

# Gazette du Magistère de Droit des Activités Économiques



À la une :

Une réforme des sûretés 2.0 pour 2022

Retour d'expérience de Samuel François



# Composition de la Gazette

---

## Direction de la gazette

- Gustave BERTON - Étudiant en Master 2 Droit des affaires et fiscalité - parcours Magistère
- Ferdinand TOULZA - Étudiant en Master 2 Droit des affaires et fiscalité - parcours Magistère

## Supervision universitaire

- Léa MOLINA - Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Jean-Charles ROTOULLIÉ - Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne

## Comité de rédaction

### Professeurs

- Philippe DUPICHOT - Professeur agrégé des Facultés de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Samuel FRANÇOIS - Professeur agrégé des Facultés de droit, Université Rennes 1

### Étudiants du Magistère

- Martha CUEFF - Étudiante en Master 2 Droit privé général - parcours Magistère
- Selim LAROUCSI - Étudiant en Master 2 Droit financier - parcours Magistère
- Yves-Emmanuel LE ROUX - Étudiant en Master 2 Droit public des affaires - parcours Magistère
- Baptiste PERSOUYRE - Étudiant en Master 2 Droit des affaires - parcours Magistère
- Emma ROUHAUD - Étudiante en Master 2 Droit des affaires et fiscalité - parcours Magistère
- Paul SCHWENDT - Étudiant en Master 2 Droit des affaires - parcours Magistère
  
- Alexandre ARHAN - Étudiant en Master 1 au Magistère
- Amel BELAID - Étudiante en Master 1 au Magistère
- Mathieu BONZON - Étudiant en Master 1 au Magistère
- Pétronille BOUHALLIER-CHAUVIN - Étudiante en Master 1 au Magistère
- Mahaut DE LA MESSELIÈRE - Étudiante en Master 1 au Magistère
- Pauline MILLET - Étudiante en Master 1 au Magistère
- Timothé VALOGNES - Étudiant en Master 1 au Magistère
- Gabrielle WICKER - Étudiante en Master 1 au Magistère
  
- Ambre DE SIMONE - Étudiante en Licence 3 au Magistère
- Emeline DONVAL - Étudiante en Licence 3 au Magistère
- Anne-Sophie DUPONT - Étudiante en Licence 3 au Magistère
- Arnaud KOUANDA - Étudiant en Licence 3 au Magistère
- Tom MARTIN - Étudiant en Licence 3 au Magistère
- Emma NICOUUD - Étudiante en Licence 3 au Magistère

## Direction artistique

- Camille ZWICK - Étudiante en Bachelor 3 Création et Design à Lyon Ynov Campus

# Sommaire

---

## **Une réforme des sûretés 2.0 pour 2022**

Philippe DUPICHOT (Professeur agrégé des Facultés de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

p.4

## **Revirement Consorts Cruz – La promesse fige le consentement durant la période d’option**

*Cass 3<sup>e</sup> civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514.*

Amel BELAID, Anne-Sophie DUPONT, Arnaud KOUANDA, Selim LAROUSSI, Gabrielle WICKER

p.6

## **Management packages – Clarification du régime fiscal des gains obtenus**

*CE, Ass., 13 juill. 2021, n° 428506, n° 435452, n° 437498*

Yves-Emmanuel LE ROUX, Pauline MILLET, Emma NICOUD

p.9

## **Loi Climat et Résilience – La loi doit-elle rougir de son incapacité à verdir l’économie ?**

*Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*

Mathieu BONZON, Pétronille BOUHALLIER-CHAUVIN, Martha CUEFF, Emeline DONVAL, Tom MARTIN

p.12

## **Les clauses de *bad leaver***

Mahaut DE LA MESSELIÈRE, Baptiste PERSOUYRE, Paul SCHWENDT, Timothé VALOGNES

p.17

## **Retour d’expérience de Samuel FRANÇOIS, ancien étudiant du Magistère**

Samuel FRANÇOIS (Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université Rennes 1)

p.20

## **Actualité du Magistère de Droit des Activités Économiques**

*Masterclass animée par Maître Olivier Vermeulen et le Professeur Bertrand Fages le lundi 6 décembre 2021*

Alexandre ARHAN, Ambre DE SIMONE, Emma ROUHAUD

p.22

# Une réforme des sûretés 2.0 pour 2022



## Philippe DUPICHOT

Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et directeur du conseil scientifique de Gide Loyrette Nouel

Enrichie par trois décrets d'application du 29 décembre 2021 (n° 2021-1887, 2021-1888 et 2021-1889), l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés est entrée en vigueur pour l'essentiel ce 1er janvier 2022 à l'égard des nouveaux contrats de cautionnement et de sûreté réelle.

Plus de 15 ans après, elle porte à sa maturité la réforme résultant de l'ordonnance du 23 mars 2006. On retiendra ici trois enseignements principaux de ce droit des sûretés 2.0.

Premièrement, qu'il tend au sauvetage d'un cautionnement qui, plus que bicentenaire, avait sombré dans une crise profonde.

Aussi, la mention manuscrite exigée de toute personne physique se trouve-t-elle considérablement simplifiée (une mention cognitive remplaçant l'ancienne page d'écriture), la sanction de la disproportion assouplie (une réduction au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager succédant à un frustré « tout ou rien ») tandis que le chapelet des obligations d'informations sur l'évolution de la dette garantie comme sur le premier incident de paiement est utilement unifié. L'amateur de droit des sociétés aura égard à l'utile clarification

résultant de nouvelles solutions supplétives relatives au sort du cautionnement en cas de dissolution d'une personne morale par suite d'une fusion, scission ou d'une réunion de toutes les parts en une seule main. Si ces événements affectent la personne morale de la caution, le cautionnement subsiste en principe dans toutes ses dimensions (obligations de règlement comme de couverture) ; s'ils affectent au contraire la personne morale débitrice ou créancière, l'obligation de couverture prend en principe fin, à moins que la caution ne consente à couvrir les dettes nées postérieurement « à l'occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance » (art. 2318). Une résurrection inavouée du cautionnement réel (art. 2325) risque toutefois de pérenniser la difficile vérification de l'intérêt social de la personne morale constituante d'une sûreté réelle pour autrui.

Deuxièmement, qu'il simplifie, sécurise et centralise le droit des sûretés réelles.

Il le simplifie d'abord par l'abrogation de gages spéciaux anciens (outillage et matériel, gage commercial) ou même récents (gage de stocks) et de certains privilèges inutiles (ce qui renforce la prééminence du gage sans dépossession de droit commun), par l'assouplissement de contraintes liées à l'évaluation en matière de fiducie-sûreté et la

transformation des privilèges immobiliers spéciaux en simples hypothèques légales.

Il le sécurise ensuite en affirmant la liberté de choix du créancier du mode de réalisation de sa sûreté (opposable même à la caution), en consacrant la possibilité de gager des immeubles par destination, en retenant l'existence d'un droit de rétention du créancier nanti sur créance (dont l'ordonnance n° 2021-1193 relative au Livre 6 du Code de commerce, parue le même jour, confirme le caractère inexpugnable), en admettant la possibilité de nantissement de rangs successifs sur créances (art. 2361-1) et compte-titres (art. L. 211-20 CMF I bis) mais aussi en consacrant deux nouvelles espèces de transfert de propriété à titre de garantie, sans création d'un patrimoine d'affectation. Une nouvelle cession de créance à titre de garantie offrira ainsi un succédané de cession Dailly pour tous (art. 2373 et s.) tandis que l'introduction d'une cession de somme d'argent à titre de garantie (art. 2374 et s.) recevra la pratique du « gage-espèces ». A noter qu'un nouvel article 2326 du Code civil généralise à l'ensemble des personnes morales de droit privé et donc notamment aux associations, la règle de l'article 1844-2 de sorte qu'« une sûreté réelle peut être constituée sur les biens d'une personne morale de droit privé en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de la sûreté doit l'être par acte authentique ».

Il le centralisera enfin à la faveur de l'institution, pour le 1er janvier 2023 cette fois, d'un nouveau « registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes » auprès de chaque greffe compétent, dont la consultation gratuite sera offerte à tous via un portail national tenu par le conseil national des greffiers des tribunaux de commerce ; cette centralisation devrait contribuer à résorber l'actuel morcellement des sûretés mobilières en regroupant des inscriptions telles que gages sans dépossession, nantissement de parts sociales, nantissements et privilèges sur fonds de commerce, warrant agricole, crédit-bail mobilier, hypothèques maritimes et fluviales, privilèges du Trésor et de la sécurité sociale, etc.

