

# Gazette du Magistère de Droit des Activités Économiques

---



À la une :

La transition climatique à l'initiative des actionnaires – les AG sont-elles plus vertes ailleurs, dans les pays de *common law* ?



# 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

- Jean-Charles ROTOULLIÉ - Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université Jean Monnet, Saint-Étienne
- Bertrand FAGES - Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

## Comité de rédaction

### Doctorant

- Théo VUARNET, Doctorant à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et diplômé de la 28e promotion du Magistère de Droit des Activités Économiques

### Étudiants du Magistère

- Martha CUEFF - Étudiante en Master 2 Droit privé général - parcours Magistère
- Emmanuel GERE - Étudiant en Master 2 Droit des affaires et fiscalité - 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
  
- 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 BOUHAILLER - Étudiante en Master 1 au Magistère
- Mahaut DE LA MESSELIÈRE - Étudiante en Master 1 au Magistère
- Pauline MILLET - Étudiante en Master 1 au Magistère
- Gabrielle WICKER - Étudiante en Master 1 au Magistère
  
- Guillaume BUSSIERE - Étudiant en Licence 3 au Magistère
- Mélanie DABBOURA - Étudiante en Licence 3 au Magistère
- Agathe GUICHARD - Étudiante en Licence 3 au Magistère
- Arnaud KOUANDA - Étudiant en Licence 3 au Magistère
- Raphaël PORTZER - Étudiant en Licence 3 au Magistère
- Jules VIGNEAU - Étudiant en Licence 3 au Magistère
- Juliette WOILLARD - Étudiante en Licence 3 au Magistère

## Direction artistique

- Camille ZWICK - Étudiante en Mastère 1 Direction Artistique à Lyon Ynov Campus

# Sommaire

---

## **La transition climatique à l'initiative des actionnaires – les AG sont-elles plus vertes ailleurs, dans les pays de *common law* ?**

Théo VUARNET (Doctorant à Paris 1 Panthéon-Sorbonne et diplômé de la 28<sup>e</sup> promotion du Magistère)

p.4

## **La protection des emprunteurs-consommateurs depuis l'arrêt Helvet Immo du 30 mars 2022**

*Cass. 1<sup>e</sup> civ., 30 mars 2022, n° 19-20.717*

Amel BELAID, Guillaume BUISSIERE, Arnaud KOUANDA, Selim LAROUCSI, Gabrielle WICKER

p.9

## **L'extension du champ d'application du recours pour excès de pouvoir aux FAQ des autorités administratives indépendantes**

*CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> chambres réunies, 8 avril 2022, n° 452668*

Yves-Emmanuel LE ROUX, Pauline MILLET, Juliette WOILLARD

p.12

## **Regard sur la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité du 23 février 2022**

Mathieu BONZON, Pétronille BOUHALLIER-CHAUVIN, Martha CUEFF, Agathe GUICHARD, Jules VIGNEAU

p.15

## **Retour sur la durée des pactes d'actionnaires**

Mélanie DABBOURA, Mahaut DE LA MESSELIÈRE, Pauline MILLET, Emmanuel GERE

p.18

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

Alexandre ARHAN, Emma ROUHAUD, Raphaël PORTZER

p.22

# La transition climatique à l'initiative des actionnaires – les AG sont-elles plus vertes ailleurs, dans les pays de *common law* ?



## Théo VUARNET

Docteur à Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Diplômé de la 28<sup>e</sup> promotion du Magistère

Le *say on climate* renvoie aux situations dans lesquelles les actionnaires s'expriment par leur vote en assemblée générale sur la stratégie climatique de la société. En 2022, une dizaine d'assemblées générales de sociétés françaises étaient concernées<sup>1</sup>. Dans la plupart des cas le *say on climate* intervient à l'initiative du conseil d'administration, pour consulter les actionnaires sur ce sujet. En droit des sociétés, les votes consultatifs ne risquent pas de bouleverser la répartition des pouvoirs<sup>2</sup>. Tel n'est pas le cas en revanche des résolutions proposées à l'ordre du jour des assemblées par les actionnaires eux-mêmes, généralement des activistes du climat, dans le but de dicter une stratégie climatique à la société.

On sait que l'ordre du jour est « la liste fixée à l'avance des questions qu'une assemblée délibérante

aura à examiner au cours d'une séance, suivant le rang dans lequel elles ont été inscrites »<sup>3</sup>. Une fois les actionnaires convoqués, cette liste est en principe intangible et, sauf exception relative à la révocation des administrateurs, l'assemblée générale ne peut délibérer que des matières se rapportant à l'ordre du jour préétabli<sup>4</sup>. Contrairement aux résolutions qui y sont inscrites à l'initiative du conseil, les résolutions proposées par des actionnaires n'ont pas toujours son soutien. En cas de divergence avec les auteurs de la résolution, la marge de manœuvre du conseil demeure incertaine. Le conseil d'administration est-il tenu par les demandes d'inscription de résolutions à l'ordre du jour ou peut-il au contraire refuser d'inscrire une résolution ? Une intervention législative, appelée de ses vœux par l'Autorité des marchés financiers<sup>5</sup>, devrait éclaircir la question assez rapidement<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Les Echos, « Le Say On Climate est-il du greenwashing ? », 15 juin 2022.

<sup>2</sup> C. BALDON, « Les résolutions climatiques au prisme du principe de séparation des pouvoirs au sein de la société anonyme », *JCP E* 2021 n° 36, p. 24.

<sup>3</sup> Ass. H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, « Ordre ».

<sup>4</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LGDJ 34<sup>e</sup> éd., 2021, n° 1165.

<sup>5</sup> AMF, « Rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants », 2021, p. 85 : « L'AMF réaffirme qu'une clarification de l'état du droit, le cas échéant par voie législative, pourrait apporter un surcroît de sécurité juridique en la matière, aussi bien aux émetteurs qu'aux actionnaires, qui devraient pouvoir faire valoir leur point de vue sur ces sujets ESG ».

<sup>6</sup> Les Echos, « Le législateur appelé à se pencher sur les résolutions climatiques en AG », 13 mai 2022.

Un rappel des données du problème en France précèdera la présentation de la manière dont cette question est traitée dans certains pays de *common law*.

En France, les premières résolutions climatiques d'initiative actionnariale sont apparues en 2020 à l'occasion des assemblées générales de Vinci<sup>7</sup> et de Total devenue TotalEnergies<sup>8</sup>. Le cas de TotalEnergies est particulièrement intéressant car la position du conseil d'administration a évolué entre 2020 et 2022. En 2020, le projet de résolution proposait une modification des statuts pour imposer au conseil de publier la stratégie climat de la société dans son rapport de gestion. Dans un communiqué, le conseil considérait que la « demande » portait « atteinte aux prérogatives du conseil d'administration » et constituait une « immixtion de l'assemblée générale dans la sphère de compétence du conseil d'administration, en violation du principe de répartition des compétences entre organes sociaux », mais ne s'estimait pas compétent pour refuser d'inscrire la résolution à l'ordre du jour<sup>9</sup>. En 2022, le conseil d'administration de TotalEnergies a reçu deux demandes d'inscription de résolutions à l'ordre du jour de l'assemblée générale émanant de deux groupes d'actionnaires distincts. Soulignons d'abord l'issue positive de la première demande d'inscription : les actionnaires l'ont retirée après avoir dialogué avec le conseil d'administration et obtenu des garanties<sup>10</sup>. En revanche, la deuxième demande d'inscription, que le conseil qualifie désormais remarquablement de « proposition de résolution », fait l'objet d'une décision de refus du conseil d'administration<sup>11</sup>. Selon le conseil, « sous couvert d'une transparence de l'information à

fournir dans le rapport de gestion, la proposition de résolution reviendrait en réalité à encadrer la stratégie "pour aligner ses activités avec les objectifs de l'Accord de Paris" et "pour (i) fixer des objectifs de réduction [...]". Le conseil d'administration justifie son refus par des « raisons » qu'il qualifie lui-même de « juridiques » ; pour le conseil, la proposition « contrevient aux règles légales de répartition des compétences entre organes »<sup>12</sup>.

Faisant allusion à une certaine lecture de l'arrêt Motte<sup>13</sup>, dans lequel la Cour de cassation juge que « l'administration [de la société anonyme] est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale » et « qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration » ; le conseil considère que la proposition « n'est pas recevable, notamment car elle empiète sur la compétence d'ordre public du conseil d'administration de fixer la stratégie de la société ». Cette interprétation, aujourd'hui soutenue par l'Association nationale des sociétés par actions<sup>14</sup> et fréquemment citée par l'AMF<sup>15</sup>, repose sur l'idée que « l'assemblée générale ne saurait empiéter sur les prérogatives du conseil [...] en matière d'administration. Or la politique climatique d'une entreprise relève bien du pouvoir de gestion conféré au management et relevant de la compétence du conseil dans la détermination des orientations stratégiques »<sup>16</sup>. En définitive, le revirement du conseil de TotalEnergies est une parfaite illustration de l'incertitude à laquelle est en proie le droit des sociétés. Un conseil d'administration peut-il refuser d'inscrire une résolution à l'ordre du jour s'il considère qu'elle empiète sur ses pouvoirs de gestion définis au premier alinéa de l'article L. 225-35 du Code de

---

<sup>7</sup> La première résolution portée par le fond TCI, actionnaire de Vinci, proposait à l'assemblée générale de contraindre la société à publier chaque année les informations relatives à son plan de transition climatique. La seconde requerrait « l'inclusion par le Conseil d'administration d'une résolution spécifique à l'ordre du jour de chaque assemblée générale annuelle, par laquelle il soumet au vote des actionnaires à titre consultatif, [...] l'approbation de son approche des questions climatiques ». V. la lettre adressée par TCI Fund Management Limited à Vinci le 12 mars 2020 et publiée sur le site internet de Vinci, [Lien](#). Le conseil d'administration de Vinci avait alors considéré que « cette demande ne relevait pas de la compétence de l'assemblée générale » et avait « décidé de ne pas y donner suite » Vinci, « Réponses aux questions écrites posées par les actionnaires », 18 juin 2020, [Lien](#).

