquoi leur compétence est renforcée depuis quelques années.

En somme, toutes ces problématiques font débat depuis une trentaine d'années mais, d'un autre côté, ces juridictions sont les plus anciennes et remontent au Moyen Âge. Toucher à cette organisation n'est donc pas facile.

Gazette : Selon vous, quels sont les principaux apports de cette réforme ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Les principaux apports de cette réforme sont à mes yeux la contribution, dite « CJE », l'extension de la compétence du tribunal et la modification, liée à cette extension de compétence, de la composition du tribunal avec par exemple des assesseurs nommés pour le monde agricole.

Gazette : L'extension de la compétence semble de prime abord porter seulement sur le droit des entreprises en difficultés. A-t-elle en réalité des implications dans d'autres matières ?

Pr. Emmanuel JEULAND : J'ai effectivement l'impression que l'extension en droit des entreprises en difficultés est l'essentiel, comme en témoigne l'expérimentation. Néanmoins, ce point-là ne me paraît pas tout à fait limpide.

Gazette : Quel regard portez-vous sur cette réforme ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Tout d'abord, j'ai essayé d'écouter les autres : un collègue évoque une « chimère », le président du tribunal de commerce de Lyon parle « d'usine à gaz » pour la contribution.

À titre personnel, j'essaie de rester positif. On essaie de toucher, comme dit précédemment, à des tribunaux ancestraux qui posent des problèmes (notamment de compétitivité et de visibilité) donc c'est une tentative audacieuse. Dans l'expérimentation, on constate que les plus gros tribunaux sont davantage spécialisés, les tribunaux intermédiaires tendent à voir leur compétence renforcée. Il convient ainsi de constater que cette réforme vise surtout au développement des gros tribunaux de commerce avec des gens de qualité s'assimilant alors à une justice de professionnels.

Gazette : L'un des objectifs du projet de réforme étant la simplification, pourquoi a-t-on exclu les professions réglementées de celui-ci ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Tout d'abord, l'objectif de simplification est un objectif récurrent depuis une dizaine d'années. À ce titre, les initiateurs présentent leurs projets et vendent leurs réformes avec des mots comme « rationalisation » ou « simplification ». Le fait ici d'unifier certaines compétences mais pas toutes n'est pas tellement quelque chose qui simplifie. De plus, on multiplie quand même les compétences puisqu'on a les compétences des douze tribunaux expérimentaux à côté des compétences traditionnelles.

La raison pour laquelle on sort les professions réglementées et qu'on les laisse devant les tribunaux judiciaires de droit commun est due au fait qu'elles

sont contrôlées par le ministère de la Justice et surtout qu'une partie d'entre elles exercent des missions de service public (le commissaire de justice par exemple). Elles sont non seulement réglementées mais également contrôlées par l'État. Il est donc logique que ce soit un tribunal composé de juges professionnels qui connaisse de leurs difficultés économiques. Cela mériterait toutefois d'être creusé.

Gazette : Était-ce inacceptable pour les professions réglementées d'être soumises à l'ancien tribunal de commerce ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Cela paraît quand même très curieux et je pense que c'était inacceptable effectivement. Tout d'abord, ils sont critiques des tribunaux de commerce car les avocats ont l'impression parfois d'avoir des résultats imprévisibles. Si, en plus, leurs difficultés économiques devaient être réglées par ces tribunaux de commerce, il y aurait quelque chose effectivement de choquant pour eux.

Gazette : Il ne semble pas y avoir eu de franche opposition ni de soutien quant à cette réforme. Que pourrait-on penser de ce manque d'expression de la part de la doctrine et des praticiens ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Effectivement, il y a un certain silence. Quant aux représentants des tribunaux, peut-être sentent-ils le piège quant à la spécialisation des grands tribunaux de commerce. Du côté de la doctrine, le Pr. Jérémy JOURDAN-MARQUES considère que c'est une « chimère » mais effectivement, ceux qui écrivent se penchent surtout sur la technicité. En réalité, c'est une réforme qui n'a pas non plus une énorme envergure. Le nom de « tribunal des activités économiques » est impressionnant mais derrière, ça ne paraît pas être un changement énorme. Il faudra aussi à l'avenir regarder les chiffres et les enjeux sous-jacents dans la pratique mais cela ne semble pas massif.

Gazette : Si on revient sur la Contribution pour la Justice Économique (CJE), on constate que les conditions d'applications sont assez restrictives. Cela va-t-il conduire à ce que certaines personnes ne saisissent le juge en raison du coût à l'entrée ?

Pr. Emmanuel JEULAND : C'est exactement pour cela que le président du Tribunal de commerce de Lyon parle « d'usine à gaz », car les règles sont assez compliquées. Tout cela pour avoir le sentiment qu'en réalité, rien n'empêche, par une clause attributive de juridiction, de saisir d'autres tribunaux de commerce, voire même, si les deux parties sont d'accord, de saisir le tribunal judiciaire. Ainsi, effectivement, on se demande bien qui va accepter de rentrer dans ce jeu et payer une contribution alors qu'il y aura des moyens juridiques de faire autrement. C'est ici que se manifeste la « chimère » dénoncée par le Pr. JOURDAN-MARQUES. Cela demandera un peu « d'ingénierie », selon les mots empruntés au président du Tribunal de commerce de Lyon, mais il n'empêche que pour le moment cela paraît boiteux.

Néanmoins, l'idée d'une contribution est très intéressante. Pour preuve, le budget du Tribunal de commerce de Lyon s'élève entre 10 000 et 20 000 euros. C'est extrêmement faible, donc il semble cohérent que des grandes entreprises paient une certaine somme au tribunal, d'autant plus lorsqu'on voit que certaines grandes entreprises exportent leur litige à Londres en payant très cher, on comprend que le budget n'est pas un problème. Cela donnerait des sources de financement pour la justice mais la réalisation de cette contribution, pour le moment, suscite des inquiétudes : cela peut risquer de faire arrêter les expérimentations ou, au moins, de limiter l'extension de cette réforme.

Gazette : La raison d'être de cette contribution est-elle uniquement budgétaire ou ce mécanisme peut-il également permettre de lutter contre l'engorgement des tribunaux ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Il y a une difficulté de perception en France sur le fameux « engorgement » des tribunaux. S'il y a effectivement des tribunaux engorgés, le nombre de litiges devant les tribunaux de commerce a diminué depuis ces dix dernières années (il semble qu'on soit passé de 200 000 à 160 000 affaires par an) et ce sont surtout les affaires complexes qui s'éternisent. Il peut y avoir des tribunaux de commerce qui vont mettre du temps à rendre des jugements car ils ont beaucoup d'affaires mais il ne me semble pas qu'il y ait un véritable problème d'engorgement global des tribunaux de commerce. Il n'est donc pas forcément nécessaire de faire payer les justiciables pour diminuer le contentieux. De plus, en prenant l'exemple de l'Allemagne, on constate que les juridictions ont perdu un tiers de leurs contentieux en dix ans (plus de 600 000 affaires par an sur 2 millions) et en sont très inquiets. En somme, je ne suis pas certain qu'on ait intérêt à faire diminuer le contentieux qui décroît de lui-même.

Gazette : La technique de l'expérimentation, dont fait l'objet cette réforme, semble se développer. Nous l'avons vu avec les cours criminelles départementales notamment. Est-ce selon vous une manière de faire accepter les réformes ?

Pr. Emmanuel JEULAND : L'expérimentation permet en effet une acceptation : c'est un mode essentiel de légitimation. Cette technique est pertinente pour voir ce qui fonctionne plus ou moins bien. Cette technique a d'ailleurs fait ses preuves : la cour criminelle départementale, si la réforme avait été faite d'un seul coup, aurait eu du mal à se mettre en place et n'aurait sûrement pas été acceptée. Il ne faut toutefois pas oublier les aspects pratiques : les difficultés de mise en place, les grèves des tribunaux de commerce, etc.

Gazette : La légitimité des tribunaux de commerce semble tenir au fait que les commerçants sont jugés par des commerçants. Le fait qu'aujourd'hui des non-commerçants puissent être jugés par des

commerçants peut-il remettre en question la légitimité des TAE ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Avec les assesseurs venant de ces autres sphères, notamment agricole, on ne peut pas dire que des commerçants jugeront des commerçants. Mais il faudrait finement analyser les choses, notamment les assesseurs agricoles qui seront nommés (et non élus) donc il y a quelque chose dans l'évolution des tribunaux dits « spécialisés » qu'il faut regarder de près. Si dans les tribunaux de commerce les juges consulaires continuent d'être élus, il y a là une évolution intéressante à suivre où ce n'est pas tant des commerçants qui vont juger des non-commerçants mais plutôt un choix des juges un peu plus mixte qui évolue et qui pourrait à terme, si l'expérimentation continue, effectivement poser un enjeu de légitimité. Par exemple, on peut imaginer le problème de l'entreprise agricole, habituée à ses syndicats et tout son univers, se retrouvant devant l'univers des commerçants avec une toute autre logique (notamment de rapidité). On peut toutefois penser, par exemple dans le cadre d'un redressement judiciaire d'une entreprise agricole devant le TAE, que la présence d'assesseurs permette une meilleure analyse de la situation et de la connaissance du milieu traditionnel qui viendrait compléter l'expertise du tribunal de commerce en la matière. Or, la logique des tribunaux spécialisés est d'être liée à des milieux assez homogènes (le milieu du travail pour le conseil de prud'hommes, le milieu commercial pour le tribunal de commerce) et effectivement cette question que vous posez nous amène à nous interroger sur la pertinence de la notion de commerçant : est-ce que la notion de commerçant est encore absolument centrale pour juger des litiges économiques ?

D'ailleurs si on fait du droit comparé, on ne trouve pas d'équivalent strict des tribunaux de commerce : il y a par exemple les *business court* qui sont plus larges en termes d'activité économique. Même la notion d'artisan est difficile à traduire en anglais, ce sont des catégories que l'on a créées. Ici, il y a peut-être une évolution intéressante à suivre de près qui est qu'au fond, il y a une certaine désuétude des catégories de commerçant, d'artisan, et il y a aussi le statut d'auto-entrepreneur qui fait que le monde économique s'est fragmenté en une multitude de situations. Il faudrait que la justice suive.

Gazette : Est-il utile de changer le nom « tribunal de commerce » en « tribunal des activités économiques » ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Cela rejoint ce qu'on disait précédemment : cela peut faire partie de la vision selon laquelle la réalité économique irait au-delà des commerçants comprenant tout un ensemble d'acteurs très divers. Pourquoi effectivement se contenter d'un tribunal de commerce avec une vision un peu étroite des commerçants auquel on a rajouté les sociétés ? Au-delà de cela, il existe de nombreuses autres activités. Effectivement, ce n'est peut-être pas

utile au sens immédiat du terme mais il y a peut-être une vision derrière d'être un peu plus ouvert et transversal en matière d'activités économiques. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le MDAE a été créé : pour garder des aspects notamment publics dans les études. Quoi qu'il en soit, cette appellation n'a pas été trop contestée.

Gazette : Il a été relevé que la fusion des tribunaux d'instance (TI) et de grande instance (TGI) avait été très coûteuse pour l'État, notamment du fait du changement des inscriptions sur les infrastructures, la documentation et les interfaces numériques. Nous nous étions alors interrogés sur la rentabilité de ce changement au regard des intérêts qui le motivaient. Qu'en est-il dans le cas des TAE ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Je ne sais pas du tout comment cela va se passer en pratique, notamment concernant les frontons des tribunaux. On ne va probablement pas toucher aux monuments historiques mais si on le faisait, ce serait effectivement coûteux. Les tribunaux de commerce sont sans moyens donc il y a effectivement un enjeu de fonds, surtout en période de crise budgétaire. Je ne sais pas si cet aspect budgétaire a été anticipé. Bonne remarque !

Gazette : Il y a eu la fusion des TI et TGI, la création des chambres criminelles départementales et il y a désormais les TAE : la justice est en chantier. D'où vient cette volonté de tout réformer ? Assiste-t-on à une grande refonte par petites gouttes ?

Pr. Emmanuel JEULAND : Il y a quelques jours, à Lyon, j'ai assisté à un colloque sur les juridictions spécialisées. L'une des hypothèses était de les supprimer à terme et que tout soit réuni dans le tribunal judiciaire (le tribunal des affaires de sécurité sociale relève désormais de sa compétence par exemple). Il y a donc un mouvement de concentration vers le tribunal judiciaire.

