

REVUE LAMY

# Droit des Affaires

## Les perspectives européennes en matière de devoir de vigilance

*Entretien avec Anne STEVIGNON et Maylis SOUQUE*

- **Loi de finances pour 2024 : petit tour d'horizon des principales nouveautés concernant les entreprises**  
*Ségolène KNEIPP*
- **L'enrichissement injustifié au service de la réparation des atteintes aux droits humains causées par l'entreprise mondialisée : perspectives d'Outre-Manche**  
*Marie de PINIEUX*
- **Le risque d'extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains**  
*Laura BOURGEOIS*
- **Société en formation et reprise des actes : un heureux revirement écartant un excès de formalisme**  
*Sandrine TISSEYRE*
- **Actualité en matière de clause nulle ou réputée non écrite d'un bail commercial et concernant l'application dans le temps de la réforme « Pinel »**  
*Martin BINDER, Gaëtan DEFER*

**200** | MENSUEL  
FÉVRIER 2024

## Conseil scientifique

### Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME :

Maître de conférences HDR Université Toulouse Capitole, chargée de mission développement durable

### Jean-Michel de CARMO SILVA :

Professeur de droit, Grenoble École de Management

### Emmanuel DAOUD :

Avocat associé, Cabinet VIGO

### Jack DEMAISON :

Avocat associé, SIMON Associés

### Laurence Caroline HENRY :

Professeur - Avocat général en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation

### Arnaud LECOURT :

Maître de conférences, Université de Pau et des pays de l'Adour

### Jacques MESTRE :

Professeur agrégé des Facultés de droit

### Cyril NOURISSAT :

Professeur agrégé des Facultés de droit, Université Jean Moulin - Lyon 3

**Éditeur :** Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether - 93400 Saint-Ouen

**Représentant légal :** Guillaume Deroubaix

**Associé unique :** Karnov HoldCo France

**Directeur de la publication :** Guillaume Deroubaix

**Directrice des rédactions :** Sylvie Duras

**Rédactrice en chef :** Anouk Jaunasse

**Ont collaboré à ce numéro :**

Jérémy Berlemont, Lionel Costes, Victoria Mauriès, Rolanda Ondo, Héroïse Planckaert et Brintha Selvachandran

**Dépôt légal :** à parution

**Prix au numéro :** 65,34 € TTC

**N°ISSN (version en ligne) :** 2109-9367

**N°ISSN (version imprimée) :** 1279-8401

**Périodicité :** mensuel

**N°CPPAP :** 0125 T 87146

**Crédit photos :** Getty Images

**Imprimeur :** Dupliprint

733 rue Saint-Léonard - 53147 Mayenne

**Origine du papier :** Pologne

**Taux de fibres recyclées :** 0%

**Certification :** PEFC

**Eutrophisation :** Ptot 0.02 kg/tonne

**Pour contacter le service client :**

**N°Cristal 09 69 39 58 58**  
APPEL NON SURTAXÉ

**Courriel :** [contact@lamyliaisons.fr](mailto:contact@lamyliaisons.fr)

**Internet :** [www.liaisons-sociales.fr](http://www.liaisons-sociales.fr)

[www.lamyline.fr](http://www.lamyline.fr) - [www.lamy-liaisons.fr](http://www.lamy-liaisons.fr)



Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.

Cette revue peut être référencée de la manière suivante : RLDA 2024/200, n° 7880 (année/n° de la revue, n° du commentaire).

# Sommaire

## FOCUS ..... P. 4

- Ensemble contractuel incluant une location financière : la Cour de cassation confirme sa position sur les clauses de divisibilité sous l'empire du droit nouveau

*Héroïse PLANCKAERT*

## LES ESSENTIELS DU MOIS ..... P. 6

## ÉCLAIRAGE ..... P. 16

- Loi de finances pour 2024 : petit tour d'horizon des principales nouveautés concernant les entreprises

*Ségolène KLEIPP*

## ENTRETIEN ..... P. 24

- Les perspectives européennes en matière de devoir de vigilance

*Anne STEVIGNON et Maylis SOUQUE*

## PERSPECTIVES ..... P. 30

- L'enrichissement injustifié au service de la réparation des atteintes aux droits humains causées par l'entreprise mondialisée : perspectives d'Outre-Manche P. 30

*Marie de PINIEUX*

- Le risque d'extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains P. 34

*Laura BOURGEOIS*

## JURISPRUDENCE COMMENTÉE ..... P. 41

- Société en formation et reprise des actes : un heureux revirement écartant un excès de formalisme P. 41

*Sandrine TISSEYRE*

- Actualité en matière de clause nulle ou réputée non écrite d'un bail commercial et concernant l'application dans le temps de la réforme « Pinel » P. 31

*Martin BINDER, Gaëtan DEFER*

# Édito

## Les droits humains et la préservation de l'environnement : un défi monumental pour les entreprises

La revue Lamy Droit des Affaires fête son 200<sup>e</sup> numéro ! Pour cet anniversaire, nos auteurs se rejoignent ce mois-ci pour évoquer les « buts monumentaux » que les entreprises se doivent désormais d'atteindre. En outre, comme le point d'orgue des différents numéros dédiés au devoir de vigilance, à la RSE, aux droits humains et à la protection de l'environnement, votre premier supplément 2024 est consacré aux pouvoirs du juge dans le contrôle du respect du devoir de vigilance par les entreprises.

En effet, le combat pour les droits humains est malheureusement toujours d'actualité. Si la protection des droits humains relève à l'origine de la compétence de l'État, cette mission s'est étendue aux entreprises, dont le rôle est devenu de plus en plus central dans notre société. Il n'en reste pas moins que le respect des droits humains soulève des enjeux de taille pour celles-ci : difficultés méthodologiques, manque d'expertise, de moyens, ou encore absence de mesures claires, structurées et proportionnées à la réalité du terrain.

En réponse à l'effondrement en 2013 de l'immeuble du Rana Plaza, situé au Bangladesh, le 27 mars 2017, une loi instituant un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre voyait le jour. Alors que ce drame a coûté la vie de plus d'un millier de travailleurs, il avait entraîné une prise de conscience mondiale sur les conditions de travail des salariés.

Une récente affaire a d'ailleurs marqué les esprits en ce sens. Le 5 décembre 2023, le tribunal judiciaire de Paris a rendu sa première décision sur le fond en matière de devoir de vigilance et condamné la société La Poste à compléter son plan de vigilance, dans un dossier concernant des travailleurs sans papiers ayant exercé dans des conditions des plus difficiles. Cette décision souligne l'importance du respect des droits humains et de l'environnement en entreprise, et certains fondent l'espoir d'une décision qui pourrait faire jurisprudence.

Dans cette optique, la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité a pour objectif d'imposer des obligations aux grandes entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits humains et l'environnement, en ce qui concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et celles de leurs partenaires commerciaux. Anne Stevignon et Maylis Souque, du Club des Juristes, ont répondu à nos questions.

Nos auteurs nous éclairent, en outre, ce mois-ci, sur la fiabilité toute relative des audits en matière de respect des droits humains ainsi que sur la réparation des atteintes aux droits humains causées par l'entreprise mondialisée (perspectives d'outre-Manche).

Évidemment, en ce début d'année, un panorama des principales dispositions de la loi de finances 2024 en fiscalité des entreprises s'imposait également.

Bonne lecture !



Anouk  
JAUNASSE  
*Rédactrice en chef*



Brintha  
SELVACHANDRAN  
*Rédactrice  
Compliance*

RLDA 7880

## Ensemble contractuel incluant une location financière : la Cour de cassation confirme sa position sur les clauses de divisibilité sous l'empire du droit nouveau

Par un arrêt du 10 janvier 2024, la Cour de cassation confirme, sur le fondement du droit postérieur à la réforme du 10 février 2016, que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants, et donc que si l'un d'eux disparaît, les autres contrats sont caducs si le contractant contre lequel cette caducité est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. Dans ces contrats formant une opération incluant une location financière, les clauses de divisibilité sont réputées non écrites.

*Cass. com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466, B+R+L*

Par cet arrêt du 10 janvier 2024, la Cour de cassation vient se prononcer dans une affaire soumise au droit issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et plus précisément aux alinéas 2 et 3 de l'article 1186 qui disposent, pour mémoire, que « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* ».

Revenons sur les faits de l'espèce.

Le 27 octobre 2016, une société a conclu avec une association un contrat de location d'une durée de 21 trimestres. Le contrat de location porte sur un copieur, lequel a été acquis par la

société bailleuse auprès d'une société tierce avec laquelle l'association a conclu, le même jour, un contrat de maintenance. Toutefois, la société chargée de la maintenance a été placée en redressement puis en liquidation judiciaires le 12 septembre 2018. Le 11 octobre suivant, l'association, après avoir relevé divers dysfonctionnements, a notifié au liquidateur la résiliation du contrat de maintenance et déclaré une créance. Puis, se prévalant de l'interdépendance des contrats, l'association a notifié à la société bailleuse la caducité du contrat de location financière. Par un courriel du 28 janvier 2019, le liquidateur a indiqué à l'association que le contrat de maintenance n'était pas poursuivi et que le juge-commissaire avait autorisé la cession du fichier de clients au profit d'une société tierce « *officiellement autorisée à se présenter auprès de la clientèle pour proposer un nouveau contrat de maintenance* ». Le 22 mars 2019, la société bailleuse assigne l'association en résiliation du contrat de location financière, restitution du matériel et paiement des loyers et de l'indemnité de résiliation.

## Maintien de la position antérieure à la réforme sur les clauses de divisibilité dans les ensembles contractuels incluant une location financière

Les juges statuant en appel constatent la résiliation de plein droit du contrat de location aux torts de l'association en s'appuyant sur des stipulations contractuelles aux termes desquelles le contrat de location du matériel ne s'inscrivait pas dans une relation d'interdépendance avec le contrat de maintenance.

Les juges relevaient en effet qu'aux termes des stipulations du contrat de location, le locataire doit assumer à ses frais la charge de l'entretien et de la maintenance de l'équipement et qu'à défaut d'exécution du contrat de maintenance ou de prestation de services conclu avec un tiers par le locataire, celui-ci s'engage à faire assurer sans délai la maintenance ou les prestations par un autre prestataire. Les stipulations envisageaient le cas de l'anéantissement du contrat de maintenance affectant le contrat de location : dans ce cas, celui-ci « ne peut qu'être résilié ».

Pour les juges d'appel, les stipulations du contrat de location excluèrent toute interdépendance avec le contrat de maintenance, lequel relève de la seule responsabilité du locataire. En l'espèce, l'interdépendance n'existait qu'entre le contrat de fourniture du matériel et le contrat de financement portant sur ce même matériel. Si l'association n'était pas tenue de conclure un nouveau contrat de maintenance avec la société cessionnaire du fichier de clientèle, il lui appartenait en revanche d'en conclure un nouveau avec la société de son choix, de sorte qu'elle « n'était pas exposée à la situation d'anéantissement du contrat de maintenance qui sous-entend une impossibilité d'assurer une quelconque maintenance ».

Aussi, pour la cour d'appel « la faculté dont disposait l'association de conclure un nouveau contrat de maintenance ne lui permettait pas d'invoquer une disparition rendant impossible la maintenance au sens de l'article 1186 du Code civil ».

L'association a formé un pourvoi en cassation, reprochant aux juges d'avoir refusé de prononcer la caducité du contrat de location financière. Elle soutenait que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans le cadre d'une opération incluant une location financière sont interdépendants et que doivent être réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.

Rappelons que l'article 1186 du Code civil précité ne se prononce pas sur la question des clauses d'« indépendance » ou de « divisibilité ». Mais la Cour de cassation avait eu l'occasion d'affirmer, dans deux arrêts rendus le 17 mai 2013, que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non

écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance » (Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.927, Bull. ch. mixte, n° 1).

En l'espèce, la Cour de cassation casse le raisonnement des juges d'appel au visa de l'article 1186, alinéas 2 et 3, du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats de 2016.

Elle indique alors que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière étant interdépendants, il en résulte que l'exécution de chacun de ces contrats est une condition déterminante du consentement des parties, de sorte que, lorsque l'un d'eux disparaît, les autres contrats sont caducs si le contractant contre lequel cette caducité est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ». Elle ajoute alors que « dans les contrats formant une opération incluant une location financière, sont réputées non écrites les clauses inconciliables avec cette interdépendance ».

Or, en l'espèce, les contrats en cause, dont celui de maintenance, concomitants et incluant une location financière, étaient interdépendants.

La Cour de cassation maintient donc sa position – pour les contrats de location financière – sur ces clauses sous l'empire du droit nouveau.

## Connaissance par le contractant de l'existence de l'opération d'ensemble

Dans le cadre de son pourvoi, l'association reprochait à la cour d'appel d'avoir refusé de prononcer la caducité du contrat de location financière au motif que la société bailleuse n'avait pas été sollicitée lorsque le contrat de maintenance avait été signé le 27 octobre 2016. En effet, la demanderesse au pourvoi rappelle que le contrat de location emportait obligation pour le locataire de souscrire un contrat de maintenance, qui en l'espèce avait été conclu le jour même.

Ce point est également cassé par les Hauts magistrats au visa de l'article 1186, alinéa 3, du Code civil. La caducité, conséquence de la disparition de l'un des contrats nécessaires à la réalisation d'une même opération, n'intervient que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. Aussi, dans le cas présent, pour la Cour de cassation, le contrat étant inclus dans une opération comportant une location financière, la société bailleuse « avait nécessairement connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'elle avait donné son consentement ».

L'affaire est renvoyée devant la cour d'appel autrement composée. ■

## ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

### **RLDA 7881** L'action en paiement dirigée contre la caution personne physique est recevable après la fin de la période d'observation

La fin de non-recevoir tirée de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles contre la caution personne physique pendant la période d'observation peut être régularisée si le tribunal saisi de la demande en paiement du créancier dirigée contre la caution ne se prononce sur cette demande qu'après l'adoption du plan de redressement. C'est ce que la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 22 novembre 2023. Ainsi, est recevable l'action en paiement d'un créancier dirigée contre la caution du fait de la disparition de la cause de fin de non-recevoir.

*Cass. com., 22 nov. 2023, n°22-18.766, B*

En l'espèce, une banque a consenti à une entreprise l'ouverture d'un compte courant professionnel garanti par le gérant (la caution) en 2014. Le 4 juillet 2018, l'entreprise est mise en redressement judiciaire et un plan de redressement est arrêté le 3 juillet 2019. Après mise en demeure vaine de la caution, la banque l'assigne en paiement le 18 novembre 2018.

Sa demande est considérée irrecevable par la cour d'appel (CA Colmar, 11 mai 2022, n°21/01205) qui relève que l'acte introductif d'instance avait été enregistré au greffe pendant la période d'observation et que l'autorisation, qui avait été accordée à la banque par le juge de l'exécution d'inscrire une sûreté réelle sur les biens immobiliers de la caution, n'avait pas été suivie des diligences nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire dans le mois suivant cette autorisation. Elle en a déduit qu'aucune régularisation de la fin de non-recevoir n'était pas intervenue.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel au visa de l'article L. 622-28, alinéa 2, du code de commerce et de l'article 126 du code de procédure civile.

Elle commence par rappeler que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle. Puis que la fin de non-recevoir édictée par les textes rappelés ci-dessus, et dont la caution peut se prévaloir, peut être régularisée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

Elle relève ensuite que le tribunal ne s'était prononcé sur l'action en paiement de la banque qu'après l'adoption du plan de redressement. Or, l'adoption du plan de redressement marquant la fin de la période d'observation et donc

de l'interdiction des poursuites, la cause de fin de non-recevoir opposée à la banque avait nécessairement disparu, rendant son action contre la caution recevable. ■

### **RLDA 7882** Exécution du plan de redressement judiciaire : le refus des actionnaires de voter en faveur des mesures de restructuration du débiteur constitue un trouble manifestement illicite

Le refus des actionnaires minoritaires de voter en faveur des mesures de restructuration d'une société décidées dans le cadre d'un plan de redressement constitue un usage abusif de leur droit de vote, dans la mesure où cela fait obstacle à la mise en œuvre de mesures de restructuration financière jugées indispensables au redressement de la société et l'expose par là même à un risque de liquidation judiciaire. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 22 novembre 2023.

*Cass. com., 22 nov. 2023, n° 22-16.362, B*

Retour sur les faits. Une société a été mise en redressement judiciaire le 15 janvier 2019. Un plan de redressement, comportant des mesures de restructuration financière, est adopté le 5 mai 2020. Quelques mois plus tard, en décembre 2020, lors de l'assemblée générale des actionnaires de la société, certains actionnaires ont rejeté les résolutions visant à mettre en œuvre les mesures de restructuration financière visées dans le plan de redressement.

La société considérant que l'opposition desdits actionnaires constituait un trouble manifestement illicite, les a assignés. Elle obtient gain de cause devant les juges d'appel.

Ces derniers ont en effet rejeté dans un arrêt du 24 mars 2022 la demande des actionnaires opposants et ont caractérisé l'existence d'un trouble manifestement illicite ainsi que d'un dommage imminent (CA Paris, 24 mars 2022, n° 21/15290).

Ils ont estimé que le refus des actionnaires minoritaires de voter en faveur des mesures de restructuration s'inscrivait dans la poursuite du conflit opposant le dirigeant à l'un de ces actionnaires sur la gestion et l'avenir de la société débitrice depuis le mois de mai 2018.

Ils ont relevé à cet égard que l'actionnaire en question soutenait, en opposition au plan de redressement proposé par le dirigeant, une offre concurrente de cession des actifs non retenue, et que les actionnaires opposants n'avaient présenté aucun plan de redressement alternatif à celui adopté par le tribunal.

Les juges d'appel en ont déduit que l'opposition des actionnaires minoritaires tendaient, dans leur intérêt exclusif, à une récupération de leurs actifs, et non au redressement de la société.

Par conséquent, l'usage qu'ils avaient fait de leur droit de vote apparaissait abusif en ce qu'il faisait obstacle à la mise en œuvre de mesures de restructuration financière jugées indispensables au redressement de la société débitrice et donc à sa survie, et ce en l'exposant à un risque de liquidation judiciaire contraire à l'intérêt social.

Le raisonnement des juges d'appel est approuvé par la Cour de cassation qui rejette le pourvoi formé par les actionnaires minoritaires contre la décision de la cour d'appel de Paris. ■

## RLDA 7883 La Cour de cassation exclut l'application de la règle de non-reprise des poursuites individuelles dans le cas d'une hypothèque inscrite antérieurement à la loi Macron

**Dans un arrêt du 13 décembre 2023, la Cour de cassation a jugé que lorsque l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale objet de l'inscription d'une hypothèque est inopposable au créancier, ce dernier peut exercer ses droits sur l'immeuble. À cet égard, la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire du débiteur ne peut justifier la radiation de l'inscription soumise aux conditions de l'article 2438 du Code civil.**

*Cass. com., 13 déc. 2023, n° 22-16.752, B*

Contexte : La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a introduit dans le Code de commerce (article L. 526-1) une insaisissabilité de plein droit de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Cette même loi prévoit que cette disposition ne s'applique pas aux créanciers professionnels dont la créance est née antérieurement à son entrée en vigueur.

En l'espèce, une infirmière a été mise en redressement judiciaire le 17 novembre 2015, puis en liquidation judiciaire le 17 mai 2016.

Un créancier avait fait inscrire une hypothèque sur l'immeuble dépendant de la communauté de biens de la débitrice et son époux le 10 juillet 2015, soit antérieurement à l'ouverture de la procédure collective de la débitrice.

Après la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif le 27 juin 2017, la débitrice a demandé à son créancier la mainlevée de l'inscription de l'hypothèque. N'ayant pas eu de réponse, elle l'assigne en radiation de l'hypothèque le 25 février 2020.

La cour d'appel rejette sa demande (CA Douai, 24 mars 2022, n° 20/03625). Elle retient à cet égard que la clôture pour insuffisance d'actif ne justifie pas la radiation de l'hypothèque inscrite antérieurement à l'ouverture de la procédure collective du débiteur.

Soutenant que la cour d'appel n'avait pas fait application de la règle de non-reprise des poursuites édictée à l'article L. 643-11 du Code de commerce, la requérante forme un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation rejette son pourvoi.

Elle commence par rappeler que le principe de l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale de l'entrepreneur individuel introduit par la loi du 6 août 2015 ne s'applique pas aux créanciers professionnels dont la créance est née antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

Elle rappelle également les différents cas dans lesquels la radiation de l'hypothèque doit être ordonnée par les tribunaux en application de l'article 2438 du Code civil.

Et de conclure qu'en l'espèce, l'hypothèque ayant été inscrite avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015 et les conditions de l'article 2438 du Code civil n'étant pas réunies, le créancier restait fondé à exercer ses droits sur l'immeuble de la requérante, la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire ne pouvant justifier que soit ordonnée la radiation de l'hypothèque.

Concrètement, la Haute juridiction exclut toute application de la règle de non-reprise des poursuites individuelles au créancier. ■

## DISTRIBUTION ET CONSOMMATION

### RLDA 7884 Obligation d'information précontractuelle du consommateur : nullité du contrat si le défaut d'information porte sur les éléments essentiels

**Le manquement du professionnel à ses obligations d'information précontractuelles prévues à l'article L. 111-1 du Code de la consommation entraîne l'annulation du contrat, dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants du Code civil, si le défaut d'information porte sur des éléments essentiels du contrat. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 20 décembre 2023.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2023, n° 22-18.928, B+L

L'affaire, qui offre l'occasion de revenir sur l'articulation entre droit commun des contrats et droit de la consommation, porte sur la conclusion, le 4 juin 2018, à l'occasion d'une foire, d'un contrat portant acquisition, installation et mise en service de panneaux photovoltaïques. Invoquant des carences dans les mentions devant figurer sur le bon de commande, l'acquéreur a assigné le vendeur en annulation du contrat et en indemnisation.

Les juges du fond ont annulé le contrat considérant qu'une erreur avait vicié le consentement de l'acquéreur sur des éléments essentiels du contrat. Pour cela, les juges retenaient en effet que le vendeur n'avait pas satisfait aux obligations d'information précontractuelles prévues à l'article L. 111-1 du Code de la consommation dès lors que ni les caractéristiques essentielles des produits achetés ni le délai de livraison et d'installation de ces produits n'étaient précisément mentionnés sur le bon de commande.

Le vendeur, formant un pourvoi en cassation, soutenait notamment que la méconnaissance de l'obligation précontractuelle d'information à laquelle est tenu le professionnel à l'égard du consommateur n'est pas, sauf disposition expresse, sanctionnée par la nullité du contrat. Il reprochait à la cour d'avoir déduit la nullité du contrat du seul constat qu'il aurait manqué à l'obligation précontractuelle d'information des articles L. 111-1 du Code de la consommation et 1112-1 du Code civil, sans constater que les irrégularités du bon de commande avaient porté sur des éléments déterminants du consentement.

La Cour de cassation suit le raisonnement de la cour d'appel. Si, aux termes de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, le manquement aux obligations d'information précontractuelles qu'il énonce n'est pas expressément assorti de la nullité du contrat, il résulte de l'article 1112-1 du Code civil « *qu'un tel manquement du professionnel à l'égard du consommateur entraîne néanmoins l'annulation du contrat, dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants du Code civil, si le défaut d'information porte sur des éléments essentiels du contrat* ».

En l'espèce, le consentement de l'acquéreur sur des éléments essentiels du contrat avait nécessairement été vicié pour procéder d'une erreur. La vente devait donc être annulée. ■

## RLDA 7885 **Contrat conclu hors établissement : l'emploi du formulaire de rétractation ne doit pas porter atteinte à l'intégrité du contrat**

**Dans un arrêt du 20 décembre 2023, la Cour de cassation juge que de la faculté offerte au consommateur d'exercer son droit de rétractation au moyen d'un formulaire obligatoirement fourni par le professionnel, il se déduit que l'emploi de ce formulaire ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à l'intégrité du contrat que le consommateur doit pouvoir conserver. Elle rappelle en outre que la**

**restitution à laquelle un contractant est condamné à la suite de l'annulation d'un contrat ne constitue pas, par elle-même, un préjudice indemnisable.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2023, n° 21-16.491, B+L

En l'espèce, le 8 août 2017, un contrat de fourniture, d'installation et de mise en service de quatre panneaux photovoltaïques avec micro-onduleurs et d'un chauffe-eau au prix de 10 800 euros a été conclu hors établissement. Un crédit a été souscrit le même jour pour le financement. Les consommateurs ont assigné le vendeur et la banque en nullité des contrats de vente et de crédit affecté en contestant la régularité du bon de commande.