<sup>8</sup> E. SCHLUMBERGER, « Les résolutions climatiques à l'épreuve du droit des sociétés », *BJS* 2020, n° 6, p. 1.

<sup>9</sup> TotalEnergies, « Communiqué de mise à disposition des documents préparatoires à l'AG », 5 mai 2020, [Lien](#).

<sup>10</sup> TotalEnergies, « Le Conseil d'administration favorise le dialogue avec ses actionnaires en invitant les porteurs de projet de résolution à s'exprimer lors de l'Assemblée générale du 25 mai 2022 », communiqué de presse, 27 avril 2022, [Lien](#).

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> TotalEnergies, « Le Conseil d'administration favorise le dialogue avec ses actionnaires en invitant les porteurs de projet de résolution à s'exprimer lors de l'Assemblée générale du 25 mai 2022 », préc.

<sup>13</sup> Cass. civ., 4 juin 1946, S. 1947, I, 153 ; JCP G, 1947, II, 3518, note D. BASTIAN ; *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t.1, Sirey, 2e éd., 1976, p. 299, note J. NOIREL. Voir aussi, récemment A. GAUDEMET, « L'arrêt Motte et le climat », *BJS* 2022, n° 1, p. 1.

<sup>14</sup> Dernièrement, v. ANSA, « Brochure annuelle 2022 », com. n° 214-2022, 20 avril 2022, p. 63 et s.

<sup>15</sup> V. par ex., AMF, « Rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants » 2021 préc., p. 84, cite dans le texte, le Com. ANSA n° 21-003, « Rappel des règles applicables pour l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution », 3 mars 2021.

<sup>16</sup> ANSA, « Brochure annuelle 2022 », préc. p. 64.

commerce ? Les termes du débat montrent bien que les résolutions climatiques soulèvent un doute plus large qui plane sur le droit des sociétés.

La France est-elle le seul pays où la répartition des pouvoirs fait obstacle aux initiatives actionnariales en matière de transition climatique ? Comment cette question est-elle traitée dans les pays de *common law* ?

Un grand observateur du droit anglais des sociétés le faisait remarquer, « le droit anglais, comme d'ailleurs celui des Etats-Unis, peut sembler étonnamment discret sur la direction de la société anonyme ». Cette discrétion tiendrait « à ce qu'historiquement, la *company* dérive du *partnership* : son régime est fondamentalement contractuel ; il appartient donc à ses *members* de pourvoir à leur direction comme ils l'entendent »<sup>17</sup>. Aujourd'hui encore, le *Companies Act 2006* ne répartit pas les pouvoirs entre les organes<sup>18</sup>. Il faut se référer aux *Model Articles for public companies*, le modèle de statuts applicables par défaut à ces sociétés, pour voir que « les administrateurs sont responsables de la gestion des affaires sociales et disposent des pouvoirs les plus étendus pour ce faire »<sup>19</sup>. Le « pouvoir constitutionnel », disent les anglo-saxons, de répartir les pouvoirs, n'appartient qu'aux actionnaires<sup>20</sup>.

Malgré ce régime où la volonté des actionnaires exprimée en assemblée générale tient une place toute particulière, la *common law* a édicté un principe de répartition impérative des pouvoirs. En résumé, lorsque les statuts confèrent certains pouvoirs au conseil, l'assemblée générale ne peut interférer avec leur exercice<sup>21</sup>. C'est à partir de l'affaire *Automatic Self Cleansing Filter Syndicate Co Ltd v. Cunningham*, que la *common law* a opéré cette distinction entre

les règles d'adoption de la répartition des pouvoirs et les principes de répartition adoptés, applicables au fonctionnement de la société. Dans les faits d'une affaire soumise à l'*English Court of Appeal* en 1935, une résolution de l'assemblée dictait au *chairman* la marche à suivre pour mener une affaire judiciaire<sup>22</sup>. Lord Justice Greer se fonde sur le fait que la société est une « entité distincte de ses actionnaires » pour légitimer la suprématie de l'autorité statutaire sur la résolution de l'assemblée. Par un aphorisme resté célèbre en droit anglais, il complète : « *If powers of management are vested in the directors, they and they alone can exercise these powers* »<sup>23</sup>.

Plus récemment, c'est sur ce précédent qu'une décision de la Cour d'appel fédérale australienne s'est appuyée pour approuver un conseil d'administration d'avoir refusé d'inscrire une résolution climatique à l'ordre du jour de l'assemblée générale. Dans l'affaire *Australian Centre for Corporate Responsibility v Commonwealth Bank of Australia*<sup>24</sup>, un actionnaire activiste avait déposé trois résolutions. La première requerrait la production d'un rapport relatif au financement par la société (une banque) d'activités émettrices de gaz à effet de serre. La seconde visait, au cas où la première n'était pas inscrite à l'ordre du jour, à exprimer l'inquiétude, *the concern*, de l'assemblée quant à l'absence de rapport sur le financement de telles activités. Enfin la troisième tendait à modifier les statuts pour imposer aux administrateurs de publier ce rapport. Le conseil n'avait inscrit que la troisième résolution à l'ordre du jour de l'assemblée et avait opposé son refus à la demande d'inscription des deux autres. Les juges de la Cour d'appel fédérale ne font pas droit à la demande de l'actionnaire d'annuler les décisions de refus. Dans des termes similaires à ceux employés dans les précédents précités, ils jugent que seule une

<sup>17</sup> A. TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica 4e éd., 1997, p. 135.

<sup>18</sup> Tunc n'est pas le seul à s'en étonner, v. A. KEAY, *Directors Duties*, LexisNexis 4e éd., 2020, n° 2.2.

<sup>19</sup> *Models of Articles for public companies 2013*, art. 3 : « *The directors are responsible for the management of the company's business, for which purpose they may exercise all the powers of the company* ».

<sup>20</sup> S. WATSON, *The making of the modern company law*, Hart Publishing 1ère éd., 2022, p. 196. Selon l'auteur, les actionnaires ont un pouvoir davantage « constitutionnel » que « contractuel ».

<sup>21</sup> P. DAVIES, S. WORTHINGTON, C. HARE, *Principles of modern company law*, Thomson Reuters, 11e éd., 2021, p. 222. Selon les auteurs, « *where powers have been vested in the board, the general meeting could not interfere with their exercise* ».

<sup>22</sup> *English Court of Appeal*, 1935, 2 KB 113, *John Shaw & Sons (Salford) Ltd v. Shaw*.

<sup>23</sup> *English Court of Appeal*, 1935, 2 KB 113, *John Shaw & Sons (Salford) Ltd v. Shaw*, préc. Selon Lord Justice Greer : « *A company is an entity distinct alike from its shareholders and its directors. Some of its powers may, according to its articles, be exercised by directors, certain other powers may be reserved for the shareholders in general meeting. If powers of management are vested in the directors, they and they alone can exercise these powers* ».

<sup>24</sup> *Federal Court of Australia (Full Court) 2016*, *Australasian Centre for Corporate Responsibility (ACCR) v. Commonwealth Bank of Australia (CBA)*.

disposition des statuts peut autoriser les actionnaires à interférer dans la gestion<sup>25</sup>. L'arrêt fait une application très stricte du principe de répartition impérative des pouvoirs. Étonnamment, le principe est même appliqué à une résolution climatique dépourvue de caractère contraignant (la seconde)<sup>26</sup>.

Au Royaume-Uni, le modèle de statuts prévoit une exception importante à cette règle jurisprudentielle, que le droit des sociétés australien ne connaît pas. En vertu de l'article 4 du *Model articles* et à condition de respecter les conditions de vote nécessaires à modifier les statuts (*special resolution*), les actionnaires peuvent « ordonner aux administrateurs de prendre, ou de s'abstenir de prendre, des mesures spécifiques ». Grâce à cet article, les actionnaires de sociétés anglaises n'ont pas de mal à faire inscrire des résolutions climatiques contraignantes à l'ordre du jour de leur assemblée<sup>27</sup>. Toutefois, les conditions de majorité nécessaires à adopter une *special resolution* (75 %) sont suffisamment contraignantes pour que les incursions des actionnaires dans la gestion restent marginales. Pour parfaire cet équilibre et susciter le dialogue, le *UK Corporate Governance Code 2018* impose par ailleurs au conseil d'administration de prendre en compte les résolutions qui obtiennent au moins 20 % contre l'avis du conseil ou, à défaut, d'expliquer aux actionnaires pourquoi la résolution

ne sera pas prise en compte<sup>28</sup>.

Ces dispositifs ne sont pas les seuls à même d'inspirer le droit français. Plusieurs pays de *common law* ont clarifié la latitude du conseil dans la préparation de l'ordre du jour. En Angleterre, pour les cas où aucune disposition des statuts ne prévoirait d'exception à la répartition des pouvoirs ou dans ceux où les conditions posées par les statuts ne seraient pas respectées, la section 338 du *Companies Act 2006* prévoit que le conseil d'administration n'est pas tenu d'inscrire les résolutions à l'ordre du jour lorsqu'elles risqueraient, si elles étaient votées, d'être « ineffectives ». Avec une approche différente, les articles 109.2 et 109.3 du *Companies Act 1993* de Nouvelle-Zélande prévoient dans leur rédaction actuelle que les résolutions qui méconnaissent la répartition statutaire des pouvoirs peuvent être inscrites à l'ordre du jour mais n'ont alors qu'une valeur consultative<sup>29</sup>.