Troisièmement, qu'il *digitalise* une matière qui n'admettait jusqu'alors la conclusion par voie électronique des actes sous signature privée relatifs à des sûretés réelles ou personnelles qu'à des fins professionnelles. Dorénavant, toute sûreté

personnelle ou réelle, même solennelle, peut être conclue par voie électronique, quand bien même le donneur de sûreté serait une personne physique n'agissant pas à des fins professionnelles (comp. la disparition de toute réserve au nouvel art. 1175 C. civ.).

Par-delà ces lignes de force, on aura égard pour une évolution profonde de nos sources du droit.

Réputées plus sûres lorsque la matière est aride, les ordonnances gagnent inexorablement du terrain en droit des affaires, et ce pas seulement lorsqu'il faut transposer à bref délai le droit de l'Union européenne. Un exemple permettra de s'en convaincre : l'Assemblée nationale avait refusé, lors du vote de la loi du 26 juillet 2005, d'habiliter le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance en matière de cautionnement car la question de la protection dévolue aux cautions avait, à l'époque, été jugée trop politique pour ne pas être discutée par la voie parlementaire. Quinze ans après, nos *Républiques des ordonnances* tolèrent aujourd'hui ce qui paraissait impensable hier. Et puisque le Parlement semble ne conserver par devers lui que les questions dites « de société » sur lesquels tout citoyen connecté pourra « tweeter », le lecteur spolié par l'absence de travaux parlementaires se tournera religieusement vers les rapports au Président de la République accompagnant toute ordonnance.

# Revirement *Consorts Cruz* – La promesse fige le consentement durant la période d’option

Cass 3<sup>e</sup> civ., 20 oct. 2021, n° 20-18.514.

Par Amel BELAID, Anne-Sophie DUPONT, Arnaud KOUANDA, Selim LAROUCI, Gabrielle WICKER

## I. Présentation de l’arrêt

Après que la Cour de cassation, et particulièrement sa troisième chambre civile, s’est obstinée à maintenir la jurisprudence *Consorts Cruz* en dépit de l’opposition de la quasi-unanimité de la doctrine, cette même chambre a totalement renversé sa jurisprudence dans un arrêt du 23 juin 2021. Dans la mesure où les raisons de ce revirement n’étaient guère explicitées (V. note Molfessis note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554 JCP G 2021, 1226), on attendait avec impatience sa prochaine décision pour savoir si elle maintiendrait cette nouvelle position ou en reviendrait à sa position antérieure. Or ce revirement se trouve confirmé par un nouvel arrêt de la troisième chambre civile du 20 octobre 2021.

En l’espèce, des propriétaires indivis avaient vendu un ensemble de parcelles à une société d’exploitation. Le contrat comportait, outre la vente des parcelles, une promesse par laquelle l’acquéreur s’engageait à revendre les parcelles au vendeur au terme de l’exploitation, ces derniers étant ainsi investis d’un droit d’option quant à cette revente. Après qu’elle a cessé l’exploitation, la société a rétracté sa promesse de revendre les parcelles. Par conséquent, le bénéficiaire de la promesse l’a assigné en justice afin que soit déclarée parfaite leur revente et que soit ordonnée sa réalisation forcée.

Dans une décision du 10 juin 2020, la cour d’appel d’Agen a rejeté sa demande en retenant, dans la droite ligne de la jurisprudence *Consorts Cruz*, que la rétractation de la promesse par la société avant la levée de l’option faisait obstacle à la vente des parcelles. Là encore, le fondement de la solution retenue résidait dans l’absence de rencontre des consentements eu égard à la rétractation, intervenue antérieurement à la levée d’option. En conséquence, l’attributaire de la promesse de revente consentie au propriétaire indivis a formé un pourvoi en cassation. Plus spécialement, l’enjeu était de savoir si elle allait confirmer le revirement opéré par l’arrêt du 23 juin

2021 pour en revenir à la jurisprudence *Consorts Cruz*.

Au visa de l’article 1134 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l’ordonnance du 10 février 2016, la troisième chambre civile casse l’arrêt de la cour d’appel. Après avoir rappelé le principe de la force obligatoire énoncé par ce texte, elle réitère la solution qu’elle a retenue dans son arrêt du 23 juin 2021 selon laquelle « le promettant signataire d’une promesse unilatérale de vente s’oblige définitivement à vendre dès la conclusion de l’avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulations contraires ». Elle en déduit que la cour d’appel a violé l’article 1134 ancien du Code civil, celle-ci ayant constaté, d’une part que le promettant s’était engagé de façon ferme et définitive, et d’autre part que la promesse ne comportait aucun délai pour lever l’option.



*Par cet arrêt la Cour de cassation confirme donc sa nouvelle solution : la rétractation de la promesse tant que la levée d’option est encore possible est désormais inefficace.*



## II. Analyse de l’arrêt

Cet arrêt, venant à la suite de celui rendu le 23 juin 2021, appelle au moins deux observations.

La première observation intéresse la théorie du contrat. La présente solution – soit celle qui figure au nouvel article 1124 du Code civil – marque un profond changement dans la conception du consentement.

La Cour précise que les conditions de validité de la vente s’apprécient lors de la conclusion de la promesse. Ainsi, la rencontre des consentements à cette date suffit à parfaire la promesse de vente et conséquemment la vente dès la levée d’option du

bénéficiaire, contrairement à ce qu'avaient pu retenir les juges du fond qui suivaient la jurisprudence *Consorts Cruz*. Le consentement du promettant est définitivement donné.

En effet, la jurisprudence *Consorts Cruz* revenait à considérer que le consentement des parties s'agissant du contrat définitif ne pouvait résulter que de l'accord de volonté des parties. Dans cette perspective, le consentement du promettant au contrat définitif, tel qu'exprimé dans la promesse unilatérale n'était pas un consentement figé tant qu'il n'avait pas rencontré le consentement que devait exprimer le bénéficiaire lors de la levée de l'option. Cette conception correspondait en fait à la conception classique qui fondait la force obligatoire du contrat sur l'accord de volontés des parties. Cela conduisait ainsi à considérer que l'accord de volonté nécessaire à la formation de la promesse unilatérale ne donne force obligatoire qu'à la seule promesse mais ne donne pas force obligatoire au consentement exprimé quant au contrat définitif.

La solution nouvelle relève d'une approche radicalement différente puisque l'engagement du promettant au contrat définitif, tel qu'exprimé dans la promesse, correspond à un engagement ferme et définitif au contrat de vente. Il s'ensuit que la promesse unilatérale ne peut plus être regardée comme un contrat distinct et autonome du contrat définitif mais qu'elle constitue le contrat définitif en cours de formation et dont certains éléments sont d'ores et déjà et définitivement acquis. Cette solution que l'on trouve en creux dans l'article 1124, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, lorsque celui-ci énonce qu'il ne manque que le consentement du bénéficiaire, est très directement exprimée dans l'arrêt du 23 juin 2021 qui relève que « *la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient [...] le consentement du vendeur* ».

La deuxième observation tient plus à la sécurité juridique. Même si la troisième chambre civile ne fait aucune référence au nouvel article 1124 du Code civil, l'abandon de sa jurisprudence antérieure conduit de fait à appliquer de façon rétroactive la règle posée par le nouveau texte selon laquelle « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la*

*formation du contrat promis* ». Les justiciables qui auront défendu jusque devant la Cour de cassation l'application de la jurisprudence *Consorts Cruz* pourraient se sentir lésés, et cela d'autant qu'après même la publication de l'ordonnance du 10 février 2016, la Cour de cassation semblait décidée à maintenir fermement cette jurisprudence<sup>1</sup>.

Concernant les fondements de cette décision, lorsqu'un revirement de jurisprudence d'une telle ampleur se présente, il est heureux que la Cour se montre autant pédagogue dans l'explication de la solution qu'elle retient.

Tout d'abord, c'est en se référant directement à la nature contractuelle de la promesse unilatérale, telle que définie à l'article 1124 du Code civil, que la Cour qualifie cette promesse d'avant-contrat et la distingue ainsi de la simple offre de vente. Cette qualification lui permet alors de considérer la vente comme définitive et ainsi confirmer sa validité.

