

RECUEIL ANNUEL DES ÉTUDES 2022



RECUEIL ANNUEL DES ÉTUDES

2022

Contentieux des clauses abusives :

illustration d'un dialogue des juges

Les enjeux juridiques des locations de courte durée

Retour sur un bris de jurisprudence :

la réforme de l'article 1843-4 du code civil

Restructuration des sociétés :

quelle responsabilité pénale pour les personnes morales ?



COUR DE CASSATION

A V E R T I S S E M E N T

La Cour de cassation entend rappeler ce qui suit :

En application du code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, microfilmage, scannérisation, numérisation...), sans le consentement de l'éditeur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

Il est également précisé que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2022

Direction artistique pour la couverture et les pages 1 et 2 : Service de communication de la Cour de cassation

ISBN : 978-2-11-157674-2

ISSN : 0984-5925

LISTE DES CONTRIBUTEURS

M. Samuel Vitse, conseiller référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation ;

Mme Valérie Georget, conseillère référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation ;

Mme Carole Champalaune, conseillère à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation ;

Mme Charlotte de Cabarrus, conseillère référendaire, chargée de mission, à la chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation ;

La chambre criminelle de la Cour de cassation en les personnes de Mme Pascale Labrousse, conseillère ; M. Xavier Samuel, conseiller ; MM. Renaud Salomon et Philippe Petitprez, avocats généraux ; Mme Élisabeth Pichon, conseillère référendaire ; M. Bertrand de Lamy, conseiller en service extraordinaire ; Mme Maud Fouquet, conseillère référendaire.

MEMBRES DU COMITÉ ÉDITORIAL

M. le président Jean-Michel Sommer, président de chambre, directeur du SDER (président du comité) ;

Mme Estelle Jond-Necand (conseillère référendaire - SDER) ;

Mme Stéphanie Vacher (auditrice - SDER) ;

Mme Nathalie Bourgeois-De Ryck (conseillère, chargée de mission de la première présidente) ;

Mme Valérie Champ (conseillère référendaire - première chambre civile) ;

Mme Julie Vigneras (conseillère référendaire, chargée de mission - deuxième chambre civile) ;

M. Jean-François Zedda (conseiller référendaire - troisième chambre civile) ;

M. Ronan Guerlot (conseiller référendaire - chambre commerciale, financière et économique) ;

Mme Marie-Pierre Lanoue (conseillère référendaire - chambre sociale) ;

Mme Maud Fouquet (conseillère référendaire - chambre criminelle) ;

Mme Sylvaine Laulom (avocate générale - chambre sociale) ;

M. Bruno Sturlèse (avocat général - troisième chambre civile) ;

Mme Frédérique Dreifuss-Netter (conseillère honoraire désignée par M. le président Sommer en sa qualité d'ancienne universitaire) ;

Mme Anna Mourao (juriste assistante au bureau de la diffusion et de la valorisation de la jurisprudence - SDER).

La coordination a été assurée par le bureau de la diffusion et de la valorisation de la jurisprudence du Service de documentation, des études et du Rapport de la Cour de cassation (SDER), sous la responsabilité de Mme Stéphanie Vacher.

SOMMAIRE

LISTE DES CONTRIBUTEURS	3
MEMBRES DU COMITÉ ÉDITORIAL	3
 CONTENTIEUX DES CLAUSES ABUSIVES : ILLUSTRATION D'UN DIALOGUE DES JUGES, Étude de la première chambre civile	 7
 LES ENJEUX JURIDIQUES DES LOCATIONS DE COURTE DURÉE, Étude de la troisième chambre civile	 29
 RETOUR SUR UN BRIS DE JURISPRUDENCE : LA RÉFORME DE L'ARTICLE 1843-4 DU CODE CIVIL, Étude de la chambre commerciale, financière et économique	 55
 RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS : QUELLE RESPONSABILITÉ PÉNALE POUR LES PERSONNES MORALES ? Étude de la chambre criminelle.....	 89
 TABLE DES MATIÈRES.....	 113



CONTENTIEUX DES CLAUSES ABUSIVES : ILLUSTRATION D'UN DIALOGUE DES JUGES, Étude de la première chambre civile ¹

1. Étude rédigée par M. Samuel Vitse, conseiller référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation.

INTRODUCTION

La notion de clause abusive tire son origine de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

L'article 35 de cette loi a confié au pouvoir réglementaire le soin d'interdire, limiter ou réglementer, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, « les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

C'est ainsi qu'un décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 a interdit un certain nombre de clauses, avant que la Cour de cassation² ne donne explicitement au juge le pouvoir de déclarer abusive, au sens de l'article 35 de la loi précitée, une clause qui n'était pourtant pas visée par ce décret, érigeant ainsi en norme générale l'avantage excessif imposé par une puissance économique.

La notion a ensuite connu une importante évolution sous l'effet du droit communautaire et plus précisément de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, dont l'exposé des motifs précise qu'« en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives ».

Cette directive d'harmonisation minimale a été transposée par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

Issu de cette loi, l'article L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation dispose, en son premier alinéa, que, « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

La notion de déséquilibre significatif et, plus largement, les conditions de mise en œuvre du régime des clauses abusives donnent lieu à un abondant contentieux, dont le traitement constitue une parfaite illustration du dialogue des juges.

2. 1^{re} Civ., 14 mai 1991, pourvoi n° 89-20.999, *Bull.* 1991, I, n° 153.

Dans son acception la plus large, le dialogue des juges s'entend des échanges qui interviennent entre magistrats du même ordre, d'ordres différents, voire de nationalités différentes, aux fins d'améliorer l'œuvre de justice.

Au sein de la présente étude, le dialogue des juges est plus spécifiquement conçu dans sa dimension formelle, laquelle repose sur des mécanismes de consultation institués par des textes de droit interne ou international.

En matière de clauses abusives, de tels mécanismes sont prévus entre les juges nationaux eux-mêmes, comme nous le verrons plus loin. Mais c'est surtout le dialogue entre le juge européen et les juges nationaux, plus exactement entre la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et les juridictions nationales des États membres, qui façonne le régime des clauses abusives.

Ce dialogue transnational s'appuie sur le mécanisme de la question préjudicielle, prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Selon ce texte, lorsqu'une juridiction d'un État membre rencontre une difficulté d'interprétation des traités ou des actes de droit dérivé, elle peut ou doit, selon que ses décisions sont susceptibles ou non d'un recours juridictionnel de droit interne, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

Ce dispositif de « coopération directe »³, dicté par la primauté du droit de l'Union⁴ et la nécessité de son interprétation uniforme par les États membres⁵, est couramment mis en œuvre pour interpréter la directive 93/13 précitée.

Si l'interprétation faite par la Cour de justice lie le juge national⁶, il revient toutefois à celui-ci de l'appliquer dans le litige particulier qui lui est soumis, tandis qu'une telle interprétation, qui intervient après de possibles observations et d'éventuels éclaircissements demandés à la juridiction de renvoi, peut être précisée à la faveur d'une nouvelle question préjudicielle, de sorte que le mécanisme du renvoi préjudiciel, véritable « dialogue de juge à juge »⁷ et « instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales »⁸, ne doit pas être conçu uniquement sous le prisme de la hiérarchie des normes, mais comme un outil de partage et d'affinement.

Ainsi conçu, le dialogue des juges a permis de préciser l'office du juge national en matière de clauses abusives (I) et le régime applicable à celles-ci (II).

3. Jacques Pertek, *Le renvoi préjudiciel*, Bruylant, 2^e éd., 2021, n° 150.

4. CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, Costa/E.N.E.L., C-6/64.

5. CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, CILFIT/Ministero della Sanità, C-283/81.

6. CJCE, arrêt du 3 février 1977, Benedetti/Munari, C-52/76.

7. CJCE, arrêt du 16 décembre 2008, Cartesio, C-210/06, point 91.

8. CJUE, arrêt du 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, point 37.

I. L'OFFICE DU JUGE NATIONAL EN MATIÈRE DE CLAUSES ABUSIVES SOUS LE REGARD DU JUGE EUROPÉEN

Le droit de la consommation a pour but de protéger le consommateur, réputé en situation de faiblesse face au professionnel.

D'emblée, on perçoit que le juge peut avoir son importance pour assurer l'effectivité de ce droit protecteur. Il en est d'autant plus ainsi que l'éventuelle absence de représentation obligatoire est susceptible de priver le consommateur du concours d'un conseil, dans une matière technique et mouvante. Aussi l'office du juge peut-il s'avérer crucial si l'on veut éviter que le droit de la consommation ne reste lettre morte.

La matière des clauses abusives a constitué la porte d'entrée du développement de l'office du juge en droit de la consommation.

Au fil d'un processus somme toute rapide, marqué par une série de renvois préjudiciels déterminants, le juge national s'est vu attribuer le pouvoir (A), puis le devoir (B), de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, non sans être également tenu d'ordonner d'office des mesures d'instruction (C).

A. Le pouvoir de relever d'office

C'est une juridiction espagnole qui a saisi la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) d'une question préjudicielle aux fins de savoir si la directive 93/13 permettait au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause attributive de compétence insérée dans un contrat portant sur l'achat à crédit d'une encyclopédie, la clause litigieuse imposant au consommateur de comparaître devant le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège social du vendeur.

Dans un arrêt fondateur⁹, après avoir rappelé que « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information » (point 25), la CJCE indique que l'objectif poursuivi par la directive 93/13 ne pourrait être atteint si les consommateurs devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif d'une clause contractuelle, de sorte « qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause » (point 26).

Une telle jurisprudence a été complétée à la faveur d'un renvoi préjudiciel du tribunal d'instance de Vienne, qui s'interrogeait sur la possibilité de relever d'office, nonobstant l'acquisition de la forclusion biennale, le caractère abusif des clauses financières d'un contrat de crédit manquant de clarté. Le juge français s'enquerrait donc de l'existence d'une limite temporelle au pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause.

9. CJCE, arrêt du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, C-240/98 à C-244/98.

Dans sa réponse¹⁰, la Cour de justice indique qu'une telle limite temporelle ne saurait être admise, sauf à permettre aux professionnels, aux fins de priver les consommateurs du bénéfice de la directive 93/13, d'attendre l'expiration du délai fixé par le législateur national pour demander l'exécution d'une clause abusive.

La Cour de cassation s'est appropriée cette jurisprudence¹¹, dès lors qu'elle a retenu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation pouvait être relevée d'office par le juge, dans un litige pourtant non soumis à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, qui a précisément attribué au juge français un tel pouvoir.

Les deux arrêts précités de la Cour de justice, emblématiques du pouvoir reconnu au juge national de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle afin de permettre une protection effective du consommateur, témoignent de l'importance du renvoi préjudiciel pour dessiner l'office du juge en matière de clauses abusives, lequel va rapidement se trouver renforcé sous l'effet du même mécanisme.

B. Le devoir de relever d'office

C'est une nouvelle question préjudicielle, posée par une juridiction espagnole, qui a conduit la Cour de justice à sauter le pas du caractère obligatoire du relevé d'office en matière de clauses abusives.

Dans l'affaire considérée, l'objet du litige portait sur un contrat de téléphonie mobile qui comportait une clause compromissoire soumettant tout différend à un arbitre. Une sentence arbitrale ayant été rendue au détriment du consommateur, celui-ci a contesté cette décision devant un tribunal, en soutenant le caractère abusif de la clause compromissoire et la nullité subséquente de la convention d'arbitrage. Le tribunal a formé un renvoi préjudiciel afin de savoir si la directive 93/13 lui permettait d'annuler la convention d'arbitrage au motif qu'elle contenait une clause abusive, alors même que le consommateur n'avait pas invoqué la nullité de la convention au cours de la procédure arbitrale.

Dans sa réponse¹², la Cour de justice indique incidemment que « la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient [...] que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel » (point 38).

Cette obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause a été confirmée et précisée dans un arrêt couramment cité, rendu sur renvoi préjudiciel d'une juridiction hongroise, qui s'interrogeait expressément sur le fait de savoir si la protection conférée par la directive 93/13 imposait au juge national de se prononcer d'office sur le caractère abusif d'une clause dont la non-écriture était de nature à remettre en cause sa compétence territoriale.

10. CJCE, arrêt du 21 novembre 2002, Cofidis, C-473/00.

11. 1^{re} Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 05-20.176, *Bull.* 2009, I, n° 9.

12. CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, Mostaza Claro, C-168/05.

Dans sa réponse¹³, la Cour de justice indique que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet » (point 35).

L'arrêt en question confirme donc l'obligation du relevé d'office, mais précise également qu'une telle obligation s'impose dès que le juge national dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, non sans laisser planer un doute sur l'étendue des « faits » devant être pris en considération, un auteur ayant pu estimer que le juge se trouvait confronté à « une tâche incommensurable »¹⁴.

À cet égard, poursuivant le dialogue des juges, une juridiction hongroise a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle destinée à déterminer plus finement les éléments du contrat soumis au relevé d'office. Dans cette affaire, qui concernait un contrat de prêt libellé en devise étrangère et assorti de clauses attribuant au prêteur le droit de modifier unilatéralement le contrat, l'auteur du renvoi préjudiciel se demandait si le juge national, saisi d'un recours tendant à faire constater le caractère abusif de certaines clauses du contrat, était tenu d'examiner d'office et individuellement l'ensemble des autres clauses de ce contrat, afin de vérifier si elles pouvaient être considérées comme abusives.

Dans sa réponse¹⁵, la Cour de justice précise que l'examen d'office auquel le juge national doit procéder en vertu de la directive 93/13 doit « respecter les limites de l'objet du litige, compris comme étant le résultat qu'une partie poursuit par ses prétentions, lues à la lumière des conclusions et des moyens présentés à cette fin » (point 28), de sorte que « seules les clauses contractuelles qui, bien qu'elles ne soient pas visées par le recours du consommateur, sont liées à l'objet du litige [...], relèvent de l'obligation d'examen d'office incombant au juge national saisi » (point 34).

Si, comme nous le verrons plus loin, le juge national est tenu de prendre en considération l'ensemble des clauses du contrat pour apprécier, dans son contexte, le caractère abusif de la clause litigieuse, il n'est donc pas tenu d'apprécier individuellement toutes les autres clauses du contrat afin d'y déceler un éventuel abus.

Ce bornage de l'office du juge au regard du principe dispositif n'est pas sans rappeler un arrêt antérieur de la Cour de cassation¹⁶, qui avait tiré les conséquences de l'arrêt *Pannon* (cf. *supra*, note 13), tout en cantonnant le champ d'investigation du juge aux seuls éléments de fait et de droit *débattus* devant lui. D'aucuns ont pu y voir une manifestation du principe de l'autonomie procédurale, principe selon lequel, « en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre »¹⁷.

À noter que le dialogue transnational sur l'office du juge en matière de clauses abusives se double parfois d'un dialogue purement national.

13. CJCE, arrêt du 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08.

14. H. Aubry, « L'office du magistrat judiciaire en droit de la consommation. Avant-propos », *Revue Justice Actualités*, ENM, 2017, p. 11.

15. CJUE, arrêt du 11 mars 2020, *Lintner*, C-511/17.

16. 1^{re} Civ., 29 mars 2017, pourvoi n° 16-13.050, *Bull.* 2017, I, n° 78, publié au *Rapport annuel*.

17. CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, point 24.

C'est ainsi qu'en application de l'article 1015-1 du code de procédure civile, qui permet à une chambre de la Cour de cassation de solliciter l'avis d'une autre chambre sur un point de droit qui relève de la compétence de celle-ci, la deuxième chambre civile a consulté la première chambre civile sur l'obligation, pour le juge de cassation, de relever d'office un moyen tiré du caractère abusif d'une clause contractuelle, lorsque celui-ci estime disposer de tous les éléments de fait nécessaires à cet effet.

Dans son avis en réponse, émis le 26 mai 2021, la première chambre civile considère que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne doit être conciliée avec l'office spécifique du juge de cassation, de sorte qu'il ne peut incomber à la Cour de cassation de relever d'office un moyen tiré du caractère abusif d'une clause contractuelle, même si elle estime disposer de tous les éléments de fait nécessaires à cet effet, compte tenu de la discussion de fait que ce moyen serait susceptible d'entraîner, en l'absence de débat préalable devant les juges du fond sur ce point et des mesures d'instruction que cet examen pourrait nécessiter.

Ce même avis ajoute toutefois que la Cour de cassation doit relever d'office le moyen tiré du défaut d'examen d'office du caractère abusif d'une clause, dès lors qu'elle constate que des éléments de fait et de droit en faveur du caractère abusif de ladite clause ont été débattus devant les juges du fond, la juridiction de renvoi étant alors amenée à en débattre et à procéder à d'éventuelles mesures d'instruction, lesquelles seront précisément évoquées ci-après.

C. Les mesures d'instruction

C'est un juge hongrois qui a saisi la Cour de justice afin de savoir si le juge national peut d'office procéder à une mesure d'instruction en vue d'établir des éléments de fait et de droit nécessaires à l'appréciation du caractère éventuellement abusif d'une clause, alors même que son droit interne n'autorise une telle instruction que si les parties le demandent.

Dans sa réponse, la Cour de justice¹⁸ indique que « le juge national doit prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si [la clause litigieuse] entre dans le champ d'application de la directive et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause » (point 56).

Cette décision confère un rôle accru au juge national, qui ne peut donc se contenter des éléments à sa disposition pour déterminer si une clause relève du champ d'application de la directive 93/13, mais doit, au besoin, faute de pouvoir procéder à une appréciation définitive au regard des éléments produits, demander aux parties de lui fournir les éclaircissements nécessaires.

Ce devoir d'investigation s'impose également en l'absence de comparution du consommateur. En effet, saisie par une juridiction polonaise, qui lui demandait si la directive 93/13 imposait au juge national, en cas de défaillance du consommateur et nonobstant une législation interne lui imposant de statuer sur la base des allégations

18. CJUE, arrêt du 9 novembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, point 37.

du professionnel tenues pour vraies, de prendre des mesures d'instruction nécessaires pour apprécier d'office le caractère abusif des clauses contractuelles sur lesquelles le professionnel fondait sa demande, la Cour de justice¹⁹ indique que la directive 93/13 « s'oppose à l'interprétation d'une disposition nationale qui empêcherait le juge saisi d'un recours, introduit par un professionnel contre un consommateur et qui relève du champ d'application de cette directive, et statuant par défaut [...], de prendre les mesures d'instruction nécessaires pour apprécier d'office le caractère abusif des clauses contractuelles sur lesquelles le professionnel a fondé sa demande, lorsque ce juge éprouve des doutes sur le caractère abusif de ces clauses » (point 52).

Soulignant l'audace de la Cour de justice, une partie de la doctrine considère que sa jurisprudence « pourrait [...] être à l'origine de difficultés d'intégration de la règle [...] au sein des droits nationaux, en général, et du droit français, en particulier [dès lors que] l'obligation faite au juge [...] d'ordonner d'office des mesures d'instruction en matière de clauses abusives apparaît [...] nettement dérogoire par rapport au droit commun de la procédure civile »²⁰.

Il convient en tout état de cause de souligner que l'office du juge national, qu'il s'accompagne ou non de mesures d'instruction, ne se conçoit évidemment que dans le strict respect du principe de la contradiction²¹.

Si le mécanisme du renvoi préjudiciel a donc permis de façonner progressivement l'office du juge national en matière de clauses abusives, il a également permis de dégager le régime applicable à celles-ci.

19. CJUE, arrêt du 4 juin 2020, Kancelaria Medius, C-495/19.

20. N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2^e éd., 2018, n^{os} 1268 et 1269.

21. CJUE, arrêt du 21 février 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, point 31.

II. LE RÉGIME DES CLAUSES ABUSIVES À L'ÉPREUVE DU DROIT EUROPÉEN

Usant de sa compétence d'interprétation du droit de l'Union et faisant application des grands principes qui gouvernent sa jurisprudence, la Cour de justice a précisé, au gré des renvois préjudiciels, le régime applicable aux clauses abusives, s'agissant de la prescription (A), de la qualité des parties (B), de l'étendue du contrôle (C), du déséquilibre significatif (D) et du sort des dispositions contractuelles (E).

A. La prescription

Si l'article 6, § 1, de la directive 93/13 dispose que « les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs », ceux-ci peuvent-ils, pour autant, opposer l'existence d'une clause abusive sans limite de temps ?

La question n'a pas manqué de diviser la doctrine, scindée entre les partisans d'une théorie de l'inexistence, exclusive de toute prescription, et les défenseurs d'une application universelle de la prescription.

En vue de surmonter cette opposition, le tribunal de grande instance de Paris a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle aux fins de savoir si la directive 93/13 s'opposait à l'application des règles de la prescription pour la déclaration du caractère abusif d'une clause contractuelle insérée dans un contrat de prêt.

Dans sa réponse²², après avoir rappelé que les modalités de mise en œuvre de la protection des consommateurs prévue par la directive 93/13 relevaient en principe de l'ordre juridique interne des États membres en vertu du principe de l'autonomie procédurale de ces derniers, la Cour de justice énonce que ces modalités ne doivent pas rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, sous peine de porter atteinte au principe d'effectivité. Elle ajoute que la directive précitée impose aux États membres de prévoir des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation d'une clause abusive et que celle-ci doit être considérée, en principe, comme n'ayant jamais existé, de sorte qu'elle ne saurait avoir d'effet à l'égard du consommateur. Elle déduit de ce qui précède qu'« il y a lieu de considérer que, afin notamment d'assurer une protection effective des droits que le consommateur tire de la directive 93/13, celui-ci doit pouvoir soulever, à tout moment, le caractère abusif d'une clause contractuelle non seulement en tant que moyen de défense, mais également aux fins de faire déclarer par le juge le caractère abusif d'une clause contractuelle, de sorte qu'une demande introduite par le consommateur aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ne saurait être soumise à un quelconque délai de prescription » (point 38).

22. CJUE, arrêt du 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 à C-782/19.

Une telle solution était en germe dans l'arrêt *Cofidis* (cf. *supra*, note 10), dont on a vu qu'il permet au juge national de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, nonobstant l'acquisition du délai biennal de forclusion prévu en droit interne.

Si l'écoulement du temps ne peut donc faire échec à une demande fondée sur l'existence d'une clause abusive, encore faut-il que celle-ci figure dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, d'où l'importance de la qualité des parties.

B. La qualité des parties

Est ici en cause l'interprétation de l'article 2 de la directive 93/13, qui définit les notions de consommateur et de professionnel, soit les parties aux contrats relevant de la directive, étant rappelé que notre droit interne étend le régime protecteur des clauses abusives aux non-professionnels²³, conséquence d'une directive d'harmonisation minimale.

Pour mémoire, l'article 2, sous b), définit le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle », tandis que l'article 2, sous c), définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée ».

Ces définitions n'ont pas suffi à lever tout doute sur les notions de « professionnel » et de « consommateur », si bien que divers renvois préjudiciels sont intervenus sur ce thème, dont certains seront évoqués ci-après.

S'agissant de la notion de « professionnel », une juridiction belge a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle aux fins de savoir si un établissement d'enseignement libre subventionné, qui, par contrat, était convenu avec l'une de ses étudiantes de facilités de paiement de sommes dues au titre de droits d'inscription et de frais liés à un voyage d'études, devait être considéré, aux termes de ce contrat, comme un « professionnel » au sens de la directive 93/13.

Dans sa réponse, la Cour de justice²⁴ indique que l'article 2, sous c), « n'exclut de son champ d'application ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public » (point 51), avant de préciser que la notion de « professionnel » est une « notion fonctionnelle impliquant d'apprécier si le rapport contractuel s'inscrit dans le cadre des activités auxquelles une personne se livre à titre professionnel » (point 55), ce dont elle déduit que, dans l'affaire en examen, l'établissement scolaire, qui a fourni à l'une de ses étudiantes, au demeurant en situation d'infériorité à l'égard de son cocontractant, une prestation complémentaire et accessoire à son activité d'enseignement subventionné, doit être considéré comme un « professionnel » au sens de la directive 93/13.

23. 1^{re} Civ., 15 mars 2005, pourvoi n° 02-13.285, *Bull.* 2005, I, n° 136.

24. CJUE, arrêt du 17 mai 2018, Karel de Grote-Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C-147/16.

S'agissant cette fois de la notion de « consommateur », une juridiction hongroise a saisi la Cour de justice aux fins de savoir si l'article 2, sous b), devait être interprété comme incluant ou excluant de la définition de « consommateur » une personne physique exerçant la profession d'avocat qui conclut un contrat de crédit avec une banque, sans que le but du crédit soit précisé dans ce contrat, celui-ci mentionnant toutefois la qualité de caution hypothécaire du cabinet d'avocat de cette personne physique.

Dans sa réponse, la Cour de justice²⁵ rappelle que, pour apprécier la qualité de consommateur, « le juge national doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, et notamment de la nature du bien ou du service faisant l'objet du contrat considéré, susceptibles de démontrer à quelle fin ce bien ou ce service est acquis » (point 23). Elle précise que la notion de consommateur, au sens de l'article 2, sous b), a un caractère objectif et est indépendante des connaissances concrètes que la personne concernée peut avoir. Elle ajoute qu'un avocat qui conclut, avec une personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle, un contrat qui, faute d'avoir trait à l'activité de son cabinet, n'est pas lié à l'exercice de sa profession d'avocat, se trouve, à l'égard de cette personne, en situation d'infériorité concernant tant son pouvoir d'information que de négociation. Elle en déduit que, nonobstant le niveau élevé de compétences techniques de l'avocat, celui-ci peut être regardé comme un consommateur au titre du contrat principal de crédit, peu important les circonstances de conclusion du contrat accessoire souscrit par ce même avocat aux fins de garantir la créance née du contrat principal.

S'interrogeant tant sur la qualité de « consommateur » que de « professionnel » des parties à un contrat litigieux, la Cour de cassation a, par arrêt du 4 octobre 2017²⁶, saisi la Cour de justice aux fins de savoir si l'article 2, sous b) et c), de la directive 93/13 devait être interprété en ce sens que, d'une part, le salarié d'une entreprise et son conjoint, qui concluent avec cette entreprise, en l'occurrence la société EDF, un contrat de crédit, réservé, à titre principal, aux membres du personnel de ladite entreprise, destiné à financer l'acquisition d'un bien immobilier à des fins privées, doivent être considérés comme des « consommateurs », au sens de cet article 2, sous b), et, d'autre part, si, en ce qui concerne l'octroi de ce crédit, cette même entreprise doit être considérée comme un « professionnel », au sens dudit article 2, sous c).

En réponse, la Cour de justice²⁷ indique que « le fait qu'une personne physique conclut un contrat, autre qu'un contrat de travail, avec son employeur, ne fait pas, en tant que tel, obstacle à ce que cette personne soit qualifiée de "consommateur" » (point 29). Elle précise que, tout comme la notion de consommateur, celle de professionnel « présente un caractère objectif et ne dépend pas de ce que le professionnel décide de traiter comme son activité principale ou secondaire et accessoire » (point 41). Elle ajoute que, « même si l'activité principale d'un employeur tel qu'EDF consiste non pas à offrir des instruments financiers, mais à fournir de l'énergie, cet employeur dispose des informations et des compétences techniques, des ressources humaines et matérielles qu'une personne physique, à savoir l'autre partie au contrat, n'est pas censée avoir » (point 40). Elle termine en indiquant que l'interprétation large de la notion de professionnel, au sens de la directive 93/13, « sert à mettre en œuvre l'objectif de cette directive consistant à

25. CJUE, arrêt du 3 septembre 2015, Costea, C-110/14.

26. 1^{re} Civ., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-12.519.

27. CJUE, arrêt du 21 mars 2019, Pouvin et Dijoux, C-590/17.

protéger le consommateur en tant que partie faible au contrat conclu avec un professionnel et à rétablir l'équilibre entre les parties » (point 42). Elle en déduit que, s'agissant du contrat de prêt litigieux, les coemprunteurs solidaires doivent être regardés comme des consommateurs, et le prêteur comme un professionnel, peu important que ce dernier n'ait pas pour activité principale de consentir des crédits.

À supposer que la clause litigieuse soit insérée dans un contrat liant un professionnel à un consommateur, encore faut-il qu'elle soit éligible au contrôle du juge.

C. L'étendue du contrôle

Est ici en cause l'interprétation de l'article 4, § 2, de la directive 93/13, qui dispose que « l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

La directive 93/13 étant d'harmonisation minimale, les États membres dont la législation garantit un niveau de protection plus élevé au consommateur peuvent prévoir que le juge national pourra procéder à un contrôle plus étendu.

C'est ainsi que, saisie par une décision d'une juridiction espagnole, qui s'interrogeait sur la possibilité pour un État membre de prévoir, dans son ordre juridique, un contrôle du caractère abusif des clauses portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix, même si lesdites clauses sont rédigées de façon claire et compréhensible, la Cour de justice²⁸, après avoir précisé que l'article 4, § 2, précité, ne fait pas partie des dispositions qui fixent de manière impérative le champ d'application matériel de la directive 93/13, énonce que l'article 8 de cette directive, qui prévoit formellement la possibilité pour les États membres d'adopter ou de maintenir, dans le domaine régi par la directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur, s'applique à l'article 4, § 2. Elle en déduit qu'une réglementation nationale peut parfaitement autoriser un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses contractuelles portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix, quand bien même ces clauses seraient rédigées de façon claire et compréhensible.

Lorsqu'un État membre a transposé l'article 4, § 2, de la directive 93/13 sans ménager un degré de protection plus élevé au consommateur, le juge national ne peut contrôler le caractère abusif de la clause portant sur le prix ou l'objet principal du contrat que lorsque celle-ci n'est pas rédigée de manière claire et compréhensible, l'objectif de transparence poursuivi par le législateur européen n'étant alors pas atteint.

Aussi, dans une telle hypothèse, la définition des clauses portant sur le prix et l'objet principal du contrat s'avère déterminante, de même que celle du manque de clarté et de compréhensibilité.

28. CJUE, arrêt du 3 juin 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08.

À cet égard, la Cour de justice a été saisie par une juridiction hongroise, qui s'interrogeait, d'une part, sur le fait de savoir si la clause contractuelle déterminant le taux de change d'un emprunt libellé en devise étrangère relevait de l'objet principal du contrat, d'autre part, sur le sens qu'il convenait de donner à l'exigence de clarté et de compréhensibilité d'une clause contractuelle.

Dans sa réponse, la Cour de justice²⁹ précise que, « compte tenu [...] du caractère dérogatoire de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 et de l'exigence d'une interprétation stricte de cette disposition qui en découle, les clauses du contrat qui relèvent de la notion d'« objet principal du contrat », au sens de cette disposition, doivent s'entendre comme étant celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci » (point 49). Quant à l'exclusion du contrôle des clauses de prix ou de rémunération, au sens de l'article 4, § 2, de la directive, la Cour de justice indique qu'elle « a une portée réduite, dès lors que cette exclusion ne porte que sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération prévu et les services ou les biens à fournir en contrepartie » (point 54), autrement dit sur le rapport qualité/prix de la prestation ou du produit offerts au consommateur.

