

Gazette du Magistère de Droit des Activités Économiques

En partenariat avec



À la une :

La chambre commerciale est capable du meilleur comme du pire - **Pr. Bertrand Fages**

L'incidence de l'IA Act sur le droit des affaires et les professions juridiques - Entretien avec le **Pr. Grégoire Loiseau**

La décision collective minoritaire - **Julien Didry-Barca**



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 :

- Bertrand FAGES - Professeur agrégé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Grégoire LOISEAU - Professeur agrégé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Julien DIDRY-BARCA - Doctorant 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
- Inès DUSSAUCHOY - M2 droit des affaires et fiscalité
- 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 |
| - Noé COUVERT | - Anaïs MAHIEUX |
| - Delphine DUONG | - Gauthier MICHAUD |
| - Eva ETHELTON | - Millo PASQUALI |
| - Louis GAUSSENS | - Noé VIGNEAU |

Étudiants du Magistère en L3 :

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

Sommaire

La chambre commerciale est capable du meilleur comme du pire

Bertrand FAGES, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

page 2.

La décision collective minoritaire

Julien DIDRY-BARCA, Doctorant à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

page 4.

L'incidence de l'IA Act sur le droit des affaires et les professions du droit : entretien avec le Pr. Grégoire LOISEAU

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

page 9.

La sauvegarde des prévisions du contractant au détriment du principe de l'effet relatif

Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947, B

Noé VIGNEAU (dir.), Louise DENOYES, François GUERIN

page 14.

Dissimulation intentionnelle du cédant de droits sociaux : que reste-t-il de l'adage *emptor debet esse curiosus* ?

Com., 18 septembre 2024, n° 23.10-183

Eva ETERTHON (dir.), Téo BUCHHOLZ, Rebecca LAVAUD, Millo PASQUALI

page 18.

Le dirigeant d'une société anonyme est bien débiteur d'une obligation de loyauté à l'égard des organes sociaux

Com., 20 mars 2024, n° 23-14.824

Anatole JACOLIN (dir.), Solène BRYSKA, Louis GAUSSENS, Aïste GRICIUNAITÉ, Isaac OULJOUR-SCHNEIDER

page 22.

RSE et chaînes d'approvisionnement : l'Europe passe à l'offensive avec la CS3D

Noé COUVERT (dir.), Maryam ACHLIH, Emma BIZZARI, Eva FILLIERES, Ariel LELONG

page 25.

Précisions sur la divisibilité des clauses et la prescription des actions en restitution

CE, 17 mai 2024, SMA Energie, n° 466568

Anaïs MAHIEUX (dir.), Delphine DUONG, Alice ELAERTS, Timothée GABEL, Noha VANDENPLAS

page 28.

SPIC et SPA : de Toulouse à Bordeaux ?

TC, 8 juillet 2024, n° C4314

Pierre GASNIER-DUPARC

page 31.

Édito : La chambre commerciale est capable du meilleur comme du pire



Bertrand FAGES

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Co-directeur du Magistère de Droit des Activités Économiques

La présente Gazette a été pilotée et rédigée par une équipe de choc, composée essentiellement d'étudiants des trois actuelles promotions du Magistère. Elle est le reflet de leur intérêt pour le droit, de leur travail rigoureux et – déjà ! – de leur capacité à faire entendre une voix qui leur est propre. Car être un bon juriste ne consiste pas uniquement à maîtriser des normes ou à réciter des formules. C'est savoir adopter une posture intellectuelle active, se positionner face aux textes, aux décisions et aux problématiques qui façonnent le droit positif, pour en proposer une lecture personnelle et éclairée.

À cet égard chacun pourra se forger sa propre opinion à la lecture de deux arrêts majeurs rendus par la chambre commerciale, fort opportunément sélectionnés par les rédacteurs de la Gazette.

Le premier (3 juillet 2024, n° 21-14.947, B), que pour ma part j'approuve sans réserve, entame un nécessaire réajustement de la jurisprudence *Bootshop* en affirmant que « le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants ». Les puristes de la responsabilité délictuelle s'en étranglent déjà. Mais la chambre commerciale a mille fois raison, comme elle s'en explique elle-même dans l'arrêt, de chercher à protéger les prévisions du débiteur contractuel ayant pris soin de limiter sa responsabilité par une clause. Elle a mille fois raison de refuser de conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même. On

ne peut à la fois ouvrir les vannes du contrat pour que le tiers vienne y puiser la faute nécessaire au succès de son action délictuelle et les fermer pour lui éviter de faire les frais de la clause limitative. Il faut être un idéologue de la réparation à tout-va pour ne pas voir l'incohérence d'une telle posture.

Rendu en matière de cession de droits sociaux, le second arrêt (18 sept. 2024, n° 23-10.183, B) est à mes yeux, et aux yeux de nombreux praticiens du droit des affaires, éminemment critiquable. Sous prétexte de favoriser la sanction de la dissimulation intentionnelle envisagée à l'article 1137, alinéa 2, du Code civil (qu'elle persiste à appeler réticence dolosive), la chambre commerciale y désactive carrément l'obligation de se renseigner qui pèse sur le cessionnaire. Or, en plus d'être conforme à la pratique des affaires, cette obligation découle pourtant nettement de la rédaction de l'article 1112-1 du Code civil et des travaux parlementaires de la loi de ratification. Son non-respect a pour conséquence de rendre illégitime l'ignorance du cessionnaire : le cédant n'a donc pas l'obligation légale de l'informer. Dans ces conditions, et sauf à être un idéologue de l'annulation à tout-va, comment pourrait-on reprocher au cédant d'avoir dissimulé au cessionnaire une information qu'il n'était pas légalement tenu de lui révéler ? À cela, on objectera que l'article 1139, visé par la chambre commerciale dans son arrêt, dispose que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ». Mais cet article ne doit pas être l'instrument d'une remise en cause du point d'équilibre voulu par le législateur en matière de répartition du devoir d'information. Il faut l'interpréter

de façon restrictive. Il ne dit pas que « l'ignorance qui précède le silence est toujours légitime »¹.

Au fond, le résumé de ce petit éditorial tient en une phrase. La chambre commerciale est capable du meilleur comme du pire, les étudiants du Magistère de

Paris 1, quant à eux, ne déçoivent jamais : ils maintiennent toujours la même excellence.

Bonne lecture de la Gazette. Vous êtes en très de bonnes mains.

¹ B. FAGES, « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », *RDC hors-série* 2018, n° 115g1, p. 15, spéc. n°16.

La décision collective minoritaire



Julien DIDRY-BARCA

Doctorant à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pour ses trente ans, la SAS s'établit comme première forme sociale de France¹ et l'on se demande pourtant si le regard porté par la doctrine et la jurisprudence a évolué aussi vite que ce succès pratique. Cet anniversaire fut l'occasion de rappeler le changement de paradigme qu'opère la SAS. En rupture, elle s'abstrait des « équilibres fondamentaux » comme des « principes tutélaires du droit commun des sociétés par actions »². La SAS aurait même « décoincé notre droit des sociétés »³. C'est dans le silence gardé par le législateur, tracé par l'exclusion expresse des dispositions applicables à la SA, que s'incarne l'« îlot de liberté »⁴ à l'origine de ce succès pratique. Et pourtant ce silence continue d'inquiéter, si bien que le juge, soutenu par la doctrine, s'occupe de le combler en plaquant sur la SAS les formes institutionnelles dont on pensait l'abstraire.

Ce silence résonne dans l'article L. 227-9 du Code de commerce, relatif à la compétence de la collectivité des associés de SAS, lorsqu'il prévoit que les décisions sont prises « dans les conditions prévues par les statuts ». Nulle trace ici d'une exigence de majorité, qu'on retrouve expressément dans la plupart des formes sociales⁵. Il apparaissait naturel, dès lors, d'admettre avec la doctrine spécialisée que cette liberté permettait aux associés, si tel était leur souhait,

de prévoir que les décisions collectives seraient adoptées, non pas à la majorité, mais à une minorité des votes⁶. Certes, il ne s'agissait probablement pas d'une solution optimale pour conférer au minoritaire un pouvoir de décision dépassant sa part dans le capital social. Les actions à droits de vote multiple permettaient ainsi d'atteindre un tel résultat avec plus de stabilité⁷. Aucun texte ne prohibait pourtant la « clause de minorité », en cohérence avec l'inspiration libérale propre à la SAS : libre aux associés de faire le choix d'une minorité de décision, dès lors qu'elle répond aux besoins pratiques qu'ils poursuivent et dont on ne saurait préjuger.

L'Assemblée plénière vient sèchement contredire ce raisonnement⁸. En l'espèce, l'article 17 des statuts d'une SAS stipulait que « les décisions collectives des associés sont adoptées à la majorité du tiers des droits de vote ». Une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription fut adoptée sur le fondement de cette clause par une minorité des associés dépassant la condition de seuil prévue. Elle fut néanmoins contestée par les majoritaires. La chambre commerciale leur donna raison dans un premier arrêt du 19 janvier 2022 rendu au visa du seul article L. 227-9 al. 2 du Code de commerce, considérant que la clause ne permettait

¹ P.-L. PERIN, « La SAS, première société en France », *BJS* oct. 2024, p. 3.

² A. COURET, « La SAS a trente ans », *BJS* oct. 2024, p. 33.

³ P.-L. PERIN, art. préc.

⁴ P. LE CANNU, « Un cadre légal minimal », in *La SAS, Bilan et perspectives*, Dalloz, 2016, p. 61.

⁵ Voir, répertoriant les dispositions l'exigeant au sein des sociétés commerciales : H. LE NABASQUE, note préc., n° 12.

⁶ J.-J. DAIGRE, « Décisions collectives », in A. COURET, P. LE CANNU (dir.), *Société par actions simplifiées*, Joly, 1994, p. 37, spéc. n° 90, p. 48 ; H. AZARIAN, *La société par actions simplifiée*, préf. A. VIANDIER, 4^e éd.,

LexisNexis, 2016, n° 391, p. 276 ; M. GERMAIN, P.-L. PERIN, *SAS, La société par actions simplifiée*, 6^e éd., Joly, 2016, n° 491, p. 334-335 ; L. GODON, *La société par actions simplifiée*, LGDJ, 2014, n° 427, p. 328.

⁷ Rapp. H. AZARIAN, op. cit., n° 391, p. 276.

⁸ Cass. Ass. plén., 15 nov. 2024, n° 23-16.670, *Dr. sociétés* déc. 2024, alerte 189, obs. C. LAVIELLE ; *JCP G* 2024, act. 1426, note J.-M. MOULIN ; *BJS* déc. 2024, p. 22, note H. LE NABASQUE ; *Lexbase affaires* 2024, n° 815, note B. SAINTOURENS.

pas l'adoption d'une décision collective, « puisque les partisans et les adversaires de cette résolution peuvent simultanément remplir cette condition de seuil »⁹. La Cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi, avait résisté dans un arrêt du 4 avril 2023 en contestant cette affirmation et en relevant l'absence de contrariété à l'intérêt social de la décision d'augmentation de capital¹⁰. L'Assemblée plénière donne raison à la chambre commerciale, en élargissant les fondements de la solution rendue. Ajoutant à l'article L. 227-9, al. 1 et 2, les articles 1844 et 1844-10, al. 2 et 3, du Code civil, elle pose qu'« une décision collective d'associés ne peut être tenue pour adoptée que si elle rassemble en sa faveur le plus grand nombre de voix », la liberté contractuelle qui régit la SAS ne pouvant s'exercer que dans le respect de cette règle. Elle en déduit que la décision collective des associés de SAS « ne peut être valablement adoptée que si elle réunit au moins la majorité des voix exprimées, toute clause contraire étant réputée non écrite ».

Nous déplorions initialement cette disqualification sévère d'une initiative pratique cohérente avec l'esprit libéral qui anime la SAS. N'est-il pas contradictoire de combler le silence assumé du Code par la transposition d'un schéma classique avec lequel on souhaite rompre ? Pourtant, à la réflexion, cette prohibition des décisions minoritaires n'est pas sans un certain bon sens, mainte fois souligné par les commentateurs¹¹. On peut concéder, en effet, le couplage conceptuel entre décision collective et décision minoritaire (I), qui pourrait justifier la décision à l'aune d'un ordre public virtuel. La solution reste toutefois bien délicate à fonder en droit, tant « le bon sens parvient difficilement à se glisser dans les habits d'un texte »¹². En cela, la solution est rendue au prix d'une confusion textuelle qu'on ne peut que regretter (II).

I. Le couplage conceptuel entre décision collective et décision majoritaire

Le rejet de la décision minoritaire par l'Assemblée plénière et la doctrine favorable à la position retenue s'appuie sur un couplage conceptuel entre décision collective et majoritaire¹³. Partant de l'unanimité¹⁴, la loi de la majorité s'est imposée en droit des sociétés pour sa faculté à légitimer la décision collective (A) mais aussi parce qu'elle permet l'efficacité de la prise de décision collective¹⁵ (B).

A. La légitimité de la décision collective

Tandis que la souveraineté que confère le droit subjectif s'accommode mal d'une autre règle que l'unanimité¹⁶, la majorité vient légitimer l'atteinte non consentie à la situation juridique de l'associé par la décision collective. La décision minoritaire ne le permettrait pas : « comment faire admettre – alors que le plateau de la balance penche d'un côté, que le nombre de voix rejetant la résolution l'emporte, peut-être massivement, sur le nombre de voix l'adoptant – qu'il faille entériner, par une sorte de fiction, le résultat inverse ? »¹⁷. On sait pourtant comme il est difficile de justifier le principe majoritaire autrement que par la force (du capital, dans les sociétés par actions¹⁸) qu'ont les majoritaires de s'imposer¹⁹. À ce titre, une conception trop stricte du principe majoritaire se heurte à l'évolution des modalités d'adoption des décisions collectives. Comment justifier, à l'aune de ce principe, la légitimité de la décision prise par un minoritaire en capital disposant d'action à droit de vote multiple²⁰ ? Le principe majoritaire est encore fragilisé par la contingence de la majorité et son appréciation conjoncturelle²¹. Certes, il est possible de fonder la légitimité de la décision collective majoritaire sur la poursuite d'une fin commune à l'ensemble des associés²², ou encore par une dimension procédurale :

⁹ Cass. com., 19 janv. 2022, n° 19-12.696, D. 2022, p. 342, note A. COURET ; p. 1875, obs. A. RABREAU ; BJS avr. 2022, p. 22, note F.-X. LUCAS ; Rev. sociétés 2022, p. 493, note L. GODON ; RTD com. 2022, p. 99, note J. MOURY ; Gaz. Pal. 21 juin 2022, p. 65, note M. CAFFIN-MOI ; Dr. sociétés avr. 2022, comm. 42, note J.-F. HAMELIN ; JCP E 2022, 1091, note B. DONDERO ; 1363, obs. F. DEBOISSY, G. WICKER.

¹⁰ CA Paris, 4 avr. 2023, n° 22/05320, Dr. sociétés juin 2023, rep. 6, obs. R. MORTIER ; juill. 2023, comm. 86, note J.-F. HAMELIN ; Rev. sociétés 2024, p. 36 ; note P.-A. MARQUET, P. LETHENET ; JCP E 2023, 1197, note B. MARPEAU, T. DAMOUR ; BJS juill. 2023, p. 23, note B. DONDERO ; Gaz. Pal. 24 oct. 2023, p. 66, note M. BUCHBERGER ; D. actu 10 mai 2023, note J. DELVALLEE.

¹¹ En témoigne la réaction de la quasi-totalité de la doctrine, voyant dans la prohibition de la clause de minorité une solution de « bon sens ». Voir notamment A. COURET, « Victoire du bon sens en droit », BJS déc. 2024, p. 1 ; F.-X. LUCAS, note préc., pour qui l'arrêt de la chambre commerciale est de ceux « qui font coïncider le droit et le bon sens » ; C. LAVIELLE, obs. préc. ; H. LE NABASQUE, note préc., y voyant le combat « du bon sens contre le « grand n'importe quoi ». Voir aussi le rapport de Mme GRANDJEAN, § 7.3.1.

¹² M. CAFFIN-MOI, note préc.

¹³ Rappr. F.-X. LUCAS, note préc., considérant que la majorité relève de « l'essence même d'une délibération collective ».

