

# **International Journal of Doctrine, Judiciary, and Legislation**

Volume 2, Issue 2, 2021

Print ISSN: 2682-4213

Online ISSN: 2682-4221

## **Quelques Evolutions Recentes du Droit Français des Affaires**

DOI: 10.21608/IJDJL.2021.209962

Pages 483 - 510

**Jacques Mestre**

Doyen Honoraire de la Faculté de droit d'Aix-Marseille Président de  
l'Association Française des Docteurs en Droit

**Correspondance :** Jacques Mestre, Doyen Honoraire de la Faculté de droit d'Aix-Marseille Président de l'Association Française des Docteurs en Droit.

**E-mail:** jacquesmestre81@gmail.com

**Citation :** Jacques Mestre, Quelques Evolutions Recentes du Droit Français des Affaires, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 2, Issue 2, 2021, Pages (483 - 510)

المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع

المجلد ٢ ، العدد ٢ ، ٢٠٢١

## بعض التطورات الأخيرة في قانون الأعمال الفرنسي

معرف الوثيقة الرقمية: 10.21608/IJDJL.2021.209962

الصفحات ٤٨٣ - ٥١٠

جاك ميستر

العميد الفخري لكلية الحقوق - جامعة أكس مارسيليا (فرنسا) رئيس الجمعية الفرنسية لحاملي  
الدكتوراه في القانون

المراسلة: جاك ميستر ، العميد الفخري لكلية الحقوق - جامعة أكس مارسيليا (فرنسا) رئيس  
الجمعية الفرنسية لحاملي الدكتوراه في القانون.

البريد الإلكتروني: jacquesmestre81@gmail.com

نسق توثيق المقالة: جاك ميستر ، بعض التطورات الأخيرة في قانون الأعمال الفرنسي ،  
المجلة الدولية للفقہ والقضاء و التشريع ، المجلد ٢ ، العدد ٢ ، ٢٠٢١ ، صفحات (٤٨٣ - ٥١٠)

## Abstract

Je propose aux lecteurs de revenir sur quelques évolutions récentes qu'a connues le droit français des affaires. Je les ordonnerai de manière très classique en distinguant celles découlant de réformes législatives (I) et celles résultant de prises de position jurisprudentielles (II).

Dans la partie (I), la principale réforme que j'évoquerai est celle relative au droit commun des contrats, qui a été profondément remanié par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 (A). Mais je dirai aussi quelques mots d'une importante évolution qu'a connue le droit commun des sociétés, sur la base de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 (B).

Dans la partie (II), Pour s'en tenir à quelques points importants, on présentera ici successivement les solutions récemment retenues : à propos de la protection de l'intérêt social en droit des sociétés (A) ; dans l'important débat entre promotion de la transparence et défense du secret des affaires (B) ; et, enfin, sur la question de la réparation des préjudices économiques (C).

**Mots clés: Droit des affaires, reformes législatives, jurisprudence, droit des contrats, droit des sociétés.**

## المملخص

اقترح هنا علي القراء تناول بعض التطورات الحديثة في قانون الاعمال الفرنسي، و التي سأقوم باستعراضها بطريقة تقليدية للغاية، و ذلك من خلال التمييز بين تلك الناتجة عن التعديلات التشريعية (أ) و الأخرى التي كانت نتاج الأحكام القضائية (ب)

في الجزء الأول فإن التعديل الأساسي الذي سأركز عليه هو ذلك المتعلق بقانون العقود و ما أدخل عليه من تعديلات جوهرية بموجب القانون رقم ٢٠١٨-٢٨٧ بتاريخ ٢٠ - ٤ - ٢٠١٨ (أ). إضافة الي ذلك سأتناول أيضا و بإيجاز، تطور هام لحق بقانون الشركات رقم ٢٠١٩-٤٨٦ بتاريخ ١٢-٥-٢٠١٩(ب).

في الجزء الثاني، و بقصد الاقتصار على إبراز بعض المسائل الهامة، سأعرض تباعا للحلول التي تم اعتمادها حديثا بشأن : (أ) حماية مصلحة الشركة في ضوء قانون الشركات (ب) النقاش الهام بين تعزيز الشفافية من ناحية، و المحافظة على سرية الأعمال من ناحية أخرى (ج) و أخيرا، إشكالية تعويض الضرر الاقتصادي.

**الكلمات المفتاحية : قانون الأعمال، تعديلات تشريعية، أحكام قضائية، قانون العقود، قانون الشركات.**

Au début de cette chronique, je tiens à dire combien je suis honoré et heureux de pouvoir participer à cette prestigieuse revue égyptienne et souhaite exprimer toute ma reconnaissance à ses responsables pour la confiance qu'ils m'ont accordée.

Une très grande liberté m'ayant été donnée dans le choix des thèmes, je propose aux lecteurs de revenir sur quelques évolutions récentes qu'a connues le droit français des affaires. Je les ordonnerai de manière très classique en distinguant celles découlant de réformes législatives (I) et celles résultant de prises de position jurisprudentielles (II).

## **I. REFORMES LEGISLATIVES**

La principale réforme que j'évoquerai est celle relative au droit commun des contrats, qui a été profondément remanié par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 (A). Mais je dirai aussi quelques mots d'une importante évolution qu'a connue le droit commun des sociétés, sur la base de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 (B).

### **A. LA REFORME DU DROIT COMMUN DES CONTRATS**

Le droit français des contrats, renfermé dans le Code civil, n'avait guère été modifié depuis 1804. Et c'est donc la jurisprudence qui s'était, depuis deux siècles, efforcée de résoudre les problèmes nouveaux que la vie économique et sociale avait fait naître. Mais ces efforts avaient montré leurs limites, et le droit français avait ainsi progressivement perdu en clarté et donc en attractivité internationale. Aussi une réforme d'ampleur était-elle attendue depuis longtemps, et c'est celle qu'a opérée une ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, ratifiée ensuite par le Parlement à travers la loi n°2018-287 du 20 avril 2018.

De façon générale, cette réforme a simplifié le plan du livre III du Code civil, qui n'était pas, il faut bien le reconnaître, un modèle de lisibilité. En particulier, elle a modifié les titres III à IV bis de ce livre, pour les consacrer respectivement aux différentes sources d'obligations, au régime général des obligations, et à la preuve des obligations. Ainsi le titre III du Livre III s'intitule désormais « Des sources d'obligations », et accueille les nouveaux articles 1100 à 1303-4 ; le titre IV est dénommé « Du régime général des obligations » et comprend les articles 1304 à 1352-9. Quant au titre IV bis « De la preuve des obligations », il regroupe les articles 1353 à 1386-1.

A la différence de certains projets européens, la réforme française n'a pas opté pour un chapitre préliminaire qui aurait été consacré à l'édition de principes directeurs. Néanmoins, se trouvent formulées quelques dispositions préliminaires, qui inspireront sans doute dans le futur les juges confrontés à des questions de droit contractuel. Ainsi, l'article 1102 affirme

le principe de la liberté contractuelle, en précisant que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi » et en ajoutant cependant, sans surprise, que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Puis l'article 1103 réutilise, pour énoncer le principe de la force obligatoire du contrat, les termes de l'ancien article 1134 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », tandis que l'article 1104 élargit, pour sa part, le champ de l'exigence de bonne foi en précisant que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

Au-delà de ces dispositions générales, la réforme de 2018, applicable aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> octobre 2018, renferme toute une série de dispositions plus particulières, qui intéressent notamment, de façon directe, les contrats d'affaires, c'est-à-dire ceux qui sont conclus entre deux professionnels. On présentera ici les principales d'entre elles, en montrant que, dans un souci général d'équilibre, cette réforme s'est efforcée de concilier rigueur (1<sup>o</sup>) et justice contractuelle (2<sup>o</sup>).