Dans ce même arrêt, la Cour de justice ajoute, s'agissant de l'impératif de clarté de la clause, que « l'exigence de transparence des clauses contractuelles posée par la directive 93/13 ne saurait donc être réduite au seul caractère compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci » (point 71) et que l'exigence de transparence qui s'impose au professionnel doit être entendue de manière extensive. C'est ainsi que, dans l'affaire ayant motivé le renvoi préjudiciel, le contrat de prêt litigieux devait exposer de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère auquel se réfère la clause concernée, ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses relatives au déblocage du prêt, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui.

Ainsi qu'indiqué précédemment, l'arrêt précité a été rendu dans un litige relatif à un prêt libellé en devise étrangère. Ce type de prêt a suscité un abondant contentieux au sein de l'Union, ce qui a entraîné une série de renvois préjudiciels qui ont donné l'occasion à la Cour de justice de conforter et de préciser son interprétation de l'article 4, § 2, précité, en ce qu'il exige que la clause soit rédigée de façon claire et compréhensible.

C'est ainsi, par exemple, que, saisie par une juridiction roumaine, la Cour de justice³⁰ précise « qu'une clause selon laquelle le prêt doit être remboursé dans la même devise étrangère que celle dans laquelle il a été contracté [doit être] comprise par le consommateur à la fois sur le plan formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement connaître la possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise étrangère dans laquelle le prêt a été contracté, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières » (point 51).

29. CJUE, arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13.

30. CJUE, arrêt du 20 septembre 2017, Andriuc e.a., C-186/16.

Saisie par une juridiction hongroise, la Cour de justice³¹ confirme cette position en indiquant que l'exigence de clarté « implique qu'une clause relative au risque de change soit comprise par le consommateur à la fois sur les plans formel et grammatical, mais également quant à sa portée concrète, en ce sens qu'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, puisse non seulement avoir conscience de la possibilité de dépréciation de la monnaie nationale par rapport à la devise étrangère dans laquelle le prêt a été libellé, mais aussi évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d'une telle clause sur ses obligations financières » (point 78).

De même encore, saisie par le tribunal de grande instance de Paris, la Cour de justice³² précise que l'exigence de transparence des clauses du contrat de prêt « qui prévoient que la devise étrangère est la monnaie de compte et que l'euro est la monnaie de paiement et qui ont pour effet de faire porter le risque de change sur l'emprunteur, est satisfaite lorsque le professionnel a fourni au consommateur des informations suffisantes et exactes permettant à un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives, potentiellement significatives, de telles clauses sur ses obligations financières pendant toute la durée de ce même contrat » (point 78).

La Cour de cassation s'est appropriée cette jurisprudence pour juger que violait l'article L. 132-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, la cour d'appel qui excluait le caractère abusif d'une clause de monnaie de compte stipulée dans un contrat de prêt libellé en devise étrangère, après avoir pourtant retenu que les documents remis au consommateur ne lui permettaient pas d'évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, de la clause, autorisant le tirage du prêt dans une autre devise, sur ses obligations financières, en l'absence de tout exemple chiffré, de toute simulation et de toute explication sur la distinction entre la monnaie de compte et la devise initiale, ce dont il résultait que la banque n'avait pas satisfait à l'exigence de transparence à l'égard du consommateur³³.

De même a-t-elle jugé qu'au regard d'une telle exigence de transparence, violait le texte précité, la cour d'appel qui, pour dire que la clause de monnaie de compte insérée à un contrat de prêt libellé en devise étrangère ne présentait pas un caractère abusif, se bornait à retenir, d'une part, que les variations du taux de change avaient pour conséquence soit d'allonger soit de réduire la durée du crédit, de sorte que la clause litigieuse n'était pas stipulée au seul détriment des emprunteurs, les variations étant subies réciproquement par les deux parties, d'autre part, que, si les emprunteurs ne voulaient plus être soumis aux variations du taux de change, ils pouvaient demander, tous les trois ans, la conversion de leur prêt en euros³⁴.

À supposer la clause litigieuse éligible au contrôle du juge, reste à déterminer si elle crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur.

31. CJUE, arrêt du 20 septembre 2018, OTP Bank et OTP Faktoring, C-51/17.

32. CJUE, arrêt du 10 juin 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 à C-782/19.

33. 1^{re} Civ., 20 avril 2022, pourvoi n° 20-16.316, publié au *Bulletin*.

34. 1^{re} Civ., 20 avril 2022, pourvoi n° 19-11.599, publié au *Bulletin*.

D. Le déséquilibre significatif

Est ici en cause l'interprétation de l'article 3, § 1, de la directive 93/13, qui dispose qu'« une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

Cette disposition relève des critères généraux utilisés par le législateur européen pour définir la notion de clause abusive. L'interprétation de ces critères relève de la compétence de la Cour de justice, à la différence de leur application à une clause particulière, qui doit être examinée par le juge national en fonction des circonstances propres au cas d'espèce, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de justice³⁵, rendu sur renvoi préjudiciel d'une juridiction allemande, qui s'interrogeait sur le caractère abusif d'une clause d'exigibilité du prix contenue dans les conditions générales d'un contrat de vente.

Saisie par une juridiction hongroise, qui s'interrogeait sur le caractère abusif de plein droit d'une clause des conditions générales similaire à l'une de celles visées à l'annexe de la directive 93/13, la Cour de justice³⁶ indique que le caractère éventuellement abusif d'une telle clause doit être apprécié au regard de toutes les autres clauses des conditions générales du contrat concerné, ce qui rejoint au demeurant les dispositions de l'article 4, § 1, de la directive 93/13, dont il résulte que le caractère abusif d'une clause contractuelle s'apprécie au regard de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat et de toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

L'appréciation de l'abus doit également s'opérer par référence aux règles supplétives nationales. C'est ainsi que, saisie par une juridiction espagnole, qui s'interrogeait sur le caractère abusif de certaines clauses de déchéance du terme, de fixation d'intérêts moratoires et d'exécution de la créance, la Cour de justice³⁷ précise que « la notion de “déséquilibre significatif”, au détriment du consommateur, doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur » (point 76).

Une telle approche a été rapidement complétée par une autre décision, rendue sur renvoi préjudiciel également formé par une juridiction espagnole, aux termes de laquelle la Cour de justice³⁸ précise que « l'existence d'un “déséquilibre significatif” ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou

35. CJCE, arrêt du 1^{er} avril 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02.

36. CJUE, arrêt du 26 avril 2012, *Invitel*, C-472/10.

37. CJUE, arrêt du 14 mars 2013, *Aziz*, C-415/11.

38. CJUE, arrêt du 16 janvier 2014, *Constructora Principado*, C-226/12.

d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales » (point 30). Il s'ensuit qu'en principe le déséquilibre significatif ne s'apprécie pas au regard d'une mise en balance économique entre les droits et obligations des parties au contrat. Il suffit que la clause litigieuse s'éloigne à un point tel des règles supplétives nationales que la situation du consommateur s'en trouve altérée, indépendamment de toute considération économique.

Saisie par une juridiction polonaise, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si la directive 93/13 s'opposait à une réglementation nationale qui permet de garantir le paiement d'une créance issue d'un contrat de crédit à la consommation, conclu entre un professionnel et un consommateur, au moyen d'un billet à ordre émis en blanc, la Cour de justice³⁹ indique encore qu'« afin de savoir si une clause est susceptible d'être qualifiée d'abusive », la juridiction nationale doit vérifier si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation » (point 55).

À noter que le dialogue transnational sur la notion de déséquilibre significatif se double parfois d'un dialogue purement national.

C'est ainsi qu'aux termes d'une demande d'avis formée en application de l'article 1031-1 du code de procédure civile, le tribunal d'instance de Villefranche-sur-Saône a saisi la Cour de cassation afin qu'elle se prononce sur le caractère abusif des clauses d'un contrat de crédit accessoire à la vente d'un véhicule automobile prévoyant :

- 1°) une subrogation par acte sous seing privé du prêteur dans la réserve de propriété du vendeur, par application des dispositions de l'article 1250, 1°, du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;
- 2°) un cumul de ladite garantie avec un gage sans dépossession ;
- 3°) une valeur du bien repris déterminée par son seul prix de revente.

Dans son avis du 28 novembre 2016⁴⁰, la Cour de cassation considère :

1°) qu'est abusive la clause prévoyant la subrogation du prêteur dans la réserve de propriété du vendeur, dès lors qu'elle laisse faussement croire à l'emprunteur, devenu propriétaire du bien dès le paiement du prix au vendeur, que la sûreté réelle a été valablement transmise, ce qui entrave l'exercice de son droit de propriété et a pour effet de créer un déséquilibre significatif à son détriment ;

2°) qu'est présumée abusive, sauf preuve contraire, par l'article R. 132-2, 6°, du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, la clause prévoyant la renonciation du prêteur au bénéfice de la réserve de propriété grevant le bien financé et la faculté d'y substituer unilatéralement un gage portant sur le même bien, outre qu'une telle clause est abusive en ce qu'elle laisse l'emprunteur, s'il n'est pas tenu informé d'une telle renonciation, dans l'ignorance de l'évolution de sa situation juridique, ce qui est de nature à entraver l'exercice de son droit de propriété ;

39. CJUE, arrêt du 7 novembre 2019, Profi Credit Polska, C-419/18 et C-483/18.

40. Avis de la Cour de cassation, 28 novembre 2016, n° 16-70.009, *Bull.* 2016, Avis, n° 9, publié au *Rapport annuel*.

3°) qu'est abusive la clause ne prévoyant pas, en cas de revente par le prêteur du bien financé grevé d'une réserve de propriété, la possibilité pour l'emprunteur de présenter lui-même un acheteur faisant une offre, dès lors que le prix obtenu par le prêteur à l'occasion de cette revente est généralement inférieur à celui qui pouvait être escompté, de sorte que la situation financière du débiteur s'en trouve aggravée.

À supposer l'existence d'un déséquilibre significatif au détriment du consommateur, reste à déterminer le sort des dispositions contractuelles concernées.

E. Le sort des dispositions contractuelles

L'article 6, § 1, de la directive 93/13 dispose que « les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Une telle disposition incline à distinguer le sort de la clause abusive de celui du contrat qui la renferme.

S'agissant de la clause abusive, il revient aux États membres de déterminer les conditions dans lesquelles celle-ci devient inopposable au consommateur, étant rappelé que notre droit interne ne déclare pas la clause nulle, mais la répute non écrite, conformément à l'article L. 132-1, devenu L. 241-1, du code de la consommation (« Les clauses abusives sont réputées non écrites. »).

Saisie par une juridiction néerlandaise, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si l'article 6 de la directive 93/13 pouvait être interprété en ce sens qu'il permet à un juge national de se borner à modérer le montant d'une clause pénale jugée abusive, dès lors que son droit national l'y autorise et que le consommateur l'a demandé, la Cour de justice⁴¹ indique que « les juges nationaux sont tenus d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sans être habilités à réviser le contenu de celle-ci » (point 57).

C'est qu'une solution contraire serait de nature à compromettre l'effet dissuasif de l'inapplication des clauses abusives, dans la mesure où, comme l'a relevé la Cour de justice⁴², saisie par une juridiction espagnole, « les professionnels [...] demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national, de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels » (point 69).

41. CJUE, arrêt du 30 mai 2013, Asbeek Brusse et de Man Garabito, C-488/11.

42. CJUE, arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10.

De nouveau saisie par une juridiction espagnole, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si, lorsqu'une clause d'échéance anticipée d'un contrat de prêt hypothécaire est jugée abusive, elle peut néanmoins être maintenue en partie, moyennant la suppression des éléments qui la rendent abusive, la Cour de justice⁴³ considère que la survie partielle d'une clause abusive, moyennant la suppression des éléments qui la rendent abusive, n'est pas concevable, lorsqu'une telle suppression revient à réviser le contenu de ladite clause en affectant sa substance.

Il se déduit d'une telle jurisprudence qu'une survie partielle est possible, dès lors que la suppression des éléments qui rendent la clause abusive n'affecte pas sa substance. C'est par un tel raisonnement *a contrario* que la Cour de cassation a maintenu en partie une clause de déchéance du terme, dont seules certaines des causes étaient abusives, dès lors qu'en raison de sa divisibilité la suppression des éléments qui la rendaient abusive n'affectait pas sa substance⁴⁴.

Si la clause abusive doit donc cesser de produire ses effets, il n'en va pas de même du contrat qui la renferme, lequel, doit, en principe, rester contraignant pour les parties. Comme l'a indiqué la Cour de justice, saisie par une juridiction slovaque, l'objectif de la directive 93/13 « consiste à rétablir l'équilibre entre les parties, tout en maintenant, en principe, la validité de l'ensemble d'un contrat, et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives »⁴⁵.

Cette logique de survie doit conduire le juge national à vérifier que le contrat privé de la clause abusive peut éventuellement subsister par l'application d'une disposition nationale à caractère supplétif. À cet égard, saisie par une juridiction hongroise, qui s'interrogeait sur le fait de savoir si la directive 93/13 s'opposait à une réglementation nationale permettant au juge national de remédier à la nullité de la clause abusive en substituant à celle-ci une disposition de droit national à caractère supplétif, la Cour de justice⁴⁶ indique que « la substitution à une clause abusive d'une disposition nationale à caractère supplétif est conforme à l'objectif de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, dès lors que, selon une jurisprudence constante, cette disposition tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives » (point 82). L'arrêt précise toutefois qu'une telle substitution ne peut intervenir que si elle permet d'éviter une annulation dont les conséquences seraient à ce point préjudiciables au consommateur que celui-ci serait dissuadé de dénoncer l'existence des clauses abusives insérées au contrat (points 83 et 84).

43. CJUE, arrêt du 26 mars 2019, Abanca Corporación Bancaria, C-70/17 et C-179/17.

44. 1^{re} Civ., 2 juin 2021, pourvoi n° 19-22.455, publié au *Bulletin*.

45. CJUE, arrêt du 15 mars 2012, Pereničová et Perenič, C-453/10, point 31.

46. CJUE, arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13.

Cette approche a été confortée par un arrêt de la Cour de justice⁴⁷, qui, sur saisine d'une juridiction espagnole, indique que « la possibilité pour le juge national de substituer à une clause abusive une disposition de droit national à caractère supplétif [...] est limitée aux hypothèses dans lesquelles l'invalidation de la clause abusive obligerait le juge à annuler le contrat dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences telles que ce dernier en serait pénalisé » (point 33).

S'appropriant une telle jurisprudence, la Cour de cassation⁴⁸ a approuvé une cour d'appel d'avoir substitué le taux de l'intérêt légal à celui de l'intérêt conventionnel, en tant que disposition de droit national à caractère supplétif, sous peine d'entraîner l'annulation du contrat et ainsi d'imposer au consommateur la restitution immédiate du capital emprunté.

47. CJUE, arrêt du 21 janvier 2015, Unicaja Banco et Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13.

48. 1^{re} Civ., 13 mars 2019, pourvoi n° 17-23.169, publié au *Bulletin*.

CONCLUSION

Le contentieux des clauses abusives constitue une parfaite illustration du dialogue des juges. Le renvoi préjudiciel, qui en est le principal vecteur, a permis de préciser le sens de la directive 93/13 et d'assurer son application uniforme au sein de l'Union. Mais, loin de se borner à fixer les critères généraux d'interprétation de la directive, le mécanisme du renvoi préjudiciel a également façonné l'office du juge national dans le sens d'une plus grande effectivité de la protection du consommateur. Le principe de l'autonomie procédurale des États membres y a sans doute perdu en vigueur, sauf à déceler dans cette évolution l'émergence d'« [un] droit processuel européen [qui] se construit [...] au service de ses règles substantielles »⁴⁹.

Dans ce mouvement de balancier que constitue le dialogue des juges en matière de clauses abusives, le juge national pourrait, ainsi que le suggère un auteur⁵⁰, davantage inspirer la réponse de la Cour de justice, comme le prévoit déjà l'article 107, § 2, du Règlement de procédure de ladite Cour. Ce texte, qui dispose que « la juridiction de renvoi [...] indique, dans la mesure du possible, la réponse qu'elle propose aux questions préjudicielles », n'est toutefois applicable qu'à la procédure préjudicielle d'urgence. Son élargissement serait de nature à renforcer la coopération entre juges et à favoriser une solution concertée.

49. S. Bernheim-Desvaux, « Office du juge et contrôle du caractère abusif des clauses en l'absence de comparaison du consommateur », *Contrats, conc. consom.* juillet 2020, comm. 116.

50. G. Marti, « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ? », *Rev. UE* 2015, p. 638.



LES ENJEUX JURIDIQUES DES LOCATIONS DE COURTE DURÉE, Étude de la troisième chambre civile¹

1. Étude rédigée par Mme Valérie Georget, conseillère référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

INTRODUCTION

Longtemps utilisée à des fins exclusivement touristiques, la location d'un logement pour une courte durée se développe en France à compter des années 1970 sous l'impulsion de la loi n° 69-434 du 16 mai 1969 portant à quatre semaines la durée minimum des congés payés annuels.

Ce phénomène s'accroît dans le milieu des années 1990 et prend pleinement son essor à compter de 2010. Internet, par l'intermédiaire des plateformes numériques, révolutionne le marché en favorisant une relation simple et rapide entre bailleurs et locataires. Cette évolution internationale, d'abord constatée dans les stations balnéaires, s'étend au milieu urbain.

La société Airbnb est l'emblème de ce succès. Présentée comme le leader international des plateformes de réservation d'hébergement entre particuliers, elle est fondée en 2008 par de jeunes Américains qui proposent à l'origine à des voyageurs n'ayant pas les moyens de financer une chambre d'hôtel de leur fournir, contre rémunération, un matelas gonflable et un petit déjeuner, d'où la dénomination de la société : « Airbed and breakfast » (matelas gonflable et petit déjeuner). La croissance de la société est spectaculaire. Établie aux États-Unis et forte de nombreuses filiales, Airbnb a aujourd'hui pour principale activité, moyennant le paiement d'une commission, de mettre en relation, d'une part, des bailleurs (des hôtes) professionnels ou particuliers, d'autre part, des locataires (des voyageurs).

Des centaines de plateformes numériques ont désormais une activité similaire. Parmi les plus connues peuvent être citées les sociétés suivantes : Aritel (groupe HomeAway), TripAdvisor, Expedia...

Les bénéfices économiques et culturels de la location de courte durée sont connus. Cette activité participe à l'essor du tourisme. Les familles disposent d'un hébergement complet qui facilite l'organisation du séjour. À Paris, la location de courte durée est vantée en ce qu'elle permet de « vivre comme un vrai Parisien »². Elle répond également à de nouveaux besoins créés par l'émergence de la mobilité professionnelle. De leur côté, les loueurs et les plateformes numériques profitent pleinement de la rentabilité financière du dispositif.

Mais la location immobilière de courte durée a aussi suscité des réactions hostiles :

- Les professionnels de l'hôtellerie dénoncent une concurrence déloyale ;
- Les villes s'inquiètent de la raréfaction des résidences principales et de l'augmentation des loyers ;
- Les résidents, notamment dans les villes, se plaignent de nuisances liées au défilé des locataires.

Les enjeux juridiques de la location de courte durée sont majeurs. Sont impactés de nombreux domaines : le droit des assurances, de la responsabilité civile, des biens, de la propriété, des baux, de la fiscalité, de la copropriété et de l'urbanisme.

2. Voir les sites tels « paris.attitude.com », Paris Holiday Apartments...

L'objectif de la présente étude est d'apporter des éléments de compréhension et de réflexion concernant les outils juridiques mis en œuvre pour contrôler et réguler la location immobilière de courte durée. Cet aspect a mobilisé la justice européenne et nationale au cours des dernières années, et singulièrement au cours de l'année 2021. Ne seront donc pas développées les questions relatives à l'exécution du contrat de bail ou aux conditions d'utilisation des plateformes qui concernent les relations entre bailleurs et preneurs ou entre les plateformes et leurs utilisateurs.

Essentiellement dans l'objectif de faire face à la pénurie de logements dans les zones tendues, le législateur français, s'appuyant sur les bases d'un dispositif juridique ancien, s'efforce depuis sept ans de maîtriser le phénomène de la location de courte durée. Quatre lois fondamentales ont été votées :

- La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ci-après désignée sous l'appellation « loi ALUR ») ;
- La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ;
- La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite « loi ELAN ») ;
- La loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.

Le code de la construction et de l'habitation, le code du tourisme et, plus discrètement, le code de l'urbanisme regroupent les textes majeurs.

Triste ironie du sort, la crise sanitaire déclenchée par la Covid-19 a eu un effet massif sur la location de meublés touristiques dans les zones urbaines, notamment en Île-de-France qui déplore une forte baisse du nombre de touristes. À l'inverse, à la faveur du télétravail, le tourisme dans les villes moyennes ou dans les zones rurales s'est développé. Une analyse à court ou moyen terme sera toutefois nécessaire pour apprécier le caractère durable ou non de cette situation.

Les acteurs principaux de la location de courte durée seront le fil conducteur de cette étude : les loueurs, en premier lieu, les organes de contrôle et régulation contraints (les plateformes) ou actifs (les communes), en second lieu.

I. LE BAILLEUR SOUS LA PRESSION DU DISPOSITIF DE RÉGULATION DE LA LOCATION IMMOBILIÈRE DE COURTE DURÉE

Ce bailleur est pluriel : propriétaire ou locataire, multipropriétaire ou disposant d'un seul bien, personne morale ou personne physique.

Pour cerner les obligations qui s'imposent à lui, doit être définie la notion de location immobilière de courte durée, définition étonnamment délicate sur le plan juridique.

On sait ce qu'elle n'est pas :

- Une mise à disposition gratuite d'un logement, par exemple par l'intermédiaire de sites qui proposent des échanges (la plateforme la plus connue étant Home Exchange) ;
- La location d'un logement constituant la résidence principale du locataire.

La location en résidence hôtelière est, par ailleurs, étrangère à l'objet de l'étude.

On peut, en revanche, considérer que la location de courte durée concerne un hébergement meublé, équipé pour y vivre convenablement.

La durée de la location, plus précisément la notion de « courte durée », est l'un des points sensibles de l'étude et varie selon la réglementation applicable.

La pression qui s'exerce sur les bailleurs est avant tout légale (A). Elle peut également émaner de la sphère privée (B).

A. Les restrictions légales à la liberté de louer pour de courtes durées

1. La relative liberté de louer

Les bailleurs disposent d'une liberté, réelle, lorsqu'ils contractent un bail mobilité, limitée, lorsqu'ils louent le bien qui constitue leur résidence principale.

Le bail mobilité

La récente loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, dite loi ELAN, introduisant un titre I^{er} *ter* dans la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, composé des articles 25-12 à 25-18, a créé ce nouveau bail.

Qualifié de « courte durée » par le législateur, le bail mobilité est conclu pour une durée comprise entre un et dix mois, non renouvelable et non reconductible et ne concerne qu'une catégorie spécifique de locataires : les personnes en situation de mobilité professionnelle³.

³ Locataire justifiant, à la date de la prise d'effet du bail, être en formation professionnelle, en études supérieures, en contrat d'apprentissage, en stage, en engagement volontaire dans le cadre d'un service civique prévu au II de l'article L. 120-1 du code du service national, en mutation professionnelle ou en mission temporaire dans le cadre de son activité professionnelle.

Cette location constitue une alternative à la location touristique dont l'intérêt majeur repose sur un régime réglementaire moins contraignant. Le bailleur n'est, en effet, soumis ni à l'obligation d'obtention d'une autorisation de changement d'usage de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation ni aux formalités déclaratives des articles L. 324-1-1 et suivants du code du tourisme, qui seront étudiées ci-après.

Perçu par les loueurs comme une opportunité dans les zones urbaines sous tension, ce bail a reçu un accueil plus frileux de la part des représentants des locataires : la restriction des droits (pas de droit au renouvellement du bail, charges forfaitaires...) n'étant, selon certains, pas compensée par les avantages offerts par le bail mobilité (essentiellement l'absence de dépôt de garantie)⁴.

Récent, ce dispositif n'a pas, à ce jour, alimenté un contentieux significatif.

La location de sa résidence principale

La résidence principale est le lieu où l'on réside habituellement et effectivement. Cette notion présente un intérêt administratif (en matière fiscale, électorale...) et civil. Dans le domaine de la location, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989⁵ la définit comme un « logement occupé au moins huit mois par an, sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure, soit par le preneur ou son conjoint, soit par une personne à charge au sens du code de la construction et de l'habitation ».

Louer sa résidence principale constitue une activité occasionnelle sans incidence majeure sur le marché de la location ou l'activité hôtelière.

Le législateur admet, en conséquence, qu'elle soit plus ou moins librement proposée à la location de courte durée. Par principe, ce logement n'est pas soumis à déclaration en mairie (article L. 324-1-1 du code du tourisme) ni à la procédure de changement d'usage (article L. 631-7-1 A du code de la construction et de l'habitation) puisque, par définition, sa destination demeure l'habitation.

Dans les zones relevant des dispositions des articles L. 631-7 et suivants du code de la construction et de l'habitation, la location de la résidence principale du loueur peut toutefois être soumise à un dispositif d'enregistrement. Dans cette hypothèse, elle n'est autorisée que pour une durée de cent vingt jours (environ quatre mois) par an.

2. Les obligations administratives du loueur

En dehors des cas décrits précédemment, le bailleur est soumis à des obligations administratives dont l'intensité varie essentiellement en fonction de la situation géographique du meublé.

Le code du tourisme impose principalement des obligations déclaratives (a) alors que le code de la construction et de l'habitation contraint, dans certaines zones, à l'obtention d'une autorisation de changement d'usage (b). Les développements ci-après mettront en exergue l'articulation de ces deux dispositifs.

4. « Bail mobilité et location touristique : une formule gagnante ? », *Le Monde*, 22 mars 2019 ; « Location immobilière : loué soit le bail mobilité ! », *Le Parisien*, 3 février 2019.

5. Articles 2 et 25-3.

a. Les obligations déclaratives

Quel logement ?

Le contrôle des pouvoirs publics, à travers l'obligation déclarative, s'exerce essentiellement sur le « meublé de tourisme » décrit, depuis la loi ELAN, par l'article L. 324-1-1 du code du tourisme, comme suit : « villas, appartements ou studios meublés, à l'usage exclusif du locataire, offerts à la location à une 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 ». Ce sont donc essentiellement des critères tenant au mode d'occupation du logement qui sont retenus par le législateur. Si ce texte ne fixe pas de durée de location maximale, l'article 1-1 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, dite loi « Hoguet », enferme dans un délai de quatre-vingt-dix jours, consécutifs et non renouvelables, le contrat de location lorsqu'il est conclu par l'entremise d'un intermédiaire professionnel.

Les gîtes, apparus dans les années 1960, afin de revitaliser, par l'intermédiaire du tourisme, les zones rurales touchées par l'exode de population, ne font pas l'objet d'une législation spécifique concernant les obligations déclaratives et sont, sur ce point, assimilés aux « meublés de tourisme ». Les gîtes sont labellisés (il s'agit des Gîtes de France) ou non (ils sont alors communément désignés sous l'appellation de gîtes ruraux).

En revanche, le meublé de tourisme doit être distingué de la chambre d'hôtes. Celles-ci sont la traduction, en France, de la formule du « Bed and Breakfast », pratiquée dans de nombreux pays.

Les chambres d'hôtes, qui se sont développées tant en milieu rural qu'en ville, sont situées chez l'habitant, en vue d'accueillir des touristes, à titre onéreux. Cette activité consiste en la fourniture groupée de la nuitée et du petit déjeuner. L'accueil est assuré par l'habitant, ce qui exclut l'intermédiation d'un professionnel du tourisme ou de l'immobilier. Des prestations minimales sont fournies : chaque chambre d'hôtes donne accès à une salle d'eau et à un WC.

Ces chambres sont soumises à une simple obligation de déclaration préalable en mairie du lieu de situation de l'immeuble (article L. 324-4 du code du tourisme). Mais, à la différence des meublés de tourisme, les chambres d'hôtes, situées dans les zones soumises aux dispositions de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation, ne sont pas concernées par la procédure de changement d'usage. Le critère de distinction est l'usage du bien : le meublé de tourisme est exclusivement laissé à l'usage de l'occupant alors que celui qui loue une chambre d'hôtes vit « avec » l'habitant.

Certains bailleurs revendiquent la qualification de chambre d'hôtes pour échapper à la rigueur de la procédure de changement d'usage. Cependant, la Cour de cassation a récemment rappelé les stricts critères de qualification de la chambre d'hôtes⁶. Dans cette affaire, le requérant était locataire de deux logements parisiens, l'un situé au fond de la cour d'un immeuble qu'il habitait personnellement, l'autre au troisième étage qu'il prétendait sous-louer en tant que chambre d'hôtes. La troisième chambre civile a écarté une telle qualification au motif que la location de chambres d'hôtes ne saurait être assimilée à la location d'un logement autonome et indépendant de celui de l'habitant et n'en constituant pas une annexe. En effet, il aurait été contraire à l'esprit de la loi de permettre à

6. 3^e Civ., 24 septembre 2020, pourvoi n° 18-22.142, publié au *Bulletin*.

une personne disposant de plusieurs appartements autonomes dans un même immeuble d'exploiter ceux qu'il n'occupe pas sous forme de « chambres d'hôtes » pour échapper au régime d'autorisation, dont on soulignera ci-après les contraintes, avec la seule réelle obligation supplémentaire d'inclure le petit déjeuner dans la prestation.

Quelles obligations ?

Les obligations déclaratives diffèrent selon la situation géographique du bien.

– Dans les zones non soumises à une procédure de changement d'usage

Sauf si le local constitue sa résidence principale, toute personne qui offre à la location un meublé de tourisme, que celui-ci soit classé ou non, doit en avoir préalablement fait la déclaration auprès du maire de la commune où est situé le meublé (article L. 324-1-1, II, du code du tourisme). La déclaration de location d'un meublé de tourisme est adressée au maire de la commune où est situé le meublé par tout moyen permettant d'en obtenir un accusé de réception. Cette déclaration précise l'identité et l'adresse du déclarant, l'adresse du meublé de tourisme, le nombre de pièces composant le meublé, le nombre de lits, la ou les périodes prévisionnelles de location et, le cas échéant, la date de la décision de classement et le niveau de classement des meublés de tourisme (article D. 324-1-1 du code du tourisme).

– Dans les zones où le changement d'usage des locaux d'habitation est soumis à autorisation au sens des articles L. 631-7 à L. 631-9 du code de la construction et de l'habitation, le choix de la procédure d'enregistrement

Pour faire face à la pénurie de logements de l'après-guerre, l'ordonnance n° 45-2394 du 11 octobre 1945 instituant des mesures exceptionnelles et temporaires en vue de remédier à la crise du logement, a soumis à autorisation préalable, dans certaines communes (les plus denses en population), la transformation de locaux d'habitation en locaux à usage commercial, industriel ou administratif et prévu des sanctions en cas de non-respect de cette obligation. Les locaux à usage professionnel ou commercial ne pouvaient, quant à eux, changer d'affectation que pour être affectés à usage d'habitation.