¹⁴ À propos de la majorité comme « affadissement » de l'unanimité, voir C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th. dactyl., Paris II, 1997, t. 1, n° 86 s., p. 50 s. Voir toutefois, considérant « qu'il n'est pas possible de dégager, malgré le passage relevé de l'unanimité à la majorité, une véritable loi d'évolution du principe majoritaire » : F. TERRE, « Fondements

historiques et philosophiques de la loi de la majorité », in F. TERRE (dir.), *La loi de la majorité*, RJ com. nov. 1991, p. 14.

¹⁵ Mobilisant avec clarté cette double inspiration pour justifier la prohibition de la clause de minorité : R. MORTIER, note préc.

¹⁶ G. RIPERT, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mélanges N. Sugiyama*, p. 351.

¹⁷ R. MORTIER, note préc.

¹⁸ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, *Les connexions radicales*, préf. F. TERRE, LGDJ, 2002, n° 382, p. 185.

¹⁹ F. TERRE, art. préc., p. 13.

²⁰ La loi dite « Attractivité » n° 2025-537, du 13 juin 2024 prévoit à ce titre un dispositif libéral permettant aux sociétés voulant s'introduire en bourse de créer des actions de préférence à droit de vote multiple. Voir V. MALASSIGNE, « Loi du 13 juin 2024 visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France : dispositions intéressant les sociétés cotées », Dr. sociétés oct. 2024, comm. 121.

²¹ Rappr. S. FRANÇOIS, note ss Cass. com., 8 nov. 2023, Rev. sociétés 2024, p. 244.

²² Développant cette conception : D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. BISCHOFF, Sirey, 1970, n° 25 s., p. 21 s. On a pu, en cela, rapprocher l'avènement de la loi de la majorité à celui de l'autonomie juridique des sociétés commerciales. Voir H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, Domat-Montchrestien, 1938, p. 122. Voir aussi F. TERRE, art. préc., p. 24.

l'aptitude de la majorité à clore un débat contradictoire qui seul caractérise la décision collective²³. Il ne nous semble pourtant pas invraisemblable d'étendre ces facultés à la minorité de décision. La décision minoritaire serait alors contrôlée à l'aune de sa conformité à l'intérêt social et du bon déroulement de la procédure précédant son adoption.

Plus encore, il pourrait être avancé que la légitimité de la décision collective réside davantage dans sa conformité à la norme qui pose les conditions de sa validité – en l'occurrence les statuts, sur délégation de la loi – et qu'une telle légitimité formelle suffit à fonder positivement l'efficacité d'une clause de minorité. La décision n'en perdrait pas son caractère collectif²⁴, sauf à confondre, *a priori*, décision collective et décision majoritaire.

B. L'efficacité de la prise de décision collective

En l'absence de fondement théorique solide, la loi de la majorité s'est imposée en droit des sociétés pour son pragmatisme²⁵ : c'est pour dépasser les limites inhérentes à l'unanimité et les risques de blocage qu'elle porte que se diffuse la règle majoritaire²⁶. Inversement, la clause de minorité ferait naître un risque de blocage de la société en raison de la possibilité de l'adoption successive de deux résolutions contradictoires²⁷. Dans son arrêt du 15 novembre 2024, l'Assemblée plénière remarque à ce titre que toute autre règle que celle de la majorité « conduirait à considérer que la collectivité des associés peut adopter, lors d'un même scrutin, deux décisions contraires »²⁸. Certes, ce risque n'est que contingent, puisqu'il peut être prévenu en adaptant dans les statuts la maîtrise de l'ordre du jour²⁹. Mais se pose alors la question de la légitimité du déplacement du pouvoir sur l'organe compétent pour fixer l'ordre du jour³⁰.

Quelle que soit la formulation retenue, la décision minoritaire semble donc dotée d'un irréductible potentiel de perturbation de l'équilibre sociétaire. On perçoit ainsi comment l'efficacité ancre le principe majoritaire comme évolution de l'unanimité, sans que l'on puisse voir dans la loi de la minorité « l'étape ultime de cette évolution »³¹. Est-ce suffisant pour fonder la prohibition de la clause de

minorité ? De fait, lorsque le législateur permet de conférer au minoritaire en capital un poids prépondérant dans l'adoption des décisions collectives, par le biais d'actions à droit de vote multiple, il assure la préservation du principe majoritaire dans le décompte des votes. La solution de la Cour de cassation invite les statuts de SAS à recourir à une telle alternative pour arriver à un résultat équivalent à la clause de minorité³². Le couplage conceptuel entre décision collective et majorité légitime donc le choix de l'Assemblée plénière de faire du principe majoritaire une règle d'ordre public, justifiant de sanctionner la décision minoritaire comme la clause qui l'admettrait³³.

II. La confusion textuelle entre décision collective et décision majoritaire

Si on peut admettre un couplage conceptuel entre décision collective et décision majoritaire, les fondements juridiques avancés au soutien de la prohibition de la décision minoritaire relèvent de la confusion textuelle. Selon les partisans de cette prohibition, le législateur entendrait, lorsqu'il évoque une décision collective, une décision prise « à la majorité des voix exprimées ». Cette interprétation douteuse des textes (A) semble résulter de l'ombre portée de la restriction des causes de nullité en droit des sociétés (B).

A. Une interprétation douteuse des textes

La confusion textuelle entre décision collective et majoritaire par la Cour de cassation et son approbation doctrinale surprend face au silence gardé par l'article L. 227-9 du Code de commerce sur les conditions d'adoption des décisions collectives.

²³ Voir C. RUELLAN, *op. cit.*, spéc. n° 286 s., p. 158 s.

²⁴ *Contra* D. GALLOIS-COCHET, G. GRUNDELER, « Faut-il consacrer la loi de la minorité ? », *D.* 2024, p. 1629, adoptant une conception « prescriptive » de la décision collective. La clause de minorité ne serait donc pas envisageable dans les décisions visées à l'article L. 227-9 al. 2 C. com.

²⁵ J. MESTRE, Rapport de synthèse, in F. TERRE (dir.), *La loi de la majorité*, *RJ Com.* nov. 1991, p. 139. Voir aussi S. SCHILLER, *op. cit.*, n° 388, p. 187.

²⁶ S. SCHILLER, *op. cit.*, n° 392, p. 188. Voir aussi, soulignant l'importance des « raisons inhérentes aux pratiques » du commerce dans le développement de la loi de la majorité : F. TERRE, art. préc., spéc. p. 13.

²⁷ J.-F. HAMELIN, note ss. CA Paris, 4 avr. 2023, préc. Voir aussi B. SAINTOURENS, note préc.

²⁸ Cass. Ass. plén., 15 nov. 2024, n° 23-16.670, préc.

²⁹ B. MARPEAU, T. DAMOUR, note préc. ; A. COURET, note préc.

³⁰ F.-X. LUCAS, note préc. ; R. MORTIER, obs. préc.

³¹ D. GALLOIS-COCHET, G. GRUNDELER, art. préc., n° 1.

³² Voir J.-M. MOULIN, note préc. ; H. LE NABASQUE, note préc., spéc. n° 27 ; B. BRIGNON, « Actions de préférence », *J. Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 1803, oct. 2024, n° 27. Soulignant toutefois la particularité de la décision minoritaire par rapport à ces alternatives : D. GALLOIS-COCHET, G. GRUNDELER, art. préc., n° 3.

³³ La seule répétition de la règle majoritaire dans les textes propres à chaque forme sociale ne semble pas permettre d'aboutir à une telle conclusion. En ce sens voir H. LE NABASQUE, note préc., n° 22. Au contraire, elle invite à conférer un poids plus important au silence gardé par l'article L. 227-9 C. com.

Pour le combler, la jurisprudence et la doctrine avancent deux arguments principaux³⁴.

Le premier réside dans un rapprochement mathématique entre décision collective et majorité³⁵. Selon cet argument, avancé par la chambre commerciale dans l'arrêt du 19 janvier 2022, la loi de la minorité ne saurait prospérer en ce qu'elle s'avère, contrairement à la majorité, inefficace pour établir l'adoption ou le rejet de la résolution, « puisque les partisans et les adversaires de cette résolution peuvent simultanément remplir cette condition de seuil »³⁶. C'était déjà confondre majorité et condition de seuil d'adoption de la résolution. Ainsi conçue, comme le remarque la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 4 avril 2023, la clause de minorité permet effectivement un départage, la résolution étant réputée adoptée dès lors que la condition de seuil est remplie, peu important que les adversaires vérifient aussi cette condition³⁷. Tout au plus l'argument aurait pu porter au cas particulier de résolutions « à option », plus rares, dont l'issue ne se réduit pas à l'adoption ou au rejet de la résolution³⁸.

Le second argument se rapproche du précédent, mais se fonde cette fois sur le droit de l'associé de participer aux décisions collectives et de voter prévu par l'article 1844 al. 1^{er} du Code civil. Pour l'Assemblée plénière, seul le principe majoritaire garantirait le respect de ce droit. Le recours à une condition de seuil reviendrait à procéder par « décompte » des voix en faveur de la résolution et non « par confrontation entre les voix pour et les voix contre la résolution »³⁹, de sorte que se trouveraient exclues les voix émises par les opposants, dont on ferait abstraction⁴⁰. Les opposants ne seraient pas, par conséquent, mis en mesure de participer « utilement » aux décisions collectives⁴¹. On ne voit pas, pourtant, ce qui met en cause le droit de participer aux décisions collectives dans la clause de minorité. D'une part, elle ne fait pas obstacle à la convocation comme à la participation effective de tous les associés à la prise de décision⁴². D'autre part, la

vérification de la condition de seuil se fait par rapport à l'ensemble des votes émis : si les partisans emportent plus d'un tiers, c'est que les adversaires n'ont pas dépassé les deux tiers nécessaires au rejet de la résolution.

B. L'ombre portée de la restriction des causes de nullité en droit des sociétés

Pourquoi opérer une telle confusion textuelle alors que le couplage conceptuel entre décision collective et décision majoritaire pourrait permettre de voir dans le principe majoritaire une règle d'ordre public ? Le raisonnement semble ici déformé par l'ombre portée du régime des nullités en droit des sociétés. En application de l'article 1844-10 al.2 du Code civil, seules les clauses statutaires contraires aux dispositions impératives du titre IX du livre III du Code civil peuvent être réputées non écrites, la Cour de cassation ne s'écartant de ce domaine restreint qu'avec précaution⁴³. Or la restriction posée par l'article 1844-10 al. 2 fait obstacle à l'admission d'une sanction de la clause de minorité sur le fondement d'un principe d'ordre public virtuel⁴⁴. Faute de fondement adéquat, le rattachement à l'article 1844 permet ainsi, « dans le doute »⁴⁵, d'assurer la sanction de la clause litigieuse. Mais la démarche pose question. N'est-ce pas inverser le raisonnement, et partir d'un *a priori* de la sanction de la décision minoritaire, au risque de forcer l'interprétation de l'article 1844 al. 1^{er} du Code civil ? Face à la fragilité de ce fondement, il est permis de s'interroger sur un chemin alternatif, qu'ouvre la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 4 avril 2023⁴⁶. Plutôt que de réputer la clause de minorité non écrite afin d'annuler la décision prise sur son fondement, on aurait pu contrôler la mise en œuvre de cette clause et les risques de blocage qu'elle crée de façon casuistique, au moyen d'instruments adaptés au traitement de la paralysie du fonctionnement sociétaire, dont la nomination d'un administrateur provisoire⁴⁷ ou la dissolution de la société pour mécontente. De même, l'abus « de majorité » aurait pu constituer une

³⁴ Les travaux préparatoires à la loi de 1994 relative à la SAS justifieraient tantôt la confusion, tantôt la distinction entre décision collective et décision majoritaire. La validité postulée de la clause de minorité a pu être justifiée par la suppression de l'exigence de majorité, figurant initialement dans le projet de loi relatif à la SAS, dans le texte final : L. GODON, *op. cit.*, n° 427, p. 328 ; M. GERMAIN, L. PERIN, *op. cit.*, n° 491, p. 334-335 ; H. AZARIAN, *op. cit.*, n° 391, p. 276. Au vrai, la finalité de la suppression résidait semble-t-il davantage dans la volonté d'éviter de faire référence à une « assemblée », conçue comme une réunion physique : D. GALLOIS-COCHET, G. GRUNDELER, art. préc. Il semble, par conséquent, discutable de tirer argument des travaux préparatoires, dans un sens comme dans l'autre.

³⁵ A. RABREAU, *obs. ss Cass. com.*, 19 janv. 2022, D. 2022, p. 1875.

³⁶ Cass. com., 19 janv. 2022, n° 19-12.696, préc., n° 14.

³⁷ Voir, remarquant la distinction opérée par la Cour d'appel de Paris : J. DELVALLEE, note préc. ; J.-F. HAMELIN, note ss CA Paris, 4 avr. 2023, préc. ; L. GODON, note préc.

³⁸ H. LE NABASQUE, note préc., considérant néanmoins « que l'on pouvait, dans l'ordre politique, s'interroger sur le point de savoir quelle était réellement LA volonté commune de la collectivité des associés, et quelle était, par conséquent, LA décision qu'elle avait adoptée : rejet ou adoption de la résolution ? ».

³⁹ J. DELVALLEE, note préc.

⁴⁰ D. GALLOIS-COCHET, G. GRUNDELER, art. préc., n° 7.

⁴¹ H. LE NABASQUE, note préc.

⁴² En ce sens : J.-M. MOUIN, note préc.

⁴³ Voir notamment, admettant l'annulation d'une délibération du conseil d'administration en raison de la méconnaissance du droit à l'information de l'administrateur, avant sa consécration à l'art. L. 225-35, al. 3 C. com. : Cass. com., 2 juill. 1985, n° 83-16.887 ; Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-17.218 et n° 88-18.004.

⁴⁴ À ce propos, voir E. GUEGAN, *Les nullités des décisions sociales*, préf. R. MORTIER, Dalloz, 2020, n° 174 s., p. 159 s. L'auteur propose un abandon du critère de la localisation de la norme transgressée élargissant les causes de nullité dès lors que cette règle « énonce une condition nécessaire à la validité des décisions sociales, peu important sa localisation » : voir n° 462, p. 421.

⁴⁵ H. LE NABASQUE, note préc., n° 22.

⁴⁶ Voir, décrivant ce raisonnement : M. BUCHBERGER, note préc.

⁴⁷ Rapp. P.-A. MARQUET, P. LETHENET, note préc., considérant qu'il est néanmoins « souhaitable de prévenir une telle paralysie ».

ressource intéressante⁴⁸. Son réexamen à l'aune de la décision minoritaire aurait pu être l'occasion d'illustrer qu'il s'agit moins d'un abus du droit de vote de l'associé qu'un détournement de la règle d'adoption de la décision collective⁴⁹, pourquoi pas minoritaire.

On comprend que le risque de contentieux porté par la clause de minorité ait pu convaincre la Cour de cassation de réputer non écrite la clause elle-même⁵⁰. Mais la sanction de la clause de minorité risque de fragiliser les statuts de SAS qui en prévoiraient une. Au cas de la SAS, le réputé non écrit laisse dans les statuts un vide qu'il conviendra de combler⁵¹. Faute de « conditions prévues par les statuts » pour adopter les décisions modificatives des statuts visées à l'article L. 227-9 al. 2 du Code de commerce, faut-il s'en tenir

à la « majorité des voix exprimées », minimum visé par l'Assemblée plénière⁵² ? Ce serait encore sacrifier l'application rigoureuse des textes, qui conduirait plutôt à en revenir au droit commun de l'article 1836 al. 1^{er} du Code civil selon lequel « l'accord unanime des associés » est exigé pour modifier les statuts⁵³, qu'il s'agisse d'augmenter le capital social ou de prévoir de nouvelles conditions d'adoption des décisions collectives, enrichies de l'enseignement délivré par la Cour de cassation⁵⁴. Ultime contradiction, l'unanimité est ainsi présentée comme un remède aux risques de blocage créés par l'adoption des décisions collectives à la minorité.

⁴⁸ Rapp. J. DELVALLEE, note préc., soulignant que la justification économique de l'augmentation de capital social pourrait être de nature à écarter la critique des majoritaires sur le fondement de l'abus.

⁴⁹ Rapp. F. CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND, *Les sociétés dites holdings*, th. dactyl., Paris II, 1993, n° 502, p. 390, considérant l'abus de majorité comme « l'abus de la règle majoritaire elle-même ».