### **L'emploi du formulaire de rétractation ne doit pas porter atteinte à l'intégrité du contrat**

Les juges statuant en appel ont prononcé la nullité des contrats.

Il ressort des constatations des juges que le formulaire de rétractation figurant au verso du bon de commande comportait, d'un côté, sur une seule page, l'adresse à laquelle il devait être expédié ainsi que les références de la commande, la date et la signature du consommateur et, de l'autre côté, l'emplacement permettant à celui-ci de signer le contrat ainsi que les éléments d'identification du vendeur.

Sur la base de ces constatations, la Cour de cassation rappelle qu'il résulte de l'article L. 221-9 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021, que le professionnel doit fournir au consommateur un exemplaire daté du contrat conclu hors établissement, sur papier signé par les parties ou, avec l'accord du consommateur, sur un autre support durable, confirmant l'engagement exprès des parties. Le contrat doit comprendre toutes les informations prévues à l'article L. 221-5. Le contrat doit être accompagné du formulaire type de rétractation mentionné au 2° de l'article L. 221-5, et ce à peine de nullité (C. consom., art. L. 242-1).

Pour la Haute juridiction, « *de la faculté offerte au consommateur d'exercer son droit de rétractation au moyen d'un formulaire obligatoirement fourni par le professionnel, il se déduit que l'emploi de ce formulaire ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à l'intégrité du contrat que le consommateur doit pouvoir conserver* ».

Elle confirme alors l'annulation du contrat de vente.

Précisons que le vendeur, dans le cadre de son pourvoi, invoquait à titre subsidiaire, la disproportion de la sanction. En effet, il reprochait aux juges d'appel d'avoir retenu la nullité du contrat alors « *que le professionnel avait reporté toutes les mentions prescrites par le modèle réglementaire sur une des faces du formulaire de rétractation, ce dont il résultait que les consommateurs, complètement informés, avaient été mis en mesure de se rétracter en l'utilisant, sans être entravés dans l'exercice de leur choix par le découpage de l'emplacement réservé à leur signature et de l'identité du groupe de sociétés auquel le professionnel appartenait, dès lors que l'exercice du droit de rétractation entraîne l'anéantissement du contrat* ».

Mais pour la Cour de cassation, les juges d'appel ne pouvaient pas écarter l'application de la norme nationale édictant la sanction de la nullité du contrat au motif qu'une telle norme serait contraire à un principe général de proportionnalité et à l'article 24 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

## La restitution ne constitue pas un préjudice indemnisable

Toutefois, confirmant le jugement de première instance, la cour d'appel avait condamné le vendeur à payer aux consommateurs la somme de 10 800 euros « à titre de dommages et intérêts pour le préjudice financier subi ».

Le vendeur soutenait que la restitution du prix de vente consécutive à l'annulation d'un contrat de vente n'est pas un préjudice réparable.

La décision est cassée sur ce point au visa des articles 1178 et 1240 du Code civil. La Cour de cassation rappelle qu'un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ; que cette nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ; les prestations exécutées donnent lieu à restitution. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi conformément au droit commun de la responsabilité extracontractuelle.

Elle en conclut que « la restitution à laquelle un contractant est condamné à la suite de l'annulation d'un contrat ne constitue pas, par elle-même, un préjudice indemnisable ».

Statuant alors sur le fond, la Cour de cassation retient que le contrat de fourniture, d'installation et de mise en service des panneaux photovoltaïques et du chauffe-eau étant annulé, il convient de condamner le vendeur à payer aux consommateurs la somme de 10 800 euros « à titre de restitution du prix de vente ». ■

## RLDA 7886 Contrat conclu hors établissement : l'absence des informations relatives à l'exercice du droit de rétractation peut justifier la nullité

**Sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 14 mars 2016, la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 décembre 2023, retient que lorsque les informations relatives à l'exercice du droit de rétractation mentionnées à l'article L. 121-17, I, 2°, du Code de la consommation ne figurent pas dans un contrat conclu hors établissement, la nullité de ce contrat est encourue.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2023, n° 19-22.551, D

Selon l'article L. 121-17, I, 2°, du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordon-

nance n° 2016-301 du 14 mars 2016, préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel doit communiquer au consommateur, de manière lisible et compréhensible, lorsque le droit de rétractation existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit ainsi que le formulaire type de rétractation. Aux termes de l'article L. 121-18-1 du même code dans cette même version, le professionnel doit fournir au consommateur un exemplaire daté du contrat conclu hors établissement, sur papier signé par les parties ou, avec l'accord du consommateur, sur un autre support durable, confirmant l'engagement exprès des parties. Ce contrat doit comprendre, à peine de nullité, toutes les informations mentionnées au I de l'article L. 121-17. Le contrat doit être accompagné du formulaire type de rétractation.

En l'espèce, par plusieurs contrats conclus hors établissement en 2014, deux époux ont confié à une société des travaux de réhabilitation de leur bien immobilier. Après résiliation des contrats par les consommateurs, notifiée à la société, cette dernière les a assignés en paiement du solde des travaux. En retour, les consommateurs ont sollicité l'annulation des contrats et la restitution des sommes payées en soutenant que la société n'avait pas respecté ses obligations d'information prévues à l'article L. 111-1 du Code de la consommation et ne les avait pas informés de leur droit de rétractation.

Leur demande en annulation est toutefois rejetée par les juges d'appel qui retiennent que le fait que la faculté de rétractation n'ait pas été mentionnée lors de l'établissement des devis ne saurait entraîner la nullité étant donné que seule une prolongation de 12 mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial est énoncée à l'article L. 121-21-1 du Code de la consommation.

Les consommateurs ont formé un pourvoi en cassation par lequel ils soutiennent que « pour les contrats conclus hors établissement, le professionnel doit fournir au consommateur un exemplaire du contrat contenant à peine de nullité en particulier les informations prévues à l'article L. 111-1 du Code de la consommation et les conditions, le délai et les modalités d'exercice du droit de rétractation, ainsi que le formulaire type de rétractation ».

L'arrêt de la cour d'appel est cassé au visa des articles L. 121-17, I, 2°, et L. 121-18-1 du Code de la consommation, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016. Selon les Hauts magistrats, « lorsque les informations relatives à l'exercice du droit de rétractation mentionnées [à l'article L. 121-17, I, 2°] ne figurent pas dans un contrat conclu hors établissement, la nullité de ce contrat est encourue ». Les consommateurs avaient donc bien également la faculté d'invoquer la nullité des contrats litigieux. ■

## CONTRATS

### RLDA 7887 Démarchage : l'indication des délais dans lesquels le vendeur doit exécuter ses obligations doit être précise

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2023, n° 22-13.014, B

Le vendeur doit distinguer dans le bon de commande d'un contrat conclu hors établissement le délai des opérations matérielles de livraison et d'installation des biens et celui d'exécution des autres prestations auxquelles il s'était engagé. Dans cette situation, l'indication d'un délai de livraison global n'est pas suffisante notamment en ce qu'elle ne permettait pas à l'acquéreur de déterminer de manière suffisamment précise quand le vendeur aurait exécuté ses différentes obligations. C'est ce que vient préciser la Cour de cassation dans un arrêt du 20 décembre 2023.

En l'espèce, on retrouve un contrat de fourniture et d'installation d'une centrale aérovoltaique et d'un ballon thermodynamique, conclu hors établissement le 26 décembre 2018 et financé par un crédit souscrit auprès d'une banque. Invoquant des irrégularités du bon de commande, l'acquéreur a assigné le vendeur et la banque pour demander l'annulation des contrats de vente et de crédit affecté.

Les juges d'appel ont rejeté ses demandes en annulation des contrats en retenant que le délai de livraison était précisé à l'article 7 des conditions générales de vente et qu'il était aisément déterminable par l'indication d'un délai de 4 mois à compter de la signature du bon de commande.

L'acquéreur forma un pourvoi en cassation. Il soutenait que, compte tenu de l'obligation du vendeur de fournir une centrale aérovoltaique et un ballon thermodynamique et de procéder à leur mise en service, ce vendeur doit mentionner distinctement le délai de pose des installations et celui de réalisation des prestations de mise en service. Il reproche ainsi à la cour d'appel d'avoir rejeté ses demandes

sans distinguer entre la livraison des biens et la prestation de mise en service que le vendeur s'était engagé à réaliser.

L'arrêt de la cour d'appel est cassé au visa des articles L. 242-1, L. 221-9, alinéa 2, L. 221-5, 1<sup>o</sup>, et L. 111-1, 3<sup>o</sup>, du Code de la consommation, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

La Haute cour rappelle que préalablement à la conclusion du contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel doit communiquer au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations prévues aux articles L. 111-1 et L. 111-2 du Code de la consommation. Le contrat doit comprendre toutes ces informations et ces dispositions sont prévues à peine de nullité du contrat conclu hors établissement. Ainsi, avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel doit communiquer au consommateur, de manière lisible et compréhensible, en l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service.

Aussi, pour la Haute juridiction, « les opérations de démarchage à domicile font l'objet d'un contrat qui mentionne notamment, à peine de nullité, en l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ».

La Cour en conclut en l'espèce que l'indication du délai de livraison tel que relevé par la cour d'appel était insuffisante pour répondre aux exigences de l'article L. 111-1, 3<sup>o</sup>, du Code de la consommation, dès lors qu'il n'était pas distingué entre le délai des opérations matérielles de livraison et d'installation des biens et celui d'exécution des autres prestations auxquelles le vendeur s'était engagé et qu'un tel délai global ne permettait pas à l'acquéreur de déterminer de manière suffisamment précise quand le vendeur aurait exécuté ses différentes obligations. ■

## BOURSE ET MARCHÉS FINANCIERS

### RLDA 7888 Saisie des biens des personnes de passage par l'AMF lors de visites domiciliaires : la CEDH conforte la position de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

Le 23 novembre 2023, la Cour européenne des droits de l'homme a validé la position de l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui avait jugé

que lorsque le juge des libertés et de la détention rend une ordonnance autorisant l'Autorité des marchés financiers (AMF) à procéder à des visites domiciliaires et des saisies dans un lieu déterminé, les enquêteurs peuvent, sous certaines conditions, saisir les ordinateurs et les téléphones des personnes de passage dans ce lieu.

CEDH, 23 nov. 2023, n° 16416/23 et n° 16424/23

Les deux requêtes déposées devant la CEDH étaient relatives aux pouvoirs de visite et de saisie des enquêteurs de l'AMF et la qualité de leur base légale au regard des exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Droit au respect de la vie privée et familiale).

Pour mémoire, par deux arrêts du 14 octobre 2020 (Cass. com., 14 oct. 2020, n° 18-15.840, publié au *Bulletin* et Cass. com., 14 oct. 2020, n° 18-17.174, publié au *Bulletin*), la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que seuls sont saisissables les documents et supports d'information qui appartiennent ou sont à la disposition de l'occupant des lieux, soit la personne qui occupe, à quelque titre que ce soit, les locaux dans lesquels la visite est autorisée, à l'exclusion des personnes de passage au moment de la visite domiciliaire, ce passage fût-il attendu.

Par la suite, par deux arrêts en date du 16 décembre 2022 (Cass. ass. plén., 16 déc. 2022, n° 21-23.719, B+R; Cass. ass. plén., 16 déc. 2022, n° 21-23.685, B+R), l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait jugé que sont saisissables les documents et supports d'information qui sont en lien avec l'objet de l'enquête et se trouvent dans les lieux que le juge a désignés ou sont accessibles depuis ceux-ci, sans qu'il soit nécessaire que ces documents et supports appartiennent ou soient à la disposition de l'occupant des lieux (sur ces arrêts, voir *Visites domiciliaires : pouvoirs étendus des enquêteurs pour saisir les biens des personnes de passage*, Actualités du droit, 18 janv. 2023 et écouter le podcast 3 min d'affaires).

Invoquant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, les requérants devant la CEDH contestent la prévisibilité de la base légale des saisies réalisées par l'AMF le 25 avril 2017. Ils font valoir que les termes de l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier ne leur permettaient pas de prévoir que des saisies pourraient être pratiquées entre leurs mains, alors qu'ils n'étaient que de passage. Ils soutiennent en outre que l'interprétation retenue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation est contraire à l'exigence de légalité.

Dans une décision du 23 novembre 2023, la CEDH constate que l'interprétation finalement retenue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'est contraire ni à la lettre ni à l'esprit de l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier.

La Cour note en outre que celle-ci contribue à la sécurité juridique, la Cour de cassation ayant précédemment interprété dans le même sens des dispositions similaires, relatives aux pouvoirs de visite et de saisie du fisc (l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales) et de l'Autorité de la concurrence (l'article L. 450-4 du code de commerce). Rien ne lui permet de considérer cette interprétation comme étant manifestement déraisonnable.

S'agissant du pouvoir d'appréciation conféré à l'AMF, la Cour relève que le droit interne ne permet à ses enquêteurs de procéder à des visites et saisies que dans le cadre d'enquêtes relatives à des infractions déterminées, ouvertes sur décision du secrétaire général de l'AMF, et après autorisation d'un magistrat. En outre, seuls les documents et supports d'information en lien avec l'objet de l'enquête sont saisissables. Par ailleurs, il ne saurait être reproché au législateur de ne pas dresser une liste exhaustive de l'ensemble des documents susceptibles d'être saisis, compte tenu du caractère général inhérent

à toute règle normative. La Cour estime ainsi que le droit interne fixe avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation qu'il confère aux enquêteurs de l'AMF.

Au vu de ce qui précède et compte tenu de la qualité des requérants, qui sont des professionnels familiers du monde des affaires, la Cour estime qu'à la date de l'ingérence litigieuse, ceux-ci étaient en mesure de prévoir à un degré raisonnable, et en s'entourant au besoin de conseils éclairés, que des saisies pouvaient être effectuées entre leurs mains s'ils venaient à se trouver dans des locaux visités par les enquêteurs de l'AMF. La base légale de l'ingérence litigieuse était donc prévisible.

Elle note en outre que les requérants ne contestent pas la justification de cette ingérence. Compte tenu des éléments en sa possession, la Cour estime que les saisies contestées poursuivaient des buts légitimes – à savoir le bien-être économique et la prévention des infractions pénales – et qu'elles pouvaient passer pour nécessaires dans une société démocratique.

La Cour en conclut que les requêtes sont manifestement mal fondées et doivent être rejetées en application de l'article 35, § 4, de la Convention. ■

## RLDA 7889 Finance durable : la directive CSRD est transposée

**Prise en application de l'article 12 de la loi DDADUE 3, une ordonnance du 6 décembre 2023 porte transposition de la directive 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, dite « directive CSRD ». Cette ordonnance doit entrer progressivement en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2024.**

*Ord. n° 2023-1142, 6 déc. 2023, JO 7 déc.*

Pour rappel, la directive CSRD du 14 décembre 2022 a pour objet d'imposer la publication, par les entreprises, d'informations en matière de « durabilité ». Cette obligation remplace la déclaration de performance extra financière et prend sa place au sein du rapport de gestion.

La directive prévoit également que les informations en matière de durabilité publiées seront obligatoirement auditées. L'audit est réalisé par un commissaire aux comptes, qui peut être différent de celui certifiant les comptes. Aux côtés des commissaires aux comptes, la directive autorise également les États membres à permettre à des « prestataires de services d'assurance indépendants » (PSAI), d'effectuer l'audit des informations en matière de durabilité, à condition, d'une part, d'être accrédités par les États membres et, d'autre part, de respecter des exigences équivalentes à celles énoncées dans la directive « Audit » pour les commissaires aux comptes.

La transposition de la directive CSRD implique une modification du corpus législatif relatif à la publication d'informations extra-financières et à la profession réglementée de commissaire aux comptes et nécessite ainsi :

- la modification des dispositions existantes relatives à la publication d'informations extra-financières au sein du livre II du Code de commerce ;
- l'adaptation des règles relatives à la profession de commissaires aux comptes pour l'exercice de la nouvelle mission d'audit des informations en matière de durabilité au sein du titre II du livre VIII du Code de commerce ;
- la création de nouvelles dispositions relatives à l'activité d'organisme tiers indépendant.

En plus de tout cela, l'ordonnance prévoit que l'ensemble des professionnels procédant à l'audit des informations en matière de durabilité seront supervisés par la Haute autorité de l'audit (H2A).

**À noter :** l'autre objet de cette ordonnance est de simplifier, réorganiser et harmoniser plusieurs dispositifs du Code de commerce existant en matière de responsabilité sociale et environnementale des entreprises. ■

## RLDA 7890 Actualisation des règles relatives aux dépositaires centraux de titres

**Un règlement européen du 13 décembre 2023 modifie le règlement (UE) n° 909/2014 en ce qui concerne la discipline en matière de règlement, la fourniture transfrontière de services, la coopération en matière de surveillance, la fourniture de services accessoires de type bancaire et les exigences applicables aux dépositaires centraux de titres de pays tiers.**

Règl. (UE) n° 2023/2845, 13 déc. 2023, JOUE L 27 déc.

Pour rappel, les dépositaires centraux de titres (DCT) sont des organisations financières nationales ou internationales qui gèrent le règlement (transfert de propriété) de titres tels que des actions et des obligations. À ce titre, ils jouent un rôle clé sur les marchés financiers.

Le règlement (UE) n° 2023/2845 actualise le règlement de 2014 sur les dépositaires centraux de titres, qui a établi un ensemble d'exigences communes pour les DCT exploitant des systèmes de règlement de titres dans l'ensemble de l'UE.

Fourniture transfrontière de services

Le nouveau règlement permet aux DCT de proposer plus facilement des services transfrontières. Il clarifie et simplifie les règles, réduisant ainsi les obstacles au règlement transfrontière et allégeant la charge administrative et financière (v. Règl. UE n° 909/2014, art. 23, 2 à 7 mod.).

Coopération en matière de surveillance

Le règlement rend la surveillance des DCT plus efficace en améliorant la coopération entre les autorités de surveillance (v. Règl.

UE n° 909/2014, art. 24 bis). Un collège d'autorités de surveillance sera mis en place pour les DCT dont les activités sont considérées comme revêtant une importance substantielle pour le fonctionnement des marchés de titres et pour la protection des investisseurs dans au moins deux États membres d'accueil.

Services accessoires de type bancaire

Le règlement prévoit les conditions dans lesquelles les DCT peuvent accéder à des services de type bancaire, y compris par l'intermédiaire d'autres DCT (v. Règl. UE n° 909/2014, art. 54 mod.).

Discipline en matière de règlement

Le règlement contient des mesures visant à améliorer l'efficacité des règlements en modifiant certains éléments du régime de discipline en matière de règlement. Le champ d'application des sanctions pécuniaires et de la procédure de rachat d'office est clarifié (v. Règl. UE n° 909/2014, art. 7 mod. et 7 bis nouv.).

Exigences applicables aux DCT de pays tiers

Le règlement impose aux DCT de pays tiers d'informer les autorités de l'Union de leurs activités portant sur des instruments financiers constitués en vertu du droit d'un État membre (v. Règl. UE n° 909/2014, art. 25 mod.).

Entrée en vigueur

Le règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*. Toutefois, plusieurs points de l'article 1<sup>er</sup> sont applicables à d'autres dates (v. art. 3). ■

## RLDA 7891 Union des marchés des capitaux : le point d'accès unique européen sera disponible en 2027

**Trois textes européens, publiés au Journal officiel de l'Union européenne du 20 décembre 2023, sont relatifs au point d'accès unique européen (en anglais European Single Access Point - Esap) fournissant un accès centralisé aux informations publiées utiles pour les services financiers, les marchés des capitaux et la durabilité.**

Règl. (UE) n° 2023/2859, 13 déc. 2023, JOUE L 20 déc. ;  
Règl. (UE) n° 2023/2869, 13 déc. 2023, JOUE L 20 déc. ;  
Dir. (UE) n° 2023/2864, 13 déc. 2023, JOUE L 20 déc.

Pour rappel, dans sa communication du 24 septembre 2020 intitulée « Une union des marchés des capitaux au service des personnes et des entreprises — nouveau plan d'action », la Commission européenne a proposé d'améliorer l'accès du public aux informations financières et aux informations en matière de durabilité des entreprises en établissant une plateforme à l'échelle de l'UE (un point d'accès unique européen).

L'Esap va faciliter le processus décisionnel pour un large éventail d'investisseurs, notamment les investisseurs de détail.

Le règlement (UE) n° 2023/2859 du Parlement européen et du Conseil 13 décembre 2023 établit le point d'accès unique

européen fournissant un accès centralisé aux informations publiées utiles pour les services financiers, les marchés des capitaux et la durabilité.

Le règlement (UE) n° 2023/2869 du Parlement européen et du Conseil 13 décembre 2023 et la directive (UE) n° 2023/2864 du Parlement européen et du Conseil 13 décembre 2023 modifient plusieurs textes européens afin de permettre l'établissement et le fonctionnement du point d'accès unique européen.

Ces trois textes entrent en vigueur le vingtième jour suivant celui de leur publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, soit le 9 janvier 2024.

Il est prévu que l'Esap devra être établi et géré au plus tard le 10 juillet 2027 par l'Autorité européenne des marchés financiers (v. Règl. (UE) n° 2023/2859, art. 1<sup>er</sup>).

L'AEMF devra veiller, entre autres, à ce que l'accès aux informations sur l'Esap soit donné sans discrimination et à ce que les utilisateurs aient accès gratuitement, directement et immédiatement aux informations sur l'Esap (v. Règl. (UE) n° 2023/2859, art. 8).

L'AEMF, en étroite coopération avec l'ABE et l'AEAPP, devra superviser le fonctionnement de l'Esap sur la base, au moins, de plusieurs indicateurs qualitatifs et quantitatifs dont la liste est fixée et devra publier et présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport annuel sur le fonctionnement de l'Esap (v. Règl. (UE) n° 2023/2859, art. 12).

Au plus tard le 10 janvier 2029, la Commission européenne, en étroite coopération avec l'AEMF et compte tenu des rapports annuels transmis par cette autorité, devra présenter un rapport au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre, le fonctionnement et l'efficacité de l'Esap (v. Règl. (UE) n° 2023/2859, art. 13). ■

## RLDA 7892 Investissements étrangers en France : renforcement du contrôle

**Un décret du 28 décembre 2023 contient plusieurs dispositions relatives à la procédure des investissements étrangers en France. Parmi les**

**dispositions de ce décret qui visent à renforcer le contrôle des investissements étrangers en France est notamment prévue la pérennisation du contrôle du franchissement du seuil de 10 % des droits de vote dans les sociétés cotées sur un marché réglementé par des investisseurs extra-européens, institué en 2020.**

*D. n° 2023-1293, 28 déc. 2023, JO 29 déc.*

Pour mémoire, un abaissement temporaire de 25 % à 10 % du seuil d'acquisition des droits de vote susceptible de déclencher le contrôle dans les sociétés françaises exerçant des activités sensibles et dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé avait été institué par le décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 dans le contexte de la crise sanitaire liée à la Covid-19. Cette mesure avait été prorogée à trois reprises avec pour date de fin prévue le 31 décembre 2023 (D. n° 2022-1622, 23 déc. 2022 ; D. n° 2021-1758, 22 déc. 2021 ; D. n° 2020-1729, 28 déc. 2020).

Le décret du 28 décembre 2023 pérennise cette mesure de contrôle des franchissements de seuil de 10 % dans les sociétés cotées par des investisseurs extra-européens (v. C. mon. fin., art. R. 151-2, 4<sup>o</sup> nouveau créé par art. 1).

Le décret étend, par ailleurs, le champ du contrôle des investissements étrangers en France. Sont désormais concernées également les prises de contrôle des succursales en France d'entités de droit étranger exerçant une activité sensible ou les activités de transformation et d'extraction de matières premières critiques (v. C. mon. fin., art. R. 151-2, 1<sup>o</sup> mod. par art. 1 et C. mon. fin., art. R. 151-3 mod. par art. 2).

Le décret comporte enfin des mesures de simplification en matière d'exemptions pour les réorganisations intra-groupe et de révision des conditions, et procède à diverses modifications de coordination (v. art. 3, 4, 5, 6 et 7).

Le décret est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2024.

Ce décret est complété par un arrêté du même jour (A. 28 déc. 2023, NOR : ECOT2334928A, JO 29 déc.). ■

## DONNÉES PERSONNELLES

### RLDA 7893 Fichier Sirene : clôture par la Cnil de la mise en demeure contre le ministère de l'Économie

**Le ministère de l'Économie s'étant mis en conformité avec les demandes formulées dans la mise en demeure qui lui a été adressée, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) a décidé de clore la procédure.**

*Cnil, communiqué de presse, 4 janv. 2024*

Elle l'avait mis en demeure le 3 avril 2023 de régulariser la mise en œuvre du fichier Sirene utilisé pour le recensement des individus contrôlés en mer ou à quai.