Néanmoins, ce mouvement est parfois un faux mouvement. On a par exemple fait disparaître les tribunaux de proximité qui étaient autonomes mais subsistent les chambres de proximité dans les tribunaux judiciaires. Et si elles sont en dehors du siège du tribunal judiciaire, elles prennent l'appellation de « tribunaux de proximité. » J'ai le sentiment qu'il faut tout changer pour que rien ne change. Aujourd'hui, on change le tribunal de commerce en TAE pour qu'il ne change pas finalement, restant dans les mêmes grandes lignes que depuis 800 ans. On peut se demander s'il ne s'agit pas surtout d'un mouvement de concentration pour des raisons économiques, qui pourraient peut-être se justifier, notamment en réalisant des économies

d'échelles par la création d'un grand tribunal, ou de tout bouger pour finalement ne rien bouger.

Il y a des choses intéressantes dans ce projet et peut-être que cela amènera à de vraies transformations. On peut imaginer un TAE qui, à terme, pourrait intégrer un juge professionnel et qui aurait une grande visibilité internationale, mais on ne comprend pas exactement aujourd'hui où l'on va et, à vrai dire, je ne sais pas si quelqu'un le sait.

Pour le civil, il y a effectivement une tendance à la concentration vers le tribunal judiciaire avec des juges professionnels pour toutes les affaires. Et on dit que le conseil de prud'hommes finira par devenir un pôle du tribunal judiciaire, mais rien n'est certain. À vrai dire, on sent qu'il y a derrière une logique économique mais qui n'est pas toujours assurée : par exemple, la fusion des TI et TGI pour faire des économies d'échelles a été coûteuse et sa pertinence budgétaire reste incertaine. Je ne peux en dire plus : va-t-on vers la concentration ou vers des juridictions spécialisées plus performantes ?

Gazette : Cette réforme contient aussi l'expérimentation de la Contribution pour la Justice Économique (CJE). Est-ce une expérimentation à part entière menant à un risque de la voir étendue à d'autres voire à tous les autres tribunaux ?

Pr. Emmanuel JEULAND : On a eu une contribution de 37 euros devant tous les tribunaux pendant longtemps mais celle-ci a été abandonnée il y a 5 ou 6 ans. Il y a l'idée que c'est un service public qui est par nature gratuit. Si on peut y échapper dans des juridictions spécialisées comme celles-ci, il me semble que le principe reste la gratuité et j'ai ainsi du mal à croire que ce soit le cheval de Troie d'une contribution qui s'élargirait ensuite.

Ceci dit, la France est une anomalie : la plupart des systèmes ont des contributions et cela a l'avantage d'accroître le budget. Ce n'est pas impossible qu'il y ait une expérimentation de cette contribution et, en effet, on ne voit pas pourquoi les grandes entreprises paieraient une fortune un arbitrage mais rien pour un procès devant le tribunal de commerce. On remarque d'ailleurs que les grandes entreprises elles-mêmes, pour la qualité, sont prêtes à mettre de l'argent. Mais globalement, je ne pense pas qu'il y ait une volonté de glisser vers une contribution généralisée : on se heurterait à la tradition très française d'accès à la justice. En *common law*, c'est plus un privilège d'aller devant la justice en effet.

De la qualification de la rupture abusive d'une relation commerciale établie en droit international privé

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mars 2025, n° 23-22.051

Noé VIGNEAU (dir.), Louise DENOYES, Yassine SELLAMI

Dès 2008, la chambre commerciale de la Cour de Cassation affirmait le rattachement de l'ancien article L. 442-6 du code de commerce à la « protection du fonctionnement du marché et de la concurrence »¹. En effet, la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies, prévue par l'actuel article L. 442-1 du code de commerce, vient protéger la concurrence et les relations entre partenaires commerciaux. L'entreprise victime peut ainsi saisir la juridiction compétente en vue d'obtenir la cessation de la pratique et la réparation des préjudices issus de la brutalité de la rupture. C'est d'ailleurs sur cette question plus précise de la qualification de l'action fondée sur la rupture brutale de la relation commerciale établie dans l'ordre international que la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt en date du 12 mars 2025.

En l'espèce, une société en avait mandaté une autre en 2011 en qualité d'importateur exclusif aux États-Unis de vins et spiritueux. Or en 2019, la première a assigné la seconde devant une juridiction française pour rupture brutale de la relation commerciale établie. La cour d'appel de Paris a, le 6 septembre 2023, accueilli l'exception d'incompétence internationale soulevée par la société défenderesse en retenant que « s'agissant du rapport de droit à prendre en compte au cas présent pour déterminer la ou les juridictions compétentes, lorsqu'il existe une relation contractuelle tacite entre les parties, une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies ne relève de la matière délictuelle que dans l'ordre juridique interne ». Ainsi, pour accueillir l'exception d'incompétence internationale, la cour retenait que lorsqu'il existe une relation contractuelle tacite entre les parties, une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies ne relève de la matière délictuelle que dans l'ordre juridique interne. Un pourvoi en cassation a été formé.

La question qui se posait à la Cour de cassation était dès lors la suivante : en présence d'une situation d'ordre international, l'action fondée sur la rupture

brutale de la relation commerciale établie est-elle de nature délictuelle ?

La première chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt de cassation en date du 12 mars 2025, répondu par l'affirmative au visa des articles L. 442-6, I, 5° devenu L. 442-1, II du code de commerce et 46 du code de procédure civile. Pour ce faire, la Cour rappelle que la compétence internationale des tribunaux français se détermine par l'extension des règles de compétence interne, sous réserve d'adaptations justifiées par les nécessités particulières des relations internationales. Elle précise que, pour l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, il a été jugé que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engageait la responsabilité délictuelle de son auteur.

La Cour ajoute qu'il résulte de l'article 46 du code de procédure civile qu'en matière délictuelle, le demandeur peut saisir au choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi. La cour conclut que « dans l'ordre international, hors champ d'application du droit de l'Union européenne, cette action est de nature délictuelle ».

Ainsi, en confirmant la qualification délictuelle de l'action fondée sur la rupture brutale de la relation commerciale établie (I), l'arrêt de la Cour de cassation tend à mettre en lumière les difficultés induites par le chevauchement avec le droit de l'Union européenne (II).

I. La reconnaissance de la qualification délictuelle de l'action en rupture brutale des relations établies dans l'ordre international

A. La confirmation de la qualification délictuelle de l'action

La première chambre civile de la Cour de cassation a, dans son arrêt, confirmé la nature délictuelle de l'action fondée sur la rupture brutale de la relation

¹ Cass. Com., 8 juillet 2008, n° 07-16761.

commerciale établie. En effet, la Cour a, après avoir relevé que l'action était fondée sur la méconnaissance de l'exigence légale d'un préavis raisonnable préalablement à la rupture des relations commerciales établies, énoncé que « dans l'ordre international, hors champ d'application du droit de l'Union européenne, cette action est de nature délictuelle ».

Pour ce faire, la Cour a commencé par rappeler que la compétence internationale des tribunaux français se détermine par l'extension des règles de compétence interne, sous réserve d'adaptations justifiées par les nécessités particulières des relations internationales. Elle a ensuite ajouté qu'il résulte de l'article L. 442-6, I, 5° (devenu L. 442-1, II) du code de commerce qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de productions, de distributions ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit tenant compte notamment de la durée de la relation commerciale. Elle précise en outre qu'il résulte de la jurisprudence que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur (Com, 6 février 2007 ; Com, 24 octobre 2018).

Classiquement, la matière délictuelle se définit de manière négative par rapport à la matière contractuelle. On considère en effet qu'est de nature délictuelle toute demande visant à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur qui ne se rattache pas à la matière contractuelle. La solution retenue par la Cour n'apparaît en réalité pas inédite. En effet, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour de cassation² qu'est de nature délictuelle la responsabilité de l'auteur d'une rupture brutale de relation commerciale établie, en ce qu'elle ne résulte pas d'un manquement contractuel. La doctrine majoritaire retient également cette qualification³. Une telle solution apparaît d'autant plus pertinente que la relation commerciale établie ne suppose pas nécessairement l'existence d'un contrat.

En outre, il ressort du rapport du conseiller, M. ANCEL, relatif à cet arrêt, que l'enjeu de la qualification n'est en réalité pas anodin⁴. En effet, ce dernier souligne qu'« une qualification délictuelle garantit le plus souvent la compétence des juridictions françaises pour connaître une rupture dont une société française serait victime ». Il en va autrement en matière contractuelle, où les juridictions françaises pourront

retenir leur compétence à la condition que les biens soient livrés ou que les services soient réalisés en France⁵.

B. Les conséquences en droit international privé

Visant « les principes qui régissent la compétence internationale », la Cour de cassation énonce que « la compétence internationale des tribunaux français se détermine par l'extension des règles de compétence interne ». Cette formule est ancienne et fondamentalement ancrée en droit international privé français⁶ : en présence d'un litige de dimension internationale dans lequel les parties n'ont pas élu de juge compétent, le juge français saisi va déterminer sa compétence en s'appuyant sur les règles de compétence territoriales internes figurant au sein du code de procédure civile (CPC). En l'espèce, c'est la compétence optionnelle posée par l'article 46 du CPC, visé également, qui a été étendue : en vertu de cet article, le demandeur a le choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, de saisir la juridiction du lieu de la livraison effective ou de l'exécution de la prestation de service en matière contractuelle ; et la juridiction du lieu du fait dommageable ou devant la juridiction dans le ressort de laquelle le dommage a été subi en matière délictuelle. La Cour de cassation ayant déduit de l'article L. 442-6, I, 5°, devenu L. 442-1, II, du Code de commerce que la rupture brutale d'une relation commerciale établie engageait la responsabilité délictuelle de son auteur, elle juge que l'action en l'espèce était délictuelle. Comme l'illustre l'avis de l'avocat général⁷, la solution rendue était loin d'être évidente : les désaccords doctrinaux en droit interne et la position différente de la Cour de Justice le justifient.

La solution n'est pas pour autant si étonnante compte tenu des conséquences de cette qualification délictuelle. En l'espèce, la cour d'appel ayant retenu l'existence d'une relation contractuelle tacite entre les parties, ce sont les juridictions américaines qui auraient été en tout état de cause compétentes, même en application de l'article 46 du CPC, puisque l'exécution du contrat se déroulait aux États-Unis. En reconnaissant la nature délictuelle de cette action, la Cour de cassation donne le choix aux sociétés victimes de la rupture entre la juridiction du lieu du siège du demandeur, et « la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ». Sachant qu'il a depuis longtemps été jugé que le dommage résultant d'une rupture brutale de relations commerciales établies est en principe subi sur le territoire français si la victime

² Cass. Com., 6 février 2007, n° 04-13.178 ; Cass. Com., 13 janvier 2009, n° 08-13.971 ; Cass. Com., 21 octobre 2008, n° 07-12.336.

³ F. BUY, M. LAMOUREUX, J.-C. RODA, *Droit de la distribution*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2019, n° 373.

⁴ Rapport du conseiller, M. ANCEL.

⁵ Ibid.

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1959, *Pelassa* ; Plus récemment, Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-24.646.

⁷ Avis de l'avocate générale B. MALLET-BRICOUT, première chambre civile, n° 23-22.051, 12 mars 2025, n° 150.

exerce son activité commerciale en France⁸, la décision commentée permet la compétence du juge français dès lors qu'une société exerçant son activité en France est victime d'une telle rupture. Pour rappel, les dispositions sanctionnant les pratiques restrictives de concurrence sont des lois de police⁹, et il apparaît dès lors assez cohérent de retenir la solution la plus favorable à la compétence du juge français afin de répondre à l'objectif de préservation des intérêts économiques nationaux. Surtout, la Cour de cassation, et plus spécifiquement la chambre commerciale, a déjà eu l'occasion de trancher la question en matière de conflits de lois et retient traditionnellement une analyse délictuelle pour statuer sur la loi applicable¹⁰.

En retenant la nature délictuelle de l'action, la décision commentée vient nettement renforcer l'office du juge français et réaffirmer l'autonomie des qualifications internes. Elle opère une réelle harmonisation du régime au sein même du droit interne : que le litige soit national ou international, qu'il porte sur les conflits de loi ou sur les conflits de juridictions, hors application du droit de l'Union, l'action sera délictuelle. Cette harmonisation du droit interne se fait toutefois au préjudice de sa cohérence avec la jurisprudence européenne.

II. La difficulté induite par le chevauchement avec le droit de l'Union Européenne

Le litige porté devant la Cour de cassation avait ceci de particulier qu'il concernait l'hypothèse où le Règlement Bruxelles 1 bis, et plus généralement le droit de l'Union n'était pas applicable (A). Il illustre ce faisant une divergence majeure entre le droit international privé de l'Union et interne, et permet à la Cour de cassation de réaffirmer sa position face à la CJUE (B).