⁵⁰ Voir notamment J.-F. HAMELIN, note ss CA Paris, 4 avr. 2023, préc.

⁵¹ Sur le risque que les statuts répondent à celui du législateur, voir J. HEINICH, « Les rapports juridiques entre la loi, les statuts et les pactes extra-statutaires en matière de SAS : quelques réflexions tirées de la jurisprudence récente », *RLDA* 2024, n° 208 ; H. LE NABASQUE, « La flexibilité contractuelle dans la SAS », in *La*

société par actions simplifiée (SAS), Bilan et perspectives, Dalloz, p. 75.

⁵² En ce sens, se fondant sur la dimension institutionnelle de la SAS en tant que société par actions : J.-J. DAIGRE, art. préc. n° 74, p. 44 ; J. MESTRE (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, 2025, n° 4283 ; J.-J. UETWILLER, C.-E. PRIEUR, « Comment organiser efficacement la liberté contractuelle dans la SAS », *RLDA* 2003, n° 57, p. 13, spéc. n° 19.

⁵³ En ce sens : M. GERMAIN, P.-L. PERIN, *op. cit.* n° 156, p. 113 ; H. LE NABASQUE, art. préc., spéc. N 8, p. 79 ; L. GODON, *op. cit.*, n° 428 p. 329. *Comp.*, en matière de société civile : Cass. 3^e civ., 15 nov. 1995, n° 93-13.830.

⁵⁴ B. SAINTOURENS, note préc.

L'incidence de l'IA Act sur le droit des affaires et les professions du droit : entretien avec le Pr. Grégoire Loiseau



Grégoire LOISEAU

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

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

Cet entretien n'a pas été préparé par l'intelligence artificielle (IA). La mode, pour la presse juridique, est désormais de laisser une IA générative rédiger les articles à son sujet. Toutes les revues se sont prêtées à l'exercice. Et pour cause, le développement récent de l'IA, encouragé par l'adoption du *Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle* du 13 mars 2024 (dit IA Act), qui entrera progressivement en vigueur jusqu'en 2026, fait ressentir ses premiers effets dans le monde du droit et en particulier du droit des affaires. M. le Professeur Grégoire LOISEAU, agrégé des facultés de droit et consultant au sein du cabinet Flichy Grangé, co-auteur de l'ouvrage *Droit de l'intelligence artificielle* (LGDJ, 2022) et de plusieurs parutions sur le sujet, livre son point de vue sur l'incidence à intervenir du texte européen sur le droit des affaires (I) et les professions du droit (II).

I. Les incidences sur le droit des affaires

Gazette : Dans un contexte de concurrence internationale qui touche de nombreux secteurs, l'IA Act est-il un instrument réussi pour la croissance des entreprises européennes ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Vu comment la question est formulée, oui. C'est précisément, je trouve, l'un des marqueurs de ce règlement que d'être un acte avec une inspiration économique libérale. Précisément, le faux semblant qu'on peut avoir quand on aborde l'IA Act, c'est d'attendre un règlement protecteur des

droits des personnes, comme avait pu l'être le RGPD en 2016. On pourrait se dire : « *cette montée en puissance des technologies de l'intelligence artificielle doit conduire à assurer la protection des droits des personnes, et notamment des droits fondamentaux.* » Et c'est vrai que lorsqu'on ouvre l'IA Act, il y a un classement de différents systèmes d'intelligence artificielle en fonction du risque, lequel est apprécié au regard de la santé, la sécurité et les droits fondamentaux. Mais en réalité, c'est un instrument dont l'ADN est profondément d'économie libérale, pour favoriser la possibilité pour l'Union européenne d'atteindre les acteurs majeurs sur le terrain de l'intelligence artificielle. Puisque – c'est toujours intéressant de voir les considérants – les considérants vous disent qu'il faut qu'il y ait une IA de confiance, et que cette confiance s'apprécie au regard précisément de la maîtrise du risque. Mais si l'on remonte à l'IA de confiance, c'est pour permettre son acculturation, pour permettre aux citoyens d'avoir confiance dans ces outils intelligents. C'est également pour permettre d'investir là où l'Europe n'est pas le premier continent dans le développement de l'IA – j'entends le développement pratique. Sommes toutes, si les entreprises françaises sont plutôt dans la conception à la pointe, elles sont, au sein de l'Union européenne, assez en retard. Selon une étude portant sur le ratio entre les travailleurs et les robots automatisés, la France est dans les tous derniers pays de l'Union européenne : il y a donc une question d'investissement. La question de l'investissement c'est certes la question du coût, mais c'est aussi la question

de la confiance. Donc, de mon point de vue, le raisonnement est assez clair : pour renforcer ou du moins inciter les acteurs à utiliser cet outil, il faut qu'il y ait une IA de confiance. Et pour qu'il y ait une IA de confiance, on fait en sorte de réduire ou de maîtriser les risques, au regard de la santé et la sécurité, des droits fondamentaux.

Si j'ai cette longue explication, c'est pour dire que c'est un texte qui peut être en trompe-l'œil : si on l'ouvre et qu'on le regarde rapidement, on se dit que c'est un texte qui protège contre les risques en matière de santé, sécurité et droit fondamentaux. Or ce n'est pas sa philosophie. Sa philosophie c'est d'ouvrir le champ aux entreprises dans l'utilisation et dans la conception de cette technologie.

Gazette : Le Règlement prévoit que les PME sont temporairement exonérées du respect des obligations prévues par lui durant la phase d'insertion sur le marché dans le cadre du mécanisme de « bac à sable réglementaire. » Cette souplesse pragmatique ne crée-t-elle pas une inégalité de traitement entre opérateurs et un risque de réduction de la portée du Règlement ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Là, cette question est plus compliquée parce qu'elle est plus politique que juridique. C'est un choix politique qui a été fait de tenir compte d'un certain nombre d'entreprises dans la conception de l'intelligence artificielle. Les entreprises françaises ont été très défendues par Emmanuel Macron. En effet, il a failli faire capoter l'IA Act en janvier 2024. S'il a pris du retard, c'est parce que le président a voulu libéraliser encore plus le Règlement au dernier moment. C'est donc un choix politique de dire que les petites et moyennes entreprises ne doivent pas subir les contraintes qui pèsent sur les grandes. Les grandes entreprises, on les a à l'esprit, ce sont les géants américains.

Finalement, vous parlez d'inégalité, je me demande si ce n'est pas en réalité, de manière sous-jacente, les États-Unis contre l'Union européenne. Les majors américains, dont on connaît la puissance de feu, sont tout à fait à même d'être soumis immédiatement aux aspects les plus contraignants de la réglementation, notamment *ex ante*, dans l'évaluation des risques. Les PME, en revanche, n'ont pas forcément les liquidités car ces expertises coûtent cher. Il y a un coût réel pour faire une étude des risques, dont on a voulu exonérer les PME dans un premier temps.

Oui, je ne vais pas vous dire le contraire : objectivement, ça crée une inégalité. Mais je pose une question : l'inégalité n'est-elle pas entre les acteurs existants, déjà puissants, et les acteurs à exister qu'on essaie de promouvoir pour qu'ils montent en puissance ?

Gazette : Le Règlement a fait l'objet d'un premier travail par la Commission en 2018 suite à une résolution du Parlement européen de 2017. Ce premier travail a

été refondu en 2023 à la suite de la mise en ligne de ChatGPT, puis adopté en 2024. Il entrera progressivement en vigueur jusqu'en 2026. Vu la vitesse de développement des systèmes d'IA et la lenteur du travail réglementaire, n'y a-t-il pas un risque d'obsolescence du Règlement ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Si, c'est évident. En décembre 2022, alors qu'on est presque à la fin des trilogues entre le Parlement, la Commission et le Conseil de l'Union européenne, arrive l'IA générative : ChatGPT. On est presque au bout du processus législatif. Le Parlement intègre l'IA générative, mais pas assez. La seule prise en compte, c'est une obligation de transparence pour indiquer aux utilisateurs et aux déployeurs que les contenus ont été générés par une IA. C'est plus un clin d'œil mais un certain nombre de risques, qu'on identifie maintenant, viennent de l'IA générative. D'où l'obsolescence du règlement IA : il n'a pas la souplesse du RGPD en raison de son approche technique. Il n'appréhende pas l'ensemble des systèmes d'intelligence artificielle mais les gradue en fonction du risque et détermine les risques inacceptables, les risques acceptables, les obligations de transparence et le reste. Il est figé dans la technique existante.

Il faut tout de même avoir à l'esprit que législateur européen a eu l'intelligence, pour les systèmes à haut risque, de les mettre dans une annexe qui est l'annexe 3 au Règlement, en prévoyant que la Commission pourra réviser l'annexe 3 sans qu'il y ait lieu de réviser le Règlement. Donc de ce point de vue, cela évitera une obsolescence trop rapide.

Néanmoins, vous avez complètement raison sur les IA interdites : là, c'est dans le corps du Règlement. Donc si on veut en ajouter ou en soustraire, il faudra réviser le Règlement. L'exemple de l'IA générative est parfaitement pertinent : il a montré avant même l'adoption du Règlement qu'il était déjà en partie dépassé.

Malgré tout, je reste quelqu'un de résolument positif : est-ce qu'il aurait fallu ne rien faire ? La question de cette technologie est qu'on court toujours après la technologie. Le droit, au mieux, arrive à l'accompagner. Mais il ne peut jamais précéder l'évolution technologique. Au mieux, il l'accompagne. Au pire, il est derrière. Donc, on peut se dire que s'il est derrière, ça ne sert à rien de faire quelque chose... Oui, mais c'est toujours mieux que rien !

Gazette : L'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle indique protéger « les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. » Comment le Règlement appréhende-t-il la propriété des sorties générées par les systèmes d'IA ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Il ne les appréhende pas vraiment. C'est un point de discussion majeur

aujourd'hui par les spécialistes de la propriété intellectuelle, les intellectualistes, comme ils se sont dénommés. Blague à part, c'est une vraie question qui est celle de l'adaptation du droit d'auteur aux *inputs* et aux *outputs*... Et de manière plus générale de l'attribution du droit d'auteur. Puisqu'en France, et en Europe en général, on a un système personnaliste, le droit d'auteur est nécessairement attribué à une personne physique. Or, vous avez des IA à l'origine de créations. On pourra discuter du mot de création, mais vous avez aujourd'hui un marché de l'art d'œuvres créées par des IA. On pourra dire que ce ne sont pas des créations, je laisse à chacun son appréciation, mais on a un marché de l'art avec des œuvres cotées à plusieurs centaines, milliers voire millions de dollars, faites par des IA : à qui va le droit d'auteur ? Ça fait partie des discussions. Je sais que la Commission travaille en ce moment sur la question d'un texte spécifique aux droits d'auteur.

Je suis intervenu à un colloque cette année qui portait sur cette question. Ils voulaient absolument me faire dire qu'il y avait des choses dans le Règlement pour appréhender le droit d'auteur. J'ai répondu que non.

Gazette : Est-ce une bonne chose qu'il y ait un autre texte ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Oui je pense, parce que là il va y avoir des choix politiques. Le système européen, pour être très caricatural, est un système anglo-saxon. Dans le système anglo-saxon, ce n'est pas forcément le créateur qui est titulaire du droit : le droit revient à l'investisseur, comme pour les bases de données. Le système majoritaire des États membres est le système personnaliste. Alors, est-ce que c'est celui qui va être sauvegardé ? Oui. Mais alors, ça veut dire qu'il va y avoir une confrontation entre le système américain – ou anglo-saxon en général – et le système continental. Est-ce que c'est le système continental qui va s'adapter ? Je pense que ça ne peut se régler que par un texte spécial.

Gazette : Comment le Règlement appréhende-t-il la responsabilité résultant des dommages causés par des systèmes d'intelligence artificielle ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Il ne l'appréhende pas. Le Règlement est en amont. Il est sur la prévention autant que faire se peut sur les risques générés en termes de santé, sécurité et protection des droits fondamentaux. L'idée est d'identifier les risques et de prendre des mesures de prévention. Mais on sait que le risque zéro n'existe pas. Grâce au contrôle humain, l'application du système veut éviter les risques ou du moins les réduire. Cela fait partie des points pour lesquels on attend un acte dérivé de la Commission car, pour l'instant, le Règlement est très vague sur le contrôle humain.

Pour répondre à votre question, la dernière pièce est la responsabilité, lorsque le risque n'a pas pu être évité. Deux projets de directive ont été rendus publics le 28

septembre 2022. Le premier projet est quasiment abouti et pourrait sortir d'une semaine à l'autre. Il adapte la directive sur les produits défectueux aux produits de l'intelligence artificielle en posant une présomption de causalité. En effet, avec l'IA, c'est la causalité qui pose une difficulté probatoire. Il suffira de prouver que le produit est défectueux, de prouver le dommage, et la causalité sera présumée, à charge pour le fabricant de prouver qu'il n'y a pas de lien de causalité. Le second projet, beaucoup plus important, porte sur la responsabilité extracontractuelle du fait de l'intelligence artificielle. Une eurodéputée m'a confié qu'il y a une division entre les États membres sur les options à prendre. Pour le coup, semble-t-il, ce texte ne sortira pas tout de suite. Mais ce sont des textes complémentaires : la voie qui a été prise des directives me paraît assez pertinente. Les régimes de responsabilité sont assez différents en Europe, entre l'Allemagne, la France, etc. Donc passer par des directives plutôt qu'un règlement, c'est une chose assez raisonnable. Ma réponse restera donc en partie lacunaire car le projet de la principale directive sur la responsabilité du fait de l'IA est écrit, mais... Voilà, il est à Bruxelles.

Gazette : Les développeurs de système d'IA sont invités à s'auto-évaluer. Cette décentralisation du contrôle *a priori* n'entraîne-t-elle pas un risque de violation généralisé, notamment en présence d'une multiplicité d'opérateurs de petite taille, complexifiant le travail de surveillance des autorités de contrôle ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Votre question va dans le sens que je défends mais pas dans le sens de l'histoire législative. Effectivement, je suis assez dubitatif sur tout ce qui est autocontrôle ou autorégulation. On peut constater que le droit de l'Union va très clairement dans ce sens-là : dans les derniers actes qu'il a adoptés – je pense au *Digital Services Act*, au *Digital Market Act* ou au RGPD –, on est typiquement dans une démarche de *compliance*.

Est-ce que ça compliquera la tâche des autorités de contrôle ? J'attends de voir, parce que le RGPD montre que non. C'est déjà cette démarche qu'on a dans le RGPD, la démarche dite de l'*accountability* : l'entreprise doit pouvoir justifier à tout moment d'être en conformité avec les règles du Règlement. L'expérience montre, depuis maintenant 8 ans, et surtout ces dernières années, où la CNIL et le CEPD montent en puissance, que les autorités de contrôle marchent extrêmement bien. Sur le *Digital Services Act*, on n'a pas beaucoup de recul, mais on voit quand même l'activité de l'ARCOM. Ça a l'air de marcher vraiment bien.

Je trouve néanmoins que c'est une démarche qui est tellement à l'envers de notre façon de faire du droit. Dans les droits continentaux, on a du droit prescriptif, avec une norme, une sanction, une autorité... Mais la façon dont on fait le plus souvent la norme aujourd'hui, c'est avec cette autoresponsabilisation,

une autorégulation et une intervention des autorités de contrôle. Mais l'exemple du RGPD montre que ça marche plutôt bien.

II. Les incidences sur les professions du droit

Gazette : La place croissante de l'IA engendre inévitablement la naissance de contentieux nouveaux. Un besoin de conseil, d'accompagnement et de défense des développeurs de systèmes d'IA, certes, mais également des utilisateurs. En outre, l'IA Act prévoit l'exigence d'un contrôle humain dans les cas où le risque est élevé. Selon vous, l'émergence à venir de cette technologie, favorisée par l'adoption du Règlement, va-t-elle créer une demande pour les professionnels du droit et entraîner l'apparition d'une spécialité nouvelle au sein des cabinets d'avocats ?