Dans un second temps, il est intéressant de noter la divergence de fondements existant entre l'arrêt de juin et la solution commentée. En effet, la Cour, en juin, justifiait le recours à l'exécution forcée de la vente par le principe selon lequel toute partie au contrat dispose de cette faculté dès lors qu'une telle exécution est possible. Constatons, en revanche, qu'en octobre, tout en retenant la même solution, la Haute juridiction fonda plutôt sa solution sur la force obligatoire des contrats en visant explicitement l'ancien article 1134 du Code civil. Notons également que la Cour, dans son arrêt de juin, mentionnait et écartait l'application stricte de la lettre de l'article 1142 ancien du Code civil selon lequel l'inexécution d'une obligation de faire se résout en dommages et intérêts. Cela était hautement critiquable puisque cela ne faisait que revenir à la conception *Consorts Cruz* selon laquelle le promettant s'engagerait à une obligation de *facere*. En revanche, dans son arrêt d'octobre, elle ne s'appuie guère plus sur ce fondement, ce qui est un changement bienvenu.

En dépit des critiques que l'on pourrait donc émettre quant au brusque revirement d'une solution jurisprudentielle vieille de près de trois décennies, il est nécessaire de les tempérer.

---

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170.

D'un point de vue juridique, rappelons qu'il n'existe pas de droit acquis à une jurisprudence figée<sup>2</sup>.

Par ailleurs, même d'un point de vue purement moral cet éclatant revirement ne nous semble pas pouvoir faire l'objet de vives critiques. En effet, il est salubre que la Cour de cassation impose la conclusion du contrat sur la base de la parole donnée. La solution inverse permettait au promettant de ne pas respecter sa parole donnée au bénéficiaire.

Du reste dès lors que ce revirement ne concerne que les promesses unilatérales antérieures au 1<sup>er</sup> octobre 2016 le prétendu impact sur la sécurité juridique — qui ne saurait donc être avéré — est moindre en ce sens que celles-ci s'amenuisent.

Au demeurant, il faut espérer que ce revirement, qui ne concerne que les promesses unilatérales antérieures au 1<sup>er</sup> octobre 2016 (date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 selon son article 9), sera également fait sien par la chambre commerciale de la Cour de cassation. En effet, si tel devait être le cas, la solution nouvelle viendrait très heureusement sécuriser et renforcer l'efficacité des pactes d'actionnaires conclus avant cette date dès lors qu'ils comportent des promesses unilatérales de vente et/ou d'achat.

---

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914.

# Management packages – Clarification du régime fiscal des gains obtenus

CE, Ass., 13 juill. 2021, n° 428506, n° 435452, n° 437498

Par Yves-Emmanuel LE ROUX, Pauline MILLET, Emma NICOU

---

## I. Présentation

Par trois décisions rendues le 13 juillet 2021 en plénière fiscale, le Conseil d'Etat précise le régime applicable aux gains réalisés par les détenteurs de *management packages*, résultant de l'attribution de bons de souscription d'actions (ci-après « BSA »), d'options d'achat ou de souscription d'actions dans le cadre, notamment, d'opérations de *leverage buy out* (ci-après « LBO »).

Les *management packages* sont des dispositifs permettant d'associer certains dirigeants ou salariés clefs d'une société à la performance de celle-ci. Les intérêts de tous sont ainsi alignés grâce à un intéressement au capital, ayant comme objectif d'inciter le *management* à contribuer au développement de la société dans l'optique de le lier directement à la création de la valeur, notamment dans l'optique d'une plus-value lors de sa transmission ultérieure. Résumés par le rapporteur public de l'affaire, Emilie Bokdam-Tognetti, dans ses conclusions, « *les dispositifs dits de "management package" cherchent à insuffler chez les dirigeants salariés d'une entreprise, une énergie passionnée comparable à celle du spéculateur et qu'une rémunération fixe ne suffirait possiblement pas à garantir* ».

La qualification fiscale de ces *management packages* n'est pas fixée par la loi et est loin d'être évidente. L'administration fiscale est tentée d'inclure ces gains dans la catégorie des traitements et salaires, alors que les dirigeants préfèrent celle de plus-value. En effet, les traitements et salaires sont imposés au barème progressif de l'impôt sur le revenu, alors que les plus-values de cession de valeurs mobilières le sont au taux du prélèvement forfaitaire unique depuis la loi de finances pour 2018 : 12,8 % au titre de l'impôt sur le revenu auxquels s'ajoutent les prélèvements sociaux à hauteur de 17,2 %.

Les trois affaires portées devant le Conseil d'Etat

concernaient, pour deux d'entre-elles des bons de souscription d'achat, ainsi qu'une cession d'actions acquises à la suite de l'exercice d'une option d'achat. Dans les deux premières affaires, les contribuables ont contesté l'imposition des gains perçus à la suite de la cession de leur BSA que l'administration fiscale avait imposés dans la catégorie de traitements et salaires. Dans la troisième affaire, c'est l'administration fiscale qui contestait la qualification retenue par le contribuable, à savoir celle de plus-value relative la cession d'actions acquises à la suite de l'exercice d'un contrat d'option d'achat.

Il juge, pour les trois affaires, que les gains perçus dans le cadre d'un dispositif de *management packages* doivent être imposables au titre des traitements et salaires. Le Conseil d'Etat décompose les différentes étapes d'existence du dispositif de *management packages* au cours desquelles un avantage est susceptible d'être perçu : lors de l'acquisition ou de la souscription, lors de l'exercice des bons ou de la levée des options et lors de la cession.

## II. Analyse

### A. L'avantage consenti lors de l'attribution

En premier lieu, le Conseil d'Etat juge qu'en acquérant ou en souscrivant des BSA ou des options d'achat, à tarif préférentiel, le bénéficiaire dirigeant ou salarié profite d'un avantage (1), trouvant essentiellement sa source dans les fonctions de dirigeant ou de salarié (2). Dans ces conditions, le gain obtenu constitue un complément de salaire, alors imposable dans la catégorie des traitements et salaires, l'année de souscription ou d'acquisition.

#### 1. L'existence d'un avantage

Tout d'abord, la Haute Juridiction juge que « *la circonstance que des options d'achat d'actions ou des bons de souscription d'actions ont été acquis*

ou souscrits à un prix préférentiel au regard de leur valeur réelle à la date de cette acquisition ou souscription est de nature à révéler l'existence d'un avantage à concurrence de la différence entre le prix ainsi acquitté et cette valeur ».

Ainsi, c'est l'acquisition ou la souscription à un prix préférentiel qui constitue un avantage. Ce prix préférentiel s'évalue en tenant compte de la valeur réelle des options d'achat d'actions ou des BSA. Ces derniers ont en effet pu être attribués à un prix moins élevé que celui qui serait exigé d'un investisseur tiers. Logiquement, cet avantage se calcule eu égard à la valeur réelle de ces dispositifs.

## **2. L'avantage doit trouver sa source « essentiellement dans les fonctions de dirigeant ou de salarié »**

Le Conseil d'Etat précise que cet avantage doit trouver « essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé de ses fonctions de dirigeant ou salarié ». Ainsi, la seule qualification d'avantage se révèle insuffisante, encore faut-il qu'existe un lien entre celui-ci et les fonctions exercées par celui qui en bénéficie. L'emploi du terme « essentiellement » suggère une certaine liberté quant à l'appréciation de ce lien par l'administration fiscale et le juge de l'impôt. Il n'en demeure pas moins que l'emploi de ce terme laisse un flou quant à son interprétation. Peut-on penser que l'avantage doit être obtenu uniquement dans le cadre de la mission qui incombe au salarié et qui est définie dans son contrat de travail ? A contrario, quel avantage ne trouve pas sa source « essentiellement » dans les fonctions de dirigeant ou de salarié ? Cela semble désigner les actions acquises par un employé se plaçant dans une situation d'investisseur lambda souhaitant entrer au capital de la société.

“ Il n'en demeure pas moins qu'à l'issue de ces décisions, l'avantage est imposé dans la catégorie des traitements et salaires<sup>1</sup>, au titre de l'année de l'achat ou de la souscription du bon. ”

A cet égard, la solution retenue par la Haute Juridiction diffère de celle applicable en matière de stock-options. Ces derniers sont en effet imposés l'année au cours de laquelle l'option est levée, celle-ci pouvant très bien être attribuée mais jamais exercée. La solution applicable aux stock-options est moins sévère à l'égard du contribuable en ce que le revenu disponible, qui est donc imposable, a réellement été perçu : si l'option n'est jamais exercée alors aucun gain n'est réalisé et aucune imposition n'a lieu. Dans les présentes affaires, les gains sont tout de même imposés alors qu'ils pourraient n'être que potentiels.