Il s'est donc conformé aux demandes formulées dans la mise en demeure. La création et l'utilisation du fichier Sirene sont désormais prévus par l'arrêté du 22 novembre 2023, et la Cnil a été saisie d'une demande d'avis concer-

nant sa mise en place (articles 87 et 89 de la loi informatique et libertés).

Le ministère a adressé à la Cnil une analyse d'impact relative à la protection des données personnelles (AIPD), nécessaire puisque que la DGDDI met en œuvre, pour le compte de l'État, un traitement de données de localisation à large échelle susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et les libertés des personnes physiques (article 90 de la loi).

L'arrêté prévoit une distinction dans le fichier Sirene entre les catégories de personnes dont les données sont collectées, en particulier si la personne considérée est contrôlée, soupçonnée, ou s'est vu notifier une infraction (article 98). Il distingue également les « tiers à une infraction pénale », comme l'avait suggéré la Cnil dans son avis.

S'agissant enfin de l'information des personnes, l'arrêté prévoit que l'information générale du public sur ce fichier est assurée par la DGDDI. L'arrêté prévoit une exception à l'information des personnes afin d'éviter de gêner des enquêtes, des recherches ou de procédures administratives ou judiciaires. ■

## RLDA 7894 **Rôle et moyens du délégué à la protection des données : bilan des contrôles de la Cnil**

**Dans le cadre d'une action coordonnée par le Comité européen de la protection des données (CEPD), la Cnil a mené en 2023 des contrôles auprès d'organismes publics et privés pour vérifier le rôle et les moyens confiés à leur délégué. Elle en dresse un bilan globalement positif mais a relevé certains manquements.**

*Cnil, communiqué de presse, 17 janv. 2024*

Pour cette deuxième édition de l'action coordonnée au niveau européen (*coordinated enforcement framework*) du Comité européen de la protection des données, les autorités de protection des données de l'Union européenne ont mené une évaluation à grande échelle des moyens accordés aux délégués à la protection des données (DPD ou DPO) par les structures qui en ont désigné. Le CEPD a publié son rapport et ses préconisations.

Dans ce contexte, la Cnil a adressé des questionnaires à 14 organismes publics (hôpital, université, rectorat, commune ou intercommunalité, centre de gestion) et privés (travaillant dans le secteur du luxe ou des transports) et a également mené plusieurs contrôles sur place.

On retiendra que, cinq ans après l'entrée en application du RGPD, les organismes ont bien pris en compte les obligations liées aux missions du délégué. Ce dernier dispose généralement de moyens suffisants à l'accomplissement de

ses missions et est, le plus souvent, associé aux décisions en lien avec les données personnelles.

Les réponses apportées soulignent néanmoins l'importante disparité de moyens entre DPO de grandes entreprises et ceux des petites collectivités : le délégué « public » exerce souvent ses fonctions seul tandis que le délégué « privé » dispose généralement d'une équipe.

On retiendra également que dans le cadre de cette action coordonnée et à la suite de ses contrôles, la Cnil a adopté des mesures correctrices (mise en demeure ou rappel aux obligations légales) à l'encontre de quelques organismes, en raison notamment de l'existence de conflits d'intérêts entre les missions du délégué et d'autres tâches qui lui sont affectées ou de l'absence d'association du délégué aux problématiques liées à la protection des données.

On retiendra enfin qu'en dehors du cadre de l'action coordonnée européenne, la Cnil a sanctionné un organisme du secteur social d'une amende de 10 000 euros pour des manquements à l'article 38 du RGPD. Le délégué n'était en effet pas en mesure d'exercer correctement ses missions, notamment car il n'était pas assez associé aux questions relatives à la protection des données personnelles et ses fonctions manquaient de visibilité pour les employés de l'organisme. ■

## RLDA 7895 **Pour la CJUE, une commission d'enquête parlementaire doit respecter le RGPD**

**La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) précise dans un arrêt du 16 janvier 2024 qu'une commission d'enquête parlementaire doit en principe respecter le règlement général sur la protection des données (RGPD).**

*CJUE, 16 janv. 2024, n° C-33/22, Österreichische Datenschutzbehörde*

La chambre des députés du Parlement autrichien a constitué une commission d'enquête chargée de faire la lumière sur l'existence d'une éventuelle influence politique sur l'Office fédéral autrichien pour la protection de la Constitution et pour la lutte contre le terrorisme.

Elle a entendu un témoin lors d'une audition retransmise par les médias. Le compte rendu de cette audition a été publié sur le site Internet du Parlement autrichien.

Il contenait, malgré sa demande d'anonymisation, le nom complet du témoin. Estimant que la mention de son nom était contraire au RGPD, il a introduit une réclamation auprès de l'autorité autrichienne de la protection des données. Il a expliqué qu'il travaillait comme agent infiltré dans le groupe d'intervention de la police chargé de la lutte contre la délinquance sur la voie publique.

L'autorité de la protection des données a rejeté la réclamation au motif que le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que cette autorité, en tant que branche du pouvoir exécutif, contrôle le respect du RGPD par la commission d'enquête qui relève du pouvoir législatif.

Le témoin s'est alors adressé aux juridictions autrichiennes pour contester cette approche. La cour administrative autrichienne a interrogé la CJUE sur la question de savoir si la commission d'enquête, qui relève du pouvoir législatif et mène une enquête concernant des activités de sécurité nationale, est soumise au RGPD et au contrôle de l'autorité de la protection des données.

La Cour juge que même une commission d'enquête mise en place par le parlement d'un État membre dans l'exercice de son pouvoir de contrôler le pouvoir exécutif doit, en principe, respecter le RGPD.

Elle reconnaît qu'il ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel effectués par les autorités étatiques dans le cadre d'une activité qui vise à préserver la sécurité nationale. Toutefois, sous réserve de vérification par la cour administrative autrichienne, l'enquête en cause ne semble pas viser, en tant que telle, à préserver la sécurité nationale.

En effet, cette commission d'enquête était censée enquêter sur l'existence d'une éventuelle influence politique sur une autorité relevant du pouvoir exécutif qui avait pour tâche de protéger la Constitution et de lutter contre le terrorisme.

La Cour précise dans le même temps que la sécurité nationale peut justifier de limiter, par la voie de mesures législatives, les obligations et droits découlant du RGPD.

Or, il ne ressort pas du dossier que la commission d'enquête en cause ait allégué que la divulgation du nom du témoin soit nécessaire pour sauvegarder la sécurité nationale et fondée sur une mesure législative. I

Il incombera néanmoins à la cour administrative autrichienne de procéder aux vérifications nécessaires à cet égard.

L'Autriche ayant choisi de n'instaurer qu'une seule autorité de contrôle au sens du RGPD, à savoir l'autorité de la protection des données, celle-ci est en principe également compétente pour contrôler le respect du RGPD par une commission d'enquête telle que celle en cause, et ce nonobstant le principe de séparation des pouvoirs.

Cela résulte de l'effet direct du RGPD et de la primauté du droit de l'Union, y compris vis-à-vis du droit constitutionnel national. ■

**LAMY | KARNOV GROUP**  
**LIAISONS**

**LAMY**



**OFFRE -10%\***  
avec le code **PRINT10**

DOMAINE DROIT DES AFFAIRES  
**Maîtrisez l'ensemble des aspects juridiques, économiques et financiers de la vie des entreprises**

En ligne ou en version papier, au bureau, en déplacement ou chez vous, vos contenus juridiques s'adaptent à vos besoins !



Venez découvrir nos offres sur [boutique.lamy-liaisons.fr](https://boutique.lamy-liaisons.fr)

\* 10% de remise à valoir sur une sélection d'articles de la boutique Lamy Liaisons avec le code promo PRINT10

Lamy Liaisons - SAS au capital de 14 500 000 € - TVA FR 55 480 081 306 - SIREN 480 081 306 RCS PARIS



A\_GAM.LDA.170x120.10.23.P.099 - [P] @gentimages - pixifit

RLDA 7896

## Loi de finances pour 2024 : petit tour d'horizon des principales nouveautés concernant les entreprises

Ségolène KNEIPP  
Avocate,  
JUDICIA CONSEILS

La loi de finances pour 2024 n° 2023-1322 en date du 29 décembre 2023 a été publiée au Journal Officiel le 30 décembre 2023. Panorama des dispositions fiscales qui affecteront les entreprises en 2024.

L'inflation, mot-clé de l'année 2023, aura également été l'une des caractéristiques du processus législatif d'adoption de cette loi. Un nombre record d'amendements (près de 18 000) ont été déposés lors de l'examen du projet de loi de finances, ce qui a rendu inévitable le recours au chaotique joker du 49.3 pour un avancement en marche forcée. Pour éviter l'embolie à l'avenir, le désormais ex-ministre délégué aux comptes publics a proposé d'avancer les discussions sur le budget de quelques mois.

Comme l'an dernier, la mise en œuvre de l'article 49.3 a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel, qui, dans sa décision<sup>(1)</sup> en date du 28 décembre 2023, a toutefois jugé que la procédure d'adoption de la loi était conforme à la Constitution. En revanche, l'arbitre constitutionnel a remis un carton rouge au douillet régime fiscal concocté pour appâter les fédérations sportives internationales, et en particulier la FIFA, sur notre territoire.

Sous cette réserve et la mise à l'écart de quelques cavaliers budgétaires, les Sages ont validé la loi de finances pour 2024.

Conformément aux dispositions de son article 1<sup>er</sup>, et sauf disposition spécifique, la loi de finances entre en vigueur :

- pour l'impôt sur le revenu, à compter de l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année 2023 ;
- en matière d'impôt sur les sociétés, à compter de l'impôt sur les sociétés dû au titre des exercices clos à compter du 31 décembre 2023 (et ainsi, dans le cas des sociétés dont l'exercice social est aligné sur l'année civile, aux résultats de l'année 2023) ;
- et à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2024 pour les autres dispositions fiscales.

### Encore des nouveautés mi-figue mi-raisin pour les JEI (articles 44, 48 et 69 de la loi de finances)

Le statut des jeunes entreprises innovantes (ci-après « JEI ») est ouvert aux petites et moyennes entreprises qui engagent des dépenses en matière de recherche & développement (R&D) représentant au moins 15 % de leurs charges fiscalement déductibles, et dont le capital est détenu de manière continue à plus de 50 % par des personnes

(1) Cons. const., 28 déc. 2023, n° 2023-862 DC.

physiques ou certaines catégories de structures limitativement énumérées par les dispositions du 4<sup>o</sup> de l'article 44 sexies-0 A du Code général des impôts (CGI). Depuis la loi de finances pour 2023, seules les entreprises créées depuis moins de huit ans peuvent bénéficier de ce statut.

Les JEI bénéficiaient jusqu'à présent d'exonération d'impôt sur les bénéfices au titre de la première période d'imposition bénéficiaire à compter du moment où elles revêtent ce statut, puis d'une exonération de 50 % de leurs bénéfices au titre des années suivantes.

Prenant acte de l'impact limité de cet avantage fiscal dans la mesure où les bénéfices des JEI sont généralement limités les premières années, le législateur fait un clap de fin : les entreprises créées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2024 ne pourront plus bénéficier de cette exonération. Cette suppression n'affecte toutefois pas les jeunes entreprises créées jusqu'au 31 décembre 2023.

Le statut de JEI offre également une exonération d'impôts locaux (du moins à ce stade pour les jeunes entreprises créées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2026), recouvrant la cotisation foncière des entreprises, la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises et la taxe foncière, ainsi qu'une exonération de cotisations sociales patronales. Ces exonérations ne sont pas remises en cause par la nouvelle loi de finances.

La loi de finances pour 2024 crée également une nouvelle catégorie de JEI, la jeune entreprise de croissance (ci-après « JEC »). Ce statut est ouvert aux entreprises qui répondent aux caractéristiques de la JEI mais qui n'atteignent pas le seuil de dépenses en matière de R&D pour bénéficier de ce statut. Ainsi, la JEC n'a besoin de consacrer qu'entre 5 et 15 % de dépenses de R&D sur ses charges totales. Pour être qualifiée de JEC, l'entreprise doit en outre satisfaire à des critères de performance économique, qui seront définis ultérieurement par décret.

En parallèle, la loi de finances pour 2024 améliore le dispositif « IR-PME », offrant aux contribuables investissant dans des JEI une réduction renforcée d'impôt sur le revenu.

Pour la détermination de l'assiette de la réduction d'impôt au titre de la souscription dans une JEI sont pris en compte les versements effectués dans la limite de 75 000 euros pour un célibataire, et de 150 000 euros pour des contribuables mariés ou pacsés soumis à une imposition commune.

Le taux de la réduction est de 30 %<sup>(2)</sup>.

La loi de finances pour 2024 crée par ailleurs, pour les besoins de l'IR-PME, une catégorie de JEI particulièrement innovantes, définies comme étant celles qui réalisent des dépenses de recherche représentant au moins 30 % de

leurs charges fiscalement déductibles. Les versements effectués au profit de ces structures sont pris en compte à hauteur d'un montant maximal de 50 000 euros pour un contribuable célibataire, et à hauteur de 100 000 euros en cas d'imposition commune. Le taux de cette réduction est de 50 %<sup>(3)</sup>.

Cette réduction d'impôt renforcée s'applique aux souscriptions effectuées entre le 1<sup>er</sup> janvier 2024 et le 31 décembre 2028. Le législateur a prévu un plafonnement général de ces réductions d'impôt qui ne pourront pas excéder 50 000 euros au titre de la période d'application du régime renforcé.

## Vrai flou sur le peut-être faux durcissement du régime LMNP (article 45 de la loi de finances)

Rappelons tout d'abord le régime en place jusqu'à présent.

Le régime du micro-BIC de l'article 50-0 du CGI s'applique de plein droit lorsque le chiffre d'affaires au titre de la location meublée n'excède pas :

- 188 700 euros pour les meublés de tourisme classés au sens de l'article L. 324-1 du Code de tourisme et les chambres d'hôtes au sens de l'article L. 324-3 du même code ;
- 77 700 euros pour les autres activités de location meublée (en substance les Airbnb).

Le résultat imposable des micro-BIC est égal au chiffre d'affaires hors taxes diminué d'un abattement forfaitaire de 50 %, expliquant l'engouement pour ce régime de surcroît simple.

Le sénateur communiste Ian Brossa est l'auteur chanceux d'un amendement retenu « par erreur », selon une source gouvernementale.

Dans le but notamment « de lutter contre le phénomène d'attrition des résidences principales dans les zones touristiques »<sup>(4)</sup>, et donc de voir revenir les locations Airbnb sur le marché de la location classique, l'amendement prévoit un durcissement des règles d'imposition au régime micro-BIC des loueurs de meublés.

Une nouvelle limite d'application du régime micro-BIC a été introduite concernant les meublés de tourisme au sens des dispositions de l'article L. 324-1-1 du Code de tourisme<sup>(5)</sup> et est fixée à 15 000 euros.

(2) De sorte que la réduction d'impôt maximale s'élève respectivement à 22 500 euros et 45 000 euros.

(3) Offrant ainsi au contribuable une réduction maximale de 25 000 euros ou de 50 000 euros selon sa situation.

(4) Texte de l'Amendement n°1-5117, déposé le samedi 14 octobre 2023.

(5) « Les meublés de tourisme sont des villas, appartements ou studios meublés, à l'usage exclusif du locataire, offerts à la location à une

Il résulte de la lecture combinée de cet article avec l'article 50-0 du CGI, que cette limite ne s'applique pas aux meublés de tourisme classés, qui continuent à bénéficier de la limite de 188 700 euros.

Second coup porté aux Airbnb : le résultat imposable des loueurs en meublés de tourisme non classés qui relèveraient du régime micro-BIC ne bénéficie plus que d'un abattement de 30 %.

Mais Bercy a promis de lancer une instruction fiscale en janvier, qui « prévoira l'application des règles initialement prévues pour les revenus de 2023, sans effet rétroactif de la mesure adoptée par erreur ». Surveillons donc le Bofip, mais on peut s'inquiéter, autant de la gaffe gouvernementale, que de la manière peu orthodoxe d'y remédier.

Par ailleurs, et pour « soutenir l'offre de logements touristiques en zone rurale » où l'activité de location meublée « n'entre pas en concurrence avec l'offre locative de résidences principales et où le maintien d'une offre touristique est un enjeu d'attractivité et de développement économique », un abattement supplémentaire de 21 % sera appliqué en sus de l'abattement de base, en matière de meublé de tourisme classé, lorsque les deux conditions cumulatives suivantes seront remplies :

- le meublé de tourisme ne doit pas être situé dans des zones géographiques ne se caractérisant pas par un déséquilibre important entre l'offre et la demande de logements ;
- le chiffre d'affaires HT lié à l'ensemble des activités de locations meublées, ne doit pas excéder 15 000 euros au cours de l'année civile précédente (le cas échéant *prorata temporis*).

## Toujours plus de vert (articles 35, 97 et 99 de la loi de finances)

Le ministère de l'Économie dans son communiqué de presse n° 1485 du 28 décembre 2023, souligne qu'un « investissement historique » est effectué en faveur de la transition écologique, et qualifie sur le volet fiscal cette loi de finances comme étant « [la] plus vert[e] de notre histoire ».

Évoquons tout d'abord les carottes : sur la base d'une possibilité offerte par la Commission européenne<sup>(6)</sup>, un nouveau crédit d'impôt, baptisé « crédit d'impôt pour investissements dans l'industrie verte » alias C3IV, a été temporairement instauré afin d'encourager l'investissement dans des secteurs d'activité contribuant à la produc-

*clientèle de passage qui n'y élit pas domicile et qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois. »*

(6) Communication 2023/C 101/03 du 9 mars 2023 point 2.8 : Aides en faveur d'investissements accélérés dans les secteurs stratégiques pour la transition vers une économie à zéro émission nette.

tion de batteries, de panneaux solaires, d'éoliennes ou de pompes à chaleur.

L'ambition affichée dans l'exposé des motifs du projet de loi de finances pour 2024 n'est pas des moindres : « le C3IV vise à conforter la place de la France en tant que Nation leader de l'économie de la décarbonation en encourageant les investissements dans les capacités de production des technologies nécessaires à la transition énergétique. Il devrait permettre de générer environ 23 milliards d'euros d'investissements et la création de 40 000 emplois directs sur le territoire national d'ici 2030 ».

Sont éligibles au C3IV, les dépenses engagées en vue de la production ou de l'acquisition d'actifs corporels (terrains, bâtiments, installations, équipements et machines) ou incorporels (droits de brevet, licences, savoir-faire et autres droits de propriété intellectuelle), relevant limitativement des filières de production de batteries, d'éoliennes, de pompes à chaleur ou de panneaux photovoltaïques.

Le bénéfice du C3IV est subordonné à la délivrance d'un agrément préalable. En pratique, les entreprises déposent leurs demandes d'agrément auprès de la DGFIP. Cette dernière saisit l'ADEME pour avis conforme préalable, lequel sera rendu après vérification de l'adéquation du projet d'investissement avec le champ d'application du crédit d'impôt. La DGFIP s'assure du respect des autres conditions d'éligibilité au crédit d'impôt et fixe le montant des dépenses éligibles et du crédit d'impôt.

Les demandes d'agrément peuvent en théorie être déposées depuis le 27 septembre 2023, avec un service d'agrément ouvert depuis le 12 octobre 2023<sup>(7)</sup>. Néanmoins, l'entrée en vigueur du dispositif sera définitivement fixée par décret, « postérieure à la réception par le Gouvernement de la réponse de la Commission européenne permettant de le considérer comme conforme au droit de l'Union européenne en matière d'aides d'État, et au plus tard trois mois à compter de cette réception ».

Conditions *sine qua non* pour bénéficier du dispositif : l'entreprise ne doit pas être en difficulté et doit respecter l'ensemble de ses obligations fiscales, sociales et de dépôt des comptes. Elle doit par ailleurs exploiter les installations pendant une certaine durée, et ne pas se délocaliser dans les deux ans suivant la mise en exploitation.

Les taux et les plafonds retenus correspondent aux intensités d'aide maximales permises par l'encadrement européen :

(7) <https://www.entreprises.gouv.fr/fr/credit-impot-industrie-verte-C3IV-agrement>.

- taux de 20 %<sup>(8)</sup> et majorés de 10 points pour les moyennes entreprises et de 20 points pour les petites entreprises ;
- plafonds d'aide de droit commun de 150 millions d'euros<sup>(9)</sup>.

Le C3IV s'imputera sur l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice considéré. En cas d'excédent du crédit d'impôt sur l'impôt dû, cet excédent constitue une créance restituable, qui est en principe inaliénable. Elle pourra toutefois faire l'objet d'une cession Dailly.

Le C3IV est limité aux plans d'investissement agréés au plus tard le 31 décembre 2025, ce qui implique toutefois que les dépenses qui seraient exposées au-delà de cette date dans le cadre d'un plan agréé avant la *deadline* pourront encore ouvrir droit au C3IV.

Pour la partie bâton, on évoquera notamment la forte augmentation du « malus CO2 » et du « malus au poids » pour les véhicules de tourisme visant à accélérer le « verdissement » du parc automobile.

## Souplesse accrue en matière d'actionariat salarié (article 62 de la loi de finances)

On rappelle qu'une société mère peut constituer avec les sociétés dont elle détient directement ou indirectement au moins 95 % du capital un groupe fiscalement intégré<sup>(10)</sup>.

Dans le but de favoriser le recours à des dispositifs d'actionariat salarié, pour l'appréciation de ce seuil, il est fait abstraction, dans la limite de 10 % du capital, des titres émis ou attribués dans le cadre de dispositifs de souscription ou d'achat d'actions (stock-options), d'attribution gratuite d'actions, à l'occasion d'augmentations de capital réservées aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise ou de réglementations étrangères équivalentes.

Cette neutralisation cesse de s'appliquer :

- en cas de cession des titres par le salarié ;
- en cas de cessation des fonctions du salarié dans la société concernée.

La loi de finances étend le maintien des exclusions au cas où le salarié cesse ses fonctions dans la société qui l'employait lors de l'émission ou de l'attribution des titres,

pour rejoindre une autre société du même groupe économique incluse dans le plan d'émission ou d'attribution.

Corrélativement, les événements mettant fin à la neutralisation sont aménagés et il est mis fin à l'exclusion dans les nouveaux cas suivants :

- lorsque le salarié qui les détient cesse ses fonctions dans le groupe de sociétés incluses dans le périmètre de ce plan ;
- lorsque le salarié vient à cesser ses fonctions pour les exercer dans une société, initialement incluse dans le périmètre, mais qui n'en fait plus partie au cours de cet exercice, ou lorsque la société employant le salarié sort du périmètre du plan d'émission ou d'attribution des titres.

## Rideau final sur le feuillet à rebondissement de la location meublée en matière de « pacte Dutreil » (article 23 de la loi de finances)

Rappelons que les dispositions des articles 787 B et 787 C du CGI prévoient une exonération des droits de mutations en cas de donation ou de transmission pour cause de décès portant sur des titres de sociétés ou des entreprises, à hauteur de 75 % de leur valeur, lorsqu'un engagement de conservation, communément appelé « pacte Dutreil » est régulièrement pris.

L'une des conditions de ce dispositif a trait à l'exercice d'une activité, qui doit être commerciale, artisanale, libérale ou agricole.

Le flou régnait toutefois sur la définition précise de ces activités.

En témoigne la cacophonie autour de l'activité commerciale de location de locaux meublés ou de loueur d'établissements meublés. Alors que le Bofip excluait expressément les activités de gestion par une société de son propre patrimoine immobilier, la Cour de cassation a jugé que l'activité de loueur d'établissements commerciaux<sup>(11)</sup> et celle de loueur en meublés<sup>(12)</sup> étaient éligibles au régime Dutreil. Dans la même veine, le Conseil d'État<sup>(13)</sup> a retenu que « le fait de donner habituellement en location des locaux d'habitation garnis de meubles ne saurait être systématiquement regardé, pour l'application de la loi fiscale, comme une activité civile dépourvue de caractère commercial ».

(8) Respectivement porté à 25 % ou 40 % pour les investissements réalisés dans les zones d'aide à finalité régionale (ZAFR) ou dans les régions ultrapériphériques.

(9) Porté à 200 millions d'euros pour les investissements réalisés en ZAFR et à 350 millions d'euros pour ceux réalisés dans les régions ultrapériphériques.

(10) CGI, art. L. 223 A I.

(11) Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 2023, n° 22-15.152.

(12) Cass. com., 21 juin 2023, n° 21-18.226.

(13) CE, 29 sept. 2023, n° 473972.

Fin de la récré : la doctrine est intégrée à la loi, coupant court aux débats sur la commercialité « dutreillable » ou non de la location meublée.