Pr. Grégoire LOISEAU : De façon évidente, il y aura une demande nouvelle en matière de professions du droit. Déjà, le RGPD a conduit à la création du délégué à la protection des données (DPO). Quant à la création de nouvelles spécialités pour les avocats, cela est beaucoup plus incertain. Il est intéressant de souligner que beaucoup de cabinets d'avocats ont déjà monté une branche d'activité DPO. Mais est-ce que ce sont les avocats qui vont prendre ce rôle ? Ou est-ce que cela va se développer à travers d'autres professions ? Sur ce point, il y a une forte incertitude. Ce qui est sûr, c'est que la profession va être complètement bouleversée. Peut-être y aura-t-il le développement d'un grand métier de juriste sans spécialisation, un juriste qui serait à la fois avocat et notaire, comme il en existe en Italie.

Gazette : Certains domaines d'activité sont exclus du champ de l'IA Act, notamment la sécurité intérieure, la défense nationale et les organisations internationales. Dans quelle mesure pensez-vous que les juristes de ces secteurs seront néanmoins concernés par l'évolution de cette réglementation ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Il est difficile de ne pas se sentir concerné. Ce qui m'interroge est l'exclusion de certains secteurs d'activités, notamment en matière de défense, alors qu'ils sont concernés. Par exemple, en 2020, le Comité d'éthique de la défense du ministère des armées avait publié un avis qui s'appelait « *le soldat augmenté.* » Autrement dit : comment utiliser l'IA pour augmenter les capacités cognitives et physiques des soldats. La publicité de ce rapport souligne à quel point le secteur de la défense est concerné par l'IA, d'autant plus qu'un avis public n'est que la face émergée de l'iceberg. Il est compréhensible que ces secteurs soient écartés d'une telle réglementation car elle implique une transparence des technologies, justifiant l'exclusion de certains secteurs. Néanmoins, que des secteurs entiers soient totalement écartés du règlement pose question. En la matière, je recommande la lecture des travaux du Pr. Daniel MAINGUY sur l'IA et le droit militaire.

Gazette : Le Règlement prévoit une double gouvernance : le respect de ses dispositions sera contrôlé par un organisme européen, le Comité européen de l'IA, et par un organisme national, qui n'a pas encore été désigné en France. La CNIL se dit prête à endosser ce rôle. Pensez-vous que cette institution soit compétente pour exercer de telles prérogatives ? Serait-il plus judicieux de créer une entité spécifique, composée de professionnels de l'IA entièrement dédiés à cet effet ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Je pense que la CNIL serait parfaitement fondée à récupérer cette compétence. D'ailleurs un rapport du Conseil d'État de 2022 allait dans ce sens. Il fait sens que la CNIL soit compétente en la matière car elle l'est déjà sur ce terrain, notamment en matière de données personnelles. En outre, structurellement, la CNIL a déjà un département spécialisé dans l'IA. Je ne suis pas pour la multiplication des entités. La CNIL et l'ARCOM se chevauchent déjà. Une autorité spécialiste de l'IA recouperait la CNIL et serait source de complexité. Une loi de 2025 devrait prévoir cette compétence.

Gazette : Les affaires dans lesquelles les avocats utilisent maladroitement l'IA se multiplient. Un avocat new-yorkais a récemment rendu des conclusions dans lesquelles les six arrêts cités étaient fantaisistes et purement inventés par ChatGPT. Selon vous, l'entrée en vigueur de l'IA Act va-t-elle conduire à un changement déontologique de la profession d'avocat ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Je ne pense pas que cela soit lié au règlement IA mais plutôt à une prise de conscience face à ce nouvel outil. Les juristes doivent apprendre à travailler avec les *chatbots* pour s'en méfier. L'utilisation de l'IA par les avocats relève davantage de l'éthique et de la sensibilisation que de la réglementation. Il faut que cela devienne un réflexe : lorsqu'une personne fait usage de l'IA, elle le signale afin que quelqu'un puisse contrôler cet usage.

Gazette : Vous avez mis en place, avec Madame le Professeur Célia ZOLYNSKI, un nouveau Master 2 dédié à l'intelligence artificielle au sein de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Selon vous, quel rôle les professeurs de droit ont-ils à jouer dans ce mouvement d'émergence de l'IA ?

Pr. Grégoire LOISEAU : Tout à fait, nous avons monté ce Master 2 en partenariat avec ParisTech. Il sera ouvert en septembre 2025. Ce M2 vise les nouvelles activités créées par l'IA et formera les juristes à ces nouvelles technologies. Il sera rattaché au Master 1 Droit du numérique mais cela n'exclura pas les étudiants d'autres formations. Cette formation implique de recruter plus de professeurs spécialisés en IA et de faire intervenir des professionnels d'entreprises aguerris à ces technologies.

Les professeurs de droit ont joué un rôle non négligeable sur les questions de l'IA, notamment sur les

avancées des projets. Par exemple, la première résolution du Parlement européen de 2017 était d'une naïveté confondante : il était indiqué qu'allait être reconnue « une personnalité électronique » aux robots les plus évolués. À l'époque, les professeurs de droit des différents pays de l'UE ont fait une lettre ouverte contre la personnification juridique de l'intelligence

artificielle. Cette lettre a été suivie d'effets car la directive visait la responsabilité « du fait de l'IA » et non pas « de l'IA » car ce n'est pas une personne. Alors, à un moment donné au moins, les universitaires de droit ont joué un rôle. Et notre rôle est bien entendu aussi de créer des formations pour des métiers qui vont se développer.

La sauvegarde des prévisions du contractant au détriment du principe de l'effet relatif

Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947, B

Noé VIGNEAU (dir.), Louise DENOYES, François GUERIN

La maxime romaine *res inter alio acta alis nec prodest nec nocet*, source du principe de l'effet relatif, est souvent présentée comme cardinale en droit des contrats, et ce, pour tous les systèmes juridiques, qui la connaissent également sous le nom de « *privity of contract* ». Il semble pourtant que la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'acharne à la ternir, un arrêt du 3 juillet 2024 venant ajouter une turbine à l'usine à gaz que constitue la possibilité ouverte au tiers depuis une vingtaine d'années de se prévaloir d'un manquement contractuel pour engager la responsabilité délictuelle d'une des parties audit contrat. Censurant une décision de la cour d'appel de Paris du 21 janvier 2021, elle semble en effet avoir entamé une véritable fuite en avant pour réparer - tant bien que mal - les incohérences théoriques et les déséquilibres pratiques causés par les jurisprudences *Bootshop*¹ et *Bois Rouge*².

En l'espèce, une société productrice de machines de fabrication d'emballages a contracté avec un transporteur aux fins de manutentionner et décharger lesdites machines, dans le but de les exposer lors d'un salon professionnel. Les machines endommagées lors du transport, la société fabricante a obtenu réparation par son assureur. Subrogé dans les droits de son assuré, ce dernier a entamé une action, comptant obtenir réparation par le transporteur des sommes avancées. Le transporteur a été condamné à payer la somme de cent mille euros à l'assureur, majorés du taux légal avec anatocisme. Mécontent, il s'est pourvu en cassation, arguant dans une première branche de son unique moyen que le juge n'aurait pas dû rejeter la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir de l'assureur, mais également que la cour d'appel ne pouvait substituer le fondement juridique sans rouvrir les débats. Surtout et de façon beaucoup plus intéressante, le transporteur reproche dans une ultime branche à la cour d'appel d'avoir déclaré inopposables les clauses limitatives de responsabilité prévues dans le contrat de transport.

Les conseillers du Quai de l'Horloge se sont dès lors retrouvés face à la question suivante : un tiers qui invoque un manquement contractuel sur le fondement de la responsabilité délictuelle peut-il se

voir opposer les conditions et limites de la responsabilité prévues par les parties au contrat ?

La Cour de cassation de répondre par l'affirmative, censurant les juges d'appel pour violation de la loi. Si les autres arguments du demandeur sont balayés, celui concernant l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité parvient à convaincre la Chambre commerciale, qui se démarque par là même des autres chambres, qui retiennent classiquement l'inopposabilité du contenu même du contrat. La solution se comprend doublement. D'abord car la Chambre a toujours exprimé une forte réticence à la jurisprudence *Bootshop*, ensuite, car le tiers s'en trouvait trop avantage, argument que met précisément en avant l'attendu de l'arrêt.

Indubitablement, cet arrêt interroge à deux égards : d'une part quant à la justification pratique de sa solution (I), d'autre part, relativement aux doutes théoriques qu'il laisse néanmoins subsister (II).

I. La justification pratique

Par cet arrêt remarqué du 3 juillet 2024, la Cour de cassation s'inscrit très nettement dans une volonté de faire évoluer un régime prétorien décrié (A), dans un sens qui tendrait à renforcer la prévisibilité contractuelle du débiteur et entraver l'indemnisation jusqu'alors excessive du tiers (B).

A. L'évolution d'un régime prétorien

Désormais, le tiers au contrat, agissant contre une partie sur un fondement extracontractuel en invoquant un manquement contractuel lui causant un dommage, peut se voir opposer les conditions et limites de responsabilité prévues par le contrat. Il faut tout d'abord rappeler que cette décision s'inscrit dans le prolongement d'un régime audacieux dégagé par des jurisprudences antérieures.

En effet, si, initialement et classiquement, le principe de l'effet relatif des contrats (art. 1165 ancien C-Civ., art. 1199 C-Civ) fait obstacle à la possibilité pour les tiers d'invoquer un manquement contractuel au soutien d'une action délictuelle, ce dernier a été

¹ Cass. Ass. Plen., 6 oct. 2006, n° 05-13. 255.

² Cass. Ass. Plen., 13 janv. 2020, n° 17-19.963.

progressivement remis en cause par la jurisprudence³. Ainsi, par un arrêt du 6 octobre 2006 d'Assemblée Plénière (dit *Bootshop*), la Cour de cassation retenait que le tiers à un contrat peut invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle un manquement contractuel lui ayant causé un dommage. Cet arrêt d'assemblée plénière était attendu pour mettre un terme aux divergences qui opposaient les différentes chambres de la Haute juridiction.

La Cour a ensuite complété - et réaffirmé avec vigueur - son raisonnement, dans son arrêt *Bois Rouge* rendu en 2020, en admettant que le tiers qui établit un lien de causalité entre ce manquement contractuel et le dommage qu'il subit, n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement. La Cour de cassation affirmait alors que le tiers au contrat pouvait se prévaloir sur le fondement extracontractuel d'un manquement contractuel, dès lors qu'il existe un lien de causalité entre son dommage et le manquement contractuel qu'il invoque.

L'arrêt commenté semble ainsi prolonger l'évolution jurisprudentielle, en autorisant en retour les parties au contrat à opposer les clauses limitatives de responsabilité au tiers qui se prévaut d'un manquement contractuel. A cet égard, il convient de souligner l'importance pour la chambre commerciale de statuer elle-même⁴, dans un contexte de vives divergences jurisprudentielles entre les chambres de la Cour de cassation d'une part, et entre les différents ordres de juridictions d'autre part. Ainsi, s'inscrivant dans le prolongement de jurisprudences antérieures, la chambre commerciale de la Cour de cassation a souhaité affirmer sa divergence avec la première chambre civile en affichant sa volonté de renforcer la primauté donnée à la prévisibilité contractuelle des parties.

B. L'évolution inspirée par le souci de prévisibilité contractuelle

Tout en réaffirmant le principe des arrêts *Bootshop* et *Bois Rouge*, l'arrêt commenté, s'inscrit dans un souci très net de démarcation en affichant sans ambages sa volonté de renforcer la prévisibilité contractuelle des parties. En effet, la volonté de permettre au tiers victime du dommage d'obtenir le plus facilement une indemnisation semble avoir été au centre de la jurisprudence *Bootshop* et de ses suites⁵. Toutefois, une difficulté émergeait et était pointée régulièrement par la doctrine : l'indemnisation du tiers était susceptible d'être excessive.

L'opportunité de la décision commentée présente ainsi un double intérêt quand on observe le régime très

libéral qui était ouvert auparavant. D'abord, la Cour de cassation, à la suite d'une motivation enrichie, énonce la nécessité de « ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat, et ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même ».

La Cour de cassation entend ainsi mettre un terme aux critiques formulées à l'encontre de l'arrêt *Bootshop*⁶, en empêchant de déjouer les prévisions du débiteur qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat et qui, par ses stipulations diverses, entendait prévoir l'éventualité d'une action en responsabilité⁷. En plus d'essayer d'adoucir la réticence, pour ne pas dire les fortes réserves, qu'avait laissé l'arrêt *Bootshop* chez certains, l'arrêt commenté tend alors à renforcer la sécurité du contractant. En somme, les prévisions contractuelles et les intérêts des affaires semblent finir par l'emporter sur l'indemnisation du tiers. De plus, une telle décision entend rétablir un équilibre entre les intérêts en présence, ceux du tiers et du débiteur, en empêchant que soit conférée au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle même du créancier. L'arrêt tente ainsi d'entraver les risques d'excès en matière d'indemnisation du tiers.

À ce titre, il convient de préciser que l'article 1234 alinéa 2 du projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par la Chancellerie semble avoir joué une inspiration pour l'arrêt commenté de la cour de cassation, en ce qu'il prévoyait de permettre au « tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat de pouvoir invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non-écrite ». Geneviève Viney, quant à elle, se montrait favorable à une solution hybride, qui tendrait à concilier, d'une part, « l'exigence de prévisibilité pour le débiteur contractuel » et, d'autre part, « le souci de protéger les tiers victimes »⁸.

Cette solution, permettant de favoriser le contractant, n'est toutefois pas exempte de toutes critiques. Si l'arrêt comporte une motivation enrichie, celui-ci ne détaille cependant pas son raisonnement juridique. L'arrêt semble ainsi se borner à expliciter l'opportunité de la décision, ce qui démontre, en creux, l'existence de fortes lacunes théoriques.

³ D. HOUTCIEFF, « Opposabilité des clauses limitatives de responsabilité aux tiers : le nœud gordien », D. 2024, p. 1607.

⁴ A. GOUÉZEL, « Opposabilité des clauses limitatives à l'action en responsabilité délictuelle du tiers : quelle place pour l'opportunité dans l'élaboration de la jurisprudence ? », D. 2024, p. 1577.

⁵ D. HOUTCIEFF, *note préc.*

⁶ A. GOUÉZEL, *art. préc.*

⁷ D. HOUTCIEFF, *note préc.*

⁸ S. AMRANI-MEKKI, « Droit des contrats, octobre 2006-septembre 2007 », D. 2007, p. 2966.

II. Les doutes théoriques

En effet, si un tel revirement se justifie sans grandes difficultés pour des raisons d'opportunités dont la Cour de cassation est désormais coutumière, il n'en reste pas moins que demeurent d'importantes questions juridiques que la haute-juridiction ne parvient pas à trancher. Ainsi, cet arrêt, au-delà d'esquiver, encore une fois, en quoi l'exception au principe de l'effet relatif se justifie (A), laisse de nombreux points de droits en suspens (B).

A. Les interrogations quant au fondement

Comment justifier qu'un tiers à un contrat qui invoque un manquement contractuel qui lui a causé un dommage puisse « se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants » ? Sur le plan de l'opportunité, comme cela a été montré, on comprend parfaitement que la Cour de cassation ait voulu faire cesser cette situation – souvent invoquée à l'appui des critiques de la jurisprudence *Bootshop* – dans laquelle le tiers était gagnant « sur tous les tableaux »⁹. Néanmoins, sur le plan théorique, on suit difficilement la chambre commerciale. Pire encore, elle semble aujourd'hui enfoncer plus encore le clou dans le cercueil du principe de l'effet relatif... au prétexte de vouloir atténuer les entorses qui lui ont été faites par le passé !

Il faut en réalité replacer cette décision dans le cadre de l'hostilité historique¹⁰ qu'a la chambre commerciale à l'égard du régime issu des jurisprudences *Bootshop* et *Bois Rouge*. La chambre commerciale, qui longtemps s'est battue contre cette opposabilité du contrat par le tiers victime de l'inexécution, a voulu par cet arrêt sans doute atténuer la « faveur excessive »¹¹ qui lui était donnée depuis une vingtaine d'années sans autre justification que celle de « l'idéologie de la réparation »¹². Comme le soulignent d'ailleurs Samuel François et Laura Vitale¹³, elle évite ce faisant habilement de nouvelles Assemblées Plénières en revenant simplement sur la conséquence que l'on déduisait logiquement de la nature extracontractuelle de la responsabilité du cocontractant vis-à-vis du tiers, à savoir l'inopposabilité des clauses limitatives.