La question de la justification d'une telle différence de traitement se pose donc. Le Conseil d'Etat affirme que « Lorsqu'un contribuable cède un bon de souscription d'action, le gain net réalisé lors de la cession d'un tel bon [...] est en principe imposable en tant que gain en capital dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières de l'article 150-0 A du CGI ». Ici, seule une plus-value est imposée. Mais en précisant que le régime d'imposition applicable aux gains réalisés par les détenteurs de management packages relève des traitements et salaires, le Conseil d'Etat oublie le scénario d'une moins-value réalisée par le cédant du BSA. Avec la qualification retenue par les arrêts du 13 juillet 2021, cette opération serait quand même imposée, quand bien même une moins-value serait réalisée par le cédant. Cette situation amène à une rupture d'égalité pour les détenteurs de BSA par rapport aux détenteurs de stock-options, où seule l'éventuelle plus-value est imposée et non le seul exercice de l'option.

## **B. L'avantage consenti lors de la cession ou de l'exercice**

Lors de la cession ou de l'exercice des BSA ou des options d'achat d'action, le principe est celui de l'imposition en tant que plus-value (1), à l'exception de l'hypothèse où les gains réalisés sont obtenus en contrepartie de la fonction de salarié ou de dirigeant (2).

<sup>1</sup> Articles 79 et 82 du CGI.

## 1. Le principe : l'imposition des gains comme plus-value

De manière générale, il existe une différence positive entre la valeur réelle des actions et le prix déboursé pour les acquérir lors de l'exercice d'un BSA ou de la levée d'une option d'achat d'action. Dans cette hypothèse, le gain réalisé est par principe une plus-value, imposée « *suivant le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières des particuliers institué par l'article 150-0 A du Code général des impôts, y compris lorsque ces bons ont été acquis ou souscrits auprès d'une société dont le contribuable était alors dirigeant ou salarié, ou auprès d'une société du même groupe* ».

L'imposition comme plus-value permet l'application du prélèvement forfaitaire unique de 30 %, décomposé de 12,8 % au titre de l'impôt sur le revenu et 17,2 % au titre des prélèvements sociaux.

## 2. L'exception : l'imposition des gains comme traitements et salaires

Toutefois, la qualification de plus-value doit être écartée dans la situation où, « *eu égard aux conditions de réalisation du gain de cession, ce gain doit être regardé comme acquis non à raison de la qualité d'investisseur du cédant, mais en contrepartie de ses fonctions de salarié ou de dirigeant* ». Ainsi, il apparaît que l'existence d'un risque financier n'est pas un rempart pour éviter une requalification d'une plus-value en traitements et salaires<sup>2</sup>. Si cette solution se justifie dans l'affaire n° 437498 où l'option d'achat à prix plancher avait véritablement comme effet l'exonération de tout risque actionnarial, elle semble plus discutable dans l'hypothèse où subsiste un réel aléa. En effet, même si le dirigeant ou salarié est soumis à un risque de perte, sa seule qualité pourrait justifier que le gain de cession soit requalifié en traitements et salaires. Or, c'est davantage la prise de risque actionnarial qui devrait « *constituer la boussole du juge et des services fiscaux pour déterminer le régime fiscal applicable aux outils de partage de plus-value actionnariale* »<sup>3</sup>.

## III. Portée

Ces décisions viennent préciser l'interprétation à adopter concernant l'imposition des *management packages*, laquelle avait notamment été entreprise par le Conseil d'Etat en 2014<sup>4</sup>. Dans cette décision *Gaillochet*, la Haute Juridiction avait requalifié en salaire une plus-value réalisée à la suite de l'exercice d'options d'achat dans le cadre d'un tel mécanisme.

Les présentes décisions ont été confirmées le 17 novembre 2021<sup>5</sup> : le Conseil d'Etat a repris l'analyse quant à la qualification des gains résultant des *management packages* concernant une situation de souscription à prix préférentiel de BSA. Néanmoins, si cette précision quant à la qualification du régime d'imposition des gains réalisés par les détenteurs de *management packages* est appliquée à des situations antérieures à la solution des trois décisions du 13 juillet 2021, se posera la question de la sécurité fiscale de telles opérations.

Il pourrait être pertinent de s'interroger également sur la structure des *management packages*. Le salarié peut souscrire des BSA ou lever des options d'achat qui lui permettront d'entrer en possession de ces actions, mais il peut également acquérir des actions selon les procédés plus traditionnels (cession d'actions ordinaires ou de préférence).

Dans la seconde hypothèse, le salarié aura pris un risque et le gain qu'il pourrait retirer d'une cession de ces actions semble difficilement qualifiable de salaire, au sens d'une rémunération obtenue dans le cadre de ses fonctions salariées, même si cette dernière est laissée à l'appréciation *in concreto* des juges. Ainsi, une marge de manœuvre existe dans pareille hypothèse. Si le salarié souhaite entrer au capital de la société émettrice qui l'emploie en achetant des actions de celle-ci par le biais d'une société *holding* d'investissement à objet social limité, il pourrait être possible de manœuvrer malgré la nouvelle qualification adoptée par la Haute Juridiction. Dans ce cas de figure, le salarié devra montrer qu'il se comporte comme un investisseur *lambda* qui souhaiterait entrer au capital de l'émettrice à l'aide d'un véhicule financier.

<sup>2</sup> M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadefaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, 44e éd., LexisNexis, 2021.

<sup>3</sup> J.-L. Médus, « Gains de management package : le tour de vis contestable du Conseil d'Etat », *Droit fiscal* n° 36, comm. 354, 2021.

<sup>4</sup> CE, 26 sept. 2014, n° 365573, *Gaillochet*.

<sup>5</sup> CE, 17 nov. 2021, n° 439609.

# Loi Climat et Résilience – La loi doit-elle rougir de son incapacité à verdir l'économie ?

Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets

Par Mathieu BONZON, Pétronille BOUHALLIER-CHAUVIN, Martha CUEFF, Emeline DONVAL, Tom MARTIN

Forte de près de 305 articles, la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « Climat et Résilience ») reprend certaines propositions de la Convention citoyenne pour le climat.



*S'il s'agit de la grande loi environnementale du quinquennat, certains lui reprochent son manque d'ambition.*



C'est ce dont nous avons fait le choix de discuter, en étudiant cette loi sous le prisme du droit des affaires, vecteur certain du verdissement de l'économie. Notre propos portera sur les modifications introduites en droit privé (I) et en droit public (II).

## I. Aspects de droit privé

### A. La responsabilisation des sociétés-mères

Le sens de l'Histoire du droit positif des groupes de sociétés est présidé par une relativisation du principe d'autonomie des personnes morales. La loi Climat et Résilience participe de la responsabilisation des personnes morales, à travers deux mesures : la première, de portée générale, étend le devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre à la lutte contre la déforestation importée (1) quand la seconde, propre au droit minier, responsabilise les chaînes de sociétés en cas de faute d'une filiale impécunieuse (2).

### 1. L'extension du devoir de vigilance à la lutte contre la déforestation importée (article 273)

La loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a mis à la charge des sociétés-mères l'obligation d'établir un plan de vigilance, comportant des « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » pour le groupe<sup>1</sup> afin de responsabiliser leurs filiales et de tenir compte des conséquences des activités externalisées (sous-traitance, fournisseurs)<sup>2</sup>.

Ce plan de vigilance est étendu, par la présente loi, pour les sociétés produisant ou commercialisant des produits issus de l'exploitation agricole ou forestière. Elles devront indiquer, dans leur plan, des mesures raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir la déforestation. Et, ce, y compris lorsque la déforestation n'a pas lieu en France. Est ainsi visée la déforestation associée à la production ou au transport vers la France de biens et de services importés. L'éloignement géographique, qui invisibilise des dégâts indolores pour le territoire où la société-mère a élu domicile, tend à être neutralisé.

De cette extension du devoir de vigilance découle un objectif d'effectivité des mesures anti-déforestation. Effectivité accrue sous peu avec le projet de directive Vigilance<sup>3</sup>. Celle-ci imposerait la désignation d'une ou plusieurs autorités nationales compétentes chargées de surveiller l'application du plan de vigilance par les entreprises.

<sup>1</sup> Article L. 225-102-4 du Code de commerce.

<sup>2</sup> Sont visées les personnes avec lesquelles la société entretient des « relations commerciales établies ».

<sup>3</sup> L'adoption d'une directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises multinationales est en discussion.