**1<sup>o</sup>) La rigueur, tout d'abord, se trouve principalement illustrée par trois dispositions nouvelles :**

**a) La primauté de l'exécution forcée.**

L'ancien article 1142 du Code civil qui continuait à privilégier la simple sanction indemnitaire de l'inexécution contractuelle s'est effacé au profit d'un nouvel article 1221 disposant que « le créancier de l'obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Ainsi, le principe est-il désormais clair : c'est celui de l'exécution forcée en nature, conformément d'ailleurs à l'intitulé même de la sous-section dans laquelle cet article 1221 s'est inséré. Certes, à côté de l'impossibilité même d'exécuter, une autre limite lui est aussitôt apportée, qui tient à l'hypothèse où existerait une disproportion manifeste entre le coût de cette inexécution pour le débiteur et l'intérêt que peut en attendre le créancier. Mais on doit espérer que cette limite sera enfermée par la jurisprudence dans un cadre très strict, ainsi que le suggère le rapport qui présente l'ordonnance de 2016 au président de la République en indiquant que l'objet de cette disposition est de prévenir l'abus de droit d'un créancier qui voudrait imposer à son débiteur une exécution excessivement onéreuse alors qu'une condamnation à des dommages-intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup

plus réduit. En ce sens d'ailleurs, on observera que la loi de ratification de 2018 est venue exiger, pour que le débiteur soit alors protégé, qu'il soit lui-même de bonne foi, ce qui n'avait pas été prévu dans la rédaction initiale du texte.

La dominante reste donc ici la rigueur ainsi que le confirment, au demeurant, d'autres dispositions plus ponctuelles de la réforme, et notamment un nouvel article 1124 soucieux d'assurer la stricte exécution forcée des promesses de contrat. Pour avoir, avec beaucoup d'autres, dénoncé l'insécurité juridique suscitée par l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation sanctionnant par de simples dommages-intérêts la rétractation anticipée du promettant intervenue durant la période même qui avait été conventionnellement accordée au bénéficiaire pour lever l'option, nous ne pouvons que nous réjouir de la nouvelle disposition. Après avoir donné une définition de la promesse unilatérale (« contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire »), celle-ci prend en effet soin de préciser en son alinéa 2 que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». La voie du constat judiciaire de la formation du contrat définitif est donc reconnue et, avec elle et dans sa foulée directe, une exécution forcée qui ne pourra en pratique que faciliter la préparation et la réalisation d'opérations immobilières ou sociétaires qui nécessitent souvent en pratique des exécutions concomitantes et globales.

### **b) L'introduction de l'exception d'inexécution préventive.**

Elle est le fait d'un nouvel article 1220 qui s'exprime ainsi : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».

Ainsi, la rigueur traditionnellement inhérente à l'exception d'inexécution, qui permet au créancier de réagir immédiatement à l'inexécution qu'il subit et, d'une certaine manière, de se faire justice à lui-même, pourra désormais s'exercer par anticipation. Avant même que l'inexécution ne se produise, ce créancier pourra suspendre l'exécution de sa propre prestation et, ce faisant, aggraver dans certains cas, et de manière tout à fait légale, les difficultés de son cocontractant. Qu'on songe par exemple à un producteur qui doit livrer certaines marchandises et qui, demeurant impayé d'un certain nombre de livraisons antérieures, va pouvoir priver valablement son partenaire des marchandises qu'il devrait lui fournir normalement aujourd'hui parce que tout (et, notamment, le passé) permet de

penser que celui-ci, dans le contrat considéré, « ne s'exécutera pas à l'échéance ». Comme l'observe le rapport introduisant la réforme, le nouvel article 1220 dote ainsi le créancier « d'un moyen de pression efficace pour inciter le débiteur à s'exécuter ». Cela étant, encore faut-il encore que les conséquences de l'inexécution dont le créancier va se prévaloir soient suffisamment graves pour lui, ce qui devrait logiquement conduire les juges à exercer ici un certain pouvoir de contrôle.

### **c) La consécration de la faculté de résiliation unilatérale par notification du créancier.**

Le travail créateur de la jurisprudence se trouve ici consacré puisque c'est en 1998, dans un célèbre arrêt Tocqueville, que la Cour de cassation française avait mis fin au silence du Code civil en posant en principe que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » et que « cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis » (Civ.1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1998, n° 96-21485), avant de préciser cinq ans plus tard que cette solution devait s'appliquer tant aux contrats à durée indéterminée qu'à ceux à durée déterminée (Civ.1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, n° 01-03662). Pour assurer cette consécration, qui rapproche le droit français de nombreux droits étrangers, et notamment de la commonlaw, l'article 1226 s'exprime ainsi :

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ».

Ainsi, comme l'indique le rapport introduisant l'ordonnance, « la résolution unilatérale n'est plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome offerte au créancier qui, victime de l'inexécution, aura désormais le choix, en particulier en l'absence de clause résolutoire expresse, entre les deux modes de résolution, judiciaire ou unilatérale. Cette innovation s'inscrit dans une perspective d'efficacité économique du droit. Elle repose en effet sur l'idée que le créancier

victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers ». Autrement dit, une voie contractuelle avait été explorée, qui ne répond pas à l'attente légitime du créancier. Celui-ci peut en sortir unilatéralement et même, en cas d'urgence, brutalement.

On relèvera cependant que cette rigueur de principe n'exclut pas toute protection du débiteur :

- d'abord parce que cette voie reste subordonnée, comme l'indique de façon liminaire l'article 1224, à une inexécution suffisamment grave, et que si le débiteur saisit le juge pour en contester l'usage qui en aura été fait, il appartiendra au créancier, ayant agi à ses « risques et périls », d'apporter la preuve de cette gravité de l'inexécution ;

- et ensuite parce que, sauf néanmoins urgence, la notification de la résolution doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable, pour lui permettre de sauver un contrat auquel il tient, et qu'en outre, est exigée une motivation de la notification.

Ainsi, la rigueur nouvelle du Code n'exclut pas, ici encore, une certaine justice contractuelle.

**2°) La justice contractuelle est elle-même illustrée par trois dispositions remarquables.**

**a) La nouvelle acception de la violence, vice du consentement.**

Depuis 1804, c'étaient les articles 1111 à 1115 du Code civil qui envisageaient la question de la violence en tant que vice du consentement, entre l'erreur et le dol. La violence y était définie sous sa forme physique – des actes – et morale – des menaces ou des pressions. Il était alors prévu que cette violence entraînait la nullité du contrat qui avait été conclu sous sa contrainte, et des dommages et intérêts pouvaient également être dus sur le fondement de la responsabilité délictuelle, en réparation du préjudice subi par la victime. Cela étant, à côté de cette forme classique de la violence, la jurisprudence avait, depuis une quinzaine d'années, reconnu une nouvelle forme de violence, à travers l'exploitation abusive par un contractant de l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait l'autre partie. Or à l'occasion de la réforme du droit des contrats, cette nouvelle forme de violence a été officiellement consacrée, et même élargie, par le nouvel article 1143 du Code civil ainsi rédigé : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en



l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

Certes, le constat d'une simple situation de dépendance de l'une des parties envers l'autre ne suffira pas puisqu'il faudra encore qu'il y ait exploitation abusive de cette situation et qu'en outre, un avantage manifestement excessif en soit résulté. Mais une étape a cependant été franchie, que permet d'illustrer un arrêt de la Cour de cassation rendu juste avant la parution de l'ordonnance de 2016 et ayant clairement anticipé l'avènement de la nouvelle disposition (Civ.1<sup>ère</sup>, 4 février 2015, n°14-19.020). En l'occurrence, une société X. avait obtenu des permis de construire pour réaliser une importante opération immobilière, comprenant notamment la construction d'un hôpital. Or une société Y la menaçait alors d'exercer des recours devant les juridictions administratives pour contester la validité de ces permis. La société X, sachant ces recours voués à l'échec mais craignant tout de même qu'ils ne retardent les travaux, accepta de signer une transaction avec cette société. Par ce contrat, elle lui accordait la somme de 500 000 euros en échange de la promesse de renoncer à toute contestation judiciaire des permis de construire. Une fois la menace écartée, X refusa de payer cette indemnité, en invoquant la violence qu'elle avait subie lors de la conclusion de la transaction. Or les juges du fond, ensuite approuvés par la Cour de cassation, lui donnèrent raison en considérant que « la menace d'exercer des recours contentieux en annulation de permis de construire, objet de la transaction, était illégitime, dès lors que ces voies de droit étaient dénuées de toute chance de succès ». Arrêt d'autant plus intéressant qu'en l'espèce, la société victime n'était pas une petite entreprise, mais une grande... Or la Cour de cassation prend soin de relever cette particularité, pour affirmer l'indifférence de la force économique du contractant victime de violence : « la société X., quelle que soit son envergure financière, devait, pour mener à bien son projet, disposer de permis de construire purgés de tout recours » et « cette menace illégitime a fait naître, pour elle, la crainte de voir mettre en échec une vaste et coûteuse opération immobilière ».