Après plusieurs modifications, ce dispositif a été codifié par le décret n° 78-621 du 31 mai 1978, à l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation, complété par des lois successives, puis réformé en profondeur par l'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction.

Jusqu'en 2010, l'application de ces dispositions aux locations à but touristique n'avait pas suscité un nombre significatif de litiges.

Mais à compter de cette date, l'essor, dans les grandes agglomérations, de la location meublée pour de courtes durées, favorisé par les plateformes numériques, a alimenté un nouveau contentieux, notamment devant les juridictions parisiennes.

Ainsi, dès 2011, le tribunal de grande instance et la cour d'appel de Paris ont condamné, sur ce fondement, des propriétaires ayant donné leur bien à bail pour de courtes durées sans avoir sollicité d'autorisation préalable, considérant qu'un tel usage d'un local meublé caractérisait un changement d'usage au sens de l'article L. 631-7 précité⁷.

7. Voir par exemple : cour d'appel de Paris, 24 mai 2011, n° 10/23802 ; tribunal de grande instance de Paris, 9 août 2012, n° 12/54776 ; cour d'appel de Paris, 4 septembre 2012, n° 11/58295.

L'application de ces textes à la location meublée de courte durée a été contestée.

Pour encadrer plus précisément cette activité, la loi ALUR du 24 mars 2014 a donc, par son article 16, ajouté à l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation précité, un sixième et ultime alinéa, ainsi rédigé :

« Le fait de louer un local meublé destiné à l'habitation de manière répétée pour de courtes durées à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile constitue un changement d'usage au sens du présent article. »

Ce texte, dont les dispositions ne correspondent pas exactement à la définition du meublé de tourisme, a un large champ d'application. Il tend, sans l'interdire, à limiter la pratique de la location de courte durée qui « aspire » les logements pouvant constituer la résidence principale des occupants.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, les communes concernées par la procédure d'autorisation préalable peuvent opter pour l'enregistrement de la déclaration préalable au moyen d'un téléservice (article L. 324-1-1, III, du code du tourisme).

L'enregistrement confère un numéro de déclaration que le loueur devra mentionner sur les documents concernant le bien (notamment sur le contrat de location et, le cas échéant, lors de la mise en ligne de la location du meublé par l'intermédiaire d'une plateforme numérique).

Toute personne qui offre à la location un meublé de tourisme qui est déclaré comme sa résidence principale ne peut le faire au-delà de cent vingt jours au cours d'une même année civile, sauf obligation professionnelle, raison de santé ou cas de force majeure.

En outre, la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 a autorisé les communes ayant mis en œuvre la procédure d'enregistrement susvisée à soumettre à autorisation la location en tant que meublés de tourisme de locaux à usage commercial, afin de protéger l'environnement urbain et de préserver l'équilibre entre emploi, habitat, commerces et services sur leur territoire (article L. 324-1-1, IV *bis*, du code du tourisme). Un décret n° 2021-757 du 11 juin 2021 précise les modalités selon lesquelles une délibération du conseil municipal peut soumettre à autorisation une telle location.

La violation des dispositions de l'article L. 324-1-1 du code du tourisme est sanctionnée par une amende (dont le montant ne peut excéder 5 000, 15 000 ou 25 000 euros en fonction de la nature du manquement).

b. Le régime complémentaire d'autorisation préalable de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation

Ce régime d'autorisation, qui complète le mécanisme déclaratif ci-dessus décrit, a suscité de vifs débats juridiques.

La procédure instaurée peut être ainsi résumée :

- Dans certains secteurs géographiques⁸, le changement d’usage des locaux destinés à l’habitation est obligatoirement soumis à autorisation ; les autres communes peuvent décider de soumettre leur territoire ou une partie de celui-ci au régime d’autorisation préalable (article L. 631-9 du code de la construction et de l’habitation) ;
- Un local est réputé à usage d’habitation s’il était affecté à cet usage au 1^{er} janvier 1970 ;
- Une délibération du conseil municipal peut définir un régime d’autorisation temporaire de changement d’usage pour les particuliers ;
- L’autorisation de changement d’usage peut être subordonnée à une compensation sous la forme de la transformation concomitante en habitation de locaux ayant un autre usage ;
- Toute personne qui ne se soumet pas à la procédure d’autorisation de changement d’usage s’expose à une amende civile.

Ce nouveau dispositif légal, en ce qu’il restreint considérablement la liberté des bailleurs, a été vivement contesté. Il a nourri un passionnant dialogue des juges.

La conformité du dispositif légal à la Constitution et au droit de l’Union européenne

La constitutionnalité de l’article L. 631-7, alinéa 6, du code de la construction et de l’habitation

Le Conseil constitutionnel a été saisi *a priori* par des sénateurs qui soutenaient que l’application du régime d’autorisation préalable de changement d’usage à la location de meublés de courte durée faisait peser sur les propriétaires une contrainte excessive et disproportionnée au regard des motifs d’intérêt général poursuivis.

Ce grief a été écarté par le Conseil constitutionnel qui a considéré, d’une part, que le législateur avait entendu préciser le champ d’application d’un dispositif de lutte contre la pénurie de logements destinés à la location et définir certaines exceptions en faveur des bailleurs (notamment en autorisant la location du logement constituant la résidence principale du bailleur), d’autre part, que les atteintes à l’exercice du droit de propriété ne revêtaient pas un caractère disproportionné au regard de l’objectif poursuivi⁹.

La compatibilité des dispositions des articles L. 631-7, alinéa 6, et L. 631-7-1 du code de la construction et de l’habitation avec le droit de l’Union européenne

Une réglementation jugée, pour l’essentiel, conforme à la directive Services par la Cour de justice de l’Union européenne

Quatre ans après l’entrée en vigueur de la loi ALUR, la CJUE a été interrogée sur l’interprétation de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. En 2017, deux bailleurs, une société civile immobilière et un particulier, qui, après avoir mis en location leurs appartements situés à Paris dans les 7^e et 15^e arrondissements, sur le site internet de la

8. Les communes de plus de 200 000 habitants et dans les communes des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne.

9. Cons. const., 20 mars 2014, décision n° 2014-691 DC, Loi pour l’accès au logement et un urbanisme rénové.

société Airbnb, avaient été condamnés, pour violation de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation, par la cour d'appel de Paris, respectivement au paiement d'une amende de 15 000 et de 25 000 euros ainsi qu'au retour, sous astreinte, des biens à l'habitation, ont, à l'occasion des pourvois formés contre les arrêts attaqués, soutenu que la réglementation française n'était pas conforme à la directive précitée 2006/123 (communément appelée directive Services) et invité la Cour de cassation à poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE.

Ayant pour objectif de favoriser l'exercice des activités de services au sein de l'Union, cette directive restreint le recours, par les États membres, à un dispositif subordonnant cet exercice à une autorisation administrative préalable.

La CJUE n'avait, jusqu'alors, jamais statué sur la validité de la réglementation des locations de courte durée au regard de la directive précitée.

De plus, de nombreux États membres, qui, confrontés au succès des locations de courte durée, avaient mis en place une réglementation de régulation, étaient concernés par la réponse de la Cour luxembourgeoise, réponse qui ne s'imposait pas avec évidence.

C'est donc fort logiquement que la troisième chambre civile de la Cour de cassation, réunie en formation plénière, après avoir jugé que le moyen tiré de la violation du principe de primauté du droit de l'Union européenne en raison de la non-conformité des dispositions des articles L. 631-7, alinéa 6, et L. 651-2 du code de la construction et de l'habitation à la directive 2006/123, lequel ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond, était de pur droit et donc recevable, a saisi la CJUE de plusieurs questions préjudicielles et sursis à statuer dans l'attente de sa décision¹⁰.

L'affaire, qui a suscité les observations des gouvernements allemand, irlandais, hellénique, espagnol, néerlandais, polonais, celles de la Commission européenne et a donné lieu à des conclusions très argumentées de l'avocat général, M. M. Bobek, a été audiençée en grande chambre, formation réservée aux affaires particulièrement complexes et importantes.

La CJUE a statué le 22 septembre 2020¹¹. Cette décision figure au Rapport annuel 2020 parmi les grands arrêts de la Cour européenne.

Interprétant la directive Services, la CJUE a jugé, en substance que :

- La directive 2006/123 « s'applique à une réglementation d'un État membre relative à des activités de location contre rémunération de locaux meublés destinés à l'habitation à une clientèle de passage n'y élisant pas domicile, effectuées de manière répétée et pour de courtes durées, à titre professionnel [ou] non professionnel » (point 45) ;
- Une telle réglementation, soumettant à autorisation préalable l'exercice de certaines activités de location de locaux destinés à l'habitation, relève de la notion de « régime d'autorisation » au sens de la directive (article 4, point 6) ;

10. 3^e Civ., 15 novembre 2018, pourvoi n° 17-26.156, publié au *Bulletin*, et 3^e Civ., 15 novembre 2018, pourvoi n° 17-26.158.

11. CJUE, arrêt du 22 septembre 2020, Cali Apartments, C-724/18 et C-727/18.

– Cette réglementation qui, pour des motifs visant à garantir une offre suffisante de logements destinés à la location de longue durée à des prix abordables, soumet ces locaux à un régime d'autorisation préalable applicable dans certaines communes où la tension sur les loyers est particulièrement marquée, est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnée à l'objectif poursuivi, en ce que celui-ci ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle *a posteriori* interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle (article 9 de la directive).

La clarté et l'objectivité des critères légaux de « répétition », « courte durée » et « clientèle de passage » étaient contestées par les bailleurs.

Sur ce point, la CJUE a donné certaines indications au juge français pour lui permettre de statuer. Elle a distingué la réglementation nationale et la réglementation locale :

– s'agissant de la réglementation nationale, la CJUE a considéré que le fait que la notion de « location d'un local meublé destiné à l'habitation de manière répétée pour de courtes durées à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile » ne soit pas définie par des seuils chiffrés ne constituait pas, en soi, un élément de nature à démontrer une méconnaissance des exigences de clarté, de non-ambiguïté et d'objectivité de la directive Services ;

– en revanche, il importait de vérifier si, à défaut d'indication suffisante dans la réglementation nationale, les autorités locales concernées avaient précisé les termes correspondant à la notion en cause d'une manière claire, non ambiguë et objective, afin que la compréhension de cette notion ne laisse pas de place au doute quant au champ d'application des conditions et des obligations ainsi arrêtées par ces autorités locales et que ces dernières ne puissent pas faire une application arbitraire de cette même notion.

La validation et la clarification du dispositif légal par la Cour de cassation

Après la décision de la CJUE du 22 septembre 2020, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, réunie dans sa formation plénière, s'est prononcée par cinq arrêts en date du 18 février 2021, dont trois ont été publiés¹² et largement commentés¹³.

Se conformant à l'interprétation de la directive Services donnée par la CJUE, la troisième chambre civile a retenu que l'article L. 631-7, alinéa 6, du code de la construction et de l'habitation était justifié par une raison impérieuse d'intérêt général « tenant à la lutte contre la pénurie de logements destinés à la location » et était « proportionné

12. 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 17-26.156, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel* ; 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 19-11.462, publié au *Bulletin* ; 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 19-13.191, publié au *Bulletin* ; 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 17-26.158 ; 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 19-11.577. Voir récemment 3^e Civ., 26 janvier 2022, pourvoi n° 18-22.142.

13. A.-L. Collomp, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2021, p. 980 ; B. Vial-Pedroletti, « Réglementation des locations touristiques type Airbnb : fin de la saga judiciaire », *Loyers et copr.* avril 2021, comm. 54 ; C. Ivars, « Impacts des arrêts rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 18 février 2021 sur le contentieux en copropriété », *Loyers et copr.* avril 2021, comm. 63 ; G. Daudré et P. Wallut, « Locations meublées de courtes durées : trois arrêts pour les sept ans de la loi Alur », *JCP* 2021, éd. N, 1130 ; X. Delpech, « À la une - Hébergement - Validation des règles imposées par la mairie de Paris en matière de meublés de tourisme », *JT* 2021, n° 239, p. 11 ; P. Bouathong, « Dernier épisode pour "Airbnb" : la conventionnalité de l'encadrement des locations meublées de courtes durées », *D.* 2021, p. 732.

à l'objectif poursuivi en ce que celui-ci ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle *a posteriori* interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle » et qu'il satisfaisait, en conséquence, aux exigences de l'article 9, § 1, sous b) et c), de la directive 2006/123.

Sensiblement plus délicate était la question de savoir si, conformément aux exigences de l'article 10 de la directive 2006/123, les critères posés par l'article L. 631-7, alinéa 6, du code de la construction et de l'habitation¹⁴ étaient, à défaut notamment de seuil chiffré, clairs, non ambigus et suffisamment objectifs pour permettre aux bailleurs de déterminer les locations soumises à autorisation et pour éviter le risque d'arbitraire dans la mise en œuvre de la réglementation sur le changement d'usage¹⁵.

La Cour de cassation a considéré que la législation nationale permettait de déterminer précisément les locations concernées par le régime d'autorisation préalable.

Se fondant sur une lecture combinée des articles L. 631-7¹⁶ et L. 632-1¹⁷ du code de la construction et de l'habitation et 25-7¹⁸ de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, la troisième chambre civile en a déduit que constituait un changement d'usage la location, à plus d'une reprise au cours d'une même année, d'un local meublé pour une durée inférieure à un an à une clientèle de passage qui n'y fixe pas sa résidence principale¹⁹.

En conséquence, dans un souci de clarification du dispositif, la troisième chambre civile a précisé que, même dans les zones concernées par le changement d'usage, tout propriétaire d'un local meublé qui ne constitue pas sa résidence principale peut, sans avoir à solliciter d'autorisation préalable :

– consentir un bail d'habitation d'au moins douze mois (ou neuf mois si la location est consentie à un étudiant) ;

14. Article L. 631-7, alinéa 6, du code de la construction et de l'habitation : « Le fait de louer un local meublé destiné à l'habitation de manière répétée pour de courtes durées à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile constitue un changement d'usage ».

15. Se posaient notamment les questions suivantes : quelle est la période de référence devant être prise en compte ? (une location répétée sur une période de trois, quatre ou six mois ou sur un an ?) Comment définir une courte durée ? (une nuit, une semaine, trois mois, un an ?).

16. L'article L. 631-7, alinéa 2, du code de la construction et de l'habitation définit la notion de locaux destinés à l'habitation comme « toutes catégories de logements et leurs annexes, y compris les logements-foyers, logements de gardien, chambres de service, logements de fonction, logements inclus dans un bail commercial, locaux meublés donnés en location dans les conditions de l'article L. 632-1 ou dans le cadre d'un bail mobilité conclu dans les conditions prévues au titre I^{er} ter de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 [...] ».

17. L'article L. 632-1 renvoie lui-même au titre I^{er} bis de la loi du 6 juillet 1989 relatif aux « rapports entre bailleurs et locataires dans les logements meublés résidence principale ».

18. L'article 25-7 de la loi du 6 juillet 1989 prévoit que les locations de logements meublés qui constituent la résidence principale du locataire doivent être consenties pour une durée minimale d'un an ou neuf mois s'il s'agit d'un étudiant.

19. 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 17-26.156, précité ; ainsi « constitue un changement d'usage d'un local destiné à l'habitation, au sens de l'article L. 631-7, alinéa 6, du code de la construction et de l'habitation, le fait, pour le propriétaire d'un local meublé à usage d'habitation, de le donner en location à deux reprises en moins d'un an, pour des durées respectives de quatre et six mois, inférieures à un an ou à neuf mois », 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 19-13.191, précité.

- le donner à bail pour une durée inférieure à ces seuils, une fois par an, à une clientèle de passage n’y élisant pas domicile ;
- depuis l’entrée en vigueur de la loi ELAN du 23 novembre 2018, conclure un bail mobilité. La référence à ce bail est particulièrement pédagogique puisqu’il a été créé par une loi postérieure aux faits en cause.

Le manquement aux dispositions de l’article L. 631-7 du code de la construction et de l’habitation

Selon l’article L. 651-2 du code de la construction et de l’habitation, « toute personne qui enfreint les dispositions de l’article L. 631-7 ou qui ne se conforme pas aux conditions ou obligations imposées en application dudit article est condamnée au paiement d’une amende civile ». Le montant maximum de cette amende, initialement fixé à 25 000 euros, a été porté à 50 000 euros par local irrégulièrement transformé depuis l’entrée en vigueur de la loi ELAN. En outre, le retour à l’usage d’habitation du local transformé sans autorisation peut être prononcé sous une astreinte d’un montant maximal de 1 000 euros par jour et par mètre carré utile du local irrégulièrement transformé.

La rigueur des dispositions de l’article L. 651-2 susvisé a été contestée par certains bailleurs. Mais, par arrêt du 5 juillet 2018²⁰, la Cour de cassation a dit n’y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquant la violation, par cet article, de la nécessité et de la proportionnalité des peines garanties par les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, du droit de propriété protégé par les articles 2 et 17 de ladite Déclaration, du principe d’égalité garanti par les articles 1^{er} et 6 de ladite Déclaration et de l’article 34 de la Constitution. La troisième chambre civile a jugé, en substance, que l’amende encourue constituait une sanction ayant le caractère d’une punition ne paraissant pas manifestement disproportionnée au regard de l’agissement fustigé et de l’objectif de lutte contre la pénurie de logements destinés à la location dans certaines zones du territoire national, lequel constitue un motif d’intérêt général, et que l’astreinte susceptible d’assortir l’injonction de retour à l’habitation du local transformé sans autorisation n’était pas constitutive d’une sanction ayant le caractère d’une punition et était justifiée par le motif d’intérêt général précité et appréciée par le juge. Enfin, elle a estimé que les dispositions critiquées n’opéraient aucune discrimination entre propriétaires.

La Cour de cassation a également été interrogée sur la qualité de la personne soumise à l’amende. Lorsque le propriétaire donne à bail un local à usage d’habitation à un tiers avec autorisation de le sous-louer de manière temporaire à une clientèle qui n’y élit pas domicile, sans avoir obtenu préalablement l’autorisation prévue par l’article L. 631-7 du code de la construction et de l’habitation, on peut se demander qui, du propriétaire ou du locataire, peut être condamné à l’amende prévue par l’article L. 651-2 du code de la construction et de l’habitation. La réponse de la troisième chambre civile est nette : le propriétaire, qui encourt l’amende prévue par ce

20. 3^e Civ., 5 juillet 2018, QPC n° 18-40.014.

texte²¹, ne peut se décharger sur son locataire de l'obtention de l'autorisation au changement d'usage²².

La Cour de cassation n'a, en revanche, pas exclu que le paiement de cette amende puisse constituer, pour le propriétaire, un préjudice réparable dont il pourrait solliciter l'indemnisation²³.

B. Les restrictions contractuelles à la liberté de louer un local meublé pour de courtes durées

1. Les enjeux de la location de courte durée au regard de la sous-location

De nombreux locataires, notamment à Paris, profitant des facilités offertes par les plateformes numériques, ont, sans en aviser leur bailleur, sous-loué leur appartement pour de courtes durées.

Mais une telle pratique clandestine n'est pas une voie utile pour rentabiliser sa location. Le bénéfice de telles pratiques peut être totalement neutralisé par l'application des règles classiques et anciennes du droit des biens.

En effet, à l'occasion d'une affaire dans laquelle un appartement, situé dans le 5^e arrondissement de la capitale, avait été mis en location par des locataires, sur le site Airbnb, sans l'accord du propriétaire, la troisième chambre civile a approuvé les juges du fond d'avoir jugé, sur le fondement des articles 546²⁴ et 547²⁵ du code civil, que « sauf lorsque la sous-location a été autorisée par le bailleur, les sous-loyers perçus par le preneur constituent des fruits civils qui appartiennent par accession au propriétaire »²⁶.

21. 3^e Civ., 12 juillet 2018, pourvoi n° 17-20.654, *Bull.* 2018, III, n° 91 ; B. Vial-Pedroletti, « Locations et changement d'affectation des locaux : amende à l'encontre du propriétaire », *Loyers et copr.* septembre 2018, comm. 197 ; « Immeuble – immeuble à usage d'habitation – changement d'affectation des locaux – dérogation – autorisation administrative – demande d'autorisation », *RJDA* 2018, n° 782.

22. 3^e Civ., 10 juin 2015, pourvoi n° 14-15.961, *Bull.* 2015, III, n° 58.

23. Voir 3^e Civ., 15 avril 2021, pourvoi n° 19-22.334, point 12.

24. Article 546 du code civil : « La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle "droit d'accession". »

25. Article 547 du code civil : « Les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux, appartiennent au propriétaire par droit d'accession. »

26. 3^e Civ., 12 septembre 2019, pourvoi n° 18-20.727, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel* ; L. Jariel, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2019, p. 2199 ; J. Monéger, « Les fruits défendus ou comment être chassé du paradis de la sous-location interdite », *JCP* 2019, éd. E, 1476.

Il sera d'ailleurs observé que le législateur²⁷ a interdit au locataire d'une habitation à loyer modéré de sous-louer son logement, meublé ou non, en dehors des cas mentionnés à l'article L. 442-8-1 du code de la construction et de l'habitation²⁸, de céder son bail et de procéder contractuellement avec un tiers à un échange de son logement sauf dans le cas prévu à l'article 9 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989²⁹.

2. Les enjeux de la location de courte durée au regard du droit de la copropriété

La pratique de la location de courte durée transforme la vie de l'immeuble et peut générer des nuisances.

Certes, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 19 de la loi ALUR qui permettait à l'assemblée générale des copropriétaires d'un immeuble de décider à la majorité des voix de tous les copropriétaires de soumettre à son accord « toute demande d'autorisation de changement d'usage d'un local destiné à l'habitation [...] par un copropriétaire aux fins de le louer pour de courtes durées à une clientèle de passage » au motif que ces dispositions méconnaissaient les exigences de l'article 2 de la Déclaration de 1789 relatives aux conditions d'exercice du droit de propriété³⁰.

Cependant, les syndicats des copropriétaires ne sont pas dépourvus d'outils juridiques pour agir en responsabilité contre les bailleurs.

En effet, les clauses du règlement de copropriété peuvent interdire ou restreindre la pratique d'une activité de location meublée. Leur validité doit, néanmoins, s'apprécier au regard de la destination de l'immeuble (loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, article 8³¹). Cette destination, qui ne fait l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire, est souverainement appréciée par les juges du fond.

27. Article L. 442-3-5 du code de la construction et de l'habitation.

28. Après information de l'organisme bailleur, ces locataires peuvent sous-louer une partie de leur logement à des personnes de plus de soixante ans ou à des personnes adultes présentant un handicap au sens de l'article L. 114 du code de l'action sociale et des familles avec lesquelles ils ont conclu un contrat conforme à l'article L. 442-1 du même code.

29. Article 9, alinéas 1 et 2, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 : « Lorsque deux locataires occupant deux logements appartenant au même propriétaire et situés dans un même ensemble immobilier demandent à procéder à un échange de logements entre eux, cet échange est de droit dès lors que l'une des deux familles concernées comporte au moins trois enfants et que l'échange a pour conséquence d'accroître la surface du logement occupé par la famille la plus nombreuse. Dans les contrats en cours, chaque locataire se substitue de plein droit à celui auquel il succède et ne peut être considéré comme un nouvel entrant. »

30. Cons. const., 20 mars 2014, décision n° 2014-691 DC, Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

31. Le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation.

En 2011, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré non écrite la clause d'un règlement de copropriété qui soumettait la location meublée de courte durée à l'autorisation discrétionnaire de l'assemblée générale, après avoir relevé que le règlement de copropriété autorisait expressément l'exercice d'une profession libérale qui entraînait des inconvénients similaires à ceux dénoncés par le syndicat pour l'activité litigieuse, avoir constaté que la restriction aux droits des copropriétaires n'était pas justifiée par la destination de l'immeuble et souverainement retenu que l'activité de location n'avait provoqué aucune nuisance³².

La doctrine a contesté la pertinence de l'assimilation des inconvénients générés, d'une part, par les locations de courte durée, d'autre part, par le passage de la clientèle des professions libérales. Ainsi le professeur Hugues Périnet-Marquet écrit-il en 2017³³ que « Sauf exception, aujourd'hui rarissime, les professions libérales ne reçoivent pas leurs clients la nuit. Les va-et-vient dans l'immeuble sont donc cantonnés à la sphère diurne. De plus, généralement, les clients des avocats ou des médecins ne sont pas réputés pour dégrader massivement les parties communes ou porter atteinte à leur tranquillité. [...] En revanche, les locations de courte durée sont, par définition, répétitives et génèrent un va-et-vient dans l'immeuble aussi bien diurne que nocturne avec valises et autres bagages. Les habitants très temporaires de l'appartement le louant, le plus souvent, pour leurs loisirs peuvent être enclins à l'utiliser de manière festive ou à tout le moins bruyante. »

Ce même auteur souligne que, depuis quelques années, les décisions des juridictions du fond, notamment parisiennes, sont plus strictes et admettent que « les locations de courte durée sont incompatibles avec l'esprit de la clause d'habitation bourgeoise d'un règlement de copropriété, que cette habitation bourgeoise soit stricte ou non ».

Par ailleurs, par principe, les syndicats de copropriétaires peuvent agir en responsabilité contre un copropriétaire sur le fondement de la théorie prétorienne du trouble anormal du voisinage³⁴. Pourraient-ils agir sur ce fondement pour obtenir l'indemnisation d'un trouble anormal généré par une pratique de locations de courte durée au sein de la copropriété ? Certaines juridictions du fond l'ont admis³⁵.

Enfin, selon plusieurs auteurs, les syndicats de copropriétaires peuvent agir sur le fondement de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation. Ils citent un arrêt de la troisième chambre civile, antérieur à la loi ALUR, du 15 janvier 2003³⁶ qui a jugé que « les dispositions d'ordre public de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation peuvent être invoquées par toute personne qui y a intérêt ». Dans cette affaire, le syndicat des copropriétaires, invoquant la violation de l'article L. 631-7 précité, recherchait la nullité d'un bail consenti par un copropriétaire à une locataire qui exerçait son activité professionnelle dans les lieux.

32. 3^e Civ., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.891, *Bull.* 2011, III, n° 97.

33. H. Périnet-Marquet, « Les meublés touristiques dans les immeubles en copropriété. Évolutions jurisprudentielles récentes », *JCP* 2017, éd. N, 1216.

34. 3^e Civ., 11 mai 2017, pourvoi n° 16-14.339, *Bull.* 2017, III, n° 58.

35. Cour d'appel de Paris, 21 mai 2014, n° 12/17679.

36. 3^e Civ., 15 janvier 2003, pourvoi n° 01-03.076, *Bull.* 2003, III, n° 8.

II. LES ACTEURS DE LA RÉGULATION DES LOCATIONS DE COURTE DURÉE

A. Les plateformes numériques, contraintes de participer à la régulation de la location immobilière de courte durée

Le droit a été déstabilisé par l'intervention rapide et spectaculaire des plateformes numériques, singulièrement dans le domaine de la location immobilière.

Jusqu'à présent, le droit positif est rigoureux à l'égard des plateformes numériques spécialisées dans l'hébergement de courte durée³⁷.

Le législateur français s'est, en effet, efforcé de responsabiliser ces nouveaux acteurs économiques.

Texte de portée générale, l'article L. 111-7 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, qualifie d'« opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ».

Ce même article met à la charge de l'opérateur de plateforme en ligne l'obligation de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur plusieurs points, notamment sur les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation.

S'agissant plus particulièrement des opérations de locations immobilières de courte durée, l'article L. 324-2-1 du code du tourisme, introduit par la loi ALUR et modifié à plusieurs reprises, définit les obligations des opérateurs de plateformes numériques (mais également de toute personne qui se livre ou prête son concours contre rémunération ou à titre gratuit, par une activité d'entremise ou de négociation, à la mise en location d'un meublé de tourisme) et les sanctions auxquelles ils s'exposent.

37. À l'exception d'une décision remarquée de la CJUE. Saisie de questions préjudicielles par un juge d'instruction français, la juridiction européenne a qualifié la plateforme exploitée par la société Airbnb Ireland de « service de la société de l'information » relevant de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et considéré qu'en l'absence de procédure de notification par l'État français, le statut très exigeant de la loi Hoguet relative aux agents immobiliers était inopposable à cette société (CJUE, arrêt du 19 décembre 2019, Airbnb Ireland, C-390/18).

L'objectif a été d'obtenir la « collaboration » de ces plateformes pour optimiser le dispositif de régulation des locations de courtes durées en leur imposant :

- d'informer le loueur de son obligation de déclaration ou d'autorisation préalables et exiger de celui-ci une déclaration sur l'honneur attestant du respect de cette obligation ;
- lorsque la procédure d'enregistrement est mise en œuvre, de faire apparaître le numéro de déclaration dans toute annonce relative à ce meublé, transmettre à la commune les données concernant la durée de mise en location du meublé ;
- de veiller à ce que le logement déclaré comme résidence principale proposé à la location ou à la sous-location ne soit pas loué plus de cent vingt jours par an, le dispositif de retrait de l'offre pouvant être mutualisé par plusieurs plateformes.

Les manquements à ces obligations sont sanctionnés par des amendes civiles d'un montant maximum variant entre 12 500 à 50 000 euros par meublé de tourisme.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation n'a pas renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Airbnb remettant en cause la conformité des dispositions de l'article L. 324-2-1 du code du tourisme au principe d'égalité devant les charges publiques consacré par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁸. La Cour de cassation³⁹ a considéré que les dispositions attaquées étaient justifiées par un motif d'intérêt général – la lutte contre la pénurie de logements destinés à la location et la régulation des dysfonctionnements du marché –, qu'elles s'imposaient à une catégorie de personnes et qu'elles étaient en lien direct avec leur activité.

Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2019, les plateformes numériques sont tenues de fournir à leurs utilisateurs une information sur leurs obligations sociales et fiscales, de mettre à leur disposition un lien électronique vers les administrations concernées et de fournir des informations à l'administration fiscale (article 242 *bis* du code général des impôts).

Certaines décisions récentes des juridictions du fond ont été largement médiatisées. Ainsi le président du tribunal judiciaire de Paris, statuant en la forme des référés, a-t-il, par décision du 1^{er} juillet 2021⁴⁰, condamné la société Airbnb Ireland à une amende de 8 000 000 euros pour publication de 1 010 annonces ne mentionnant pas le numéro d'enregistrement de la déclaration préalable, après avoir écarté des moyens tirés de la non-conformité de l'article L. 324-1-1 du code du tourisme à la directive 2006/123 relative aux services dans le marché intérieur et à la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁴¹.

38. 3^e Civ., 31 janvier 2019, pourvoi n° 18-40.043, publié au *Bulletin*.