A. Une décision propre aux situations exclues du champ du règlement Bruxelles 1 bis

Dans sa décision, la Cour de cassation note que « dans l'ordre international, hors champ d'application du droit de l'Union européenne, cette action est de nature délictuelle ». Ce faisant, elle insiste bien sur la différence de qualification qu'il existe entre le droit international privé de l'Union Européenne et celui du

droit interne français sur la question de la rupture brutale de la relation commerciale établie.

En effet, si la qualification d'une situation donnée se fait en principe, en droit international privé, *lege fori*, c'est-à-dire en fonction des qualifications propres à la loi du for, il en est différemment en droit européen, puisque très tôt la Cour de justice a considéré que les matières « délictuelles » et « contractuelles », qui obéissent à des règles de compétences distinctes, de l'article 5§1 de la convention de Bruxelles (aujourd'hui article 7§1 du Règlement Bruxelles 1 bis) devaient être définies de manière autonomes par rapport au droit national¹¹.

La Cour a donc dû préciser ce qu'elle entendait par matières « délictuelles » et « contractuelles » au sens de la Convention de Bruxelles (et aujourd'hui du Règlement Bruxelles 1 bis). Il résulte ainsi d'une jurisprudence constante depuis un arrêt *Jakob Handte*¹² que la matière contractuelle est caractérisée en présence d'un « engagement librement assumé d'une partie envers une autre », c'est-à-dire, en somme, d'un contrat préexistant le litige entre les parties. À défaut de contrat, comme c'est par exemple le cas en cas de rupture fautive des pourparlers¹³, le litige relèvera de la matière délictuelle.

S'agissant de la rupture d'une relation commerciale établie, la jurisprudence *Brogstetter* de 2014, par laquelle la Cour avait statué sur l'action en concurrence déloyale en droit allemand, avait semblé fixer les choses puisque la Cour jugeait que le litige était contractuel « que si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat ». Affinant la jurisprudence *Jacob Handte*, la Cour énonçait donc que la nature contractuelle devait se déduire, non pas de l'existence préexistante au litige d'un contrat entre les parties, mais d'une violation d'une obligation découlant de ce contrat. Or, en matière de rupture d'une relation établie, le litige porte sur le refus de contracter de l'ancien partenaire commercial, et non sur une violation du contrat. Pour résumer, en matière de rupture brutale, « La "cause" de l'action en indemnité est par conséquent dénuée de tout lien contractuel »¹⁴.

La jurisprudence *Brogstetter* avait ainsi semblé entériner la qualification délictuelle de l'action en rupture

⁸ Cass. Civ. 2^{ème}, 6 oct. 2005, n° 03-20.187 : On retient plus généralement que le lieu du fait dommageable « s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que de celui du lieu de réalisation de ce dernier » (Cass. Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, n°94-16.861).

⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, *Monster Cable*, n° 07-15.823 ; Art. L. 444-1 A du code de commerce.

¹⁰ Cass. Com., 25 mars 2014, *Guertain*.

¹¹ CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, aff. n° 34/82.

¹² CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, aff. C-26/91.

¹³ CJUE, 17 septembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, aff. C-334/00.

¹⁴ J. Kokott, rapport sous CJUE, 14 juillet 2016, *Granarolo*, aff. C-196/15.

brutale. Pourtant, se fondant sur l'existence nécessaire d'une « *relation commerciale tacite* » entre les parties, la Cour de justice a, dans un arrêt *Granarolo*¹⁵ du 14 juillet 2016, qualifié de contractuelle l'action en rupture des relations commerciales établies. Concrètement, cela signifie que si le droit de l'Union est applicable (ce qui suppose, selon le Règlement Bruxelles 1 bis, que le défendeur ait son domicile au sein d'un État membre), les règles de compétence seront celles propres à la matière contractuelle.

B. Vers une évolution de la CJUE ?

Une telle décision a été lourdement critiquée par la doctrine. Ainsi, comme le souligne le Professeur BOLLEE¹⁶ : « *la simple existence d'un contrat – tacite ou exprès – n'implique pas nécessairement que la rupture puisse être considérée comme un "manquement aux obligations contractuelles" : le texte permet, précisément, de sanctionner des ruptures qui d'un strict point de vue contractuel sont irréprochables. C'est la □, curieusement, un angle mort de l'analyse de la Cour. D'autre part, l'appréciation de l'existence d'un contrat tacite risque inévitablement de susciter des discussions et des incertitudes* ». C'est également ce que ne manque pas de noter le Professeur USUNIER¹⁷, qui souligne que la CJUE aurait dû « *déduire la nature systématiquement délictuelle de l'action fondée sur l'art. L. 442-6, I, 5° de la source purement légale du devoir qu'elle sanctionne, dès lors que ce devoir de ne pas rompre la relation établie (...) s'impose aux parties indépendamment d'un éventuel contrat organisant la relation commerciale mais aussi des termes d'un tel contrat, lorsqu'il a été conclu* ».

La solution de la jurisprudence *Granarolo* semble ainsi difficilement justifiable. D'ailleurs, l'hypothèse d'un abandon d'une telle jurisprudence, très décriée, a été relancée à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 2025¹⁸ par lequel la Cour de cassation a tiré profit de la possibilité qui lui est ouverte par le droit primaire européen d'interroger directement par le biais d'une question préjudicielle la Cour de Justice.

Interrogeant dans le cadre d'un litige similaire à celui de l'arrêt commenté la notion de matière « contractuelle » et « délictuelle » au sens des Règlements Rome I et Rome II (qui sont les mêmes que dans le Règlement Bruxelles 1 bis), la Cour de cassation part du constat que dans un arrêt du 24 novembre

2020¹⁹, la CJUE n'a pas cité le précédent *Granarolo*, en jugeant qu'« *en revanche, lorsque le demandeur invoque, dans sa requête, les règles de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, à savoir la violation d'une obligation imposée par la loi, et qu'il n'apparaît pas indispensable d'examiner le contenu du contrat conclu avec le défendeur pour apprécier le caractère licite ou illicite du comportement reproché à ce dernier, cette obligation s'imposant au défendeur indépendamment de ce contrat, la cause de l'action relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle* ».

Ainsi, par cet arrêt, la Cour de Justice semblait passer outre le critère dégagé par l'arrêt *Granarolo*, à savoir l'existence d'un contrat implicite, en se replaçant dans le sillage de la jurisprudence *Brogssitter*. Si on suit à la lettre l'arrêt, on peut sans aucun doute convenir que l'indemnité due au titre de la rupture brutale est liée à la violation d'un devoir légal (celui de ne pas mettre fin « brutalement » à une relation établie) et non pas à la violation du contrat qui est généralement parfaitement respecté, ce que démontrait bien le Professeur BOLLEE.

La Cour de cassation note au demeurant que « *les commentaires doctrinaux de l'arrêt Wikingerhof qui ont été publiés en France ont relevé que cet arrêt ne citait jamais le précédent Granarolo ce qui a nourri l'hypothèse d'un abandon par la Cour de justice de cette jurisprudence* ».

Ce faisant, elle finit par conclure en posant la question suivante à la Cour de Justice : est-ce qu'une « *action indemnitaire engagée au titre d'une rupture brutale des relations commerciales établies, appréciée sur le fondement de dispositions législatives régissant des pratiques qualifiées de restrictives de concurrence, et donc d'une obligation légale de s'abstenir d'un certain type de comportement, relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle indépendamment des liens contractuels qui peuvent avoir été noués entre les parties ?* ». En posant cette question, comme le soulignent les commentateurs, la Cour de cassation incite clairement la Cour de Justice à un revirement de la jurisprudence *Granarolo*, quelques semaines seulement après avoir fait valoir sa farouche opposition en droit interne à un tel résultat. Affaire à suivre donc.

¹⁵ CJUE, 14 juillet 2016, *Granarolo*, aff. C-196/15.

¹⁶ S. BOLLEE, D. 2016, p.871.

¹⁷ L. USUNIER, RTD civ. 2016, p.814.

¹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 2 avril 2025, n° 23-11.456

¹⁹ CJUE, 24 novembre 2020, *Wikingerhof*, C-59/19.

Réforme des nullités en droit des sociétés : retour au *statu quo* ?

Louise CASTAGNET & Thomas CHARGELEGUE

La complexité du système de nullité du droit des sociétés, soulignée par un rapport du 27 mars 2020 du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (ci-après HCJP), incitait à une réforme, notamment pour limiter l'insécurité juridique qui en résultait. En effet, les nullités entraînent des conséquences néfastes pour la société (rétroactivité, nullités en cascade, trouble de l'activité sociale, etc.) Il convenait donc de les limiter, d'autant que là où la loi du 24 juillet 1966 défendait une approche restrictive des nullités, celles-ci se sont multipliées au fil des années.

Dès lors, le Parlement a habilité le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance¹ des mesures visant « à simplifier et clarifier le régime des nullités en matière de droit des sociétés, afin de renforcer la sécurité juridique de la constitution des sociétés, de leurs actes et délibérations ainsi que des règles qui y sont exposées ». La réforme s'est matérialisée par une ordonnance du 12 mars 2025 qui entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2025². Celle-ci modifie tant les dispositions applicables aux nullités des sociétés³ qu'aux nullités des décisions sociales. La notion de décisions sociales vient remplacer celle d'« actes ou délibérations des organes de la société ». Ce choix terminologique, préconisé par le HCJP et s'appuyant sur les travaux de la Professeuse Elsa GUEGAN⁴, vise à lever les ambiguïtés que la notion d'« acte » pouvait engendrer. En effet, cette notion particulièrement large pouvait englober tant les actes externes⁵ (accomplis par la société à l'égard des tiers) que les actes non-décisionnels de la société⁶. En pratique, cette incertitude n'avait pas donné lieu à de réelles difficultés, mais la notion de « décision sociale » permet d'apporter un éclairage bienvenu. Définie comme « un acte unilatéral (pris par un organe social individuel ou collectif) exprimant la volonté sociale et manifestant, au sein de la société, l'exercice d'un pouvoir »⁷, elle exclut clairement les actes externes ainsi que les actes non décisionnels, recentrant le débat sur les actes internes et décisionnels de la société.

Les apports majeurs de cette réforme résident dans les modifications concernant les nullités des décisions sociales, qu'il conviendra d'aborder exclusivement.

Le Rapport au Président de la République accompagnant cette réforme précise que les objectifs étaient de cantonner les nullités des décisions sociales quant à leur cause et leurs effets, et de simplifier et harmoniser le régime des nullités des sociétés au regard de la directive 2017/1132 du Parlement et du Conseil du 14 juin 2017⁸. Toutefois, il n'est pas certain que cette promesse ait été intégralement tenue.

L'article premier de l'ordonnance abroge les dispositions des articles L. 235-1 à L. 235-14 du code de commerce. Désormais, le code civil devient le seul siège du droit commun des nullités des décisions sociales, autour d'une disposition unique : l'article 1844-10, alinéa 3, qui dispose que : « la nullité des décisions sociales ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative de droit des sociétés, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. » Ce recentrage permet une simplification du régime applicable et une harmonisation des règles, désormais communes à toutes les formes sociales, conformément à l'article 1834 du code civil, sous réserve des dispositions spécifiques prévues pour certaines sociétés.

Dans la même logique, le législateur a suivi les recommandations du HJCP⁹ en remplaçant le critère formel – celui de la localisation de la règle violée – par un critère matériel centré sur la notion de « disposition impérative de droit des sociétés ». Auparavant, la nullité était subordonnée, tant pour l'article 1844-10 du Code civil que pour l'article L. 235-1 du Code de commerce, à la violation de dispositions impératives clairement identifiées : les dispositions du Titre IX du Livre III du Code civil pour les sociétés civiles, et celles du Titre III du Livre II du Code de commerce pour les sociétés commerciales. Le critère de la « violation

¹ Article 26 de la loi n° 2024-537 du 13 juin 2024 visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France.

² Ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés.

³ À ce titre, la réforme va au-delà des recommandations du HJCP qui n'appelaient pas à modifier les nullités des sociétés (p.2 du rapport).

⁴ E. GUEGAN, *La nullité des décisions sociales*, th. Université Rennes I, Dalloz, 2020

⁵ Ceux accomplis par la société à l'égard des tiers.

⁶ Cela englobe toutes les décisions qui ne sont pas « prises par les organes sociaux valant expression de la volonté sociale au titre d'un pouvoir légal ou statutaire de décision » (J. DELVALEE, « Réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *Dalloz actualités*, 27 mars 2025).

⁷ E. GUEGAN, *La nullité des décisions sociales*, op. cit.

⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés.