### **b) Le régime nouveau des contrats d'adhésion.**

Il y a plus d'un siècle, le juriste français Raymond Saleilles (De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, Pichon, 1901, p.229) stigmatisait sous cette dénomination une catégorie de contrats qui lui paraissaient fort éloignés des idéaux de liberté et d'équilibre : « Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire (...), que l'on pourrait appeler, faute de mieux, contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu,

mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même ».

Or, en parfait écho avec cette pensée, la réforme de 2018 a doté ces contrats d'un régime spécifique, à travers deux dispositions importantes : d'une part, le nouvel article 1171 précisant que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite », étant toutefois précisé que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation » et, d'autre part, le nouvel article 1190 indiquant que dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète « celui qui l'a proposé » tandis que le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier.

Ainsi le contrat d'adhésion pourra-t-il voir sa rigueur congénitale atténuée dans un esprit de justice tant au plan de son contenu, à travers la sanction par le juge d'une clause qui lui apparaîtrait abusive qu'au plan de son interprétation, par l'adoption, en cas de clause ambiguë, du sens favorable à la partie qui s'était contentée d'adhérer à la loi voulue et imposée par l'autre.

Reste toutefois à préciser ce qu'il faut entendre exactement par contrat d'adhésion. Or sur ce point, l'ordonnance de 2016 avait également voulu clarifier les choses en donnant une définition de ce contrat au nouvel article 1110, alinéa 2 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » (tandis que l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce même article présente le contrat de gré à gré comme « celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties »).

Mais cette définition a été ensuite quelque peu modifiée par la loi de ratification du 20 avril 2018 puisque le texte est désormais rédigé ainsi : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

Evidemment, cette définition, comme tout autre, va donner lieu à interprétation. Un point, important paraît cependant, sinon acquis, du moins très probable : l'article 1110, alinéa 2, est susceptible de viser aussi bien des contrats conclus entre un professionnel et un particulier que des contrats liant deux particuliers (dans son communiqué de presse relatif à l'ordonnance, la Chancellerie a ainsi pris l'exemple d'une location d'appartement effectuée sur Airbnb) ou encore les contrats d'affaires, liant deux professionnels.

Au-delà, il nous semble que deux éléments devraient être importants dans leur qualification :

- d'abord, les expressions « non négociables » et « déterminées à l'avance par l'une des parties » qu'utilise l'article 1110 à propos des stipulations du contrat. Cette expression nous semble en effet plus exigeante que le constat d'une simple absence de négociation effective. A travers elle, le Code entend, nous semble-t-il, réserver la qualification de contrat d'adhésion à l'hypothèse où la partie qui a prérédigé le contrat s'est contenté en quelque sorte de dire à l'autre : « c'est à prendre tel quel ou à laisser... » ;

- ensuite, la référence à la non-négociabilité qui nous paraît impliquer que la qualification de contrat d'adhésion soit cristallisée à la période de formation du contrat. Autrement dit, si le contrat a bien été négocié au départ ou, à tout le moins, a pu l'être sans que les parties aient nécessairement utilisé cette possibilité, il est pour toujours un contrat de gré à gré. Autrement dit, il n'est pas un contrat d'adhésion, et ne saurait le devenir ultérieurement, lorsqu'il est amené à circuler et que le nouvel entrant se contente, comme c'est par exemple très souvent le cas dans un pacte d'actionnaires accueillant un nouveau cessionnaire d'actions, d'adhérer à la loi contractuelle préexistante.

### **c) L'introduction de la révision pour imprévision.**

Sans doute est-ce la marque la plus notable d'un certain adoucissement du droit des contrats d'affaires. L'hypothèse est bien connue : par suite d'un changement imprévisible des circonstances qui avaient entouré la conclusion du contrat, la loi contractuelle est devenue particulièrement lourde pour l'une des parties. L'autre peut-elle rester inflexible et, se retranchant derrière l'intangibilité de cette loi, exiger une scrupuleuse exécution, comme si de rien n'était ? Ou bien la rigueur doit-elle céder le pas, devant une appréhension donc plus douce de la loi du contrat ?

A cette question, notre jurisprudence, incarnée par le célèbre arrêt dit Canal de Craponne, répondait depuis près de cent cinquante ans en faisant prévaloir l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'ancien article 1134 sur son alinéa 3, et donc en déniait au juge le pouvoir, sous prétexte d'équité, d'atténuer au bénéfice d'une partie le poids nouveau de la loi contractuelle. Or voilà que la réforme introduit, à l'instar de très nombreux droits étrangers, un nouvel article 1195 qui devrait profondément changer les solutions ou encore les comportements, en s'exprimant de la manière suivante : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.

Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

L'alinéa 1er pose ainsi d'abord les conditions du nouveau dispositif : un changement de circonstances « imprévisible », rendant l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie, et la non-acceptation par cette dernière de la prise en charge d'un tel risque (ce qui est une spectaculaire consécration, au passage, de la liberté de prendre des risques...). Par ailleurs, et sans doute pour éviter dilatoire ou artifice, il est précisé par l'alinéa 2 que si la partie s'estimant victime du changement de circonstances sollicite une renégociation auprès de son cocontractant, elle doit continuer, en attendant les résultats de sa démarche, à exécuter ses obligations, et donc à supporter la rigueur nouvelle.

Les alinéas 3 et 4 de l'article 1195 évoquent ensuite les conséquences d'un refus ou d'un échec des négociations : les parties, si elles en sont d'accord, peuvent alors convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou encore saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. Si un tel accord entre elles ne se fait pas, l'une pourra, à l'issue d'un délai raisonnable, saisir le juge qui se verra alors investi du pouvoir de mettre lui-même fin au contrat, mais aussi –innovation importante de l'ordonnance par rapport au projet de réforme à l'origine assez timide- de le réviser.

Ainsi la prise en compte du changement de circonstances poursuit-elle manifestement un effet incitatif. Inciter les parties à renégocier spontanément le contrat elles-mêmes parce qu'elles sont, à l'évidence, les mieux placées pour déterminer les nouvelles bases de leur relation (hypothèse du contrat renégocié sur laquelle l'article 1195 demeure curieusement muet alors qu'il y aurait sans doute eu des choses à dire à son propos : cf. Sylvie Bissaloué, *La renégociation contractuelle en droit français et en droit OHADA*, th.dact.Aix, oct.2016), sachant que si cette renégociation n'aboutit pas, le juge pourra au final, à la demande de l'une d'entre elles, anéantir le contrat ou encore le réviser en l'adaptant aux circonstances nouvelles.

La rigueur traditionnelle de la loi contractuelle s'estompe donc ici au profit d'une plus grande justice qui se veut attentive au changement de circonstances, à moins toutefois que les parties n'aient choisi de contractualiser définitivement la voie de la rigueur à travers une

clause expresse d'acceptation des risques.

Voilà donc pour l'essentiel de notre réforme du droit commun des contrats intervenue en 2018. Quelques mots, à présent, sur celle du droit des sociétés survenue l'année suivante.