Le législateur en profite également pour légaliser la position doctrinale (suivie pour la jurisprudence) en matière d'activités mixtes, à savoir l'exercice d'une activité civile en sus d'activités commerciales, artisanales, libérales ou agricoles : dès lors que l'activité civile n'est pas prépondérante, la société peut bénéficier du dispositif de faveur.

Est désormais également intégrée dans le CGI la possibilité (déjà reconnue par la doctrine et la jurisprudence) pour la holding animatrice de bénéficier du régime Dutreil, qui est dorénavant définie comme « *la société qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, a pour activité principale la participation active à la conduite de la politique de son groupe constitué de sociétés contrôlées directement ou indirectement, exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, et auxquelles elle rend, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers* ».

Les présentes dispositions sont applicables aux transmissions effectuées à compter du 17 octobre 2023.

## Du BEPS dans le CGI (article 33 de la loi de finances)

L'OCDE a mené divers travaux de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) et qui ont conduit à l'adoption d'un modèle de règles globales anti-érosion de la base d'imposition (dit « modèle de règles GloBE – pilier 2 »).

Dans ce cadre, une directive (UE) n° 2022/2523 a été adoptée le 14 décembre 2022 visant à assurer un niveau minimum d'imposition mondial pour les groupes d'entreprises multinationales et les groupes nationaux de grande envergure dans l'Union.

La loi de finances transpose cette directive en intégrant un « *Chapitre II bis : Imposition minimale mondiale des groupes d'entreprises multinationales et des groupes nationaux (Articles 223 V) à 223 WZ* » dans notre CGI.

En substance, est instauré un niveau minimum d'imposition fixé à 15 % pour les bénéfices des groupes d'entreprises multinationales disposant d'une implantation en France, ainsi que des grands groupes nationaux qui développent leurs activités sur le seul territoire français.

Cette imposition minimale prend la forme d'un impôt complémentaire et s'applique aux entreprises situées en France qui sont membres d'un groupe d'entreprises multinationales réalisant un chiffre d'affaires consolidé égal ou supérieur à 750 millions d'euros au cours d'au moins deux des quatre exercices précédant l'exercice consi-

déré, ainsi qu'aux entreprises situées en France qui sont membres d'un groupe dont l'activité est développée sur le seul territoire français et respectant le même seuil de chiffre d'affaires.

Le dispositif prévoit notamment de mettre à la charge de l'entité mère du groupe un impôt complémentaire lorsque le taux effectif d'imposition des entités constitutives du groupe localisées dans un même État ou territoire est globalement inférieur au taux d'imposition minimum de 15 %.

## Nouvelle correction de tir en matière d'imposition des dividendes de source européenne (article 52 de la loi de finances)

Le régime de l'imposition des dividendes de source européenne est le fruit d'une construction alternant sanctions par la CJUE et ajustements corrélatifs du CGI.

On rappelle que, dans le cadre de distributions ouvrant droit au régime mère-fille la quote-part de frais et charges (QPFC) au taux réduit de 1 %<sup>(14)</sup> ou, dans le cadre d'une distribution n'ouvrant pas droit au régime des sociétés mères, la neutralisation à hauteur de 99 %<sup>(15)</sup> des revenus est applicable aux revenus distribués :

- par une société membre d'un groupe à raison d'une participation dans une autre société membre de ce groupe ;
- par une société membre d'un groupe à raison d'une participation dans une société soumise à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen qui, si elle était établie en France, remplirait les conditions pour être membre de ce groupe, autres que celle d'être soumise à l'impôt sur les sociétés en France ;
- ou par une société non membre d'un groupe à raison d'une participation dans une société soumise à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans un État membre de l'UE ou de l'EEE, sous réserve que ces sociétés eussent rempli les conditions pour constituer un groupe, si la seconde société était établie en France, à condition que la première société ne soit pas membre d'un groupe uniquement du fait de l'absence des options et des accords à formuler en application de l'article 223 A et de l'article 223 A bis du CGI.

(14) CGI, art. 216.

(15) CGI, art. 223 B.

La CJUE<sup>(16)</sup> a retoqué une nouvelle fois le dispositif français, en jugeant contraire à la liberté d'établissement le fait que :

- « une société mère résidente ayant opté pour une intégration fiscale avec des sociétés résidentes peut bénéficier de la neutralisation de la réintégration d'une quote-part de frais et charges forfaitairement fixée à 5 % du montant net des dividendes perçus par elle de ses filiales situées dans d'autres États membres qui, si elles avaient été résidentes, y auraient été objectivement éligibles, sur option ;
- alors qu'une telle neutralisation est refusée à une société mère résidente n'ayant pas opté [par choix] pour une telle intégration fiscale malgré l'existence de liens capitalistiques avec d'autres sociétés résidentes le permettant ».

Tirant les conséquences de cette décision, le législateur a rectifié une nouvelle fois sa copie, et le taux réduit de la QPFC d'1 % ou le dégrèvement de 99 % sont désormais étendus aux dividendes perçus d'une société soumise à un impôt équivalent à l'IS dans un État membre de l'UE ou de l'EEE, qui remplit les conditions pour former un groupe avec une société qui a renoncé volontairement à constituer un groupe fiscal.

Effet secondaire de cette nouvelle retouche souligné dans le cadre des travaux parlementaires, « on pourrait considérer que le maintien de la condition, pour les entreprises françaises, de mettre en place un groupe fiscalement intégré, alors même que cette condition disparaît pour les sociétés mères bénéficiant des produits financiers de filiales situées dans des États tiers risque de constituer une discrimination à rebours pour les entreprises françaises »<sup>(17)</sup>.

La loi de finances rétablit par ailleurs un « délai de carence » : la société distributrice doit appartenir au groupe depuis plus d'un an, ou les sociétés doivent remplir les conditions pour constituer un groupe depuis plus d'un exercice, pour que les dispositifs de neutralisation puissent s'appliquer.

## Report pragmatique de la généralisation de la facturation électronique (article 91 de la loi de finances)

On rappelle que la loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 avait défini le tempo de la facturation électronique, en retenant le critère de la taille des entreprises. Les grandes entreprises étaient tenues de se mettre d'équerre pour le 1<sup>er</sup> juillet 2024, les entreprises de taille intermédiaire

(ETI) au 1<sup>er</sup> janvier 2025, et les PME et micro-entreprises au 1<sup>er</sup> janvier 2026.

Comme le soulignait Thomas Cazenave en séance parlementaire pour défendre le report, les acteurs ne sont pas prêts<sup>(18)</sup>.

Après quelques passes d'armes parlementaires, le nouveau calendrier est le suivant :

- l'obligation de réception de factures électroniques entre en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2026 pour tous les assujettis ;
- l'obligation d'émission de factures électroniques entre en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2026 pour les grandes entreprises et les ETI, et à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2027 pour les PME et les microentreprises.

## Mise au pas européen en matière de franchise en base TVA (article 82 de la loi de finances)

Le régime de la franchise en base est modifié aux fins de transposition de la directive (UE) n° 2020/285 du 18 février 2020. Les aménagements apportés concernent notamment les seuils applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2025.

La franchise en base sera applicable, au titre d'une année N, aux assujettis établis en France lorsque leur chiffre d'affaires réalisé en France au titre de l'année civile précédente n'excède pas :

- 85 000 euros (au lieu de 91 900 euros actuellement) pour les activités de vente de biens corporels, de ventes à consommer sur place ou de fourniture de prestations d'hébergement ;
- 37 500 euros (au lieu de 36 800 euros actuellement) pour les autres activités de prestations de services.

Ces seuils seront fixes, le mécanisme d'actualisation triennale étant supprimé.

En cas de dépassement de ces seuils en N-1, la franchise continue de s'appliquer en N-1 mais cesse de s'appliquer à compter de l'année N. Petite exception en cas de super-dépassement du seuil : la franchise en base cesse de s'appliquer illico au titre de l'année N lorsque le chiffre d'affaires N, réalisé en France, excède, selon l'activité exercée, la limite majorée de 93 500 euros ou de 41 250 euros.

(16) CJUE, 11 mai 2023, n° C-407/22, Manitou BF SA et C-408/22, Bricolage Investissement France.

(17) Rapp. Sénat n° 128,23 nov. 2023, projet de loi de finances pour 2024, t. II., fasc. 1, p. 413.

(18) « De part et d'autre [administration et entreprises], on n'est pas prêts », « Il y a un énorme travail d'appropriation et de préparation [de la part des entreprises] (). On a un enjeu côté déploiement informatique, on a un enjeu côté entreprises. () Je préfère un déploiement réussi [plutôt] qu'un déploiement hâtif [] »

---

## Coup de pouce en faveur de la reprise par la famille ou les salariés (article 22 de la loi de finances)

L'article 732 ter du CGI prévoit un abattement pour la liquidation des droits de mutation à titre onéreux applicable aux rachats d'entreprises par les salariés et les membres du cercle familial proche du cédant, qui s'engagent à poursuivre leur activité professionnelle dans l'entreprise pendant cinq ans et à assurer la direction effective de l'entreprise pendant la même durée. Un dispositif analogue est prévu par l'article 790 A du CGI en matière de donation.

Le montant de l'abattement est relevé de 300 000 euros à 500 000 euros, le cas échéant par cessionnaire.

---

## La CVAE joue les prolongations (article 79 de la loi de finances)

On se souvient de la sortie progressive de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE), adoptée par la loi de finances pour 2023, dans le but claironné de renforcer la compétitivité des entreprises. Il devait en résulter une suppression totale de la CVAE à compter de 2023 et un plafonnement corrélatif du taux de la contribution économique territoriale (CET).

Le Gouvernement réchauffe l'argumentation de « *l'objectif de conciliation de la maîtrise de la situation des finances publiques et de poursuite de la réduction des impôts de production* »<sup>(19)</sup>, pour rééchelonner la suppression de la CVAE non plus sur deux mais sur quatre années.

Ainsi, sauf nouveau ré-étalement de cette sortie en long sifflet, la CVAE sera pleinement supprimée en 2027.

Durant la période intermédiaire, le taux d'imposition maximal à la CVAE évoluera decrescendo et est ainsi abaissé à 0,28 % en 2024, 0,19 % en 2025, 0,09 % en 2026. Le taux du plafonnement de la CET en fonction de la valeur ajoutée est également progressivement abaissé sur quatre ans.

Seules épargnées par ce sursis accordé à la CVAE, les entreprises qui ne sont redevables que de la cotisation minimum (dont le montant est de 63 euros par an), cette dernière ayant été purement et simplement supprimée par l'abrogation de l'article 1586 septies du CGI.

Le gouvernement estime que 300 000 entreprises environ sont bénéficiaires de cette suppression.

---

(19) Exposé des motifs de l'article 8 du projet de loi de finances pour 2024 n° 1680.

---

## Nouvelles obligations déclaratives en matière de cession de parts de société à prépondérance immobilière (article 119 de la loi de finances)

L'objectif affiché par le législateur<sup>(20)</sup> est de contrer des stratégies d'optimisation fiscale pratiquées par des contribuables qui surferaient sur les différences de régimes entre les cessions de biens immobiliers et les cessions de droits sociaux représentatifs d'actifs immobiliers.

Les cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière doivent ainsi désormais indiquer si :

- les droits sociaux cédés sont afférents à une société transparente au sens de l'article 1655 ter afin que soit appliqué, le cas échéant, le régime des droits applicable à la cession d'un bien immobilier conformément à l'article 729 du CGI ;
- l'opération de cession conduit à conférer à l'acquéreur la jouissance de tout ou partie de l'immeuble détenu par la société dont les droits sociaux sont cédés, qu'ils soient acquis directement ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés contrôlées par le cessionnaire, étant précisé que dans ce cas, la cession est réputée avoir pour objet l'immeuble concerné ;
- l'acquéreur s'engage à acquitter des dettes, telles que les avances en compte courant d'associés, contractées par la société auprès du cédant, le montant de ces dettes étant alors pris en compte pour le calcul des droits.

Le formulaire 2759 devra être adapté en conséquence, ce qui n'est pas encore le cas à la date de rédaction de ces lignes.

---

## Tri dans les dettes déductibles en matière d'impôt sur la fortune immobilière (article 27 de la loi de finances)

Les dettes liées à un actif non imposable ne sont désormais plus prises en compte dans le cadre de la détermination de la valeur de titres de sociétés pour le calcul de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI). S'en trouvent ainsi contrecarrées certaines stratégies d'optimisation, consistant à générer un passif sans lien avec un actif imposable, aux fins de rogner la base imposable.

Cette nouvelle règle de calcul ne devant toutefois pas conduire à assommer fiscalement les redevables de l'IFI, la loi introduit corrélativement un double taquet : la valorisation des titres découlant de l'article 973 IV du CGI est limitée :

---

(20) Amendement n°I-3758, déposé le vendredi 13 octobre 2023.

- soit à leur valeur vénale définie conformément à l'article 973 I du CGI ;
- soit, si ce plafond de la valeur vénale n'est pas dépassé, à la valeur vénale nette des actifs imposables de la société, à proportion de participation du redevable dans la société.

## Tour de vis en matière de prix de transfert (article 116 de la loi de finances)

L'objectif des nouvelles mesures est « de renforcer la capacité de l'administration à détecter et sanctionner les utilisations abusives des règles de prix de transfert »<sup>(21)</sup>.

Les prix de transfert sont « les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées »<sup>(22)</sup>, et les prix appliqués entre les sociétés d'un même groupe doivent obéir à un « principe de pleine concurrence ».

La documentation des prix de transfert permet de contrôler le respect de ce principe.

Limitée jusqu'à présent aux sociétés dont le chiffre d'affaires annuel HT ou l'actif brut était supérieur ou égal à 400 millions d'euros, cette obligation documentaire est étendue à un seuil d'application de 150 millions d'euros.

(21) Exposé des motifs de l'article 22 du projet de loi de finances pour 2024.

(22) Définition OCDE.

Pour les sociétés vérifiées ne produisant pas cette documentation, l'amende minimale est portée de 10 000 à 50 000 euros.

Pour inciter les entreprises à tenir une documentation à jour et cohérente avec leur pratique, celle-ci leur est désormais opposable. Ainsi, une présomption simple de transfert des bénéfices s'applique en cas de décalage entre le résultat déclaré par la société et le montant qui aurait été atteint sur la base de la méthode décrite dans la documentation.

De nouveaux outils de contrôle sont par ailleurs instaurés en matière d'« actifs incorporels difficiles à évaluer ».

Comme annoncé dans le communiqué de presse du 28 décembre 2023, l'une des grandes orientations de la loi de finances consiste dans le « renforcement de la lutte contre les fraudes ». L'arsenal de l'administration fiscale se trouve enrichi de plusieurs mesures, telles que :

- la possibilité d'aménager le principe de contrôle sur place (article 117 de la loi de finances) ;
- la création d'un délit de mise à disposition d'instruments de facilitation de la fraude fiscale (article 113 de la loi de finances) ;
- le droit d'enquête clandestine : les agents de l'Administration peuvent désormais procéder à des enquêtes « actives » sous pseudonyme sur internet (article 112 de la loi de finances).

Parmi les occasions manquées, on regrettera que le législateur n'ait pas profité de cette loi de finances pour adapter le régime fiscal de faveur des opérations de fusions et assimilées aux dispositions nouvelles du Code de commerce issues de l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023. ■

**LAMY** | KARNOV GROUP  
**LIAISONS**



**LAMYLINE**  
Sécurisez vos prises  
de décisions juridiques !



Testez gratuitement  
Lamyline !

**LAMYLINE**

RLDA 7897

## Les perspectives européennes en matière de devoir de vigilance

En France, le devoir de vigilance a été institué par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. À l'échelle européenne, une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité a été publiée le 23 février 2022 et le Club des juristes a publié un rapport proposant 25 recommandations quant à la finalisation de cette directive.

Maylis Souque et Anne Stevignon, toutes deux membres de la Commission « Vigilance » du Club des juristes, ont accepté de répondre à nos questions.



Maylis SOUQUE

Juriste, Experte sur le devoir de diligence et le devoir de vigilance



Anne STEVIGNON

Docteure en droit, Avocate, Charlotte Michon Avocat

*Revue Lamy Droit des Affaires : Le champ d'application de la loi du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance est limité aux sociétés anonymes. Peut-on s'attendre à une extension à toutes les formes de sociétés, en particulier lorsqu'il sera question de transposer en droit interne le texte de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, actuellement en cours d'élaboration ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** Dans la perspective européenne et au stade actuel des discussions en cours entre le Conseil, le Parlement européen et la Commission dans le cadre du trilogue sur la proposition faite par la Commission le 23 février 2022, toutes les formes de sociétés devraient être couvertes par le champ d'application du texte. L'expérience française a en effet mis en évidence que certaines SAS auraient dû tout autant être concernées par l'obligation de vigilance instaurée par la loi du 27 mars 2017. Le texte européen devrait permettre de combler cette lacune.

*RLDA : Pourriez-vous revenir sur le choix qui a présidé dans la loi française à retenir un seuil unique exprimé en nombre de salariés ? Quel serait, selon vous, l'avantage d'avoir un critère alternatif*

*exprimé en chiffre d'affaires ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** Le législateur français a décidé de retenir un seuil relativement élevé exprimé en nombre de salariés afin de cibler les plus grandes multinationales qui ont généralement beaucoup de filiales et de nombreux sous-traitants en France et partout dans le monde et des chaînes d'approvisionnement longues et complexes. Dans le cadre de la discussion européenne, le cumul des deux critères (chiffre d'affaires et nombre de salariés) couplé à l'abaissement des seuils pour les activités des secteurs à risque permettront de couvrir un plus large panel de multinationales et d'identifier plus facilement les entreprises assujetties, qui devraient être au nombre de 10 000 environ selon la Commission. Le critère exprimé en chiffre d'affaires permettra également d'assujettir les entreprises non européennes, ce qui est indispensable pour assurer un « *level playing field* » sur le territoire européen.

*RLDA : Il est indiqué dans le rapport qu'un alignement des seuils entre les obligations de reporting et celles relatives au devoir de vigilance ne s'impose pas. Dans la mesure où les diverses « obligations de compliance »*

*s'adressent principalement aux « grandes » entreprises, pourquoi ne pas aligner les seuils sur ceux déjà existants en matière de lutte anticorruption ou de CSRD, par exemple ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** Le rapport du Club des Juristes insiste sur le fait que les obligations de vigilance sont exigeantes et ne poursuivent pas le même objectif que les obligations imposées par la CSRD. Elles nécessitent de cartographier finement des risques de nature variée et de mettre en œuvre diverses mesures d'atténuation et de remédiation, ce qui nécessite d'y consacrer des ressources importantes. Elles font également peser sur les entreprises un risque juridique d'être sanctionnées en cas de manquement, un risque de sanction administrative (dont des amendes) par la future autorité de contrôle, s'ajoutant ainsi au risque réputationnel découlant de ce type de controverses. C'est pourquoi un alignement des seuils ne s'impose pas. En tout état de cause, et c'est là la spécificité du devoir de vigilance, il est attendu que les démarches se diffusent au sein du groupe tout comme dans la chaîne d'approvisionnement par un effet de cascade, si bien que de nombreuses entreprises seront indirectement concernées par les obligations de vigilance. Un tel effet de cascade n'existe pas pour les autres obligations de reporting et de compliance.

**RLDA :** *Le rapport met en avant un manque d'identification des entreprises assujetties au devoir de vigilance et préconise, pour y remédier, de demander à ces dernières de procéder à une déclaration volontaire. Une telle obligation de déclaration/identification n'existe pas, à notre connaissance, en matière de lutte contre la corruption. En quoi une telle identification s'avère-t-elle nécessaire pour une meilleure effectivité du devoir de vigilance ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** La loi s'applique aux sociétés anonymes et aux SAS, en intégrant les entités qu'elles contrôlent, et fixe des seuils d'effectifs en France et dans le monde. Dans le cadre de l'application de la loi française, il n'est pas aisé d'identifier les entreprises assujetties et l'on constate un manque de transparence de certaines d'entre elles qui ne précisent pas si elles y sont soumises ou non. Le rapport du Club des Juristes formule l'observation que les quelques 200 entreprises visées pourraient procéder à une déclaration volontaire pour remédier à cette difficulté. Le projet de texte européen est plus ambitieux, il concernerait plusieurs milliers d'entreprises. Les seuils sont lisibles et font peser moins d'incertitudes sur le type de sociétés concernées. L'identification des entreprises assujetties n'a pas été évoquée comme un problème par les interlocuteurs interrogés dans le cadre des travaux de la commission du Club des juristes.

**RLDA :** *La proposition de directive définit la « relation commerciale bien établie » comme « une relation commerciale, directe ou indirecte, qui est ou devrait*

*être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée, et qui ne constitue pas une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur ». Quel est le sort de la relation commerciale ponctuelle, qui interviendrait non de manière durable mais temporaire et qui provoquerait tout de même une atteinte majeure aux droits protégés par la proposition de directive ? Est-elle exclue du champ de vigilance des entités ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** L'étendue de la relation commerciale fait partie des points de discussion dans le cadre du trilogue européen. Dans la définition de « relation commerciale bien établie » que vous rappelez, les dimensions d'intensité et de caractère *non négligeable* et *non accessoire* pourraient permettre de couvrir des relations essentielles, quoique ponctuelles, à la conduite des activités de l'entreprise. On peut toutefois supposer qu'une entreprise assujettie qui aurait mis en place des dispositifs de vigilance et revu ses fournisseurs et ses pratiques d'achats serait encline à mettre en œuvre des diligences dans le cadre de l'ensemble de ses relations commerciales cartographiées dans des secteurs ou des géographies où elle estime que des risques sociaux, sociétaux ou environnementaux, sont présents. L'autorité de contrôle dont la création est envisagée et/ou le juge pourront le cas échéant être conduits à clarifier la portée du texte si l'hypothèse d'une atteinte aux droits humains et/ou à l'environnement au sein de la chaîne d'approvisionnement ne résultant pas d'une relation commerciale établie se présenterait.

**RLDA :** *Le Conseil de l'Union européenne est favorable à ce que chaque État membre puisse choisir d'inclure ou non la fourniture de services financiers par des entreprises financières réglementées dans le champ d'application du texte de transposition de la directive, ou d'inclure certains services financiers et d'en exclure d'autres. Quelle est la particularité de ce secteur d'activité ? Quels sont les enjeux attachés à la couverture du secteur financier ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** Certains considèrent qu'imposer un exercice de vigilance aux activités de financements des établissements bancaires et financiers reviendrait à couvrir l'activité de leurs clients et que cela ne devrait pas relever de leur vigilance, estimant que la proposition de directive ne concerne pas les risques d'impacts négatifs induits par les activités des clients des entreprises potentiellement assujetties. D'autres considèrent au contraire que le financement est le propre de leur activité et que les risques sociaux et environnementaux corrélés aux activités ainsi financées devraient être couverts. Comme le souligne le rapport du Club des juristes sur ce sujet, le compromis du Conseil de l'Union européenne apparaît en deçà des pratiques actuelles du secteur ainsi que des Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme et de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises dont la proposition

de directive s'inspire pourtant directement, ainsi que des standards développés par l'OCDE sur le devoir de diligence du secteur financier. Cette exception ferait perdre une partie de son caractère harmonisant à la directive qui vise à restreindre l'exercice d'options divergentes par les États membres. En définitive, l'exclusion des activités de financement du secteur financier, si elle devait se dessiner au terme du trilogue européen, révélerait un certain recul de la directive avec la volonté exprimée par plusieurs acteurs au sein des institutions européennes d'adopter un texte reflétant les meilleurs standards en matière de vigilance. Il apparaît donc souhaitable de ne prévoir aucune exception pour le secteur financier. Il n'en demeure pas moins que la question de l'application du devoir de vigilance au secteur financier devrait faire l'objet d'un suivi attentif ; l'investisseur pouvant être considéré comme une relation commerciale de l'entreprise assujettie à la directive.

**RLDA : Les services financiers sont ceux qui permettent aux entreprises, notamment celles dont l'activité principale (extraction minière/pétrolière, textile...) est régulièrement critiquée, d'obtenir les fonds nécessaires à leur activité. Dans la proposition de directive, les PME qui bénéficient de services financiers (prêt, crédit, financement, assurance, réassurance) sont exclues de la chaîne de valeur de ces services financiers. Le Parlement européen a considéré qu'il valait mieux faire une interprétation étendue de la chaîne de valeur incluant les activités des clients bénéficiant directement des services fournis par les entreprises financières. Que doit-on inclure dans la chaîne de valeur des contrats passés par ces entreprises ? Quel est votre point de vue sur cette question en particulier ? Pourquoi la directive exclut-elle les PME de la chaîne de valeur des activités de financement ? Estimez-vous que les PME devraient être incluses ou non dans cette chaîne de valeur ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** Les PME sont, en vertu des lois allemande et française, indirectement concernées par la vigilance car insérées dans les chaînes de valeur et associées aux activités de grands groupes. Selon le résultat des négociations, et notamment suivant les exigences qui pourront être imposées au secteur financier, les PME pourraient ne pas être couvertes dans le cadre de la vigilance des banques mais elles le seront néanmoins si elles ont des donneurs d'ordre assujettis à la directive ; ce qui vaudrait tant pour des PME européennes que non-européennes. Le recours aux clauses contractuelles dans les contrats de fournisseurs a par ailleurs vocation à faire partie des outils de la vigilance, souvent couplé aux audits, mais sans assurer systématiquement l'entière de la vigilance eu égard à la nature des risques identifiés et de leur sévérité.