À l'heure où le législateur français est amené à concevoir une répartition des pouvoirs compatible avec le vote des actionnaires sur la stratégie climatique de leur société, ce bref détour par des pays de *common law* révèle que la fondamentalisation de la répartition des pouvoirs n'est pas forcément liée à son caractère légal<sup>30</sup>, et qu'elle n'est pas non plus exceptionnelle ou dénuée de sens. Bien que le

---

<sup>25</sup> Federal Court of Australia (Full Court) 2016, ACCR v. CBA, préc. : selon les juges, « *the shareholders in general meeting did not have a role to play in the exercise of powers vested exclusively in the board by passing a resolution which would express an opinion on the exercise of those powers. That general proposition may be affected by the particular constitution of a company, but it applies in this case* ». Sur cette affaire, v. Michael HEY, « Nonbinding Shareholder Resolutions and Implications for Shareholder Activism », *University of Western Australia Law Review*, 2015, vol. 40, p. 399 ; S. BOTTOMLEY, « Rethinking the Law on Shareholder-Initiated Resolutions at Company General Meetings », *Melbourne University Law Review*, 2019, vol. 43, p. 93.

<sup>26</sup> Ce critère, du caractère contraignant ou non d'une résolution, est l'une des conditions de validité d'une résolution climatique évoquée par l'AMF, v. AMF, « Rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants », p. 84. L'AMF se fonde sur les travaux de l'ANSA : Com. ANSA n°21-003, « Rappel des règles applicables pour l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution », 3 mars 2021.

<sup>27</sup> V. par exemple la résolution déposée par un groupe d'actionnaires à l'AG de Barclays, Barclays, « Notice of meeting », 2021, p. 13 : « *To promote the long-term success of the company, given the risks and opportunities associated with climate change, the company and the Directors be authorised and directed by the shareholders to: 1. Set, disclose and implement a strategy [...]* ».

<sup>28</sup> UK Corporate Governance Code 2018, § 4 : « *When 20 per cent or more of votes have been cast against the board recommendation for a resolution, the company should explain, when announcing voting results, what actions it intends to take to consult shareholders in order to understand the reasons behind the result. An update on the views received from shareholders and actions taken should be published no later than six months after the shareholder meeting* ». L'AMF propose une solution analogue en France pour les résolutions soumises par le conseil d'administration : v. AMF, « Rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants » 2021, préc., p. 85 : « L'AMF demande aux sociétés qui soumettent de telles résolutions au vote de leurs actionnaires de les informer précisément sur les conséquences en cas de vote positif ou négatif et de leur fournir toutes les informations leur permettant d'apprécier ».

<sup>29</sup> *Companies Act 1993*, art. 109 : (2) *Notwithstanding anything in this Act or the constitution of the company, but subject to subsections (2A) and (3), a meeting of shareholders may pass a resolution under this section relating to the management of a company. (2A) [...] (3) Unless the constitution provides that the resolution is binding, a resolution passed pursuant to subsection (2) is not binding on the board.*

<sup>30</sup> En France, le principe posé par l'arrêt *Moitte* est souvent associé à la distribution légale des pouvoirs, v. ANSA, « Brochure annuelle 2022 », préc. p.63 : « La pratique de dépôt de projets de résolutions à caractère climatique par des actionnaires de deux émetteurs français, observée au printemps 2020, semblait remettre en cause le principe de la répartition légale des pouvoirs entre conseil et assemblée générale ». V. aussi, TotalEnergies, « Le Conseil d'administration favorise le dialogue avec ses actionnaires en invitant les porteurs de projet de résolution à s'exprimer lors de l'Assemblée générale du 25 mai 2022 », préc. : le communiqué du conseil de TotalEnergies se réfère aux « règles légales de répartition des compétences entre organes ».

législateur français ait montré par le passé être plus enclin à découvrir des exceptions spéciales à la répartition des pouvoirs<sup>31</sup>, les droits de *common law* démontrent également que les exceptions générales à la répartition des pouvoirs sont possibles, et qu'elles peuvent même s'accompagner de mesures favorisant le dialogue avec les actionnaires.

---

<sup>31</sup> V. le régime du *say on pay* contraignant. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 161. Désormais, v. l'art. L. 22-10-8 du Code de commerce.

# La protection accrue des emprunteurs-consommateurs depuis l'arrêt Helvet Immo du 30 mars 2022

Cass. 1<sup>e</sup> civ., 30 mars 2022, n° 19-20.717

Par Amel BELAID, Guillaume BUSSIERE, Arnaud KOUANDA, Selim LAROUCI, Gabrielle WICKER

Les 16 décembre 2008 et 5 octobre 2009, une banque consent à un couple trois prêts immobiliers, libellés en francs suisses et remboursables en euros. Par acte du 19 janvier 2012, les emprunteurs assignent la banque au titre du manquement à ses obligations, puis invoquent le caractère abusif de certaines clauses des contrats.

La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 17 avril 2019, considère d'une part que l'action engagée par les emprunteurs pour voir déclarées non-écrites des clauses qualifiées d'abusives est soumise à la prescription quinquennale. D'autre part, elle considère que la banque n'a pas manqué à son obligation d'information. Les emprunteurs forment alors un pourvoi en cassation.

Les emprunteurs développent une argumentation en deux moyens. Ils considèrent d'abord que la demande du consommateur tendant à voir réputée non-écrite une clause abusive n'est pas soumise à la prescription quinquennale. En outre, ils font valoir que le banquier dispensateur d'un crédit en devise étrangère remboursable en euros doit, au titre de son devoir d'information, exposer de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère.

La Cour de cassation devait donc se prononcer sur deux points. Elle devait d'abord déterminer si la demande tendant à déclarer une clause abusive dans un contrat de prêt souscrit entre un professionnel et un consommateur était soumise à la prescription quinquennale. Ensuite, elle devait déterminer si l'obligation d'information de la banque à l'égard des emprunteurs ne pouvait se limiter à une simple description des opérations de change.

La Cour casse l'arrêt de la juridiction d'appel au visa des articles L. 110-4 du Code de commerce, L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance

n° 2016-301 du 14 mars 2016 et de l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

Elle considère dans un premier temps que la demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur n'est pas soumise à la prescription quinquennale (I). Dans un second temps, elle relève que lorsqu'une banque consent un prêt libellé en devise étrangère ayant pour effet de faire peser le risque de change sur l'emprunteur, elle est tenue de lui fournir des informations suffisantes et exactes lui permettant de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme de conversion et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives (II).

## I. L'imprescriptibilité de l'action en réputé non-écrit

Censurant l'arrêt de la cour d'appel ayant déclaré lesdites demandes irrecevables car prescrites, la Cour de cassation consacre l'imprescriptibilité de l'action en réputé non-écrit, statuant ainsi en faveur du consommateur.

En effet, les juges du fond avaient initialement rejeté l'argument des emprunteurs selon lequel « la demande du consommateur tendant à voir déclarer non écrite une clause abusive n'est pas soumise à la prescription quinquennale », ce que va pourtant finir par affirmer la Cour de cassation elle-même.

D'une part, au visa de l'article L.110-4 du code de commerce, la Cour censure la position des juges du fond en reconnaissant l'inapplicabilité de la prescription quinquennale dudit article aux actions en réputé non-écrit de clauses abusives. Statuant ainsi, la Première chambre civile n'affirme

pas l'imprescriptibilité de ces actions en des termes explicites et laisse à penser qu'elles pourraient en réalité être soumises à des « *prescriptions spéciales plus courtes* ». Pour autant, il semble limpide que c'est l'imprescriptibilité de cette action qui ressort de la lettre de l'arrêt.

En effet, la Cour se fonde d'autre part sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 (actuels articles L. 212-1 et L. 241-1 du Code de la consommation) pour affirmer que les clauses abusives au sein de contrats liant professionnels et non-professionnels ou consommateurs sont réputées non écrites. Pour décider si l'action litigieuse est prescrite ou non, la Cour de cassation se prononce sur la relation liant le client consommateur au banquier. Partant de ce postulat – sans prendre la peine par ailleurs de se prononcer véritablement sur le caractère abusif de la clause litigieuse – la Cour rappelle que, selon la jurisprudence européenne et notamment une décision de la CJUE du 10 juin 2021<sup>1</sup>, les actions aux fins de constatation du caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ne sauraient être soumises à un quelconque délai de prescription.

En tout état de cause, il ressort donc de ces raisonnements une imprescriptibilité pure et simple de l'action en réputé non-écrit.

La Cour de cassation consacre un peu plus encore la différence de régime entre l'action en nullité et l'action en réputé non-écrit. En effet, dans un précédent arrêt du 13 mars 2019, les juges avaient déduit l'inapplicabilité de la prescription quinquennale à l'action en réputé non-écrit du seul fait que celle-ci n'était pas une action en nullité<sup>2</sup>. Ainsi, les deux régimes sont bien distincts : alors que l'action en nullité est soumise à la prescription quinquennale, l'action en réputé non-écrit n'y est pas soumise ; elle est imprescriptible.

Cette imprescriptibilité consacrée vient conforter la protection apportée par le droit spécial de la consommation en matière de clauses abusives stipulées entre professionnel et consommateur.

Toutefois, la question se pose de savoir si l'imprescriptibilité de cette action s'applique également au droit commun des contrats d'adhésion logé aux articles 1170 et 1171 du Code civil. La similarité avec le mécanisme général des clauses abusives pourrait justifier une telle application<sup>3</sup>. Reste à attendre que la question se pose effectivement à la Cour pour qu'elle y réponde.