Néanmoins, en anticipant l'absence de réforme du droit de la responsabilité à court-terme, la chambre commerciale se retrouve dans l'impossibilité de justifier théoriquement cette décision : si on peinait à comprendre ce qui venait au soutien de la possibilité pour le tiers d'opposer au cocontractant son inexécution, il en va de même pour essayer de

comprendre ce qui justifie l'octroi au cocontractant de la permission d'opposer au tiers son contrat et les clauses qui y figurent. En effet, l'article 1199 du code civil, qui dispose que le contrat « ne crée d'obligations qu'entre les parties », s'oppose de manière claire et sans ambiguïté à ce que le tiers à une opération contractuelle soit créancier ou débiteur d'une obligation contractuelle : le tiers, qui ne l'a pas consenti, ne saurait, en raison même du principe de l'autonomie de la volonté, être tenu à l'exécution d'une clause stipulée dans ce contrat.

La Cour de cassation semble donc essayer de revenir sur les conséquences excessives d'une jurisprudence *Bootshop* méconnaissant le principe de l'effet relatif en franchissant un pas supplémentaire dans cette méconnaissance. En somme, elle tente de guérir le mal par le mal, en adoptant une solution assez incohérente, qui maintient un régime de responsabilité soi-disant « délictuel » qui n'en a plus vraiment les caractéristiques. L'observation la plus stricte des principes directeurs du droit des contrats aurait pourtant justifié un revirement intégral¹⁴ – ce que la chambre commerciale ne pouvait en réalité pas faire seule – et ce, d'autant plus qu'une telle décision ouvre la voie à des questionnements concrets, nombreux et incertains.

B. Les interrogations quant aux conséquences

En maintenant que cette responsabilité était de nature « délictuelle » tout en la parant des attributs principaux de la responsabilité contractuelle, la Cour de cassation semble aller plus loin que dans les arrêts *Bootshop* et *Bois Rouge* dans la création d'un régime de responsabilité *ad-hoc*, forme de « panachage » entre les différents régimes, pour reprendre le mot de l'avocate générale en charge du dossier, au risque d'un résultat incohérent et hasardeux. On peut ainsi légitimement se poser la question de savoir si la Cour de cassation ira plus loin dans l'anticipation de la réforme de la responsabilité contractuelle en proposant une distinction des tiers comme celle issue de l'article 1234 al. 2 du projet présenté par la chancellerie le 13 mars 2017.

Mais en attendant de savoir qui du législateur ou de la Cour interviendra sur ce point en premier, il reste que le présent arrêt, au-delà de toutes les critiques ou louanges que l'on peut lui adresser, interroge sur ses conséquences concrètes. D'une part, la formule utilisée par la Cour de cassation – « les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants » – est volontairement vague. Si elle s'applique aux clauses limitatives de responsabilité, deux questions demeurent. D'abord,

⁹ S. FRANÇOIS, L. VITALE, « Réflexions sur le principe d'assimilation des fautes contractuelle et extracontractuelle à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Responsabilité civile et assurances*, nov. 2024, p. 17.

¹⁰ Cass. com., 5 avril 2005, n° 03-19.370 ; Cass. com., 8 octobre 2002, n° 98-22.858.

¹¹ M. FABRE-MAGNAN, *Les Obligations*, PUF, 8^{ème} éd., 2024.

¹² L. CADIEU, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges Draï*, Dalloz, 1999, p. 495 s.

¹³ S. FRANÇOIS, L. VITALE, *art. préc.*

¹⁴ B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2024, n°230, plaide ainsi pour un renversement de la jurisprudence.

est-ce qu'une telle règle implique pour le tiers de voir les dommages-intérêts dus par le cocontractant limités au seul dommage prévisible, sauf en cas de faute lourde ou dolosive, par application de l'article 1231-3 du code civil ? Dans la mesure où il s'agit de la principale, si ce n'est, avec la possibilité d'encadrer contractuellement la réparation, seule caractéristique du régime de la responsabilité contractuelle, on peut le penser. Plus délicate est la question de la clause excluant toute responsabilité vis-à-vis des tiers, qui risque de se multiplier à l'avenir en devenant une clause de style. En l'absence de toute précision sur ce point par la Cour de cassation, une telle généralisation, très probable selon Dimitri HOUTCIEFF¹⁵, aurait pour conséquence concrète la fin de la jurisprudence *Booishop*. Le tiers pourrait-il estimer qu'il s'agit d'une clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat (art. 1170 C-Civ.) ou une clause abusive (art. 1171 C-Civ.) ? On peut penser que non, dans la mesure où ces clauses ont vocation à protéger une partie faible, laquelle n'est pas le tiers puisqu'il n'est par définition pas une « *partie* ».

D'autre part, cette question nous mène ensuite à nous interroger sur la possibilité pour le tiers d'opposer lui aussi le contrat aux parties, notamment avec l'objectif de neutraliser l'application des clauses limitatives de

responsabilité. Deux questions se posent. D'abord, le tiers en aura-t-il la possibilité ? La logique processuelle du contradictoire milite en ce sens : il serait assez dérangeant d'imaginer qu'un tiers ne puisse pas se défendre face à une clause qu'on lui oppose. Il faudra ensuite se poser la deuxième question : dans quelles conditions le tiers pourra-t-il venir opposer le contrat ? C'est là une question typique d'opposabilité des exceptions que l'on retrouve dans les différentes institutions du régime général de l'obligation. Il faudrait alors raisonner par analogie avec des mécanismes comme la cession de créance ou la délégation qui prévoient eux-aussi l'intervention d'un tiers à un rapport obligationnel préexistant. En matière de cession de créance plus particulièrement, le débiteur (contractant initial) peut opposer au cessionnaire (tiers au moment de la conclusion du contrat) les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles nées antérieurement à la notification de la cession (art. 1324 al. 2 C-Civ). On pourrait imaginer dans le cadre de notre arrêt un système similaire, où le tiers pourrait invoquer des exceptions inhérentes au rapport contractuel (comme le caractère illicite du contrat) et ne pourrait pas invoquer des exceptions personnelles au rapport entre les contractants (comme les vices du consentement).

¹⁵ D. HOUTCIEFF, *note préc.*

Dissimulation intentionnelle du cédant de droits sociaux : que reste-t-il de l'adage *emptor debet esse curiosus* ?

Com., 18 septembre 2024, n° 23.10-183

Eva ETERTON (dir.), Téo BUCHHOLZ, Rebecca LAVAUD, Millo PASQUALI

À la croisée du droit civil et du droit des affaires, le présent arrêt met en lumière les limites d'une lecture purement civiliste en matière sociétaire, interrogeant ainsi la pertinence de l'application stricte des principes classiques de formation des contrats dans le cadre d'une cession de parts.

En l'espèce, la totalité des parts d'une société ont été cédées. Le cessionnaire a ensuite agi en annulation du contrat de cession pour réticence dolosive, estimant que le cédant avait volontairement omis de faire état du passif de la société, antérieur à la cession, constitué de dettes, de contrats en cours et d'un prêt bancaire.

En appel, la cour d'appel de Douai a rejeté la demande en annulation¹, estimant qu'en raison de sa qualité d'ancien gérant de société, il pesait sur le cessionnaire une obligation renforcée de s'informer sur la situation financière de la société dont il acquerrait la totalité des parts. Le manquement à cette obligation par le cessionnaire rendant son erreur inexcusable, la cour d'appel a affirmé qu'il ne pouvait invoquer valablement la réticence dolosive pour obtenir la nullité de la cession.

Le cessionnaire a donc introduit un pourvoi en cassation, arguant comme le dispose l'article 1139 du Code civil que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ».

Il s'agissait pour la Cour de cassation de déterminer si une cession de parts sociales pouvait être annulée sur le fondement du second alinéa de l'article 1137 du Code civil portant sur la réticence dolosive, alors même que le cessionnaire qui l'invoquait ne s'était pas renseigné sur le passif de la société.

À cette question, la Cour répondit par la positive et cassa l'arrêt d'appel au visa des articles 1137 et 1139 du Code civil. Elle énonça que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable² et que dès lors, le manquement à une obligation renforcée de renseignement due à la qualité d'une partie ne peut

permettre d'exclure l'existence d'une réticence dolosive.

La décision commentée se situe ainsi dans le droit fil d'un contentieux en essor, celui de la remise en cause de la cession de droits sociaux sur le terrain du droit commun des contrats. Aussi, bien que la solution de la Cour de cassation rappelle avec clarté le régime de la réticence dolosive (I), celle-ci s'inscrit plus difficilement dans la pratique du droit des affaires et invite alors à reconsidérer la situation des parties lors de la conclusion d'une cession de parts (II).

I. Le rappel clair du régime de la réticence dolosive

Si l'arrêt confirme l'excusabilité de l'erreur en cas de réticence dolosive (A), il sera néanmoins nécessaire d'insister sur la caractérisation du critère intentionnel, permettant de rendre l'erreur excusable là où l'ignorance de l'acheteur était illégitime (B).

A. La confirmation de l'excusabilité de l'erreur issue d'une réticence dolosive

Dans cet arrêt, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel pour défaut de base légale et sanctionne une inversion dans le raisonnement des juges du fond. En effet, la cour d'appel saisie d'une demande de nullité pour réticence dolosive a d'abord retenu un manquement à l'obligation renforcée de s'informer du cessionnaire de parts sociales en raison de sa qualité d'ancien gérant de société, pour affirmer le caractère inexcusable de son erreur et ainsi écarter la réticence dolosive. En d'autres termes, elle a tiré du caractère inexcusable de l'erreur l'absence de réticence dolosive. Or, les juges du fond auraient d'abord dû rechercher si les éléments de la réticence dolosive étaient réunis (critères matériel et intentionnel), pour ensuite en déduire le caractère excusable de l'erreur provoquée. Ainsi, la Cour de cassation rappelle dans la seconde partie de son conclusif que « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » et rétablit ainsi l'ordre

¹ Douai, 15 septembre 2022, n° 21/00672.

² Art. 1139 C-civ.

du raisonnement par lequel les juges du fond doivent procéder.

Dès lors, la Cour de cassation est indifférente quant au comportement du cessionnaire, puisqu'elle indique qu'il ne peut, à lui seul, exclure l'existence d'une réticence dolosive. En effet, ce n'est que si le dol ne peut être caractérisé que la question de l'excusabilité de l'erreur sera prise en compte, si l'*errans* veut fonder sa demande d'annulation sur le vice de l'erreur simple de l'article 1132 du Code civil. C'est, en réalité, sur ce régime que semble avoir raisonné la cour d'appel, puisque dans ce contentieux, les qualités de la partie victime de l'erreur vont entrer en compte pour déterminer le caractère excusable ou non de celle-ci. Cela a notamment été jugé dans le cadre d'une cession de parts sociales dans un arrêt du 19 décembre 2000³, dans lequel la Chambre Commerciale précise que la qualité d'ostréiculteur «*rompu aux affaires*» rendait inexcusable l'erreur commise par un cessionnaire de parts sociales d'une société d'exploitation d'huîtres.

Par ailleurs, la reconnaissance du caractère excusable de l'erreur issue d'une réticence dolosive n'est pas une solution nouvelle. En effet, bien que la réticence dolosive ne fût pas encore consacrée textuellement, c'est sur le fondement de l'ancien article 1116 du Code civil que la règle avait été dégagée pour la première fois. Ainsi, dans un arrêt du 21 février 2001⁴, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait retenu «*qu'une telle réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée*». Avec la réforme de 2016, l'article 1139 du Code civil prévoit le caractère excusable de l'erreur qui résulte d'un dol, sans pour autant préciser son application à la réticence dolosive, nouvellement consacrée à l'article 1137 alinéa 2 du Code civil comme constituant également un dol. Ainsi, cet arrêt permet de préciser pour la première fois depuis la réforme que l'erreur qui résulte d'une réticence dolosive est elle aussi couverte par l'article 1139 du Code civil, et donc toujours excusable. En cela, la Cour effectue une application stricte des nouveaux textes et précise ainsi le régime de la réticence dolosive.

B. La prépondérance du critère intentionnel en matière de réticence dolosive

Si l'on conçoit plutôt aisément que le dol *stricto sensu* conduise à rendre excusable l'erreur du cocontractant, la solution paraît nettement moins évidente en présence d'une réticence dolosive. En effet, le dol au sens classique se matérialise par des manœuvres frauduleuses visant à tromper l'autre. Ainsi, face à la mauvaise foi de l'auteur de ces faits

actifs, le droit vient rétablir l'équilibre en excusant l'erreur du cocontractant.

Cependant, le mécanisme est tout autre en présence d'une réticence dolosive. En effet, le critère intentionnel étant bien présent dans les deux conceptions du dol, la variation réside dans le critère matériel. Ainsi la réticence dolosive, consacrée par la réforme de 2016 à l'alinéa 2 de l'article 1137, est en réalité un dol très particulier, puisqu'il n'y a par hypothèse pas d'acte positif visant à tromper l'autre. L'erreur du cocontractant résulte alors de la rétention intentionnelle d'informations déterminantes d'une part, et d'autre part, de ce que le cocontractant a entendu déduire de cette abstention. Rapportée aux faits de l'espèce, l'erreur résulte à la fois de l'absence de transmission des informations par le cédant concernant les dettes et contrats en cours, mais également du fait que le cessionnaire en ait déduit l'inexistence de passif. Dans ces conditions, il est plus délicat d'admettre que la réticence dolosive rende nécessairement excusable l'erreur provoquée. C'est ainsi que les juges du fond présentaient une problématique dans l'absence de curiosité du cessionnaire.

Puisqu'il n'y a qu'un pas entre la rétention intentionnelle fautive et un simple silence (que celui-ci résulte d'une omission du détenteur de l'information ou de l'absence de curiosité de son cocontractant), on attendra de la part des juges du fond une démonstration approfondie du critère intentionnel. Cela permettra de retenir une réticence dolosive lorsque le cocontractant avait réellement l'intention de tromper son cocontractant, en dissimulant une information qu'il savait déterminante et de distinguer le dol et ses lourdes conséquences d'une simple omission. De plus, l'existence de ce critère intentionnel est notamment ce qui permet de distinguer le champ d'application du dol de celui de l'article 1112-1 du Code civil⁵. En effet, l'article relatif à l'obligation précontractuelle d'information mentionne l'ignorance légitime du cocontractant. Or c'est justement parce qu'il y a un élément intentionnel que la caractérisation du dol ne nécessite pas que l'ignorance soit légitime. Ainsi, en l'espèce, une telle ignorance a pu apparaître comme n'étant pas légitime, ce qui explique les critiques de la part d'une partie de la doctrine affairiste notamment. Aussi, ne pas s'informer sur le passif d'une société ne peut permettre de caractériser une ignorance légitime, particulièrement de la part d'un professionnel du secteur, cependant le caractère intentionnel de la dissimulation permet de rendre cette erreur excusable.

³ Cass. com., 19 déc. 2000, n° 97-22.002.

⁴ Cass. 3^{ème} civ. 21 fév. 2001 n° 98-20.817.

⁵ S. PRAT, « L'enjeu : l'efficacité des opérations économiques », *Gaz. Pal.*, juin 2017, p. 43.

II. Une invitation à reconsidérer la situation des parties à la cession ?

Le présent arrêt admet un abandon relatif de l'obligation de se renseigner du cessionnaire (A), dont il résulte un renforcement certain de l'obligation d'information due par le cédant (B).

A. L'abandon relatif de l'obligation de se renseigner du cessionnaire

À première vue, cette solution peut sembler excessivement protectrice du cessionnaire négligent, qui ne pourrait plus se voir reprocher son manque de curiosité, et au contraire, excessivement contraignante pour le cédant qui se voit opposer une réticence dolosive dont il serait l'auteur. En réalité, certes, la Cour de cassation sanctionne le raisonnement de la cour d'appel de Douai mais ce n'est pas pour autant qu'elle caractérise l'existence de la réticence dolosive, ce qui relèvera du pouvoir d'appréciation de la cour d'appel de renvoi.

Ainsi, si elle caractérise la réticence, le dol ne pourra être remis en cause par le défaut de diligence du cessionnaire *errans* et le contrat sera nécessairement annulé. A l'inverse, si la dissimulation n'est pas établie, le cessionnaire peut avoir intérêt à agir sur le terrain du manquement à l'obligation précontractuelle d'information posée par l'article 1112-1 du Code civil, tel que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt remarqué du 14 septembre 2023 dans le cas d'une cession de titres⁶.