⁹ HCJP, *Rapport sur les nullités en droit des sociétés*, 27 mars 2020, p.17.

d'une disposition impérative de droit des sociétés », s'il permet d'unifier les régimes et de gommer les disparités injustifiées entre sociétés civiles et commerciales (notamment concernant les décisions sociales modificatives de statuts), suscite toutefois plusieurs réserves. D'abord, cette réforme entraîne une augmentation des causes de nullité : en subordonnant la nullité des décisions sociales modificatives de statuts à la violation d'une disposition expresse, l'ancien régime réservait cette sanction aux décisions les plus graves. La suppression de ce garde-fou risque de faciliter l'obtention de la nullité, d'autant plus que l'élargissement du champ des dispositions visées – en visant désormais l'ensemble des dispositions impératives du droit des sociétés et non plus un corpus circonscrit – conduit mécaniquement à un accroissement des causes potentielles de nullité. Ensuite, ce nouveau critère matériel introduit un flou juridique préoccupant à plusieurs égards. En effet, l'article 1844-10, alinéa 3, en visant les dispositions impératives du droit des sociétés sans distinction, laisse planer le doute : englobe-t-il désormais les dispositions réglementaires ? Jusqu'à présent, la Cour de cassation conditionnait la nullité fondée sur la violation d'une disposition réglementaire à ce que celle-ci constitue le prolongement d'une disposition légale impérative et que sa violation fasse grief à celui qui s'en prévaut¹⁰. Si ce nouvel article englobait de telles dispositions – ce qui semble être le cas au regard du large périmètre du « droit des sociétés » – cela impliquerait l'abandon de la jurisprudence précitée et un élargissement supplémentaire des causes de nullité.

De plus, la notion de « disposition impérative » elle-même soulève des interrogations. Certes, certaines dispositions sont clairement impératives. Il en va ainsi des dispositions expresses, ainsi que des dispositions indérogeables, tel que l'article 1844 du Code civil¹¹. Mais la jurisprudence a parfois étendu cette qualification à des règles normalement supplétives de volonté, tel que l'article 1836 du Code civil, qui prévoit que les statuts ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité des associés, sauf clause contraire. Malgré cette possibilité d'aménagement, la Cour de cassation a considéré que sa violation entraînait la nullité¹². Assimiler une règle supplétive à une disposition impérative suscite des réserves : comme le souligne le Professeur Schlumberger, « si la règle s'applique en l'absence de stipulation contraire, c'est seulement parce qu'elle constitue une règle de droit, et non parce qu'elle serait parée d'une impérativité à laquelle s'oppose par essence la possibilité de prévoir une stipulation contraire »¹³. Ne pas savoir précisément quelles règles relèvent de cette notion crée une insécurité juridique certaine, d'autant que la

conception extensive de la Cour de cassation pourrait encore élargir le champ des dispositions dont la violation entraîne la nullité.

L'une des innovations majeures de la réforme réside dans l'introduction d'un nouvel article 1844-12-1 au Code civil, d'ordre public, qui instaure un « triple test »¹⁴ afin d'affiner le contrôle du juge sur les nullités des décisions sociales. Le texte est d'application générale ; il ne distingue pas entre décisions modificatives des statuts ou non. Il prévoit que la nullité ne peut être prononcée qu'à trois conditions :

- « 1° Le demandeur justifie d'un grief résultant d'une atteinte à l'intérêt protégé par la règle dont la violation est invoquée ». Ainsi, la seule violation d'une disposition impérative ne suffit pas pour annuler une décision ; le demandeur doit en outre prouver que cette violation lui a causé un préjudice, rappelant la règle procédurale « pas de nullité sans grief »¹⁵.
- « 2° L'irrégularité a eu une influence sur le sens de la décision ». Ce critère dit du « vote utile »¹⁶ se rapproche de celui dégagé par la chambre commerciale de la Cour de cassation pour le prononcé des nullités dans l'arrêt Larzul II, qui visait l'irrégularité « de nature à influencer sur le résultat du processus de décision »¹⁷.
- « 3° Les conséquences de la nullité pour l'intérêt social ne sont pas excessives, au jour de la décision la prononçant, au regard de l'atteinte à l'intérêt dont la protection est invoquée ». Ce critère confie au juge le soin de réaliser un contrôle de proportionnalité, en mettant en balance les différents intérêts en présence afin d'éviter que le prononcé de la nullité ne provoque des conséquences disproportionnées pour l'intérêt social. Il n'est pas sans rappeler la règle prévue par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 pour l'exécution forcée du contrat.

Ce mécanisme du triple test permet d'éviter l'automatisme des nullités des décisions sociales, donc devrait contribuer à réduire le nombre de nullités prononcées. Dans cette même logique d'accroissement des pouvoirs du juge et de limitation du nombre des nullités, l'ordonnance a transformé de nombreuses nullités impératives en nullités facultatives. Ceci se déduit du pouvoir d'appréciation laissé au juge dans le cadre du triple test, et du remplacement dans de nombreuses dispositions des mots « est nulle »

¹⁰ Cass., ch. mixte, 16 déc. 2005, n° 04-10.986.

¹¹ Cass. 3^e Civ., 8 juillet 2015, n° 13-27.248.

¹² *Ibid.*

¹³ E. SCHLUMBERGER, « Nullité de décisions collectives pour abus de majorité et violation des statuts », *Rev. Sociétés*, 2016.169.

¹⁴ Rapport au Président de la République préc.

¹⁵ Article 114 al. 2 du code de procédure civile.

¹⁶ P. LE CANNU, « De l'inutilité de protéger les administrateurs minoritaires », *BJS* octobre 1988, n° 245, p. 771.

¹⁷ Cass. com. 15 mars 2023, n° 21-18.324.

par « peut être annulée »¹⁸. Elle semble ainsi ériger le caractère facultatif en principe et réserver les nullités impératives par exception, adoptant une logique inverse à celle retenue en droit commun des obligations¹⁹. Par ailleurs, l'ordonnance a étendu les pouvoirs du juge pour lutter contre le phénomène des nullités en cascade. Elle prévoit à l'article 1844-15-2 nouveau que « Lorsque la rétroactivité de la nullité d'une décision sociale est de nature à produire des effets manifestement excessifs pour l'intérêt social, les effets de cette nullité peuvent être différés ». Ainsi, le juge pourra refuser de faire produire un effet rétroactif à la nullité d'un acte, ce qui permettra d'en limiter les effets sur les décisions ultérieures qui dépendaient de l'acte annulé.

Cependant, une partie de la doctrine a d'emblée critiqué cet accroissement du rôle du juge, qui doit apprécier *in concreto* la possibilité de prononcer la nullité. Il dispose de pouvoirs importants, notamment pour évaluer l'influence sur le sens de la décision et effectuer le contrôle de proportionnalité. L'extension du rôle de l'autorité judiciaire entraîne un risque pour la sécurisation des décisions sociales, les sociétés ne pouvant plus anticiper de façon certaine si leur décision encourt l'annulation. De plus, une telle délégation au juge implique que les sociétés seront soumises « au parcours judiciaire et à ses délais »²⁰, entravant l'objectif de simplicité et d'efficacité affiché par la réforme. Toutefois, notons que ce triple test est écarté ponctuellement par des dispositions du régime spécial des sociétés commerciales²¹, et certains auteurs estiment que cette crainte est « largement surestimée »²².

Autre innovation majeure de l'ordonnance du 12 mars 2025 : la modification de l'article 1844-10 du Code civil par l'ajout d'un quatrième alinéa, qui précise que « sauf si la loi en dispose autrement, la violation des statuts ne constitue pas une cause de nullité ». Ce choix témoigne clairement de la volonté du législateur de rompre avec la jurisprudence Larzul I²³, qui retenait que, sauf dans les cas où une disposition impérative avait été aménagée par les statuts, le non-respect des stipulations statutaires n'était pas sanctionné par la nullité. La portée de cet abandon devient encore plus évidente à la lecture du nouvel article L.227-20-1 du Code de commerce, qui énonce que « les statuts peuvent prévoir la nullité des décisions sociales prises en violation des règles qu'ils ont établies ». Ce texte, spécifiquement applicable aux SAS, déroge ainsi à l'article 1844-10 du Code civil. Toutefois, cette évolution n'est pas sans soulever certaines critiques. En effet, comme le souligne Julien Delvallée, elle introduit

un « régime de sanctions à deux vitesses »²⁴, selon que la règle violée ait ou non été aménagée par les statuts. Cela peut conduire à des incohérences pratiques : par exemple, la violation de l'exigence d'unanimité – pourtant supplétive, mais parfois qualifiée d'impérative – prévue à l'article 1852 du Code civil dans les sociétés civiles, pourrait entraîner la nullité d'une décision, qu'elle découle du silence des statuts ou d'une clause spécifique. En revanche, la violation de règles de majorité aménagées sur la base de ce même texte ne serait pas sanctionnée par la nullité.

Au-delà de la jurisprudence Larzul I, c'est également Larzul II²⁵ qui se trouve remise en cause. L'article 42 de l'ordonnance abroge en effet le quatrième alinéa de l'article L.227-9 du Code de commerce, lequel avait servi de fondement à cette jurisprudence. Larzul II admettait la nullité d'une décision collective de SAS en cas de violation de règles statutaires relatives aux conditions de prise de décision, dès lors que cette violation était susceptible d'avoir influencé le résultat du processus décisionnel. Cette approche est désormais écartée, et cette évolution est encore renforcée par l'introduction de l'article L.227-20-1, vu précédemment. En effet, l'approche retenue est donc double : par défaut, la violation des statuts ne constitue pas une cause de nullité, sauf disposition contraire dans les statuts de la société. Ce système consacre ainsi un régime supplétif de volonté, dans lequel les associés peuvent, s'ils le souhaitent, choisir d'inscrire dans les statuts une clause prévoyant la nullité des décisions prises en violation de certaines règles statutaires. Une telle solution pourrait engendrer une multiplication des causes de nullité dans les SAS dès lors que les statuts le prévoient. Toutefois, ce risque reste à relativiser. D'une part, cette conséquence ne peut advenir que si les associés choisissent volontairement d'inscrire une telle clause dans les statuts. D'autre part, la nullité, même ainsi prévue, reste soumise au triple test classique : atteinte à l'ordre public, grief causé au demandeur, et caractère sérieux de la violation. L'ordonnance ne déroge pas à ce cadre pour l'article L.227-20-1, ce qui préserve un certain équilibre.

En conclusion, parmi les objectifs de la réforme détaillés par le rapport au Président de la République, certains sont indéniablement atteints. Les effets des nullités des décisions sociales sont cantonnés par le pouvoir accru du juge et sa faculté de priver la nullité de rétroactivité. En revanche, un doute peut être émis concernant l'objectif de cantonner les nullités des décisions sociales quant à leur cause. Le choix d'un

¹⁸ Voir articles 38, 41, 48, 49, 51 de l'ordonnance n°2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés.

¹⁹ B. FAGES (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2025, n° 1374 s.

²⁰ B. DONDERO, « Premières observations sur l'ordonnance réformant les nullités en droit des sociétés », *Le Quotidien : Sociétés*, Lexbase, 14 mars 2025.

²¹ Voir notamment : articles L. 223-43, L. 22-10-8 et L. 225-18 C. com.

²² R. MORTIER « L'ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés », *JCP N*, n°15 du 11 avril 2025.

²³ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855.

²⁴ J. DELVALEE, « Réforme du régime des nullités en droit des sociétés », préc.

²⁵ Cass. com., 15 mars 2023, n° 21.18-324.

critère matériel de violation des « *dispositions impératives du droit des sociétés* » augmente mécaniquement les causes de nullité par son caractère général et imprécis, ce qui est de nature à développer le contentieux des nullités des décisions

sociales, loin de l'objectif de sécurisation affiché par l'ordonnance. De plus, on peut regretter que la réforme n'ait pas développé suffisamment les mécanismes de régularisation des nullités, ce qui aurait permis de les cantonner davantage²⁶.

²⁶ B. DONDERO, « Premières observations sur l'ordonnance réformant les nullités en droit des sociétés », préc.

Conciliation et obligation de déclaration de cessation des paiements

Com., 20 novembre 2024, n° 23-12.297

Noé COUVERT (dir.), Emma BIZZARI, Isaac OULJOUR-SCHNEIDER, Émilien RAOULT

L'anticipation des difficultés et leur traitement en amont de toute procédure collective suppose l'existence de mécanismes d'incitation pour les débiteurs à recourir aux procédures amiables du Livre VI du code de commerce. L'arrêt commenté du 20 novembre 2024 de la chambre commerciale de la Cour de cassation s'inscrit dans cette logique d'incitation.