À cet égard, il nous semble intéressant de mentionner l'aurore du contentieux relatif aux plans de vigilance qui concerne le tribunal compétent pour connaître de ces plans et apprécier s'ils sont suffisamment complets. Ainsi, si la cour d'appel de Versailles<sup>4</sup> a reconnu la compétence des tribunaux de commerce pour en connaître, une ordonnance du 11 février 2021 émanant du juge de la mise en état du tribunal judiciaire de Nanterre<sup>5</sup>, reconnaît la compétence du tribunal judiciaire, considérant que la compétence des tribunaux de commerce n'est pas exclusive et que les requérants disposent d'un droit d'option. Il est ainsi estimé que la requête « *déborde de la dimension commerciale de la gestion de la SE Total* »<sup>6</sup>.

## 2. L'extension de la responsabilité de la société mère en cas de dommage de sa filiale exploitante minière (article 65)

L'article L. 155-3 du Code minier dispose que « *l'explorateur ou l'exploitant ou, à défaut, le titulaire du titre minier est responsable des dommages causés par son activité [...]. En cas de disparition ou de défaillance du responsable, l'Etat est garant de la réparation des dommages causés par son activité minière. Il est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du responsable* ».

La responsabilité subsidiaire de l'Etat prévue par cette disposition est une solution mise en œuvre à contre-cœur. Pour l'éviter le plus que possible, l'article 65, I, 5° de la loi introduit un article L. 171-3 au sein du Code minier. Ce nouvel article vise à responsabiliser la société mère des dommages causés par sa filiale exploitante ainsi qu'à l'enjoindre de financer les mesures d'arrêt des travaux des sites en fin d'activité dès lors qu'elle a commis une faute caractérisée en contribuant à l'insuffisance d'actif de sa filiale. Un parallèle peut ici être fait avec le mécanisme existant depuis la loi dite Grenelle II<sup>7</sup> s'agissant de la responsabilité des sociétés mères en matière d'installations classées<sup>8</sup>. Ce faisant, l'extension de la responsabilité des sociétés mères semble être un outil privilégié en vue de la protection de l'environnement. Reste à savoir comment sera appréciée cette faute : une

seule omission sera-t-elle suffisante pour caractériser la faute de la société mère ? La contribution de la société mère, ou plutôt la carence de transfert d'actif à sa filiale, sera-t-elle caractérisée malgré une participation large de la mère ? La dynamique de la loi semble mener à une appréciation large de ce critère.

Naturellement, le transfert de responsabilité ne s'arrête pas à la société mère ; il peut potentiellement contaminer l'ensemble du groupe en cas de défaillance de la société mère de la filiale elle-même défaillante. En effet, une société mère en situation d'insuffisance d'actif ne pourra financer sa fille : le *ratio legis* est donc sauf, l'autonomie patrimoniale des personnes morales l'est moins.

On pourra regretter que ce mécanisme de responsabilisation des chaînes de sociétés s'en remette à un critère de contrôle classique – la détention majoritaire du capital au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce – à telle enseigne qu'elle limite substantiellement son champ d'application.

## B. L'accroissement du devoir d'information : l'inflation verte

La publicité d'éléments seuls connus de la société peut se montrer l'instigatrice d'un changement des comportements. C'est là tout l'objet de l'accroissement des obligations en matière de *reporting* extra financier (1) et d'une information de plus en plus contrôlée (2).

### 1. L'extension du reporting extra financier (article 138)

À compter du 1er juillet 2022, les entreprises soumises à la déclaration de performance extra-financière (DPEF) devront renseigner « *les postes d'émissions directes et indirectes de gaz à effet de serre liées aux activités de transport amont et aval de l'activité* ». Cette mesure, majeure, concerne l'activité de l'entreprise à tous les stades

<sup>4</sup> Cour d'appel de Versailles, 10 déc. 2020, RG n° 20/01692, *Les amis de la Terre c/ Total*.

<sup>5</sup> Tribunal judiciaire de Nanterre, ordonnance du 11 févr. 2021, n° RG 20/00915.

<sup>6</sup> Pour un rapprochement avec les logiques du droit administratif voir le commentaire de F. BLANC, *Droit public économique - Total*, Droit Administratif, n° 5, 2021, alerte 61.

<sup>7</sup> Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

<sup>8</sup> Article L. 512-17 du Code de l'environnement.

de production. La volonté du législateur est donc de couvrir tout le fonctionnement de la société.

Cette mention devra être accompagnée d'un plan d'action visant à réduire ces émissions. Le législateur incite les sociétés à recourir aux biocarburants, à d'autres modalités de transport (par voie ferroviaire, par voie fluviale...) « dont le bilan énergétique et carbone est vertueux ». Le gouvernement publiera chaque année un bilan national de ces plans d'actions afin que les entreprises puissent préconiser les meilleures solutions au vu du rythme du progrès technique en la matière.

Cet accroissement du domaine de l'obligation de reporting extra-financier des sociétés responsabilise indirectement celles-ci en ce qu'elles ne peuvent plus agir dans l'ombre. Toutefois, cette multiplicité d'informations ne rend pas ces dernières plus intelligibles. Pourvu qu'elles soient publiques, ces données multiples seront illisibles pour le grand public. Pour autant, elles permettront, peut-être, l'expression dans l'actionnariat d'un certain militantisme et seront scrutées par les associations et ONG, groupes de travail parlementaires, ou encore ministériels intéressés par la protection de l'environnement.

De même, il est à craindre que les entreprises elles-mêmes finissent par se perdre face à cette prolifération du reporting au regard de la consolidation de données, l'instabilité du cadre juridique et du périmètre d'informations exigées. Surtout que ce phénomène risque d'être accru par la nouvelle rédaction de la directive CSRD<sup>9</sup> et la directive Vigilance. Le HCJP<sup>10</sup> a d'ailleurs entrepris une étude des obligations de transparence extra-financières afin de trouver des solutions pour améliorer la perception de celles-ci par les sociétés.

## **2. Le durcissement du contrôle des devoirs d'information par les autorités de régulation (article 37)**

Les missions de l'ACPR sont enrichies en ce que son contrôle est étendu à la vérification du respect par les

personnes soumises à son contrôle des dispositions qui leur sont applicables afférentes à la publication d'« informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, au regard de leur stratégie d'investissement et de leur gestion des risques liés aux effets du changement climatique ». Ces dispositions figurent dans un Règlement européen de 2019<sup>11</sup> qui s'emploie à renforcer la responsabilité sociale et environnementale des acteurs du monde de la finance. En substance, le règlement impose aux acteurs des marchés financiers la publication sur leur site Internet de documents visant à rendre compte des « incidences négatives de leur activité en matière de durabilité ».

L'article 2 consacré aux définitions des notions employées nous éclaire sur la notion de durabilité ; on s'en référera au point 17 qui définit l'investissement durable comme étant un « investissement dans une activité économique qui contribue à un objectif environnemental, mesuré par exemple au moyen d'indicateurs clés en matière d'utilisation efficace des ressources concernant l'utilisation d'énergie, d'énergies renouvelables, de matières premières, d'eau et de terres, en matière de production de déchets et d'émissions de gaz à effet de serre ou en matière d'effets sur la biodiversité et l'économie circulaire ».

Finalement, le contrôle de l'information par l'ACPR apparaît assez large puisqu'il comprend notamment la vérification de « la mention de leur [les acteurs des marchés financiers] respect des Codes relatifs à un comportement responsable des entreprises et des normes internationalement reconnues en matière de diligence raisonnable et de communication d'informations et, le cas échéant, de leur degré d'alignement sur les objectifs de l'accord de Paris ». Les autorités de régulation, bras armé d'une politique conjointe – nationale et communautaire – de préservation de l'environnement, sont les pivots institutionnels d'un contrôle renforcé des obligations d'information dont sont débitrices certaines entreprises à l'empreinte écologique la plus importante.

<sup>9</sup> Il s'agit d'un projet de directive dont l'acronyme signifie « Corporate Sustainability Reporting Directive ». Cette directive remplacerait la directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le reporting extra-financier des entreprises (dite NFRD) et entendrait faire du développement durable un enjeu de choix de la gouvernance des entreprises.

<sup>10</sup> Haut Comité juridique de la Place financière de Paris.

<sup>11</sup> Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers.

## II. Aspects de droit public

### A. Le verdissement de la commande publique (article 35)

En 2020, les seuls marchés publics publiés représentaient 71 milliards d'euros<sup>12</sup>. Les contrats de la commande publique sont donc un levier important d'impulsion des changements structurels. Cependant, il n'avait pas été jugé nécessaire, jusqu'à aujourd'hui, que ces contrats participent activement au verdissement de l'économie, malgré le coût du réchauffement climatique sans commune mesure avec le surcoût d'une commande publique plus verte<sup>13</sup>.