## II. L'étendue de l'obligation d'information incombant au banquier en cas d'opération de change

De la même façon que pour caractériser l'existence d'une clause abusive, la Cour de cassation retient une approche concrète s'agissant d'apprécier le contenu de l'obligation d'information qui incombe à la banque en matière de prêt. Dans le cas d'un prêt qui, comme en l'espèce, comporte un risque de change, la Cour de cassation exige que le consommateur-emprunteur soit mis en mesure d'apprécier le risque effectivement encouru.

Cette approche concrète se justifie pleinement au regard de la fonction même de l'obligation d'information. En effet, cette obligation est destinée à éclairer le consentement du consommateur, ce qui implique nécessairement que l'information qui lui est délivrée lui permette d'apprécier réellement la portée de l'engagement qu'il souscrit. Cela suppose donc que le contenu et l'étendue de l'information soient adaptés aux capacités de compréhension de son destinataire. La première chambre civile énonce que « *la banque est tenue de fournir à celui-ci des informations suffisantes et exactes lui permettant de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives* ». En posant l'exigence que les informations permettent une compréhension concrète, la Cour de cassation pose l'exigence de l'intelligibilité de l'information, cette intelligibilité étant appréciée in concreto en considération de la personne de l'emprunteur.

Ainsi, la chambre commerciale s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la CJUE et notamment de son arrêt du 10 juin 2021. Dans cette décision,

<sup>1</sup> CJUE, 10 juin 2021, n° C-609/19.

<sup>2</sup> Cass. 1ère civ., 13 mars 2019, n° 17-23.169.

<sup>3</sup> C. HELAINE, « *Clauses abusives : le réputé non écrit est imprescriptible* », Dalloz Actualité, 4 avril 2022.

la Cour de Justice rappelle que « l'exigence de transparence des clauses contractuelles, telle qu'elle résulte de l'article 4, paragraphe 2, et de l'article 5 de la Directive 93/13, ne saurait être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans forme et grammatical de celle-ci. Le système de protection mis en œuvre par cette Directive reposant sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne, notamment, le niveau d'information, cette exigence de rédaction claire et compréhensible des clauses contractuelles et, partant, de transparence, imposée par ladite Directive doit être entendue de manière extensive ». Cette jurisprudence européenne vient souligner que l'étendue et le contenu de l'obligation d'information dépendent directement de la situation de chacune des parties. Ainsi, plus il existe une asymétrie d'information entre les parties plus l'obligation pesant sur le professionnel – et peut-être plus largement sur celle des parties qui a la maîtrise de l'information – sera étendue.

Le fait que l'étendue de l'obligation d'information dépende d'une éventuelle asymétrie dans la situation des parties implique qu'il n'y ait pas véritablement de différence de nature mais seulement de degré, entre l'obligation d'information et une obligation de mise en garde. Il semblerait, ainsi, que pour garantir une protection accrue du consommateur, impulsée par la CJUE, la Cour de cassation aille même jusqu'à opérer une certaine confusion entre le devoir d'information et celui de mise en garde. Effectivement, le devoir d'information oblige – de façon assez neutre – le prêteur à transmettre des données objectives, principalement sur l'opération passée, permettant à l'autre partie de s'engager en pleine connaissance de cause.

C'est en réalité le devoir de mise en garde, défini comme « une forme de devoir de conseil négatif »<sup>4</sup>, qui oblige le prêteur à alerter son cocontractant sur les risques d'endettement excessif de l'opération envisagée. Or, en l'espèce, la cour d'appel s'était bien assurée que les opérations de change avaient été clairement décrites et qu'ainsi les données objectives, conformément à l'obligation d'information, avaient été transmises au cocontractant. La Cour de cassation lui reproche plutôt de ne pas avoir transmis les informations permettant, d'une part,

de comprendre le fonctionnement du mécanisme financier, mais encore, les risques en découlant, ce qui relève davantage de l'obligation de mise en garde. Ainsi, la présente espèce fait apparaître que la mise en garde constitue le degré ultime de l'information lorsqu'il est nécessaire pour éclairer l'une des parties de lui indiquer les risques afférents à son engagement. On observera ainsi que, dans le cadre de l'obligation d'information instituée par le nouvel article 1112-1 du Code civil, il est tout à fait possible que cette obligation puisse en fonction des parties prendre la forme d'un devoir de mise en garde. Il pourra en être ainsi si la Cour de cassation, dans l'application de ce texte, devait en moduler l'exigence et la portée en fonction des aptitudes des parties.

---

<sup>4</sup> N. MATHEY, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel », JCP E, n° 29, 21 juillet 2011.

# L'extension du champ d'application du recours pour excès de pouvoir aux FAQ des autorités administratives indépendantes

CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> chambres réunies, 8 avril 2022, n° 452668

Par Yves-Emmanuel LE ROUX, Pauline MILLET, Juliette WOILLARD

---

La protection des données personnelles dématérialisée est une problématique dont le législateur, la jurisprudence mais également les autorités sectorielles de régulation s'emparent de manière croissante. Dans cette matière, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est l'interlocuteur privilégié des acteurs économiques confrontés à cette problématique. Elle est amenée à publier certains actes ayant ou non une valeur coercitive, ce qui permet, depuis 2016, d'attaquer ces derniers devant le juge administratif notamment. Néanmoins, certains de ses actes étaient restés hors de portée de la justice car qualifiés alors de simple présentation des modalités pratiques d'un dispositif. C'était le cas pour les questions – réponses publiées par la CNIL<sup>1</sup>.

Cette position est renversée par l'arrêt du 8 avril 2022 rendu par les 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies. Il s'agit en l'espèce de deux délibérations de la CNIL en date du 17 septembre 2020, l'une arrêtant des lignes directrices, l'autre portant adoption d'une recommandation. Ces deux délibérations sont relatives à la fois à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 et aux comportements à adopter lorsque des opérateurs recourent à des traceurs (ou cookies). Ces deux décisions ont été prises dans le cadre du plan d'action de la CNIL sur le ciblage publicitaire. En raison des multiples questions récurrentes sur ce sujet, la CNIL a instauré une foire aux questions (ou « FAQ ») le 18 mars 2021 sur son site Internet à l'occasion de laquelle elle a pu poster la question-réponse n° 12 relative aux « opérations d'affiliation » et sur l'applicabilité de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 à celles-ci. Il était question de savoir si les traceurs utilisés pour la facturation des opérations d'affiliation étaient exemptés de l'obligation d'obtenir préalablement à leur dépôt le consentement des utilisateurs, et la réponse apportée par la CNIL fut négative.

Par conséquent, le Syndicat national du marketing à la performance et le Collectif des acteurs du marketing digital ont saisi le juge administratif d'un recours en excès de pouvoir pour, d'une part, voir la question-réponse n° 12 litigieuse être annulée et, d'autre part, pour qu'il annule le refus de modifier ladite question-réponse qui a été opposé par la CNIL.

Dans le cadre de ce recours, la question posée était celle de savoir si la prise de position publiée sur le site Internet de la CNIL était ou non légale et conforme à l'article 82 de la loi précitée. Cette question nous amène à nous interroger de manière plus générale sur la recevabilité du recours en excès de pouvoir contre cette prise de position publiée sur son site Internet par la CNIL au vu de sa nature particulière.

Ainsi, dans le cadre de l'arrêt commenté, le juge administratif a pu apporter une réponse à ces deux questions. En effet, s'il a pu assimiler la prise de position litigieuse à un acte de droit souple susceptible de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir (I), il a également admis que celle-ci était légale, tout en précisant le champ d'application de cette légalité (II).

## I. La reconnaissance attendue d'un acte de droit souple

Dans cet arrêt, le juge administratif applique la jurisprudence classique relative aux actes de droit souple (A), mais fait preuve d'innovation au regard de la nature-même de l'acte, une FAQ (B).

### A. L'application d'une jurisprudence classique

Acte de portée générale, l'acte de droit souple est

---

<sup>1</sup> CE, 17 mai 2017, n° 404270 : JurisData n° 2017-009453 ; Lebon, p. 408 ; Dr. fisc. 2017, n° 37, comm. 445.

reconnu depuis longtemps. Celui-ci émane d'autorités publiques comme la CNIL. Le Conseil d'État, dans cet arrêt, ne fait qu'appliquer une jurisprudence pérenne au sujet de ces actes administratifs. Ainsi, le juge se conforme à la portée de la décision Fairvesta rendue par lui-même en 2016<sup>2</sup>, qui demeure le premier grand arrêt sur les actes de droit souple émanant d'autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique. Dans le cas d'espèce, il convient de souligner que la CNIL n'est pas l'une de ces autorités. Cette dernière s'implique davantage dans le domaine de la relation entre l'informatique et les droits fondamentaux. Il en découle qu'il convient d'affirmer que c'est essentiellement la jurisprudence GISTI de 2020<sup>3</sup> qui est ici mise en œuvre. Cette décision, en reprenant l'évolution globale de la jurisprudence à ce sujet et plus particulièrement l'arrêt Le Pen rendu par le Conseil d'État en 2019<sup>4</sup> a admis l'émanation d'actes de droit souple d'autorités étrangères au domaine économique.

En conséquence, depuis 2020, tout acte de droit souple est admis et ce peu importe le domaine d'intervention de l'autorité administrative concernée. C'est donc dans l'alignement de ce mouvement que la prise de position du Conseil d'État s'insère. Elle participe à la reconnaissance de l'existence d'un acte de droit souple comme la prise de position de la CNIL publiée sur son site Internet et ce, en vertu des effets notoires qu'elle peut avoir. La conséquence de ce point de vue est, par conséquent, l'admission du recours en excès de pouvoir contre cette prise de position et ce, malgré sa nature particulière.