## **B) LA REFORME DU DROIT DES SOCIETES**

Tout est ici parti, si l'on peut dire, d'une tribune parue dans le journal *Le Monde* du 17 novembre 2016 et intitulée « Pour une économie de marché responsable ». Plusieurs personnalités, dont Christine Lagarde, Pascal Lamy et de grands chefs d'entreprise français, y proposèrent en effet une réécriture de l'article 1832 du code civil, qui définit le contrat de société, ainsi d'ailleurs que de l'article 1833, aux termes duquel « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Leur objectif : mettre un terme à la vision essentiellement financière se dégageant à leurs yeux de l'actuel article 1832, évoquant essentiellement la recherche de bénéfices, et insister sur le projet d'entreprise qui doit se trouver au cœur de toute société et sur la place que doivent prendre, à cet égard, l'ensemble des partenaires ou parties prenantes.

Dans cette optique, ces personnalités suggérèrent de donner à l'article 1832 la rédaction suivante : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter ». Et de rédiger également l'article 1833 de la manière suivante : « Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs ».

Dans la foulée de ces réflexions, Nicole Notat et Jean-Dominique Senard, chargés d'une mission gouvernementale sur l'entreprise et l'intérêt général, ont procédé à de nombreuses auditions de chefs d'entreprises, organisations représentatives, chercheurs et praticiens du droit, investisseurs et autres administrations, et ont remis, le 9 mars 2018, un rapport intitulé « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances et du Travail. Or ce rapport a notamment préconisé d'ajouter à l'article 1833 du code civil un second alinéa précisant que « la société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de

son activité », et d'insérer également dans l'article 1835 de ce même code la possibilité pour toutes les sociétés de faire figurer dans leurs statuts une « raison d'être ».

Ces préconisations ont alors nourri un large débat, certains s'inquiétant de ce que telles réécritures soient susceptibles de réduire très sensiblement les pouvoirs des associés, de mettre la responsabilité des dirigeants sociaux à la merci des tiers et parties prenantes, et, plus généralement, d'obliger les sociétés à poursuivre une recherche du bien commun, social et environnemental pour lequel elles n'ont pas été conçues et constituées, et cela quand bien même il va de soi qu'elles doivent respecter les normes édictées en ces domaines (voir ainsi D. Schmidt, *La société et l'entreprise*, D. 2018, p. 2380 ; A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, D. 2018, p. 1765 ; M. Roussille, *Dr. sociétés août-sept.2018*, n° 10 ; Colloque sous la direction d'I. Urbain-Parléani, *La réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil : révolution ou constat ?*, *Rev. Sociétés oct. 2018*, p. 551 et s.)

Mais ces réserves n'ont pas dissuadé le gouvernement d'inscrire ces préconisations dans le projet de loi sur la croissance et la transformation des entreprises qu'il a déposé au Parlement en juin 2018, et qui a finalement abouti à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019.

Cette loi, dite généralement loi PACTE, n° 2019-486 du 22 mai 2019 a ainsi modifié le contenu de l'article 1833 du code civil, c'est-à-dire d'une disposition du droit commun des sociétés, applicable à toutes les sociétés, qu'elles soient commerciales ou civiles, qu'elles réunissent une pluralité d'associés ou soient unipersonnelles.

Après son alinéa premier inchangé, précisant que « la société est constituée dans l'intérêt commun des associés », l'article 1833 renferme donc désormais un second alinéa, ainsi rédigé : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

Naturellement, il conviendra à l'avenir de voir si cette modification rédactionnelle orientera réellement l'approche juridique et judiciaire des sociétés vers une prise en compte accrue de l'intérêt collectif, et notamment de l'intérêt des salariés, fournisseurs, sous-traitants et, plus généralement, des parties prenantes, parallèlement à celui des associés, voire en opposition avec lui. À cet égard, le rôle des juges sera évidemment déterminant, d'autant que les nouveaux termes de l'article 1833 sont très larges et donc de nature à fonder éventuellement des solutions fortes au soutien de la pérennité de l'entreprise ou encore de la protection de la nature (sur l'intérêt social et les pouvoirs du juge, voir infra II, A). Ainsi peut-on sans doute

concevoir que la méconnaissance flagrante des enjeux sociaux ou environnementaux soit susceptible, dans certains cas, de susciter la responsabilité de dirigeants sociaux, ou encore celle d'une société mère ou, plus généralement, d'associés majoritaires, voire encore celle de la société elle-même si un préjudice était causé du fait d'une délibération sociétaire. En revanche, un point reste sûr : c'est l'exclusion du risque d'annulation de la délibération dans la mesure où la loi Pacte a pris soin, aux articles 1844-10 du code civil et L. 235-1 du code de commerce, d'exclure du champ de la nullité la violation de l'alinéa 2 de l'article 1833 du code civil. Au final, on se permettra de souhaiter que soit trouvé ici un bon équilibre, qui ne fasse pas oublier les enjeux économiques de toute activité sociétaire, et n'occulte donc pas les termes de l'alinéa premier de l'article 1833.

On ajoutera les quelques observations suivantes :

- la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 n'a pas touché aux termes de l'article 1832 du code civil et donc pas changé le but que doit poursuivre toute société : à savoir, réaliser des bénéfices ou des économies. C'est dire que la société doit, aujourd'hui encore, être gérée pour créer de la richesse et l'acte contraire à l'intérêt social reste celui qui ne s'inscrit pas dans cette perspective ;

- l'article 1833 devrait avoir vocation à gouverner et suivre les sociétés françaises en quelque lieu qu'elles agissent, en tant que *lex societatis*. Toutefois, sous l'angle du droit international privé, les lois locales pourraient avoir venir en concurrence avec lui, en tant que lois éventuelles de police ;

- même si les enjeux sociaux et environnementaux sont formellement dissociés de l'intérêt social, les dirigeants sociaux auront vocation, lors de leur prise de décisions, à s'interroger sur ces enjeux et à les considérer avec attention. Les conseils d'administration et directoires devraient également renforcer leurs méthodes de réflexion sur de tels enjeux.

On notera encore qu'en 2020, lors de la crise sanitaire due au covid-19, la question d'une éventuelle distribution des dividendes aux actionnaires des grandes sociétés a d'une certaine façon conduit à s'interroger à nouveau sur la notion d'intérêt social. Finalement, l'Etat a fait de la non-distribution des dividendes une condition expresse de l'octroi de son dispositif de soutien aux grandes entreprises, montrant bien par là même que l'intérêt des associés ne saurait être, en toute hypothèse, le seul à considérer (cf. E. Schlumberger, Les dividendes à l'épreuve de la crise sanitaire, Bull. Joly Sociétés mai 2020, p. 55).

Enfin, on signalera que cette loi du 22 mai 2019 a également consacré la possibilité pour les sociétés d'introduire dans leurs statuts une raison d'être et, à partir d'elle, de demander la qualification de société à mission. L'article 1835 du code civil indique en effet désormais que « les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

L'idée qui sous-tend cette raison d'être, qui reste facultative, nous paraît se situer sur le terrain de l'être, et non pas de l'avoir comme le suggèrent plutôt l'objet social et, à la suite de ce dernier, la recherche de bénéfices ou, à tout le moins, d'économies. La raison d'être requiert donc des comportements à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs que la société a souhaité se donner et qui, logiquement, doivent correspondre à des objectifs de long terme, à des engagements sur la durée. Des comportements que les juges ou les arbitres seront probablement conduits à préciser demain.

## II. PRISES DE POSITION JURISPRUDENTIELLES

Pour s'en tenir à quelques points importants, on présentera ici successivement les solutions récemment retenues :

- à propos de la protection de l'intérêt social en droit des sociétés (A) ;
- dans l'important débat entre promotion de la transparence et défense du secret des affaires (B) ;
- et, enfin, sur la question de la réparation des préjudices économiques (C).