La commande publique ressort verdie par la présente loi, verdissement permis par une modification de la procédure de passation et de son exécution. Cela se fait, certes, à un horizon de moyen terme, mais ce changement structurel implique des modalités de mise en œuvre précises afin de ne pas être un échec. La contribution de la commande publique au développement durable est désormais affirmée par l'article L. 3-1 du Code de la commande publique, ce qui est hautement significatif de cette prise en compte nouvelle. Sa mise en œuvre va irriguer la commande publique, de la formulation de la demande à l'exécution de la commande en passant par la sélection des candidats (article 35 de la loi).

Dès le stade de la définition des besoins de l'acheteur, des spécifications techniques relatives au développement durable devront être présentées. Toutefois le législateur n'a pas précisé quelles seraient ces spécifications techniques. Ensuite, les critères de sélection des offres devront eux-aussi prendre en compte le développement durable impliquant une valorisation des candidats sur des critères environnementaux (CO<sub>2</sub> émis au kilomètre par exemple). Ce n'est pas à proprement parler une innovation de la loi puisque, déjà, le Code de la commande publique envisageait la possibilité de prévoir des critères relatifs à la protection de l'environnement mais c'est désormais une obligation. L'exécution du marché ou de la concession devra aussi prendre en compte l'environnement. Cela suppose la présence de clauses s'y référant dans le contrat.

La lutte contre le changement climatique est indéniablement urgente, et de ce point de vue, l'entrée en vigueur différée – jusqu'en 2026 pour la plupart des mesures – peut paraître critiquable, voire inadéquate. Seulement, un certain temps est nécessaire pour créer les outils de mise en œuvre, que tous les acteurs s'adaptent et que la loi ne soit pas contre-productive tant sur les volets environnemental, social et surtout économique. Il convient notamment d'établir quelles sont les spécifications techniques de la demande, les critères de l'offre à prendre en compte lors de la sélection, les mesures d'exécution à favoriser, afin de véritablement protéger l'environnement et de ne pas constituer une entrave au droit de la commande publique. De plus, certaines mesures complexes sont nécessaires pour atteindre les objectifs. Or, une entrée en vigueur trop proche pourrait amener à négliger des aspects cruciaux de ces mesures, contingents de leur effectivité et efficacité.

Mais au-delà du versant environnemental, l'entrée en vigueur différée permet d'assurer un meilleur équilibre avec les versants économique et social ; bien que la dimension sociale soit exploitée de manière peu ambitieuse par la présente loi. Le respect du droit de la concurrence, intrinsèque au volet économique, implique que les acteurs soient suffisamment préparés pour présenter des offres adaptées et pour que les critères et spécifications techniques n'aboutissent pas à une rupture d'égalité et à une discrimination excessive. Pour cela, l'État devra par exemple mettre à disposition des outils opérationnels de définition et d'analyse du coût de cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achat.

### B. Le pouvoir réglementaire au service de la transition écologique

Si la personne publique peut être un acteur de la transition écologique par les contrats qu'elle passe, c'est aussi par le domaine réglementaire, notamment en droit de l'urbanisme qu'elle peut contribuer à mettre un terme à certaines pratiques. Par le truchement d'un nouveau droit de préemption pour l'adaptation du territoire au recul du trait de côte (article 244 de la loi), ou encore des autorisations

<sup>12</sup> ADCF et Banque des territoires 2020.

<sup>13</sup> Rapport Stern relatif aux coûts des changements climatiques, 2006 : le coût de l'inaction représente 5% du PIB mondial chaque année, 20% en prenant mieux en compte les externalités quand le coût de l'action représenterait 1% du PIB mondial.

d'exploitation commerciale plus exigeantes (article 215 de la loi), elle se trouve être au cœur d'une transition où l'environnement prime sur le droit de propriété privée.

# Les clauses de *bad leaver*

Par Mahaut DE LA MESSELIÈRE, Baptiste PERSOUYRE, Paul SCHWENDT, Timothé VALOGNES

Lors des opérations d'investissement, notamment de *leverage buy out*, l'investisseur aura besoin de s'appuyer sur un management fidélisé. C'est là tout l'intérêt de l'essor des *management packages* – et plus généralement de l'attention portée aux « *hommes clés* » – au sein desquels seront assez souvent incluses des clauses dites de *bad leaver*.

Issu de la pratique anglo-saxonne, le mécanisme de *leaver* consiste en la stipulation d'une clause qui permet de tenir « *compte des circonstances de départ de l'associé, soit dans de bonnes conditions soit dans de mauvaises conditions, pour valoriser les droits sociaux* »<sup>1</sup>. La clause est qualifiée de *bad leaver* lorsque les conditions de départ de l'associé sont considérées comme mauvaises pour la société et ses associés. Dès lors, la cession de ses droits sociaux se fait à des conditions qui lui sont défavorables, ce qui se traduit par leur cession à un prix inférieur à leur valeur réelle.

“ Un point d'interrogation important réside dans le caractère innommé des clauses de *bad leaver* en ce qu'il ne s'analyse pas comme un mécanisme en tant que tel, dans la mesure où cette clause est une invention de la pratique ou de la souscription du bon. ”

Il est toutefois possible et nécessaire de la rattacher à diverses catégories juridiques connues du droit positif pour identifier son régime et les diverses contraintes qu'il posera.

L'utilité pratique de ces clauses est telle qu'il est difficilement acceptable qu'elles soient inefficaces, tant au regard de l'objectif poursuivi que de l'équilibre de la relation contractuelle dans laquelle elles sont comprises. Ainsi, quelles qualifications garantissent

de manière satisfaisante l'efficacité des clauses de *bad leaver* ?

La réponse à cette problématique nécessite l'étude des natures juridiques que cette clause peut revêtir (I), ainsi que celle des enjeux propres à chacune d'entre elles (II).

## I. Les qualifications possibles de la clause de *bad leaver*

Il convient d'étudier successivement les qualifications possibles au regard du droit des contrats (A) puis au regard du droit des sociétés (B).

### A. Les qualifications possibles au regard du droit des contrats

De manière fréquente, les mécanismes dits de *bad leaver* prennent la forme d'un contrat conclu entre associés prévoyant la possibilité pour l'un de déclencher la cession des droits sociaux de l'autre à des conditions défavorables sous une condition suspensive. Or le premier alinéa de l'article 1124 du Code civil prévoit que « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». Ainsi, ce mécanisme s'analyse en une promesse unilatérale de vente des droits sociaux. De plus, il convient de déduire, dans ce cas, que ce mécanisme se situe dans des pactes d'actionnaires. La Cour de cassation en a tiré toutes les conséquences puisqu'elle a décidé d'exclure la requalification de ce contrat en clause d'exclusion<sup>2</sup> de façon péremptoire, ce qui a évité l'annulation de tous les contrats comprenant un tel mécanisme.

<sup>1</sup> B. Brignon, « La vitalité du droit des sociétés : clauses de *good/bad leaver*, clauses de *buy or sell* et SELAS de pharmacies », Droit des sociétés, Revue mensuelle LexisNexis juriscasseur, juillet 2015, n° 11.

<sup>2</sup> Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17349.

La question se pose quant à une qualification des mécanismes de *bad leaver* de clause pénale. Néanmoins, cette hypothèse apparaît assez peu envisageable pour plusieurs raisons. En premier lieu, la clause pénale sanctionne la mauvaise exécution ou l'inexécution d'une obligation bien précise. Or, dans le contrat conclu entre les associés, il est rarissime qu'une telle obligation contractuelle soit sanctionnée par une clause de *bad leaver*. De plus, la qualification de clause pénale implique désormais selon le premier alinéa de l'article 1231-5 « le versement d'une somme » par le débiteur de l'obligation mal exécutée ou inexécutée, ce qui de nouveau est une hypothèse qui aura peu de chance de se retrouver dans la pratique. C'est la raison pour laquelle, si en théorie la question de la qualification de clause pénale peut apparaître pertinente au regard de la finalité de la clause de *bad leaver* qui paraît comminatoire, celle-ci se pose très peu. Ce qui d'ailleurs achève de démontrer le réel objectif de la clause de *bad leaver* qui est la compensation du désalignement des intérêts entre l'associé soumis au mécanisme de *bad leaver* et ceux avec lesquels il a contracté une telle clause.