Or, l'exigence de légitimité de l'ignorance conduit à faire peser sur le cocontractant un devoir de diligence minimale⁷, en prenant en compte ses connaissances et compétences propres. Également en matière de cessions de droits sociaux, la jurisprudence⁸ avait déjà refusé de reconnaître un vice du consentement ou un manquement à l'obligation d'information, en se fondant sur l'attitude négligente du cessionnaire dans la recherche et la prise en compte d'informations, notamment financières et fiscales, qui lui auraient permis d'avoir une visibilité crédible de la situation de la société dont il achetait les titres. En l'espèce, compte tenu de son expérience antérieure et de sa passivité, il semble que l'ignorance du cessionnaire pourrait donc être considérée comme illégitime, de telle sorte qu'il ne pouvait pas réclamer une indemnisation sur le terrain de l'obligation d'information précontractuelle. Reste cependant à savoir si la cour d'appel de renvoi rendra une décision en ce sens.

Dès lors, il y a une conciliation à faire entre la sanction du défaut de communication des informations par le cédant et celle du manque de diligence du cessionnaire. Si l'arrêt affirme clairement que, s'il est

caractérisé, le dol ne peut pas être écarté par le comportement du cessionnaire peu diligent, il reste cependant que cela ne marque pas un abandon de l'adage *emptor debet esse curiosus*. En effet, l'acheteur est toujours incité à être diligent, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, d'un point de vue pratique, cela lui permet d'avoir une visibilité étendue de la situation financière de la société et donc d'évaluer les risques pris à l'acquisition des titres. Ensuite, d'un point de vue économique, la connaissance de ces risques lui permet de mieux négocier les titres. Enfin, d'un point de vue juridique, il a tout intérêt à rester diligent car il ne peut jamais être certain qu'une réticence dolosive sera *in fine* retenue, compte tenu de la difficile preuve du caractère intentionnel de la réticence du cédant. De plus, cela lui évitera de se voir reprocher l'illégitimité de son ignorance s'il agit sur le terrain de l'obligation précontractuelle d'information (ou de se voir reprocher le caractère inexcusable de son erreur s'il agit sur le terrain de l'erreur simple en vertu de l'article 1132 du Code civil).

B. Le renforcement certain de l'obligation d'information du cédant

La motivation de la Chambre commerciale invite à une attention renforcée de la part du cédant. En effet, à la lumière de la décision commentée, ce dernier est contraint, tout du moins encouragé, d'alimenter lui-même les négociations précontractuelles en vue de se protéger contre un éventuel contentieux sur le terrain du dol.

Classiquement, la procédure de pourparlers dans le cadre d'une cession de droits sociaux prévoit une période de collecte et de vérification d'informations concernant la société cible réalisée sur pièces par l'acquéreur potentiel. Cette période d'audit (ou de "*due diligence*"), quasi-obligatoire en pratique, permet à l'acheteur de vérifier les données essentielles qui lui avaient été transmises en début de négociation et de compenser ainsi le déséquilibre informationnel auquel il est confronté durant les pourparlers. La charge de la gestion de cet audit semble donc progressivement glisser vers le vendeur, qui devra spontanément fournir à l'acheteur l'ensemble des documents conférant une image fidèle de la situation de la société ciblée sous peine de voir sa responsabilité engagée. Dans l'arrêt précité rendu par la cour d'appel de Paris le 14 septembre 2023, c'était d'ailleurs la mise à disposition du cessionnaire par le cédant d'une *data room* d'ampleur complétée d'un processus abouti de Q&A qui avait permis d'écartier la caractérisation de l'intention dolosive de ce dernier.

Désormais, il semble donc prudent de considérer que le manquement du cédant à son obligation de

⁶ Paris, 14 sept. 2023, n° 21/22491.

⁷ B. FAGES (dir.), *Lamy droit du contrat*, Wolters Kluwer, 2023, n° 648.

⁸ Cass. com., 11 mai 2017, n° 15-14.239 ; Cass. com., 13 décembre 2016, n° 15-18.002.

divulguer « une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre »⁹ sera a minima sanctionné par des dommages et intérêts, et pourra, si le caractère intentionnel de la rétention d'information est retenu, conduire à l'annulation de la cession¹⁰. Une telle hypothèse ne devrait recevoir qu'une application exceptionnelle dans un contexte sociétaire. En l'espèce, la nullité de la cession de la totalité des parts composant le capital de la société cédée intervenue le 12 juin 2019, si elle est sollicitée par le cessionnaire, sera prononcée par la cour d'appel de renvoi plus de cinq années après sa conclusion, ce qui perturbera assurément la vitalité de l'organe social.

Adoptées par la pratique, les clauses précisant les contours de l'obligation d'information pesant sur le cédant de droits sociaux voient alors leur intérêt décuplé. Parmi celles-ci, le recours aux « clauses de

déclaration », « clauses ou lettres de révélation » (*disclosure letter*) est fréquemment employé par les protagonistes de la négociation. Figurant soit dans un préambule soit dans une lettre d'intention, cet échange permet aux futures parties de définir les informations qui sont pour elles déterminantes et de reconnaître avoir été pleinement informées sur ces éléments. Ainsi, elles délimitent le contenu de l'obligation d'information mise à la charge du cédant et, corollairement, purgent le risque de contentieux. Prise dans ce contexte, la contractualisation de l'obligation précontractuelle d'information n'a pour effet ni de la limiter, ni de l'exclure, mais plutôt d'empêcher que ne soit reproché au cédant la dissimulation intentionnelle « d'une information dont il sait le caractère déterminant » pour le cessionnaire.

⁹ Art. 1112-1 C-civ.

¹⁰ Art. 1131 C-civ.

Le dirigeant d'une société anonyme est bien débiteur d'une obligation de loyauté à l'égard des organes sociaux

Com., 20 mars 2024, n° 23-14.824

Anatole JACOLIN (dir.), Solène BRYSKA, Louis GAUSSENS, Aiste GRICIUNAITÉ, Isaac OULJOUR-SCHNEIDER

« La loyauté a son petit côté d'obligation, de contrat à respecter »¹. Si le concept de loyauté est assez instinctif quant à son objet, ce que montre cette citation, se pose néanmoins la question de son champ d'application, notamment en droit des affaires. Par exemple, la loyauté oblige les dirigeants de sociétés comme nous le rappelle l'arrêt rendu le 20 mars 2024 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Le 1^{er} février 2010, un salarié signe un contrat de travail avec son employeur, une société anonyme à système dualiste, dans lequel est incluse une clause de non-concurrence. Cette clause, assortie d'une indemnité compensatrice, a pour particularité de permettre à l'employeur d'y renoncer, à condition d'en informer le salarié au plus tard dans les quinze jours suivant la notification de la rupture de son contrat de travail. Ce salarié, par la suite, sera nommé président du directoire de cette société anonyme. Le 14 décembre 2017, il notifie au conseil de surveillance sa volonté de démissionner de ses fonctions de salariés et de celles exercées au titre de son mandat social. Sa démission et la fin de son mandat social sont actées en mars 2018. Par la suite, la société anonyme, est condamnée devant le Conseil de prud'hommes, à la suite d'un recours de l'ancien salarié, à payer l'indemnité compensatrice de l'obligation de non-concurrence.

Face à cela, la société anonyme décide de poursuivre son ancien dirigeant devant la juridiction commerciale, lui reprochant d'avoir manqué à son obligation de loyauté en n'informant pas les organes de direction de la possibilité qu'ils avaient de renoncer à la clause de non-concurrence. La cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 15 décembre 2022, condamne le dirigeant à payer à la société anonyme une somme de 33 640,35 euros au titre du préjudice subi résultant de la perte de chance pour la société d'avoir pu renoncer à l'application de la clause de non-concurrence.

L'ancien dirigeant fait grief à l'arrêt d'appel de retenir qu'il a manqué à son obligation de loyauté alors même qu'il a informé la société, dans sa lettre de

démission, de l'existence de cette clause et qu'il n'a pas caché qu'il serait son futur employeur. Par ailleurs, cette information était directement accessible dans son contrat de travail. En outre, il met en avant un souci procédural, considérant que la Cour d'appel a soulevé comme moyen d'office, la perte de chance pour l'employeur de pouvoir renoncer à la clause du fait du manquement à l'obligation de loyauté, sans que les parties ne puissent avoir un quelconque débat contradictoire à ce sujet. Il décide donc de se pourvoir en cassation.

La Cour va s'interroger pour savoir si un dirigeant social, aussi salarié, est tenu d'informer, au nom de son obligation de loyauté, les organes dirigeants de la possibilité pour la société de renoncer à la clause de non-concurrence prévue dans son contrat de travail ?

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la cour d'appel de Grenoble sur la base d'un vice procédural, celle-ci n'ayant pas respecté l'article 16 du Code de procédure civile en relevant un moyen d'office sans que les parties ne soient au préalable invitées à présenter des observations sur celui-ci. Cependant, la Cour de cassation approuve le raisonnement de la cour d'appel concernant le devoir de loyauté du dirigeant. L'obligation de loyauté de l'ex-président du directoire l'obligeait en effet à faire primer l'intérêt social, dont il était le garant lors de son mandat social, sur son intérêt personnel. Il était donc tenu d'informer les organes dirigeants de la société.

Ainsi, il ressort de cette décision une extension du devoir de loyauté à l'égard des organes de gouvernance (I) porteuse de certaines implications concrètes (II).

I. L'extension du devoir de loyauté envers les organes de gouvernance

Les dirigeants sociaux sont tenus par un devoir de loyauté prétorien (A) qui ne cesse de s'étendre,

¹ A. MATHIEU, *L'amour en zodiaque ; madame scorpion*, 1986.

allant jusqu'à reconnaître ce devoir à l'encontre des organes sociétaires (B).

A. La dimension acquise d'un devoir de loyauté prétorien

L'arrêt commenté s'inscrit dans le cadre d'un devoir de vigilance consacré et précisé par la jurisprudence française depuis une trentaine d'années. Depuis l'arrêt *Vilgrain*, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un devoir de loyauté pesant sur le dirigeant envers les associés². Ce devoir, d'origine purement jurisprudentielle, se traduit par l'interdiction pour le dirigeant de s'enrichir au détriment d'un associé en exploitant des informations privilégiées obtenues dans l'exercice de ses fonctions³.

Avec l'arrêt *Kopcio*, cette obligation a été élargie pour inclure une loyauté non seulement envers les associés, mais également envers la société elle-même⁴. En outre, la jurisprudence a progressivement renforcé le périmètre de ce devoir. Initialement limité à des obligations spécifiques, comme celle de non-concurrence, son domaine s'est étendu en 2011 au devoir d'abstention en cas de conflit d'intérêts. À cette occasion, la Cour a précisé qu'un dirigeant est tenu d'une obligation de fidélité envers la société, imposant une conduite irréprochable dans la gestion de ses affaires.

Ce devoir de loyauté ne concerne pas seulement les dirigeants. Les administrateurs, en tant que membres du conseil, y sont également soumis à titre individuel, ainsi qu'à une obligation d'information, établie par l'arrêt *Vilgrain*. À l'inverse, les associés, bien qu'épargnés par cette obligation de loyauté, doivent néanmoins respecter l'intérêt social de la société⁵. Les salariés, quant à eux, restent soumis à un devoir général de loyauté envers leur employeur.

Ainsi, la Cour de cassation ne limite pas la portée de ce principe au cadre strict de la relation entre le dirigeant et les associés. Elle affirme également que le dirigeant, en sa qualité de président du directoire, est tenu d'une obligation de loyauté envers la société dont il assure la gestion. Dans le prolongement des décisions précédentes, la Cour a progressivement élargi l'application de ce devoir, y intégrant notamment une obligation d'information à l'égard des autres organes sociaux.

B. La nouvelle dimension « organique » du devoir de loyauté⁶

Si l'existence d'un devoir de loyauté envers les associés de la société et la société elle-même était déjà acquis depuis les arrêts de 1996 et 1998, la Cour

de cassation apporte dans la décision commentée une nouvelle précision importante : le dirigeant est tenu d'un devoir de loyauté envers les autres organes de la société, en l'espèce les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance. Elle donne ainsi au devoir de loyauté du dirigeant une dimension profondément organique, obligeant en l'espèce le président du directoire à informer les autres organes de la société de la possibilité de renoncer à la clause de non-concurrence, et ainsi de leur permettre de prendre leur décision en toute connaissance de cause.

La Cour de cassation propose ainsi ici une nouvelle analyse du devoir de loyauté du dirigeant. Si le devoir de loyauté était auparavant avant tout de nature contractuelle, par application du principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats (v. pour exemple le devoir de loyauté du dirigeant dans le cadre d'une cession d'actions), il devient ici avant tout institutionnel en ce qu'il ne se manifeste plus seulement à l'occasion de l'exécution d'un contrat mais naît de l'exercice même des fonctions du dirigeant. Il pèse ainsi sur lui un devoir de loyauté qui découle de ses fonctions sociales et qui s'impose comme un standard de comportement vis-à-vis des autres organes de la société. D'une part, cela permet de distinguer la situation du dirigeant de la situation des associés, lesquels ne sont soumis, sauf clause contraire particulière, à aucune obligation de loyauté, seules pesant sur eux les obligations de libérer leur apport et de contribuer aux pertes. D'autre part, ce standard de comportement « loyal » du dirigeant vis-à-vis des autres organes de la société apparaît nécessaire à la mise en œuvre d'une gouvernance saine qui agit dans le meilleur intérêt de la société. On voit mal comment une société pourrait être gérée dans son intérêt social, comme le prescrit l'article 1833 du Code civil, si les organes de direction de celle-ci n'adoptaient pas entre eux un comportement loyal. En l'espèce, il était dans l'intérêt de la société de renoncer à la clause de non-concurrence afin d'éviter le paiement d'une indemnité compensatoire trop élevée. Le manque de loyauté du président du directoire envers les autres organes de gouvernance les a donc empêchés de prendre la décision la plus adaptée à l'intérêt social.

Finalement, cela amène à se demander si ce devoir de loyauté organique, envers les autres organes de la société, lesquels prennent des décisions sociales, ne serait pas qu'une expression particulière du devoir de loyauté du dirigeant envers la société elle-même, déjà consacré en 1998 par la Cour de cassation.

² Cass. com., 27 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 485.

³ J. GHESTIN, « La rétention dolosive d'informations privilégiées par un dirigeant lors d'une acquisition d'actions non cotées », *JCP N*, 1966, p. 1050.

⁴ Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638.

⁵ Paris, 17 sept. 1993, *JCP G* 1994, p. 3795, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; A. Brès, « L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé », *RTD com.*, 2011, p. 463.

⁶ B. FAGES, « L'obligation de loyauté du dirigeant envers la société et ses autres organes de gouvernance », *Bulletin Joly Sociétés*, mai 2024, p. 20.

II. L'implication du devoir de loyauté envers les organes de la procédure

Cette extension du devoir de loyauté envers les organes de la procédure emporte certaines conséquences (A) qui viennent conforter l'intérêt social de la société (B).

A. La nécessité d'informer les organes de la procédure de la clause de non-concurrence

La Cour de cassation pose le principe selon lequel, au regard de la qualité de dirigeant, le fait de ne pas informer « les organes de direction de la faculté pour la société de renoncer à la clause de non-concurrence insérée dans son contrat de travail » constitue un manquement à son devoir de loyauté.

Le dirigeant en question a été embauché en premier lieu en tant que salarié au sein de la société. Une clause de non-concurrence avait été prévue, seulement, l'employeur pouvait y renoncer dans un délai de 15 jours à compter de la rupture du contrat. Une clause de non-concurrence en droit du travail permet de limiter la liberté d'exercer, après la rupture du contrat, des fonctions équivalentes chez un concurrent de son employeur ou à son propre compte. Or, cela donne aujourd'hui obligatoirement suite à une contrepartie pécuniaire afin de compenser cette restriction imposée au salarié⁷. Une telle clause n'est donc pas sans conséquences financières pour une société.

Dans le cas d'espèce, le dirigeant possédait une « double casquette », l'une en tant que simple salarié de la société et l'autre en tant que président du directoire lui imposant certains devoirs particuliers tels que le devoir de loyauté. En procédant à la rupture de son contrat de travail afin d'exercer des fonctions qui ne relevaient pas du champ de la clause de non-concurrence et en vertu de sa qualité de dirigeant du directoire, il relevait de son devoir de loyauté d'informer les membres du directoire ainsi que les membres du conseil de surveillance de la possibilité de renoncer à ladite clause comme il l'était prévu au sein

de son contrat de travail. Une telle information aurait évité dans l'absolu à la société de payer une somme non négligeable.