**RLDA : La question des parties prenantes est aussi évoquée dans le rapport. Vous en recommandez une consultation impérative au stade de l'identification**

**des incidences négatives réelles ou potentielles et elle est d'ores et déjà imposée, dans le texte, lors de l'élaboration du plan d'action en matière de prévention. Les sanctions ne sont pas prévues par la directive mais laissées à l'appréciation des États membres. Quelles sanctions pourraient être prévues dans ce cadre ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** L'implication des parties prenantes, très prégnante dans le droit souple, est un élément essentiel de l'exercice de la vigilance, à la fois pour identifier les risques d'atteintes aux droits humains et à l'environnement et pour déterminer les mesures utiles de prévention ou de remédiation. Le degré d'implication des parties prenantes fait partie des négociations en cours. Si une consultation impérative devait être prévue, l'autorité de contrôle voire le juge (si cela est inséré aux dispositions soumises à la responsabilité civile) pourront s'assurer du respect de cette obligation. Autrement, les autorités de contrôle feront certainement émerger des bonnes pratiques, en s'appuyant sur les recommandations de l'OCDE en la matière et sur les décisions des Points de contact nationaux pour la conduite responsable de l'OCDE portant sur l'engagement avec les parties prenantes.

**RLDA : En outre, la définition des parties prenantes a été laissée, à dessein, abstraite, afin de limiter le contentieux autour de cette question. Néanmoins, si l'on obtient, dans la directive, une consultation obligatoire de ces parties prenantes, leur détermination par l'entreprise assujettie ne deviendra-t-elle pas elle-même source de contentieux ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** L'identification des parties prenantes par l'entreprise relève de l'approche fondée sur les risques. L'entreprise est censée, en fonction de son secteur d'activité et de la géographie de ses activités ou de certains projets, identifier les parties prenantes potentiellement concernées avec lesquelles elle va entretenir un dialogue. Si la consultation des parties prenantes devenait obligatoire, il serait important de conserver une certaine flexibilité pour que l'entreprise puisse adapter son engagement avec les parties prenantes aux risques qu'elle identifie. Le risque contentieux pour l'entreprise résulterait probablement plus d'une analyse insuffisante des risques d'impacts négatifs découlant de ses activités et de l'insuffisance de ses plans d'action contenant les mesures d'atténuation des risques et remédiation des impacts – manquements qui pourrait *de facto* résulter d'un manque d'engagement avec les parties prenantes.

**RLDA : La proposition de directive prévoit la mise en place de mesures appropriées pour recenser les incidences négatives réelles et potentielles sur les droits humains et les incidences négatives sur l'environnement. Vous recommandez de mettre en place une cartographie des risques au titre de ce recensement. Pensez-vous nécessaire d'intégrer une**

## *méthodologie spécifique pour les entreprises afin d'élaborer cette cartographie ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** La cartographie des risques est un préalable indispensable à la démarche de vigilance. Pour parvenir à recenser les incidences négatives, les entreprises peuvent s'appuyer sur les travaux de l'OCDE qui a développé des guides généraux et sectoriels détaillant la méthodologie de la conduite responsable des entreprises fondée sur le devoir de diligence. Ils fournissent en effet une base d'information dense et très importante et seront utiles pour mettre en œuvre la directive (v. [www.mnguidelines.org](http://www.mnguidelines.org)). D'ailleurs, la directive y fait référence. Indépendamment du fait que le texte ne puisse pas entrer dans tous les détails de la mise en œuvre du devoir de vigilance, il ne semble donc pas utile d'apporter davantage de précisions à ce stade, des lignes directrices pouvant au demeurant se charger de diffuser les bonnes pratiques observées, dans le cadre de la mise en œuvre de la loi française ou de la loi allemande notamment.

**RLDA :** *L'approche par les risques est définie comme la hiérarchisation des risques et l'adaptation des mesures prises à la probabilité et à la gravité des risques.*

*Doit-on accepter l'idée que l'intégralité des risques qu'une entreprise cause à l'égard des droits humains ou de l'environnement ne fera pas l'objet d'une gestion spécifique ? L'objectif d'un traitement exhaustif de ces risques serait-il utopique ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** L'approche de la vigilance retenue par la directive est une approche fondée sur les risques selon laquelle les entreprises doivent prioriser leurs mesures de vigilance pour les éviter, les atténuer et y remédier. Les entreprises ont donc une certaine marge de manœuvre pour calibrer leurs mesures de vigilance après avoir identifié les risques les plus matériels, en tenant compte du caractère inévitable et/ou irréversible des incidences négatives, de la sévérité, du nombre de personnes impactées, etc. Elles doivent traiter en priorité les risques les plus sévères et pouvoir justifier leur choix de hiérarchisation des risques. Si aucune mesure de vigilance n'a été adoptée pour atténuer ou remédier à des risques critiques, une entreprise encourrait des sanctions judiciaires ou administratives. Il y a donc intrinsèquement dans la vigilance une idée de progressivité, surtout que l'entreprise est confrontée à des risques sur lesquels elle n'a pas nécessairement de levier en agissant seule : c'est notamment le cas des risques systémiques. Dans cette hypothèse, elle peut établir des partenariats avec des parties prenantes ou d'autres entreprises. En dernier ressort, quand l'entreprise considère qu'elle ne peut remédier à une incidence négative ou atténuer un risque lié à une relation d'affaire, elle pourrait être tenue d'y mettre fin.

**RLDA :** *Dans le rapport, une réflexion est portée sur le mécanisme d'alerte que les entreprises doivent mettre en place en leur sein, afin que puissent être recueillies*

*les préoccupations légitimes qui pourraient naître quant aux incidences négatives sur l'environnement de leurs activités, de celles de leurs filiales ou encore de leurs chaînes de valeur. Pensez-vous que ce mécanisme puisse être confondu avec ceux déjà existants ? En d'autres termes, peut-on considérer qu'un seul système de recueil de plaintes/alertes puisse exister ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** Le rapport du Club des Juristes considère que les entreprises qui sont concernées par plusieurs obligations de ce type devraient pouvoir ne mettre en place qu'un seul mécanisme de recueil d'alertes. Ce qui importe, c'est son accessibilité auprès des parties prenantes et le traitement adéquat des alertes par des personnes qualifiées. La liberté de créer plusieurs mécanismes d'alerte devrait persister tout en veillant à leur lisibilité et à leur efficacité.

**RLDA :** *L'exclusion du changement climatique du champ du devoir de vigilance a été critiquée et votre groupe de travail n'a pu atteindre l'unanimité pour sa recommandation. Les risques climatiques devraient-ils être intégrés dans le champ d'application du devoir de vigilance, et comment concrètement ?*

**M. Souque et A. Stevignon :** Une majorité de la commission s'est accordée pour dire que les risques climatiques devraient être intégrés dans le champ d'application du devoir de vigilance. Dans le cadre de l'application de la loi française, la plupart des entreprises appréhendent le risque généré par leurs émissions de gaz à effet de serre dans leur plan de vigilance : elles identifient dans quelle mesure leur activité et celles de leurs filiales engendrent un risque pour le climat et détaillent des mesures d'atténuation pour parvenir à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre. Ce risque climatique est également appréhendé par les Principes directeurs et par les guides de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises. Tel devrait être le cas dans le cadre de la directive. Si, comme il est probable, l'article 15 qui impose aux entreprises d'adopter un *plan de transition* était maintenu, il serait alors attendu que celui-ci traduise un véritable devoir de vigilance climatique : son contenu devrait être précisé, l'ambition des mesures adoptées répondre à la sévérité des risques climatiques identifiés et ce plan devrait faire l'objet d'un réel contrôle qui, à ce stade des discussions, incomberait à l'autorité de contrôle.

Par ailleurs, d'autres risques engendrés par le changement climatique relèvent de la vigilance : ceux qui posent des risques en matière de santé et/ou de sécurité pour les salariés et les populations locales. Les entreprises sont à ce titre tenues d'adopter des mesures d'adaptation des procédures de sécurité et des infrastructures. Dans le cadre de l'application de la loi française, les plans de vigilance opèrent rarement la distinction entre ces deux types de risques qui sont pourtant différents de nature.

**RLDA : Le rapport indique que la loi française sur le devoir de vigilance génère une insécurité juridique pour les entreprises en raison notamment de l'absence de décret d'application, de lignes directrices et de dispositifs de contrôle - ce qui laisse une grande place à l'interprétation des tribunaux notamment. À cet égard, la création d'une autorité administrative indépendante telle que proposée dans la proposition de directive pourrait-elle permettre de conduire à une meilleure appréhension des contours du devoir de vigilance et à l'élaboration d'un corpus de règles claires et précises ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** L'absence d'autorité de supervision désignée dans le cadre de la mise en œuvre de la vigilance a été regrettée. Le rapport des députés Coralie Dubost et Dominique Potier, paru début 2022, recommandait ainsi la création d'une autorité jouant un rôle similaire à la BAFA (l'Office fédéral de l'économie et du contrôle d'exportation), qui contrôle l'application de la loi allemande sur les chaînes de valeur. La Commission a entendu ce vœu et a prévu un dispositif robuste de suivi et d'accès aux voies de recours. Il est à espérer qu'une autorité véritablement indépendante et dotée de larges pouvoirs d'investigation et de sanction pourra conduire à l'émergence rapide de bonnes pratiques partout en Europe. C'est en tout cas l'ambition du texte en discussion. Force est de constater que dans le cadre de la mise en œuvre de la loi française, les premières décisions de justice se sont longuement fait attendre et la jurisprudence n'est fixée sur aucun point à ce jour, ce qui est regrettable tant pour les entreprises que pour les requérants, ainsi que les parties prenantes des entreprises et plus largement pour les observateurs. D'aucuns estiment que les moyens octroyés pour accompagner la mise en œuvre de la loi française ne sont pas non plus à la hauteur des enjeux. Après la transposition de la directive, au-delà de leur mission de contrôle et de voie de recours, les autorités de contrôle pourront également être mobilisées pour expliciter ce qu'implique l'exercice de la vigilance auprès des entreprises et des parties prenantes. Elles s'appuieront certainement sur les outils élaborés par l'OCDE (Principes directeurs, guides, forums, e-learning, décisions des Points de contact nationaux). Elles seront aussi chargées d'assurer le suivi de la mise en œuvre des obligations de vigilance par les entreprises. Ainsi, la création d'autorités devrait participer à une meilleure compréhension de la notion de vigilance et permettre de stabiliser plus rapidement ce qui est attendu des entreprises. Le réseau européen des autorités assurera en outre une coopération et une harmonisation sur l'ensemble du territoire européen sous l'égide souhaitée de la Commission pour assurer leur équivalence fonctionnelle.

**RLDA : Cette autorité devrait-elle, selon vous, être chargée des mêmes pouvoirs de contrôle, d'édiction de normes (soft law) que les autorités administratives indépendantes que le paysage juridique français connaît déjà (Autorité de la concurrence, AMF, ACPR, par exemple) ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** La directive exprime très clairement que les États membres devront instituer une autorité

de contrôle indépendante. Elle détiendra un pouvoir d'investigation, de contrôle et de sanction administrative et pourra déclencher des contrôles de son propre chef (auto-saisine) aussi bien qu'être saisie par des tiers. Enfin, son contrôle porterait, en l'état actuel des discussions, sur la totalité du dispositif de la directive, couvrant un champ plus vaste que le recours judiciaire qui serait limité à prévenir et atténuer les incidences négatives et y mettre un terme (articles 7 et 8).

**RLDA : Ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 27 septembre 2023, le fait pour une entreprise de ne pas respecter ses obligations légales - en l'espèce de lutte contre le blanchiment - pouvait engendrer des distorsions de concurrence, conférant à celle-ci « un avantage concurrentiel indu, qui peut être constitutif d'une faute de concurrence déloyale ». L'instrument choisi au niveau européen - la directive - entrainera très certainement des divergences de transposition entre les 27 États membres. Un instrument législatif de type règlement européen n'aurait-il pas permis une application plus uniforme des obligations de vigilance au sein de l'Union européenne, et partant, plus incitative pour les entreprises car identique au sein de l'Union européenne ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** Il a été envisagé d'adopter un règlement en 2020, mais l'Union européenne n'a pas compétence pour adopter un règlement en matière de responsabilité civile. Même si le texte qui sera issu du trilogue nécessitera une transposition dans les droits des États membres, et impliquera donc d'inévitables variations, un suivi de la mise en œuvre des obligations précises posées dans la directive devrait être assuré par le réseau européen des autorités de contrôles qui est justement chargé de veiller à une application uniforme et d'éviter une sorte de « forum shopping » de la vigilance. Là encore, un rôle de la Commission sera utile pour assurer l'équivalence fonctionnelle.

**RLDA : La mise en place de telles règles remet-elle en question la marge de manœuvre des entreprises pour élaborer leur démarche de vigilance ? La directive va-t-elle un cran plus loin dans l'opposabilité de la démarche de vigilance ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** La démarche de diligence des entreprises faisait déjà depuis 2011 l'objet, d'une part, d'un encadrement normatif par les Principes directeurs de l'OCDE, et ses nombreux guides, et, d'autre part, de bons offices et de décisions des Points de contact nationaux agissant au titre des règlements des différends entre plaignants (syndicats, ONG, collectifs de riverains, etc.) et des entreprises multinationales. La loi française du 27 mars 2017 a eu pour effet d'imposer aux plus grandes entreprises assujetties de faire une cartographie des risques spécifique et de mettre en œuvre effectivement des mesures de vigilance raisonnable sur un périmètre large recouvrant les filiales et les sous-traitants.

L'objectif de cette loi était déjà d'aller au-delà de la mise en œuvre volontaire par les multinationales des Principes directeurs des Nations unies et de l'OCDE. Avec l'adoption de la directive qui abaisse sensiblement les seuils, peu d'entreprises seront entièrement exclues du champ du devoir de vigilance. Une majorité d'entre elles seront soit directement soumises aux obligations définies dans la directive ou auront des relations commerciales avec celles-ci, étant ainsi indirectement concernées. Pour les autres, la démarche de vigilance restera volontaire : elles devront notamment appliquer les principes directeurs de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises et les Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme qui sont une norme internationalement reconnue. Elles seront incitées à le faire dans un contexte où il devient nécessaire de démontrer sa durabilité pour accéder aux financements, aux investissements et répondre aux exigences incombant à leurs donneurs d'ordres. La directive témoigne bien d'une volonté d'al-

ler un cran plus loin car elle aura vocation à s'appliquer aux entreprises européennes et aux entreprises non-européennes présentes sur le marché intérieur et à couvrir leurs chaînes d'approvisionnement et leurs activités dans le monde.

**RLDA : Êtes-vous sereines quant à l'intégration des recommandations de votre groupe de travail ? Envisagez-vous que des oppositions s'élèveront ? Le cas échéant, sur quelles recommandations et pourquoi ?**

**M. Souque et A. Stevignon :** Après plusieurs mois de réflexions nourries par des auditions de personnalités très variées, le groupe de travail est parvenu à un consensus à la fois ambitieux sur les contours du devoir de vigilance des entreprises et cohérent avec les travaux de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises. Avec ce rapport, nous espérons avoir éclairé les débats européens en cours. ■

**LAMY KARNOV GROUP**  
**LIAISONS**

**LAMY**



**OFFRE -10%\***  
avec le code **PRINT10**

## Lamy Liaisons : votre information juridique accessible à tout moment !

En ligne ou en version papier,  
au bureau, en déplacement ou  
chez vous, **vos contenus juridiques  
s'adaptent à vos besoins !**



Venez découvrir nos offres  
sur [boutique.lamy-liaisons.fr](https://boutique.lamy-liaisons.fr)

\* 10% de remise à valoir sur une sélection d'articles de la boutique Lamy Liaisons avec le code promo PRINT10



A\_ENV\_170x120\_N\_07-23 (NA) ©gettyimages - LightFieldStudios

RLDA 7898

## L'enrichissement injustifié et la réparation des atteintes aux droits humains causées par l'entreprise mondialisée : perspectives d'Outre-Manche



Marie de  
PINIEUX  
Maître de  
conférences à  
l'École de droit de  
la Sorbonne  
Université Paris  
1 Panthéon-  
Sorbonne

L'arrêt *Limbu v. Dyson Technology Ltd*, en date du 19 octobre 2023, bien que décevant au regard de la solution retenue par le juge anglais, n'en demeure pas moins intéressant à bien des égards. Tout d'abord, il interroge la possibilité de recourir à l'enrichissement injustifié dans le contentieux des entreprises et des droits humains. Il permet ensuite de révéler certains effets pernicieux du Brexit, tout particulièrement le retour du *forum non conveniens* et la possibilité qui en découle pour les juridictions anglaises de ne pas traiter ce type de litige. Il invite enfin à apprécier l'efficacité des outils permettant de faire face au travail forcé au sein de l'entreprise mondialisée.

*High Court of Justice, Limbu v. Dyson Technology Ltd, 19 oct. 2023*

**1. Travail forcé et conditions de travail indignes au sein de l'entreprise mondialisée** - On sait combien il peut être difficile pour les victimes de l'entreprise mondialisée d'obtenir justice auprès des juridictions des États « hôtes » où le dommage est survenu (sous-développement de l'appareil judiciaire, crainte de faire fuir les investissements, corruption, etc.). C'est pourquoi, de nombreuses affaires ont également commencé à être portées devant les tribunaux des États « d'origines » où les sociétés mères et autres entreprises donneuses d'ordres ont leur siège. L'*Alien tort statute*, en donnant la possibilité de saisir les juridictions américaines malgré la dimension extraterritoriale des litiges, apparut à cet égard plein de promesses. Deux interventions de la Cour suprême eurent néanmoins pour effet de considérablement res-

treindre son usage<sup>(1)</sup>, si bien que les victimes de l'entreprise mondialisée durent trouver d'autres solutions. Elles se tournèrent alors vers les juridictions européennes<sup>(2)</sup>. C'est ainsi que le juge anglais fut invité à retenir la responsabilité de sociétés mères sur le fondement du *duty of care* et donc, du droit commun de la responsabilité civile délictuelle<sup>(3)</sup>. C'est dans la continuité de ces affaires que se situe le jugement commenté. L'*English High Court* fut saisie, le

(1) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 US. 108 (2013) ; *Jesner v Arab Bank, PLC*, 138 S Ct. 1386 (2018).

(2) R. Chambers, G. Berger-Walliser, *The future of international corporate human rights litigation : a Transatlantic comparison*, Am. Bus. L.J., 579, 2021.

(3) V. not. *Vedanta resources PLC and another v. Lungowe*, 2019, UKSC 20; *Okpabi v Royal Dutch Shell*, 2018, EWCA Civ 191.

27 mai 2022, par des travailleurs migrants en provenance du Népal et du Bangladesh. Ils reprochèrent à l'entreprise *Dyson* et plus précisément à deux sociétés du groupe domiciliées en Angleterre et à une de leur filiale, domiciliée en Malaisie, de s'être approvisionnées, en connaissance de cause, auprès d'une usine malaisienne, dans laquelle les requérants auraient été soumis à du travail forcé et à d'autres formes de travail indignes (absence de salaire décent, temps de travail excessif, etc.). Une faute qui serait, selon eux, d'autant plus grave qu'un code éthique avait été adopté, lequel soulignait l'importance de garantir des conditions de travail décentes au sein de la chaîne d'approvisionnement. L'entreprise ne s'était donc pas donné les moyens de ses ambitions.

**2. Du groupe de sociétés à la chaîne d'approvisionnement** - Si l'affaire peut paraître - tristement - banale, elle se singularise en réalité sur deux points<sup>(4)</sup>. D'une part, contrairement aux litiges antérieurs qui concernaient pour l'essentiel les négligences de la société mère à l'égard des activités de ses filiales, le litige portait ici sur les négligences de sociétés donneuses d'ordres à l'égard des activités de l'un de leur fournisseur recourant au travail forcé. L'un des enjeux était donc de savoir si, et dans quelle mesure, les sociétés défenderesses pouvaient être considérées comme ayant commis une faute de négligence, et donc manqué à leur *duty of care* à l'égard des victimes, en continuant à s'approvisionner, comme si de rien n'était, auprès de ladite entité avec laquelle elles n'avaient aucun lien capitalistique et n'entretenaient que des relations contractuelles (§ 18). La convocation du *duty of care* dans le contexte de la chaîne de valeur n'est à la vérité pas si nouvelle. Il donna notamment lieu à de très intéressants développements, quoi que dans un contexte un peu particulier, celui du démantèlement des navires, dans l'arrêt *Hamida Begum v. Maran (UK) Ltd (2021) EWCA Civ 326*. Le manquement du donneur d'ordre au *duty of care* est surtout au cœur de plusieurs litiges en cours de traitement en Angleterre<sup>(5)</sup>. Compte tenu du pouvoir d'influence qu'elle détient bien souvent sur ses fournisseurs et sous-traitants, le contexte spécifique de la chaîne de valeur ne devrait en aucun cas faire obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'entreprise donneuse d'ordre sur le fondement du *duty of care*.

**3. Le grief de l'enrichissement injustifié** - D'autre part, aux côtés du traditionnel manquement au *duty of care*

d'une société, les requérants soutinrent, de manière très stimulante, qu'il y avait eu enrichissement injustifié. Les sociétés défenderesses, en s'approvisionnant à moindre coût auprès d'un fournisseur peu scrupuleux, se seraient injustement enrichies au détriment des requérants, lesquels se seraient corrélativement appauvris, leur travail n'ayant pas été – ou presque pas – rémunéré. Le jugement insista sur le caractère « novateur » de cet argument dans le contentieux des entreprises et des droits humains (§ 18). Cette affirmation semble néanmoins devoir être quelque peu nuancée. Déjà mobilisé dans l'affaire *Hamida Begum v. Maran* précitée (§ 14), il fut surtout central dans le contentieux de l'Holocauste qui se tint outre-Atlantique, à partir des années 1990. Plusieurs banques furent accusées de s'être injustement enrichies au détriment des populations spoliées par les nazis. Un argument similaire fut également convoqué par certains détenus des camps de concentration, qui avaient été forcés de travailler pour les entreprises allemandes au cours de la Guerre<sup>(6)</sup>. La plupart de ces initiatives se soldèrent par une transaction. La possibilité de recourir à l'enrichissement injustifié dans le contexte des atteintes massives aux droits humains, outil auquel il fut d'ailleurs reproché de minimiser quelque peu la gravité des faits<sup>(7)</sup>, ne fut donc pas tranchée. L'affaire commentée – mais elle n'est pas la seule, l'argument semblant avoir le vent en poupe<sup>(8)</sup> – offrait ainsi l'occasion au juge de se pencher de nouveau sur la question.

**4. Enjeux de l'affaire** - On regrettera par conséquent qu'il se soit déclaré incompetent sur la base du *forum non conveniens*, de manière d'ailleurs quelque peu discutable, pour connaître de ce litige. Le refus de juger l'affaire en Angleterre, qui pourra être rediscuté en appel, conduit nécessairement à interroger la pertinence des outils dont dispose l'Angleterre afin de faire face au travail forcé au sein de l'entreprise mondialisée.

## Discussion autour de la compétence des juridictions anglaises

**5. L'inapplication du Règlement Bruxelles I bis** - Avant de traiter le fond du litige, le juge devait déterminer quelle était la juridiction la plus appropriée pour en connaître : l'Angleterre ou la Malaisie ? Le Règlement Bruxelles 1 bis n'ayant plus vocation à s'appliquer post-Brexit, la juridiction compétente devait être identifiée selon les principes

(4) [2023] EWHC 2592 (KB), § 18.

(5) V. Not. *Milasi Josiya and others v. British American Tobacco Plc*, (2021), EWHC 1743 (QB), à propos des conditions de travail de fermiers malawiens dans la chaîne d'approvisionnement de la société *British American Tobacco* ; *Magret Thomas and Others v. PGI Group Ltd*, (2021) EWHC 2776 (QB), à propos des abus sexuels dont auraient été victimes des travailleurs malawiens de la chaîne de valeur de *PGI Group Ltd* ; ou encore, le recours introduit par des enfants ghanéens contre *Olam* ou les allégations de travail forcé de migrants birmans dans la chaîne de valeur de *Tesco* et *Intertek*.