## **B. Les qualifications possibles issues du droit des sociétés**

Le mécanisme de *bad leaver* peut très bien être inclus dans une clause des statuts de la société. Il convient de noter que ce mécanisme n'est pas monolithique et peut ainsi revêtir plusieurs qualifications selon la rédaction de celle-ci. En effet, les clauses permettant d'évincer un associé peuvent être qualifiées de clause d'exclusion ou de clause d'éviction. Or les clauses de *bad leaver* peuvent avoir pour finalité la sortie totale d'un associé de l'actionnariat à des conditions défavorables puisque le *bad leaver* peut affecter la totalité des actions qu'il détient. Elles obéissent ainsi nécessairement à l'une ou l'autre de ces qualifications. Un arrêt de la chambre commerciale en date du 29 septembre 2015<sup>3</sup> distingue les clauses d'exclusion des clauses d'éviction. Pour cela, il prend en compte le caractère automatique de la sortie de l'associé. C'est-à-dire que si l'associé sort automatiquement dès l'accomplissement du fait générateur de sa sortie de l'actionnariat, la clause est une clause d'éviction.

Par une lecture *a contrario*, si le fait générateur permettant la sortie de l'associé entraîne simplement une décision sur son exclusion prise par un organe de la société, le mécanisme est qualifié de clause d'exclusion.

Étant un mécanisme issu de la pratique, la clause de *bad leaver* donne à voir plusieurs mécanismes issus de la pratique et par conséquent plusieurs qualifications. Il est donc important d'envisager l'enjeu des qualifications que cette clause peut revêtir.

## **II. Les enjeux du mécanisme de *bad leaver* propres aux instruments utilisés**

Construit par la pratique, le mécanisme de *bad leaver* peut s'articuler autour de différents instruments. Émergent en fonction des instruments choisis des enjeux propres à chacun. La promesse de cession, en raison de ses qualités évidentes, reste l'instrument privilégiée dans le mécanisme de *leaver* (A). Les praticiens pourront faire le choix de renforcer la promesse de cession par une clause, d'exclusion ou d'éviction, suivant la nature de la sanction qu'ils entendent attribuer à la cession forcée (B).

### **A. La promesse de cession : fondement le plus courant en pratique en raison de sa souplesse et de son efficacité**

La promesse de cession est un instrument témoignant d'une grande souplesse. Elle repose sur la nature de la promesse de cession : un mécanisme purement contractuel reposant sur l'accord des parties. L'efficacité de la promesse de cession se traduit par sa rapidité d'exécution et la sécurité qu'elle octroie à son bénéficiaire. La non-application de l'article 1843-4 du Code civil aux promesses de cession rend en effet leurs exécutions rapides. En outre, la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance de 2016 sécurise les prévisions contractuelles en matière de promesse unilatérale, l'article 1124 du Code civil dispose désormais que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». De plus, par un arrêt en date du 3 juin 2021<sup>4</sup>, la Cour de

<sup>3</sup> Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-17343.

<sup>4</sup> Cass. 3° civ., 3 juin 2021, n° 20-12.353.

cassation, qui avait à s'exprimer sur une promesse unilatérale conclue avant l'ordonnance de 2016, procède à un revirement de jurisprudence et retient la vente forcée en dépit de la rétractation du promettant antérieure à la levée de l'option par le bénéficiaire. Dès lors, c'est l'ensemble des promesses de cession qui se trouve à l'abri d'une éventuelle rétractation du promettant.

Afin de s'assurer de la cession forcée, la pratique rajoute généralement à la promesse de cession une clause d'éviction ou d'exclusion dans les statuts de la société.

### **B. Clause d'exclusion ou d'éviction ? Un choix fondé sur le type de sanction appliqué à l'associé**

Dans son arrêt du 29 septembre 2015<sup>5</sup>, la Cour de cassation tire de sa distinction de qualification entre la clause d'éviction et d'exclusion une différence de régime. Dans l'exclusion, la cause est subjective<sup>6</sup>. La jurisprudence exige alors une décision de mise en œuvre de l'exclusion et que le processus autorise l'associé à répondre aux griefs allégués auprès de l'organe titulaire du pouvoir de priver celui-ci de la qualité de membre du groupe. Les droits de la défense et le principe du contradictoire doivent être respectés<sup>7</sup>. Dans l'éviction, dans la mesure où la cause est objective, la perte de la qualité de l'associé est automatique. Elle est donc exonérée des contraintes propres à clause d'exclusion. Le caractère automatique attaché à la clause d'éviction en fait un instrument pertinent à la structuration d'un accord de *bad leaver*<sup>8</sup>.

Cependant cet instrument présente lui aussi des limites. Il semble que le consentement de l'associé afin d'adopter une telle clause soit toujours requis. En effet, une clause d'exclusion votée à la majorité et non à l'unanimité pourrait se heurter au principe selon lequel les engagements des associés ne peuvent en aucun cas être augmentés sans le consentement de

chacun d'eux, conformément à l'article 1836 du Code civil<sup>9</sup>. Toutefois, depuis la loi du 21 juillet 2019, emportant modification de l'article L. 227-19 du Code de commerce, les clauses d'exclusions peuvent être adoptées ou modifiées par une décision collective des associés dans les conditions prévues par les statuts dans les SAS. Même si un doute subsiste, la doctrine majoritaire penche pour cette interprétation.

Aussi, c'est l'intérêt même du rajout d'une clause d'exclusion – sauf dans une SAS – ou d'éviction dans les statuts qui pose question, d'autant qu'il est désormais impossible de révoquer une promesse unilatérale.

Ce type de clause demeure néanmoins intéressante en ce que contrairement à la promesse unilatérale de vente, la personne y étant soumise n'a pas nécessairement à y consentir. Cela permet de lier les actionnaires entrant dans la société postérieurement à son adoption.

---

<sup>5</sup> Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-17343.

<sup>6</sup> S. Schiller, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extra statutaires », Répertoire droit des sociétés, Dalloz, octobre 2020, p153.

<sup>7</sup> L'associé visé par la procédure d'exclusion doit être informé clairement sur les griefs articulés contre lui (Cass. com., 4 décembre 2012, n° 11-27.667) pouvoir s'exprimer sur eux (Cass. com., 12 février 1973, Bull. Civ. IV, n° 69) et avoir le temps de répondre au grief notifiés (Cass. com., 15 novembre 1976, D.1977. IR 67).

<sup>8</sup> J.J. Daigre, F. Devedjian, F. Kerebel « Les mécanismes dits de *leaver* : des principes aux outils, entre convergence et efficacité » ; Actes pratiques et ingénierie sociétaire, n° 168 Novembre-Décembre 2019, LexisNexis, p. 130.

<sup>9</sup> D. Gallois-Cochet, « L'obscurité du régime de l'exclusion statutaire », Dr. Sociétés 2014, étude 23.

# Retour d'expérience de Samuel FRANÇOIS, ancien étudiant du Magistère

---



## Samuel FRANÇOIS

---

Professeur agrégé des Facultés de droit à  
l'Université Rennes 1

Je remercie les étudiants du Magistère de Droit des Activités Économiques de m'avoir invité à contribuer à leur *Gazette*. Il m'a été demandé de revenir sur ce que le MDAE m'avait apporté et d'évoquer le parcours universitaire que j'ai par la suite effectué.

Je dirai d'emblée que cette formation a été déterminante dans mon choix de m'orienter vers une carrière d'enseignant-chercheur.

Rappelons que le MDAE est un parcours sélectif en trois ans qui débute en dernière année de Licence et qui permet à ses étudiants de postuler au Master 2 de leur choix au sein de l'École de droit de la Sorbonne. En ce qui me concerne, j'ai opté pour un master recherche, le Master 2 *Droit privé général*. Et c'est au cours de ce double cursus, Master 2 - MDAE, que l'idée de faire un doctorat s'est progressivement imposée grâce, notamment, à la rencontre de plusieurs professeurs, dont celui qui deviendra mon directeur de thèse, Bertrand Fages. C'est lui qui m'a appris, parfois sévèrement – et avec raison – à persévérer dans l'effort pour atteindre mes objectifs.

Je souhaite aussi rendre hommage à un autre enseignant, inoubliable, le Professeur Gaudu. Assidu

à ses séminaires de M2 en droit du travail, j'admirais sa rigueur tant intellectuelle que morale, l'étendue de son savoir. J'aimais son sens de l'humour. Sa volonté de mettre en actes ses convictions forçait le respect. Je me projetais de plus en plus dans ce que pourrait être un travail de recherche, en droit social, sous sa direction. Mais en janvier 2012 le Professeur Gaudu a brutalement disparu et c'est presque par hasard que je me suis retrouvé en droit des affaires.