Si la notion d'acte de droit souple est largement admise aujourd'hui, la forme de l'acte en l'espèce, une FAQ, n'a pas été simple à appréhender.

## **B. L'évolution de la position du juge administratif sur les foires aux questions**

Dans l'arrêt du 8 avril 2020, la nature de la prise de position a pu être la source d'interrogations au sein de la juridiction administrative. Effectivement, l'acte litigieux a été pris sous une forme dématérialisée et

intégré dans une FAQ.

Ce procédé est doublement original pour le juge et peut faire douter sur la potentielle recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir à son égard. Dans un arrêt rendu le 17 mai 2017 par le Conseil d'État<sup>5</sup>, un document rédigé sous la forme d'une réponse émanant du ministre de l'Économie et des Finances dans une FAQ n'avait pas été perçu par le juge administratif comme étant une circulaire administrative, qui constitue un acte de droit souple attaquant par la voie du recours en excès de pouvoir. Selon le juge, l'acte ne contenait pas de disposition impérative à caractère général, faisant obstacle à toute assimilation à un acte de droit souple.

Il s'en déduit que l'arrêt de 2022 constitue une innovation pour le juge administratif qui reconnaît en l'espèce l'existence d'un acte de droit souple. Précisant que la réponse litigieuse peut avoir un effet notable sur les éditeurs et sur les utilisateurs des sites en ce que les premiers ont une marge de manœuvre réduite dans leur gestion des sites et les seconds sont davantage protégés, le Conseil d'État affirme la possibilité d'un recours en excès de pouvoir contre celle-ci. Sa décision permet aux concernés de pouvoir pointer du doigt un acte qui, sans aucun doute, pourrait avoir des effets sur leur activité et sur leurs droits.

Dès lors que le Conseil d'État a admis le recours contre la prise de position de la CNIL, il a par conséquent étudié sa légalité.

## **II. La légalité de la prise de position**

Dans cette décision, c'est sans grande surprise que le juge administratif s'est voué à une étude de la légalité externe (A) et interne (B) de la prise de position.

### **A. La compétence de la CNIL reconnue**

Créée par la loi du 6 janvier 1978<sup>6</sup>, la CNIL est une autorité administrative indépendante dont la mission

<sup>2</sup> CE, 21 mars 2016, n° 368082.

<sup>3</sup> CE, 12 juin 2020, n° 418142.

<sup>4</sup> CE, 19 juillet 2019, n° 426389.

<sup>5</sup> CE, 17 mai 2017, n° 404270.

<sup>6</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

est de veiller à ce que soient respectés les droits et obligations des responsables de traitements et de toute personne concernée ainsi que l'ensemble des dispositions relatives à la protection des données personnelles.

Sa création en tant qu'autorité administrative indépendante fait d'elle l'organe le plus apte à prendre de bonnes décisions dans le secteur qui lui est attribué. En vertu de son indépendance, elle est pourvue d'une réactivité accrue par rapport aux autres administrations centrales et peut donc prendre des décisions plus satisfaisantes dans le domaine technique qui est le sien.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État affirme expressément que la FAQ et les questions-réponses y figurant peuvent s'inscrire dans les moyens envisageables pour que la CNIL assure sa mission, celle de protéger à la fois les utilisateurs et les professionnels en prévenant notamment la commission d'infractions. Cela lui permet également de faire preuve d'anticipation au vu des sujets émergents, d'accompagner la conformité et de contrôler avant de sanctionner.

De surcroît, le Conseil d'État met en avant le fait que la CNIL n'a pas excédé sa compétence, n'ayant pas édicté d'interdiction générale et absolue du dépôt des traceurs qui relève de la compétence des pouvoirs législatif et exécutif. Le Conseil d'État admet que la CNIL était habilitée à prendre cet acte, et vient ensuite étudier la légalité de l'objet de celui-ci.

## **B. Une légalité précisée au regard de l'objet de la prise de position**

Dans l'arrêt commenté, les requérants blâment la CNIL d'avoir considéré qu'en l'espèce un consentement était nécessaire avant de déposer les traceurs relatifs aux opérations d'affiliation. Pour eux, les cookies litigieux ne sont pas des cookies publicitaires et se rapprochent des cookies de mesure d'audience et de *cashbacks* où il est nécessaire d'avoir des traceurs pour assurer les services demandés par l'internaute. Mais ces comparaisons sont-elles correctes ? Car assimiler, c'est appliquer le même régime juridique.

Pour le Conseil d'État, ces traceurs se distinguent des traceurs d'audience, notamment parce qu'ils n'ont pas le même objectif. A défaut d'assimilation

concrète, la CNIL a pu, en vertu de son pouvoir d'appréciation, considérer que les traceurs litigieux devaient être installés après obtention préalable du consentement des utilisateurs.

En outre, ces traceurs de connexion se distinguent des traceurs de « *cashback* » et de « *rewards* » qui sont surtout installés pour que la connaissance de l'origine de connexion puisse aider les utilisateurs à faire valoir des droits par la suite, tandis que les premiers sont utiles pour les professionnels seulement.

Par conséquent, le Conseil d'État rejette les assimilations faites par les requérants : ici, les traceurs peuvent être porteurs de risques pour les utilisateurs qui n'en tirent aucun avantage particulier et peuvent voir une intrusion dans leurs droits en ce qu'il y a un traçage de leurs connexions qui concernent leurs données personnelles. Il en découle que la prise de position de la CNIL a été jugée légale par le juge administratif, ne méconnaissant pas la loi de 1978.

# Regard sur la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité du 23 février 2022

Par Mathieu BONZON, Pétronille BOUHALLIER-CHAUVIN, Martha CUEFF, Agathe GUICHARD, Jules VIGNEAU

---

« La société, telle qu'elle est imaginée par le législateur européen, adopte alors un nouveau visage, plus humain et plus vertueux »<sup>1</sup>.

Le 23 février 2022, cinq ans après la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, la Commission européenne a – enfin – publié une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises.

La prise de conscience de l'impérieuse protection des droits fondamentaux dans les chaînes de valeur des entreprises a véritablement eu lieu lors de l'effondrement du Rana Plaza en avril 2013. Cet immeuble, situé au Bangladesh, abritait des ateliers de textiles travaillant pour le compte de sociétés occidentales. La catastrophe a fait près de 1135 morts. Pour prévenir la survenance de tels événements, la création d'un cadre légal s'imposait.

Si le droit français a été pionnier en la matière, deux autres États membres de l'Union européenne se sont également pourvus d'une législation semblable bien que moins audacieuse. Il en a été ainsi des Pays-Bas par la loi du 24 octobre 2019 et de l'Allemagne par la loi du 16 juillet 2021. D'autres États sont en passe de légiférer<sup>2</sup>. Cette dynamique dénote l'opportunité – si ce n'est la nécessité afin de lutter contre les distorsions de concurrence – d'une harmonisation européenne.

Par contraste avec le droit positif interne, l'approche retenue par l'Union européenne peut être qualifiée d'holistique. En usant du terme « durabilité »<sup>3</sup>, elle

englobe tout à la fois les problématiques concernant les droits de l'homme *stricto sensu* mais également les questions environnementales<sup>4</sup>, ce dont il faut se satisfaire. Sur ce dernier point, l'article 15 comble une incertitude en conférant une force normative à l'accord de Paris sur le climat.

La proposition de directive présente des similitudes avec le droit français, notamment en ce qu'elle retient le mécanisme de la responsabilité civile, spécialement prise dans sa fonction préventive. La question de l'articulation avec le droit commun de la responsabilité demeure.

En dépit d'un lobbying intense et de débats houleux, la proposition de directive fait montre, sur certains points, d'une ambition certaine. Elle a ainsi vocation à s'appliquer largement et de manière extra-territoriale. Pour autant, nombre d'ONG déplorent la pusillanimité des rédacteurs de telle sorte que le texte ne serait pas source de véritables bouleversements dans la pratique des entreprises.

Il n'est pas question dans ces lignes de procéder à une analyse détaillée des 32 articles composant la proposition de directive. Nous faisons le choix d'évoquer l'un des points cruciaux et fortement débattus qu'est le champ d'application de la directive (I), ainsi qu'une innovation notable par comparaison avec le droit français qu'est la désignation d'une autorité nationale de contrôle des obligations des entreprises en matière de vigilance (II).

Il faut encore préciser que le processus législatif

---

<sup>1</sup> B. LECOURT, « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Revue des sociétés*, n° 05, 2022, p. 310.

<sup>2</sup> L'Autriche, la Belgique, la Suède, la Finlande, le Danemark et le Luxembourg sont concernés.

<sup>3</sup> Sans le définir pour autant.

<sup>4</sup> Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, Exposé des motifs, 23 février 2022, p. 3 : « la présente directive établira un cadre horizontal visant à encourager les entreprises opérant au sein du marché unique à contribuer au respect des droits de l'homme et de l'environnement ».

n'étant pas achevé, il ne s'agit que d'une proposition de directive, des modifications sont à prévoir.

## I. L'épineuse détermination du champ d'application du devoir de vigilance

La délicate question du champ d'application retenu suppose de définir un équilibre entre deux enjeux concurrents : l'ambition politique d'une large diffusion de ce nouveau devoir de vigilance d'une part, la prise en compte des contraintes matérielles qu'il fera peser sur les sociétés d'autre part. La proposition de directive a finalement retenu un champ d'application relativement large, avec des seuils considérablement inférieurs à ceux prévus le législateur français.

### A. Le champ d'application ratione personae

Les obligations de vigilance s'appliqueraient aux entreprises établies dans un État membre de l'Union Européenne employant plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires net mondial de plus de 150.000.000 euros au cours du dernier exercice.