39. La Cour de cassation a statué sur la rédaction du texte dans sa version issue de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016.

40. TJ Paris, réf., 1^{er} juillet 2021, n° 19/54288.

41. Voir, pour un commentaire de cette décision, P. de Plater, « Annonce Airbnb : indispensable numéro d'enregistrement », *Dalloz actualité*, 19 juillet 2021. Voir également « Airbnb condamnée à 8 millions d'euros d'amende à Paris pour des annonces sans numéro d'enregistrement », *Le Monde*, 1^{er} juillet 2021.

Un autre jugement récent a condamné cette même société Airbnb solidairement avec un locataire principal à indemniser un propriétaire pour sous-location illégale⁴².

D'autres procédures sont en cours⁴³.

B. Le rôle majeur des communes

Sous réserve de l'impact – durable ou temporaire – de la crise sanitaire, toutes les grandes métropoles mondiales, Paris la première, ont été impactées par les locations immobilières de courte durée⁴⁴.

Nombre d'entre elles, parfois sous la pression de leurs habitants, ont mis en place une réglementation, plus ou moins contraignante, visant à réduire sensiblement les locations touristiques.

Le législateur français a donné aux autorités locales des pouvoirs pour établir un règlement, contrôler l'exploitation des meublés et engager des actions en justice contre les « fraudeurs », le produit des amendes étant versé aux communes.

42. Tribunal judiciaire de Paris, 5 juin 2020, n° 11-19.005405 ; X. Delpéch, « À la une – Meublé de tourisme – Condamnation solidaire d'Airbnb pour sous-location illégale d'un logement », *JT* 2020, n° 232, p. 11.

43. Au cours de l'été 2021, le service national des enquêtes de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a annoncé avoir prononcé une amende administrative d'un montant total de 300 000 euros à l'encontre de la société Airbnb Ireland Unlimited Company pour non-respect de la réglementation prévue par le code de la consommation applicable aux opérateurs de plateformes numériques après avoir constaté, sur la plateforme Airbnb, l'absence d'informations relatives, pour chaque annonce, à la qualité de l'offreur (professionnel ou particulier), aux dispositions du code de la consommation sur le droit de rétractation et celles du code civil en matière de droit des obligations et de responsabilité civile. Le 17 août 2021, la DGCCRF indiquait assigner les sociétés HomeAway France et EG Vacation Rentals Ireland Limited, gestionnaires de la plateforme Abris, devant le tribunal judiciaire de Paris « pour pratique commerciale trompeuse » au motif que « les investigations ont mis en évidence une communication commerciale vantant les contrôles effectués, la fiabilité, la sécurité et les garanties d'utilisation de la plateforme, en contradiction avec ses conditions générales d'utilisation, qui en réduisent largement la portée effective ».

La société Booking.com a ainsi été condamnée au paiement d'une amende civile de plus de 1,2 millions d'euros pour violation de l'article L. 324-2-1 du code du tourisme relatif à l'obligation de communication des informations concernant les logements loués en meublés de tourisme (tribunal judiciaire de Paris, 18 octobre 2021, n° 21/52480 ; X. Delpéch, « À la une - Hébergement – Condamnation de Booking.com pour non-respect de la réglementation sur les meublés de tourisme », *JT* 2021, n° 246, p. 11).

En revanche, n'enfreint pas l'article L. 324-1-1 du code du tourisme, un couple qui proposait sur le site internet Airbnb des appartements en location de courtes durées sous le régime de meublé de tourisme, et ce, sans déclaration préalable, le caractère à usage commercial des locaux n'étant pas contesté par la ville de Paris, laquelle aurait dû fournir la preuve d'un usage d'habitation desdits locaux pour obtenir gain de cause (cour d'appel de Paris, 28 octobre 2021, n° 20/16627).

44. Voir l'étude de l'APUR (Atelier parisien d'urbanisme, association à but non lucratif, ayant notamment pour membre la ville de Paris) : *Locations meublées touristiques à Paris – Situation 2020 et comparaison avec sept autres grandes villes* (New York, Barcelone, Berlin, Lyon, Bordeaux, Amsterdam, Grand Londres), septembre 2020.

1. L'application des obligations administratives

La procédure de changement d'usage est obligatoire ou facultative.

Les autorités locales peuvent également imposer l'enregistrement de la déclaration préalable d'un meublé de tourisme. La loi ELAN du 23 novembre 2018 a prévu des sanctions en cas de non-respect de l'obligation d'enregistrement qui a été étendue à la mise en location des résidences principales.

La commune peut, jusqu'au 31 décembre de l'année suivant celle au cours de laquelle un meublé de tourisme a été mis en location, demander au loueur de lui transmettre le nombre de jours au cours desquels ce meublé a été loué. Le loueur transmet ces informations dans un délai d'un mois, en rappelant l'adresse du meublé et son numéro de déclaration (article L. 324-1-1 du code du tourisme). Les plateformes numériques sont soumises à la même exigence de transmission des informations (article L. 324-2-1 du même code).

2. L'élaboration des conditions de délivrance des autorisations et de détermination des compensations

Le régime du changement d'usage relève à la fois des règles nationales et locales.

Selon le dernier alinéa de l'article L. 631-7-1 du code de la construction et de l'habitation : « Pour l'application de l'article L. 631-7, une délibération du conseil municipal fixe les conditions dans lesquelles sont délivrées les autorisations et déterminées les compensations par quartier et, le cas échéant, par arrondissement, au regard des objectifs de mixité sociale, en fonction notamment des caractéristiques des marchés de locaux d'habitation et de la nécessité de ne pas aggraver la pénurie de logements. Si la commune est membre d'un établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme, la délibération est prise par l'organe délibérant de cet établissement. »

Les communes concernées ont adopté des règlements municipaux fixant les conditions d'octroi, dans leur ressort, des autorisations de changement d'usage⁴⁵.

Le principe de la répartition des compétences entre le législateur et les autorités locales a été jugé conforme aux exigences des articles 9⁴⁶ et 10⁴⁷ de la directive euro-

45. Ces règlements étant accessibles par internet. Voir par exemple : Paris, Marseille, Lille, Lyon...

46. L'article 9 de la directive 2006/123 soumet l'instauration d'un régime d'autorisation pour l'accès à une activité de services au respect de certaines conditions : l'instauration d'un régime d'autorisation doit, notamment, être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et l'objectif poursuivi ne doit pas pouvoir être réalisé par une mesure moins contraignante.

47. Selon l'article 10 de la directive 2006/123, ces régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire, les critères sont : non discriminatoires, justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général, proportionnels à cet objectif d'intérêt général, clairs et non ambigus, objectifs, rendus publics à l'avance, transparents et accessibles.

péenne 2006/123 du 12 décembre 2006 par les arrêts précités de la Cour de cassation⁴⁸ après décision de la CJUE. La troisième chambre civile a, en effet, relevé que :

- le législateur a veillé à imposer aux autorités locales la poursuite d'une raison impérieuse d'intérêt général tenant à la nécessité de lutter contre la pénurie de logements destinés à la location ;
- les communes ont une connaissance privilégiée des besoins spécifiques de leur territoire ;
- cette réglementation est suffisamment claire et précise pour éviter le risque d'arbitraire dans la détermination des conditions de délivrance des autorisations par les autorités locales dès lors que l'article L. 631-7-1 du code de la construction et de l'habitation, s'il ne fixe pas lui-même les conditions de délivrance des autorisations, mais donne compétence à cette fin aux autorités locales, encadre les modalités de détermination par ces autorités des conditions d'octroi des autorisations prévues en fixant les objectifs poursuivis et en imposant les critères en fonction desquels les conditions d'octroi doivent être déterminées ;
- l'article L. 631-7-1 du code de la construction et de l'habitation répond aux exigences de publicité préalable, de transparence et d'accessibilité des conditions d'octroi des autorisations, prévues à l'article 10 de la directive 2006/123 puisque, en application de l'article L. 2121-25 du code général des collectivités territoriales, les comptes rendus des séances du conseil municipal sont affichés en mairie et mis en ligne sur le site internet de la commune concernée, ce qui permet à toute personne souhaitant solliciter une telle autorisation d'être informée des conditions de son obtention.

Jusqu'à présent, seule la conformité du règlement de la ville de Paris a été discutée devant la Cour de cassation⁴⁹.

La Cour de cassation a considéré que l'obligation de compensation imposée par ce règlement adopté en décembre 2008, modifié les 17, 18 et 19 novembre 2014, comme dans celui adopté en décembre 2018, était conforme à l'objectif de proportionnalité de l'article 10, § 2, sous c), de la directive précitée dès lors que :

- la demande de logements destinés à l'habitation à des conditions économiques acceptables peine, dans l'ensemble de cette commune, à y être satisfaite et le développement de la location de locaux meublés destinés à l'habitation à une clientèle de passage n'y élisant pas domicile, au préjudice de l'offre de location de locaux à usage

48. 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 17-26.156, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel* ; 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 19-11.462, publié au *Bulletin*.

49. Ce règlement subordonne l'autorisation de changement d'usage à une compensation dont le principe est le suivant : le bailleur doit transformer un local ayant un autre usage que l'habitation au 1^{er} janvier 1970 en local d'habitation. Les locaux proposés en compensation doivent être de qualité et de surface équivalentes à celles faisant l'objet de la demande de changement d'usage, sauf dans le « secteur de compensation renforcée », où les locaux proposés en compensation doivent représenter une surface double de celle faisant l'objet de la demande de changement d'usage, sauf si ces locaux sont transformés en logements locatifs sociaux, auquel cas le coefficient est de un pour un. L'achat de droits de commercialité auprès de propriétaires souhaitant affecter à un usage d'habitation des locaux destinés à un autre usage, contribuant ainsi au maintien à un niveau stable du parc de logements de longue durée, est également possible.

d'habitation, entraîne une raréfaction du marché locatif traditionnel et contraint les habitants à s'éloigner pour trouver un logement ;

– du fait que, même dans les secteurs de compensation renforcée, elle ne fait pas obstacle à l'exercice de cette activité eu égard à la rentabilité accrue de ce type de location par rapport aux baux à usage d'habitation et à la possibilité de satisfaire à l'obligation de compensation, non seulement par la transformation en habitation d'autres locaux détenus par la personne concernée et ayant un autre usage, mais également par d'autres mécanismes, tel l'achat de droits dits de « commercialité » auprès de propriétaires souhaitant affecter à un usage d'habitation des locaux destinés à un autre usage, contribuant ainsi au maintien à un niveau stable du parc de logement de longue durée.

3. La gestion des litiges

Le constat des manquements

Les agents assermentés du service municipal du logement, nommés par le maire, chargés de contrôler l'usage des locaux destinés à l'habitation, disposent de pouvoirs définis par les articles L. 651-6 et L. 651-7 du code de la construction et de l'habitation et L. 324-2-1, IV, du code du tourisme. Ils peuvent, notamment, s'agissant des loueurs, visiter les locaux de huit heures à dix-neuf heures, recevoir toute déclaration, se faire présenter toute pièce utile, et concernant les plateformes numériques, se faire présenter toute déclaration utile.

L'efficacité ne doit toutefois pas se faire au détriment de la légalité. En effet, il était également prévu, par l'article L. 651-6, alinéa 6, du code de la construction et de l'habitation, qu'en cas de carence de la part de l'occupant ou du gardien, l'agent assermenté pouvait, au besoin, se faire ouvrir les portes et visiter les lieux en présence du maire ou du commissaire de police, les portes devant être refermées dans les mêmes conditions. Après une question prioritaire de constitutionnalité renvoyée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation⁵⁰, cette dernière disposition a été déclarée inconstitutionnelle⁵¹. Le Conseil a considéré qu'en prévoyant que les agents pouvaient procéder à une telle visite, sans l'accord de l'occupant du local ou de son gardien, et sans y avoir été préalablement autorisés par le juge, le législateur avait méconnu le principe d'inviolabilité du domicile. Cette disposition a donc été supprimée.

La saisine du juge

À l'origine, la loi ALUR donnait qualité au ministère public pour saisir le président du tribunal de grande instance du lieu de l'immeuble statuant en référé pour statuer sur les manquements constatés et appliquer les sanctions.

50. 3^e Civ., 17 janvier 2019, QPC n° 18-40.040, publié au *Bulletin*.

51. Cons. const., 5 avril 2019, décision n° 2019-772 QPC, M. Sing Kwon C. et autre [Visite des locaux à usage d'habitation par des agents municipaux].

Ce texte⁵² a été modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui a substitué à la procédure de référé la saisine « en la forme des référés » et prévu que la requête devait être établie par le « maire de la commune » ou par « l'Agence nationale de l'habitat » et non plus par le procureur de la République.

Il a de nouveau été modifié⁵³.

La Cour de cassation a jugé que ces modifications étaient d'application immédiate⁵⁴.

La preuve de la destination du bien

Ce point est essentiel en ce qu'il détermine l'application du dispositif d'autorisation⁵⁵.

L'article L. 631-7, alinéa 3, du code de la construction et de l'habitation indique que « pour l'application de la présente section, un local est réputé à usage d'habitation s'il était affecté à cet usage au 1^{er} janvier 1970. Cette affectation peut être établie par tout mode de preuve ».

La date du 1^{er} janvier 1970 est retenue car l'objectif est de préserver l'habitat existant et de faciliter la preuve de l'usage. La loi n° 68-108 du 2 février 1968 et son décret d'application n° 69-1076 du 28 novembre 1969 ont imposé aux redevables de la contribution foncière sur les propriétés bâties de déclarer l'usage de leur bien sur une formule administrative communément appelée déclaration « H2 ». Le fichier immobilier de 1970 et non plus celui de 1940 est donc la référence.

Cette déclaration « H2 » constitue donc un mode de preuve privilégié de l'usage du bien mais pas exclusif⁵⁶. Les renseignements figurant sur ce document rempli des années après le 1^{er} janvier 1970 ne peuvent être considérés, sauf précisions, comme décrivant l'usage du bien à cette date⁵⁷ étant observé que seul le montant du loyer indiqué correspond à celui en vigueur au 1^{er} janvier 1970.

52. Article L. 651-2 du code de la construction et de l'habitation.

53. – par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 qui a remplacé la formule « maire de la commune » par le terme « commune » ;
– par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 qui a supprimé la mention « sur conclusions du procureur de la République, partie jointe avisée de la procédure » ;
– et enfin par l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 qui a donné compétence au président du « tribunal judiciaire » lequel statue selon la « procédure accélérée au fond, sur assignation ».

54. 3^e Civ., 5 juillet 2018, QPC n° 18-40.014 ; 3^e Civ., 24 septembre 2020, pourvoi n° 18-22.142, publié au *Bulletin* ; 3^e Civ., 16 mai 2019, pourvoi n° 17-24.474, publié au *Bulletin*.

55. Il sera précisé que le changement d'usage se distingue du changement de destination qui, visant à éviter le contournement de règles d'urbanisme, répond à une législation autonome excepté lorsque le changement d'usage fait l'objet de travaux entrant dans le champ d'application du permis de construire, la demande de permis ou la déclaration préalable vaut demande de changement d'usage (article L. 631-8 du code de la construction et de l'habitation).

56. 3^e Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 18-17.800.

57. 3^e Civ., 18 février 2021, pourvoi n° 19-11.462, publié au *Bulletin*.

Dans certaines circonstances, l'évolution de la situation du local postérieurement au 1^{er} janvier 1970 peut être prise en considération :

- pour les locaux construits ou faisant l'objet de travaux ayant pour conséquence d'en changer la destination postérieurement au 1^{er} janvier 1970 (article L. 631-7, alinéa 3, du code de la construction et de l'habitation) ;
- lorsqu'une autorisation administrative subordonnée à une compensation a été accordée après le 1^{er} janvier 1970 (article L. 631-7, alinéa 4, du code de la construction et de l'habitation) ;
- pour les locaux affectés à l'usage d'habitation en 2005 en vertu d'une « déclaration d'affectation temporaire » à usage d'habitation sans avoir retrouvé leur usage initial dans le délai (article 29, III, de l'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005).

La Cour de cassation applique toutefois restrictivement ces exceptions. Ainsi, la preuve d'un usage d'habitation lors de l'acquisition du bien en 1980 est-elle inopérante⁵⁸. Par un arrêt du 5 avril 2019⁵⁹, le Conseil d'État a interprété ainsi qu'il suit l'article L. 671-7, III, du code de la construction et de l'habitation : « en l'absence d'autorisation de changement d'affectation ou de travaux postérieure, un local est réputé être à usage d'habitation s'il était affecté à cet usage au 1^{er} janvier 1970, sans qu'il y ait lieu de rechercher si cet usage était fondé en droit à cette date. En revanche, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet d'attacher pareilles conséquences au constat, au 1^{er} janvier 1970, de l'affectation d'un local à un autre usage que l'habitation »⁶⁰.

58. 3^e Civ., 28 mai 2020, pourvoi n° 18-26.366, publié au *Bulletin*.

59. CE, 5 avril 2019, n° 410039, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*.

60. Voir le commentaire du professeur H. Périnet-Marquet, « Une interprétation atypique de l'article L. 631-7 menace la sécurité juridique des changements d'usage (à propos d'un arrêt du Conseil d'État du 5 avril 2019) », *Construction – Urbanisme* mai 2019, repère 5.

CONCLUSION

Le dispositif général de régulation de la location immobilière de courte durée a été conforté et clarifié par les décisions de la CJUE et de la Cour de cassation.

Depuis le prononcé des arrêts de la troisième chambre civile en date du 18 février 2021, le contentieux a repris son cours devant les juridictions du fond. À n'en pas douter de nouvelles questions émergeront, concernant notamment la preuve de l'usage d'habitation et du changement de destination des lieux. Ces arrêts conduiront-ils, par ailleurs, les autorités locales concernées à adapter leur réglementation concernant la notion de courte durée ?

L'extension récente de la réglementation du changement d'usage à la transformation des locaux commerciaux, dans un objectif de maintien de la diversité commerciale dans les secteurs tendus⁶¹, sera certainement à l'origine de vifs débats juridiques.

Enfin, l'occupant des biens loués pour de courtes durées, extrêmement discret au cours des développements précédents, sera-t-il le nouvel acteur de cette épopée juridique ?

61. M. Raunet, « Réglementer l'hébergement touristique de courte durée », *AJDA* 2021, p. 1401 ; et sur l'articulation des législations, V. Tournebise, « Meublés de tourisme et destination au sens de l'urbanisme : un mariage difficile ! », *JCP* 2021, éd. N, 1258.



RETOUR SUR UN BRIS DE JURISPRUDENCE : LA RÉFORME DE L'ARTICLE 1843-4 DU CODE CIVIL, Étude de la chambre commerciale, financière et économique¹

1. Étude rédigée par Mme Carole Champalaune, conseillère, et Mme Charlotte de Cabarrus, conseillère référendaire, chargée de mission, à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

L'article 1843-4 du code civil relatif à l'évaluation des parts sociales d'un associé en cas de cession de celles-ci, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, a expressément été qualifié de « bris de jurisprudence », et même de « bris total » par un auteur², jurisprudence dont il était, il est vrai, l'un des plus fervents et constants contempteurs, usant d'un vocabulaire militaire pour la dénoncer, puisqu'elle était qualifiée, à partir d'un arrêt du 4 décembre 2007³ qui aurait marqué l'avènement d'un « absolutisme jurisprudentiel », de « bombe à retardement » annonciatrice « d'un désastre ». La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation⁴ se voyait reprocher d'avoir fait de l'article 1843-4 du code civil « un bunker »⁵, d'avoir opéré un « dynamitage contractuel »⁶ et encore d'avoir « atomisé », par un arrêt du 4 décembre 2012⁷, un espoir de voir certains contrats échapper audit bunker. On pourrait s'étonner de ce qu'une inflexion de la jurisprudence, survenue dans un arrêt du 11 mars 2014⁸, qualifiée de « coup de tonnerre » et de « providentiel reflux » par le même auteur, n'ait point été qualifiée de retraite...

Au-delà de la vigueur des termes de certaines critiques et quoiqu'elle ait pu trouver de fermes défenseurs⁹, l'interprétation par la chambre commerciale, de 2007 à 2014, de l'article 1843-4 du code civil dans sa rédaction issue d'une loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil, donna lieu à de très nombreux commentaires et fit de cet article, selon certains auteurs, le texte le plus controversé du droit des sociétés. Ainsi fut mise à l'épreuve, pendant la symbolique durée de sept ans, la portée d'un texte qui avait, jusqu'à l'arrêt de 2007 précité, assez peu fait parler de lui, en tout cas en ces termes, et dont le destin, qualifié jusque-là de « paisible »¹⁰, s'en trouva bouleversé.

L'adoption d'un article 1843-4 du code civil réformé, entré en vigueur le 3 août 2014, fut le fruit de cette intense controverse.

La présente étude rétrospective se consacre aux ressorts juridiques et contextuels de cette « dispute » née de la jurisprudence (I), avant d'examiner les termes de l'intervention du législateur et sa réception (II).

2. R. Mortier, « Le nouvel article 1843-4 du code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. sociétés* octobre 2014, étude 19.

3. Com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.912, *Bull.* 2007, IV, n° 258.

4. Ci-après, la chambre commerciale.

5. Le terme est employé par P. Le Cannu, « Le bunker de l'article 1843-4 résiste à l'excès de pouvoir », *Bull. Joly sociétés* juillet 2012, p. 542.

6. R. Mortier, « Coup de tonnerre sur l'article 1843-4 : la Cour de cassation cède du terrain ! », *Dr. Sociétés* mai 2014, comm. 78.

7. Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 10-16.280, *Bull.* 2012, IV, n° 223.

8. Com., 11 mars 2014, pourvoi n° 11-26.915, *Bull.* 2014, IV, n° 48, publié au *Rapport annuel*.

9. Cf. *infra*, articles cités de A. Lienhard, C. Grimaldi et l'évocation, par J. Moury, du recueil des « suffrages d'un large courant doctrinal », « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rev. sociétés* 2009, p. 503.

10. J.-C. Hallouin, « La notion de société altérée par l'article 1843-4 du code civil », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Joly Éditions, 2017, p. 181.

I. UNE CONTROVERSE S'INSCRIVANT DANS DES RESSORTS JURIDIQUES ET CONTEXTUELS COMPLEXES ET ÉVOLUTIFS

A. Les termes du débat juridique

a) À l'origine de la controverse, un texte de 1966, modifié en 1978, qui fit peu débat jusqu'en 2007

Partant d'un dispositif, l'article 1868 du code civil, destiné à régler le sort de la société dont l'un des associés venait à décéder, décès qui était de nature à conduire au partage de la société sauf prévision contraire des statuts incluant notamment la possibilité d'évaluer les parts des héritiers de l'associé décédé à dire d'expert, l'article 2 de la loi n° 66-538 du 24 juillet 1966 fixa, au 5^e alinéa du nouvel article 1868 du code civil, le principe de cette évaluation par un tiers, en cas de poursuite de la société avec les autres associés. Dans cette hypothèse, l'héritier de l'associé décédé devenait alors seulement créancier de la société, ayant droit à la valeur des droits sociaux de son auteur, valeur devant être fixée à dire d'expert, choisi d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le président du tribunal statuant en la forme des référés sans recours possible. Le texte indiquait devoir s'appliquer « dans tous les cas prévus au présent article », ce qui ne laissait, à cet égard, aucune place à la discussion sur le champ d'application, son caractère impératif résultant, par ailleurs, tant de l'emploi du présent (« la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès par un expert... »), que de la précision, dans l'article *in fine*, de ce que toute clause contraire était inopposable aux créanciers.

Adoptée le même jour, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales étendait le champ d'application de ce dispositif pour la fixation de la valeur des droits sociaux de l'associé en nom collectif ou commandité failli, frappé d'interdiction ou d'incapacité, de ceux du cessionnaire des parts sociales d'une société à responsabilité limitée auquel l'agrément était refusé, le refus entraînant l'achat forcé, par les associés ou par la société, des parts sociales à la valeur ainsi déterminée, ainsi qu'à l'hypothèse de la cession privée d'agrément des actions d'une société anonyme.

Ainsi, à partir de la situation « historique » du recours imposé à l'expert dans les termes de l'ancien article 1868 du code civil, visant les clauses statutaires de continuation en cas de décès, en vue d'assurer la protection des héritiers de l'associé décédé et en faisant de l'estimation par un tiers le seul mode possible d'évaluation des droits sociaux¹¹, une diffusion de ce dispositif était opérée pour les sociétés commerciales et dans des hypothèses affectant la situation des associés eux-mêmes.

11. Cf. J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. I, Dalloz, 1972, n° 319.

Une convergence de vues pouvait être observée¹² sur l'inspiration protectrice, à l'égard, d'abord de l'héritier de l'associé, puis de l'associé déchu, enfin de l'associé cédant dont le cessionnaire n'était pas agréé, de ce mode d'évaluation, observation générale étant faite de l'équilibre d'un tel dispositif dont la société, contrainte elle-même, dans certaines hypothèses, au rachat des droits sociaux, pouvait bénéficier, en évitant d'être exposée à un risque de surenchère de la part, notamment, de l'associé cédant confronté à un refus d'agrément de son cessionnaire et devant pouvoir sortir de la société afin, selon l'expression consacrée, de « ne pas rester prisonnier de ses titres ».

Le législateur décida ultérieurement de réformer le titre IX du livre III du code civil, relatif aux sociétés, dans le cadre d'un travail de codification entrepris dès 1947 par la commission de réforme du droit des sociétés, aboutissant à la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978. En est issu l'article 1843-4 du code civil sur la portée duquel les commentateurs ont divergé, une fois « découverte » l'interprétation, par la Cour de cassation, de son champ d'application et de la portée des pouvoirs de l'expert, par l'arrêt du 4 décembre 2007 précité.

Les travaux préparatoires, et notamment le rapport de la commission des lois du Sénat, indiquent que les dispositions sur la cession des parts sociales prévues par le projet furent très discutées. Et c'est le Sénat, qui, lors de la première lecture, dans un article 1860 consacré à la cession des parts sociales, proposa une règle de fixation de prix de cession des parts en cas de refus d'agrément de l'associé cessionnaire, à défaut d'accord amiable, par un expert, judiciairement désigné. Les dispositions de l'ancien article 1868, alinéa 5, du code civil étaient conservées, pour le cas particulier du décès de l'associé, dans les mêmes termes, dans un nouvel article 1870.

Le rapport effectué, en deuxième lecture, au nom de la commission des lois du Sénat, par le sénateur Étienne Dailly indiquait, s'agissant de cette disposition : « À l'article 1860-5, relatif à la fixation du prix des parts par un expert désigné en justice, il semble également nécessaire d'assouplir une rédaction trop restrictive : ce n'est, évidemment, qu'à défaut d'accord amiable qu'une telle expertise s'impose. »

Le débat qui s'en suivit sur la portée de l'article 1843-4 du code civil est à mesurer à l'aune de la différence entre, d'un côté, le projet du gouvernement, rédigé dans les termes suivants, dans un nouvel article 1860-5 du code civil : « Dans tous les cas où la loi impose la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société en vue de la réduction de son capital, la valeur de ces droits est déterminée par un expert désigné soit par les parties, soit, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible », et, de l'autre, le texte final qui devint, à la faveur des débats parlementaires, le suivant : « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert [...] ».

12. Voir, notamment, les références fournies par J. Moury, « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *loc. cit.*

L'expression « dans tous les cas », la suppression de la référence aux cas de « cession imposée par la loi » à laquelle avait succédé « dans tous les cas où la loi impose », avant que la référence à la loi ne disparaisse, et l'insertion des termes « en cas de contestation », étaient les clefs du champ d'application et de la portée du texte.

Ainsi que le relève un commentateur, en dépit du souci de simplification évoqué au cours des débats et souhaité par le sénateur Étienne Dailly¹³ à peu près dans les mêmes termes que ceux figurant dans son rapport précité, « une grande confusion » s'en suivit¹⁴.

La question se posait, pour les interprètes, d'abord du périmètre du recours à l'expertise au regard du champ d'application du texte et de la notion de contestation, et les choses étant liées, de la portée des pouvoirs de l'expert en cas de convention, statutaire ou extrastatutaire, comportant des dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux objet d'une cession ou d'un rachat.

La référence aux cas « prévus par la loi » permettait à l'évidence de circonscrire littéralement le champ d'application d'une valorisation des droits sociaux à dire d'expert, soit les cas prévus par les deux lois de 1966 précitées. À ceux-ci avait pu s'ajouter, mais de façon uniquement supplétive, l'hypothèse de la cession forcée de ses actions par l'associé de la société par actions simplifiée, à la faveur de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant ce nouveau type de société et prévoyant à l'article L. 227-18 du code de commerce issu de cette loi, en cas de clause statutaire stipulant l'obligation pour l'associé de céder ses actions, ou l'agrément de la cession, la fixation à dire d'expert de la valeur de ces actions dans les conditions de l'article 1843-4 du code civil, si les statuts ne précisaient pas les modalités de prix de cession des actions et à défaut d'accord entre les parties.

Selon une partie de la doctrine, le cantonnement du champ d'application de l'article 1843-4 du code civil aux hypothèses de renvoi légal à ce texte, c'est-à-dire aux hypothèses où la cession était rendue obligatoire par l'effet de la loi, aurait été l'interprétation à laquelle la Cour de cassation s'en serait d'abord tenue, malgré la suppression de la référence aux « cas prévus par la loi », dans la rédaction issue de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978. Était cité, en ce sens, un arrêt¹⁵ censurant une cour d'appel pour avoir indiqué que la valorisation des parts sociales à dire d'expert dans un conflit entre deux associés s'imposait à eux, alors que l'arrêt n'avait pas constaté l'existence d'une convention par laquelle les deux associés (d'une société anonyme) avaient entendu se soumettre à la fixation à dire d'expert des droits sociaux dont la valeur était contestée entre eux, cependant qu'il ne s'agissait pas d'une hypothèse où était prévue la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société. On pouvait en déduire que rien n'excluait la possibilité, pour les parties, de faire entrer un éventuel conflit sur une valorisation de parts dans le champ d'application de l'article 1843-4 du code civil, permettant ainsi une libre disposition de ce texte, ce qu'avait au demeurant approuvé un autre arrêt¹⁶, qui avait admis que « l'expertise » de l'article 1843-4 pouvait

13. Séance du 4 novembre 1976, *JO Sénat* CR 5 novembre 1976, p. 3023.

14. J.-M. Desaché, « Article 1843-4 du code civil : une bonne nouvelle confirmée, il y a des limites à l'extension de son champ d'application », *JCP* 2013, éd. E, 1520 (commentaire sous Com., 26 février 2013, pourvoi n° 11-27.521).

15. Com., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-15.403, *Bull.* 1996, IV, n° 284.

16. Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-13.756, *Bull.* 2004, IV, n° 210.

être ordonnée dans le cas d'un désaccord portant sur la cession de droits incorporels, les parties ayant elles-mêmes précisé qu'en cas de désaccord entre elles, il serait recouru à une évaluation dans les conditions prévues par ce texte¹⁷.