En l'espèce, une société bénéficie de l'ouverture d'une procédure de conciliation. Le 16 mars 2017 la même société est placée en redressement judiciaire sur déclaration de la cessation des paiements de son dirigeant, intervenue le 3 février 2017. Dans son jugement d'ouverture, le tribunal fixe néanmoins la date de la cessation des paiements au 16 septembre 2015. Suite à la conversion de la procédure en liquidation judiciaire, le liquidateur a assigné le dirigeant en responsabilité pour insuffisance d'actif, arguant la méconnaissance de son obligation légale de déclarer l'existence d'une cessation des paiements dans les quarante-cinq jours suivant celle-ci.

Par un arrêt du 15 novembre 2022, la cour d'appel de Poitiers condamne le dirigeant de la société à supporter une partie de l'insuffisance d'actif de la société placée en liquidation judiciaire, au motif que l'ouverture de la procédure de conciliation n'avait pas exonéré le dirigeant de son obligation de déclarer la cessation des paiements de la société qu'il dirige dans les quarante-cinq jours.

La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Poitiers au visa des articles L. 611-4 et L. 611-31 du code de commerce pour violation de la loi. Elle juge en effet qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que le dirigeant est dispensé, en cours de conciliation, de son obligation de déclarer la cessation des paiements de la société, mais que cette obligation renaît dès l'achèvement de la procédure amiable.

La Cour de cassation apporte ainsi une précision bienvenue quant à l'obligation de déclaration de la cessation des paiements. Si le dirigeant est dispensé d'une telle obligation en cours de conciliation (I), cette dispense s'éteint dès l'achèvement de la procédure amiable (II).

I. La dispense de déclaration de cessation des paiements pendant la conciliation dans une logique incitative

A. Le principe de la dispense temporaire de déclaration de l'état de cessation des paiements

Par application de l'article L. 631-4 du code de commerce, une procédure de redressement judiciaire doit être demandée dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation apporte une précision essentielle : le débiteur est dispensé d'une telle obligation pendant le déroulement d'une procédure de conciliation. En d'autres termes, lorsque le débiteur bénéficie d'une procédure de conciliation et qu'il ne déclare pas l'existence d'une cessation des paiements dans les quarante-cinq jours de son apparition, il ne risque aucune action en responsabilité, à condition que la déclaration intervienne sans délai à l'issue de la procédure amiable.

Antérieurement, la Cour de cassation avait pu juger, à l'inverse, que « l'ouverture d'une procédure de règlement amiable prévue à l'article L. 611-3 du code de commerce ne dispense le dirigeant ni de procéder à la déclaration de la cessation des paiements lorsque ses conditions sont réunies, ni d'être sanctionné ou condamné au paiement des dettes sociales pour y avoir procédé tardivement »¹. Cette solution très contestable n'avait jusqu'alors jamais été confirmée en ce qui concerne la procédure de conciliation. La Cour de cassation apporte donc une correction bienvenue à son arrêt antérieur sur le règlement amiable.

L'arrêt commenté se limite à la procédure de conciliation. Le visa utilisé par la Cour de cassation, à savoir l'article L. 611-4 du code de commerce, démontre que les juges n'ont pas entendu donner une portée générale à leur décision. Dès lors, se pose la question de l'application d'une telle dispense à la procédure de mandat *ad hoc*.

L'on pourrait d'abord considérer que la frontière tenue entre ces deux procédures appelle à étendre la présente solution au mandat *ad hoc*. Il serait en effet incohérent de faire peser sur le débiteur en mandat

¹ Cass. Com., 8 juil. 2003, n° 00-15.919.

ad hoc des obligations plus lourdes que celles qui pèsent sur le débiteur en conciliation, alors que, d'une part, en pratique, le débiteur en mandat *ad hoc* connaît des difficultés financières de moindre importance que celui en conciliation, et d'autre part, que les deux procédures ont la même finalité, à savoir le traitement amiable des difficultés par la conclusion d'un accord avec les créanciers attrait à la procédure.

Néanmoins, force est de constater que des différences entre ces procédures subsistent, lesquelles peuvent inciter à ne pas étendre cette solution au mandat *ad hoc*. D'abord, la Cour de cassation juge traditionnellement que l'ouverture d'un mandat *ad hoc* ne privant pas le dirigeant de ses pouvoirs, il ne saurait être dispensé des obligations qui sont les siennes². Cet argument est néanmoins d'une faible portée puisque la conciliation ne prive également pas le dirigeant de ses pouvoirs et pourtant, la Cour de cassation le dispense de déclarer une cessation des paiements. Ensuite, rappelons que si la possibilité de bénéficier d'une conciliation tout en étant en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours est explicitement consacrée par l'article L. 611-4 du code de commerce, elle ne l'est pas pour le mandat *ad hoc*. Or, l'article L. 611-4 semble bien être au cœur du raisonnement des juges : c'est parce qu'il est possible d'entrer en conciliation tout en étant en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours que le débiteur est dispensé de la déclarer en cours de procédure. Ainsi, l'extension d'une telle solution au mandat *ad hoc* supposerait au préalable de trancher l'épineuse question de l'application d'une règle similaire à celle de l'article L. 611-4 du code de commerce au mandat *ad hoc*.

B. Les fondements de la dispense temporaire de déclaration de l'état de cessation des paiements

C'est par une lecture combinée des articles L. 611-4 et L. 631-4 du Code de commerce que l'on peut saisir la solution de la Cour de cassation. Le débiteur en procédure de conciliation échappe à l'obligation de déclarer sa cessation des paiements, tant que la conciliation est en cours. Cette réponse paraît évidente à la lecture de la seconde partie de l'article L. 631-4 du code de commerce qui dispense le débiteur de demander l'ouverture d'un redressement judiciaire « *s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation* ».

Néanmoins, cette précision de la Cour de cassation n'était pas encore acquise, surtout en matière de comblement de passif³. En effet, le débiteur qui n'est pas encore en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours a deux possibilités : soit demander l'ouverture d'une procédure collective par un

redressement judiciaire, soit commencer une procédure de conciliation. Ces possibilités ressortent des articles L. 611-4 et L. 631-4 du Code de commerce, le premier ouvrant la procédure de conciliation si les débiteurs « *ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* » et le second imposant au débiteur, « *au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements* », de demander l'ouverture d'un redressement judiciaire. L'éventuelle responsabilité du dirigeant pour ne pas avoir procédé à la déclaration pendant la conciliation pourrait se justifier par la crainte d'une aggravation du passif avec le temps. C'est d'ailleurs la position retenue par la cour d'appel de Poitiers, qui ne sera pas suivie par les juges de cassation.

La Cour de cassation utilise ici un raisonnement *a fortiori* : si l'article L. 611-4 du code de commerce autorise l'ouverture d'une conciliation en dépit d'une cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours, il faudrait *a fortiori* considérer que l'apparition d'une cessation des paiements en cours de conciliation n'empêche pas le débiteur de la poursuivre.

Ainsi, cet arrêt a des grandes incidences pratiques. D'une part, suivant la logique actuelle du droit des entreprises en difficulté, les juges souhaitent favoriser le recours aux procédures amiables. Le débiteur sachant que la procédure de conciliation fera obstacle à son engagement de responsabilité pour insuffisance d'actif dans le cas précis d'une cessation des paiements de plus de quarante-cinq jours en conciliation, il ne sera que plus tentant d'y recourir. Aussi, la solution dégagée par la cour d'appel de Poitiers aurait conduit à une injonction paradoxale : inciter à l'ouverture d'une conciliation mais exiger l'ouverture d'une procédure collective en cas de cessation des paiements en cours de procédure.

II. Le rétablissement impératif de l'obligation de déclaration de l'état de cessation des paiements à l'issue de la conciliation

A. Le rétablissement d'une obligation de déclaration « sans délai »

Si la Cour de cassation admet que le dirigeant est dispensé de son obligation de déclarer la cessation des paiements pendant la durée d'une procédure de conciliation, elle précise avec la même rigueur que cette obligation renaît immédiatement à l'issue de cette procédure. Autrement dit, si le débiteur est en état de cessation des paiements au terme de la conciliation, il doit procéder à la déclaration « *sans délai* », c'est-à-dire sans attendre la fin du délai de

² Cass. Com., 18 mai 2016, n° 14-16.895.

³ F. KOPF, M. LODEON, « Conciliation et obligation de déposer le bilan : un dernier sursis pour une dernière chance, qu'il vaut mieux ne pas

laisser passer », *La semaine juridique Entreprise et Affaire*, n°16, 17 avr. 2025, 1118.

quarante-cinq jours qui recommencerait à courir. Cette déclaration doit donc être quasi-immédiate.

Cette exigence de célérité trouve son fondement dans la logique même du droit des entreprises en difficulté. La procédure de conciliation est conçue comme une parenthèse temporaire, destinée à permettre un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers. Elle est régie par le secret, la confidentialité et la souplesse procédurale. Si, à l'issue de la conciliation, aucun accord n'a pu être trouvé, et que la situation de cessation des paiements perdure, le dirigeant doit immédiatement se conformer à l'obligation prévue à l'article L. 631-4 du code de commerce, afin de permettre l'ouverture d'une procédure collective adaptée. Ce rétablissement immédiat de l'obligation vise à éviter que la conciliation ne serve de prétexte à une inaction prolongée du dirigeant, préjudiciable à la masse des créanciers. À travers cette obligation, le législateur entend éviter les dérives opportunistes et réaffirmer que le recours à la conciliation ne saurait être un moyen d'éluider indéfiniment les exigences de la loi.

L'obligation de déclaration « sans délai » à l'issue de la conciliation poursuit également une finalité pratique : elle permet de prévenir l'aggravation du passif de la société ainsi que les retards excessifs dans l'intervention du juge. La situation inverse irait à l'encontre de l'objectif d'une restructuration efficace et rapide de la société en difficulté. Par ailleurs, ce comportement serait de nature à altérer la confiance des créanciers dans l'utilité des procédures amiables, et pourrait ainsi dissuader leur coopération future.

Aussi, cette solution implique que l'exécution éventuelle d'un accord de conciliation dans le temps est extrêmement délicate, voire compromise. En effet, si la déclaration de cessation des paiements doit intervenir « sans délai » à l'issue de la conciliation, l'ouverture de la procédure collective qui s'ensuit automatiquement rend caduc, de plein droit, tout accord de conciliation non encore exécuté (art. L. 611-12 C. com.)⁴. Cela implique que, pour être efficace, l'accord conclu dans le cadre de la conciliation doit être mis en œuvre immédiatement, sans laisser le temps à un éventuel redressement judiciaire de l'emporter par déclaration de l'état de cessation des paiements, ce qui semble en pratique impossible. Notons en outre que le débiteur dans cette situation serait dans l'impossibilité d'obtenir l'homologation de son accord, laquelle suppose l'absence de cessation des paiements art. L. 611-10 C. com).

Ainsi, l'obligation de déclaration immédiate vient verrouiller le système : elle empêche toute forme de temporisation ou de stratégie dilatoire du dirigeant, en

assurant une transition rapide entre la phase amiable et la phase judiciaire.

B. L'exposition du dirigeant à des sanctions en cas d'absence de déclaration « sans délai »

Selon une jurisprudence constante, le fait de ne pas respecter l'obligation posée à l'article L. 631-4 du code de commerce, en particulier lorsqu'elle retarde l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, relève de la faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du code de commerce.

Cette sanction, lourde pour le dirigeant et qui redonne au droit des entreprises en difficulté une nature punitive, n'est pas totalement évincée de la solution commentée. Si l'article L. 651-2 du code de commerce n'est effectivement pas visé par les juges, il est cependant clairement fait référence à la responsabilité pour insuffisance d'actifs. Plus encore, la Cour de cassation apporte une précision sur le moment auquel la faute de gestion doit être appréciée en jugeant que pour caractériser une faute de gestion, la cour d'appel devait « *apprécier l'exécution de cette obligation à l'expiration de la procédure de conciliation* ». Cette précision apportée par la Cour de cassation est appréciable quand on sait que la date d'appréciation de la faute de gestion en matière de responsabilité pour insuffisance d'actifs est particulièrement essentielle. Il est en effet de jurisprudence constante que la faute de gestion doit nécessairement avoir été commise avant l'ouverture de la liquidation judiciaire qui autorise l'exercice de l'action⁵.