La proposition de directive entend également étendre ces obligations aux entreprises établies hors de l'Union Européenne lorsqu'elles réalisent un chiffre d'affaires net de plus de 150.000.000 euros dans l'Union au cours de l'exercice précédant le dernier exercice. Le seuil du nombre d'employés ne s'appliquerait pas à ces entreprises extra-européennes.

En conséquence, les PME, qui représentent environ 99 % des entreprises de l'Union, ne sont pas visées par la proposition de directive. La Commission a estimé que, pour elles, « la charge financière et administrative liée à la mise en place et à l'application d'un processus de vigilance »<sup>5</sup> serait trop contraignante. Cet argument, s'il est compréhensible, circonscrit significativement l'application du devoir de vigilance.

En l'état, les obligations de vigilance porteraient sur l'ensemble de la chaîne de valeur des sociétés concernées par le devoir de vigilance. Le devoir de vigilance doit permettre que la société recense,

préviennne, atténuée et prenne en considération les incidences négatives, potentielles ou réelles, de son activité sur les droits de l'Homme et l'environnement. Il s'étend donc à ses propres opérations, à celles de ses filiales ainsi qu'à l'ensemble des entités de sa chaîne de valeur, incluant donc les fournisseurs et sous-traitants, pour reprendre le vocable du droit français. La catastrophe du Rana Plaza entraine précisément dans ce cas de figure. La proposition retient une définition large de la chaîne de valeur, en intégrant également les activités en aval de la relation ; contrairement au droit français qui retient uniquement les activités en amont.

Les activités comprises dans la chaîne de valeur et pour lesquelles le devoir de vigilance devra être mis en œuvre sont toutefois limitées aux seules relations commerciales « bien établies »<sup>6</sup>, qu'elles soient directes ou indirectes. Leur caractère « bien établi » devrait faire l'objet d'une réévaluation périodique. Les PME, pourtant exclues du champ d'application personnel de la directive, supporteront ainsi, de façon indirecte, une partie du coût de la réalisation du devoir de vigilance de la société principale. Les sociétés soumises au devoir de vigilance seraient néanmoins tenues de leur apporter un soutien dans la réalisation des exigences en la matière.

### B. Le champ d'application ratione materiae

La proposition de directive identifie des secteurs considérés comme à risque (fabrication et commerce de textiles, d'articles en cuir et de produits connexes ; agriculture, sylviculture et pêche ; extraction et commerce de ressources minérales et métalliques). Ce traitement différencié semble opportun.

Pour ces secteurs à fort impact, les seuils sont abaissés à 250 salariés et 40.000.000 euros de chiffres d'affaires net mondial pour les entreprises européennes ; et à 40.000.000 euros de chiffres d'affaires net réalisé dans l'UE pour celles de pays tiers, dès lors qu'elles réalisent au moins 50 % de leur chiffre d'affaires dans un de ces secteurs.

<sup>5</sup> Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, Exposé des motifs, 23 février 2022, p. 17.

<sup>6</sup> Article 5 de la proposition de directive.

## II. Vers une effectivité accrue par la désignation d'une autorité nationale de contrôle

Sur le modèle du droit allemand, l'article 17 de la proposition de directive dispose que « [c]haque État membre désigne une ou plusieurs autorités de contrôle chargées surveiller le respect des obligations nationales » de vigilance. Un réseau européen de ces autorités pourrait ainsi voir le jour afin d'amplifier la coordination et permettre l'harmonisation des pratiques. Cette disposition se distingue du droit positif français qui ne prévoit pas le relai d'une autorité administrative. En effet, l'actuel article L. 225-102-4 du code de commerce met le contrôle entre les mains de « toute personne justifiant d'un intérêt à agir », spécialement les ONG, et ce devant les juridictions judiciaires.

Il faut signaler que le rapport d'information réalisé par la Commission des lois de l'Assemblée nationale et rendu public le 24 février 2022 envisageait déjà l'opportunité de la « création d'une autorité ou d'un service administratif chargé du suivi, de l'accompagnement, voire du contrôle et de la sanction du devoir de vigilance »<sup>7</sup>.

Alors que la loi du 22 décembre 2021 vient d'attribuer compétence exclusive aux tribunaux judiciaires pour connaître des actions relatives au devoir de vigilance<sup>8</sup>, clôturant ainsi un débat jurisprudentiel, cette disposition de la proposition de directive fait craindre une possible dé-juridictionnalisation du contentieux. Elle pourrait fermer la porte des prétoires aux ONG en les réservant aux seules victimes des manquements. Pour autant, il faudrait davantage y voir un renforcement de l'effectivité du devoir de vigilance et une responsabilisation accrue des entreprises concernées. La loi du 27 mars 2017 n'a pas fait naître un contentieux important de telle sorte que le contrôle des plans de vigilance est lacunaire. La désignation d'une autorité administrative permettrait

d'y remédier.

Cependant, une réserve peut être émise en ce que « responsabilisation ex-ante » n'est pas toujours synonyme d'un « renforcement de la responsabilité ex-post »<sup>9</sup>.

Outre un impact en termes de contrôles, la proposition de directive est également novatrice en matière de sanction. Ces autorités nationales devraient pouvoir « imposer des sanctions pécuniaires »<sup>10</sup> qui soient « effectives, proportionnées et dissuasives »<sup>11</sup>. De par ces caractéristiques, la sanction pourrait prendre la forme d'une amende civile, ce que le Conseil constitutionnel français avait refusé en 2017<sup>12</sup>. Là encore, le durcissement de la sanction est dissuasif et devrait inciter les entreprises à se conformer aux obligations de vigilance.

---

<sup>7</sup> Commission des lois, Assemblée nationale, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 2022, p. 75.

<sup>8</sup> Article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>9</sup> T. SACHS, *Controverse : Le devoir de vigilance à la croisée des chemins ?*, *Revue de droit du travail*, 2022, p. 352.

<sup>10</sup> Article 18 de la proposition de directive.

<sup>11</sup> Article 20 de la proposition de directive.

<sup>12</sup> Conseil Constitutionnel, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, § 13 : « [c]ompte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis ».

# Retour sur la durée des pactes d'actionnaires

Par Mélanie DABBOURA, Mahaut DE LA MESSELIÈRE, Pauline MILLET, Emmanuel GERE

---

Bien que largement ignorés par la loi, les pactes d'actionnaires sont très fréquents dans la pratique des affaires. Ils sont le véhicule par lequel tout ou partie des actionnaires conviennent d'organiser par le contrat, leurs relations respectives en dehors des règles statutaires. S'ils revêtent la forme de contrats et sont en ce sens soumis aux dispositions du Code civil, celles-ci ne leur sont que peu adaptées ce qui peut occasionner des difficultés d'articulation avec d'autres dispositions. L'exemple le plus représentatif de ce constat est la question de la durée de ce type de pactes. Trois situations peuvent se présenter : soit le pacte est conclu pour une durée clairement déterminée, auquel cas il est qualifié de contrat à durée déterminée. Soit le pacte ne fait pas référence à aucun un terme précis, et sera alors qualifié de contrat à durée indéterminée, soit, enfin, le pacte fait référence à un terme implicite. C'est sur ce dernier point que s'est cristallisé le contentieux.

En effet, l'article 1210 du Code civil prohibe les engagements perpétuels et offre ainsi aux contractants de tels engagements une faculté de résiliation unilatérale s'exerçant de la même manière que dans les contrats à durée indéterminée. En matière de pactes d'actionnaires, cela a conduit à la remise en cause par la jurisprudence de pactes faisant référence à un terme implicite ou incertain, comme la perte de la qualité d'actionnaire par l'une des parties (I) ou le terme de la société (II).

## I. La fragilisation de la durée des pactes d'actionnaires par la jurisprudence

La jurisprudence a qualifié de contrat à durée indéterminée les pactes d'actionnaires qui fixaient leur terme sur la perte de qualité d'actionnaire des parties (A), témoignant de l'hostilité prétorienne quant au terme incertain de tels pactes (B).

### A. La qualification de contrat à durée indéterminée des pactes d'actionnaires renvoyant à la perte de qualité d'actionnaire par les parties

La question de savoir si un pacte d'actionnaires dont le terme était fixé par rapport à la perte de qualité d'actionnaire par les parties devait être qualifié de contrat à durée déterminée ou contrat à durée indéterminée a été soulevée par la jurisprudence. En pratique, il était fréquent de prévoir dans un pacte d'actionnaires, une clause stipulant que le pacte durerait aussi longtemps que les parties resteraient conjointement actionnaires de la société. Dans un arrêt de la chambre commerciale du 6 novembre 2007 (n° 07-10.620), la Cour de cassation a qualifié un pacte contenant une telle clause de contrat à durée indéterminée. En l'espèce, un pacte extrastatutaire avait été conclu entre deux sociétés, la Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) et la Compagnie de navigation d'Orbigny (devenue la STIM). Ce pacte stipulait qu'il devait s'appliquer « aussi longtemps que ces sociétés ou leurs substituées resteraient actionnaires » d'une troisième société, la Compagnie méridionale de navigation (CMN). Le pacte contenait une clause dite de « buy or sell ». Elle prévoyait que celle des parties qui serait à l'origine d'une décision ayant pour conséquence un manquement important à l'accord de coopération conclu entre la SNCM et la CMN ou un changement substantiel de la politique de la CMN entraînant entre elles un profond désaccord s'engageait, à première demande de l'autre et au choix de celle-ci, soit à lui céder tout ou partie des titres détenus dans cette société, soit à lui acheter tout ou partie des siens.