### A. PRISE EN COMPTE ET LIMITES DE L'INTERET SOCIAL DANS LA VIE DES SOCIETES COMMERCIALES

La vie d'une société n'est pas toujours celle d'un long fleuve tranquille ! Parfois, les difficultés financières la rattrapent et compromettent sa survie ou, à tout le moins, celle de nombre d'emplois salariés qui lui étaient attachés et compliquent en parallèle ses relations avec fournisseurs ou sous-traitants. Parfois, à l'inverse, ce sont les substantiels bénéfices qu'elles réalisent qui sont la source de ses problèmes parce que majoritaires et minoritaires s'opposent alors en assemblée générale sur le sort qu'il convient de leur attribuer, les uns privilégiant une politique prudente de réserves tandis que les autres s'expriment en faveur d'une distribution immédiate de dividendes. Dans d'autres cas encore, tout baignerait, si l'on ose dire, dans l'eau limpide si les dirigeants du groupe dans lequel cette société s'insère



respectaient l'autonomie de chacune des structures concernées, tandis que dans d'autres hypothèses, et là encore de façon diamétralement opposée, l'harmonie globale résulterait de la possibilité de pratiquer une entraide financière entre sociétés sœurs ou entre la mère et sa filiale... Autrement dit, le monde des sociétés est à bien des égards similaire à celui des personnes physiques, fait d'imprévus, de diversités, de contradictions, et dès lors, souvent rebelle à une appréhension légale privilégiant des règles générales et abstraites...

Heureusement, il est un personnage et un concept qui introduisent précisément ici la souplesse souhaitable. Le personnage, c'est le juge dans lequel les spécialistes du droit des sociétés ont longtemps vu l'empêcheur de tourner en rond, s'immisçant exagérément dans les affaires sociales, avant de s'accorder aujourd'hui sur ses incontestables mérites pour protéger l'entreprise par-delà les tensions qu'elle peut connaître. Un juge qui offre en particulier les avantages de la réactivité et, bien souvent aussi, de la sagesse !

Et le concept, c'est celui d'intérêt social. Un concept ignoré de la loi jusqu'en 2019, et donc un concept d'origine essentiellement prétorienne, à partir duquel le juge a pu, au fil du temps, s'auto-attribuer un certain nombre de pouvoirs destinés à protéger l'entreprise sociétaire, à assurer sa pérennité, à apaiser les conflits qui la minent de l'intérieur ou l'assiègent de l'extérieur, et à prévenir aussi quelques dommages imminents susceptibles de la mettre en péril. Bref, à faire œuvre utile et créatrice, au service bien plus d'une institution économique et sociale que du contrat qui lui a donné naissance et dont les parties initiales sont parfois trop préoccupées par la recherche de leur intérêt personnel...

Ainsi, si l'on observe les décisions de jurisprudence, on s'aperçoit que la prise en considération de l'intérêt social peut aujourd'hui être d'un très grand secours dans la vie des sociétés commerciales.

A titre d'exemple, la Cour de cassation (Cass. com., 8 nov. 2016, n° 14-21.481, Bull. Joly Sociétés 2017, p. 117, note P.-L. Périn, RTD civ. 2017, p. 147, obs. H. Barbier) n'hésite pas à considérer que si la procédure de conciliation et de sortie prévue par les statuts d'une SAS a bien vocation à s'appliquer en cas de désaccord entre les associés, son respect préalable n'emporte cependant pas, exceptionnellement, fin de non-recevoir à la demande de désignation en justice d'un administrateur provisoire dès lors que l'intérêt de la société le commande, celle-ci étant menacée d'un péril imminent du fait de la grave mésentente entre ses organes de direction.

De même, cette juridiction (Cass.com., 14 nov.2018, n°17-11103, Rev.sociétés juin 2019, p.401, note D.Schmidt) précise, à propos d'une SAS dont les statuts exigeaient un juste motif

pour la révocation du président, que « la perte de confiance dans un dirigeant devient un juste motif de révocation si elle est de nature à compromettre l'intérêt social », tandis que, s'agissant cette fois de la désignation en référé d'un mandataire ad hoc en application de l'article L.225-103, II-2° du code de commerce (muet sur ce point), elle précise que celle-ci n'est subordonnée ni au fonctionnement anormal de la société ni à la menace d'un péril imminent ou d'un trouble manifestement illicite, et qu'elle doit seulement découler de la démonstration de sa conformité à l'intérêt social (Cass.com., 13 janv.2021, n°18-24.853, Bull. Joly Sociétés mars 2021, p.17, note M.Storck, BRDA 4/2021, n°4, p.7, JCP E 2021, n°374, note B.Lecourt ; voir aussi T. com. Paris, 14 oct. 2020, Bull. Joly Sociétés déc. 2020, p. 18, note E. Schlumberger, RJDA 2021, n°99, p.141, subordonnant la nomination d'un mandataire de justice aux fins de convoquer une AG au constat de sa conformité à l'intérêt social et non à l'intérêt des demandeurs à cette nomination).

Et là encore, reprenant une célèbre formule qu'elle a ciselée au siècle dernier, la Cour de cassation (Com., 4 novembre 2020, n°18-20.409, RJDA 2021, n°170, p.231, Rev.sociétés févr. 2021, p.90, note J.-M.Moulin, Gaz.Pal.30 mars 2021, p.62, note K.Rodriguez, Bull.JolySociétés févr.2021, p.38, note C.-A.Michel) rappelle que « l'abus de majorité est caractérisé lorsque la décision d'assemblée générale contestée est contraire à l'intérêt social et qu'elle a pour but de favoriser les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires ». Aussi, sous le prisme de cet intérêt social, l'abus sera-t-il caractérisé lorsque, par exemple, un associé majoritaire par ailleurs gérant impose en assemblée générale une politique drastique de constitution de réserves tout en obtenant, parallèlement, et en dépit des difficultés actuelles de la société, un doublement de sa rémunération (Com., 20 février 2019, n°17-12.050, RJDA 2019, n°503, p.621) tandis qu'à l'inverse (ou, plutôt, réciproquement...), l'abus ne se trouvera pas retenu à l'encontre des délibérations qui, pendant sept années consécutives, ont choisi de ne pas distribuer de dividendes dès que lors que cette mise en réserve systématique était très concrètement nécessaire pour que la société obtienne un prêt bancaire finançant un projet important, puis assure sa « capacité de remboursement sûre et durable » (Com., 4 nov.2020, précité ; voir aussi, à propos d'une autre augmentation de rémunération du gérant, accompagnée de l'octroi d'une prime, Com., 14 octobre 2020, n°18-24.732, RJDA 2021, n°95, p.130, invitant les juges de la cour de renvoi à rechercher, comme la première cour d'appel y avait été invitée, si ces avantages n'étaient pas justifiés par l'évolution du chiffre d'affaires de la société au cours de la période considérée).

Dernier exemple jurisprudentiel récent de cette très régulière sollicitation de l'intérêt

social : ce bel arrêt du 22 mai 2019 (Com., 22 mai 2019, n°17-13.565, D.2019, p.1316, note D.Schmidt), où notre plus haute juridiction judiciaire s'est trouvée confrontée à la délicate question de savoir si l'administrateur d'une société mère manque, ou non, à son devoir de loyauté envers elle en ne votant pas au sein de la filiale dans le sens qu'avait préalablement décidé le conseil d'administration de la société mère...Le cas d'espèce posait excellemment le problème puisque, en l'occurrence, le conseil d'administration de la société avait décidé à la majorité de ses membres que ses deux actionnaires majoritaires se porteraient ensuite candidats à la présidence et à la direction générale des filiales, et que certains administrateurs de la mère, également membres du conseil d'administration des filiales, avaient cependant voté ensuite contre lesdites candidatures ! Or, dans l'appréhension de cet exemplaire conflit d'intérêts, la solution donnée par la Haute juridiction est des plus intéressantes car éminemment respectueuse de l'intérêt social des filiales : pour se prononcer sur un prétendu manquement au devoir de loyauté, les juges se voient en effet tenus de « rechercher si la décision prise par le conseil d'administration de la société mère n'était pas contraire à l'intérêt social de ses filiales ». Autrement dit, en cas de conflit d'intérêts entre mère et fille, l'administrateur des deux doit, tout au moins dans le cadre de la gestion de cette dernière, donner la priorité à la fille, c'est-à-dire à celle pour laquelle il est en situation concrète de décisionnaire.

Mais si l'intérêt social peut ainsi beaucoup, il ne peut pas tout, et ce pour trois raisons principales qu'on évoquera brièvement.