(6) Sur le sujet, v. le passionnant ouvrage de L. Bilsky, *The Holocaust, corporations and the law : unfinished business*, University of Michigan Press, 2017 ; ainsi qu'un article de la même auteure, L. Bilsky, *Transnational Holocaust Litigation*, *European Journal of International Law*, vol. 23, n°2, mai 2012, p. 349–375 ; en français, M. de Pinieux, *Entreprise et dignité humaine*, thèse Paris 1, p. 355 et s.

(7) M.R. Marrus, *Some Measure of Justice: The Holocaust Era Restitution Campaign of the 1990s* (2009).

(8) V. les recours contre *Olam*, *Tesco* et *Intertek*, préc.

posés par l'arrêt *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.* [1987] 1 AC 460 (§ 28). Conformément à ce dernier, un raisonnement en deux temps devait être déroulé.

**6. « Step 1 » - la Malaisie, « centre de gravité » du litige** - Dans un premier temps, il incombait au juge de déterminer quel était le *forum* le plus adéquat. Après avoir procédé à une mise en balance des différents éléments présentés par les parties (commodité de telle juridiction plutôt qu'une autre pour les parties, langue, accès aux documents, etc.), il estima que le « centre de gravité » du litige et donc le *forum* le plus adapté, était finalement la Malaisie (§ 122). Outre le fait que la loi applicable était la loi malaisienne (§ 97), il s'agissait surtout du lieu où les mauvais traitements avaient été infligés et les dommages subis par les requérants (§ 102). La solution n'est pas vraiment surprenante. Il n'en demeure pas moins regrettable que davantage de poids n'ait pas été donné, comme cela avait pourtant été suggéré par les requérants, au lieu de réalisation de la faute de négligence des sociétés donneuses d'ordres (inertie face aux conditions de travail du fournisseur ; insuffisante effectivité de la politique d'entreprise en matière de travail forcé, etc.) ainsi qu'à celui où elles tirèrent profit de ces méfaits, à savoir l'Angleterre (§ 70). Ces éléments auraient été de nature à faire pencher la balance en faveur du juge anglais.

**7. « Step 2 » - l'absence de « circonstances particulières » justifiant un traitement de l'affaire en Angleterre** - Il était toutefois encore possible de démontrer, dans un second temps, que des circonstances spéciales, à savoir notamment l'impossibilité d'obtenir justice en Malaisie (§ 40 - 42), permettaient malgré tout que l'affaire soit traitée en Angleterre. Les plaignants mirent en avant, entre autres arguments, leur délicate situation de travailleurs migrants, leur état de pauvreté ou encore l'absence d'expertise suffisante des juges et des avocats, au niveau local, pour gérer des affaires d'une telle complexité. Le juge ne fut toutefois pas convaincu. Il releva que si, certes, les requérants n'auraient sans doute pas le droit à une « *Tesla representation* » en Malaisie (§ 169), cela n'empêcherait pour autant pas l'affaire d'être jugée. Cette conclusion est quelque peu décevante, des arguments très similaires ayant auparavant permis aux juridictions anglaises de se déclarer compétentes<sup>(9)</sup>. Elle est d'autant plus discutable qu'en l'espèce, les requérants estimaient qu'ils auraient à pâtir de représailles au niveau local (détention, traitements inhumains et dégradants, § 71) ; argument qui fut pour l'essentiel élué.

(9) *Vedanta Resources v. Lungowe* [2019] UKSC 20, § 88 et s.

## Le renforcement nécessaire des outils pour faire face au travail forcé

**8. Les carences du droit anglais pour faire face au travail forcé au sein de l'entreprise mondialisée** - Si cette solution pourrait être revue en appel, elle n'en démontre pas moins déjà l'insuffisance du cadre juridique anglais afin d'éradiquer le travail forcé des chaînes d'approvisionnement. Bien que des discussions soient en cours afin d'imposer aux entreprises un devoir de vigilance en matière de droits humains<sup>(10)</sup>, force est de constater que l'Angleterre ne dispose pour l'instant que d'une législation de *reporting*. L'Angleterre, tout comme la Californie (*The California Transparency in Supply Chains Act* – 2010), l'Australie (*Modern Slavery Act* 2018) ou encore le Canada (*Fighting Against Forced Labour and Child Labour in Supply Chains Act*, 2024), s'est en effet dotée en 2015 du *Modern Slavery Act*. Ce dernier s'est toutefois révélé insatisfaisant et a donné lieu à de nombreuses critiques, dans la mesure où il n'impose aucune obligation de « faire » mais simplement de « dire »<sup>(11)</sup>. La sortie de l'Angleterre de l'Union européenne et l'inapplication du Règlement Bruxelles 1 *bis* qui en résulte a en outre des conséquences très fâcheuses. Conférant une compétence aux juridictions du lieu de domicile du défendeur, ce texte permettait auparavant au juge anglais de se saisir aisément des litiges impliquant des sociétés domiciliées en Angleterre<sup>(12)</sup>. Les victimes de l'entreprise mondialisée pourraient désormais, comme en l'espèce, voir leurs demandes rejetées sur le fondement du *forum non conveniens* et d'une conception très – trop – restrictive du déni de justice. Plusieurs auteurs<sup>(13)</sup>, dans la continuité d'un rapport du Parlement européen<sup>(14)</sup>, ont donc appelé de leurs vœux l'entrée de la Grande-Bretagne à la Convention de Lugano qui, contrairement au Règlement Bruxelles 1 *bis*, n'est pas réservé aux seuls pays membres.

**9. Quid des États de l'Union européenne ?** - L'Union européenne semble à cet égard mieux armée – ou est en tout cas en voie de le devenir. D'une part, la directive sur le devoir vigilance, en cours d'adoption, aura vocation à imposer à certaines entreprises de prévenir et de remédier aux atteintes aux droits humains, ce qui inclut le travail forcé, ce dernier faisant partie des comportements prohibés au sein de la première partie de l'annexe du texte. D'autre part, et surtout, cette directive pourrait à terme être utilement complétée par le règlement « travail forcé », proposé par la Commission européenne

(10) Latham & Watkins, *UK House of Lords considers new bill on mandatory human rights and environmental due diligence*, nov. 2023.

(11) *Independent Review of the Modern Slavery Act 2015 : final report* 2019.

(12) V. not. *Vedanta v. Lungowe*, op. cit..

(13) V. not. E. Aristova, *The Jurisdiction Puzzle : Dyson, Supply Chain liability and forum non conveniens*, 11 nov. 2023.

(14) *Ensuring Efficient Cooperation with the UK in civil law matters*, 2023.

le 14 septembre 2022. Inspiré du droit américain, son article 3 serait le siège d'une interdiction de placer des biens issus du travail forcé sur le marché européen, sous peine d'être sanctionné par une autorité de contrôle<sup>(15)</sup>. Ce texte est d'autant plus satisfaisant qu'il ne vise pas seulement les plus grandes entreprises mais tous les opérateurs économiques (art. 3), y compris donc des entreprises qui ne seront pas assujetties à la directive vigilance. Ce champ d'application personnel est ainsi davantage conforme aux Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et

(15) V. not. M. de Pinieux, N. Bernaz, *Doing business in Xinjiang : import bans in the face of gross human rights violations against the Uyghurs*, Erasmus law review, 2023, n°1, p. 61 et s.

aux droits de l'homme, dont le principe 14 rappelle utilement que toutes les entreprises, peu importe leur taille ou encore leur secteur d'activités, doivent respecter les droits humains. Une injonction qui s'impose avec d'autant plus de force qu'il s'agit de droits aussi élémentaires que la prohibition du travail forcé.

10. Que retenir de ce jugement ? - Sans doute que beaucoup reste encore à faire afin d'éradiquer le travail forcé, et plus généralement les atteintes aux droits humains, de l'entreprise mondialisée. L'enrichissement injustifié pourrait à ce titre opportunément compléter la gamme des outils que les victimes ont à leur disposition afin d'obtenir justice. Il ne reste plus au juge que d'en faire application... ■



## LAMYLINE, c'est être PRÊTS pour gagner en efficacité !

© shapcharge

A.\_PRÊTS\_N\_180x120\_11-22 [PB]

### Des contenus juridiques actualisés 100% en ligne :

- 16 domaines du droit couverts
- 12 000 modèles d'actes et formules prêts à l'emploi
- La documentation officielle la plus complète du marché
- Une veille juridique en continu issue d'Actualités du droit

### Un moteur de recherche pertinent et des fonctionnalités qui répondent à vos pratiques :

- La recherche intuitive grâce à l'auto-suggestion
- Le versionning de la législation et suivi de l'affaire
- L'analyse prédictive
- Un système de veille personnalisable



Pour en savoir plus et tester gratuitement Lamyline

Lamy Liaisons - Immeuble Euroatrium -  
7 Rue Emmy Noether - CS 90021 - 93588 SAINT OUEN CEDEX - www.lamy-liaisons.fr  
SAS au capital de 14 500 000 € - SIREN 480 081 306 RCS BOBIGNY - TVA FR 55 480 081 306 - code APE 5814Z

# Le risque d'extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains



Laura  
BOURGOIS  
Chargée de  
contentieux et  
plaidoyer  
Sherpa

La judiciarisation de la responsabilité des multinationales en matière de respect des droits humains est croissante. En défense, les entreprises s'appuient systématiquement sur la réalisation d'audits pour tenter d'exclure leur responsabilité. Une jurisprudence récente confirme que les failles des audits sociaux sont méconnues, et qu'il existe un risque d'extension illégitime de leur force probante, au détriment des droits humains. La présente contribution souligne ces failles et invite à en tirer les conséquences juridiques, notamment sur le plan probatoire, conformément au futur droit européen.

Depuis les révélations de présence de travail d'enfants au sein de chaînes de valeurs de multinationales dans les années 90, le secteur des audits n'a cessé de se développer en matière de respect des droits humains.

Les audits sont des vérifications privées dont l'objectif revendiqué est d'évaluer la conformité des opérations d'une entreprise à certains standards, en l'occurrence éthiques. Les systèmes de notation utilisés varient selon les cabinets d'audit. Les audits peuvent être effectués par les entreprises donneuses d'ordre en interne ou par des auditeurs tiers, et financés soit par elles, soit par les fournisseurs audités. Ils peuvent prendre la forme de contrôles sur site et/ou documentaires.

Élaborés par les acteurs économiques eux-mêmes, ils se sont ainsi imposés comme outils de référence en réponse aux préoccupations des consommateurs et consommatrices. Cela alors même qu'ils sont affectés de nombreuses failles, documentées depuis des années tant par les praticiens des droits humains que par les membres de la doctrine sociologique.

Une jurisprudence récente confirme que les audits bénéficient d'un *a priori* positif dans l'inconscient collectif, dont celui des juges. Elle matérialise, sur le plan judiciaire, le risque qu'une méconnaissance des insuffisances irrémédiablement attachées aux

audits préjudiciale au respect des droits humains.

Pour cette raison, elle semble justifier que l'on s'attache d'ores et déjà à identifier des solutions pour limiter une extension illégitime de la force probante des audits en matière de respect des droits humains.

## Les insuffisances établies des audits sociaux

Parmi les failles des audits sociaux documentées par la doctrine et la pratique, certaines sont opérationnelles, et d'autres structurelles.

### Des failles opérationnelles

Pour commencer, les auteurs et autrices expliquent que certains modes opératoires nuisent à la fiabilité des rapports d'audits. Ainsi, le fait que les visites d'usine soient annoncées à l'avance permet aux fournisseurs concernés de se préparer voire de dissimuler certains éléments<sup>(1)</sup> pour éviter un déréférencement. Autre exemple : conduire les entretiens avec des salariés de façon non anonymisée ou en présence de leur

(1) Clean Clothes Campaign, "Looking for a quick fix: how weak social auditing is keeping workers in sweatshops", 2005, p. 20-25 ; Clean Clothes Campaign : "Fig leaf for fashion, how social auditing protects brands and fails workers", 2019, p. 76.

supérieur<sup>(2)</sup> les empêche de dire la vérité par peur de représailles et, à terme, invisibilise des violations telles que des restrictions à la liberté syndicale, l'abus d'heures supplémentaires, etc.

Ensuite, la doctrine insiste sur l'opacité des prestations d'audit<sup>(3)</sup>, qui ne favorise ni leur qualité ni leur efficacité. Les rapports d'audit ne font l'objet d'aucune obligation de consultation, de publication ni même de communication<sup>(4)</sup> à l'égard des parties prenantes qui sont les premières concernées et sont pourtant systématiquement exclues<sup>(5)</sup>. Les auditeurs ne sont pas tenus de dénoncer aux autorités publiques<sup>(6)</sup> les violations dont ils seraient témoins. Cette opacité rend la responsabilisation<sup>(7)</sup> des auditeurs en cas de rapport incorrect plus difficile, ce qui ne les incite pas à veiller à la qualité de leurs prestations. Elle empêche aussi les premiers concernés de vérifier la véracité des rapports<sup>(8)</sup> et d'assurer le suivi d'éventuelles mesures correctives.

Enfin, l'industrie de l'audit constitue un marché<sup>(9)</sup> à part entière et comporte des impératifs de productivité qui, combinés à l'absence de régulation du secteur<sup>(10)</sup>, favorisent une course à la compétitivité par le bas et la dégradation des pratiques des professionnels. Certains acteurs de la société civile déplorent notamment le manque de ressources humaines et de temps affectés aux missions par souci de productivité<sup>(11)</sup>. Ils insistent également sur le caractère inadapté des formations des auditeurs et auditrices<sup>(12)</sup>.

Si certains de ces problèmes pourraient être réduits par de meilleures pratiques, d'autres apparaissent irrémédiables.

## Des failles structurelles

Cette forme de privatisation de l'inspection du travail perdure alors même que le système et l'outil de l'audit présentent des incompatibilités fondamentales avec l'objectif revendiqué.

D'abord, les audits relèvent des pratiques d'autorégulation des entreprises et n'ont donc aucun effet contraignant<sup>(13)</sup>. Ainsi, à supposer qu'un rapport d'audit détecte des violations et comporte des recommandations, rien ne garantit qu'elles seront effectivement mises en œuvre.

Ensuite, les audits obéissent à une méthodologie formaliste et mécanique qui ne laisse pas de place à la complexité des problématiques traitées<sup>(14)</sup>. Il est notamment relevé que les audits ne permettent pas d'identifier les causes profondes<sup>(15)</sup> des violations détectées, dont le traitement permettrait d'espérer une amélioration pérenne.

De nombreuses organisations de défense des droits humains expliquent que les audits sont intrinsèquement inadaptés pour détecter certains types de violations<sup>(16)</sup>, qui sont particulièrement difficiles à observer ou à quantifier, surtout sur un temps court peu compatible avec la construction d'un climat de confiance. Il en va ainsi, notamment, des atteintes à la liberté d'association, du harcèlement moral et sexuel, et des discriminations.

Rappelant qu'un audit constitue par hypothèse un diagnostic instantané<sup>(17)</sup>, il est souligné que l'outil est incapable de garantir l'absence de violations sur la durée, et donc insuffisant à lui seul pour garantir l'exercice continu d'un devoir de vigilance par une entreprise.

Les spécialistes alertent également sur l'absence d'indépendance des auditeurs, et sur des conflits d'intérêts

(2) "Looking for a quick fix", préc., p. 41 à 46.

(3) Rapport de l'ONG SOMO : "A piece, not a proxy", 2022, p. 16.

(4) Human Rights Watch: Obsédés par les outils d'audit, sans atteindre l'objectif : pourquoi les audits sociaux n'empêchent pas les atteintes au droit du travail dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, 2022, p. 6

(5) "Fig leaf for fashion", préc., p. 77 ; "A piece, not a proxy", préc., p. 30-31.

(6) G. Delalieux, Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi « Devoir de vigilance des firmes multinationales », (dir. SchillerR), Le devoir de vigilance, Centre de recherche droit Dauphine et LexisNexis, 2019, p. 31 et 36.

(7) "A piece, not a proxy", préc., p. 20 à 24 ; Rapport du Centre de Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme, Responsabilité des cabinets d'audit sociaux, Stratégies juridiques pour réparer des garanties sociales préjudiciables, 2021.

(8) C. Terwindt et M. Saage-Maas, *Liability of Social Auditors in the Textile Industry*, International Policy Analysis department of the Friedrich Ebert Stiftung, Déc. 2016, p. 8.

(9) G. Delalieux, Audit et certification : une véritable industrie, Revue Projet, vol. 361, n° 6, 2017, p. 80-87.

(10) "A piece, not a proxy", préc., p. 20 à 24.

(11) "A piece, not a proxy", préc., p. 26-27 ; "Fig leaf for fashion", préc., p. 78 ; "A piece, not a proxy", 2022, p. 31.

(12) "Looking for a quick fix", préc., p. 50 à 52.

(13) C. Terwindt et M. Saage-Maas, *Liability of Social Auditors in the Textile Industry*, préc., p. 3.

(14) P. Barraud de Lagerie, Faut-il sonner le glas de l'audit social - Essor et critique d'un dispositif privé de régulation des conditions de travail, Revue de l'Office Universitaire de Recherche Socialiste, n° 72-73, juill.-déc. 2015, p. 50.

(15) "Fig leaf for fashion", préc., p. 78 ; "A piece, not a proxy", préc., p. 36-37 ; Beaucoup d'atteintes aux droits humains et à l'environnement ont des causes structurelles. Elles tiennent en réalité au modèle économique de l'entreprise (son choix de faire fabriquer ses produits à bas coût dans des pays où les droits des travailleurs ne sont pas respectés, d'avoir recours à la sous-traitance, ou de commercialiser certains produits nuisibles), à des décisions commerciales (choix d'un procédé ou d'un composant), ou à des pratiques commerciales (prix et délais accordés au fournisseur ou au sous-traitant). Cf. notre note sur la Directive européenne sur le devoir de vigilance, p. 5-6, <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2022/09/Sherpa-septembre-2022-Proposition-de-directive-europeenne-sur-le-devoir-de-vigilance-des-entreprises-en-matiere-de-durabilite.pdf>.

(16) "Looking for a quick fix", p. 38 ; "Fig leaf for fashion", préc., p. 74 ; "A piece, not a proxy", préc., p. 32.

(17) "A piece, not a proxy", préc., p. 35.

inévitables<sup>(18)</sup>. En cas d'audit interne, le manque d'indépendance résulte de l'existence de la relation de travail entre l'entreprise donneuse d'ordres et le salarié auditeur. Même en cas d'audit par un tiers, le conflit d'intérêts demeure en raison du financement de l'audit par l'entreprise donneuse d'ordre ou par le fournisseur. Dans les deux cas, compte tenu notamment de la compétitivité du secteur, l'auditeur a intérêt à satisfaire sa cliente, et potentiellement à produire un rapport plus favorable que ce qu'il devrait être.

Enfin, la variété des systèmes de notation utilisés complique l'interprétation des résultats : certaines violations peuvent être considérées comme très graves dans un référentiel, et moins graves dans un autre. Plus fondamentalement, leurs modalités sont incompatibles avec la notion même de droit humain. Le système donne lieu à une hiérarchisation des violations selon les valeurs subjectives de l'émetteur du référentiel<sup>(19)</sup>, ainsi décrite en pratique : « *Par exemple, on va considérer que le travail des enfants, le travail forcé, la discrimination, ça va être des critères extrêmes, critiques ; on va placer dans une seconde catégorie les over time (heures supplémentaires), le salaire minimum, les disciplinary practices, qu'on va mettre dans un critère intermédiaire, en majeur ; et en mineur on va mettre Parfois c'est un peu aberrant, en mineur tu peux avoir le harcèlement.* »<sup>(20)</sup>. Au stade de l'attribution de la note finale, la pondération conduit ensuite à ce que des violations soient invisibilisées par des points sur lesquels des violations n'ont pas, à tort ou à raison, été détectées. Ainsi, par exemple, un point en moins dans chacun des domaines « discriminations », « liberté d'association », et « travail forcé » peut être compensé par un point en plus dans le domaine « travail des enfants ». Difficile pourtant d'additionner mathématiquement des risques de salaires insuffisants ou non payés, des risques pour la santé et des risques d'esclavagisme.

L'ensemble de ces constats devrait selon nous conduire d'emblée les magistrats à une certaine circonspection lorsque des entreprises fournissent des audits pour tenter de prouver qu'elles conduisent leurs activités de façon éthique. Or, la jurisprudence récente semble, au contraire, leur accorder un crédit injustifié.

(18) ECCHR, Brot für die Welt et MISEREOR, *The human rights fitness of audits and certifiers - A position paper*, 2020, p. 5 ; "A piece, not a proxy", préc., p. 13 à 15 ; "Obsédés par les outils d'audit", préc., p. 4.

(19) "A piece, not a proxy", préc., p. 18-19.

(20) P. Barraud de Lagerie, *L'audit social : vers une privatisation de l'inspection du travail ?*, dans *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?* (dir. Daugareilh), Collection Paradigme, Bruylant, 2017, p. 272.

## Une méconnaissance des insuffisances des audits préjudiciables au respect des droits humains sur les chaînes de valeur mondialisées

Des décisions rendues en matière de pratiques commerciales trompeuses illustrent le crédit indûment accordé *a priori* aux audits sociaux. Cette jurisprudence suscite des interrogations quant à la force probante qui pourrait être accordée aux audits dans les affaires de devoir de vigilance.

### Pratiques commerciales trompeuses et audits sociaux

#### → L'affaire Auchan

En 2014, plusieurs associations dont Sherpa ont déposé plainte contre Auchan, considérant que les conditions de travail de ses ouvrières sous-traitantes, ressortant notamment de l'effondrement du Rana Plaza, étaient en décalage avec les engagements éthiques diffusés par l'entreprise à des fins commerciales, et que les communications RSE de l'entreprise constituaient des pratiques commerciales trompeuses.

La plainte a abouti à un non-lieu, confirmé en appel, et la Cour de cassation n'a pas admis le pourvoi formé par les associations<sup>(21)</sup>.

Une pratique est considérée comme trompeuse et réprimée par les articles L. 121-2 à L. 121-5 du Code de la consommation issus de la transposition de la directive 2005/29/CE lorsque, notamment, elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant, par exemple, sur son origine, son mode et sa date de fabrication, et son impact environnemental.

Contrairement aux préconisations européennes<sup>(22)</sup>, la jurisprudence française requiert la preuve de certains éléments d'intentionnalité de la part du professionnel pour sanctionner sur ce fondement. Dans un arrêt en date du 15 décembre 2009, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que l'infraction était caractérisée après avoir relevé que « *le prévenu n'(avait) pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires* »<sup>(23)</sup>.

(21) TJ Lille, 27 avr. 2022, n° 15161000266 (ordonnance de non-lieu) ; CA Douai, Chambre de l'Instruction, 15 déc. 2022, n° LI15/161/266, arrêt n°2184 (confirmation du non-lieu) ; Cass. crim., 12 déc. 2023, n° 23-80.918 (décision de non-admission du pourvoi en Cassation).

(22) Aux termes des préconisations européennes, ni l'intention ni l'exigence ne sont requises pour que la pratique commerciale trompeuse soit caractérisée et sanctionnée. Cf. Décryptage : comment lutter plus efficacement contre le blanchiment d'image sur le plan judiciaire, Sherpa.

(23) Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-83.059, publié au Bulletin.

En l'espèce, pour soutenir que sa communication RSE n'était pas trompeuse, Auchan a fait valoir qu'elle avait eu recours à des audits et à des clauses contractuelles incitant ses fournisseurs à respecter son code éthique, et qu'elle n'avait jamais contracté elle-même avec des fournisseurs présents au Rana Plaza mais avait été victime de sous-traitance « sauvagée ». Il s'agissait pour les juges d'apprécier si ces mesures volontaires constituaient, au sens de la jurisprudence, des précautions propres à assurer la véracité de ses messages publicitaires RSE, au point de justifier un non-lieu.

Dans le cadre de ce contrôle, le juge d'instruction semble s'être satisfait de ce qu'Auchan avait recueilli la signature de son code éthique par ses fournisseurs et eu recours à des audits sociaux.

S'agissant de la portée effective de mesures volontaires, cette solution nous semble comporter l'écueil d'assimiler l'annonce d'une mesure à sa mise en application :

- requérir la signature d'une clause par laquelle le co-contractant s'engage à respecter un code éthique n'équivaut pas à exiger le respect de ce code : il faut une sanction contractuelle en cas de non-respect ;
- commander un rapport d'audit n'équivaut pas plus à exiger le respect de ce code : il faut que des mesures correctives soient prises en cas de détection de violations.