Reste enfin que depuis la loi Sapin II du 9 décembre 2016, « *les simples négligences ne peuvent donner lieu à l'application du présent article* » excluant ainsi la responsabilité du dirigeant en cas de manquements mineurs. Cet ajout pose de sérieuses difficultés dans le cas de la méconnaissance du délai impératif de quarante-cinq jours. Si un tel manquement pourrait être qualifié d'une simple négligence, la jurisprudence est à ce jour encore incertaine. La Cour de cassation a pu juger que la déclaration tardive de onze jours n'est pas une simple négligence eu égard à la situation financière de la société connue des dirigeants⁶. Par la suite, elle a cependant pu juger que la « *simple négligence* » ne se réduit pas au cas où le dirigeant a ignoré l'existence d'une cessation des paiements⁷.

En l'espèce, faudrait-il considérer qu'une déclaration tardive – qui ne se fait pas « sans délai » mais avec « avec délai » à l'issue de la conciliation – puisse être caractérisée de simple négligence ? Soit l'on considère que le délai de quarante-cinq jours étant déjà dépassé par l'effet de la conciliation, une déclaration tardive à son issue serait d'une gravité moindre justifiant la qualification d'une « simple

⁴ Cass. Com., 25 sept. 2019, n° 18-15.655.

⁵ Cass. Com., 22 janv. 2020, n° 18-17.030.

⁶ Cass. Com., 5 févr. 2020, n° 18-15.075.

⁷ Cass. Com., 3 févr. 2021, n° 19-20.004.

négligence ». Soit, au contraire, l'on considère que le débiteur, ayant déjà bénéficié d'un délai supplémentaire par l'effet de la conciliation, abuserait de la dispense qui lui avait été accordée en ne procédant pas à la déclaration « *délai* » à l'issue de la conciliation.

La deuxième interprétation devrait être retenue. D'une part, parce qu'admettre le contraire reviendrait

à permettre au débiteur de retarder l'intervention du juge sans conséquences pour lui. D'autre part, parce que la Cour de cassation ne semble pas laisser place au débat, celle-ci se contentant de brandir la menace de la responsabilité pour insuffisance d'actifs à défaut de déclaration « *sans délai* » à l'issue de la conciliation.

Management package et holding interposée : le sort incertain de la plus-value

CAA, Paris, 7^{ème} chambre, 7 février 2024, n° 22PA02007

Anatole JACOLIN (dir.), Maryam ACHLIH, Solène BRISKA, Louis GAUSSENS, Aisté GRICIUNAITE, Ariel LELONG

Si la frontière entre requalification et abus de droit rampant est parfois floue, son impact, notamment en matière de rémunération dans le cadre de management package en cas d'holding interposée, est central, comme démontré par une décision de la 7^{ème} chambre de la cour administrative d'appel (CAA) de Paris du 7 février 2024.

En 2009, le président et le directeur général du groupe *Prezioso Technilor* acquièrent 10,50 % des parts de la holding du groupe (composé d'actions classiques et de préférence) par le biais de la SAS *Tournesol Capital*, créée spécifiquement pour l'occasion. En 2012, le président du groupe procède à la constitution de la société civile *Sunflower*, à laquelle il apporte les 2/3 des parts qu'il détient dans la société *Tournesol*, dont une quote-part a été préalablement donnée à sa femme et à ses 3 enfants, l'opération bénéficiant d'un sursis d'imposition. Mais 2 jours plus tard, les titres de la société civile sont rachetés par le repreneur du groupe *Prezioso*.

Nonobstant, l'administration fiscale considère que les actions de préférence ont été cédées à un prix minoré s'inscrivant dans un mécanisme d'intéressement, et que le montant de cet intéressement doit être imposé dans la catégorie des traitements et salaires car étant un avantage en argent constitutif d'un complément de rémunération. Face à cette décision, le couple demande au tribunal administratif de Paris d'invalider cette requalification, ce qu'il obtient.

L'administration fiscale fait appel de la décision et la 7^{ème} chambre de la CAA de Paris est alors amenée à s'interroger quant à la possibilité d'appliquer aux gains d'un management package le régime des traitements et salaires alors qu'ils ne sont pas réalisés directement par l'intéressé mais par personne interposée.

La CAA répond par la négative : l'administration fiscale a ici usé de la technique de l'abus de droit rampant, considérant l'interposition de la société civile comme lui étant inopposable sans avoir préalablement qualifié un abus de droit via les procédures appropriées. La cour invalide donc la

requalification et rejette de ce fait les prétentions de l'administration fiscale.

Dans sa décision, la CAA de Paris affirme l'impossibilité de requalifier en traitement et salaire le produit issu de la minoration de la valeur des parts lors de la cession d'origine en cas d'interposition d'une holding lorsque la présence d'un abus de droit n'a pas été préalablement établie (I). Cependant, cette décision ne s'inscrit pas dans une position bornée des tribunaux quant aux requalifications en traitement et salaire en cas de société interposée (II).

I. L'encadrement précis de la requalification de plus-values issues de management packages en traitements et salaires

A. L'absence de requalification en traitements et salaires dans le cas de l'interposition par une holding

En principe, les gains issus de la cession, par une personne physique, de droits sociaux sont imposables sous le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières des particuliers (art. 150-A CGI). Cela est le cas, comme le rappelle la cour, « y compris lorsque ces titres ont été acquis ou souscrits auprès d'une société dont le contribuable était alors dirigeant ou salarié ». Cependant, une des nombreuses exceptions à ce principe se trouve dans le cas où « eu égard aux conditions de réalisation du gain de cession, ce gain doit essentiellement être regardé comme acquis, non à raison de la qualité d'investisseur du cédant, mais en contrepartie de ses fonctions de salarié ou de dirigeant et constitue, ainsi, un revenu imposable dans la catégorie des traitements et salaires ». Cette formule employée par la cour rappelle éminemment celle issue des trois arrêts du 13 juillet 2021¹ qui dressent le « mode d'emploi » de la requalification en traitements et salaires (art. 79 et 82 CGI) des gains de cession d'actions dans la mise en œuvre d'un management package.

L'arrêt commenté s'inscrit en effet dans la lignée de la jurisprudence concernant les litiges fiscaux relatifs aux « management packages »². Ces derniers peuvent être définis de manière simplifiée comme « les techniques permettant à des dirigeants de participer

¹ CE, 13 juillet 2021, n° 435452, n° 428506, n° 437489.

² CE, 26 septembre 2014, n° 365563, *M. et Mme Gaillochet* ; CE, 15 février 2019, n° 408867 ; CE, 13 juillet 2021, n° 435452, 428506, 437489.

à la reprise de la société qu'ils dirigent grâce à la constitution avec des investisseurs financiers d'une société holding dont les titres, une fois revendus, permettront audit dirigeant de réaliser [...] une importante plus-value ».

Si le principe d'une possibilité de requalification en traitements et salaires se trouve confirmé par la CAA, l'enjeu en l'espèce résidait dans le fait que le gain avait en réalité été réalisé non pas directement par le dirigeant mais par une société civile contrôlée par ce dernier. À cet égard, la cour écarte les griefs sur la qualification du gain, non pas en s'interrogeant sur l'existence d'un avantage découlant de l'exercice des fonctions de dirigeant, mais en relevant simplement que la société civile « ne peut, par nature, être salariée ». De ce fait, la cour ne pouvait admettre une requalification sans exiger le recours à la théorie de l'abus de droit qui aurait permis à l'administration fiscale de rendre inopposable l'interposition par la société civile holding.

B. La prohibition de l'abus de droit rampant dans le cadre de la requalification de la rémunération d'un management package

La cour d'appel de Paris rappelle au paragraphe 9 du présent arrêt que : « la plus-value résultant d'un tel échange de titres ne peut être qualifiée de traitements et salaires dès lors que l'administration n'a pas entendu remettre en cause, sur le fondement de l'abus de droit ». Ainsi, il est clairement énoncé ici une possibilité pour l'administration fiscale de requalifier un revenu issu d'un management package en traitement et salaire. Celle-ci n'est autre que l'abus de droit, seul fondement autorisé pour que l'administration fiscale puisse écarter une qualification fiscale.

Il est totalement admis par la jurisprudence que l'administration fiscale recourt à l'abus de droit pour qualifier la rémunération d'un management package en traitement et salaire lorsque la holding interposée a un caractère artificiel. Cela est par exemple le cas dans la décision *Jarcesk* rendue par le Conseil d'État le 28 janvier 2022³.

Cependant, il en va autrement lorsque l'administration fiscale s'est placée « implicitement mais nécessairement » sur le terrain de l'abus de droit⁴. Il y a effectivement une prohibition constante par le Conseil d'État de la pratique de l'abus de droit rampant. Cela est dû aux prérogatives reconnues au contribuable en matière d'abus de droit et notamment à la possibilité de saisine du comité de l'abus de droit, comme prévu à l'article L. 64 du LPF. Si l'on se situe dans un abus de droit rampant, celui-ci ne bénéficiera pas de cette protection comme cela est le cas en l'espèce.

Mais ici, même si la CAA veut protéger le contribuable dans ses droits, cela conduit à laisser passer un montage que l'on peut aisément qualifier de frauduleux. On peut même aller jusqu'à considérer que cette décision est une porte ouverte à des futurs abus. Cependant, cela est également une belle incitation pour l'administration fiscale à ne plus recourir à des abus de droit rampant, d'autant plus que la conception de l'abus de droit est souple et que celui-ci peut être utilisé même en présence d'un acte qualifiable d'acte anormal de gestion⁵.

II. La prudence requise dans l'appréhension d'une décision visiblement favorable aux contribuables

A. La caractérisation toutefois possible de l'abus de droit au moment de la distribution

À première vue, la portée de cet arrêt peut sembler tout à fait favorable pour le contribuable, dès lors que seule la preuve d'un abus de droit par l'administration permettrait d'écarter une interposition d'une holding artificielle. Toutefois, il convient d'en nuancer la portée.

En effet, un auteur⁶ souligne que l'arrêt commenté n'est pas sans rappeler l'arrêt du 17 novembre 2021 (« arrêt *Materne* »)⁷, dans lequel le Conseil d'État avait requalifié en traitements et salaires les gains issus d'une cession de titres d'une société dans le cadre d'un management package. Dans cet arrêt *Materne*, qui ne semble pas être remis en cause par l'arrêt commenté, les faits étaient tout à fait similaires à ceux de l'espèce, à l'exception du fait que, dans l'arrêt *Materne*, ce sont les dirigeants eux-mêmes qui ont cédé les titres grevés d'une plus-value latente, alors que, dans l'arrêt commenté, les titres sont cédés par la holding personnelle du dirigeant. Cette différence de situation semble a priori confirmer qu'une simple interposition d'une holding permettrait de faire échec à la requalification, sauf abus de droit. Toutefois, les conclusions de Madame Karin CIAVALDINI dans l'affaire *Materne* soulignent que la requalification est possible : « peu importe [...] que les cadres dirigeants [...] n'aient eu aucun lien de subordination [avec la société *Materne*] ». Ainsi, le Conseil d'État avait accepté la requalification, peu importe l'absence de lien de subordination. Dans notre affaire, la requalification est refusée, car la holding interposée ne peut pas être qualifiée de salariée.

Ainsi, la juxtaposition de ces deux arrêts permet de déduire que, certes, dans un premier temps, il n'est pas possible de procéder à une requalification sans démontrer l'abus de droit. Mais, dans un second temps, au moment de la distribution des liquidités par la holding au dirigeant, il est tout à fait possible pour

³ CE, 10e et 9e ch., 28 janv. 2022, n° 433965.

⁴ CE, plén., 21 juill. 1989, n° 59970, *min. c/ M. Bendjador*.

⁵ CE, 23 juil. 2024, n° 474666.

⁶ H. TUROT, « Management packages – requalification de gains de management package et abus de droit rampant », *Revue de droit fiscal*, 18 avril 2024, n°16.

⁷ CE, 17 nov. 2021, n° 439609.

l'administration de procéder à une telle requalification, dès lors qu'il a été établi qu'aucun lien de subordination n'était requis pour effectuer ladite requalification. L'arrêt commenté est donc à appréhender avec une certaine prudence.

B. La caractérisation toutefois courante de l'abus de droit en présence d'une société interposée

La décision commentée semble être au commencement d'une jurisprudence qui se veut favorable à l'égard des contribuables en posant l'abus de droit comme condition de la requalification.

Cependant, si cette condition de l'abus de droit semble être un rempart nouveau à la requalification, celle-ci ne semble pas si solide, contrairement à ce que certains laissent penser. En effet, cette condition de caractérisation d'un abus qui est nécessaire à la requalification en traitement et salaire n'est pas insurmontable. La jurisprudence montre que la qualification d'un abus de droit est fréquente en matière de société interposée.