La première, c'est qu'il est parfois des textes dont le respect conduit tout naturellement à ne pas faire de place particulière à l'intérêt social. Prenons ainsi l'article L.235-1 de notre Code de commerce qui précise les cas de nullité des actes modifiant les statuts d'une société commerciale ou des délibérations adoptées en cours de vie sociale et ne poursuivant pas cet objectif. Sauf à faire dire au texte ce qu'il ne dit pas, la contrariété à l'intérêt social n'y apparaît pas comme une source de nullité et, fort logiquement, la jurisprudence s'en tient à cette solution, ainsi que l'illustre un récent arrêt de la Cour de cassation (Cass.com., 13 janv.2021, n°18-21.860, Bull.Joly Sociétés avr.2021, p.13, note E.Schlumberger, D.2021, p.399, note D.Schmidt, JCP E 2021, n°75) censurant pour violation de la loi une cour d'appel qui avait annulé la délibération de l'AG d'une société octroyant une rémunération exceptionnelle à son dirigeant au seul motif de sa contrariété à l'intérêt social, et donc sans caractériser une violation des dispositions légales s'imposant aux sociétés commerciales ou des lois régissant les contrats, ni relever l'existence d'une fraude ou d'un abus de droit commis par un ou plusieurs associés.

La seconde raison, c'est que depuis la réécriture précédemment évoquée de l'article 1833 du Code civil par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019, l'intérêt social se trouve désormais pris en quelque sorte dans une tenaille susceptible de le gêner aux entournures... En effet, d'un côté, le nouvel alinéa 2 précise aujourd'hui, comme on l'a vu, que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». L'intérêt social, certes, fait ainsi sa grande entrée textuelle dans notre droit des sociétés, mais l'innovation reste cependant d'une interprétation délicate, à travers des termes invitant la gouvernance des sociétés à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité sociétaire. Qu'est-ce à dire exactement ? Littéralement, que ces enjeux resteraient peut-être extérieurs à l'intérêt social proprement dit, mais qu'il faudrait cependant les considérer ? Bref, qu'il doit en tenir compte, sans toutefois les rendre prédominants... Et de l'autre côté, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1833 continue pour sa part de se référer à « l'intérêt commun des associés » en précisant in fine que la société doit être constituée dans cet intérêt. Or à l'évidence, cet intérêt-là, auquel un rôle juridique est ainsi dévolu, n'est pas lui-même l'intérêt social visé à l'alinéa 2, et tout particulièrement en est-il ainsi depuis que des associés ou *shareholders*, se trouvent désormais clairement distingués, via l'intérêt social *new look* de la loi Pacte, des parties prenantes ou *stakeholders*... Autrement dit, l'intérêt commun des seuls associés ne va-t-il pas demain trouver en jurisprudence un nouvel écho susceptible sinon de contrebalancer la place de l'intérêt social, du moins d'occuper parfois prioritairement le terrain ? Un récent arrêt de la Cour de cassation (Com., 30 sept. 2020, n° 18-22.076, D.2020, p.2273, note D.Schmidt, RJDA 2021, n° 23, p. 32, Bull. Joly Sociétés déc. 2020, p. 22, note E. Guégan) nous paraît de nature à le suggérer, en venant préciser que la collusion frauduleuse ayant animé des associés majoritaires lors d'une augmentation de capital et ayant conduit à priver une associée minoritaire d'une partie de ses droits en diluant sa participation au capital social, engageait leur responsabilité civile personnelle même si la contrariété de cette augmentation du capital à l'intérêt social n'était pas établie. Comme l'a donc intitulé notre collègue Dominique Schmidt dans sa note précitée au Recueil Dalloz, « Intérêt commun des associés et intérêt social : indépendance ou subordination ? ». L'avenir nous le dira sans doute...

Enfin, la troisième raison, c'est la limite au pouvoir procédural du juge des référés qui est le plus souvent le juge chargé de mettre en mouvement l'intérêt social. Certes, en disposant, à l'article 872, que « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend », le Code

de procédure civile français ouvre à l'évidence au juge des référés des pouvoirs importants, et l'article 873 n'agit pas différemment, lorsqu'il ajoute pour sa part, en son alinéa premier, que « le président peut, dans les mêmes limites et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite », et en son alinéa second, que « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

Mais d'un autre côté, l'existence d'un différend, la prévention d'un dommage imminent, ou encore la cessation d'un trouble illicite ne sauraient tout permettre, particulièrement dans le cadre d'une société commerciale où il est des règles légales de prise de décision et d'annulation des délibérations, ou encore des dispositions statutaires organisant par exemple le rachat des parts ou l'exclusion d'un associé... Il faut donc ici trouver un équilibre entre la considération de l'intérêt social et le respect du formalisme sociétaire, ainsi que le suggère par exemple un intéressant arrêt rendu par la Cour de cassation au début de l'année 2021 (Com., 13 janv.2021, n°18-25.713 et n°18-25.731, Bull.JolySociétés mars 2021, p.7, note J.Heinich)

En l'espèce, une société avait fait, au moyen d'emprunts bancaires, l'acquisition de l'intégralité du capital d'une autre. Or par la suite, elle connut des difficultés, et deux mandataires ad hoc furent successivement désignés afin de négocier avec ses banquiers une restructuration de ses dettes. Puis, quelque temps plus tard, ses actionnaires majoritaires adressèrent au président de la société une convocation à une assemblée générale ayant pour ordre du jour sa révocation et son remplacement. Le dirigeant, qui était lui-même associé minoritaire, obtint alors immédiatement en justice la nomination d'un administrateur provisoire chargé de diriger les sociétés du groupe pendant trois mois, avec notamment pour mission de reprendre la conduite des négociations avec les banques. Et fort de cette ordonnance, il assigna ensuite en référé les associés majoritaires et la société elle-même aux fins d'obtenir le report, après le terme de la mission qui venait d'être confiée à l'administrateur provisoire, de l'assemblée générale. Mais les majoritaires contre-attaquèrent en convoquant en parallèle une autre assemblée générale à une date légèrement différée, au cours de laquelle, sur la base d'un ordre du jour modifié, ils adoptèrent deux résolutions, l'une révoquant le président, et l'autre en nommant un nouveau avec effet immédiat !

Résultat de ce bras de fer : un juge des référés se reconnaissant, à la demande du président, le pouvoir de reporter la première assemblée générale convoquée et, en appel, une cour

(Dijon, 20 sept.2018 et 16 oct.2018) confirmant d'abord ce report puis annulant les deux délibérations adoptées lors de la seconde assemblée générale provoquée par les majoritaires.

Sur pourvoi formé par ces derniers, la Cour de cassation a donc été amenée à prendre position sur les deux points.

S'agissant, tout d'abord, de la décision de report, elle admet que le juge des référés a bien cette compétence et que, au regard des circonstances et de ses appréciations d'espèce, il avait bien ici le pouvoir de l'exercer : « après avoir constaté que l'administrateur provisoire de la société P... avait pour mission, notamment, de reprendre les négociations avec les banques pour restructurer sa dette, l'arrêt retient qu'il est établi que la confiance accordée par les banques à l'administrateur provisoire, qui est de nature à favoriser les négociations que celui-ci mène avec elles dans l'exercice de son mandat, est susceptible d'être affectée par une délibération dont l'urgence n'est nullement avérée. De ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas prononcée sur l'opportunité de modifier la présidence de la société au regard de l'intérêt social, a pu déduire que la seule tenue de cette assemblée générale pendant que la société A... accomplissait sa mission était, par elle-même, de nature à causer à la société P... un dommage imminent, qu'il convenait de prévenir en ordonnant le report de l'assemblée générale ».