Le contrôle semble, en outre, avoir délaissé les causes profondes des violations, telles que, par exemple, une politique d'achat trop exigeante pouvant contraindre *de facto* un fournisseur direct à recourir à des sous-traitants non déclarés dans des usines insuffisamment sécurisées, comme il était question ici.

À la lecture de la motivation, difficile de savoir si ces raccourcis étaient de pure forme et si un contrôle plus approfondi avait été réalisé par le juge d'instruction.

La solution a été confirmée en appel, à l'issue d'une motivation plus étayée et néanmoins inquiétante au regard des objectifs de protection des droits humains.

Pour retenir qu'Auchan avait été suffisamment précautionneuse, la chambre de l'instruction a relevé :

- que la commande passée par Auchan au fournisseur soupçonné de sous-traitance non déclarée respectait le délai de production de référence indiqué par l'auditeur ;
- le professionnalisme de l'auditeur mandaté, qui ressortait selon elle du fait qu'il travaillait avec d'autres enseignes françaises connues ;
- que selon le rapport d'audit : le fournisseur était suffisamment équipé pour répondre lui-même à la commande, n'avait déclaré aucun sous-traitant, et présentait des conditions de travail « globalement satisfaisantes ».

Or, même prises conjointement, ces considérations n'apparaissent ni appropriées ni suffisantes.

Le délai de production de référence à l'aune duquel a été appréciée la faisabilité de la commande a été fixé par un auditeur privé, sans examen par l'autorité judiciaire.

Le simple fait de travailler avec des « enseignes connues » ne semble pas constituer un gage de sérieux (cela d'autant moins qu'en l'espèce, les enseignes en question ne correspondaient pas à une clientèle particulièrement satisfaite de l'auditeur concerné mais à des sociétés membres d'une même initiative de mutualisation, à laquelle l'auditeur appartenait également).

Les capacités de production du fournisseur ont été chiffrées par un auditeur privé, et ont été prises pour acquises.

La vérification qu'aucun sous-traitant n'avait été déclaré à l'auditeur a été considérée comme suffisante alors même qu'un problème de traçabilité avait été relevé et que le risque de sous-traitance non déclarée, extrêmement fort au Bangladesh, était spécifiquement connu de l'entreprise.

Le caractère globalement satisfaisant des conditions de travail auquel a conclu l'auditeur privé a été repris par les juges, sans appréciation personnelle précise. Notamment, les juges n'ont pas semblé attacher d'importance particulière à la pertinence des points audités par rapport aux griefs allégués en l'espèce.

## → L'affaire Samsung

En 2020, l'UFC-Que Choisir a déposé plainte contre Samsung, soutenant que compte tenu de dénonciations par de nombreuses ONG de travail d'enfants dans des mines de cobalt en République démocratique du Congo, de cadences de travail intenable en Chine, de soupçons de travaux forcés d'une minorité ethnique, et d'exposition de salariés et salariées à des produits chimiques toxiques en Corée du Sud, les communications RSE de la multinationale constituaient des pratiques commerciales trompeuses. La plainte a abouti à un non-lieu en octobre 2023<sup>(24)</sup>.

Dans cette affaire également, la motivation du juge d'instruction semble révéler un crédit automatiquement accordé aux audits.

Pour l'exposition à des produits toxiques, comme pour le recours au travail d'enfants ou au travail forcé de membres de la communauté Ouïghour, le juge semble avoir accordé une importance déterminante aux affirmations de

(24) TJ Paris, 2 oct. 2023, n° 21103000972 (ordonnance de non-lieu) ; Pour la parfaite information des lecteurs et lectrices, la multinationale avait été mise en examen sur ce fondement à l'issue d'une plainte précédemment déposée par l'association Sherpa et l'association Action Aid France. Les associations ont définitivement été déclarées irrecevables et la mise en examen annulée en 2022.

l'entreprise ainsi qu'aux conclusions générales des audits, sans analyse personnelle. À titre d'exemple, s'agissant du recours au travail forcé de membres de la communauté Ouïghour, le juge semble s'être satisfait des affirmations de la société Samsung selon lesquelles les fournisseurs visés n'avaient pas de lien contractuel avec elle, ou selon lesquelles les audits réalisés avaient conclu à une absence de non-conformité.

Le constat est d'autant plus surprenant que, sur d'autres griefs, il a préféré s'exprimer au conditionnel pour relever les éléments à décharge issus d'audits, comme s'il semblait conscient de leur partialité et fragilité.

Éclairante quant au sort réservé aux audits en matière de blanchiment d'image RSE, cette jurisprudence peut générer des interrogations quant au rôle qui pourrait leur être accordé dans le cadre de l'application de la loi sur le devoir de vigilance.

## Devoir de vigilance et audits sociaux

### → Les audits sociaux et la loi sur le devoir de vigilance

Dans la mesure où les messages publicitaires diffusés dans les affaires susvisées portaient sur la responsabilité éthique de l'entreprise, et où en appréciant si les audits constituaient des précautions propres à assurer la véracité desdites déclarations éthiques, les juges ont dû porter un jugement de valeur sur les audits en tant qu'outils de contrôle, on peut s'interroger sur la force probante qui sera accordée aux audits dans les procédures intentées sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre.

La récente décision intervenue dans l'affaire *La Poste*<sup>(25)</sup> fournit de premiers éléments. Dans son jugement du 5 décembre 2023, le tribunal judiciaire de Paris, en se prononçant sur le caractère insuffisant du plan de vigilance publié par l'entreprise, a qualifié les audits de « *procédures concrètes d'évaluation* », ou encore « *d'outils potentiellement performants* ». Sans qu'il n'ait eu à ce stade à se prononcer précisément sur leur force probante, il semble les avoir considérés comme des éléments dignes d'être pris en compte.

Les juges pourraient-ils et pourraient-elles aller jusqu'à considérer les audits comme des mesures de « vigilance raisonnable », « adaptées », mises en œuvre de façon « effective » et « propres à identifier les risques et prévenir les atteintes », comme exigé par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce ?

Compte tenu de tout ce qui précède, il convient d'en douter. Comme relevé dans le jugement *La Poste*, ces dispositions instaurent « *un contrôle judiciaire* » sur le caractère

adéquat et sur l'efficacité des mesures annoncées par l'entreprise. *A minima*, il conviendrait de préciser que les audits ne peuvent constituer qu'un type de mesures parmi d'autres (les « *procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs* »), insuffisant pour exclure à lui seul un manquement à un devoir de vigilance.

Une telle approche aurait par ailleurs le mérite d'être conforme au droit européen à venir, les États membres ayant décidé d'encadrer le recours aux audits sociaux et de limiter leur portée aux termes de la future directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

### → Les audits sociaux et la future directive européenne sur le devoir de vigilance

Il y a quelques années déjà, la société civile européenne alertait sur la nécessité d'exclure expressément les audits comme preuves judiciaires adéquates de la vigilance au sein de la directive à venir<sup>(26)</sup>.

La directive, au sujet de laquelle un accord vient d'être trouvé en trilogue, prévoit que les entreprises devront, entre autres, vérifier l'exécution des engagements contractuels de leurs fournisseurs, y compris *via* des « *vérifications par des tiers* »<sup>(27)</sup>. Cependant, elle prévoit des qualificatifs garde-fous, qui nous amènent d'ailleurs à douter que les audits sociaux puissent être considérés comme tels.

Ainsi, les tiers concernés doivent être « indépendants », « objectifs », « experts », et les vérifications « appropriées » (à savoir, notamment, effectives et raisonnables au regard des risques en cause)<sup>(28)</sup>.

Compte tenu de la nature structurelle de la plupart des failles évoquées (absence d'indépendance financière et présence inévitable de conflit d'intérêts, diagnostic nécessairement limité dans le temps, absence d'effet contraignant, violations par nature indétectables, violations invisibilisées par le système de notation, absence d'analyse des causes profondes des violations), ces conditions nous amènent à penser que la possibilité que les audits soient juridiquement considérés comme des vérifications par des tiers « indépendants » et comme des mesures de vigilance « appropriées » devrait être en pratique limitée.

Par ailleurs, ces vérifications ne constituent, au mieux, qu'une mesure parmi d'autres, les entreprises étant éga-

(25) TJ Paris, 5 déc. 2023, n° 21/15827.

(26) Lettre de la société civile européenne aux décideurs européens en date du 13 septembre 2021 ; *Clean clothes campaign, ECCHR, PublicEye et SOMO* : « *Legislating human rights due diligence : respecting rights or ticking boxes ?* », jan. 2022, p. 29 ; *A piece, not a proxy*, préc., p. 45 et s.

(27) Articles 7 et 8 de la proposition de directive.

(28) Article 3 de la proposition de directive.

lement obligées de mettre en œuvre d'autres mesures appropriées comme l'adoption de plans préventifs ou correctifs, ou la modification concrète de leurs pratiques d'achat.

En tout cas, le Parlement européen a pris la précaution de préciser qu'un audit ne pourra pas, à lui seul, exonérer l'entreprise de responsabilité : « *Les entreprises qui ont participé à des initiatives sectorielles ou multipartites, à des initiatives multipartites ou à la vérification par un tiers ou à des clauses contractuelles pour soutenir la mise en œuvre d'aspects spécifiques de leurs obligations de diligence peuvent toujours être tenues pour responsables conformément au présent article* »<sup>(29)</sup>.

## Quelques pistes pour limiter l'extension illégitime de la force probante des audits sociaux en matière de respect des droits humains

Les premières décisions ci-dessus évoquées confirment l'existence d'une tendance naturelle à se fier aux appréciations des auditeurs, voire à la parole des entreprises. Ceci sans les précautions qui devraient pourtant s'imposer compte tenu des failles ci-avant rappelées et même, dans certains cas, de la superficialité des éléments produits par les entreprises<sup>(30)</sup>.

Plus ou moins consciente, elle semble pouvoir s'expliquer au moins en partie par l'ampleur des vérifications en cause.

Pour apprécier la force probante des conclusions d'un audit, les juges devront en effet s'intéresser à des considérations commerciales opérationnelles qu'ils et elles ne maîtrisent peut-être pas, telles que des politiques d'achat, les particularités d'un secteur, d'une chaîne de valeur, etc. Sans compter que la complexité et la variété des systèmes de notation utilisés peuvent rendre l'interprétation des rapports d'audits laborieuse. Autant de raisons pour lesquelles il peut être tentant d'avaliser les appréciations formulées par des tiers qui semblent mieux renseignés.

Mais cette situation accentuerait l'autorégulation et le risque de dérives y afférent. Il apparaît donc indispensable de l'éviter.

(29) Cf. l'amendement 303 adopté par le Parlement européen le 1<sup>er</sup> juin 2023, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises.

(30) En pratique, les opérations de vérifications que les entreprises peuvent qualifier elles-mêmes d'audits sont extrêmement variées. Ainsi, il est arrivé que certains des éléments documentaires fournis par une entreprise en guise de preuves de vigilance correspondent exclusivement à des comptes rendus de réunions, sans aucune démarche de contrôle ni documentaire ni sur site, ni externe ni interne.

À cette fin, plusieurs pistes de solutions semblent envisageables pour favoriser l'indépendance de la justice tout en tenant compte de la lourdeur de la tâche des magistrats.

## Le rappel des attributions du juge et l'exercice de son entier pouvoir d'appréciation

Tout d'abord, les juges pourraient envisager de rappeler leurs attributions afin de réduire l'empiètement de la part des auditeurs, qu'il soit délibéré ou non. Ces rappels pourraient tenter de contenir un glissement de plus en plus marqué : celui de l'État qui se retire de sa fonction régalienne d'inspection du travail<sup>(31)</sup> au profit d'acteurs économiques privés, corrélativement de plus en plus puissants.

En effet, en pratique, les rapports d'audit comportent des relevés *a priori* factuels<sup>(32)</sup>, longs et techniques, résumés dans le cadre d'appréciations synthétiques. Or, ce travail d'appréciation peut emporter des conséquences juridiques et appartient donc au juge et à lui seul.

En outre, il apparaît essentiel d'apprécier la fiabilité des contrôles effectués et des résultats de l'audit à l'aune d'autres sources pertinentes tenant au contexte géographique et politique, au secteur et aux types d'atteintes visées. À titre d'exemple, il semble plus facile de déceler l'absence de fiabilité d'un audit retenant une liberté syndicale totale au sein d'une usine colombienne lorsque l'on est informé du contexte de répression syndicale en place en Colombie.

## Le recours à l'expertise judiciaire

Ensuite, l'analyse d'audits sociaux pourrait donner lieu à expertise judiciaire. L'analyse d'audits nécessite en effet des compétences techniques ou opérationnelles dépassant la sphère juridique. Et ce domaine ne semble *a priori* pas moins indiqué que les terrains d'élection traditionnels de l'expertise judiciaire tels que les désordres immobiliers, les valorisations de parts sociales, ou encore les troubles psychiatriques.

L'expertise judiciaire n'est pas ici préconisée comme une panacée. Elle semblerait utile dans la mesure où elle rétablirait de l'objectivité tout en soutenant les juges sur des points opérationnels, par l'intermédiaire de professionnels ayant prêté serment et dont l'expertise aura pu être évaluée.

Ce soutien pourrait notamment porter sur :

- l'analyse du mode opératoire de l'audit (visites annoncées ou non, durée et nombre d'auditeurs par rapport à

(31) Rapport de l'ONG SOMO : "A piece, not a proxy", nov. 2022, p. 38 ; G. Delalieux, Audit et certification : une véritable industrie, Revue Projet, vol. 361, n° 6, 2017, p. 80-87.

(32) Relevés dont on rappellera que la fiabilité peut être douteuse compte tenu de l'incitation à la falsification dans certains cas et de l'intérêt de l'auditeur à satisfaire le commanditaire de l'audit dans tous les cas.

la taille de l'usine, qualifications des auditeurs, modalités des entretiens avec les travailleurs et travailleuses, association des organisations syndicales) ;

- son mode de financement (par l'entreprise donneuse d'ordre, par le fournisseur audité) ;
- le système de notation choisi par l'auditeur (hiérarchie des degrés de gravité attribués aux typologies de violations, méthode de pondération) ;
- le relevé exprès des éléments non contrôlés ou en tout cas non inclus au rapport (par exemple, relever que les politiques d'achat ne sont pas annexées au rapport d'audit, ou encore que le rapport n'identifie pas de mesures correctives ou ne précise pas si des mesures correctives précédemment recommandées ont été mises en œuvre) ;
- la mise en exergue des contrôles qui concernent les griefs allégués en l'espèce et présentent donc une pertinence accrue ;
- les analyses commerciales et/ou opérationnelles nécessaires (par exemple : faisabilité d'une commande au vu des équipements et équipes dénombrés sur place et du délai de production) ;
- la contextualisation des contrôles effectués : contextes géographique et politique, secteur concerné, type d'atteintes visées.

Ces éléments apparaissent déterminants dans l'évaluation de la pertinence d'un audit.

### La limitation expresse de la force probante des audits

Enfin, il apparaît indispensable de retenir un régime probatoire tenant compte des insuffisances structurelles et irrémédiables des audits.

Même si les pistes ci-avant décrites étaient explorées voire mises en pratique, le système resterait par exemple propice aux conflits d'intérêts. Dès lors, dans le cas où certains éléments d'un rapport d'audit apparaîtraient effectivement pertinents à une juridiction, on perçoit mal ce qui justifierait qu'on leur accorde plus de crédit qu'à un rapport d'expertise amiable produit par une partie.

En résumé, un rapport d'audit, aussi favorable qu'il puisse être, et aussi éclairé qu'un juge puisse l'être sur sa signification, ne devrait pouvoir constituer au mieux qu'une mesure parmi d'autres, pas nécessairement appropriée, et insusceptible à elle seule d'exclure un manquement à un devoir de vigilance. Manquement qui, à l'inverse, devrait pouvoir être caractérisé par des éléments établis de façon externe et indépendante à l'entreprise (journalisme d'investigation, recueil sécurisé de témoignages de personnes affectées, rapports d'ONG, etc).

Ainsi, il conviendrait, *a minima*, et comme cela se dessine dans la future directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, de rappeler que les entreprises ayant recours à des audits sont toujours susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour manquement à leur devoir de vigilance.

## Conclusion

Le caractère fondamentalement inadapté des audits comme garantie du respect des droits humains sur les chaînes de valeur mondiales est aujourd'hui bien établi.

Le propos du présent article est qu'il est nécessaire d'en tirer les conséquences juridiques, en particulier sur le plan probatoire. Et ce, dès à présent, compte tenu de la judiciarisation croissante du respect des droits humains par les entreprises.

En pratique, ces vérifications lucratives à la fiabilité érayée sont déjà automatiquement mobilisées en défense par les entreprises dont la responsabilité en matière de respect des droits humains est recherchée par voie contentieuse.

Les premières appréciations jurisprudentielles de la force probante d'audits, issues de procédures intentées sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses, nous éclairent sur les dérives à éviter.

D'un point de vue pragmatique, à défaut de pouvoir exclure les audits et les remplacer par des outils de preuve réellement indépendants et plus adaptés, il convient *a minima* de veiller à ce qu'ils bénéficient d'une force probante limitée, correspondant à leur fiabilité limitée.

Concrètement, les pistes de réponse suivantes semblent pertinentes et mobilisables :

- l'exercice par le juge de son entier contrôle sur le caractère approprié et suffisant ou non des mesures ;
- le recours à des experts et expertes judiciaires indépendants pour décrypter le contenu d'un rapport d'audit ;
- la limitation expresse de la force probante des audits à celle d'une mesure parmi d'autres, pas nécessairement appropriée, et ne permettant pas à elle seule d'exclure une responsabilité pour manquement à un devoir de vigilance.

Quelles que soient les réponses que la pratique judiciaire choisira d'élaborer, elles apparaissent en tout cas indispensables pour éviter qu'une méconnaissance des failles inhérentes aux audits aboutisse à une jurisprudence injustement préjudiciable aux droits humains. ■

# Jurisprudence commentée

RLDA 7900

## Société en formation et reprise des actes : un heureux revirement écartant un excès de formalisme

Par trois arrêts du 29 novembre 2023, la chambre commerciale opère un important revirement de jurisprudence s'agissant de la mention à observer, pour la reprise par une société immatriculée des actes conclus antérieurement à l'acquisition de la personnalité morale. Dorénavant, en cas d'inobservation de la mention « au nom » ou « pour le compte » de la société en formation, la nullité n'est plus automatique. L'acte pourra être repris si, au-delà de l'accomplissement des formalités de reprise, il est prouvé que les parties en avaient l'intention.

Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-18.295, n° 22-12.865, n° 22-21.623, B + R

Un vent de pragmatisme souffle sur la chambre commerciale, qui saisit l'opportunité d'insuffler plus de flexibilité dans l'application des règles de droit. Partant, les contractants ne pâtiront plus d'une sanction couperet en cas d'inobservation de la mention auparavant exigée, ce qui facilite la reprise d'un acte conclu antérieurement à l'immatriculation de la société<sup>(1)</sup>.

Le revirement se réalise en trois arrêts. Dans la première espèce<sup>(2)</sup>, un bail avait été consenti à une société « en cours de formation » et ses associés « agissant conjointement et solidairement entre eux ». La deuxième espèce<sup>(3)</sup> concernait un bail commercial, conclu en la forme authentique, lequel stipulait que le contrat liait « la société en formation *Bypa* », laquelle était « en cours

d'identification au SIREN ». Il poursuivait en indiquant que « la présente opération est réalisée au nom et pour le compte de la société en formation dans le cadre des dispositions des articles L. 210-1 à L. 210-9 du Code de commerce et de celle du décret no 67-236 du 23 mars 1967 ». La dernière espèce<sup>(4)</sup> était relative à une promesse de cession de parts en faveur d'une société, laquelle avait été constituée antérieurement à l'avant-contrat, mais immatriculée postérieurement à celui-ci. Au-delà de la diversité des situations factuelles, ces espèces possédaient un trait commun : l'acte stipulait qu'il était conclu « par » la société en formation, structure qui était pourtant dépourvue de personnalité juridique à sa date de conclusion.

Dans la première espèce, le bailleur contestait la validité de l'acte au motif que « le bail commercial conclu par une société en formation et par ses associés fondateurs,



Sandrine  
TISSEYRE  
Agrégée des  
Facultés de droit,  
Professeur de droit  
privé,  
Université Toulouse  
Capitole, Institut  
de droit privé (EA  
1920)

(1) Sur ces arrêts déjà remarqués : B. Dondero, Société en formation : enfin le formalisme recule !, JCP E déc. 2023, 1365.

(2) Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-18.295.

(3) Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-12.865.

(4) Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-21.623.

lesquels n'ont pas indiqué agir au nom de celle-ci, est nul à l'égard de la société et ne peut être repris ». Les juges du fond considèrent le contrat comme valablement formé. Une même solution avait été adoptée dans la troisième espèce, concernant la société holding. En revanche, dans la deuxième affaire, l'arrêt *Bypa*, l'approche traditionnelle fut adoptée et le bail déclaré nul. Une dissonance existait parfois entre les cours d'appel, certaines s'étant opposées à la solution classiquement retenue par la Cour de cassation.

Il revenait à la Haute juridiction d'offrir un éclairage sur son souhait de maintien de sa jurisprudence antérieure, dont l'opportunité était de plus en plus débattue en pratique et en doctrine. L'absence de mention « au nom » ou « pour le compte de la société en formation » prive-t-elle la société, postérieurement immatriculée, du bénéfice de la reprise ?

Prenant leurs distances avec la solution jusqu'alors retenue, les juges du quai de l'Horloge décident qu'il « apparaît possible et souhaitable de reconnaître désormais au juge le pouvoir d'apprécier souverainement, par un examen de l'ensemble des circonstances, tant intrinsèques à l'acte qu'extrinsèques, si la commune intention des parties n'était pas que l'acte fût conclu au nom ou pour le compte de la société en formation ». La formulation des trois arrêts est identique tant sur l'explication du droit antérieur, sur ses fondements, que sur l'opportunité d'adopter une solution nouvelle. Promus aux honneurs d'une publication au bulletin, mais aussi au Rapport, les arrêts du 29 novembre 2023 sont sans nul doute d'importance.

L'automatisme de la nullité en cas d'inobservation du formalisme est, en premier lieu, écartée. Ce faisant, le revirement est certain. En second lieu, les conditions de fond de la reprise sont posées. Ne tenant plus au formalisme, elles procèdent de la volonté des contractants.

## L'abandon de la nullité en cas d'inobservation du formalisme de la mention

La Cour de cassation est longtemps restée attachée à une position marquée par un excès de formalisme : aucun acte ne pouvant être valablement conclu « par » une société inexistante, ils encourageaient la nullité. Dorénavant, la maladresse rédactionnelle ne compromet plus irrémédiablement la validité de l'acte.

### La solution traditionnelle : la nullité des actes conclus « par » une société inexistante

Il est assez fréquent que le projet sociétaire débute avant même l'immatriculation de la société. Ce faisant un régime idoine fut élaboré. Les articles 1843 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce permettent, sous condition, la reprise de l'acte conclu antérieurement à l'im-

matriculation<sup>(5)</sup>. Pour ce faire, la société doit tout d'abord avoir acquis la personnalité morale, en raison de l'immatriculation. L'acte doit, ensuite, porter la trace de la possible substitution. Il doit avoir été conclu par un associé ou toute autre personne et « au nom » ou « pour le compte de la société en formation ». Enfin, l'une des trois modalités de reprise - annexe de l'acte aux statuts, mandat spécial, décision d'Assemblée - doit avoir été observée<sup>(6)</sup>.