Il n'était donc pas difficile de définir un manquement au regard de l'intérêt de la société. En revanche, il est intéressant de constater cette extension du devoir de loyauté envers les organes qui auraient dû être informés de cette possibilité. Le devoir de loyauté s'étend là même où s'élabore le consentement de la personne morale. Une telle conception du devoir de loyauté amène à le distinguer de la notion de concurrence déloyale comme il l'est souvent fait en jurisprudence avec une volonté d'appliquer ce devoir aux organes de la société. Mais cette extension peut amener des interrogations sur sa portée et ses conséquences.

B. Un devoir de loyauté confortant l'intérêt social de la société

En étendant le devoir de loyauté du dirigeant aux organes de gouvernance de la société, la Cour de cassation confirme l'importante étendue de cette obligation pesant sur les organes dirigeants de la société, ceci après avoir déjà étendu ce devoir à l'égard des associés⁸ et à l'égard de l'entreprise⁹. Cet arrêt n'est donc pas sans rappeler l'affaire *Scor c. Covea*, qui soulignait déjà à travers un manquement à l'obligation de loyauté d'un administrateur, le caractère organique dudit devoir de loyauté¹⁰.

Bien que cet arrêt ne soit pas voué à une lourde portée car il n'est pas publié, il implique d'importantes considérations d'ordre pratique. Le devoir de loyauté du dirigeant social s'étend donc à la prise de décision sociale, aux fins de permettre une décision d'autant plus conforme aux intérêts de la société. En effet, en gardant le silence sur la possibilité de renoncer à la clause de non-concurrence, le dirigeant prive la société d'une potentielle économie. Cet arrêt est donc bienvenu car il permet d'affirmer la prévalence de l'intérêt social qui est à distinguer de l'intérêt de ses organes, et plus particulièrement de ses organes dirigeants.

⁷ Cass. soc., 10 juil. 2022, n° 00-45.135.

⁸ Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241.

⁹ Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-12638.

¹⁰ B. FAGES, *art. préc.*

RSE et chaînes d'approvisionnement : l'Europe passe à l'offensive avec la CS3D

Noé COUVERT (dir.), Maryam ACHLIH, Emma BIZZARI, Eva FILLIERES, Ariel LELONG

À l'heure où les attentes sociétales envers les entreprises n'ont jamais été aussi fortes, la directive européenne sur la *Corporate Sustainability Due Diligence* (CS3D) redéfinit les standards de la responsabilité sociale et environnementale. Adoptée le 24 mai 2024 par le Conseil européen après de longues négociations, elle impose aux grandes entreprises de l'Union européenne et à leurs partenaires internationaux d'intégrer des mécanismes de vigilance tout au long de leur chaîne d'activités. Cette initiative marque une avancée significative vers une économie plus durable et transparente.

Inspirée par la loi française du 27 mars 2017¹ sur le devoir de vigilance, tout en apportant des innovations majeures, la directive instaure un régime de supervision renforcé, accompagné de sanctions pouvant atteindre 5% du chiffre d'affaires mondial. Les entreprises concernées devront identifier, prévenir et remédier aux atteintes potentielles ou réelles aux droits humains et à l'environnement, tout en révisant leur gouvernance pour intégrer ces nouvelles exigences.

Dans la continuité de la directive CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*²), la CS3D se distingue par sa portée extraterritoriale et par son régime de contrôle et de sanctions renforcé. Son adoption s'appuie sur des tragédies industrielles telles que l'effondrement du *Rana Plaza* en 2013, renforçant l'urgence d'une transition vers des pratiques économiques responsables.

Toutefois, cette directive soulève des questions complexes : comment s'articulera-t-elle avec les cadres nationaux existants, notamment en France ? Quels en seront les impacts concrets sur les entreprises, en termes de coûts, d'organisation, et de compétitivité ?

Une étape majeure dans la régulation des entreprises

Le projet CS3D, inscrit dans le cadre du *Pacte Vert Européen* visant une économie durable d'ici 2050, harmonise les obligations des entreprises au sein des 27 États membres. Il ambitionne de lutter contre les impacts négatifs des activités économiques sur les

droits fondamentaux et la planète. À l'annonce du projet en 2022, le Commissaire européen à la Justice, Didier REYNERS déclarait « *Nous ne pouvons plus fermer les yeux sur les dégâts causés par les chaînes de valeur globales* »³.

Cependant, son adoption n'a pas été sans heurts. Des divergences sont apparues entre les visions nationales, notamment entre la France et l'Allemagne. L'un des principaux points de tension concernait le régime de responsabilité civile applicable en cas de manquement.

Sous l'impulsion de l'Allemagne, un cadre plus restrictif que celui de la loi française de 2017 a été adopté. Ce dernier limite les types de manquements invocables et les dommages reconnus, dans le but de protéger les entreprises contre des actions judiciaires excessives. En revanche, le droit français, basé sur des principes constitutionnels comme l'égalité devant la loi ou le droit à réparation, rend difficile la transposition de ces restrictions dans son cadre juridique. Ce déséquilibre entre régimes juridiques pourrait affecter la compétitivité des entreprises françaises.

En réponse aux préoccupations des États membres, la directive limite désormais le devoir de vigilance des entreprises aux partenaires directs et aux activités où elles agissent comme donneuses d'ordre. Si cette approche réduit le risque juridique pour les entreprises, elle est critiquée par des organisations telles qu'*Amnesty International*, qui considèrent qu'elle affaiblit la responsabilité des multinationales sur des maillons plus éloignés de leurs chaînes de valeur.

Enfin, le champ d'application de la CS3D s'élargit par rapport à la loi française. Là où cette dernière concernait environ 250 grandes structures employant au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 à l'échelle mondiale, la directive abaisse les seuils : elle vise toutes les entreprises de plus de 500 salariés et réalisant 150 millions d'euros de chiffre d'affaires mondial. Pour les secteurs à haut risque, comme le textile ou l'agriculture, ces seuils sont encore réduits à 250 salariés et 40 millions d'euros. Cette extension inclut

¹ L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

² Directive n°2022/2464 *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) du 16 déc. 2022.

³ Comm. UE, *Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité*, 2022.

ainsi de nombreuses PME auparavant non concernées.

Ambitions et défis d'une régulation contraignante

Par cette nouvelle directive, l'Union Européenne a donc pour ambition d'être à la pointe de la lutte pour les enjeux sociaux et environnementaux. Si le Parlement européen s'est déjà exprimé en faveur du devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises⁴, un tournant s'opère ici en passant de la *soft law* à la *hard law*. Si l'on reproche souvent aux normes environnementales de ne pas être assez contraignantes, le plafonnement de la sanction de la violation du plan de vigilance à 5% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise a de quoi inciter les multinationales à faire preuve de vigilance. De plus, la société pourra être tenue pour responsable du dommage causé du fait de son irrespect de ses obligations de vigilance.

Les entreprises devront élaborer un plan détaillé comportant huit volets⁵, incluant l'identification et la hiérarchisation des risques, la prévention des incidences négatives, la réparation des dommages avérés, la collaboration avec les parties prenantes et la mise en place de mécanismes de signalement.

Bien que cette directive élargisse le champ des obligations, elle ne fait pas l'unanimité. Certains acteurs économiques dénoncent une réglementation trop lourde, augmentant les coûts pour les entreprises européennes face à des concurrents étrangers non soumis à ces règles. Robert HABECK, ancien ministre allemand de l'économie, dénonçait à ce titre une réglementation trop contraignante, appelant à des mesures proportionnées. Une taxation des importations non conformes pourrait corriger ce déséquilibre, mais l'Union européenne semble encore loin de mettre en œuvre une telle politique.

En outre, des doutes subsistent quant à son efficacité réelle. La directive prévoit en effet une entrée en vigueur progressive sur deux ans, risquant de devenir obsolète avant même son application effective. Concernant les objectifs environnementaux, bien que des plans de transition climatique soient requis, ils restent porteurs seulement d'obligations de moyens et non de résultat⁶, ce qui suscite des critiques de *socialwashing* et *greenwashing*.

Enfin, se lèvent certaines inquiétudes quant à la perte de compétitivité des entreprises concernées vis-à-vis des entreprises hors Union européenne. Les fournisseurs et autres sous-traitants indésirables par leurs pratiques avaient pour eux de faibles coûts de production : en

se tournant vers d'autres fournisseurs, les coûts des entreprises européennes augmenteront nécessairement, se traduisant par une baisse de compétitivité effective.

Les enjeux de la transposition en droit interne

La transposition de la directive CS3D en droit interne constitue un défi stratégique majeur pour les États membres, qui devront répondre à des enjeux complexes. Le premier de ces enjeux réside dans la cohérence entre les mécanismes d'indemnisation et de sanction prévus par la directive. Celle-ci instaure un double mécanisme visant à renforcer l'effectivité des obligations de vigilance. Sur le plan civil, les victimes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, pourront engager la responsabilité des entreprises pour les dommages résultant de l'absence ou de l'insuffisance d'un plan de vigilance approprié. Ce régime civil, particulièrement exigeant, ouvre la voie à des actions en réparation, qui pourraient se multiplier. Parallèlement, sur le plan administratif, la directive confie à une autorité nationale indépendante le pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires significatives pouvant aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires mondial des entreprises lorsque ces dernières intentionnellement ou par négligence causent un dommage qui aurait pu être évité par la mise en œuvre d'un plan de vigilance approprié⁷. La directive prévoit expressément la possibilité de cumuler ces deux mécanismes, ce qui risque d'engendrer une augmentation importante des contentieux.

En France, les juridictions se préparent déjà à cette évolution. En 2023, le Tribunal judiciaire de Paris a créé une chambre spécialisée en régulation sociale, économique et environnementale, destinée à traiter ces nouvelles affaires. De son côté, la Cour d'appel de Paris a mis en place une chambre dédiée aux contentieux émergents - la chambre 12 du pôle 5 - dans laquelle figureront notamment ceux liés au devoir de vigilance, et dont les premiers arrêts ont été rendus le 18 juin 2024⁸. Ces ajustements témoignent de la prise en compte, par les institutions judiciaires, de l'ampleur et de la spécificité de ce contentieux en forte expansion.

Un autre enjeu central de la transposition concerne la désignation d'une autorité de supervision compétente. En effet, la directive exige que chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités nationales chargées de contrôler la mise en œuvre des obligations de vigilance⁹. Ces autorités devront

⁴ Résolution du Parlement européen, 10 mars 2021.

⁵ Art. 5§1 Directive CS3D.

⁶ Art. 5§1 Directive CS3D.

⁷ P. PORTIER, X. PERNOT, P. BOUCHEZ, EL GHOZI, « Devoir de vigilance : quels seront les impacts de la directive "devoir de vigilance (CS3D)" ? », *JCP E.*, 2024, n°47.

⁸ Paris, 18 juin 2024, n° 23/14348, n° 21/22319, n° 23/10583.

⁹ Directive CS3D, considérant n°75.

être publiques, juridiquement indépendantes, et disposer des ressources humaines et financières nécessaires pour exercer leurs missions de manière efficace¹⁰. Elles seront habilitées à mener des enquêtes, qu'elles soient initiées d'office ou déclenchées à la suite de plaintes.

En France, plusieurs options sont envisagées. Parmi elles, l'Agence française anticorruption (AFA), spécialisée dans la lutte contre la corruption, semble être un candidat sérieux. Cependant, le fait que l'AFA soit un service à compétence nationale, institué par la

loi du 9 décembre 2016, constitue un obstacle à sa désignation comme autorité de contrôle dans le cadre de la directive CS3D. L'article 24 de cette dernière exigeant que « *l'autorité de contrôle soit juridiquement et fonctionnellement indépendante* ». Ainsi, seules les autorités administratives indépendantes semblent correspondre à ces critères. L'Autorité des marchés financiers (AMF) apparaît dès lors comme l'autorité la plus compétente grâce à son expertise en régulation et en supervision des entreprises.

¹⁰ Art. 24 Directive CS3D : « 1. Chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités de contrôle chargées de surveiller le respect des obligations prévues dans les dispositions du droit national adoptées

[...] Les États membres garantissent l'indépendance des autorités de contrôle [...]. ».

Précisions sur la divisibilité des clauses et la prescription des actions en restitution

CE, 17 mai 2024, SMA Energie, n° 466568

Anciïs MAHIEUX (dir.), Delphine DUONG, Alice ELAERTS, Thimothée GABEL, Noha VANDENPLAS

« Pour qui cherche à l'approcher, le contrat de droit public reste une boîte noire qui nous invite constamment à des questions de délimitation »¹. À ces questions, le juge administratif du contentieux contractuel y est quotidiennement confronté, et c'est une problématique à laquelle il a dû encore une fois faire face dans le cadre d'une décision rendue le 17 mai 2024, par laquelle il a clarifié les interrogations jusqu'alors non résolues, en précisant la possibilité d'annulation des clauses divisibles et les conséquences d'une telle annulation.

En l'espèce, le 23 avril 2010, la société SMA Energie a conclu avec la société Électricité de France (EDF), un contrat d'achat de l'électricité produite à partir du biogaz généré par l'installation de stockage de déchets non dangereux qu'elle exploite sur un site, étant précisé qu'une des clauses de ce contrat prévoyait le versement de la prime à la méthanisation².

Le contentieux a débuté lorsque la société EDF a demandé l'annulation des stipulations relatives au versement de la prime en soutenant que celles-ci seraient contraires à l'ordre public. Si le tribunal administratif a rejeté cette demande, la cour administrative d'appel a annulé son jugement, et par une décision du 5 avril 2023, le Conseil d'État a prononcé l'admission des conclusions du pourvoi de la société SMA dirigées contre cet arrêt, en tant qu'il statue sur l'appel principal formé par la société EDF.

La question principale qui se posait était de savoir si les stipulations prévoyant le versement d'une prime à la méthanisation étaient ou non contraires à l'ordre public. Toutefois, la réponse donnée par le Conseil d'État a soulevé bien d'autres interrogations.

Le Conseil d'État considère que la clause litigieuse était effectivement contraire à l'ordre public. Après avoir rappelé le considérant issu de la jurisprudence dite « Béziers I »³, le juge affirme que dans le cas où l'irrégularité constatée n'affecte que des clauses divisibles du contrat, le juge, saisi d'un recours

contestant la validité du contrat, peut prononcer, s'il y a lieu, la résiliation ou l'annulation de ces seules clauses. De même, le juge, saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, peut, le cas échéant, régler le litige sur le terrain contractuel en écartant l'application de ces seules clauses. En l'espèce, les parties au contrat d'achat d'électricité ne pouvaient donc pas contractuellement déroger aux tarifs d'achat fixés par arrêté interministériel. De ce fait, la clause qui prévoyait le versement de la prime à méthanisation revêtait un caractère illicite. Toutefois, cette clause a été considérée divisible des autres stipulations du contrat et a donc pu être seule annulée. De là se posait la question de l'action en restitution que pouvait intenter EDF, et notamment de sa prescription. En se fondant sur l'article 2224 du Code civil, le juge estime que l'action intentée par la société EDF en restitution des sommes versées en application de la clause litigieuse n'était pas prescrite, car EDF devait être regardée comme ignorant légitimement l'existence de sa créance jusqu'au prononcé de l'annulation de ladite clause par le juge.

En menant ce raisonnement, le Conseil d'État vient d'une part apporter des précisions quant à l'office du juge dans le cadre du plein contentieux de la validité du contrat (I), et d'autre part, quant au délai de prescription applicable (II).

I. Les précisions apportées quant à l'office du juge dans le cadre du plein contentieux de la validité du contrat

Par la présente décision, l'office du juge est étendu, car il lui est désormais possible d'écarter une clause illicite (A), sous réserve que cette dernière soit divisible du contrat (B).

A. L'extension de l'office du juge de plein contentieux pouvant écarter une clause illicite

Au sein de la présente affaire, le juge du plein contentieux a été saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat. À cette fin, a été rappelé

¹ V. BOILLET, A.-C. FAVRE, T. LARGEY, V. MARTENET, « La contractualisation en droit public », Schulthess Éditions romandes, 2021, p 7.