Toutefois, cette possibilité de se soumettre conventionnellement à ces dispositions ne disait rien de leur impérativité en dehors des cas légaux où il y était renvoyé et de leur portée par rapport aux termes exacts des éventuelles conventions y faisant, hors ces hypothèses légales, référence, le cas échéant.

Ce fut à la Cour de cassation de traiter de ce « double mystère »¹⁸ relatif au champ d'application du texte et aux pouvoirs de « l'expert ».

b) Les réponses graduelles de la Cour de cassation aux interrogations sur la portée de l'article 1843-4 du code civil à partir de l'arrêt du 4 décembre 2007

Si des auteurs avaient pu évoquer des préoccupations sur la problématique générale de l'évaluation des droits sociaux à dire d'expert¹⁹, ce fut l'arrêt du 4 décembre 2007²⁰, précité, qui marqua le début de la controverse, du moins en exacerba les termes.

Il posait le principe de ce que les prévisions statutaires cédaient devant l'article 1843-4 du code civil, en cas de contestation sur le prix de rachat de droits sociaux par un associé retrayant, prix prévu par lesdits statuts. Les prévisions des parties étaient écartées, au profit de la libre appréciation par l'expert devant alors être désigné par application de ce texte.

L'arrêt posait ainsi la première pierre de la double interprétation qui fit tant débat, soit d'une part, l'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil aux cessions ou rachats de droits sociaux convenus, sans être imposés par la loi, s'agissant, au cas d'espèce, d'un associé d'une société civile devant céder ses parts dès lors qu'il ne remplissait plus les conditions statutaires pour demeurer associé, et dont les modalités avaient été déclinées par des stipulations statutaires, et, d'autre part, la liberté d'évaluation de l'expert, quel qu'ait pu être le contenu de ces stipulations.

Sur le premier point, l'arrêt pouvait être rapproché d'un arrêt de la première chambre civile²¹, selon lequel l'article 1871, alinéa 2, du code civil ne faisait pas obstacle à ce qu'en cas de contestation d'un associé qui exerçait son droit de retrait dans les conditions prévues par les statuts sur la valeur de ses parts, cet associé demandât au juge des référés, en application de l'article 1843-4 du code civil, de désigner un expert en vue de déterminer cette valeur.

17. Solution critiquée par J. Moury, « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés* 2005, p. 513.

18. B. Dondero, « La Cour de cassation et le double mystère de l'article 1843-4 du code civil », *D.* 2009, p. 2195.

19. Voir notamment l'article de J. Moury précité et A. Couret, « L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 249 et s.

20. Com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.912, *Bull.* 2007, IV, n° 258.

21. 1^{re} Civ., 2 juin 1987, pourvoi n° 85-17.561, *Bull.* 1987, I, n° 180.

Mais indéniablement, cet arrêt antérieur concernait une hypothèse de retrait volontaire pour lequel l'article 1869 du code civil précisait qu'en cas de désaccord, « l'expertise » prévue à l'article 1843-4 du même code pouvait être demandée. Un précédent arrêt²² avait également déjà admis, comme indiqué *supra*, que l'évaluation prévue par ces dispositions pouvait être ordonnée dans le cas d'un désaccord portant sur la cession de droits incorporels, mais, dans cette affaire, les parties elles-mêmes avaient précisé qu'en cas de désaccord, il serait recouru à une expertise dans les conditions prévues par ce texte. Dans un autre arrêt²³, l'article 1843-4 avait été appliqué à une cession pour cause de décès, prévue par les statuts de la société, dans ce que l'on peut appeler son champ originel, tel qu'issu de la loi n° 66-538 du 24 juillet 1966.

Sur le second point, l'arrêt du 4 décembre 2007 pouvait, s'agissant de l'absence de pouvoirs propres du juge de déterminer la valeur des parts, être rapproché d'une solution également déjà dégagée par la première chambre civile²⁴, en ce que cette chambre avait décidé qu'il appartenait au seul expert désigné en application de l'article 1843-4 du code civil, et non au juge, de déterminer la valeur des droits sociaux.

Par ailleurs, il ne pouvait être omis que cette même chambre avait énoncé que l'article 1843-4 du code civil était une disposition d'ordre public²⁵.

Le 4 décembre 2007 était également rendu un arrêt²⁶, non publié, appliquant la même solution à l'associé retrayant volontaire, ajoutant le visa de l'article 1869, alinéa 2, du code civil à celui de l'article 1843-4 du même code, et dont un auteur²⁷ tirait la conclusion, exacte, que la solution dégagée par l'arrêt publié du 4 décembre 2007 ne se limitait pas à la situation du retrait obligatoire de l'associé.

Le débat se cristallisait alors sur la place devant être reconnue à la liberté contractuelle. Ainsi était-il indiqué à propos de l'arrêt du 4 décembre 2007 : « La liberté contractuelle est bien l'enjeu de l'affaire soumise à la Cour de cassation. Sans doute l'article 1843-4 du code civil est-il d'ordre public mais il se présente comme une soupape de sécurité lorsque la liberté contractuelle n'a pas fait son œuvre »²⁸. La solution retenue était critiquée en ces termes : « Ce serait porter atteinte à la force obligatoire du contrat que de permettre à l'expert de s'évader de la clause d'évaluation. » Faisait écho à cette critique une formulation plus radicale, réprouvant « [l'éradication de] l'anticipation contractuelle » en résultant, selon un auteur²⁹. Le débat était ainsi étendu à la question de la prévisibilité et de la sécurité des anticipations des parties.

22. Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-13.756, *Bull.* 2004, IV, n° 210.

23. Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-15.278, *Bull.* 2004, IV, n° 211.

24. 1^{re} Civ., 25 novembre 2003, pourvoi n° 00-22.089, *Bull.* 2003, I, n° 243.

25. 1^{re} Civ., 25 novembre 2003, pourvoi n° 00-22.089, *Bull.* 2003, I, n° 243.

26. Com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.913.

27. R. Mortier, « Un arrêt peut en cacher un autre : retour sur l'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du code civil », *Dr. sociétés* août 2008, comm. 177, et « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du code civil », *Dr. sociétés* février 2008, comm. 23.

28. H. Hovasse, « Supériorité de l'article 1843-4 du code civil sur les statuts quant à la détermination de la valeur de droits sociaux par un expert », *JCP* 2008, éd. E, 1159.

29. R. Mortier, « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

Pour autant, qu'aurait pu signifier le pouvoir de l'expert de « déterminer », ainsi que la loi l'indiquait, le prix de cession, si sa liberté n'avait pas été reconnue ?³⁰ Le terme « déterminer » renfermait nécessairement, selon la chambre commerciale, cette libre appréciation, ce qu'elle dirait, il est vrai plus explicitement, dans un arrêt ultérieur.

Se posait en filigrane la question de la *ratio legis* de l'article 1843-4 du code civil sous-tendant l'interprétation retenue par la Cour de cassation, moins analysée, par certains commentateurs³¹, malgré son caractère d'ordre public non contesté, comme un mécanisme de protection permettant au surplus de « surmonter une impasse » tel qu'exposé par d'autres auteurs³², que comme un moyen de dépasser un « dissensus »³³ empêchant un processus de cession de droits sociaux d'arriver à son terme ou manifestant, selon les termes ultérieurs du même auteur, « la lutte contre le blocage du contrat forcé »³⁴.

La finalité de la protection de l'associé minoritaire était mise en exergue par un autre auteur³⁵, estimant que « le caractère d'ordre public de ce texte se justifi[ait] (et devrait définir l'étendue de son champ d'application) par la volonté du législateur d'éviter que des associés ne soient gravement lésés par des clauses d'évaluation qui leur auraient été imposées à l'issue d'un processus décisionnel majoritaire, auquel ils n'auraient pu s'opposer ». Autrement dit, il s'agissait, selon lui, « de lutter contre l'absolutisme majoritaire, c'est-à-dire, en l'occurrence, le pouvoir de la majorité d'imposer dans les statuts ou un règlement intérieur, la cession des titres d'un associé pour un certain prix, sans que l'associé concerné n'ait pu consentir personnellement ni à cette cession, ni à ce prix ». À l'appui de cette analyse, il était souligné, comme le faisait un autre commentateur³⁶, que le législateur avait, *a contrario*, permis que soit écartée conventionnellement l'application de ce texte par les associés d'une société par actions simplifiée³⁷, tout en s'assurant de ce qu'une éventuelle adoption ou modification de clauses statutaires fixant les modalités de détermination du prix de cession des actions, lorsque sont mises en œuvre les clauses d'agrément et les clauses obligeant un associé à céder ses actions, se fasse à l'unanimité

30. Le conseiller H. Le Dauphin, dans son rapport sur le pourvoi donnant lieu à l'arrêt du 11 mars 2014 (Com., 11 mars 2014, pourvoi n° 11-26.915, *Bull.* 2014, IV, n° 48, publié au *Rapport annuel*), justifiait ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point : « la mission du tiers aurait-elle un sens si, tenu d'appliquer une méthode fixée par les parties, ou plus probablement, en fait, par l'une d'elles, qu'il est cependant libre de prendre en considération s'il la juge pertinente, il se trouvait réduit à un rôle de "calculette", pour aboutir... au résultat qui a donné naissance à la contestation ayant motivé sa désignation ? ».

31. R. Mortier, « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

32. Cf., notamment, J. Moury ou A. Lienhard.

33. R. Mortier, « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

34. R. Mortier, « Coup de tonnerre sur l'article 1843-4 : la Cour de cassation cède du terrain ! », *Dr. sociétés* mai 2014, comm. 78.

35. A. Constantin, « Interrogations (et inquiétudes) sur le champ d'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil, notamment son extension aux conventions extrastatutaires », *RTD com.* 2012, p. 805.

36. A. Lienhard, « Cession de droits sociaux : totale liberté pour le tiers estimateur », *D.* 2009, p. 1349.

37. Articles L. 227-18 et L. 227-19 du code de commerce.

des associés³⁸. Si pour certains auteurs³⁹, le traitement par l'abus de majorité ou l'exigence d'unanimité pour l'adoption de telles dispositions d'évaluation des droits sociaux dans les statuts était la solution adaptée à ce risque d'atteinte aux droits des associés minoritaires, l'inquiétude était prégnante s'agissant de l'extension de la solution issue de l'arrêt aux pactes extrastatutaires, lesquels pouvaient apparaître comme résultant de l'expression d'un consentement véritablement libre.

Le deuxième temps de la réponse graduée de la Cour de cassation fut celui d'un arrêt du 5 mai 2009⁴⁰, lequel consacra la liberté d'appréciation de l'expert, quelles qu'eussent été les prévisions des parties ayant envisagé, dans les statuts, la valorisation des droits sociaux en cas de cession ou achat forcé, cette fois-ci dans l'hypothèse de l'associé exclu. À cet égard, l'étendue de la liberté d'appréciation de l'expert était significativement clarifiée par rapport à l'arrêt précité de la première chambre civile du 25 novembre 2003, lequel pouvait être interprété comme délimitant seulement les pouvoirs respectifs du juge et de l'expert. La chambre commerciale énonçait ainsi que « seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts », l'arrêt d'appel étant censuré pour avoir précisé la méthode à suivre par l'expert.

Le commentaire au *Rapport annuel* de la Cour de cassation, signant l'importance de cet arrêt du 5 mai 2009, l'inscrivait dans une continuité jurisprudentielle⁴¹, s'agissant de ce que les parties s'en remettent à l'expert, et relevant que, sous la limite de l'erreur grossière, l'expertise s'imposait également au juge. La spécificité du rôle de l'expert désigné sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil, ainsi faussement dénommé, comme unanimement remarqué, et plus exactement désigné sous le vocable de tiers évaluateur, avait en effet déjà été affirmée par la jurisprudence et approuvée par certains auteurs qui insistaient sur sa figure originale de régulateur d'intérêts divergents⁴².

L'enseignement de ce commentaire tenait plus spécialement à ce que la raison de la solution énoncée par la chambre commerciale était très clairement exprimée, s'agissant de la réponse à la question posée de savoir si l'expert pouvait s'affranchir d'une méthode convenue par les statuts, faisant donc en principe la loi des parties. Cette question appelait, aux termes du commentaire, une réponse positive, dès lors que « la raison d'être [de l'expert] est d'arbitrer afin que l'associé obligé de céder ses droits ne soit pas spolié ou exproprié »⁴³. Ainsi était assumée la motivation de protection inspirant cette jurisprudence, qu'au demeurant les commentateurs de l'arrêt du 4 décembre 2007 avaient cru pouvoir, à

38. Exigence d'unanimité dont on relèvera qu'elle a disparu depuis une ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés.

39. Notamment R. Mortier.

40. Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-17.465, *Bull.* 2009, IV, n° 61, publié au *Rapport annuel*.

41. Citant notamment Com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-11.790, *Bull.* 2005, IV, n° 95, publié au *Rapport annuel*.

42. Voir les commentaires de C. Champaud et D. Danet, « Cession de parts sociales. Rachat. Détermination du prix à défaut d'accord amiable. Expertise de l'article 1843-4 du code civil. Réforme procédant de l'ordonnance du 25 mars 2004. Suppression de la seconde phrase de l'article L. 223-14 du code de commerce. Nature et portée de la modification rédactionnelle ? », *RTD com.* 2004, p. 523.

43. *Rapport annuel* 2009 de la Cour de cassation, p. 394.

juste titre, discerner, et, pour certains, approuver⁴⁴, cependant que cet arrêt ne disait rien de l'interprétation, par la chambre commerciale, de la *ratio legis* de l'article 1843-4 du code civil, qu'elle visait et reproduisait, et donc de la *ratio decidendi* de sa propre solution.

Cette vision de la finalité de cette disposition légale aux yeux de la chambre commerciale était ultérieurement rappelée⁴⁵, par l'un de ses anciens présidents, en des termes explicites, que n'avaient pas non plus manqué de relever les commentateurs : « l'égalité entre associés dans la société commande que la contribution de chacun à la constitution du capital donne lieu à un traitement identique, pour un nombre de parts égales, au moment où l'associé sort de la société. À défaut, le pacte social, né dans l'égalité, se dissout par l'effet incontrôlé de la puissance du plus fort. C'est un ordre public de protection, non de direction ». L'illustration de ce rappel par une fable de La Fontaine évoquée⁴⁶ ne manqua pas d'être soulignée.

Cette justification protectrice des droits de l'associé cédant était d'ailleurs à nouveau formulée dans l'arrêt⁴⁷ refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce texte, en indiquant que « les dispositions de l'article 1843-4 du code civil, qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'investir l'expert du pouvoir de prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition et ne font pas par elles-mêmes obstacle à l'application d'une procédure contradictoire, visent seulement à garantir, dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux ou le rachat de ceux-ci par la société, et s'il y a désaccord sur leur valeur, la juste évaluation des droits du cédant par l'intervention d'un tiers chargé de fixer cette valeur pour le compte des parties sans être tenu de se plier à des clauses qui pourraient être incompatibles avec la réalisation de cet objectif ».

Ne saurait être passé sous silence l'enjeu de protection du droit de propriété lié à l'application de ce texte qui conduisit en revanche la même chambre à transmettre au Conseil constitutionnel⁴⁸ une autre question relative à la date d'évaluation de la valeur des droits sociaux retenue par sa jurisprudence et fixée, en l'absence de dispositions statutaires sur ce point, à la date la plus proche du jour de leur remboursement et non à la date de la perte de la qualité d'associé. Le Conseil constitutionnel devait retenir⁴⁹ que :

« 11. Les dispositions contestées fixent dans tous les cas, et quelle que soit la nature des sociétés concernées, la date de l'évaluation à celle qui est la plus proche du

44. Outre la doctrine favorable recensée par J. Moury, on citera également C. Champaud et D. Danet commentant l'arrêt du 5 mai 2009 et approuvant la Cour de cassation de « tenir bon » ; il en ressort des visions opposées sur ce dispositif, la doctrine contraire étant analysée comme issue d'« une conception strictement contractualiste du droit des sociétés s'inscrivant dans les théories de la *corporate governance* d'obédience financialiste », « Cession de droits sociaux préemptés. Défaut d'accord des parties sur le prix. Fixation à dire d'expert. Application de l'article 1843-4 du code civil. Faculté du juge de fixer des règles d'évaluation applicable à l'expertise (non) », *RTD com.* 2009, p. 752.

45. « L'évaluation à dire d'expert prévue à l'article 1843-4 du code civil. État actuel de la jurisprudence », groupe de travail et de réflexions constitué de D. Tricot, P. Matet, J. Gondran de Robert, J.-P. Lucquin, É. Kleiman, D. Faury et J.-L. Fournier, novembre 2011.

46. La Génisse, la Chèvre et la Brebis en société avec le Lion.

47. Com., 8 mars 2011, QPC n° 10-40.069 et n° 10-40.072, *Bull.* 2011, IV, n° 36.

48. Com., 16 juin 2016, QPC n° 16-40.018.

49. Cons. const., 16 septembre 2016, décision n° 2016-563 QPC, M. Dominique B [Date d'évaluation de la valeur des droits sociaux des associés cédants, retenant ou exclus].

remboursement des droits sociaux de l'associé cédant, retrayant ou exclu, sauf disposition contraire des statuts. Elles n'introduisent en conséquence aucune différence de traitement. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit donc être écarté.

12. L'article 1843-4 du code civil dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1978, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution. »

On relèvera qu'approuvant l'interprétation de l'article 1843-4 du code civil issue des arrêts de 2007 et 2009, un auteur⁵⁰ posait la question de savoir si l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aurait pu se satisfaire d'une solution dans laquelle de simples volontés privées auraient pu contraindre un associé à sortir d'une société en lui imposant les conditions de la cession du rachat de ses parts. Il estimait que c'était le caractère d'ordre public du droit à l'expertise, prévu à l'article 1843-4 du code civil, qui ne permettait pas à l'associé de renoncer à l'avance au bénéfice de ce droit destiné à lui garantir la juste évaluation de ses droits sociaux, « de ses biens », soulignait-il.

C'est aussi au regard de la protection du droit de propriété sur des parts sociales ou des actions, « lorsqu'il est entravé dans l'exercice de son droit de *disposer* de la chose », qu'un autre auteur estimait lui aussi que la jurisprudence avait voulu se placer sous l'ombre de l'article 544 du code civil⁵¹ et rappelait que la solution pouvait se prévaloir de l'interprétation précitée.

La liberté d'appréciation de l'expert était, par ailleurs, présentée comme l'auxiliaire indispensable de la protection de l'associé. Il était relevé, pour approuver la solution, « qu'au-delà de la rédaction, en soi déjà impérative de l'article 1843-4, la finalité même de la disposition, la “découverte”, par définition en temps de conflit opposant la société à un associé [...], de la “juste valeur” des parts, s'accommoderait mal d'un corset engonçant le tiers au litige, alors que, précisément, la clause d'évaluation procède le plus souvent de l'actionnaire majoritaire. Mesurée à cet objectif fondamental, la protection de l'associé cédant ou retrayant, l'autonomie de l'expert devient l'indispensable instrument de la volonté du législateur »⁵².

S'il critiquait le « dirigisme judiciaire » qu'aurait manifesté cette jurisprudence, un autre auteur⁵³ admettait la difficulté d'interprétation du texte, dont il notait que, littéralement, il excluait que les parties déterminent la valeur puisque c'était à l'expert désigné de le faire en cas de contestation.

La chambre commerciale précisa ensuite, dans un troisième temps de la construction jurisprudentielle, le champ d'application de l'article 1843-4 du code civil, en plaçant sous son empire des conventions à caractère extrastatutaire, relevant du

50. C. Grimaldi, « Regard civiliste sur la cession ou le rachat forcé de droits sociaux », *JCP* 2009, éd. E, act. 592.

51. J. Moury, « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *loc. cit.*

52. A. Lienhard, « Cession de droits sociaux, totale liberté pour le tiers estimateur », *loc. cit.*

53. B. Dondero, « La Cour de cassation et le double mystère de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

droit commun des contrats. Cette solution résultait implicitement d'un arrêt du 24 novembre 2009⁵⁴, jugeant, alors que les demandeurs au pourvoi se prévalaient de l'article 1843-4 du code civil, que celui-ci était sans application pour une promesse de vente dont le prix était devenu déterminable dès la levée de l'option. Cet arrêt réglait au surplus la question de la chronologie d'application du texte, en admettant que la contestation ne pouvait être utilement formée qu'avant la levée de l'option. L'arrêt déféré était approuvé ; car dès lors qu'il avait été relevé, par référence aux stipulations précisant les modalités de calcul du prix de cession, que celui-ci était déterminable et que la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option, il s'en déduisait que le prix n'avait fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de la cession, vouant au rejet la demande de fixation du prix à dire d'expert. Si la demande d'application de l'article 1843-4 du code civil était écartée, ce n'était pas pour une raison tenant au siège de la promesse de cession en cause, laquelle, pour relever d'un acte extrastatutaire, se serait donc trouvée soumise à la mise en œuvre de l'article 1843-4 du code civil, si l'accord entre les parties n'avait pas été déjà mis en œuvre par la levée de l'option. Le texte exigeant que la cession ou le rachat soient prévus, il en résultait qu'il ne trouvait pas à s'appliquer dans un cas où la cession ou le rachat n'était plus envisagé comme un événement futur mais était d'ores et déjà parfait. Une vente déjà formée au prix fixé par les parties ne pouvait donc faire l'objet d'une contestation sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil.

Cette analyse fut confirmée, sur ce point, par un arrêt⁵⁵ jugeant qu'une cession ayant été conclue et que son prix était déterminable, une cour d'appel avait exactement retenu, dès lors que la cession n'entraînait dans aucun des cas prévus par l'article 1843-4 du code civil, que les dispositions de ce texte n'étaient pas applicables.

Il s'en déduisait logiquement qu'un désaccord sur le prix, exprimé entre la date de conclusion du contrat et la levée de l'option, aurait eu pour conséquence de rendre obligatoire le recours à un tiers estimateur, dans l'hypothèse d'une clause de cession comprenant les modalités de détermination du prix figurant dans un acte extrastatutaire.

La jurisprudence s'en tenait donc à l'absence de distinction par la loi entre les différents cas de cession, eu égard à une formulation de la loi extrêmement large et donc très extensive puisqu'englobant, à la lettre, « tous les cas où la cession des droits sociaux est prévue » et, il faut y insister, après suppression, au cours des débats parlementaires, d'une rédaction qui circonscrivait de façon plus étroite et précise le champ d'application du texte.

Certes, des auteurs⁵⁶ avaient proposé, par anticipation, non couronnée de succès, une réponse négative à la définition d'un tel périmètre d'application, question qui avait surgi dès l'arrêt du 4 décembre 2007. C'est la sécurité juridique qui, selon eux, appelait une telle réponse pour ne pas déjouer les prévisions des parties, alors qu'était soulignée la pratique abondante, dans la vie des affaires, de telles stipulations.

54. Com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-21.369, *Bull.* 2009, IV, n° 151.

55. Com., 26 février 2013, pourvoi n° 11-27.521.

56. R. Dammann et S. Périnot, dans un article précisément intitulé « Éclairage. L'article 1843-4 du code civil prévoyant une valorisation des droits sociaux par un expert est-il applicable aux pactes extrastatutaires ? », *Bull. Joly sociétés* novembre 2008, p. 844.

À cet égard, la question du sens de la notion de condition de contestation, dont on rappelle qu'elle avait été introduite au cours des débats parlementaires sur un amendement du sénateur Étienne Dailly, se posait avec encore peut-être plus d'acuité en cas de pactes extrastatutaires, la question de la date d'expression de la contestation étant alors posée pour savoir si celle-ci en était une, au sens de la loi. Ainsi, pour certains auteurs, aucune contestation ne pouvait entrer dans la visée du texte lorsqu'un désaccord était exprimé après la conclusion d'un accord fixant les conditions d'évaluation des droits sociaux, sauf à manifester alors, en réalité, une volonté de s'abstraire de la force obligatoire du contrat. C'était le sens de l'analyse selon laquelle « l'existence d'un accord quant à la détermination du prix consacre évidemment l'absence de contestation », qu'il en est ainsi « quelle que soit la date de cet accord » et que le caractère impératif du texte devait à cet égard être considéré sans incidence, ce caractère n'étant pas de nature à étendre son domaine d'application⁵⁷. Dans le même sens, il avait été relevé que : « l'article 1843-4, bien que d'ordre public il est vrai, n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de désaccord des parties, ce qui laisse à l'accord de volonté toute latitude pour s'exprimer », ajoutant « On voit mal ici pourquoi il conviendrait d'interdire à l'associé de s'engager sur le prix futur (déterminable) de son bien alors qu'il en a la parfaite maîtrise. »⁵⁸

Certains auteurs se montraient cependant plus réservés sur cette question. Il était ainsi observé que « L'exigence d'une contestation ne d[evait] pas être surestimée » et il était relevé en ce sens, d'une part, que les textes de droit spécial qui renvoyaient à l'article 1843-4 du code civil ne mentionnaient pas tous cette exigence⁵⁹, d'autre part, que le mot ne devait pas être pris dans son sens procédural comme synonyme de litige, mais dans son sens courant de désaccord, constitutive alors d'une simple question de fait⁶⁰.

De même, il était souligné que la jurisprudence ne faisait pas de la contestation une condition *sine qua non* de l'intervention de l'expert, laquelle pouvait être prévue par la convention des parties alors même que la loi ne l'imposait pas⁶¹.

Il était enfin constaté que l'existence d'une clause statutaire d'évaluation des parts ne s'opposait pas à ce que s'élevât néanmoins une contestation opposant précisément les parties « sur la valeur de ces parts et donc, en l'occurrence, sur leur mode de calcul tel qu'il est prévu dans les statuts »⁶².

⁵⁷. R. Mortier, « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.* Cf. déjà R. Mortier, « Le tiers estimateur », in *La sortie de l'investisseur*, LexisNexis, Colloques et débats, 2007, p. 99 et s., n° 22.

⁵⁸. D. Poracchia, « Saga relative à l'interprétation de l'article 1843 du code civil », *Bull. Joly sociétés* juin 2009, p. 543.

⁵⁹. Tel était le cas de l'article 1870-1 du code civil pour les sociétés civiles, ou des articles L. 221-15 et L. 221-16 du code de commerce pour la société en nom collectif, ou de l'article L. 223-14 du code de commerce pour la société à responsabilité limitée.

⁶⁰. L. Cadiet, « Arbitrer, arbitrator, Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du code civil », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 155 et s., spéc. p. 160-161.

⁶¹. A. Couret, « L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil », in *Mélanges dédiés à Bernard Boulloc*, *op. cit.*, spéc. p. 251-252, n° 6. Cf. notamment Com., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-15.403, *Bull.* 1996, IV, n° 284 ; Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-13.756, *Bull.* 2004, IV, n° 210.

⁶². J. Moury, « La liberté du tiers estimateur de l'article 1843-4 du code civil en dépit de la présence d'une clause statutaire d'évaluation des droits sociaux », *Rev. sociétés* 2008, p. 341, spéc. n° 5.

Et de fait, si contentieux il y eut, c'est bien qu'un différend naissait, y compris alors qu'un accord de volonté avait été conclu, au moment où cet accord devait être mis en œuvre. C'était alors d'une pure situation de fait dont il s'agissait, ainsi qu'il ressortait d'ailleurs d'un arrêt de la deuxième chambre civile⁶³ lequel, répondant à un moyen invoquant notamment un manque de base légale au regard de l'article 1843-4 du code civil, tiré d'une insuffisance des constatations de l'arrêt quant à l'existence d'une contestation au sens de ce texte, jugeait que les critiques formulées ne tendaient « qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel de l'existence d'une contestation sur le prix de cession des parts sociales ».

La solution implicite de l'arrêt du 24 novembre 2009 précité fut explicitement confirmée par un arrêt du 4 décembre 2012⁶⁴, dans une affaire où le salarié et associé d'une société, signataire d'une charte en vertu de laquelle il s'engageait, en cas de départ de la société, à céder par une promesse de vente irrévocable prenant effet le jour suivant la cessation des fonctions salariées, toutes les actions qu'il détenait, au profit des membres du conseil d'administration de la société dont il était l'associé, ou de toute autre personne, physique ou morale s'y substituant. La charte prévoyait une méthode de calcul du prix de cession de l'action. La cour d'appel ayant jugé que le promettant invoquait à tort les dispositions de l'article 1843-4 du code civil puisque les parties n'avaient pas convenu, en cas de désaccord, de désigner un expert pour la détermination du prix par application de ce texte, l'arrêt fut cassé pour refus d'application de ce texte, à son seul visa et sur sa seule reproduction. Il s'en déduisait qu'il s'appliquait aux cessions de droits sociaux organisées par des pactes extrastatutaires, lors même que les parties à ces conventions n'avaient pas fait le choix de faire du recours à ce texte leur propre loi.

Ainsi, statuts et pactes extrastatutaires, tous de nature conventionnelle mais les premiers ne relevant pas du droit commun des contrats et pouvant notamment être modifiés dans des conditions ne requérant pas nécessairement l'unanimité des associés, étaient traités de la même façon s'agissant de la survenance d'une contestation sur la valorisation des droits sociaux devant, aux termes de ces conventions, faire l'objet d'une cession, sans que celle-ci soit imposée par la loi.

Parmi de nombreux commentaires accompagnant cette décision, était à nouveau observé l'« *imperium* de l'expert de l'article 1843-4 [du code civil] *versus* [le] consensualisme »⁶⁵.

La dernière étape de l'interprétation de l'article 1843-4 du code civil, « avant la ruine de ce texte », selon les termes d'un auteur⁶⁶ annonçant la modification qui en était prévue par une habilitation donnée, à la date de l'arrêt, au gouvernement par le Parlement, résulta d'un arrêt de la chambre commerciale du 11 mars 2014⁶⁷, qui jugea que « les dispositions de ce texte, qui ont pour finalité la protection des intérêts de

63. 2^e Civ., 10 juin 2010, pourvoi n° 08-19.779.

64. Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 10-16.280, *Bull.* 2012, IV, n° 223.

65. J.-F. Barbieri, « Éditorial. Imperium de l'expert de l'article 1843-4 versus consensualisme », *Bull. Joly sociétés* février 2013, p. 101.

66. J. Moury, « Une importante précision sur le champ de l'article 1843-4 du code civil... avant la ruine de ce texte », *Rev. sociétés* 2014, p. 366.

67. Com., 11 mars 2014, pourvoi n° 11-26.915, *Bull.* 2014, IV, n° 48, publié au *Rapport annuel*.

l'associé cédant, sont sans application à la cession de droits sociaux ou à leur rachat par la société résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé ». Était ainsi écarté le recours à la tierce évaluation pour une contestation sur la valeur d'actions faisant l'objet d'une promesse unilatérale de vente figurant dans une convention d'actionnaires, laquelle fixait par avance la valeur des parts ou des actions rachetées, contrairement à ce qu'avait jugé la cour d'appel. Était là exprimée, par une motivation expresse, une interprétation retranchant du champ d'application de l'article 1843-4 du code civil certains actes conduisant à une cession de droits sociaux, avec l'indication, par la chambre commerciale, de l'interprétation de la finalité du texte reprenant la *ratio legis* d'un ordre public de protection, mais limitée au seul associé cédant contraint à la cession.