En 2006, la STIM a dénoncé le pacte d'actionnaires. Quelques mois plus tard, la SNCM a notifié à la STIM qu'elle exerçait l'option prévue par le pacte et la STIM s'y est opposée. La SNCM a demandé en justice à ce que soit constatée la cession et ordonné le transfert des titres. La cour d'appel l'a déboutée de sa demande après avoir constaté que, le pacte d'actionnaires ayant été conclu pour une durée indéterminée, il avait été valablement dénoncé par la STIM. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par la SNCM en affirmant que le pacte d'actionnaires n'était affecté d'aucun terme, ses dispositions générales énonçant simplement qu'il s'appliquerait aussi longtemps que la Compagnie de

navigation d'Orbigny et la SNCM ou leurs substitués demeureraient ensemble actionnaires. La Cour relève que la perte de la qualité d'actionnaire ne présente aucun caractère de certitude, même si l'actionnaire peut décider à tout moment de céder ses titres. Or, le terme est la modalité de l'obligation qui se définit précisément par la survenance d'un événement futur et certain, bien que sa date puisse être incertaine. En conséquence, le pacte d'actionnaires dont une clause stipule qu'il s'appliquera tant que les parties demeureront ensemble actionnaires d'une société n'est affecté d'aucun terme extinctif même incertain, et a donc été conclu pour une durée indéterminée. Il s'agit donc d'un contrat à durée indéterminée, pouvant être dénoncé unilatéralement par un des associés qui y est partie.

Pour la pratique, cet arrêt s'est révélé particulièrement surprenant. En effet, une telle clause était fréquente et pour les praticiens, elle permettait de qualifier le pacte de contrat à durée déterminée. La conséquence directe d'une qualification en contrat à durée indéterminée est la faculté de résiliation unilatérale par l'une des parties, à tout moment et sans motif. Si cet arrêt se justifie d'un point de vue technique et adopte un raisonnement logique (car la perte de la qualité d'actionnaires met nécessairement fin, au moins pour la partie concernée, à l'application du pacte eu égard à la nature même de celui-ci), sa solution a fragilisé l'ensemble des pactes d'actionnaires tels qu'ils étaient rédigés et encourage les parties à insérer des clauses plus précises, en y ajoutant un terme explicite.

Une telle solution peut également se justifier par un argument de simplicité et de binarité d'après lequel (i) soit le contrat comporte un terme et prévoit donc son extinction à l'échéance d'un événement futur dont la réalisation est certaine, auquel cas il est qualifié de contrat à durée déterminée ; (ii) soit il n'en comporte pas, auquel cas il est qualifié de contrat à durée indéterminée. Cette solution a été réitérée par plusieurs arrêts ultérieurs rendus par la chambre commerciale, dont un rendu le 20 décembre 2017 (n° 16-22.099) dans lequel la Cour de cassation a jugé que « *la perte de la qualité d'actionnaire ne constitue pas un terme extinctif, mais une condition de validité de l'engagement dans le temps* ». En l'espèce, il n'y avait, au sein de la convention des parties, aucune stipulation de terme déterminés ou déterminable et il n'y était pas non plus indiqué que l'engagement serait lié à la vie de l'actionnaire

majoritaire et continuerait à produire ses effets jusqu'à son décès.

La qualification de contrat à durée indéterminée des pactes d'actionnaires renvoyant à la perte de la qualité d'actionnaire par les parties illustre une certaine hostilité prétorienne à l'égard des pactes d'actionnaires au terme incertain.

## **B. L'hostilité prétorienne eu égard au terme incertain des pactes d'actionnaires**

La volonté des actionnaires peut être d'inscrire un pacte extrastatutaire dans la durée, ce qui suscite quelques interrogations eu égard aux considérations évoquées précédemment. Il se dégage une certaine hostilité de la part de la jurisprudence à l'égard des pactes d'actionnaires faisant référence à ce type de termes incertains, puisque celle-ci les requalifie en contrat à durée indéterminée estimant qu'il ne constitue pas de véritables termes. Cette hostilité a été mise en avant dès les premiers commentaires doctrinaux faisant suite à l'arrêt du 6 novembre 2007. Une telle qualification en contrat à durée indéterminée est vectrice d'une insécurité juridique importante car elle entraîne une faculté de résiliation unilatérale du pacte d'actionnaires sans motif et à tout moment – sous réserve d'un préavis raisonnable.

En outre, cette solution néglige la commune intention des parties en ce que la stipulation de ce genre de termes implicites démontre la volonté d'encadrer les relations des actionnaires membres du pacte dans la durée. Le monde des affaires est loin d'être un long fleuve tranquille et les pactes d'actionnaires ont justement pour objectif de cristalliser la manière dont les parties ont entendu à un moment donné encadrer leur relation (cession de titres, exercice du droit de vote, etc.) vis-à-vis de la société. Pouvoir rompre ce code de conduite à la moindre difficulté sous prétexte que les parties auraient prévu que la durée du pacte s'alignait sur la durée de leur actionariat va donc à l'encontre de l'essence même des pactes d'actionnaires et remet en cause leur utilité. La référence à la perte de la qualité d'actionnaire avait également une justification pratique. En effet, par opposition aux statuts, les pactes peuvent, et c'est en général le cas, ne concerner qu'une partie des actionnaires. Il semble alors de bon sens que le contrat ait la même durée que l'investissement des parties et donc que le pacte subsiste tant qu'elles

conservent leur qualité d'actionnaire. Ainsi, les parties ont implicitement prévu que l'échéance du terme soit incertaine, dans la mesure où la durée de leur investissement l'est aussi, mais pour faire cela, elles auraient dû en expliciter une date d'expiration qu'elles ignorent elles-même, ce qui peut sembler paradoxal.

Par ailleurs, le pourvoi avait également entendu contester la solution de l'arrêt d'appel en ce que les actionnaires étaient en l'espèce des personnes morales. Or, l'article 1838 du Code civil dispose que la durée d'une société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans. Le pourvoi arguait donc que si la perte de la qualité d'actionnaire pouvait intervenir avant cette dernière, il y avait tout de même une date butoir, le terme des sociétés actionnaires. Cette date butoir aurait eu pour effet de donner un caractère certain à la perte de la qualité d'actionnaire. Cet argument a été écarté par la Cour de cassation au motif qu'elle a considéré que le pourvoi se bornait « à invoquer la fin de la société, dont la durée est au maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans, sans préciser s'il s'agit de la fin de la société dans laquelle elles sont actionnaires ou de la leur ». Cet élément illustre particulièrement l'hostilité de la jurisprudence sur la validité de ce type de terme en ce que les commentateurs ont estimé que l'argument aurait pu se justifier dans les deux hypothèses.

Pour pallier la solution de la Haute juridiction, il fallait que les parties prévoient une durée déterminée. Cependant, en pratique, une telle durée peut s'avérer bien plus complexe à négocier ou même à déterminer. Malgré ces difficultés, afin d'être conformes à la jurisprudence, les pactes qui étaient en cours et qui comportaient des clauses de durée faisant référence à la perte de la qualité d'actionnaire devaient être modifiés.

Peut également être soulevée une absence de cohérence quant à la qualification de contrat à durée indéterminée, en ce que l'existence du pacte d'actionnaires est liée, naturellement, à l'existence de la société et donc à sa fin. En effet, selon les mots de J. Moury « dans un rapport d'accessoire à principal, l'existence du pacte d'actionnaires est indissociablement liée non seulement à celle de la société dont sont actionnaires les parties,

mais encore, pour chacune d'elle, à sa qualité d'actionnaire de cette société », ce dont il déduit que « à défaut de disposition particulière contraire, le pacte, implicitement mais nécessairement, est par nature affecté d'un terme renvoyant à un événement certain dont la survenance [...] coïncide avec la fin de la société, ce qui en fait, non moins nécessairement et comme l'est la société, un contrat à durée déterminée »<sup>1</sup>. Également, la solution prétorienne niant aux parties la possibilité de calquer la durée du pacte d'actionnaires sur la qualité d'actionnaire, nie aussi la notion « d'ensemble contractuel »<sup>2</sup>. Un tel ensemble est constitué par les statuts (pour les parties relatives aux relations entre actionnaires) et par le pacte. Cet ensemble contractuel aurait l'utilité de fournir, à l'un des contrats formant l'ensemble, le terme extinctif qu'il n'a pas prévu de manière expresse.

Initialement hostile à la qualification de contrat à durée déterminée des pactes d'actionnaires, la jurisprudence a ultérieurement infléchi sa position.

## II. L'assouplissement de la jurisprudence quant à la durée des pactes d'actionnaires

Assouplissant quelque peu sa position, la jurisprudence a fini par accepter la qualification de contrat à durée déterminée des pactes d'actionnaires faisant référence à la durée de la société (A), quoique cet assouplissement ne fasse pas disparaître toutes les questions relatives au terme incertain des pactes (B).

### A. La qualification de contrat à durée déterminée des pactes d'actionnaires renvoyant à la durée de la société

Dans un arrêt du 15 décembre 2020 (n° 20/00220), la cour d'appel de Paris a admis la qualification de contrat à durée déterminée d'un pacte d'actionnaires qui stipulait être conclu « pour la durée de la société ». En l'espèce, le litige opposait la société Kering à la société Analytic Project, toutes deux actionnaires de la société Yves Saint-Laurent (YSL) et parties à un pacte d'actionnaires dont la durée était alignée sur celle de la société YSL, à savoir

<sup>1</sup> J. MOURY « Remarques sur la qualification, quant à leur durée, des pactes d'associés », D. 2007. Chron. 2045.

<sup>2</sup> B. DONDERO, « De la durée des pactes d'actionnaires », D. 2008. 1024.