En effet, le Conseil d'État, dans un arrêt rendu le 28 janvier 2022⁸, a requalifié un gain de cession de

titres en salaire, nonobstant l'interposition artificielle d'une société. Dans ce cas précis, un faisceau d'indices, tel que l'absence de locaux, de personnel, de moyens ou encore d'autonomie dans la gestion de ses titres, démontre que la société interposée n'avait pas de substance économique. Dans un arrêt antérieur rendu par la même juridiction le 12 février 2020⁹, un gain litigieux a été requalifié en salaire après que la société civile soumise à l'impôt sur les sociétés interposées a été écartée, puisque entachée d'abus de droit.

Cet arrêt n'est, finalement, pas si défavorable pour l'administration. Si le juge semble laisser un peu d'air aux investisseurs en disant qu'on ne requalifie pas la plus-value en « *traitements et salaires* » en l'absence d'abus de droit, c'est à nuancer au regard de la qualification récurrente de l'abus de droit en présence de sociétés interposées. Pour certains auteurs, cette décision n'est « *pas une bonne nouvelle pour les contribuables* »¹⁰.

La prudence reste de mise. Si la cour administrative d'appel s'est prononcée, le Conseil d'État devra aussi le faire afin d'éclairer la voie.

⁸ CE, 28 janv. 2022, n° 433965.
⁹ CE, 12 févr. 2020, n° 421444.

¹⁰ P.-M. SCHNEIDER, « Management packages : l'interposition d'une holding permet-elle d'échapper à la requalification en salaire ? », *La revue fiscale du patrimoine* n° 6, Juin 2024.

Validité de la clause de *buy or sell* consacrée : une réponse conventionnelle aux situations de blocage de la société

Com., 12 février 2025, n° 23-16.290

Eva ETHERTON (dir.), Téo BUCHOLZ, Rebecca LAVAUD, Millo PASQUALI

Par un arrêt rendu le 12 février 2025, la Chambre commerciale de la Cour de cassation apporte un éclairage sur la clause d'offre alternative dite aussi « clause américaine » ou de « *buy or sell* », en précisant les conditions de sa mise en œuvre.

En l'espèce, deux associés cogérants détenaient les parts d'une société à hauteur de 40% et 60%. Dans leur pacte d'associés était stipulée une clause de *buy or sell*, prévoyant qu'en cas de désaccord grave et persistant susceptible d'entraîner une paralysie dans le fonctionnement de la société, chaque associé pourrait proposer à l'autre de lui céder la totalité de sa participation aux prix et conditions précisés dans son offre. Si le bénéficiaire de l'offre ne levait pas l'option dans un délai de 30 jours, ce dernier était alors tenu de céder ses propres titres à l'associé ayant pris l'initiative de la procédure, aux prix et conditions déterminés dans l'offre initiale.

Après des tentatives infructueuses de rachat des parts de son associé, le gérant minoritaire a mis en œuvre la clause, proposant leur rachat moyennant un prix de 40 000 euros. L'associé majoritaire n'ayant pas levé l'option dans le délai convenu, l'émetteur de l'offre initiale l'a alors assigné en exécution forcée pour obtenir la cession de l'intégralité de ses parts pour un prix de 60 000 euros.

La Cour d'appel d'Angers fit droit à cette demande et énonça que la vente était parfaite.

L'associé majoritaire cédant forma alors un pourvoi en cassation au moyen duquel il fit valoir que la vente ne pouvait être valide car le prix était fixé unilatéralement par l'offrant et n'était donc pas conforme à l'exigence de déterminabilité. Il estima ensuite que la condition de désaccord grave et persistant n'était pas caractérisée. Enfin, il argua que la clause avait été mise en œuvre de mauvaise foi car l'associé minoritaire ne lui avait pas communiqué les documents comptables lui permettant d'apprécier le prix des parts sociales proposé dans l'offre initiale.

La clause de *buy or sell* survit-elle à l'exigence de déterminabilité du prix lorsque sa fixation est assurée unilatéralement par l'émetteur de l'offre initiale ? Par ailleurs, sa mise en œuvre est-elle de bonne foi lorsque l'émetteur ne communique aucun document comptable propre à en justifier le montant ?

La Cour de cassation répondit par la positive à ces questions et rejeta les arguments énoncés dans le pourvoi de l'associé majoritaire. D'abord, elle reconnut la licéité de la clause américaine au regard des dispositions de l'article 1591 du Code civil qui exige un prix déterminé ou déterminable, en affirmant que le prix fixé par le potentiel vendeur sert de « prix de référence ». Ensuite, elle considéra que le déclenchement de la clause était subordonné à des conditions objectives consistant en l'existence d'un désaccord grave et persistant susceptible d'entraîner une paralysie, qui avaient bien été caractérisées par les juges du fond. Enfin, elle affirma que la mise en œuvre de la clause américaine n'était en l'espèce soumise à aucune vérification comptable et financière.

I. La question épineuse de la fixation du prix dans la clause de *buy or sell*

Dans cet arrêt, la fixation du prix en application de la clause a pu questionner à deux égards : d'une part quant à l'exigence de déterminabilité du prix (A), d'autre part quant au standard de bonne foi (B).

A. La conformité de la clause à l'exigence de déterminabilité du prix

Dans cet arrêt, la Chambre commerciale affirme pour la première fois la conformité de la clause américaine à l'exigence de déterminabilité du prix. Ce type de clause est souvent stipulé pour des sociétés constituées par deux associés ayant approximativement le même nombre de parts sociales. Il permet d'empêcher la paralysie du fonctionnement de la société provoquée par une mésentente entre les associés, en aboutissant à l'éviction de l'un d'eux. Ce mécanisme contractuel se décompose en deux étapes. Dans un premier temps, un associé A fait une promesse de vente de l'intégralité de ses parts sociales à l'associé B (c'est le cas en l'espèce) ou d'achat de celles de l'associé B, à un prix qu'il détermine. Dans un second temps, si l'associé B refuse d'opter, il est alors tenu de vendre à l'associé A l'intégralité de ses parts au prix proposé par ce dernier dans la première promesse.

Bien que déjà rencontrée en jurisprudence, la Cour de cassation s'est toujours refusée de définir la nature

juridique de la clause américaine¹. Aussi, celle-ci a été sujette à des controverses doctrinales. En effet, elle a d'abord pu être analysée comme reposant sur des promesses unilatérales croisées de vente puis d'achat (ou inversement), la seconde étant parfaite par la réalisation d'une condition suspensive (le refus d'opter pour la première)². Toutefois, certains auteurs ont souligné son caractère *sui generis*³, en tant qu'elle est un avant-contrat d'inspiration américaine permettant d'organiser librement la sortie du capital d'un associé. L'arrêt commenté tranche en faveur de cette seconde conception. La clause américaine est désormais analysée comme un « *simple engagement synallagmatique innommé* »⁴. La jurisprudence stricte quant à l'exigence de détermination du prix en matière de promesse⁵ n'a donc pas vocation à s'appliquer.

La problématique du prix de cession des parts a été un point central du pourvoi. En effet, selon des règles bien connues, pour qu'un contrat de vente soit valide, le prix doit être déterminé⁶ ou déterminable *ab initio*⁷. Dans le second cas, le prix est déterminable s'il ne dépend pas de la seule volonté d'une des parties ni d'un accord ultérieur entre elles⁸.

Aussi, le mécanisme de la clause américaine, en ce que le prix de la cession sous condition suspensive correspond à celui proposé initialement par l'émetteur de l'offre, peut sembler tomber sous le coup de la déterminabilité unilatérale.

Cependant, la Cour de cassation écarte ce raisonnement en mettant en lumière deux éléments de la clause permettant de rendre le prix déterminable et partant de sauver le mécanisme.

D'abord, elle énonce que « *les modalités prévues pour la mise en œuvre de la clause permettent la détermination du prix si la procédure a été respectée et qu'une offre remplissant les conditions prévues par le pacte d'associés a été valablement faite* ». Ainsi, le respect de la procédure et des conditions de mise en œuvre de la clause, prévues *ab initio* de manière synallagmatique, permet de réduire la part d'unilatéralité dans la détermination du prix.

Ensuite, la Cour de cassation ajoute que « *le prix est déterminable à partir du prix proposé par le potentiel vendeur, qui sert de prix de référence au bénéficiaire de l'offre* ». Par l'expression « *prix de référence* », la Chambre commerciale objectivise le prix. Cette objectivité du prix issue de la clause américaine réside dans les conséquences à double tranchant du

mécanisme où chacun peut se retrouver en position de cédant ou de cessionnaire. En effet, compte tenu du choix du destinataire de l'offre de l'accepter ou de la refuser, chacun des associés peut être contraint de céder l'intégralité de ses parts au prix nominal déterminé dans l'offre initiale. De ce fait, l'émetteur de l'offre, lorsqu'il fixe le prix, a intérêt à ce qu'il corresponde le plus objectivement possible à la valeur des parts sociales, car en cas de refus de lever l'option, la sur- ou sous-évaluation se retournera contre lui. Si le prix a été fixé initialement unilatéralement, il l'a été en prenant en compte les intérêts des deux parties, ce qui en fait « *un prix de référence* », rendant déterminable le prix de cession final des parts sociales.

Après avoir considéré le caractère déterminable du prix, il convient de s'intéresser à la question de la bonne foi dans la mise en œuvre de la clause.

B. L'exigence de bonne foi dans la fixation du prix

Cet arrêt offre un éclairage important en précisant qu'il n'est pas attendu de l'émetteur de l'offre initiale qu'il communique des documents permettant à son destinataire d'apprécier l'état de santé de la société et partant la justification du prix de référence. En effet, le demandeur au pourvoi avait tenté de se prévaloir de l'obligation de bonne foi⁹ afin de faire peser sur l'émetteur de l'offre une obligation de production de documents comptables. Cependant, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel estimant que la clause contenue dans le pacte d'associé ne prévoyait pas une telle obligation : « *L'arrêt retient enfin que l'application de la clause d'offre alternative n'était soumise à aucune condition tenant à des vérifications quelconques* ». Dès lors, les juges ne pouvaient ajouter de nouvelles obligations aux stipulations contractuelles.

De plus, l'arrêt d'appel relève que « *l'associé majoritaire ne justifiait ni avoir réclamé à l'associé gérant la production de documents précisément déterminés ni qu'il n'aurait pas pu obtenir les documents comptables voulus* ». Aussi, le bénéficiaire de l'offre ne saurait se prévaloir d'une absence de communication qu'il n'avait pas trouvé bon de solliciter. Cette solution est bienvenue puisque le bénéficiaire de l'offre est interne à la société voire dans certains cas en assure la gestion. Cependant, la clause ayant été déclenchée par le dirigeant de la société, les juges auraient sans doute pu fonder une telle obligation de communication sur le devoir de loyauté¹⁰ du dirigeant consacré par le célèbre arrêt

¹ Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620 et 07-1°.785 ; Cass. Com., 28 avr. 2009, n° 08-13.044

² CA. Paris, 3e ch. B, 15 déc. 2006, n° 06/18133 ; Com. 21 juin 2023, n° 21-25.952 et n° 22-12.045, D. 2023. 1221.

³ B. FAGES, « L'efficacité de la clause *buy or sell* », *RTD Civ.*, 2009, p. 525.

⁴ B. FAGES, « La clause *buy or sell* face aux exigences de détermination du prix et d'exécution de bonne foi », *Rev. sociétés*, 2025. 332.

⁵ Com., 27 nov. 2024, n° 23-10.385.

⁶ C. civ., art. 1591.

⁷ Req. 7 janv. 1925.

⁸ Com., 24 mars 1965 n° 64-10.044 ; Com., 21 sept. 2022 n° 20-16.994.

⁹ C. civ., art. 1104.

¹⁰ B. FAGES, « La clause *buy or sell* face aux exigences de détermination du prix et d'exécution de bonne foi », *Rev. sociétés*, 2025. 332 ; S. FRANÇOIS, « La clause de *buy or sell* passe l'épreuve du feu », *RDC*, p. 202, 2025.

Vilgrain¹¹, mais ceux-ci ne sont pas prononcés sur ce point.

En revanche, sur la question du prix choisi par l'émetteur de l'offre initiale, la bonne foi demeure un critère pouvant conduire à une paralysie de la clause. L'associé à l'origine de l'offre aurait-il pu proposer n'importe quel prix ? On part du principe que pouvant se retrouver dans une situation d'acheteur ou de vendeur, il aura intérêt à fixer un juste prix. Néanmoins, il est des situations où indépendamment du prix proposé, les circonstances factuelles peuvent contraindre à l'absence de levée d'option et donc à l'éviction d'un associé. En effet, si l'émetteur sait que le bénéficiaire de l'offre ne sera pas en mesure de l'accepter (parce qu'il ne dispose pas des fonds lui permettant le rachat ou bien qu'il ne souhaite pas nécessairement poursuivre l'aventure sociétaire par exemple), alors il pourra être tenté de proposer un prix plus bas que ce qu'il ne devrait être, sachant que l'option ne sera pas levée et qu'il sera alors en position d'acheter à un prix moindre.