Ces explications se retrouvaient dans le commentaire au *Rapport annuel* de cet arrêt, relevant que cette décision marquait « clairement la volonté de la Cour de rompre avec l'interprétation extensive de l'article 1843-4 du code civil dont les décisions des 24 novembre 2009 et 4 décembre 2012 se faisaient l'écho »⁶⁸, non sans réaffirmer la logique de protection du cédant dont le commentaire rappelait la filiation depuis l'ancien article 1868 du code civil, en cantonnant désormais celle-ci au cédant contraint. *In fine*, le commentaire plaçait l'arrêt dans la préfiguration de la solution retenue par la réforme du texte, intervenue entre le prononcé de l'arrêt et la publication du *Rapport annuel*, en indiquant que « Les limites ainsi fixées au champ d'application de l'article 1843-4 du code civil se retrouvent dans la nouvelle rédaction de ce texte issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés. »⁶⁹ Un lien reliait ainsi les différentes sources du droit positif, ce commentaire pouvant être vu comme une première interprétation de la portée du nouveau texte.

B. Un débat sur l'office du juge dans un univers économique plus complexe

a) Un débat de méthode

Au travers du *Rapport annuel* 2014 de la Cour de cassation, la chambre commerciale n'avait pas manqué d'observer, sobrement, que sa jurisprudence avait fait l'objet d'un « vif débat doctrinal »⁷⁰.

Et certes, la vigueur d'autres expressions s'ajoutant aux termes des commentaires cités en introduction de la présente étude, employées par ces « disputes doctrinales »⁷¹

68. Commentaire au *Rapport annuel* 2014 de la Cour de cassation, p. 509.

69. Commentaire au *Rapport annuel* 2014 de la Cour de cassation, p. 510.

70. Commentaire au *Rapport annuel* 2014 de la Cour de cassation, p. 509.

71. J. Moury, « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale devant la Cour de cassation », *loc. cit.*

provoquées par l'arrêt du 4 décembre 2007 qualifié de « dévoiement »⁷², a été relevée par la doctrine elle-même, les qualifiant de « mercuriales »⁷³, ou de « critiques virulentes – voire violentes »⁷⁴.

On ajoutera l'emploi de l'expression, peu flatteuse, de « pénibles convulsions jurisprudentielles »⁷⁵, qui permet néanmoins d'aborder un autre aspect de la controverse méritant l'attention.

Il est en effet intéressant de relever qu'au-delà du débat de fond, les critiques adressées à la jurisprudence de la chambre commerciale relative à ce texte furent aussi adressées à la forme et à la méthode de l'interprétation jurisprudentielle, touchant là au mode d'expression, et de conviction, de la fonction normative de la Cour de cassation, tel qu'il était alors en vigueur⁷⁶.

Fut ainsi contestée, s'agissant de l'arrêt du 4 décembre 2007 précité, la formulation elle-même de l'arrêt qui s'en tenait, on le rappelle, au visa de l'article 1843-4 du code civil et à sa reproduction stricte, sans autre explication⁷⁷.

En sens inverse, celui du 5 mai 2009, qui donnait toute liberté à l'expert pour procéder à l'évaluation, fut également critiqué en ce qu'il ajoutait, quant à lui, à la reproduction de l'article 1843-4 du code civil, la phrase selon laquelle « seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts »⁷⁸. C'est alors l'énoncé d'une « règle inventée de toutes pièces » qui était reproché, le syllogisme juridique mis en œuvre étant également contesté, en ce que l'affirmation de la règle ne découlerait pas, alors qu'elle est présentée comme telle, de la citation de l'article lui-même⁷⁹.

Quoi qu'il en soit de cette dernière appréciation, il ne peut qu'être constaté que les arrêts de 2007, 2009 et 2012 précités étaient motivés sans l'expression d'un « chapeau », autrement désigné comme « l'attendu de principe »⁸⁰, lequel est pourtant, selon des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, « le meilleur moyen d'exprimer son interprétation de la règle de droit, et, donc, de remplir sa fonction normative »⁸¹.

72. B. Dondero, « Date d'évaluation des droits sociaux en cas de retrait d'un associé "Je ne suis pas imprévisible !" dit soudain la Cour de cassation (toujours l'article 1843-4 du code civil)... », *JCP* 2013, éd. E, 1129.

73. J. Moury, « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale devant la Cour de cassation », *loc. cit.*

74. C. Grimaldi, « Regard civiliste sur la cession ou le rachat forcé de droits sociaux », *loc. cit.*

75. A. Constantin, « Interrogations (et inquiétudes) sur le champ d'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil, notamment son extension aux conventions extrastatutaires », *loc. cit.*

76. Soit avant les développements de la motivation dite enrichie et l'énoncé des arrêts de la Cour de cassation depuis le 1^{er} octobre 2019, en style direct.

77. Voir ainsi R. Mortier, « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

78. Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-17.465, *Bull.* 2009, IV, n° 61, publié au *Rapport annuel*.

79. R. Mortier, « Fin du suspense : le tiers estimateur de l'article 1843-4 du code civil peut s'affranchir des statuts », *Dr. sociétés* juin 2009, comm. 114.

80. M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier et J. Buk Lament, *La technique de cassation*, Dalloz, 8^e éd., 2013, p. 41 et s.

81. *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, LexisNexis, 3^e éd., 2012, n° 1148.

Toutefois, s'agissant de l'arrêt du 5 mai 2009, au vu de son commentaire au *Rapport annuel* déjà évoqué, participant, selon un auteur, de la « révolution rédactionnelle » qu'un auteur estimait se produire à la Cour de cassation⁸², la critique paraissait pouvoir être pondérée s'agissant de la connaissance des ressorts de la décision, expressément affirmés dans ce commentaire, sauf à considérer que ceux-ci ne puissent être exprimés en dehors de la décision elle-même.

C'est d'ailleurs en ce dernier sens que s'exprimait, à propos de l'interprétation de l'article 1843-4 du code civil, une partie de la doctrine⁸³, regrettant de devoir trouver dans le rapport du conseiller, publié, les termes de la compréhension de l'arrêt ultérieur du 4 décembre 2012⁸⁴, étant observé qu'un arrêt du même jour⁸⁵ rappelait le pouvoir de l'expert de déterminer librement la valeur de titres sans être tenu par les clauses statutaires et selon les critères qu'il jugeait opportuns sous la limite de l'erreur grossière. Il en était déduit par le même auteur un « manque de lisibilité de la jurisprudence », visant spécialement les arrêts des 24 novembre 2009 et 4 décembre 2012, publiés, précités. Dans le même sens, et plus brutalement, il était estimé que « L'incertitude n'était pas dissipée par les commentaires [...] [et que] ce n'est pas de gloses dont elle [la pratique] avait besoin, mais d'arrêts lisibles et indiscutables. »⁸⁶

Malgré cette approche, qu'on peut qualifier de restrictive, d'une partie de la doctrine, quant aux modes d'explication de la jurisprudence que l'on a pu retrouver dans le débat relatif à l'évolution de la motivation des arrêts de la Cour de cassation⁸⁷, cette dernière réutilisa, on l'a vu, l'outil du commentaire au *Rapport annuel* pour accompagner le cantonnement apporté par l'arrêt du 11 mars 2014 au champ d'application de l'article 1843-4 du code civil, malgré l'inclusion, par ailleurs, d'un « chapeau » dans ce même arrêt.

Un autre reproche doctrinal, celui de « pointillisme », a été exprimé à propos de cette interprétation jurisprudentielle visant cette fois la construction progressive de la jurisprudence, alors, selon l'auteur de ce reproche, que « l'on attendrait d'être définitivement éclairés par une formule ciselée et synthétique, là où la Cour se contente trop souvent de justifier ses solutions par une reprise *in extenso* de l'article 1843-4, comme si ce parapet protégeait des embardées »⁸⁸.

82. D. Lanza, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, thèse, LGDJ, 2017, première partie, titre II, chapitre 2, p. 151 et s., not. n° 199.

83. J. Moury, « Supplique à l'adresse de mesdames et messieurs les Hauts conseillers afin qu'ils accordent grâces aux praticiens de la tierce estimation », *Rev. sociétés* 2013, p. 330.

84. Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 10-16.280, *Bull.* 2012, IV, n° 223.

85. Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.520.

86. H. Synvet, « L'article 1843-4 du code civil comme illustration des dérèglements affectant les sources du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 355, spéc. p. 359, n° 14.

87. Il est renoncé à la citation de la production doctrinale relative à la réforme de la motivation des arrêts de la Cour de cassation particulièrement riche.

88. R. Mortier, « L'article 1843-4 à tout prix ! », *Dr. sociétés* mars 2013, comm. 41.

Cette remarque critique sur la méthode de la Cour de cassation a été reprise par l'observation, neutre, de ce que « La portée de sa jurisprudence ne se dévoile qu'au fil des décisions. »⁸⁹

Cette critique paraît plus étonnante, au regard des pouvoirs de la Cour de cassation, dont on n'ose pas rappeler qu'elle ne peut rendre d'arrêt de règlement, de sorte que la construction progressive de la jurisprudence, qu'elle se fasse à « grands ou petits pas »⁹⁰, n'intervient qu'au travers de cas particuliers.

C'est ce que ne méconnaissait pas, dans son analyse pourtant critique de la construction progressive de la jurisprudence présentée sous l'expression d'« errements du processus judiciaire », un autre auteur⁹¹, rappelant qu'une « jurisprudence se construit arrêt après arrêt, au gré des espèces. Le temps nécessaire est aléatoire, puisqu'il dépend de la formation de pourvois. Et c'est seulement à son achèvement que les contours du nouvel édifice apparaissent dans toute leur clarté ».

Peut-on alors, puisque tel est effectivement le cas, faire grief au processus jurisprudentiel d'être soumis aux aléas de la chronologie et des questions posées par les pourvois successifs ? Peut-être cette critique manifeste-t-elle un appel à l'usage plus fréquent *d'obiter dictum* qui eût pu permettre à la chambre d'indiquer expressément avant 2012, et quoique la solution ait été implicite dès 2009, quel périmètre d'application elle estimait devoir donner à l'article 1843-4 du code civil s'agissant des pactes extrastatutaires sur lesquels la doctrine et les praticiens s'interrogèrent dès l'arrêt du 4 décembre 2007 précité, et partant, au domaine des « pleins pouvoirs » de détermination de la valeur des droits sociaux par le seul expert, sous l'unique réserve de l'erreur grossière. On sait toutefois l'usage limité qu'en fait la Cour de cassation⁹². Il y a là, sans doute, matière à réflexion sur l'office de la Cour.

On notera aussi que, adressée en « supplique à l'adresse de mesdames et messieurs les Hauts conseillers afin qu'ils accordent grâces aux praticiens de la tierce estimation », ⁹³ une partie de la critique doctrinale s'inscrivait en outre, sous cette forme mesurée, dans une portée concrète, en appelant l'attention de la chambre sur des enjeux autres que de pure science du droit.

C'est qu'en effet, depuis 1978 et *a fortiori* depuis 1966, le contexte avait changé.

89. J.-M. Desaché, « Article 1843-4 du code civil : une bonne nouvelle confirmée, il y a des limites à l'extension de son champ d'application », *loc. cit.*

90. Cf. l'ouvrage précité de D. Lanzara, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, première partie, titre I, chapitre 2.

91. H. Synvet, « L'article 1843-4 du code civil comme illustration des dérèglements affectant les sources du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, *op. cit.*, spéc. p. 357 et 360, n° 16.

92. Cf. sur cette question : l'ouvrage précité de D. Lanzara, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, n° 100 à 104.

93. J. Moury, « Supplique à l'adresse de mesdames et messieurs les Hauts conseillers afin qu'ils accordent grâces aux praticiens de la tierce estimation », *loc. cit.*, et aussi J.-M. Desaché demandant « qu'il soit permis à un praticien d'exhorter les Hauts magistrats à faire rentrer dans son lit l'article 1843-4 du code civil », « Article 1843-4 du code civil : une bonne nouvelle confirmée, il y a des limites à l'extension de son champ d'application », *loc. cit.*

b) Les éléments contextuels de la controverse : des principes juridiques classiquement antagonistes dans un univers économique plus complexe

À cet égard, le contexte économique paraissait être un autre enjeu d'interprétation des dispositions en cause et, le cas échéant, de leur nécessaire évolution.

Les termes du débat juridique s'attachaient, selon le cas, à critiquer la jurisprudence au nom du respect de la volonté des parties et de la force obligatoire des conventions, ou à l'approuver ou en tout cas à l'expliquer, au nom du caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil que les prévisions contractuelles des parties auraient pour effet de mettre, à rebours de ce caractère d'ordre public, en échec par une renonciation à se prévaloir du dispositif de protection prévu par le texte, antérieurement à la naissance de la situation permettant le « déclenchement » de ce droit.

Mais si les critiques de la jurisprudence en cause opposaient tenants de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats, à ceux faisant de l'impérativité de l'article 1843-4 et de sa *ratio legis* de protection de la partie supposée faible (l'associé exclu, retrayant, non agréé, cédant, ou cessionnaire) dans un antagonisme « classique » dans le droit général comme dans le droit des sociétés, le contexte économique de la multiplication de ces clauses, dans et hors le pacte social, constituait un enjeu nouveau, mais non impensé, d'interprétation du texte.

Sans doute l'évolution du contexte d'application de ce texte, marquée par le développement de pactes et conventions extrastatutaires, résultant d'un management entrepreneurial selon des modalités anglo-saxonnes⁹⁴ marquant même la désignation de ces clauses⁹⁵ dont l'application était en jeu, a-t-elle contribué à amplifier le débat. Ainsi, le texte issu d'une loi de 1978 réformant *a priori* marginalement des dispositions nées en 1966, devait-il être interprété, après les années 2000, dans un environnement bien différent de celui de son adoption, avec des enjeux pratiques et économiques tout autres que ceux ayant présidé à celle-ci. Cette situation, et « l'importance des intérêts financiers en jeu », relevée par un auteur⁹⁶, pouvaient peut-être, selon lui, exacerber l'acuité de la controverse.

94. Relevées, on l'a vu, par C. Champaud et D. Danet.

95. Voir ainsi les clauses de « *tag along* » et « *drag along* » s'agissant de cessions conjointes envisagées par les associés dans des pactes extrastatutaires, les clauses de « *go or bad leaver* » pour la sortie des dirigeants entrés lors d'opération de « *Leverage Buying Offer* » (LBO) dans les sociétés, signataires, à leur arrivée ou leur recrutement, de promesses de vente aux conditions prédéterminées, dans le cadre de « *managing package* », sans compter les clauses de « *goodwill* » ou de « *badwill* », valorisant ou dévalorisant le prix en fonction d'événements déterminés, les clauses « *buy or sell* », de « *call* » ou de « *put* », etc. ; voir sur ce sujet J.-M. Desaché, « Article 1843-4 du code civil : une bonne nouvelle confirmée, il y a des limites à l'extension de son champ d'application », *loc. cit.*

96. J. Moury, « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *loc. cit.*, auxquelles font écho également les commentaires de C. Champaud et D. Danet précités ; « Cession de droits sociaux préemptés. Défaut d'accord des parties sur le prix. Fixation à dire d'expert. Application de l'article 1843-4 du code civil. Faculté du juge de fixer des règles d'évaluation applicable à l'expertise (non) », *loc. cit.*

À un contexte encore traditionnel d'organisation, par exemple, d'une transmission d'une entreprise, en prévision du départ à la retraite du fondateur, à son personnel et à un membre de sa famille (hypothèse de l'arrêt du 4 décembre 2007 précité), venait se substituer une perspective d'une organisation sociétale d'une autre ampleur économique et pour d'autres visées que sa transmission (hypothèse de l'arrêt du 5 mai 2009 concernant une société civile dans le secteur de la grande distribution et la fixation de la valeur des parts sociales des associés exclus, les prévisions statutaires fixant les conditions d'évaluation étant donc écartées par l'effet de la jurisprudence).

Ce contexte d'application rendait inadaptée, selon certains auteurs, la logique de protection de l'associé cédant réputé faible, sur laquelle la jurisprudence critiquée reposait, dans la continuité de la genèse du texte. La doctrine relevait, à cet égard, la difficulté d'identification de la partie faible, dans un contexte où la distinction entre associés majoritaires puissants et minoritaires réputés faibles n'apparaissait pas évidente⁹⁷. L'« associé minoritaire, [l']associé non professionnel ou peu au fait des affaires, [l']associé salarié ou en situation de dépendance économique »⁹⁸ avait effectivement peu à voir avec des associés ou dirigeants parfois qualifiés, non sans une certaine connotation péjorative, de « mercenaires », pleinement conscients de leurs droits au moment de la souscription des conventions en cause. Il était aussi relevé que les anticipations ordonnées par ces clauses étaient donc, selon les auteurs⁹⁹ en pratiquant par ailleurs la rédaction, remises en cause.

On se référera aussi aux exemples concrets donnés par un auteur¹⁰⁰ et au rapprochement fait par celui-ci entre l'analyse de l'article 1843-4 du code civil et la problématique de l'exécution forcée du contrat de promesse refusée par la jurisprudence, cet auteur voyant dans la jurisprudence contestée un reflet de celle, également critiquée, sur le refus d'exécution forcée de la promesse de vente. Cette comparaison peut d'ailleurs se poursuivre sur le bris de cette autre jurisprudence par le nouvel article 1124, alinéa 2, du code civil¹⁰¹ prévoyant l'exécution forcée d'une promesse unilatérale¹⁰².

Par ailleurs, il était à craindre, selon certains¹⁰³, devant l'insécurité juridique qu'entraînait, selon eux, l'application de l'article 1843-4 aux pactes d'actionnaires, « que les acteurs économiques choisissent un droit étranger garantissant la sécurité

97. Cf. à cet égard les observations de H. Le Nabasque à propos de l'arrêt de la chambre commerciale du 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-21.369, « Retour (d'humeur) sur l'article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés* 2011, p. 149.

98. Ainsi énumérés par A. Constantin dans son commentaire sous Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 10-16.280, « Interrogations (et inquiétudes) sur le champ d'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil, notamment son extension aux conventions extrastatutaires », *loc. cit.*

99. Qui l'indiquaient en toute transparence, cf. les articles précités.

100. J.-M. Desaché, « Article 1843-4 du code civil : une bonne nouvelle confirmée, il y a des limites à l'extension de son champ d'application », *loc. cit.*

101. Issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

102. Voir 3^e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-17.554, publié au *Bulletin*, dans lequel la troisième chambre civile opère un revirement sur la jurisprudence *Consorts Cruz* en anticipant l'application du nouvel article 1124 du code civil.

103. R. Dammann et F. Thillaye, « Application controversée de l'article 1843-4 du code civil aux pactes extrastatutaires », *RLD Aff.* mars 2013, n° 80.

juridique des transactions ». On trouvera un écho de cet argument dans l'exposé des motifs de l'ordonnance réformant ce texte, évoquant, au rang de ceux-ci, l'attractivité de notre droit.

Ces considérations contextuelles, tout aussi sérieuses et réelles qu'elles aient pu être, ne pouvaient néanmoins, être « prises en charge » par la jurisprudence de la chambre, qui ne les méconnaissait pas, ainsi que le commentaire au *Rapport annuel* 2014 le manifestait. Il s'agissait en effet de circonstances factuelles échappant à son contrôle et elle se trouvait en présence de dispositions légales n'opérant pas de distinction reposant sur des critères juridiques, seuls en son pouvoir et en son rôle d'éclairer, de préciser, et, le cas échéant, de cantonner. Telle fut, en tout cas, la logique de son interprétation jusqu'à l'arrêt du 11 mars 2014, lequel opéra une réduction du champ d'application jusque-là largement inclusif de l'article 1843-4 du code civil.

En outre, il était possible de considérer, face aux difficultés d'interprétation du texte, dont même la doctrine critique admettait l'existence comme il l'a été rappelé, que seul le législateur pouvait, par l'expression d'un texte clair et précis sur les deux questions ayant fait débat, déterminer une norme correspondant aux nécessités économiques telles qu'appréciées par lui, qui en a seul la légitimité. N'est-il pas alors vain d'observer que « les tribunaux sont mal équipés pour faire les choix qu'implique la relecture d'une disposition telle que l'article 1843-4 du code civil » et que « Leur information économique [...] est pauvre » ; ou que « L'expérience personnelle de la vie des affaires manque chez le juge professionnel pour suppléer cette carence fondamentale » ?¹⁰⁴ La question paraît moins, en effet, d'une « évolution éclairée de la règle de droit » dont « Les conditions [n'auraient pas été] réunies »¹⁰⁵, pour les raisons sus-évoquées dont on pourrait débattre de l'exactitude et de la pertinence, que des objectifs de cette évolution, laquelle, compte tenu des préoccupations économiques à trancher, paraissaient relever du législateur. Si la jurisprudence est un moyen d'adapter l'interprétation des textes à un nouveau contexte économique ou social, l'intervention du législateur paraît nécessaire lorsque le texte à interpréter est un outil de « pilotage » de l'action des opérateurs économiques dans un sens répondant à des orientations de politique économique dont la définition relève des seuls pouvoirs exécutif et législatif.

104. H. Synvet, « L'article 1843-4 du code civil comme illustration des dérèglements affectant les sources du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, op. cit., spéc. p. 360, n° 17.

105. H. Synvet, *ibid.*

II. L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR : UNE RÉACTION INSPIRÉE PAR LA DOCTRINE QUI OUVRE DE NOUVEAUX CHAMPS D'INTERPRÉTATION

A. Un législateur « supplié » d'intervenir

a) Un appel de la doctrine entendu par le législateur dans le cadre de la démarche de simplification du droit

L'appel au législateur avait été clairement formulé par des auteurs critiques, lesquels n'avaient pas manqué de relever que le législateur était déjà intervenu, y compris avant la jurisprudence contestée, pour prendre des dispositions propres à certains types de sociétés¹⁰⁶, marquant là qu'au moins dans certaines hypothèses, il était possible de renoncer à la portée générale du texte de l'article 1843-4 du code civil. Au nom de ces précédents, un auteur appelait ainsi à « une intervention du législateur pour mettre un terme à une jurisprudence qui, au nom de l'égalité, compromet gravement la liberté et même une liberté contractuelle élémentaire. Ce qui a été jugé bon pour quelques sociétés (SAS, SCP, SEL...) l'est pour toutes »¹⁰⁷. Là encore, une « supplique » était formulée, cette fois au législateur¹⁰⁸. Pour le dire comme un autre auteur¹⁰⁹, « La joute judiciaire a fini par conduire à une réforme législative. »

Dans une démarche de simplification commune à différentes réformes du droit des sociétés, le gouvernement obtint l'habilitation de légiférer par ordonnance par une loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 ayant également pour objet, selon son titre, de sécuriser la vie des entreprises.

La loi précitée comportait un article 3 dont le 8° autorisait le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi afin de « modifier l'article 1843-4 du code civil pour assurer le respect par l'expert des règles de valorisation des droits sociaux prévues par les parties ».

106. Voir ainsi, l'article 10 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles modifié par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, prévoyant que « Les statuts peuvent, à l'unanimité des associés, fixer les principes et les modalités applicables à la détermination de la valeur des parts sociales » ou l'article 10 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives indiquant que « [...] par exception à l'article 1843-4 du code civil, les statuts peuvent, à l'unanimité des associés, fixer les principes et les modalités applicables à la détermination de la valeur des parts sociales ».

107. R. Mortier, « L'article 1843-4 à tout prix ! », *loc. cit.*

108. A.-F. Zattara-Gros, « Clarifier, simplifier l'article 1843-4 du code civil dans sa globalité : supplique au législateur », *Gaz. Pal.* 6 mai 2014, p. 8.

109. J.-C. Hallouin, « La notion de société altérée par l'article 1843-4 du code civil », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, *op. cit.*, spéc. p. 183.

Ainsi était indiqué le motif principal de la réforme, à savoir assurer le respect des prévisions des parties en matière de valorisation des droits sociaux, sans référence au champ d'application du texte. C'était envisager de traiter, au vu de ce qui précède, la question du seul pouvoir de l'expert.

Toutefois, il résulte de l'exposé des motifs du projet de loi déposé par le gouvernement sur le bureau de l'Assemblée nationale, selon lequel « Le 8° prévoit de simplifier l'article 1843-4 du code civil qui permet la désignation d'un expert en cas de contestation de la valeur des droits sociaux en cas de rachat ou de cession imposée de parts d'une société. En l'absence de précision, les pouvoirs de cet expert posent des difficultés pratiques importantes qui font peser une insécurité juridique sur les clauses statutaires ou extrastatutaires définissant une méthodologie d'évaluation des droits sociaux », que le champ d'application du texte était également en cause.

L'étude d'impact accompagnant le projet de loi ne laissait pas de doute à cet égard : « Cette mesure, applicable à toutes les sociétés et à toutes les hypothèses de cession (légale, statutaire et extrastatutaire) est de nature à sécuriser les opérations de cession ou de rachat imposé, nombreuses en droit des sociétés, en mettant fin aux hésitations liées aux interprétations divergentes de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux pouvoirs de l'expert. » Préalablement, cette étude donnait son interprétation de la finalité du texte qu'il s'agissait de réformer, en indiquant que « La finalité de cette disposition est de permettre à un processus de cession ou de rachat imposé d'aller à son terme en dépit d'une contestation entre le cédant et le cessionnaire sur la valeur des droits sociaux », tandis qu'était évoquée « l'insécurité juridique » relative à la portée des clauses figurant dans les statuts ou les actes d'actionnaires sur les engagements de cession et la méthode de valorisation prévus, le cas échéant, dans de telles conventions.

b) Des travaux parlementaires confirmant la volonté de briser la jurisprudence

La première lecture à l'Assemblée nationale ne donna pas lieu à débats sur cette disposition et le rapport qui la précéda n'y faisait pas spécialement allusion.

Les travaux devant le Sénat sont plus explicites sur la compréhension de l'inspiration présidant au texte. Ainsi, dans le rapport de M. le sénateur Thani Mohamed Soilihi, est exposée la volonté de « surmonter la jurisprudence de la Cour de cassation ». Il y est ainsi précisé que « [...] dans un arrêt du 4 décembre 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que les dispositions statutaires comportant une clause d'évaluation des droits sociaux ne s'imposaient pas à l'expert désigné en cas de contestation. En d'autres termes, cette jurisprudence fait échec à la volonté des parties exprimée dans les conventions régulièrement conclues, par exemple dans les statuts de la société ou toute autre disposition contractuelle : l'expert désigné est libre de sa méthode d'évaluation des droits sociaux ». Cette analyse rend aussi compte de ce que les deux aspects contestés de la jurisprudence étaient bien l'objet de la réforme.

Au terme des débats parlementaires, l'habilitation fut adoptée dans les termes précités et, dans le délai requis, l'ordonnance¹¹⁰ mettant en œuvre les dispositions de l'article 3 de la loi d'habilitation fut publiée au *Journal officiel* du 2 août 2014.

Le rapport au Président de la République qui accompagne cette publication annonce, dès sa première phrase, la volonté de « cantonn[er] le rôle de l'expert de l'article 1843-4 du code civil », au nom de la sécurité juridique des cessions de droits sociaux.

La deuxième phrase du rapport indique l'objectif du texte qui est « de permettre à un processus de cession ou de rachat imposé d'aller à son terme », malgré une contestation entre les parties à un tel processus sur la valeur des droits sociaux, le terme d'imposé paraissant devoir être souligné, et étant relevé qu'à cet égard, la finalité purement opératoire du texte (faire aboutir une opération) rejoignait les analyses faites en ce sens et précitées.

La réforme se prévaut du souci de préserver la liberté contractuelle et la sécurité juridique, cette dernière étant, aux termes du rapport, mise à mal par le caractère contentieux résultant du constat de l'extension du périmètre de la valorisation à dire d'expert et de la liberté reconnue à celui-ci. Le rapport souligne aussi l'attractivité du droit français, dont il a été déjà indiqué qu'elle avait été invoquée au soutien de la défense de l'exclusion des pactes extrastatutaires des dispositions de l'article 1843-4 du code civil, mise à mal par des interprétations, qualifiées de divergentes, des arrêts de la Cour de cassation. On notera, aussi, la référence aux difficultés éprouvées par « les rédacteurs d'actes », dont la supplique adressée aux membres de cette Cour avait donc interpellé au-delà de ses destinataires directs.

Ainsi l'article 1843-4 du code civil se range-t-il au rang des exemples, « nombreux », de l'exercice du « pouvoir souverain du législateur » qui « impose en effet que les constructions jurisprudentielles dans le domaine de la loi soient subordonnées à sa faculté, soit de les laisser prospérer sans intervenir, soit de les approuver explicitement en les consacrant en tout ou partie par la loi, soit de les corriger par des lois interprétatives soit d'y mettre fin par des lois correctrices »¹¹¹.

B. Perspectives ouvertes par le nouveau texte et réception du bris de jurisprudence par la Cour de cassation

Force est de considérer que le nouveau texte n'a pas éteint toutes les interrogations, auxquelles la jurisprudence a tenté de donner un début de réponse.

110. Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative aux droits des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

111. G. Canivet, « Puissance et enjeu de l'interprétation judiciaire de la loi. Approche pratique à partir d'un cas de responsabilité médicale », *Les Cahiers de la justice*, 2020/4 (n° 4), p. 609.

a) Persistance de certaines interrogations

La première porte, à nouveau, sur le champ d'application du texte, en ce que les rachats et cessions prévus hors statuts en seraient exclus, l'article 1843-4 s'en désintéressant à tort, laissant ainsi un éventuel blocage sur un prix de cession sans solution¹¹².

La deuxième concerne le pouvoir résiduel laissé à l'expert de fixer librement le prix si les statuts n'ont rien prévu, l'obligation de se conformer aux prévisions des parties se limitant aux conventions autres que le pacte social (les statuts). Selon un auteur¹¹³, mieux eût valu laisser la possibilité pour les associés de revoir le pacte statutaire.

D'autres auteurs estiment que l'article 1843-4 du code civil nouveau est disponible, avant comme après la réforme¹¹⁴.

Est par ailleurs réemployée, en sens contraire, la critique de « l'absolutisme majoritaire » que révélerait le nouveau texte, « c'est-à-dire, en l'occurrence, le pouvoir de la majorité, d'imposer dans les statuts ou un règlement intérieur la cession des titres d'un associé pour un certain prix, sans que l'associé concerné n'ait pu consentir personnellement ni à cette cession, ni à ce prix »¹¹⁵.