² La méthanisation est un processus de production d'énergie renouvelable par la dégradation de matières organiques. Afin de promouvoir cette production d'énergie, une prime à la méthanisation a été créée. Elle permet de majorer le prix de vente

de l'électricité produite, ce qui augmente donc le prix que devra payer EDF.

³ CE, 28 déc. 2009, *Commune de Béziers (I)*, n° 304802.

l'office du juge tel que formulé par la décision *Commune de Béziers (I)*⁴. Le juge doit apprécier l'importance et les conséquences d'une irrégularité sur la validité du contrat, c'est-à-dire tracer une typologie des différentes formes d'irrégularités et leur conséquence, tout en veillant au respect du principe de loyauté des relations contractuelles. Ainsi, il pouvait être amené à décider de la poursuite du contrat sous réserve de mesures de régularisations ou, à l'inverse, en prononcer la résiliation (pouvant même en différer les effets dans le temps), voire l'annulation. La reconnaissance de ces pouvoirs a constitué une véritable avancée puisqu'elle a permis au juge du contrat de ne pas seulement prononcer la nullité du contrat administratif.

Cependant, ce recours *Béziers I* restait limité puisque le juge ne pouvait pas prononcer la nullité des seules clauses illégales alors même que cela avait pu lui être reconnu dans le cadre d'autres recours. Il en va ainsi en matière de recours en contestation de la validité engagés par les tiers⁵, dans le cadre des litiges relatifs à l'exécution du contrat⁶, voir même en cas de REP contre des clauses règlementaires⁷. Dans cette même logique, le juge administratif a pu reconnaître à l'administration la possibilité de modifier unilatéralement les clauses divisibles du contrat afin de remédier aux irrégularités les plus graves « en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs »⁸.

Ainsi, dans la continuité de ces jurisprudences, le Conseil d'État a consacré, dans un considérant de principe, cette prérogative dans le cadre de la contestation de la validité d'un contrat par les parties. Désormais, il est permis au juge administratif saisi d'un recours *Béziers I*, de résilier ou annuler la seule clause illicite divisible.

Le juge du plein contentieux peut désormais écarter une clause illicite, mais celle-ci devra toutefois être divisible du contrat.

B. L'écart d'une clause illicite conditionnée à la divisibilité de la clause

Le Conseil d'État renforce ici considérablement l'exigence de stabilité des relations contractuelles en permettant au juge administratif de résilier ou annuler la seule clause illicite divisible. Ainsi, en cas de divisibilité de la clause illicite, l'annulation comme la résiliation sera limitée à cette seule clause illicite, sans propagation à l'ensemble du contrat. Dès lors, l'exigence de loyauté des relations contractuelles

sera également préservée, le juge pouvant *in fine* régler le litige en appliquant le contrat.

Tout l'enjeu est ainsi de déterminer si la clause illicite est, ou non, divisible. Bien que le Conseil d'État ne définisse pas la notion de divisibilité, cette dernière était déjà présente antérieurement de telle sorte que Monsieur Pélissier la définissait comme celle « qui constitue un élément accessoire dont la suppression n'est pas de nature à remettre en cause la volonté des parties de s'engager sur ce qui constitue l'objet principal du contrat et qui demeure inchangé »⁹. Dans ce cadre, le Conseil d'État se rallie à la position de la Cour d'appel ayant reconnu le caractère divisible de la clause prévoyant le versement de la prime. Par conséquent, bien qu'étant contraire à l'ordre public, l'illicéité de la clause divisible n'a pas entraîné la résiliation ou l'annulation du contrat.

Ainsi qu'il a été vu, le Conseil d'État est venu préciser l'office du juge saisi par les parties dans le cadre du plein contentieux de la validité du contrat. En l'espèce, sa décision permettait à EDF de se prévaloir du remboursement des sommes versées au titre de la clause annulée. De là fallait-il préciser le délai de prescription applicable à l'action d'EDF.

II. Les précisions apportées quant au délai de prescription applicable

La présente décision vient préciser, d'une part que l'action en restitution est soumise au délai de prescription quinquennal (A), d'autre part que le point de départ de cette dernière est fixé au jour de l'annulation par le juge (B).

A. La soumission de l'action en restitution au délai de prescription quinquennal

La deuxième question qui se posait en l'espèce était celle de la prescription de l'action en restitution consécutive à l'annulation de la clause contractuelle litigieuse. Parmi les actions ouvertes au cocontractant ; enrichissement sans cause, responsabilité quasi-délictuelle fondée sur la faute, ou action en restitution, cette dernière s'avère d'application sporadique au vu des difficultés d'exécution qu'elle engendre. Pour cause, cette notion tirée du droit privé – ayant pour fondement l'article 1302 du Code civil – permet le remboursement de sommes indûment versées par une partie à l'autre, en application d'une clause du contrat. En somme, il s'agit de remettre les parties en l'état antérieur, ce qui est souvent rendu complexe lorsque le contrat a déjà été exécuté.

Les règles exorbitantes établies par le juge administratif en matière de prescription ont pu faire douter du

⁴ Ibid.

⁵ CE, 4 avr. 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

⁶ CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, n° 340089.

⁷ CE, 10 juill. 1996, *Coyzele*, n° 138536.

⁸ CE, 8 mars 2023, *SIPPEREC*, n° 464619.

⁹ G. PELLISSIER, concl. sous CE., 21 févr. 2014, *Société Dalkia France*, n° 373159.

régime applicable à l'action en restitution. En effet, le Conseil d'État s'était déjà prononcé sur la prescription d'actions indemnitaires sur des fondements juridiques différents, telle que l'action quasi-délictuelle fondée sur la faute consécutive à des pratiques anticoncurrentielles¹⁰. Il faut également noter que l'action en contestation de validité du contrat est ouverte aux parties jusqu'à la fin de son exécution¹¹.

Néanmoins, c'est la mise en œuvre de l'article 2224 du Code civil qui est choisie, prévoyant une prescription quinquennale pour les actions personnelles ou mobilières à partir du jour de la connaissance de la créance. Cette application – manifestation résolue d'un alignement avec le droit civil¹² – semble logique au vu de l'objet de l'action en restitution, qui doit être dissociée de l'annulation elle-même. Ainsi, l'application de la prescription quinquennale à l'action en restitution implique nécessairement la détermination de son point de départ.

B. La précision du point de départ de la prescription

L'ultime apport de cet arrêt concerne la précision du point de départ du délai de l'action en restitution des sommes indûment versées. En effet, le Conseil d'État statue que la prescription de l'action en nullité ne commence à courir qu'à partir du jour où le juge prononce l'annulation du contrat ou d'une de ses clauses divisibles. Ainsi, avant cette annulation, le créancier est considéré comme ignorant l'existence de sa créance. Cette solution consacre une règle objective pour le départ du délai de prescription, fondée sur l'annulation prononcée par le juge en raison de l'illégalité du contrat ou de ses clauses. Dès lors, le point de départ du délai de prescription

converge avec les solutions traditionnellement adoptées par le juge judiciaire¹³. En outre, cette approche est favorable à la personne publique. Le report du point de départ du délai de prescription répond à « *l'impératif de préservation des deniers* »¹⁴. En effet, par la fixation d'un point de départ au jour de l'annulation prononcée par le juge, le Conseil d'État permet au requérant, en l'occurrence EDF, de solliciter la restitution des sommes indûment versées, même s'il avait eu connaissance de l'irrégularité des stipulations bien avant l'intervention du juge.

Toutefois, cette décision revient presque à faire disparaître la prescription de l'action en restitution. Son délai ne commençant à courir qu'après la décision d'annulation du juge, il est difficile d'imaginer que le créancier n'exerce pas son action en restitution, sauf à imaginer (de façon alambiquée peut-être) un changement drastique du service juridique de la société EDF qui oublierait alors d'exercer son droit à restitution, circonstances qui semblent exceptionnelles. Le titulaire de l'action en restitution bénéficie donc d'un point de départ du délai de prescription particulièrement favorable, ce qui contraste avec les actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle ou sur l'enrichissement sans cause, où le délai commence à courir soit à la date où l'une des parties a invoqué pour la première fois la nullité du contrat¹⁵, soit à la date où le juge l'a soulevé d'office¹⁶. Il est alors rare que la prescription compromette l'exercice de l'action en restitution. Comme le dit le professeur Bourdon, « *du fait de la quasi-disparition de la prescription, l'annulation perd de ce point de vue son rôle de sanction et révèle mieux son caractère de remède* »¹⁷. Après tout, la somme litigieuse s'élevait quand même à 700 000€.

¹⁰ CE, sect., 9 mai 2023, *Société Gespace France*, n° 451710.

¹¹ CE, 1^{er} juill. 2019, *Association pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon* n° 412243.

¹² Cet alignement avec le droit civil n'est pas sans rappeler les conclusions du Commissaire du gouvernement COMBEXELLE sous la décision *Krief* rendue par le Conseil d'État réuni en Assemblée le 28 juin 1996 où le commissaire COMBEXELLE notait effectivement l'existence d'« *un fond commun de techniques et de notions juridiques, le plus souvent inspirées du droit romain des obligations, qui sont indistinctement utilisées par le juge judiciaire et le juge administratif* ».

¹³ M. UBAUD-BERGERON, « *Recours de plein contentieux - Quel est le délai de l'action en restitution consécutive à l'invalidité du contrat ?* », *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, Août-septembre 2024, comm. 230.

¹⁴ A. BARDOUX, « *Office du juge du contrat : clause divisibles et prescription* », *Dalloz Actualité*, 5 juin 2024.

¹⁵ CE, 16 nov. 2005, *Auguste*, n° 262360.

¹⁶ CE, 9 déc. 2016, *Commune de Toulon*, n° 389910.

¹⁷ P. BOURDON, « *Contrat administratif illégal : l'annulation et les restitutions partielles sont possibles, la prescription quasi-impossible* », *AJDA* 2024, p. 1961.

SPIC et SPA : de Toulouse à Bordeaux ?

TC, 8 juillet 2024, n° C4314

Pierre GASNIER-DUPARC

Comme l'écrit le professeur SEILLER à propos de la distinction des deux catégories de services publics, « tout étudiant en droit, même versé dans les subtilités du principe de séparation des autorités, avouera sans nul doute sa perplexité devant les savants distinguos qu'appelle la matière »¹. Sans prétendre être effectivement versé dans les subtilités qu'un examen exhaustif imposerait de maîtriser, nous chercherons ici à revenir sur cette distinction SPIC/SPA, occasion par ailleurs donnée par la décision du Tribunal des conflits en date du 8 juillet 2024.

Il s'agissait en l'espèce de déterminer le juge compétent pour apprécier la demande d'un assistant funéraire, affecté à un crématorium géré par la régie des pompes funèbres de la commune de Toulouse, tendant à obtenir requalification de sa mise à la retraite en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En somme, la question posée au Tribunal était la suivante : le service employant le requérant était-il un service public administratif (ci-après « SPA »), de sorte à octroyer la qualité d'agent public et reconnaître la compétence du juge administratif, ou un service public industriel et commercial (ci-après « SPIC »), de sorte à octroyer la qualité d'agent de droit privé et reconnaître la compétence du juge judiciaire ?

La question pouvait étonner dans la mesure où le service extérieur des pompes funèbres a été clairement qualifié de SPIC par le Conseil d'État². Ce contentieux était toutefois singulier dans la mesure où le requérant, bien qu'employé par la régie des pompes funèbres, était affecté au crématorium, activité qui ne fait pas partie du service extérieur défini à l'art. L. 2223-19 du CGCT et qui ne rentre donc pas explicitement dans ce service qualifié d'industriel et commercial. Les juges ont alors été contraints de revenir aux critères jurisprudentiels de classification posés par la décision *USIA*³. « Compte tenu de son objet, de l'origine de ses ressources, constituées principalement du prix acquitté par les usagers en paiement des prestations, et de ses modalités de fonctionnement, marquées par la pluralité des

intervenants publics ou privés », les juges en déduisent que le service étudié « présente le caractère d'un service public industriel et commercial ».

Ce raisonnement montre que le SPIC est une catégorie résiduelle. En effet, « en l'absence de qualification expresse, tout service public est présumé administratif »⁴ et seule la constatation de la satisfaction des critères posés par la jurisprudence *USIA* peut permettre d'arracher le service au droit administratif (renversant, au demeurant, la logique de ce droit qui se veut normalement dérogatoire du droit commun...). L'idée est alors d'analyser les « caractères dominants »⁵ du service et si ces derniers font transparaître un « mimétisme avec le modèle entrepreneurial privé »⁶, alors il s'agira d'un SPIC. Ce que l'on comprend de cette méthode, c'est qu'il n'existe pas de SPIC par nature, mais uniquement par culture. C'est au terme d'une fine analyse de la culture du service public d'espèce que l'on détermine sa qualité industrielle et commerciale. En réalité, il s'agit seulement du triomphe en ce domaine de l'École de la puissance publique portée par Maurice HAURIOU. Il s'agit ici de regarder les pouvoirs de volonté, les moyens d'action, et non le but poursuivi⁷.

Maintenant, sans pour autant regretter cette victoire de Toulouse, il n'est pas interdit d'en relever les difficultés pratiques. Le premier problème du régime du SPIC est notamment que le faisceau d'indices de la jurisprudence *USIA* repose sur des critères délicats, qui font qu'une même activité peut être un SPIC ici, mais un SPA là-bas. On peut comprendre que l'ordre public soit différent d'une ville à l'autre, mais on a plus de mal à admettre que la qualification d'un service varie d'une collectivité à l'autre⁸. Ensuite, on rappellera que les notions de SPIC et SPA ont un rôle strictement contentieux, afin de répartir les compétences entre les deux ordres juridictionnels. De ce fait, l'interprétation large laissée aux juridictions permet de craindre une instrumentalisation du SPIC. Le professeur PLESSIX explique bien que « la répartition des compétences est nécessairement un enjeu de taille pour les ordres juridictionnels, qui y voient d'abord l'occasion, quitte

¹ B. SEILLER, « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005, p. 417.

² CE, avis, 19 déc. 1995, n° 358102.

³ CE, Ass., 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, n° 26549.

⁴ J.-F. LACHAUME, « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui », *AJDA* 2021, p. 60.

⁵ Concl. LAURENT sous CE, Ass., 16 nov. 1956, n° 26549.

⁶ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2024, p. 993.

⁷ Pour autant, le critère du service public de l'École de Bordeaux doit aussi être conservé, car comme l'explique Jean RIVERO, les deux critères ont vocation à s'appliquer de façon complémentaire, en des domaines différents. V. J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDJ* 1953, p. 279.

⁸ N. CHIFFLOT, « La distinction SPA/SPIC est bien vivante », *Procédures* n°10, 2024, comm. 241.

à susciter des rivalités artificielles, de se positionner dans le paysage institutionnel français ; quand on est deux, il faut bien que chacun se fasse sa place »⁹. Enfin, l'idée d'un SPIC par culture contredit le sens des conclusions du Commissaire du gouvernement MATTER sous la décision *Bac d'Eloka*. Ce dernier affirmait en effet que certains services « sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement ». Ainsi existerait-il des activités naturellement privées et leur prise en charge par l'État devrait permettre la qualification de SPIC, de sorte que le SPIC serait avant tout naturel et non culturel.

C'est peut-être pour ces différentes raisons que « cette notion-critérium a tendance à crispier les juristes »¹⁰. Alors que faire ? La possibilité d'un abandon du SPIC au profit du service public marchand du droit de l'UE n'est guère satisfaisante. D'une part, car cela remplacerait un critère contentieux par un critère de fond, d'autre part, car le service public marchand ne recouvre pas exactement le SPIC. Certains auteurs proposent alors une autre solution, que serait celle de regarder si une entreprise revêt les caractères d'un service public, plutôt que l'inverse¹¹, ce qui reviendrait finalement à déménager de Toulouse à Bordeaux. Néanmoins, il est peu probable que le chantier de la rénovation du SPIC soit mené. Ainsi faut-il peut-être se contenter de ce qu'il est, car même s'il n'est pas satisfaisant, il ne faut pas oublier que le mieux reste l'ennemi du bien.

⁹ B. PLESSIX, *op. cit.*, p. 555.

¹⁰ B. PLESSIX, *op. cit.*, p. 995.

¹¹ B. SEILLER, « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005, p. 417.

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 Janvier 2025