Par ailleurs, dans des cas plus rares, un effet de volume peut également permettre à l'émetteur de l'offre de proposer un prix injustifié. Par exemple, dans l'hypothèse d'une société à deux associés paralysée par une prise de décision à l'unanimité et où A détient 99 actions et B une seule. Si A propose un prix de cession dans l'offre initiale très élevé, l'effet de volume fait que B ne lèvera probablement pas l'option. Or B sera alors contraint de vendre son unique action à A. Pour sa part A n'aura pas de souci à acquérir une seule action même si son prix est supérieur à sa vraie valeur car il surpaye une seule action et non 99. De plus, l'action en cause lui permet de détenir un contrôle à 100%. Aussi, il n'achète pas seulement l'action en question, mais également le fait de devenir associé unique.

Ainsi, l'exigence de bonne foi dans la mise en œuvre de la clause et particulièrement dans la détermination du prix de référence doit demeurer un garde-fou.

La question de la bonne foi dans la mise en œuvre de la clause trouve également à s'appliquer au regard des circonstances de déclenchement de celle-ci.

II. Une réponse conventionnelle aux situations de blocage de la société

Le déclenchement de la clause de *buy or sell* offre une solution bienvenue à une situation objective de blocage de la société (A). Toutefois, l'ingéniosité des cocontractants rencontre une limite certaine dans le contrôle étroit opéré par les juges du fond, soulignant ainsi l'intérêt d'user de figures contractuelles voisines (B).

A. **Le déclenchement bienvenu de la clause face à une situation objective de blocage**

Comme le précise la chambre commerciale, le déclenchement d'une clause de *buy or sell* est soumis à des « conditions objectives », à savoir « l'existence d'un désaccord grave et persistant entre les deux associés susceptible d'entraîner une paralysie dans le fonctionnement de la société et de porter atteinte à l'intérêt social ». On perçoit alors l'intérêt pratique d'une telle clause qui est d'éviter les désaccords graves ou les blocages en anticipant les conditions de sortie d'un associé à un prix équilibré et accepté par tous.

En l'absence d'une telle clause, la mésentente entre associés est lourde de conséquences, puisqu'elle peut entraîner la dissolution anticipée de la société lorsqu'elle paralyse son fonctionnement¹². Cette sanction est radicale et peu souhaitable tant pour la société, en ce qu'elle empêche toute poursuite de son activité, que pour les associés qui risquent de voir leur contribution aux pertes se concrétiser.

La clause américaine est d'autant plus intéressante que la jurisprudence refuse de résoudre un tel blocage par la possibilité de contraindre un associé à vendre ses parts. En effet, les juges ont reconnu un droit intangible de tout associé de demeurer au sein de la société dès lors qu'il a satisfait à ses obligations légales à l'égard de celle-ci¹³. Dès lors, face à un blocage, la solution classique est la dissolution anticipée de la société, sauf à organiser la sortie (forcée ou consentie) d'un associé. Ce droit de demeurer associé n'étant pas absolu, il est possible de prévoir par exception des hypothèses de rachat forcé des parts, que ce soit par la loi ou par des stipulations contractuelles, comme le permet la clause de *buy or sell*.

La clause américaine est donc étroitement liée au risque de blocage, à tel point que son déclenchement est subordonné à « un désaccord grave et persistant susceptible d'entraîner une paralysie dans le fonctionnement de la société », ce désaccord étant apprécié objectivement. La référence à des « conditions objectives » invite à une vigilance dans la rédaction de ces clauses qui devront prévoir de manière suffisamment précise les situations dans lesquelles elles peuvent être déclenchées. En effet, une clause de *buy or sell* ne saurait être assimilée à une clause d'exclusion et ne peut donc pas être fondée sur des motifs subjectifs. Ainsi, elle ne peut s'apparenter à une sanction disciplinaire¹⁴ et ne

¹¹ Com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241, Vilgrain, Bull. civ. IV, n° 65, D. 1996. 518

¹² C. civ., art. 1844-7, 5°.

¹³ Cass. com., 12 mars 1996, Nolle, n° 93-17813.

¹⁴ P. LE CANNU, J. HEINICH et J. DELVALLEE : Rép. sociétés Dalloz, V° Société par actions simplifiée, 2020, spéc. n° 224.

saurait, par exemple, être déclenchée pour violation des règles de fonctionnement¹⁵.

Or la notion de « désaccord grave et persistant » bien qu'étant considérée par les juges comme une condition objective est en réalité empreinte de subjectivité¹⁶. Pour s'assurer de l'objectivité des conditions de déclenchement, la Cour d'appel a pris le soin d'opérer un contrôle détaillé des circonstances, en caractérisant précisément la situation de blocage (report d'une assemblée générale par crainte d'un blocage, rejet systématique des résolutions, dépôt de plainte du gérant minoritaire contre le majoritaire). À l'avenir, on imagine donc que les juges du fond jouiront d'un large pouvoir quant à l'appréciation des conditions ayant justifié l'activation d'une telle clause (et s'assureront ainsi qu'elle n'a pas été déclenchée de mauvaise foi).

La clause de *buy or sell* apparaît comme une réponse adéquate face au risque de blocage. Compte tenu de cette finalité, on ne peut que saluer le pragmatisme de la solution retenue par la Cour de cassation qui consacre une pratique contractuelle déjà répandue en s'écartant des principes fondamentaux de notre théorie générale du contrat et de notre droit de la vente¹⁷ (notamment sur la question de la détermination du prix et de la bonne foi). En revanche, elle nécessite une rédaction précautionneuse pour s'assurer de son efficacité au moment de sa soumission à un contrôle étroit des juges.

B. L'ingéniosité de la pratique face à un contrôle juridictionnel étroit

À travers la référence au mécanisme même de la clause (auquel les parties ont consenti) et à un contrôle *in concreto* attentif des juges du fond quant à sa mise en œuvre, la clause de *buy or sell* jouit désormais d'une licéité de principe. Il n'en reste pas moins que la rédaction de celle-ci constituera un exercice de style particulièrement important, dans la mesure où le cadre dans lequel elle s'insère n'est pas immunisé contre tout grief d'invalidité et sera soumis à la stricte interprétation des tribunaux.

D'une part, l'arrêt commenté souligne l'importance de caractériser des conditions objectives de déclenchement de la clause américaine. Cette dernière doit être invoquée dans le seul but d'assurer la pérennité de la société face à un blocage, en tant que solution ultime à la protection de l'intérêt social, et non en fonction de considérations individuelles, prises négativement (sanctionner le comportement

fautif d'un associé) ou positivement (par exemple, un associé qui chercherait à accroître sa participation dans le capital social ou à évincer un de ses coassociés). En effet, la clause déclenchée par un associé de mauvaise foi se trouverait paralysée du fait du contrôle rigoureux des juges du fond.

D'autre part, quant à la question de la fixation unilatérale du prix, la Cour admet en l'espèce une évolution bienvenue, sous réserve du respect de la procédure contractuellement établie. À ce titre, la pratique avait d'abord pris pour habitude de laisser sa détermination à un tiers estimateur¹⁸. Or, au-delà d'une plus grande célérité face à un blocage, l'intérêt de ne pas recourir à un tiers estimateur se retrouve à la lecture de l'article 1592 du Code civil, qui se contente de constater, lorsque le tiers chargé de fixer le prix de la vente « ne veut ou ne peut faire l'estimation » (notamment en cas de discordance sur la méthode d'évaluation retenue), qu'« il n'y a point de vente ». Au contraire, l'intervention unilatérale de l'associé offrant suffira à former la vente malgré l'opposition formée par l'actionnaire récalcitrant. À l'instar du mécanisme de sanction de l'article 1304-3 du Code civil qui prévoit que « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement »¹⁹, le refus par l'un des associés de considérer la vente comme parfaite sera donc inopérant (sous la réserve de l'utilisation d'une méthode claire d'évaluation du prix) et la force obligatoire du mécanisme jouera pleinement.

Finalement, la position pragmatique de la Chambre commerciale permet la promotion de la liberté contractuelle et la protection du caractère protéiforme de la clause de *buy or sell*, dont les modalités doivent pouvoir être déterminées sur mesure par les associés. Ces derniers pourront par ailleurs préférer recourir à des figures contractuelles voisines, telles que la clause de « *mexican shoot out* » (ou clause de contre-offre). Celle-ci s'insère dans le même contexte, à la différence que le bénéficiaire de l'offre aura également la possibilité de formuler une contre-offre de rachat, adressée sous enveloppe scellée à un tiers désigné, la plus importante des offres formulées l'emportant. La Cour de cassation avait d'ailleurs adopté un raisonnement analogue à celui déployé par l'arrêt commenté pour reconnaître sa validité²⁰. À l'avenir, il est certain que la jurisprudence permettra d'affiner le régime de la clause de *buy or sell* et d'en améliorer l'efficacité. À cet égard, la question de l'étendue des droits des associés signataires reste à définir, notamment lorsque la mise en œuvre de la clause entraîne un conflit avec les

¹⁵ Cass. com., 21 juin 2023, n° 21-25.952 : JCP E 2023, 1230, B. DONDERO.

¹⁶ E. SCHLUMBERGER, « L'originalité de la clause *buy or sell* validée par la Cour de cassation », *BJS*, 2025.

¹⁷ B. FAGES, « La clause *buy or sell* face aux exigences de détermination du prix et d'exécution de bonne foi », *Rev. sociétés*, 2025, 332 ; S. FRANÇOIS, « La clause de *buy or sell* passe l'épreuve du feu », *RDC* 202, p. 2, 2025.

¹⁸ C. civ., art. 1592 ; voir C. civ., art. 1843-4.

¹⁹ Cass. Com, 28 avril 2009, n° 08-13.044 sur le fondement de C. civ., art. 1178 anc.

²⁰ Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-15.040.

droits des tiers. En effet, dans la situation où un tiers se prévaudrait d'un droit de préemption conventionnel postérieur à l'activation régulière de la clause de *buy or sell*, la survenance d'un tel conflit de droits conventionnels donnerait l'occasion à la Cour de se prononcer sur la nature des droits appartenant à chaque bénéficiaire de la clause. Il revient par conséquent aux parties de dissiper de telles incertitudes, en s'assurant d'un cadre conventionnel clair et précis²¹ entourant la mise en œuvre de la clause de *buy or sell*.

²¹ E. SCHLUMBERGER, « L'originalité de la clause *buy or sell* validée par la Cour de cassation », *BJS*, 2025 ; S. FRANÇOIS, « La clause de *buy or sell* passe l'épreuve du feu », *RDC*, p. 202, 2025.

Créé en 1987, le Magistère de Droit des Activités Économiques (MDAE) est un diplôme d'excellence qui forme simultanément au droit privé et au droit public des affaires. Il prépare aux carrières d'avocat d'affaires, de juriste d'entreprise, de fonctionnaire français et international, de cadre supérieur des entreprises publiques ou privées et de professeur de droit. Le rythme de travail est intensif puisque les étudiants suivent un nombre d'enseignements bien supérieur à celui exigé par le cursus classique. Une émulation importante a lieu entre ces très bons étudiants réunis dans la classe du Magistère.

Dispensée en trois ans, cette formation de haut niveau est ouverte aux étudiants titulaires d'une Licence 2 (L2) en droit, admis sur dossier (présentant des mentions assez bien au minimum), après un entretien avec les directeurs du Magistère.

Les étudiants reçoivent d'une part, une formation approfondie en droit privé et droit public des affaires, en anglais juridique et en comptabilité ; et d'autre part, une formation pratique comportant chaque année un stage en France ou à l'étranger.

Les enseignements sont assurés par des universitaires de l'École de droit de la Sorbonne et des praticiens de tout premier plan. La possibilité en deuxième année de choisir jusqu'à quatre options permet aux étudiants d'individualiser et intensifier leur parcours dans la perspective du M2 de leur choix.

De nombreux étudiants du MDAE décident de faire une thèse, ou de poursuivre leurs études en LLM dans les meilleures facultés de droit américaines et anglaises (Harvard Law School, Columbia Law School, Berkeley Law School, Cornell Law School, London School of Economics, King's College London, UCL, etc.) ou en école de commerce (HEC, ESSEC, ESCP, etc.).

Avec l'aimable participation de



Gazette du Magistère - Édition Juin 2025

ISSN : 3077-3202