Et d'ouvrir cette interrogation selon laquelle « Il n'est pas sûr [...] que la jurisprudence laisse cet augure se réaliser sans réagir. Dans le souci de protéger le cédant, les tribunaux pourraient soit interpréter largement la condition de "contestation" [...], soit considérer que les clauses statutaires relatives à la détermination du prix en cas de cession ou de rachat forcés doivent, pour être valables, avoir été expressément acceptées par ceux auxquels on prétend les opposer. »

La même préoccupation sur l'accroissement de la domination de la partie en position de force était exprimée par un auteur¹¹⁶, voyant dans l'invocation de l'abus une possible voie contentieuse, non sans relever qu'à côté de sociétés fondées sur une vision traditionnelle de rapport d'égalité entre les associés, coexiste une nouvelle conception de la société, aux termes de laquelle « l'idée d'une association entre égaux laisse la place à un rapport de forces gravé dans le marbre des statuts ».

Ces analyses font apparaître une tension persistante entre deux conceptions des rapports entre associés que le législateur paraît toutefois avoir tranché en son principe.

112. Étude par R. Mortier sur la réforme législative : « Le nouvel article 1843-4 du code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *loc. cit.*

113. R. Mortier, *ibid.*, qui estime qu'une « concession » aurait été faite à la position de la Cour de cassation telle que résultant de son arrêt du 11 mars 2014, pourvoi n° 11-26.915, ce qui entacherait le texte du gouvernement de contradictions.

114. A. Couret et A. Reygrobelle, « La disponibilité de l'article 1843-4 du code civil », *D.* 2014, p. 2005 ; dans le même sens avec A. Couret et J. Moury, « Le nouvel article 1843-4 du code civil : tombeau ou cénotaphe ? », *D.* 2015, p. 1328.

115. A. Constantin, « Réforme de l'article 1843-4 du code civil par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *RTD com.* 2014, p. 633.

116. J.-C. Hallouin, « La notion de société altérée par l'article 1843-4 du code civil », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, *op. cit.*, spéc. p. 190.

Néanmoins, l'intervention du texte a été saluée par un auteur relevant que malgré la « complexité » du texte, « La réforme, tant souhaitée, de l'article 1843-4 du code civil est, finalement, la... bienvenue. »¹¹⁷

Au vu des différents commentaires ayant accompagné l'entrée en vigueur du nouvel article 1843-4 du code civil, et dont l'analyse exhaustive dépasse l'objet de la présente étude, on se convaincra de la difficulté de l'œuvre normative, quelle qu'en soit la source.

On relèvera seulement qu'au plan de l'intervention du législateur, celle-ci a déjà été complétée. En effet, la réforme de 2014 n'avait pas atteint la procédure de désignation du tiers évaluateur, laquelle faisait, là encore en forme de paradoxe eu égard aux enjeux d'une évaluation rapide et définitive, l'objet un contentieux non négligeable, sur la nature de la procédure.

Ainsi la Cour de cassation avait-elle accueilli¹¹⁸, dans le cadre de l'excès de pouvoir¹¹⁹, les pourvois qui critiquaient des choix procéduraux erronés et validés à tort par certaines cours d'appel, comme, par exemple, le recours au juge des référés statuant en référé, alors que l'ordonnance de désignation relève du président (du tribunal de grande instance aujourd'hui tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce), statuant en la forme des référés. Le défaut d'accueil du recours pour excès de pouvoir du premier juge, aux motifs que l'ordonnance ne peut être frappée de recours, était ainsi censuré, comme l'était la désignation, par la cour d'appel accueillant un tel recours, d'un expert¹²⁰.

L'habilitation sollicitée par le gouvernement dans l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 pour prendre par voie d'ordonnance¹²¹, « les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier les dispositions régissant les procédures en la forme des référés devant les juridictions judiciaires aux fins de les unifier et d'harmoniser le traitement des procédures au fond à bref délai », a permis de traiter l'aspect procédural de l'article 1843-4 du code civil, demeuré inchangé par la réforme de 2014, tant il avait pu être constaté qu'il était sur ce point et pour employer les termes de l'exposé des motifs du projet de loi, source « d'interrogations et d'erreurs trop fréquentes

117. H. Le Nabasque, « Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession : réforme de l'article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés* 2014, p. 647.

118. Com., 15 mai 2012, pourvoi n° 11-12.999, *Bull.* 2012, IV, n° 103.

119. Comme le rappelle la jurisprudence, l'absence de recours contre la décision par laquelle le président du tribunal de grande instance, statuant en application de l'article 1843-4 du code civil, procède à la désignation d'un expert chargé de déterminer la valeur de droits sociaux, fût-ce en remplacement d'un premier expert ayant renoncé à sa mission, est sans recours possible, cette disposition s'appliquant, par sa généralité, au pourvoi en cassation comme à toute autre voie de recours et il n'y est dérogé qu'en cas d'excès de pouvoir.

120. Pour un exemple récent sur la première hypothèse : Com., 7 mars 2018, pourvoi n° 16-25.197, et pour la fréquence du rappel de la règle, dans la seconde hypothèse : Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-15.278, *Bull.* 2004, IV, n° 211 ; 1^{re} Civ., 7 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.696, *Bull.* 2015, I, n° 241, qui énonce que « le pouvoir de désigner un expert chargé de l'évaluation de droits sociaux en vertu de l'article 1843-4 du code civil appartient au seul président du tribunal, de sorte que la cour d'appel ne pouvait elle-même y procéder », solution à laquelle s'est ralliée la troisième chambre civile, 3^e Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 10-26.531, *Bull.* 2012, III, n° 53.

121. Ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 prise en application de l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, dont les dispositions s'appliquent aux demandes introduites à compter du 1^{er} janvier 2020 (article 30).

des praticiens »¹²². C'est désormais la nouvelle procédure accélérée au fond et sans recours possible qui doit permettre la désignation de l'expert. L'avenir dira si le tarissement espéré d'un contentieux artificiel est au rendez-vous.

b) Première réponse jurisprudentielle

Par ailleurs, la jurisprudence a dû rapidement œuvrer sur la question de l'application des nouvelles dispositions dans le temps¹²³. Le législateur n'a, en effet, pas prévu de dispositions de droit transitoire¹²⁴. Il est donc revenu à la Cour de cassation de trancher cette question, toujours délicate, « [sans] directives légales »¹²⁵.

La Cour de cassation n'a pas fait d'application anticipée de la loi nouvelle, contrairement aux préconisations de certains auteurs¹²⁶. Il a pu ainsi être relevé que la chambre commerciale avait maintenu « *ne varietur* » sa jurisprudence, sans la « modifier d'un iota »¹²⁷, dans un arrêt du 13 septembre 2017¹²⁸, étant observé que, dans cette affaire, le litige concernait un associé, exclu d'une société civile en 2005, qui avait obtenu la nomination d'un expert pour évaluer le montant de ses droits sociaux, et dont le rapport avait été annulé pour avoir retenu une valeur autre que celle fixée par les statuts, la censure intervenant, au visa de l'article 1843-4 alors applicable, au regard du pouvoir de l'expert de déterminer lui-même « selon les critères [...] appropriés à l'espèce, et sans être lié par la convention ou les directives des parties, la valeur des droits sociaux litigieux ». Cette décision était rendue presque dans les mêmes termes qu'un précédent arrêt¹²⁹, jugeant, pour un mécanisme d'évaluation des parts sociales à dire d'expert prévu par un pacte d'actionnaires, que « l'expert désigné en application de l'article 1843-4 du code civil a toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'il juge opportuns »¹³⁰.

122. Exposé des motifs du projet de loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

123. L'étude s'est limitée à cette première question s'agissant de l'interprétation du nouveau texte, sans évoquer les arrêts postérieurs.

124. Cette absence est jugée sévèrement par H. Synvet, estimant qu'un « législateur consciencieux » n'eût pas manqué d'en prévoir, « L'article 1843-4 du code civil comme illustration des dérèglements affectant les sources du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, *op. cit.*, spéc. p. 363, n° 26.

125. R. Mortier observant que « Pour opérer l'importante bascule temporelle qui résulte des deux réglementations opposées (avant/après), la chambre commerciale ne pouvait pas compter sur des directives légales : elles sont en l'espèce inexistantes, le droit des sociétés se mêlant très (trop) peu de droit transitoire », « Application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil », *Dr. sociétés* février 2021, comm. 17.

126. D. Gallois-Cochet, « L'application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil », *Bull. Joly sociétés* janvier 2015, p. 51.

127. J. Moury, « Réflexions sur l'application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil », *D.* 2017, p. 1992.

128. Com., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-12.978.

129. Com., 29 septembre 2015, pourvoi n° 14-15.767.

130. La suppression des mots « toute latitude » est sans incidence, comme l'a souligné le professeur R. Mortier, « Les (ultimes) soubresauts de la liberté d'évaluation de l'expert », *Dr. sociétés* novembre 2017, comm. 183.

Cette solution puise, non pas aux sources d'une « volonté [...] de maintenir son interprétation de l'ancien article 1843-4, sans l'aligner ni même la rapprocher de la nouvelle version, [qui] semble intacte »¹³¹ et donc d'une « résistance à la loi », « illégitime », comme le rappelait le doyen Carbonnier¹³², mais au constat que le texte nouveau n'appartient pas à un dispositif interprétatif, qu'il ne comprend pas de dispositions transitoires et que n'ont pas été invoqués, au soutien de son adoption, d'impérieux motifs d'intérêt général, de sorte que l'application rétroactive du nouveau texte aux instances en cours au moment de son adoption, pour conférer au « bris de jurisprudence » en cause une immédiate efficacité, paraissait se heurter aux garanties légales et conventionnelles relatives à la non-rétroactivité de la loi et au procès équitable.

Telle est l'analyse suivie à l'occasion de l'examen d'un second pourvoi formé dans ce litige, qui a conduit la chambre commerciale à prendre parti explicitement, par un arrêt du 18 novembre 2020¹³³, sur la question de l'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du code civil.

Faisant application des règles classiques de résolution des conflits de lois dans le temps, la Cour de cassation a jugé que l'article 1843-4 du code civil, dans sa nouvelle rédaction, est applicable aux expertises ordonnées à la date de son entrée en vigueur¹³⁴.

La chambre commerciale a explicité le raisonnement tenu dans cet arrêt en rappelant les règles fondamentales qui gouvernent l'application dans le temps de la loi nouvelle.

La première question à résoudre était celle de l'éventuelle rétroactivité de la loi, non expressément édictée par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 précitée.

On sait qu'il est admis que le législateur déroge au principe fixé par l'article 2 du code civil¹³⁵ et prévoit expressément la rétroactivité de la loi nouvelle, lorsque d'impérieux motifs d'intérêt général le justifient. Il est de même admis qu'une loi interprétative déroge également au principe de la non-rétroactivité de la loi, mais parce qu'elle n'a pour objet que la clarification de l'état du droit préexistant à son entrée en vigueur. La Cour de cassation contrôle la qualification de loi interprétative par le législateur¹³⁶

131. R. Mortier, *ibid.*

132. Cité dans la thèse de D. Lanzara, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, n° 327, note 122.

133. Com., 18 novembre 2020, pourvoi n° 19-13.405.

134. 1^{re} Civ., 9 mai 2019, pourvoi n° 18-12.073, publié au *Bulletin* ; 1^{re} Civ., 8 janvier 2020, pourvoi n° 17-13.863, publié au *Bulletin* ; Com., 18 novembre 2020, pourvoi n° 19-13.402, publié au *Bulletin*.

135. Le principe de non-rétroactivité n'ayant de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive (Cons. const., 7 novembre 1997, décision n° 97-391 DC, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier). Voir aussi Com., 14 décembre 2004, pourvoi n° 01-10.780, *Bull.* 2004, IV, n° 227, publié au *Rapport annuel* : « Le législateur peut, en matière civile, lorsque cette intervention est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, adopter des dispositions rétroactives, sans que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'y opposent. »

136. 3^e Civ., 27 février 2002, pourvoi n° 00-17.902, *Bull.* 2002, III, n° 53 ; Com., 22 octobre 2002, pourvoi n° 00-10.715, *Bull.* 2002, IV, n° 150 ; Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-67.051, *Bull.* 2011, V, n° 142.

et juge qu'un texte n'a pas un caractère interprétatif dès lors qu'il tend à substituer de nouvelles conditions d'imposition à celles résultant du texte prétendument interprété¹³⁷. Un arrêt d'assemblée plénière¹³⁸ jugeant que « si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges », a été interprété par certains auteurs comme alignant le régime des lois interprétatives sur celui des lois de validation, de sorte que cette règle générale s'applique, quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi, et notamment celle de loi interprétative.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 18 novembre 2020 précité, la cour d'appel avait considéré que l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 était une loi interprétative, au motif que le législateur avait entendu revenir sur l'interprétation extensive que la Cour de cassation avait faite de l'article 1843-4 du code civil, afin de faire prévaloir les dispositions statutaires permettant de déterminer la valeur des droits sociaux litigieux. Elle avait également considéré qu'il souhaitait répondre à un motif impérieux d'intérêt général de sécurité juridique et rendre le nouveau texte applicable aux litiges en cours.

Ce raisonnement faisait référence à une volonté du législateur qui n'avait en réalité pas été exprimée. Tout d'abord, ni l'ordonnance ni même le rapport au Président de la République qui l'accompagne ne contiennent une telle précision. Le législateur n'a pas non plus indiqué son intention de donner à l'ordonnance nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours. Ensuite, la recherche de la volonté du législateur qui a créé l'article 1843-4 du code civil pouvait paraître hasardeuse. S'il était avancé¹³⁹ que l'intention du législateur de 1978 était claire, s'agissant du champ d'application, on pouvait pourtant s'interroger sur la possibilité d'un retour, en 2014, à l'intention du législateur de 1978, alors que la situation à laquelle l'article 1843-4 a été étendue (application à des hypothèses de clauses d'exclusion statutaires non expressément autorisées par la loi) n'était pas une situation envisagée voire envisageable, au regard du contexte ci-dessus rappelé lors de l'adoption de ce texte¹⁴⁰. S'agissant de l'intention du législateur sur le caractère d'ordre public de ce texte et l'étendue des pouvoirs de l'expert qui en résulte, on pouvait faire

137. Com., 7 avril 1992, pourvoi n° 89-20.418, *Bull.* 1992, IV, n° 150.

138. Ass. plén., 23 janvier 2004, pourvoi n° 03-13.617, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 2, publié au *Rapport annuel*.

139. R. Mortier, « Promesse unilatérale de vente de droits sociaux et protection du cédant », *JCP* 2014, éd. N, 1236.

140. Certes, certains textes prévoyaient explicitement la validité de clauses statutaires d'exclusion dans certains types de sociétés (l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales qui s'appliquait aux sociétés à capital variable par exemple), mais l'admission générale de principe de telles clauses était sujette à de multiples débats doctrinaux et incertaine en jurisprudence, jusqu'à une décision relativement récente (Com., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-17.692, *Bull.* 2005, IV, n° 47), soit bien après la loi du 4 janvier 1978. Une partie des textes qui prévoient explicitement une telle possibilité (tels que l'article L. 227-18 du code de commerce, applicable à la SAS, qui a été créée par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994) ont été adoptés bien après l'entrée en vigueur de l'article 1843-4 du code civil auquel ils dérogent.

valoir que « l'ancêtre » de cet article, l'ancien article 1868 du code civil, prévoyait expressément son caractère d'ordre public, et que le législateur a parfois prévu la possibilité de déroger à ce texte¹⁴¹, ce dont on pouvait tirer un argument *a contrario*.

Enfin, la seule mention d'un objectif poursuivi (la sécurité juridique) dans le rapport au Président de la République ne suffisait pas à considérer que le législateur ait invoqué d'impérieux motifs d'intérêt général qui auraient pu justifier, sans heurter les principes du procès équitable, une application rétroactive du nouveau texte aux instances en cours au jour de son adoption.

L'arrêt du 18 novembre 2020 a donc décidé que l'ordonnance nouvelle n'était pas rétroactive et qu'elle devait donc s'appliquer immédiatement¹⁴².

La deuxième question à régler était la détermination de ce qui relevait des effets des situations juridiques non contractuelles en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi auxquelles la loi nouvelle, sans être rétroactive, s'applique immédiatement¹⁴³. On sait que la loi nouvelle ne peut toutefois pas remettre en cause des obligations régulièrement nées à cette date¹⁴⁴. Ainsi, les contrats conclus avant l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, même d'ordre public, demeurent en principe régis par la loi ancienne¹⁴⁵. Mais la loi nouvelle peut parfois s'appliquer aux effets à venir des contrats, même si leur validité demeure régie par la loi ancienne : les effets légaux d'un contrat sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent¹⁴⁶.

La jurisprudence fait apparaître que pour savoir si les effets à venir du contrat sont des effets légaux du contrat, il convient de se demander si ces effets ont pris naissance en vertu du contrat ou en raison des seules dispositions légales alors applicables¹⁴⁷.

141. Cf. l'article L. 227-18 du code de commerce, applicable aux SAS, ou encore l'article 10 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, applicable aux sociétés d'exercice libéral des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, déjà évoqué.

142. La distinction entre la rétroactivité et l'effet immédiat d'une loi nouvelle s'inspire des travaux de P. Roubier (*Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*, Dalloz, 2008 – 1^{re} éd. en 1929). La référence est relevée par N. Borga, « Application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil : joute décisive des mousquetaires », *Bull. Joly sociétés* février 2021, p. 10, ainsi que par J. Moury, « Application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil : la messe n'est pas dite », *Rev. sociétés* 2021, p. 287.

143. 2^e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 03-12.644, *Bull.* 2004, II, n° 344 ; 1^{re} Civ., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.378, *Bull.* 2014, I, n° 3 ; 3^e Civ., 18 février 2015, pourvoi n° 13-27.184, *Bull.* 2015, III, n° 23.

144. Com., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-18.860, *Bull.* 2011, IV, n° 92 ; Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-14.820, *Bull.* 2012, IV, n° 88 ; 2^e Civ., 9 octobre 2014, pourvoi n° 13-25.200, *Bull.* 2014, II, n° 202 ; Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-12.904, *Bull.* 2009, IV, n° 76.

145. 3^e Civ., 3 juillet 1979, pourvoi n° 77-15.552, *Bull.* 1979, III, n° 149 ; 1^{re} Civ., 4 mai 1982, pourvoi n° 81-11.539, *Bull.* 1982, I, n° 156 ; Com., 26 février 1991, pourvoi n° 89-12.497, *Bull.* 1991, IV, n° 86.

146. 3^e Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 08-13.143, *Bull.* 2009, III, n° 40 ; 3^e Civ., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.541, *Bull.* 2013, III, n° 89 ; Avis de la Cour de cassation, 16 février 2015, n° 14-70.011, *Bull.* 2015, Avis, n° 2, publié au *Rapport annuel*.

147. 3^e Civ., 8 février 1989, pourvoi n° 87-18.046, *Bull.* 1989, III, n° 33 ; 3^e Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-11.056, *Bull.* 1989, III, n° 237 ; 3^e Civ., 26 mars 2003, pourvoi n° 01-01.281, *Bull.* 2003, III, n° 70.

L'une des difficultés de la résolution des conflits de loi dans le temps tient à la définition de la notion de « situation juridique non contractuelle ». Cette question est particulièrement complexe en droit des sociétés, qui mêle des situations contractuelles (nées notamment des statuts) et légales (résultant de l'application de régimes juridiques d'ordre public applicables, qui peuvent varier selon la forme des sociétés). Elle apparaissait spécialement délicate s'agissant de l'article 1843-4 du code civil, qui concerne « un double rapport de droit » tel que relevé par la doctrine¹⁴⁸ : celui qui existe entre les parties à la cession, qui est une situation contractuelle, et celui qui lie les parties au tiers estimateur visé par l'article 1843-4, qui est quant à lui d'origine légale.

Selon cette même doctrine, même si ce second rapport de droit est d'origine légale (puisque c'est l'article 1843-4, tel que lu par la jurisprudence, qui imposait l'office de l'expert pour fixer la valeur des droits sociaux cédés en application des statuts), le lien de droit qui traduit ce rapport est néanmoins également de nature contractuelle, la jurisprudence et une doctrine quasi unanime retenant la qualification de mandat. Or, ce contrat de mandat n'étant que l'accessoire du contrat principal qui lie les parties à la cession, ce mandat destiné à parfaire la cession doit être exécuté conformément au texte applicable à celle-ci, soit, si la signature des statuts a eu lieu avant le 3 août 2014, l'ancien article 1843-4.

Un auteur¹⁴⁹, tout en rappelant que la Cour de cassation pouvait opérer un revirement de jurisprudence pour interpréter l'ancien article 1843-4 dans le même sens que le nouveau texte, considérait également que la norme permettant aux parties de fixer, par convention, des méthodes d'évaluation, régit une situation contractuelle (la clause statutaire relative à la méthode), ce dont il était déduit qu'elle ne s'appliquait pas aux contrats en cours et que la loi applicable était celle en vigueur au jour de la signature des statuts¹⁵⁰.

Cette analyse n'a pas été retenue par la chambre dans son arrêt précité : si les contrats demeurent en principe régis par la loi en vigueur au jour de leur conclusion, c'est pour préserver les prévisions contractuelles des parties. Or, l'article 1843-4 du code civil, tel qu'il était interprété par la jurisprudence antérieure à la réforme, écartait les prévisions des parties au nom « d'un ordre public sociétaire conçu comme un ordre public de protection »¹⁵¹. Par conséquent, c'est bien parce que les règles applicables à l'évaluation des droits sociaux ont pris naissance, non pas dans le contrat, mais dans l'article 1843-4 du code civil, qu'il a été jugé que l'expert désigné pouvait écarter les stipulations contractuelles. La règle jurisprudentielle, selon laquelle les effets légaux du contrat sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent, devait donc s'appliquer.

Ce raisonnement rejoint l'un de ceux proposés dans le cadre des commentaires auxquels cette question de l'entrée en vigueur a donné lieu¹⁵², dans l'hypothèse où des statuts rédigés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévoient la cession des

148. J. Moury, « Réflexions sur l'application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

149. D. Gallois-Cochet, « L'application dans le temps de l'article 1843-4 du code civil », *loc. cit.*

150. Voir aussi, dans un sens proche, le professeur B. Dondero, « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885.

151. A. Couret, « La liberté du tiers-estimateur désigné au titre de l'article 1843-4 », *Bull. Joly sociétés* septembre 2009, p. 728.

152. N. Borge, « L'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du code civil », *D.* 2014, p. 2359.

droits sociaux d'un associé ou leur rachat, ainsi qu'une méthode d'évaluation des droits sociaux : « Il importe ici de déterminer si l'on est en présence d'une situation contractuelle ou non contractuelle. Or la réponse à apporter est délicate puisque si la difficulté se loge dans les statuts de la société, indice en faveur d'une situation de nature contractuelle, l'intervention de l'expert se recommande ici du nouveau champ d'application de l'article 1843-4 du code civil, ce qui renverrait à une situation légale. [...] la survie de la loi ancienne n'a d'autre but que de préserver les attentes des parties. [...] Or c'est le résultat inverse qui serait ici obtenu, sauf à détacher la lettre de l'ancien article 1843-4 du code civil de son interprétation jurisprudentielle pour écarter cette dernière. L'application immédiate de la loi nouvelle est respectueuse de la volonté des parties, aussi faut-il la privilégier. »

Restait à déterminer à quel moment précis se produisent les effets légaux des statuts, lorsque l'article 1843-4 du code civil reçoit application. Ce texte ne constitue pas une règle de procédure, qui pourrait justifier une application de la loi nouvelle aux procédures en cours, mais comporte des règles de fond relatives à son champ d'application et aux pouvoirs du tiers estimateur. Dans l'arrêt précité, la chambre commerciale a donc partagé la doctrine de la première chambre civile qui avait retenu, dans deux arrêts précédents¹⁵³, la date de la désignation de l'expert, laquelle avait été préconisée par certains auteurs¹⁵⁴. L'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 s'applique ainsi aux expertises ordonnées à compter de son entrée en vigueur.

La chambre a entendu éviter de susciter de nouveaux contentieux sur les expertises en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, lesquelles sont ainsi « sécurisées ».

Sans doute l'histoire de l'interprétation jurisprudentielle des nouvelles dispositions ne fait-elle que commencer, à la faveur des cas particuliers qui naîtront de l'action des hommes, jamais en repos¹⁵⁵.

Ce retour sur une controverse née de la jurisprudence rappelle les « enjeux [de l'office d']interprétation judiciaire de la loi », sa « puissance » mais aussi la « prudence »¹⁵⁶ requise du juge, dans un domaine certes bien différent et très réduit, à de très nombreux égards, par rapport à celui concerné par les arrêts relatifs à la responsabilité médicale en matière de diagnostic prénatal, dont l'exploration rétrospective par le premier président Guy Canivet livre de très nombreux enseignements.

Dans la limite du champ de l'article 1843-4 du code civil, ces enseignements doivent permettre à la jurisprudence de joindre ses efforts à ceux du législateur et de la doctrine pour consolider un dispositif d'évaluation des droits sociaux à l'abri... de toute contestation.

153. 1^{re} Civ., 9 mai 2019, pourvoi n° 18-12.073, publié au *Bulletin* ; 1^{re} Civ., 8 janvier 2020, pourvoi n° 17-13.863, publié au *Bulletin*.

154. F.-X. Lucas et D. Poracchia, « Le nouvel article 1843-4 du code civil », *Bull. Joly sociétés* novembre 2014, p. 474.

155. On aura reconnu l'emprunt à Portalis.

156. G. Canivet, « Puissance et enjeu de l'interprétation judiciaire de la loi. Approche pratique à partir d'un cas de responsabilité médicale », *loc. cit.*



**RESTRUCTURATION
DES SOCIÉTÉS :
QUELLE
RESPONSABILITÉ
PÉNALE POUR
LES PERSONNES
MORALES ? Étude
de la chambre criminelle**

INTRODUCTION

Lorsque la chambre criminelle s'est interrogée sur le sujet à présenter aux nouvelles *Études annuelles* de la Cour de cassation, la responsabilité des personnes morales s'est imposée d'évidence au regard du bouleversement induit par l'arrêt du 25 novembre 2020¹ et des perspectives qu'il ouvre.

La reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales dans notre droit pénal contemporain est relativement récente. Elle correspond à la consécration d'une conception réaliste de la personnalité morale. La personne morale n'est pas nécessairement une création fictive de la loi. Elle constitue une réalité capable d'exprimer, par l'intermédiaire de représentants, une volonté distincte de celle de ses membres.

Après avoir été envisagée dans quelques textes spéciaux, la responsabilité pénale des personnes morales a été largement admise par le code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. L'article 121-2 dispose qu'elles « sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

Pour autant, le législateur n'a livré aucune définition de la personne morale et aucun texte particulier n'est consacré à la mise en œuvre de cette responsabilité. Spécialement, la loi ne régit pas les conséquences de la dissolution d'une personne morale sur sa responsabilité pénale. Seul l'article 133-1 du code pénal prévoit que, dans ce cas, « il peut être procédé au recouvrement de l'amende et des frais de justice ainsi qu'à l'exécution de la confiscation [...] jusqu'à la clôture des opérations de liquidation ».

Cette absence de dispositions légales spécifiques a conduit la jurisprudence à raisonner par analogie avec les personnes physiques. Assimilant la dissolution au décès, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré pendant longtemps que, quelles que soient les circonstances, l'action publique était éteinte à l'encontre d'une personne morale dissoute en application de l'article 6 du code de procédure pénale.

Ainsi, en cas de fusion-absorption d'une société par une autre, la chambre criminelle jugeait que l'action publique se trouvait éteinte à l'égard de la société absorbée, qui du fait de sa dissolution avait perdu sa personnalité juridique. L'action publique ne pouvait pas non plus être exercée à l'encontre de la société absorbante, personne morale tenue pour distincte de la société absorbée. L'article 121-1 du code pénal, aux termes duquel nul n'est responsable que de son propre fait, s'y opposait. Par simple opportunité ou volontairement, la société absorbée pouvait ainsi profiter de la fusion pour se soustraire aux conséquences d'infractions qu'elle avait commises.

Les opérations de restructuration dont peuvent faire l'objet des sociétés mises en cause devant une juridiction pénale mettent ainsi en lumière les limites de cet anthropomorphisme. Contrairement à une personne physique, une personne morale peut changer de forme, voir disparaître volontairement, sans pour autant être liquidée. Tel est le cas d'une société absorbée par une autre à l'occasion d'une opération de fusion. Elle disparaît en tant que personne morale indépendante, les deux sociétés n'en formant plus qu'une seule. Pourtant, son activité économique, qui constitue la réalisation de

1. Crim., 25 novembre 2020, pourvoi n° 18-86.955, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

son objet social, se poursuit dans le cadre de cette nouvelle entité. Cette continuité est manifeste lorsque l'opération est mise en œuvre à l'intérieur d'un groupe de sociétés détenues par une même société mère.

Désormais, à la suite de l'arrêt du 25 novembre 2020 précité, lorsque la fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à une condamnation, le juge pénal peut condamner la société absorbante comme si elle avait elle-même commis cette infraction et prononcer à son encontre toute peine encourue.

Par ailleurs, même lorsque l'opération n'est pas frauduleuse, la société absorbante peut, à certaines conditions, être condamnée à une peine d'amende ou de confiscation pour une infraction commise par la société absorbée avant la fusion-absorption.

La chambre criminelle, qui s'appuie sur les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne² pour renouveler l'interprétation des textes de droit interne, abandonne ainsi la conception anthropomorphique qui avait jusqu'ici prévalu. Prenant en considération la spécificité des personnes morales, la chambre criminelle s'attache à tirer les conséquences de la réalité économique de la fusion.

Certains commentateurs ont pu voir dans cette décision un arrêt de règlement prohibé par l'article 5 du code civil, posant une exception non prévue par le droit en vigueur au principe de la responsabilité personnelle posé par l'article 121-1 du code pénal.

Tel n'est évidemment pas le cas. L'arrêt ne comporte aucun chef de dispositif de portée générale et abstraite : il ne se prononce que sur l'affaire soumise par le pourvoi considéré. C'est bien à une interprétation conforme aux textes internes, relus à la lumière des jurisprudences européennes, que se livre la Cour de cassation. En effet, l'arrêt a pris en considération la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 1^{er} octobre 2019³ et celle de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 mars 2015⁴ afin de renouveler son analyse de l'opération de fusion-absorption. Cet arrêt s'inscrit donc dans un environnement favorable à sa solution.

Il n'est pas contestable qu'il s'agit d'une décision de principe, adoptée en formation plénière de chambre, qui procède à un revirement de jurisprudence. Le raisonnement suivi est exposé de manière très détaillée au terme d'une motivation enrichie comportant l'ensemble des maillons de la démonstration effectuée par la chambre criminelle. Ce nouveau mode de rédaction des arrêts importants qui se diffuse au sein de la Cour de cassation renforce la légitimité du revirement opéré en ce qu'il n'est pas purement et simplement affirmé.