Bertrand Fages venait en effet de prendre la direction du MDAE. La qualité de ses cours m'impressionnait, j'avais confiance en son jugement et c'est vers lui que je me suis tourné pour diriger ma thèse. Après avoir obtenu un contrat doctoral, j'ai entamé mes recherches sur le sujet qu'il m'a proposé : « le consentement de la personne morale », sujet dont j'étais encore loin, à l'époque, de saisir toute la richesse.

Le contrat doctoral comportant une mission d'enseignement en TD, ces années de thèse m'ont également offert la possibilité d'exercer avec bonheur le métier d'enseignant, ce qui n'a fait que conforter mon projet professionnel.

Juste après ma soutenance en 2018, j'ai été qualifié

aux fonctions de maître de conférences puis recruté, en cette qualité, à l'École de droit de la Sorbonne. J'y ai donc poursuivi mes enseignements, que j'ai d'ailleurs élargis à un nouveau public en intégrant l'équipe pédagogique de la capacité en droit.

Mais déjà, une autre étape se profilait à l'horizon : le concours de l'agrégation de droit privé et sciences criminelles.

Ce concours ne fut pas seulement l'aboutissement d'un parcours d'études, il a marqué un nouveau tournant. L'épreuve dite de spécialité de l'agrégation de droit privé comporte en effet, dans la liste des matières proposées, la « philosophie du droit ». Bien que cette matière s'avère très rarement retenue par les candidats, je l'ai choisie sans hésitation car c'était là une occasion inespérée de me recentrer académiquement sur un domaine qui me passionnait depuis longtemps.

Je renouais ainsi avec mon projet initial de bachelier lorsque, admis en hypokhâgne au lycée Louis-le-Grand, je me destinais à l'étude de la philosophie. Le projet était alors flou puisque je ne l'ai pas mené à terme : à peine un mois après la rentrée, j'ai abandonné la classe prépa pour m'inscrire *in extremis* en droit à Paris 1, et cela, grâce au Professeur Gaudu, alors directeur de l'UFR.

L'année de préparation au concours s'est avérée éprouvante mais j'ai été encouragé et entraîné aux épreuves orales par de formidables professeurs, mon directeur de thèse au premier chef. Je leur demeurerai toujours reconnaissant du temps et de l'attention qu'ils ont bien voulu me consacrer. Par ailleurs, comment oublier la joie d'avoir enfin pu passer des journées (souvent des nuits) à lire Hart, Kelsen, Dworkin... Et tant d'autres ! Peu importe que mon choix de spécialité ait suscité, ici ou là, des réactions négatives, j'ai bénéficié du soutien de mes proches, de professeurs, notamment Muriel Fabre-Magnan, laquelle non seulement a compris mon choix mais m'a encouragé à l'assumer pleinement.

Désormais, j'espère pouvoir contribuer à la réflexion théorique et critique dans les études de droit. Pourquoi d'ailleurs ne pas commencer au MDAE ?

« De mon temps », comme disent les anciens, un cours de philosophie du droit était dispensé en troisième

année... Si ce cours devait un jour renaître, les étudiants du MDAE savent où me trouver : à Rennes où je suis heureux de prendre bientôt mes nouvelles fonctions de professeur !

# Actualité du Magistère de Droit des Activités Économiques

Par Alexandre ARHAN, Ambre DE SIMONE, Emma ROUHAUD



Masterclass animée par Me Olivier VERMEULEN et le Pr. Bertrand FAGES le lundi 6 décembre 2021

Tous les ans, les étudiants du Magistère de Droit des Activités Économiques ont l'opportunité de rencontrer d'éminents professionnels du droit, tant au cours de visites des cabinets les plus renommés de la place parisienne, qu'au cours de conférences animées par des professeurs et praticiens, anciens du Magistère ou particulièrement attachés à cette formation d'excellence.

Le lundi 6 décembre 2021, l'ensemble des promotions du Magistère ont ainsi eu l'opportunité d'assister à une Masterclass autour du thème « *Stagiaire, collaborateur, associé* » dispensée par Maître Olivier Vermeulen, *Managing Partner* du bureau parisien du cabinet Paul Hastings, et le Professeur Bertrand Fages, directeur du Magistère. L'occasion se voulait particulièrement exceptionnelle, la crise sanitaire ayant empêché ce type d'événements depuis près de deux ans, alors même que les membres du réseau du Magistère affectionnent le partage de leurs expériences auprès des promotions actuelles.

La *Masterclass* s'est ouverte sur une introduction du Professeur Bertrand Fages visant à souligner l'importance de la compréhension par les étudiants des choix se présentant à eux au cours de leurs études, mais également au cours des différentes étapes de leur future carrière d'avocats. Le parcours de Maître Olivier Vermeulen étant particulièrement

enrichissant à cet égard, la *Masterclass* s'est axée autour de la présentation par ce dernier des évolutions de sa carrière, entrecoupée de diverses questions des étudiants du Magistère.

Tout d'abord, Maître Vermeulen a insisté sur le fait qu'à l'époque où il a commencé à étudier à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en 1994, son goût pour le droit n'était pas encore très affirmé. Cela n'a pas manqué de rassurer les étudiants et d'apaiser les doutes que ces derniers peuvent rencontrer au cours de leurs études. Il a ensuite précisé que son parcours et ses vocations ont été orientés par ses expériences pratiques, ses études ayant été menées sans trop de vision sur l'avenir. Malgré cela, il a effectué dans notre Université un DEA en droit des affaires, puis un *Master of Law (L.L.M.) in US and international corporate and financial law* à l'Université de Cornell. S'agissant de cette année à l'étranger, il a souhaité insister sur le fait que, contrairement à ce que les étudiants peuvent se figurer, cela n'est aucunement « *obligatoire* » pour devenir avocat dans un cabinet parisien renommé, mais qu'il s'agit plutôt de bénéficier d'enseignements et de méthodes de travail différents de ceux rencontrés en France.

Fort de ces enseignements, il a commencé sa carrière en tant que collaborateur junior chez Paul Hastings dans le domaine des fusions-acquisitions, puis chez White and Case LLP, Latham and Watkins (dont 3 ans

en tant que *Counsel* au Qatar), SJ Berwin et enfin de retour chez Paul Hastings en tant que *Managing Partner*, en charge du département financement.

En effet, bien qu'il ait étudié et pratiqué en *Corporate*, sa matière de prédilection est devenue le financement. Cette pratique restant assez inconnue des étudiants, il a souhaité en flatter la diversité d'enjeux tels que la fiscalité, la restructuration ou encore le droit des sûretés, ainsi que la nature tant transactionnelle que contentieuse.

Au-delà de la démonstration d'un parcours admirable, cette intervention a surtout contribué à remettre en question la trajectoire commune du futur avocat – qui a d'ailleurs donné son nom à cette *Masterclass* – « *Stagiaire, collaborateur, associé* ». Maître Vermeulen a expliqué qu'en réalité, la nouvelle génération de juristes est beaucoup plus écoutée par les cabinets, et notamment concernant leurs inquiétudes face à l'équilibre entre leurs vies professionnelle et personnelle. Il en ressort que cette trajectoire ne correspond plus nécessairement à l'objectif de devenir associé à bref délai et, partant, l'acharnement des collaborateurs juniors pour grimper les échelons décline. Olivier Vermeulen explique en ce sens qu'être avocat associé ne représente pas une fin en soi et ne constitue que « *le début d'un chemin* ». Par ailleurs, certaines qualités nécessaires au rôle d'associé, telles que la gestion d'entreprise ou le management des équipes, ne sont pas réunies par tous les praticiens.

Pour corroborer cette idée, le Professeur Fages a souligné qu'il trouvait davantage à la carrière de l'avocat la forme d'un sablier – représentant la spécialisation du juriste – généraliste pendant ses études, spécialiste lors de ses premières années de barreau, puis à nouveau généraliste pour devenir « *multi-produit* ».

En résumé, Maître Vermeulen a souhaité insister sur la capacité à savoir « *reconnaître les intersections* », c'est-à-dire le choix parmi plusieurs opportunités au cours d'une carrière. Ainsi, il estime qu'il ne serait pas là où il en est aujourd'hui s'il n'avait pas effectué ces trois ans au Qatar, que de nombreuses personnes de son entourage lui déconseillaient. C'est donc au-delà des compétences et de l'excellence de la formation que la carrière s'écrit et se dénoue. C'est instinctivement que la route est choisie et les erreurs sont permises. Il est nécessaire de laisser place à

l'apprentissage, et d'être curieux – devenir « *multi-produit* » – plutôt que de s'imposer le rêve de la position d'associé en moins d'une dizaine d'années de barreau.



Gazette du Magistère - Edition Janvier 2022