En revanche, s'agissant de l'annulation des délibérations, la chambre commerciale opte très clairement pour un défaut de pouvoir du juge des référés, au double visa des articles L.235-1 du code de commerce et 873, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure civile et au terme d'une motivation de portée générale : « Il résulte de ces textes que l'annulation des délibérations de l'assemblée générale d'une société, qui n'est ni une mesure conservatoire, ni une mesure de remise en état, n'est pas dans les pouvoirs du juge des référés ». Dès lors, la cour d'appel ayant annulé les délibérations litigieuses en observant que c'était là le seul moyen permettant de faire cesser un trouble manifestement illicite, le prononcé de la cassation s'imposait : « en statuant ainsi, alors qu'il n'est pas dans les pouvoirs du juge des référés, fût-ce pour faire cesser un trouble manifestement illicite, d'annuler les délibérations de l'assemblée générale d'une société, la cour d'appel, qui pouvait en revanche en suspendre les effets, a violé les textes susvisés ».

Ainsi, de ce premier arrêt du 13 janvier 2021, on retiendra le pouvoir du juge des référés de procéder à un report d'assemblée, non seulement, comme précédemment jugé (Com., 11 juin 1954, JCP G 1954,II,8397 ; Paris, 4 sept.2000, Bull.Joly Sociétés 2000, p.1138, note A.Couret) lorsqu'existe un risque sérieux d'annulation de cette assemblée ou des délibérations

qu'elle pourrait prendre, mais encore, de façon un peu plus souple, lorsque son urgence n'est nullement avérée au regard des circonstances particulières de la cause. Et, en revanche, son impossibilité de prononcer l'annulation des délibérations d'une assemblée générale, ainsi que la Haute juridiction l'avait d'ailleurs déjà indiqué (Com., 29 sept.2009, n°08-19.937, Bull.civ. IV, n°118, RJDA 2010, n°35).

## **B. PROMOTION DE LA TRANSPARENCE OU PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES ?**

La transparence a aujourd'hui le vent en poupe. Y compris dans les domaines où le secret régnait jusqu'ici en maître, avec son souci de protéger le cercle des affaires et les acteurs gravitant autour. Il suffit ainsi, pour s'en convaincre, de mesurer le chemin parcouru, en l'espace de quelques années à peine, par notre droit des sociétés. Depuis la transparence préventive des conflits d'intérêts qu'a mise en place par la loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019, avec ses exigences renforcées d'informations formulées à l'égard du rapport sur le gouvernement d'entreprise (C.com., art. L. 225-37-4, 2°) jusqu'à l'obligation faite aux sociétés, tant commerciales que civiles, d'identifier leurs bénéficiaires effectifs et de communiquer leur identité au greffe du tribunal de commerce pour qu'il les transcrive dans un registre largement accessible, en passant par le droit récemment reconnu à tout associé de faire rectifier toutes les déclarations que la société aurait faites au registre du commerce et des sociétés (Cass.com., 9 sept.2020, n°19-15.422, Bull.Joly Sociétés nov.2020, p.10, note B.Saintourens) ou encore par le pouvoir de visite et de saisies des enquêteurs de l'Autorité des Marchés Financiers dont la Cour de cassation (Com., 4 nov.2020, n°19-17.911), confrontée au grief d'atteinte disproportionnée à la vie privée, vient de rappeler le caractère parfaitement légitime.

Une transparence donc solide sur ses bases et qui, naturellement, se renforce encore lorsqu'elle peut prendre un appui complémentaire dans la liberté d'information, ainsi que l'a souligné cet autre arrêt de la Cour de cassation (Cass.1<sup>ère</sup> civ., 10 oct.2019, n°18-21.871, JCP G 2019, n°1255, note F.de Korodi), admettant qu'un reportage télévisé, traitant des difficultés d'une entreprise, ait pu faire mention de la résidence secondaire du président de son conseil de surveillance et, de sa localisation précise et en ait également présenté des vues aériennes fort attractives.

Est-ce donc à dire que dans ce combat entre transparence et secret, les cartes soient définitivement jouées pour une jurisprudence de plus en plus souvent sollicitée pour prendre



position ? Sûrement pas, car la protection de la vie privée doit demeurer, tout particulièrement de nos jours, un objectif de droit essentiel, et le secret des affaires ne saurait lui-même oublier qu'une loi de transposition européenne, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, a récemment introduit dans le Livre Ier du code de commerce français tout un nouveau titre V « De la protection du secret des affaires ».

Mais sans doute, dans ce duel devenu qui est à certains égards devenu « juridico-médiatique », convient-il, sans naturellement rejeter la transparence, de montrer que, derrière le secret, en lui-même neutre, se logent des valeurs tout aussi positives. Par exemple, le souci d'apaiser des difficultés, ainsi que le souligne fort justement un arrêt de la Cour de cassation (Com., 13 févr. 2019, n° 17-18.049) approuvant le retrait ordonné par le juge des référés d'un ensemble d'articles qu'un site d'informations financières en ligne avait publiés sur l'ouverture d'une procédure de conciliation pour traiter des difficultés de diverses sociétés membres d'un même groupe : la preuve n'était pas en effet apportée que de tels articles répondent à un objectif légitime d'informer le public dans le cadre d'un débat d'intérêt général). Ou encore le droit de ne pas s'auto-incriminer, qu'a mis en valeur dans le domaine des infractions boursières la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 2 février 2021, aff.C-481/19), tout en ajoutant cependant que le droit au silence ne saurait justifier tout défaut de coopération avec les autorités...

Et au-delà, sans doute faut-il, pour transcender le conflit, privilégier des solutions de mesure, qui ne livrent finalement pas de vainqueur et recentrent transparence ou secret sur le strict raisonnable ou nécessaire. C'est, nous semble-t-il, le sens de cet arrêt de la chambre commerciale (Com., 29 janv.2020, n°18-11.725), rendu dans une affaire où l'Autorité de la concurrence avait été saisie de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution et où une société avait communiqué, à la demande du rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire, des informations portant sur ses relations commerciales avec ses fournisseurs. Ce rapporteur avait, en effet, voulu que ces pièces transmises soient, pour les besoins du débat devant l'Autorité, communiquées à toutes les parties, ce que la société avait contesté, en vain devant le premier président de la cour d'appel de Paris mais avec succès devant la Haute juridiction : « en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi il était nécessaire, pour les besoins du débat devant l'Autorité, qui dispose elle-même de la version confidentielle des informations communiquées par la société G.I., que d'autres parties à la procédure, dont la partie saisissante, puissent prendre connaissance de ces informations relevant du secret des affaires, le premier président n'a pas donné une base légale à sa décision » (v.aussi



Com., 14 oct.2020, n°18-15.840 et n°18-17.174, réservant la transparence, lors de la visite des enquêteurs de l'Autorité des Marchés Financiers, aux seuls documents qui appartiennent ou sont à la disposition de l'occupant des lieux, et faisant donc jouer le secret pour ceux détenus par les personnes simplement de passage).

### C. REPARATION DES PREJUDICES ECONOMIQUES

Est-ce une conséquence des difficultés que traverse notre pays ? Toujours est-il que, depuis une bonne année, le préjudice économique se retrouve placé, plus encore que par le passé, au cœur de contentieux lourds et délicats, dans lesquels, en l'état actuel de nos textes, les juges conservent très généralement le dernier mot !

On l'avait ainsi déjà constaté avec cet important arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 12 février 2020, n°17-31.614) dans le domaine de la concurrence déloyale. Parachevant une évolution amorcée avec le parasitisme, la Haute juridiction y indiquait en effet que la réparation du préjudice subi par la victime d'actes de concurrence déloyale peut être calculé « en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes ». Autrement dit, l'opérateur qui, en ne respectant pas une réglementation impérative, s'épargne une dépense juridiquement obligatoire et en retire ainsi un avantage concurrentiel indu, s'expose, au même titre que celui qui parasite les efforts et investissements intellectuels, matériels ou publicitaires d'un concurrent, à en supporter finalement le coût, au moins partiel, dans le cadre de sa responsabilité civile, et à en faire corrélativement bénéficier sa victime.