Ce mécanisme est d'exception. L'article 1842 en atteste : « Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations »<sup>(7)</sup>. Par application de l'article 1128 du Code civil, trois conditions de validité sont exigées : le consentement, la capacité, et un contenu certain et licite. À défaut d'immatriculation, et donc de personnalité morale, la société n'est au mieux qu'un contrat, elle ne bénéficie d'aucune capacité juridique.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé, à maintes reprises, que l'acte conclu « par » une société en formation était nul<sup>(8)</sup>. La nullité étant absolue<sup>(9)</sup>, elle est insusceptible de confirmation<sup>(10)</sup> ou de régularisation. Dans un même ordre d'idées, sur le plan procédural, un appel relevé au nom d'une société en formation est entaché d'une irrégularité de fond, ne pouvant être couverte par l'immatriculation avant l'appel<sup>(11)</sup>. La sévérité de la solution tenait aussi à son

- (5) Sur la reprise, V. not. : P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2023, n° 344 et s. ; M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, Lexisnexis, 35<sup>e</sup> éd., 2023, n° 328 et s. ; J. Heinich, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2023, n° 126 et s.
- (6) Pour un arrêt, qui reste isolé, ayant assoupli ces modalités en admettant le plein effet d'une clause de substitution : Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-28.127, RDC sept. 2020, p. 62, note J. Heinich ; Gaz. Pal. 23 juin 2020, p. 52, note A. Dalion ; BJS mai 2020, p. 13, note M. Buchberger ; Dr. Soc. 2020, comm. 91, note R. Mortier ; Dalloz 2020, 1023, note S. Tisseyre. Les arrêts du 29 novembre 2023 ne concernent pas les modalités de reprise, la jurisprudence de la Cour de cassation fera donc l'objet d'attention pour savoir si cette flexibilité sur le fond - la mention - sera suivie d'un assouplissement des exigences eu égard aux formes imposées pour la reprise.
- (7) C. civ., art. 1842, al. 2.
- (8) V. not. : Cass. com., 17 juill. 2001, n° 99-19.576, BJS 2001, p. 1267, obs. P. Scholer ; Cass. com., 2 mai 2007, n° 05-14.071 ; Cass. com., 2 févr. 2010, n° 09-13.405 ; Cass. com., 21 févr. 2012, n° 10-27.630, Dr. Soc. 2012, n° 58, obs. R. Mortier ; Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-26.158, BJS 2014, p. 67, note A. Constantin ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 sept. 2017, n° 16-20.903, BJS 2018, p. 26, note Th. de Ravel d'Esclapon, Dr. Soc. 2018, comm. 41, note R. Mortier ; Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-15.386, BJS 2019, p. 6 note J.-F. Barbiéri.
- (9) Cass. com., 22 mai 2001, n° 03-19.429 ; Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-19.429 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 oct. 2011, n° 10-12.072, n° 10-15.076, du même jour n° 10-12.070 et n°10-15.071 et plus largement sur les neuf arrêts rendus dans le même sens ce jour-là par la troisième chambre civile : BJS 2011, p. 948, note P. Le Cannu ; Gaz. Pal. 12 mai 2012, p. 21, obs. B. Dondero ; Cass. com., 21 oct. 2014, n° 13-22.428, Dr. Soc. 2015, comm. 23, note R. Mortier.
- (10) C. civ., art. 1180.
- (11) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 mars 2021, n°19-22.829, Rev. Soc. 2022, p. 180, note V. Thomas.

large champ. Toutes les hypothèses dans lesquelles une société non immatriculée apparaissait être la contractante étaient traitées uniformément. Dès lors, l'indication - comme l'une des espèces le mettait en valeur - que la société était en cours d'immatriculation était indifférente<sup>(12)</sup>.

C'est avec cette position traditionnelle que la Cour de cassation rompt.

## La solution nouvelle : la possible validité de l'acte

La Cour de cassation opère un revirement qu'elle prend le soin d'expliquer, par le biais d'une motivation enrichie. Le formalisme traditionnel de la mention de l'acte est rappelé. « *La Cour de cassation juge depuis de nombreuses années que ne sont susceptibles d'être repris par la société après son immatriculation que les engagements souscrits "au nom" [Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-19.742 ; Cass. com., 21 févr. 2012, n° 10-27.630, Bull. n° 4 ; Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-26.158], ou "pour le compte" [Cass. com., 11 juin 2013, n° 11-27.356 ; Cass. com., 10 mars 2021, n° 19-15.618] de la société en formation, et que sont nuls les actes passés par la société, même s'il ressort des mentions de l'acte ou des circonstances que l'intention des parties était que l'acte était accompli en son nom ou pour son compte [Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 oct. 2011, n° 09-72.855 ; Cass. com., 21 févr. 2012, n° 10-27.630, Bull. n° 4 ; Cass. com., 19 janv. 2022, no 20-13.719] »<sup>(13)</sup>.*

Les buts de ce formalisme sont ensuite expliqués<sup>(14)</sup>. Le premier tient à la protection du tiers, qui ne doit pas être surpris par un changement de contractant, et donc de débiteur. Le second promeut la protection du signataire de l'acte, qui en prenant le soin d'indiquer la mention réalise corrélativement que l'absence de reprise l'engage personnellement.

Les raisons du revirement sont ainsi abordées, tant sur le plan technique que sur celui de l'opportunité. Les articles 1843 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce ouvrent une possibilité de reprise, laquelle doit être indiquée, l'acte étant conclu « au nom » de la société en formation. Pour autant, aucun de ces articles ne prescrit une mention particulière, à peine de nullité. La chambre commerciale le relève d'ailleurs<sup>(15)</sup>. La protection du tiers sera suffisante, si celui-ci est informé

de la possibilité de substitution de la personne morale immatriculée. Quant au signataire de l'acte, l'assouplissement de la solution initialement retenue favorise la reprise et donc sa libération. Si rien au regard des dispositions légales ne justifiait l'excès de formalisme, il est en outre opportun de s'en départir. C'est ce qu'indique la Cour en faisant référence à son caractère « souhaitable ». Plus encore, alors que le formalisme avait initialement pour but de favoriser la sécurité juridique, il pouvait à l'inverse la fragiliser lorsqu'il était invoqué de manière opportuniste.

Certes, la jurisprudence avait parfois timidement fait preuve de souplesse. La régularisation d'une assignation délivrée au nom d'une société en formation avait été admise<sup>(16)</sup>, de même que la reprise d'un engagement souscrit par voie d'adjudication<sup>(17)</sup>. Ces décisions restaient toutefois très isolées, et la chambre commerciale n'avait pas cédé à l'infléchissement<sup>(18)</sup>.

L'absence de nullité absolue du fait de l'inobservation d'une mention ouvre des perspectives quant à la validité de l'acte, et donc sa reprise. La Cour de cassation la conditionne à une exigence : celle de la commune intention des parties.

## De la validité conditionnée à la commune intention des parties

La validité de l'acte, et donc la possible reprise, est tributaire de la volonté des parties. Leur commune intention que l'acte soit repris, par la société une fois immatriculée, est cardinale. Si la nullité automatique de l'acte est écartée, le risque de voir poindre une telle sanction ne l'est pas, ce qui doit induire une certaine vigilance des rédacteurs d'actes.

## La recherche exigée de la commune intention des parties

La nullité pourra être évitée si « *la commune intention des parties* » était « *que l'acte fût conclu au nom ou pour le compte de la société en formation, et que cette société puisse ensuite, après avoir acquis la personnalité juridique, décider de reprendre les engagements souscrits* »<sup>(19)</sup>. Plusieurs enseignements sont à déduire de cette formulation.

(12) Cass. com., 10 févr. 2021, n° 19-10.006, BJS mai 2021, p. 32, note T. de Ravel d'Escalpon ; JCP E. 2022, n° 1139, n° 1, obs. J.-Chr. Pagnucco ; Cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-13.719, Dr. Soc., avr. 2022, n° 39, note R. Mortier (l'arrêt écarte toute possibilité de location fautive d'acte valable).

(13) Cass. com., n° 22-18.295, Cass. com., n° 22-21.623, § 7 et Cass. com., n° 22-12.865, § 6.

(14) Cass. com., n° 22-18.295, Cass. com., n° 22-21.623, § 8 et 9 et Cass. com., n° 22-12.865, § 7 et 8.

(15) Cass. com., n° 22-18.295, Cass. com., n° 22-21.623, § 10 et Cass. com., n° 22-12.865, § 9.

(16) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 oct. 1996, n° 93-10.225 ; RJ Com., 1998, p. 16, note D. Velardocchio.

(17) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 déc. 2002, n° 00-20.250, BJS 2003, p. 483, note B. Saintourens ; JCP E. 2003, p. 483, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

(18) V. not. : Cass. com., 14 juin 2000, n° 98-10.617, Cass. com., 23 nov. 2010, n° 07-21.936 et n° 07-21.939.

(19) Cass. com., n° 22-18.295, Cass. com., n° 22-21.623, § 10, et Cass. com., n° 22-12.865, § 9.

Tout d'abord, le formalisme cède pour une appréciation *in concreto* de la volonté des parties : plus d'automatisme, mais un contrôle au cas par cas. Il incombe, en cas de « rédaction défectueuse »<sup>(20)</sup>, aux juges du fond de rechercher au regard des circonstances quelle était la volonté des contractants. Le périmètre de l'analyse de l'intention est large. La Cour de cassation précise que l'analyse porte sur la mention erronée elle-même, « élément intrinsèque », mais aussi tous les éléments « extrinsèques ». Cela sera, par exemple, les échanges de documents résultant des négociations.

Quels éléments sont ensuite requis pour attester au vu des éléments intrinsèques ou extrinsèques de la volonté des parties ? Deux conditions, qui semblent cumulatives, sont posées. Il reviendra aux juges de vérifier si l'acte était conclu au nom ou pour le compte de la société en formation ; et que les parties envisageaient sa reprise.

Enfin, en utilisant un pluriel, la commune intention « des parties », le regard n'est pas uniquement porté vers le signataire de l'acte agissant pour le compte de la société en formation. L'intention du cocontractant est également prise en considération. Ce faisant, celui-ci ne sera pas surpris par la substitution de partie, puisque dès l'acte, il a voulu, accepté, l'éventualité d'une reprise. La sécurité juridique s'en trouve favorisée. L'acte peut exister, sans pour autant que la volonté du cocontractant soit dupée. L'un des arrêts du 29 novembre 2023 nous offre une illustration. La teneur des correspondances produites, qui ne souffre pas d'ambiguïté, atteste que le cocontractant avait été informé que la signature de l'acte s'inscrivait dans une perspective de création sociétariaire et que le signataire « agissait pour le compte d'une société en formation »<sup>(21)</sup>.

Si le revirement est louable, en ce qu'il offre plus de souplesse et ne sanctionne pas injustement d'éventuelles erreurs de plume, il ne permet cependant pas de s'assurer de la validité de l'acte, laquelle est conditionnée à l'appréciation des circonstances. Dès lors, il faut continuer en pratique de se prémunir du risque lié à la recherche de la commune intention des parties.

### Le risque lié à la recherche de la commune intention des parties

La recherche et l'appréciation des circonstances ouvriront un certain aléa. Jusqu'à la décision judiciaire, le sort de l'acte portant en son sein la mention « défectueuse » sera incertain. Or, certaines de ces conventions sont cardinales pour l'activité.

Plus encore, cet examen des circonstances relèvera, ainsi que l'indiquent les arrêts du 29 novembre 2023, du « pouvoir souverain d'appréciation ». En somme, sauf grief de dénaturation - rare dans le domaine des contrats d'affaires - la Cour de cassation ne proposera pas des lignes directrices quant aux mentions permettant de purger l'irrégularité.

Dès lors, en dépit de cette solution bienvenue, une certaine prudence demeure. Pour que le signataire, le cocontractant, ou la société en formation par le biais de ses associés fondateurs, soient assurés de la validité de l'acte, et donc de la possibilité de reprise, peut-être faut-il se garder de latitudes rédactionnelles, et continuer à stipuler que l'acte est conclu par le signataire, mais « *au nom et pour le compte de la société en formation* ». S'il n'est pas certain que *per se* la mention écarte la nullité, il apparaîtra malaisé de démontrer que, malgré son respect, les parties n'entrevoyaient pas de reprise.

En somme, les arrêts du 29 novembre 2023 posent une solution attendue, qui cristallise un changement important : eu égard à la condition tenant à l'acte, en matière de reprise des actes, le fond - l'intention - prime la forme - le contenu de la mention. ■

(20) Cass. com., n° 22-18.295, § 12 et Cass. com., n° 22-12.865, § 11. L'arrêt n° 22-21.623 indique, quant à lui, une mention impropre, § 12.

(21) Cass. com., n° 22-21.623, § 11.

RLDA 7901

## Actualité en matière de clause nulle ou réputée non écrite d'un bail commercial et concernant l'application dans le temps de la réforme « Pinel »



Martin BINDER  
Avocat à la Cour,  
Simmons &  
Simmons LLP

Par trois arrêts du 16 novembre 2023<sup>(1)</sup>, la troisième chambre civile de la Cour de cassation est venue confirmer et compléter le régime de l'imprescriptibilité de l'action tendant à voir réputée non écrite certaines clauses d'un bail commercial en donnant des précisions sur l'application dans le temps de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, dite loi « Pinel », entrée en vigueur le 20 juin 2014, dont est issue cette sanction.



Gaëtan DEFER,  
Elève Avocat

### Brève présentation des arrêts commentés<sup>(1)</sup>

Les faits qui ont donné lieu aux trois arrêts commentés étaient très similaires : trois baux commerciaux avaient été conclus pour la location de résidences de tourisme, entre 2002 et 2003. Ces trois baux contenaient une clause de renonciation par le locataire au paiement d'une indemnité d'éviction.

Les baux commerciaux en cause n'avaient pas été renouvelés à leur échéance. Par suite, les congés respectifs suivants avaient été donnés aux locataires :

- le 28 juin 2013, avec prise d'effet au 31 décembre 2013<sup>(2)</sup> ;
- le 19 mars 2014, avec prise d'effet au 30 septembre 2014<sup>(3)</sup> ;
- le 23 septembre 2014, avec prise d'effet au 31 mars 2015<sup>(4)</sup>.

En 2015 et 2016, les locataires ont fait délivrer trois assignations à leurs bailleurs

demandant, entre autres, d'écarter l'application de la clause de renonciation à l'indemnité d'éviction, en ce qu'elle devait être jugée comme contraire au droit au renouvellement du bail commercial et à une indemnité d'éviction, consacré par l'article L. 145-15 du Code de commerce.

Saisie de trois pourvois formés contre trois arrêts de la cour d'appel de Poitiers, la Cour de cassation a retenu dans les trois espèces commentées les solutions suivantes :

- dans le cadre du pourvoi n° 22-14.089, elle a rejeté les moyens soulevés par le locataire et a confirmé la prescription de son action en nullité de la clause de renonciation à l'indemnité d'éviction sans appliquer la sanction du réputé non écrit, en présence d'un bail commercial ayant pris fin avant l'entrée en vigueur de la loi *Pinel* du 18 juin 2014.
- dans le cadre des pourvois n° 22-14.046 22-14.090 et n° 22-14.091, la Cour de cassation a cassé et annulé partiellement les arrêts de la cour d'appel de Poitiers. Elle a confirmé l'application de la sanction du réputé non écrit issue de la loi *Pinel*, non soumise à prescription, à des clauses de renonciation à indemnité d'éviction contenue dans des baux en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi *Pinel* ; mais les a cassés pour le reste, notamment en ce qu'ils ont ac-

(1) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.089 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.046 22-14.090 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.091.

(2) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.089.

(3) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.046 et 22-14.090.

(4) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.091.

cueilli la demande en garantie formée par les propriétaires-bailleurs contre les notaires impliqués dans les actes contenant des clauses jugées non écrites.

## État du droit antérieur à ces arrêts

Par principe, le locataire partie à un bail commercial bénéficie d'un droit au renouvellement et à une indemnité en cas d'éviction. Ce droit est d'ordre public, en ce que toute clause venant y déroger est sanctionnée par les dispositions spéciales propres au statut des baux commerciaux.

Avant l'entrée en vigueur de la loi *Pinel* de 2014, toutes clauses, stipulations ou arrangements faisant échec au droit au renouvellement (et par conséquent à la perception d'une indemnité d'éviction) étaient « *nuls et de nul effet* »<sup>(5)</sup>.

La loi *Pinel* entrée en vigueur le 20 juin 2014<sup>(6)</sup> est venue renforcer ce principe en substituant à la nullité la sanction du réputé non écrit, introduite dans le nouvel article L. 145-15 du Code de commerce.

Ce changement a conduit à un fort durcissement du régime de sanction : alors qu'en application de l'article L. 145-60 du Code de commerce, l'action en nullité se prescrivait par deux ans à compter de la conclusion ou du renouvellement du bail commercial<sup>(7)</sup>, la sanction du réputé non écrit est imprescriptible. Ce changement d'équilibre a fortement impacté le régime des baux commerciaux.

En effet, bien que la Cour de cassation soit venue préciser que la sanction du réputé non écrit « *ne s'appliquait pas aux procédures en cours* »<sup>(8)</sup> et que « *c'est l'enrôlement de l'assignation qui introduit l'action en justice et qui détermine la loi applicable à cette date* »<sup>(9)</sup>, elle a aussi précisé dans un arrêt publié au bulletin du 19 novembre 2020 que la nouvelle sanction du réputé non écrit « *est applicable aux baux en cours* »<sup>(10)</sup>.

Face à cette jurisprudence et au caractère imprescriptible de la sanction du réputé non écrit, certains plaideurs ont tenté de soulever une question prioritaire de constitutionnalité en invoquant la violation des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui protègent notamment le droit à la propriété, le principe de liberté contractuelle et le droit à la sécurité juridique. Cependant, la Cour de cassation n'a pas vu dans leur moti-

vation de raisons suffisantes pour renvoyer la QPC propre à la substitution de la sanction du réputé non écrit au Conseil constitutionnel, jugeant que la question ne présentait pas un « *caractère sérieux* »<sup>(11)</sup>.

C'est dans cet état du droit et de la jurisprudence qu'ont été rendus les trois arrêts analysés.

## Apports des trois arrêts commentés

Une question résiduelle restait à trancher : la sanction du réputé non écrit devait-elle être appliquée en cas de congé délivré avant l'entrée en vigueur de la loi *Pinel* mais ayant une date d'effet postérieure ?

C'est précisément ce que viennent clarifier les trois arrêts rendus le 16 novembre 2023, après une réaffirmation des principes déjà reconnus précédemment et notamment évoqués ci-avant.

### Confirmation du nouveau régime de l'article L. 145-15 du Code de commerce

Les trois arrêts commentés viennent confirmer le mouvement jurisprudentiel initié en 2020 en rappelant, par une motivation constante, que la loi *Pinel*, et la nouvelle sanction du réputé non écrit prévue à l'article L. 145-15 du Code de commerce est applicable dès l'entrée en vigueur de la loi *Pinel*, le 20 juin 2014, aux baux commerciaux en cours, et réaffirment l'imprescriptibilité de l'action tendant à voir réputée non écrite une clause du bail commercial<sup>(12)</sup>.

### Confirmation de l'interprétation stricte de l'obligation de conseil du notaire

Les arrêts n° 22-14.046 22-14.090 et 22-14.091 présentent aussi un autre apport concernant l'obligation de conseil du notaire, dégagée par la jurisprudence sur le fondement de la responsabilité civile<sup>(13)</sup>.

(5) Ancien article L. 145-15 du Code de commerce.

(6) Sauf aménagement exprès.

(7) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 juin 2017, n° 16-15.010 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 juin 2018, n° 16-17.939 et Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 juin 2019, n° 18-13.665.

(8) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 juin 2017, n° 16-15.010 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 juin 2018, n° 16-17.939.

(9) CA Paris, 28 févr. 2018, n° 16/13779.

(10) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 nov. 2020, n° 19-20.405.

(11) Cass. 3<sup>e</sup> civ., QPC, 8 juill. 2021, n° 20-17.691 et n° 21-11.169 : « *Une telle limitation à la liberté contractuelle est justifiée par la nécessité de protéger les locataires de clauses qui étaient déjà contraires à l'ordre public antérieurement à la loi du 18 juin 2014 et dont les parties ne peuvent avoir légitimement prévu le maintien.* ».

(12) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.046 22-14.090 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.091 : « *Il résulte de l'article 2 du Code civil que la loi nouvelle régit les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées. La loi no 2014-626 du 18 juin 2014, qui, en ce qu'elle a modifié l'article L. 145-15 du Code de commerce, a substitué, à la nullité des clauses ayant pour effet de faire échec au droit au renouvellement, leur caractère réputé non écrit, est applicable aux baux en cours et l'action tendant à voir réputée non écrite une clause du bail n'est pas soumise à prescription (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 nov. 2020, n° 19-20.405, publié au Bulletin). Dès lors, quand bien même la prescription de l'action en nullité des clauses susvisées était antérieurement acquise, la sanction du réputé non écrit est applicable aux baux en cours.* ».

(13) Ancien article 1382 du Code civil, désormais 1240.

La Cour de cassation vient confirmer une approche stricte de la responsabilité du notaire et de l'étendue de son obligation de conseil : le notaire n'a pas d'obligation de conseil concernant l'opportunité économique d'un bail commercial pour lequel il n'a pas apporté son concours, ni d'obligation de mise en garde sur les risques d'annulation de clauses contenues dans le bail commercial qui sont sans incidence sur la validité ou l'efficacité de la vente qu'il instrumentait<sup>(14)</sup>.

La Cour de cassation ferme donc la porte à une demande en garantie qui aurait pu entraîner des conséquences importantes sur l'activité des notaires, en leur imposant des recherches approfondies sur les tenants et les aboutissants des actes annexes pour lesquels ils n'apportent pas directement leur concours.

## Compléments sur le régime d'imprescriptibilité de l'action tendant à voir réputées non écrites certaines clauses d'un bail commercial

S'agissant de la date exacte à prendre en compte pour déterminer si un bail commercial était encore en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi *Pinel*, la Cour de cassation considère que la date de prise d'effet du congé est celle à retenir (et non la date de délivrance du congé).

Dans l'arrêt n° 22-14.046 22-14.090, la Cour estime que le bail commercial était encore en cours au motif que le congé, bien que délivré le 19 mars 2014, avant l'entrée en vigueur de la loi *Pinel*, n'avait pris effet qu'après cette date, au 30 septembre 2014. Les deux autres arrêts commentés étaient moins originaux en ce que congé et effet du congé étaient tous deux antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi *Pinel*. Il est d'ailleurs surprenant que ce ne soit pas l'arrêt n° 22-14.046 22-14.090 qui ait été publié au bulletin.

## Critique des solutions retenues

Même si cette solution s'inscrit dans la lignée des arrêts ayant précisé que la loi *Pinel* s'appliquait aux situations juridiques « non définitivement réalisées », il n'en demeure

pas moins qu'il s'agit d'un nouveau coup de canif porté à la liberté contractuelle en matière de baux commerciaux qui va dans le sens des locataires (alors que l'imprescriptibilité de la sanction nouvelle était déjà orientée en ce sens, comme le révèlent les travaux parlementaires propres à cet aspect de la loi *Pinel*)<sup>(15)</sup>.

Il aurait été peut-être adapté que la Cour de cassation assouplisse la mise en œuvre de cette modification pour les baux ayant été dénoncés par congé avant l'entrée en vigueur de la loi *Pinel*, même s'ils avaient des effets postérieurs.

En tout état de cause, ces arrêts doivent attirer l'attention des praticiens lorsque des baux commerciaux étaient encore en cours au moment où le congé a été délivré mais dont l'effet a été postérieur au 20 juin 2014 : en effet et pour ces baux commerciaux précis, même si la prescription de l'action en nullité était antérieurement acquise, la sanction du réputé non écrit peut être invoquée par les locataires sans qu'une prescription ne puisse leur être opposée, en application de la loi *Pinel*.

La question plus large qui se pose aussi est celle de la possibilité pour le locataire d'avoir renoncé, après la conclusion du bail commercial, à son droit au renouvellement. En effet, dans un arrêt de 2006<sup>(16)</sup>, la Cour de cassation avait retenu qu'il était possible à un locataire de renoncer à ce droit postérieurement à la conclusion du bail commercial, notamment en ne s'opposant pas au congé délivré par le bailleur et en quittant volontairement les lieux loués au terme du bail sans demander le paiement d'une indemnité d'éviction. La Cour de cassation faisait référence alors à l'ordre public de protection pour justifier sa décision.

Cependant, il est possible de considérer que cette jurisprudence a été remise en cause par l'entrée en vigueur de la loi *Pinel*, qui aurait remplacé l'ordre public de protection par un ordre public de direction auquel il n'est donc plus possible de déroger. Le passage à l'ordre public de direction justifierait ainsi l'imprescriptibilité de l'action en réputé non écrit. Certains auteurs voient dans un arrêt de 2022<sup>(17)</sup>, le revirement de la Cour de cassation sur la portée du principe du droit au renouvellement. Les trois arrêts de 2023 semblent aller dans le même sens. ■

(14) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.046 22-14.090 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2023, n° 22-14.091 : « En statuant ainsi, alors que le notaire n'était pas tenu d'une obligation de conseil concernant l'opportunité économique d'un bail commercial conclu par les acquéreurs sans son concours, ni de les mettre en garde sur le risque d'annulation d'une clause de ce bail qui était sans incidence sur la validité et l'efficacité de l'acte de vente qu'il instrumentait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

(15) Cf. Avis Sénat n° 446, 2013-2014, Nicole Bonnefoy, page 20 : « Cette suppression de la prescription biennale pour une réputation non écrite se fait au bénéfice d'une plus grande protection des droits du locataire ».

(16) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 mai 2006, n° 05-15.151.

(17) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 avr. 2022, n° 21-10.375.