99 ans, conformément aux statuts de celle-ci. Estimant, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, que la référence au terme de la société n'emportait pas stipulation d'un terme susceptible d'entraîner la qualification de contrat à durée déterminée, la société Kering a notifié à Analytic Project la résiliation du pacte d'actionnaires. Analytic Project a contesté cette résiliation en référé et le président du tribunal de commerce de Paris, faisant droit à ses arguments, ordonna la poursuite du pacte.

La cour d'appel a considéré que la résiliation unilatérale était irrégulière, la référence au terme de la société emportant qualification du contrat à durée déterminée. Elle précise même que « à titre surabondant il y a lieu de rappeler que la durée de 99 ans n'apparaît pas excessive s'agissant d'actionnaires, personnes morales, de sorte que c'est à tort que la société Kering soutient qu'une telle durée contreviendrait à la prohibition des engagements perpétuels ».

La position jurisprudentielle relative au terme implicite des pactes d'actionnaire semble donc se préciser : est à durée indéterminée le pacte faisant référence à la perte de la qualité d'actionnaires par les parties mais à durée déterminée le pacte s'alignant sur la durée de la société dont il régit les relations entre les actionnaires. Il demeure cependant un certain nombre d'incertitudes, tenant notamment à la portée encore incertaine de cet arrêt d'appel.

## **B. Les limites de l'alignement de la durée des pactes d'actionnaires sur celle de la société**

La première limite à la portée de l'arrêt du 15 décembre 2020 tient tout d'abord à sa nature : il ne s'agit que d'un arrêt d'appel dont la solution pourrait être remise en cause par un arrêt de cassation. La deuxième tient ensuite à son champ d'application. En son §38, la cour d'appel rappelle que 99 ans n'est pas une durée excessive pour des actionnaires « personnes morales ». Rien n'indique donc que la même solution aurait été retenue si une des parties avait été une personne physique. En effet, même si le nouvel article 1210 du Code civil prohibe les engagements perpétuels à toute personne, morale ou physique, l'assimilation d'un engagement

particulièrement long en engagement perpétuel se fait surtout à l'égard des personnes physiques. En ce sens, la Cour de cassation a déjà pu sanctionner la stipulation d'un terme dans un contrat conclu « pour la durée de la société » entre une personne physique et une société par la nullité<sup>3</sup>.

Enfin, la référence à la durée de la société personne morale peut permettre de rapprocher l'arrêt d'appel de la jurisprudence Maison de la Poésie II<sup>4</sup>, où la Cour de cassation avait jugé, à propos du droit réel de jouissance spéciale, que n'était pas « perpétuel » le droit accordé à une fondation pour toute sa durée. La doctrine avait soulevé les limites d'une telle analyse, une fondation pouvant être reconduite de manière infinie et donc le droit se révéler illimité dans le temps, quand bien même il n'est pas formellement perpétuel. Il n'est pas possible à ce stade de savoir si une même approche pourrait être reconnue en matière de pactes d'actionnaires faisant référence à la durée de la société. Cela se pose en revanche la question de la prorogation de la société. Dès lors que, lorsque son activité est viable et prospère il y a fort à parier que ses actionnaires feront le choix de la proroger dans les conditions prévues à l'article 1844-6 du Code civil, quand elle arrivera à son terme. Faut-il supposer que la prorogation de la société entraînerait la prorogation du pacte faisant référence à la durée de la société ? Pour J. Moury, « il ne fait aucun doute que cette prorogation du pacte social ne saurait avoir pour effet d'entraîner celle d'un pacte extrastatutaire ». Avis partagé également par P. Delebecque qui considérait déjà dans son commentaire de l'arrêt de 2007 qu'affirmer que le pacte d'actionnaires était à durée indéterminée parce que la société pouvait être prorogée était difficilement admissible dans la mesure où « une chose sont les statuts. Autre chose sont les pactes extrastatutaires », deux véhicules contractuels distincts avec des portées différentes et des parties différentes. On ne saurait percevoir comment la prorogation de l'un entraîne la prorogation de l'autre alors que seul une volonté expresse des parties le pourrait. Il faudra voir comment cet arrêt s'articule avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

<sup>3</sup> Cass. 1ère civ., 19 mars 2002, n° 99-21.209.

<sup>4</sup> Cass. 3ème civ., 8 sept. 2016, n° 14-26.953.

# Actualité du Magistère de Droit des Activités Économiques

Par Alexandre ARHAN, Emma ROUHAUD, Raphael PORTZER

---

C'est dans l'optique de la professionnalisation de ses étudiants que le Magistère organise tout au cours de l'année de nombreuses rencontres avec des institutions renommées et prestigieux cabinets d'avocats parisiens. Le second semestre de l'année 2022 a été l'occasion pour les étudiants d'avoir de riches échanges avec l'Autorité des Marchés Financiers, mais également des cabinets d'avocats comme *Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan* et *DLA Piper*.

## La rencontre avec l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)

Le mercredi 18 avril 2022, les étudiants du Magistère de Droit des Activités Économiques ont eu l'honneur d'être reçus par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), Place de la Bourse. La conférence donnée par les membres de la Direction des Affaires juridiques et de la Direction de l'instruction et du Contentieux des sanctions a été l'occasion de revenir sur l'organisation de l'AMF ainsi que les missions qu'elle traite.

Différents intervenants des chambres qui composent l'AMF sont venus détailler les tâches réalisées pour répondre au triple objectif de protection de l'épargne, de l'information des investisseurs et du bon fonctionnement des marchés financiers.

Cette conférence fut l'occasion pour les étudiants de comprendre au mieux le fonctionnement d'une telle institution par l'écoute active mais également par la réalisation de cas pratiques pour connaître de la compétence de l'autorité des marchés financiers, et pour approcher au mieux la réalité du terrain par l'étude des chiffres donnés par la Commission des sanctions.

La rencontre s'est clôturée avec un exemple concret auquel l'Autorité des Marchés Financiers a eu affaire, avec le cas de manquements d'initiés sanctionnés à hauteur de 1,5 million d'euros d'amende.

## La rencontre avec le cabinet *Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan*

Le vendredi 22 avril 2022, les étudiants du Magistère ont eu la chance d'être reçus par Maître Kami Haeri, responsable du pôle contentieux commercial, droit pénal des affaires et enquêtes des régulateurs au sein du cabinet *Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP*.

L'échange, accompagné de petits pains et de jus d'orange frais, s'est principalement axé sur la place prépondérante qu'occupe le cabinet *Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP* sur la place de Paris dans la pratique du contentieux, ainsi que sur le parcours de vie de Maître Kami Haeri et de précieux conseils donnés aux étudiants du Magistère.

Parmi ces conseils figure celui d'oser les concours de plaidoiries, notamment celui du Barreau de Paris, qui marquent un tournant majeur non seulement dans une vie étudiante, mais surtout au sein d'une carrière professionnelle.

C'est dans cette optique que Maître Kami Haeri décrit ses activités et les étapes qui l'ont conduit à son poste, en précisant que si le cabinet a été classé comme le cabinet le plus agressif, cela provient en partie du fait de la politique interne choisie : la spécialisation dans le contentieux pur en excluant l'aspect *corporate* du monde des affaires.

La rencontre s'est conclue par un échange avec les étudiants, durant lequel Maître Kami Haeri a rappelé que l'organisation minutieuse de sa vie personnelle est également un point à ne pas négliger dès lors qu'il s'agit de travailler avec des filiales étrangères, où les journées de dix-huit heures de travail sont monnaies courantes. Préserver sa vie familiale est aussi nécessaire qu'entretenir son activité professionnelle afin de ne pas manquer les rendez-vous importants de la vie.

**Interview de Claire Dangel, 32e promotion du Magistère (2018-2021), admise en LLM à Harvard University**

*J'espère par ailleurs qu'une personne particulière se reconnaîtra. » .*

*« J'ai intégré le MDAE après deux ans de classes préparatoires Droit-économie (D1). J'ai été attirée par la pluridisciplinarité de ce parcours, et comme pour beaucoup, il constituait la continuité d'affinités déjà établies.*

*Au cours de ces premières années, j'ai rapidement souhaité m'orienter vers le droit privé des affaires, et même si je n'ai pas toujours apprécié développer la double compétence droit privé et public, j'ai néanmoins eu à cœur de ne pas me focaliser sur un seul pan du droit.*

*J'ai eu plusieurs expériences en cabinets d'avocats spécialisés en fusions-acquisitions qui m'ont beaucoup plus et je souhaiterais poursuivre dans cette voie. Elle est remplie d'épreuves, un côté stimulant qui m'attire et qui demande une connaissance de toutes les matières périphériques qu'implique un deal. Il est nécessaire d'avoir une vision panoramique de l'opération en question, il n'est pas question de se focaliser uniquement sur le droit des affaires.*

*Avant de poursuivre dans cette voie et de me lancer dans la vie active, je souhaite perfectionner mes acquis pendant cette année aux États-Unis. Il me tient à cœur de développer une connaissance du droit américain des affaires. Cela est utile lorsque l'on sait que les opérations de M&A sont souvent transfrontalières. J'aimerais me confronter à d'autres points de vue et me construire un réseau international.*

*En outre, il s'agit pour moi d'évoluer professionnellement et personnellement, et c'est à l'Université d'Harvard que j'ai choisi de mener cette aventure, en toute conscience des défis qui m'attendent dans ce pays où je n'ai jamais été.*

*Pour mes futurs projets, je compte présenter le barreau de New-York et retourner en France d'ici l'été 2023 pour débiter une collaboration dans un cabinet international à Paris.*

*Je garderai un excellent souvenir du Magistère. J'ai étudié pendant 3 ans auprès de professeurs qui m'ont beaucoup appris, inspiré et fait évoluer, mais j'ai également noué de superbes amitiés.*

*Avec l'aimable participation de*



**Gazette du Magistère - Edition Octobre 2022**