Une approche donc compréhensive mais, en même temps, stimulante du principe de réparation intégrale, que l'on retrouve également dans un autre arrêt de la chambre commerciale (Com., 14 octobre 2020, n°18-20.922), confronté pour sa part aux conséquences du débauchage fautif d'un salarié. Une société avait recruté l'ancien salarié d'une autre, au mépris de la clause de non-concurrence pesant sur ce dernier, et l'avait mis à disposition du client auprès duquel ce salarié avait été précédemment placé par son ancien employeur. Résultat prévisible ou, du moins, attendu par le nouvel employeur : ce client résilie son contrat en cours, et ne renouvelle même aucun des contrats qui l'unissaient jusqu'à présent à l'ancien employeur. Lequel décide donc d'agir en concurrence déloyale mais n'obtient cependant, auprès des juges du fond, qu'un dédommagement partiel, cantonné au seul contrat perdu que gérait le salarié. Pour ces juges, en effet, la réparation du préjudice « ne

pouvait représenter le cumul de la perte du contrat et de la perte du client ».

Or, attentive à l'ampleur des préjudices effectivement soufferts, la chambre commerciale exerce sa censure au visa du nouvel article 1240 du code civil (qui a remplacé le célèbre article 1382 dont il a repris les termes) et du principe de la réparation intégrale du préjudice : « en se déterminant ainsi, par un motif péremptoire, sans expliquer en quoi il était exclu que le préjudice causé à la société G... par les actes de concurrence déloyale puisse résulter non seulement de la perte du contrat conclu avec la société e-TF1 géré par X... (le salarié), mais aussi, comme elle soutenait, de la disparition totale de la relation d'affaires stable qu'elle entretenait avec cette société e-TF1, dans le cadre de laquelle elle exécutait d'autres contrats que ceux gérés par X..., qui n'avaient été renouvelés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Ainsi, c'est bien toute la chaîne contractuelle de la relation d'affaires qui s'est trouvée saisie dès lors qu'à l'évidence, le contrat géré par le salarié avait eu un effet de domino.

Une réparation intégrale qui ne saurait par ailleurs souffrir de l'après-préjudice tel qu'aménagé par la victime, ainsi que le suggère cette fois un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation (Civ.1<sup>ère</sup>, 7 octobre 2020, n°19-17.041, Gaz.Pal.8 déc.2020, p.22, note A.Guégan). En l'occurrence, suite à un accident médical non fautif qui avait provoqué le décès d'une femme mariée, son mari et leurs enfants communs agissaient en indemnisation contre l'office chargé d'indemniser les victimes d'accidents médicaux (l'ONIAM), dont ils n'avaient pas accepté l'offre d'indemnisation. Or les juges du fond avaient évalué leurs préjudices économiques en considérant notamment, pour déterminer la perte annuelle du foyer, le revenu annuel disponible avant décès pour le conjoint survivant et les trois enfants et les salaires que l'époux continuait de percevoir aujourd'hui. Une démarche des plus classiques que l'ONIAM contestait néanmoins dans son pourvoi au motif que ces juges n'avaient pas tenu compte des nouvelles ressources dont le mari bénéficiait par l'effet de son remariage.

Or la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'ONIAM : « l'arrêt retient à bon droit que si, après le décès de sa première épouse, M..s'est remarié et bénéficie de nouvelles ressources liées au salaire perçu par sa seconde épouse, celles-ci résultent de la réorganisation de son existence et ne sont pas la conséquence directe du décès, de sorte qu'elles n'ont pas à être prises en compte pour évaluer les préjudices économiques consécutifs au décès de (la victime directe) ».

Ainsi, et sans surprise, la Haute juridiction invite à s'en tenir à la situation constituée au jour où la victime est décédée, et donc à ne pas considérer, pour évaluer le préjudice

économique subi, les éléments postérieurs à travers lesquels l'époux a pu trouver de nouvelles ressources : depuis, comme en l'espère, un remariage (Conseil d'Etat, 14 févr.1990, n°78667) jusqu'au démarrage d'une nouvelle activité professionnelle (Civ.2<sup>ème</sup>, 2 nov.1994, n°93-12.509) en passant, par exemple, par la mise en fermage de terres agricoles qu'exploitait jusque-là le conjoint prédécédé (Civ.2<sup>ème</sup>, 12 févr.2009, n°08-12.706).

Quelques mots, enfin, pour conclure sur une dernière hypothèse de préjudices économiques, ceux qui découlent de l'exercice d'une critique. Certes, en ce domaine, le principe est sans doute, comme vient d'ailleurs de le rappeler la Cour européenne des droits de l'homme au bénéfice de l'actionnaire minoritaire d'une société, le droit de critiquer, y compris dans la grande presse et donc de manière très publique (CEDH, 30 juin 2020, n°1768/12, Petro CarboChem.S.E.c/Roumanie). Seulement, où s'arrête l'exercice de ce droit de libre critique et où commence, en revanche, le dénigrement et, à travers lui, le jeu des responsabilités civiles ? L'interrogation est assurément délicate et invite, là encore, à jeter un regard attentif sur les décisions de justice.

Ainsi, dans un arrêt du 15 janvier 2020 (n°17-27.778, RJDA 2020, n°338, p.449), la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir retenu que les propos tenus par le dirigeant d'une société fabriquant des pizzas à l'encontre de l'un de ses concurrents étaient constitutifs d'un dénigrement, et engageaient dès lors la responsabilité civile de la personne morale pour concurrence déloyale, dès lors qu'ils portaient sur la médiocre façon dont les services étaient rendus par ce concurrent, l'insuffisante qualité de ses produits et services, les pratiques prétendument illicites qu'il mettait en œuvre et enfin les diverses collusions méritant de lui être imputées. Et, de fait, par l'ampleur des critiques faites, et sans doute plus encore par la position de concurrents directs qui était celle des protagonistes, l'abus de droit paraissait ici difficilement contestable.

En revanche, dans une autre affaire, également soumise à la chambre commerciale (4 mars 2020, n°18-15.651), la situation n'était plus celle d'une concurrence frontale, et le dénigrement pouvait donc sembler nettement moins évident. En l'occurrence, soupçonnant le quartz de synthèse d'être dangereux pour la santé de ses salariés, une société fabriquant des plans de travail dans divers matériaux, dont précisément ce type de quartz, avait fait réaliser une étude par l'Institut de recherche et d'expertise scientifique de Strasbourg, et publié ensuite sur son site internet et sur les réseaux sociaux de son dirigeant les résultats de cette étude confirmant la présence de composants dangereux dans ce matériau, avant même de lancer une alerte auprès du magazine « 60 millions de consommateurs » en indiquant

que celui-ci était dangereux pour la santé non seulement lors du façonnage mais encore lors de l'utilisation quotidienne en cuisine ! Autant d'allégations dans lesquelles une association ayant pour objet de promouvoir la réalisation de plans de travail de cuisine et salles de bain en quartz de synthèse a vu un acte de dénigrement et qu'elle a voulu faire cesser en sollicitant en référé des mesures conservatoires de retrait et d'interdiction de diffusion...

Or, au final, la chambre commerciale lui a donné satisfaction à travers un arrêt de censure qui, au visa des articles 1240 du code civil et 873, alinéa 1, du code de procédure civile, rappelle une importante ligne de démarcation par un attendu de principe dont tous les termes sont pesés : « attendu que, même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation, par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre constitue un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure ».

A l'évidence, le message principal de cet arrêt se situe dans les contours de l'exception au dénigrement, c'est-à-dire dans les conditions posées à l'exercice d'un légitime droit de critique : le rattachement à la liberté d'expression au travers de la référence à un sujet d'intérêt général, l'esprit de mesure qui doit entourer l'expression de la critique, et surtout cette « base factuelle suffisante » sans laquelle la critique n'en est pas une véritable, et dégénère nécessairement en une attaque de nature subjective constitutive d'un dénigrement. Or précisément, au cas d'espèce, c'est cette base factuelle qui, aux yeux de la Cour de cassation, faisait défaut de par l'imperfection des investigations menées par l'Institut de recherche.

Critiquer, oui sans doute, mais avec mesure pour ne pas fautivement causer un préjudice économique qui, pour l'entreprise dénigrée, peut très bien être considérable...