Il n'en demeure pas moins que la solution adoptée, en ce qu'elle permet de faire peser la responsabilité pénale de la société absorbée sur la société absorbante même en dehors de toute fraude à la loi, tranche de manière radicale avec les solutions antérieures. C'est pourquoi la chambre criminelle a considéré que le principe de prévisibilité

2. Pour un exposé détaillé des jurisprudences européennes et de l'évolution jurisprudentielle interne, voir la note explicative accompagnant la publication de l'arrêt du 25 novembre 2020 sur le site internet de la Cour de cassation. Voir aussi le communiqué de presse.

3. CEDH, décision du 1^{er} octobre 2019, Carrefour France c. France, n° 37858/14.

4. CJUE, arrêt du 5 mars 2015, Modelo Continente Hipermercados, C-343/13.

s'oppose à son application aux fusions antérieures à sa décision⁵. En effet, un revirement aussi substantiel n'aurait pas non plus été possible sans que sa mise en œuvre soit modulée dans le temps.

Ce report ne résulte pas de l'application de l'article 112-1 du code pénal, qui régit l'application de la loi dans le temps. Il est expressément fondé sur l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Il en résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation des tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef.

Cette application différée a sans nul doute contribué à ce que la solution adoptée le 25 novembre 2020 soit plutôt bien accueillie par les commentateurs des milieux économiques. Elle permet aux acteurs financiers d'anticiper le risque pénal lors de la préparation des opérations à venir, sans craindre de voir s'appliquer une solution rigoureuse aux opérations passées.

Si l'arrêt répond ainsi à de nombreuses interrogations relatives à la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la société absorbante, il ne peut toutes les aborder. Les incidences de la solution retenue, théoriques, mais également pratiques, méritent donc d'être identifiées afin de devancer les questions qui ne manqueront pas d'être posées aux juridictions de jugement et à la Cour de cassation. Il ne s'agit pas d'y apporter dès aujourd'hui des réponses mais, dans un souci prospectif, d'ouvrir les pistes de réflexion qui permettront de construire cette nouvelle jurisprudence.

C'est dans cette perspective que le président de la chambre criminelle a souhaité la constitution d'un comité de rédaction accueillant des conseillers et conseillers référendaires de la chambre criminelle, mais également de la chambre commerciale, financière et économique, ainsi que des avocats généraux⁶.

Le comité a procédé à plusieurs séries d'auditions afin d'appréhender comment la décision du 25 novembre 2020 avait été reçue par différents professionnels du droit. Ont été entendus des avocats d'affaires spécialistes du droit des sociétés et en particulier des opérations de restructuration. Il est apparu en effet essentiel de percevoir quelles étaient réellement les implications pratiques de l'arrêt du 25 novembre 2020 et les questions qu'il suscitait auprès de ces professionnels. Ont également été auditionnés

5. L'arrêt a cependant prévu une exception à ce report en cas d'existence d'une fraude à la loi, considérant qu'il ne s'agissait pas d'un revirement de jurisprudence. Dans cette hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale, elle a jugé que la société absorbante peut être condamnée pour des faits commis par la société absorbée, quelle que soit la date de la fusion. Elle a en effet considéré que, n'ayant pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point, sa doctrine, qui ne saurait ainsi constituer un revirement de jurisprudence, n'était pas imprévisible.

6. Le comité de rédaction de cette étude est composé de membres de la chambre criminelle : Mme Pascale Labrousse, conseillère, M. Xavier Samuel, conseiller, MM. Renaud Salomon et Philippe Petitprez, avocats généraux, Mme Élisabeth Pichon, conseillère référendaire, mais également d'un membre de la chambre commerciale, financière et économique : Mme Carole Champalaune, conseillère. Cette contribution a été coordonnée par M. Bertrand de Lamy, conseiller en service extraordinaire, et Mme Maud Fouquet, conseillère référendaire, à la chambre criminelle.

des magistrats judiciaires bénéficiant d'une grande expérience des contentieux économiques et financiers en matière pénale. Il s'agissait de percevoir les conséquences de la solution adoptée notamment sur les stratégies de poursuite et, là encore, de recenser les interrogations qu'elle soulève auprès des praticiens. Enfin, le comité a pu échanger avec des présidents de chambre du Conseil d'État. De manière ancienne et constante, la haute juridiction administrative admet l'application de sanctions administratives à la société absorbante lorsque la société absorbée, avant l'opération de fusion, s'est livrée à des pratiques contraires à la réglementation des marchés financiers ou a manqué à ses obligations fiscales. Il a semblé important, alors que la jurisprudence de la chambre criminelle tend à se rapprocher de la jurisprudence administrative, de porter un regard croisé sur les solutions retenues.

L'étude se nourrit également des recherches effectuées par le Service de documentation, des études et du Rapport (SDER) en droit comparé. Le contexte juridique international ne pouvait être ignoré, de nombreuses opérations de fusion-absorption impliquant des sociétés étrangères.

Cet environnement international comme national était favorable à une évolution jurisprudentielle (I), qui ouvre des perspectives nouvelles (II).

I. UN ENVIRONNEMENT FAVORABLE À L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

Le principe de personnalité de la responsabilité face au relativisme de la personnalité morale – Le code pénal a placé la disposition encadrant la responsabilité pénale des personnes morales immédiatement après l'article affirmant que nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Ce principe ne peut donc plus être abordé par le seul prisme de son application aux personnes physiques ; raisonner ainsi conduirait à la persistance d'une conception anthropomorphiste de la personnalité morale ignorant les singularités de la vie d'entités qui, ne connaissant pas les limites biologiques, recourent au droit qui permet leur transformation ou leur restructuration en fonction d'impératifs, en particulier, économiques.

L'application du principe de personnalité de la responsabilité pénale doit être maintenant conçue conformément à une appréhension renouvelée de la personnalité morale. La doctrine note, en effet, un certain relativisme de la notion de personnalité morale qui connaît une crise en raison, notamment, de la diversité de ses figures ; il n'est qu'à constater la pluralité des formes de société. La personnalité morale serait aujourd'hui davantage perçue comme une simple technique juridique permettant de poursuivre un intérêt collectif spécifique et de rendre opposable aux tiers cette activité⁷ que comme une notion comparable, juridiquement, à une personne physique. Le code pénal de 1992 a mis fin à l'impunité des personnes morales parce qu'elles peuvent être « par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre public économique ou à la législation sociale. De surcroît, la décision qui est à l'origine de l'infraction est prise par les organes sociaux eux-mêmes, qui déterminent la politique industrielle, commerciale ou sociale de l'entreprise »⁸. Or, les activités qui génèrent l'infraction peuvent se poursuivre sous l'habillage juridique d'une autre société à laquelle a été transmise l'universalité du patrimoine de la société absorbée. La Cour européenne des droits de l'homme « estime que cette approche fondée sur la continuité économique de l'entreprise, qui vise à prendre en compte la spécificité de la situation générée par la fusion-absorption d'une société par une autre, ne contrevient pas au principe de la personnalité des peines tel qu'il se trouve garanti par la Convention »⁹. La fusion-absorption n'est ainsi, non seulement, en aucune façon comparable au décès d'une personne physique, mais encore, refuser de prendre en compte les caractéristiques de ce mécanisme reviendrait à créer une importante brèche dans l'application des dispositions du droit pénal des affaires. Il est intéressant de constater, à cet égard, que si la doctrine pénaliste a été majoritairement critique envers l'arrêt du 25 novembre 2020, il en va différemment de la doctrine commercialiste plus accoutumée aux restructurations des sociétés.

Cette approche a influencé les jurisprudences commerciales, administratives et européennes. Ainsi, l'arrêt du 25 novembre 2020 intervient dans un contexte juridique favorisant une approche transversale, eu égard aux objectifs poursuivis en partie d'inspiration commune.

7. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.

8. R. Badinter, *Projet de nouveau code pénal*, Dalloz, 1988.

9. CEDH, décision du 1^{er} octobre 2019, Carrefour France c. France, n° 37858/14, précitée.

La question qu'a tranchée la chambre criminelle s'est en effet déjà posée pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles prohibées par le droit de l'Union ou le droit interne, dans le contexte juridique particulier de l'assujettissement à ce droit, non des sociétés, mais des entreprises. En effet, en cette matière, l'entreprise¹⁰ peut être l'auteur d'une pratique prohibée¹¹ et c'est elle qui doit donc en répondre le cas échéant, en étant sanctionnée¹².

Définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹³, l'entreprise peut éventuellement être constituée de plusieurs personnes physiques ou morales¹⁴. Elle se « matérialise », pour devenir l'auteur « processuel » d'une pratique et être, le cas échéant, l'objet d'une sanction, en une personne morale elle-même dotée d'attributs relevant d'une analyse concrète de l'exercice d'une activité économique, à savoir une autonomie de comportement sur le marché¹⁵, ainsi que des moyens matériels et humains pour mettre en œuvre ce comportement.

On mesure très vite que la forme juridique sous laquelle cette entreprise s'incarne, nécessairement et quasi exclusivement, est apparue d'emblée une clef de détermination de l'imputabilité de la pratique prohibée et de sa sanction. L'évolution éventuelle de l'entreprise au cours du temps allait conduire à la recherche de règles permettant, tant l'identification de l'auteur de la pratique, quelle que soit sa forme juridique, que son traçage sur la durée. C'est ce qu'exprime très clairement le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE)¹⁶, faisant état de la nécessité de « localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter qu'en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de la commission de l'infraction, l'entreprise puisse ne pas répondre de celle-ci ». La solution a été approuvée par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)¹⁷. Autrement dit, la recherche de l'auteur des comportements prohibés implique d'identifier l'activité qui a permis leur apparition ; recourir à la notion économique d'entreprise est alors une nécessité.

La continuité économique au cœur des jurisprudences – La notion de continuité économique s'est ainsi trouvée au cœur de ce processus pour identifier l'entreprise auteur d'un fait sanctionnable sous ses éventuelles métamorphoses.

10. La notion d'association d'entreprises présente en droit de l'Union et celle d'organisme présente en droit interne ne seront pas traitées ici.

11. Voir les articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

12. Article L. 464-2 du même code.

13. CJCE, arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser/Macrotron, C-41/90.

14. CJCE, arrêt du 14 décembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, § 40.

15. On pense ici à l'imputation d'une pratique commise par une filiale à une société mère, dont l'exposé des règles dépasse le champ du présent article.

16. TPICE, arrêt du 17 décembre 1991, Enichem Anic/Commission, T-6/89.

17. CJCE, arrêt du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P.

La pratique est fixée, tant en droit de l'Union qu'en droit interne, en ce sens que la permanence juridique de la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre des pratiques prohibées la fait tenir pour responsable de ces pratiques, même si les moyens matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne¹⁸. Le législateur interne a, au travers de la détermination du plafond de la sanction, élaboré un dispositif déjouant les éventuelles opérations de « dissolution » de la consistance économique de l'entreprise¹⁹. Le Conseil constitutionnel a jugé conformes au principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait, ces dispositions instituant « une sanction pécuniaire permettant de réprimer des pratiques anticoncurrentielles commises par une entreprise ; que le fait que le maximum de cette sanction soit déterminé par référence au chiffre d'affaires du groupe auquel l'entreprise appartient n'a ni pour objet ni pour effet de sanctionner le groupe pour des actes qu'il n'a pas commis »²⁰. De même, les changements de dénomination sociale ou de forme juridique de la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise sont sans effet sur sa responsabilité en tant qu'auteur de la pratique interdite. Sa disparition juridique aura pour conséquence de transférer à la personne morale, qui assure sa continuité économique, la charge pécuniaire du manquement. Enfin, lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise cesse d'exister en raison de son absorption par une autre personne morale, les pratiques dont la société absorbée est l'auteur sont imputées à la personne morale absorbante, de même pour la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité²¹.

La chambre commerciale, financière et économique a ainsi approuvé l'imputation de la sanction à la personne morale ayant succédé par voie de fusion-absorption à celle qui était identifiée comme auteur des pratiques prohibées²². Le principe de continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise, au fondement de cette solution, s'applique quel que soit le mode juridique de transfert des activités dans le cadre desquelles ont été commises les pratiques sanctionnées²³. La notion de continuité économique et juridique permet ainsi de concevoir le principe de la personnalité des peines applicable en cette matière, au regard de l'assimilation conventionnelle des sanctions pécuniaires encourues en matière de pratiques anticoncurrentielles à des sanctions de caractère pénal²⁴.

La chambre commerciale²⁵ a, par la suite, fait application de la même règle d'imputation de la pratique, et donc de la sanction, à la personne morale ayant absorbé au

18. TPICE, arrêt du 28 avril 1994, AWS Benelux/Commission, T-38/92.

19. Voir, sur ce point, l'évolution du montant du plafond du chiffre d'affaires pour une entreprise appartenant à un groupe, issue, en son principe, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

20. Cons. const., 14 octobre 2015, décision n° 2015-489 QPC, Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre [Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence], § 19.

21. Voir sur l'ensemble de la question des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, L. Bernardeau, *JCl. Concurrence - Consommation*, fasc. 308-1 à 308-12, LexisNexis, 30 avril 2019.

22. Com., 20 novembre 2001, pourvois n° 99-16.776 et n° 99-18.253, *Bull.* 2001, IV, n° 182 ; Com., 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-00.528, *Bull.* 2003, IV, n° 12, publié au *Rapport annuel*.

23. Com., 28 février 2006, pourvoi n° 05-12.138, *Bull.* 2006, IV, n° 49.

24. CEDH, arrêt du 27 septembre 2011, n° 43509/08, A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie, § 42.

25. Com., 21 janvier 2014, pourvoi n° 12-29.166, *Bull.* 2014, IV, n° 11, publié au *Rapport annuel*.

moyen d'une fusion-acquisition l'entreprise auteur d'une pratique restrictive de concurrence, l'exposant à une amende civile²⁶. Elle a expressément relevé que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise. La requête formée par l'entreprise concernée dans cette affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a été rejetée : la haute juridiction a relevé que la société absorbée n'était pas véritablement « autrui » à l'égard de la société absorbante, expliquant que « l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui était l'essence même de son existence, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération ». Et la Cour de préciser que « Le choix opéré en droit positif français est donc dicté par un impératif d'efficacité de la sanction pécuniaire, qui serait mis à mal par une application mécanique du principe de la personnalité des peines à des personnes morales. »²⁷

De son côté, le Conseil constitutionnel a aussi validé cette analyse²⁸, relevant qu'en rendant l'auteur passible de sanctions pécuniaires au titre de l'article L. 442-6, III, du code de commerce, le législateur avait entendu se référer « à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent ». Observant l'objectif de préservation de l'ordre public économique poursuivi par ces dispositions, il a relevé que « L'absorption de la société auteur de ces pratiques par une autre société ne met[tait] pas fin à ces activités, qui se poursuivent au sein de la société absorbante. »²⁹ La « mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées »³⁰ ne doit pas ainsi être un obstacle à la sanction de pratiques prohibées. Il ne saurait y avoir, face à la réalité économique tangible et l'exercice éventuellement fautif ou dommageable d'une telle activité, d'écran joué par la personnalité morale. Autrement dit, l'entreprise affleure lorsqu'est recherché à qui imputer le comportement incriminé.

La « contagion de la notion d'entreprise en droit économique »³¹ s'étend également, en droit de l'Union, au domaine de la réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles, ainsi qu'il résulte de la réponse apportée à une question préjudicielle par la CJUE. Selon cette dernière « l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause au principal, dans laquelle toutes les actions des sociétés ayant participé à une entente interdite par cet article ont été acquises par d'autres sociétés, qui ont dissous ces premières sociétés et ont poursuivi leurs activités commerciales, les sociétés acquéresses peuvent être tenues

26. En application de l'ancien article L. 442-6, III, du code de commerce.

27. CEDH, décision du 1^{er} octobre 2019, Carrefour France c. France, n° 37858/14, précitée.

28. Cons. const., 18 mai 2016, décision n° 2016-542 QPC, Société ITM Alimentaire International SAS [Prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise].

29. Cons. const., 18 mai 2016, décision n° 2016-542 QPC, § 8.

30. Cons. const., 18 mai 2016, décision n° 2016-542 QPC, § 10.

31. L. Arcelin-Lécuyer, « La contagion de la notion d'entreprise en droit économique (à propos de Cass. com., 21 janvier 2014) », *JCP* 2014, éd. E, 1124.

responsables du préjudice causé par cette entente »³². Une finalité subjective, réparatrice, et non sanctionnatrice, est à la base de cette réponse.

À l'aune de l'appropriation de l'analyse en matière de pratiques anticoncurrentielles par la chambre criminelle dans l'arrêt du 25 novembre 2020, on peut s'interroger sur la possible évolution³³, par une forme de retour d'un effet miroir, de la jurisprudence opposant, en revanche, le principe de personnalité des peines aux sanctions édictées en matière de manquements boursiers³⁴. La chambre commerciale de la Cour de cassation juge que ce principe s'oppose à ce qu'en l'absence de dispositions dérogatoires expresses, des personnes physiques ou morales autres que les auteurs des manquements en cause puissent se les voir imputer et faire l'objet de sanctions à caractère pénal. Cette solution est à rebours, s'agissant de la sanction pécuniaire, de l'analyse du Conseil d'État³⁵.

Le caractère financier de la sanction, renvoyant à l'idée de patrimoine économique, explique son imputation à l'entreprise qui est à l'origine, à la fois, de ce patrimoine et des comportements incriminés générés par son activité. L'analyse économique du droit contribue à l'interprétation des dispositions appliquées au monde des affaires laissant apparaître la notion d'entreprise qui confère à ces dispositions toute leur dimension ; le droit pénal ne saurait ignorer ce mouvement.

Pour mieux apprécier encore la portée de cette notion d'entreprise avec ce qu'elle implique de continuité d'activité, il est intéressant de regarder également au-delà de nos frontières.

Le droit comparé comme environnement – Le droit comparé témoigne également de l'absence d'isolement de la solution adoptée par la chambre criminelle comme permet de la constater l'étude produite par le SDER de la Cour de cassation. Ainsi, l'article 5 du code pénal belge prévoit la responsabilité pénale des personnes morales et l'article 20 du titre préliminaire du code de procédure pénale pose, dans son premier alinéa, que « L'action publique s'éteint par la mort de l'inculpé ou par la clôture de la liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation lorsqu'il s'agit d'une personne morale. » Cependant l'alinéa suivant ajoute « L'action publique pourra encore être exercée ultérieurement, si la mise en liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation a eu pour but d'échapper aux poursuites [...] ». La Cour de cassation belge, appliquant ces dispositions, a jugé qu'une dissolution sans liquidation à la suite d'une absorption par une société étrangère visant à échapper aux poursuites, n'éteint pas l'action publique lorsque la dissolution n'a pas entraîné la disparition des activités de la société absorbée, qui ont été continuées par la nouvelle entité³⁶.

32. CJUE, arrêt du 14 mars 2019, *Skanska Industrial Solutions e.a.*, C-724/17, voir sur cet arrêt, le commentaire du professeur D. Bosco, « Arrêt Skanska : un nouveau jalon pour le private enforcement », *Contrats, conc. consom.* mai 2019, comm. 88.

33. Qualifiée, un peu rapidement, de « révolue » par D. Apelbaum et A. Battaglia, « Pas de funérailles pour les personnes morales ! », *AJ Pénal* 2020, p. 576.

34. Com., 15 juin 1999, pourvoi n° 97-16.439, *Bull.* 1999, IV, n° 127.

35. CE, 22 novembre 2000, n° 207697, publié au *Recueil Lebon*, solution reprise par CE, 6 juin 2008, n° 299203, publié au *Recueil Lebon*. Cf. partie II : « Une évolution jurisprudentielle ouvrant des perspectives nouvelles ».

Ont été entendus pour la préparation de cette étude MM. Guillaume Goulard et Pierre Collin, présidents de chambre au Conseil d'État.

36. Belgique, Cour de cassation, 5 juin 2013, P.12.1881.F.

L'Espagne, quant à elle, dont le code pénal connaît également la responsabilité pénale des personnes morales, a introduit en 2010 une disposition « anticcontournement », selon laquelle « La dissolution déguisée ou simplement apparente de la personne morale n'éteint pas la responsabilité pénale. Une dissolution déguisée ou simplement apparente de la personne morale est réputée exister dans tous les cas lorsque son activité économique est poursuivie et que l'identité substantielle des clients, des fournisseurs et des employés, ou de la partie la plus pertinente de l'ensemble de ceux-ci, est maintenue. » Le Luxembourg connaît également un mécanisme semblable.

Si le droit allemand ne connaît pas la responsabilité pénale des personnes morales, en revanche les entreprises peuvent être soumises à des sanctions administratives et la loi en la matière prévoit qu'en cas de succession universelle ou de succession universelle par scission, l'amende administrative peut être imposée au successeur. Il a été jugé, sur ce fondement, que dans le cas d'une fusion, un successeur légal peut être sanctionné si l'ancienne entreprise peut être tenue pour responsable en vertu de la loi sur les infractions administratives et s'il y a une quasi-identité économique entre l'ancienne et la nouvelle entité juridique³⁷.

En droit américain, lorsqu'une société fusionne avec une autre société ou en acquiert une autre, la société qui succède assume les responsabilités de la société qui précède. La responsabilité du successeur fait partie intégrante du droit des sociétés et permet, entre autres, d'empêcher les sociétés d'éviter toute responsabilité en se réorganisant.

La responsabilité du successeur s'applique à tous les types de responsabilités qu'elles soient civile ou pénale. Et la Cour suprême de juger, par exemple, qu'une infraction pénale ayant été commise avant la fusion entre deux banques, mais n'ayant été découverte que postérieurement, engage la responsabilité pénale de la société fusionnée³⁸.

Participant à la sécurité juridique, une large harmonisation jurisprudentielle interne et internationale, dans laquelle s'inscrit l'arrêt du 25 novembre 2020, se fait donc jour avec l'émergence de la notion de continuité économique. Non seulement les principes du droit pénal n'en sortent pas déformés, mais encore ils trouvent une meilleure force dans cette lecture actualisée et commune. L'interprétation du droit ne saurait être indépendante du monde dans lequel celui-ci a vocation à s'appliquer.

Mis en perspective, l'arrêt trouve naturellement sa place dans son environnement. Assurant l'efficacité notamment des infractions d'affaires, évitant que la France soit une zone d'impunité en cas d'opérations de restructuration, l'arrêt du 25 novembre 2020, qui n'a pu à lui seul fixer l'ensemble des règles en jeu, ouvre de nouvelles perspectives de réflexion.

37. En ce sens v. Bundesgerichtshof, 10 August 2011, KRB 55/10 - Versicherungsfusion.

38. U.S. v. Alamo Bank of Texas, 880 F.2d 828 (5th Cir. 1989).

II. UNE ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE OUVRANT DES PERSPECTIVES NOUVELLES

L'arrêt du 25 novembre 2020 distingue deux hypothèses de transfert de la responsabilité pénale d'une société absorbée à une société absorbante. La première impute l'infraction commise par la société absorbée à la société absorbante lorsque l'opération de fusion est animée d'une intention frauduleuse. La seconde, nouvelle, constitue une transmission de plein droit. Chacune ouvre des perspectives qui lui sont propres.

A. La transmission de la responsabilité pénale en cas de fraude à la loi

La fraude à la loi : une fausse nouveauté – L'arrêt du 25 novembre 2020 énonce que « l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale ». Cette exception joue quelle que soit la date des faits poursuivis et la forme des sociétés en cause.

L'existence d'une fraude à la loi va permettre de mettre en cause la société absorbante sans avoir à démontrer son implication dans les faits reprochés à la société absorbée. Jusqu'ici, il était très souvent mis fin aux poursuites en cas de dissolution de la société mise en cause. L'accusation se heurtait à la difficulté de prouver qu'un représentant de la société absorbante avait eu connaissance de l'infraction commise pour le compte de la société absorbée alors que cette démonstration était indispensable à la mise en cause de la société absorbante en tant, par exemple, que complice ou receleur.

La fraude à la loi est un mécanisme ancien garantissant la loyauté des rapports juridiques. Inséparable du droit international privé, qui constitue son domaine d'élection, elle suppose une modification volontaire, par les parties, du rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente. Il est d'usage de se référer à la définition donnée par José Vidal selon lequel « il y a fraude chaque fois que le sujet parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »³⁹. Selon la formule retenue par la Cour de cassation, la fraude « s'entend, en matière civile ou commerciale, comme un acte réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu, ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive »⁴⁰.

L'exception de fraude est largement consacrée en droit des sociétés, qu'il s'agisse de fraude à la loi, de fraude aux droits des tiers, ou d'une fraude aux droits des associés, et a été retenue notamment dans les hypothèses suivantes : fraude à une clause d'agrément

39. J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe « fraus omnia corrumpit »*, thèse, Dalloz, 1957, p. 208.

40. Voir Com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-22.993, *Bull.* 2012, IV, n° 186, qui reprenait cette définition énoncée par une cour d'appel et Com., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-21.452, qui la prend désormais à son compte.

statutaire en recourant à une interposition de société⁴¹, fraude aux droits du bénéficiaire d'un cautionnement par le jeu d'une fusion conduite à cet effet⁴², fraude aux droits d'un créancier social par l'effet d'une fusion-absorption⁴³, fraude aux droits d'un prêteur de la société apporteuse par le jeu d'un apport partiel d'actif⁴⁴, fraude aux droits des associés minoritaires par des opérations sur le capital⁴⁵.

En matière pénale, le concept de fraude à la loi est loin d'être ignoré par la jurisprudence. Il est même très présent en droit pénal du travail lorsqu'il s'agit de caractériser le recours par certains employeurs à des formes illicites d'emploi salarié afin d'échapper aux contraintes de la réglementation du travail et de réduire les charges sociales : prêt illicite de main-d'œuvre⁴⁶, travail dissimulé⁴⁷.

Plus généralement, l'idée de fraude à la loi, à défaut d'être explicitement énoncée, est sous-jacente lorsqu'il s'agit de déjouer des montages purement artificiels et d'atteindre les bénéficiaires réels d'une opération. Elle permet notamment de dépasser l'apparence juridique, pour saisir et confisquer les biens d'une personne qui sans en être propriétaire en a, en réalité le contrôle économique⁴⁸. La même approche économique est retenue lorsqu'il s'agit d'identifier le bénéficiaire effectif d'une opération de blanchiment, au sens de l'article 324-1-1 du code pénal.

Le degré d'intention frauduleuse – La fraude à la loi suppose *a priori* une collusion frauduleuse entre l'absorbante et l'absorbée. Le dessein de faire échapper la société absorbée à des sanctions pénales peut être la cause déterminante pour ne pas dire le mobile des auteurs de l'opération, mais cet objectif peut figurer parmi d'autres finalités⁴⁹.

La référence à la fraude à la loi dans la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas nouvelle s'agissant d'opérations de restructuration menées dans le dessein de faire échec aux sanctions administratives ou poursuites pénales.

Ainsi, dans l'affaire déjà citée relative à des manquements en matière boursière, la circonstance que les pratiques en cause avaient été commises par une société dissoute et qu'il n'avait pas été établi que la scission en sept sociétés distinctes à laquelle cette société avait procédé ait été effectuée dans le but d'éluder toute poursuite, ce qui aurait pu permettre de retenir une fraude à la loi viciant l'opération de scission, n'a pas permis de dépasser le principe de la personnalité des peines et de sanctionner, ni les sociétés créées à partir de la scission, ni celle disparue en suite de cette même opération. De son côté, la chambre

41. Com., 27 juin 1989, pourvoi n° 88-17.654, *Bull.* 1989, IV, n° 209.

42. Com., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-15.619, *Bull.* 1995, IV, n° 224.

43. Com., 7 octobre 2020, pourvoi n° 19-14.755, publié au *Bulletin*.

44. Com., 22 février 2005, pourvoi n° 02-10.405.

45. Com., 12 mai 1975, pourvoi n° 74-10.363, *Bull.* 1975, IV, n° 129.

46. Crim., 13 novembre 2012, pourvoi n° 10-80.862, *Bull. crim.* 2012, n° 245 ; Crim., 28 mars 2017, pourvoi n° 15-84.795, *Bull. crim.* 2017, n° 93.

47. Crim., 24 mai 2016, pourvoi n° 15-81.886.

48. Voir, par exemple, Crim., 8 novembre 2017, pourvoi n° 17-82.632, *Bull. crim.* 2017, n° 250.

49. M. Segonds, « [Jurisprudence] Fusion-absorption : frauder l'article 121-2 du code pénal (suite... sans fin ?) », *Lexbase, La lettre juridique* n° 851 du 21 janvier 2021.

criminelle⁵⁰ a estimé que les juges, saisis de conclusions en ce sens d'une partie civile, devaient rechercher si la substitution d'une société commerciale à une autre n'avait pas dissimulé la continuation d'une même entreprise et si le changement de forme juridique apporté à cette entreprise n'avait pas été utilisé, en fraude de la loi, pour faire échec à la libre désignation des représentants du personnel. Pour autant, ces arrêts n'apportent pas de précisions quant au degré d'intention frauduleuse exigé.

Cette question de la finalité de l'opération se retrouve en matière fiscale s'agissant d'apprécier si les opérations litigieuses sont constitutives d'un abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales. Pour déterminer l'existence du but exclusivement fiscal d'un acte, le Conseil d'État exige que l'avantage économique ne soit pas négligeable et sans commune mesure avec l'avantage fiscal retiré de l'opération de droit⁵¹. Ainsi, une opération de fusion-absorption « à l'envers », par imputation des déficits accumulés par l'absorbante sur les bénéfices de l'absorbée n'est pas considérée comme frauduleuse si la fusion répond à une logique économique⁵². Dans sa décision du 29 décembre 2013⁵³, le Conseil constitutionnel a censuré la modification par le législateur, lors de l'examen de la loi de finances pour 2014, de la définition de l'abus de droit par fraude à la loi. Il s'agissait alors de remplacer le but exclusivement fiscal par le but principalement fiscal. Il n'est sans doute pas vain de relever que c'est en considération du principe de légalité des délits et des peines et au regard de la trop grande marge d'appréciation laissée à l'administration fiscale pour qualifier l'opération que le Conseil constitutionnel s'est déterminé.

Ce cantonnement est, en matière de droit des sociétés, approuvé par certains auteurs. À propos d'un arrêt de la chambre commerciale, financière et économique relatif à une opération sur le capital dite de « coup d'accordéon »⁵⁴ annulée pour fraude aux droits des associés minoritaires, le professeur Mortier critique ainsi la référence à un objectif « essentiel » et non pas « exclusif » de contournement des droits fraudés⁵⁵. On observera toutefois qu'un arrêt récent⁵⁶ paraît favoriser une extension du domaine de la fraude ou une vision pragmatique telle que celle mise en œuvre par le Conseil d'État. La chambre commerciale a en effet jugé qu'une opération pouvant présenter un intérêt pour la société, en l'espèce l'apport d'un fonds de commerce, par un associé, conférant à la société la maîtrise d'un réseau de distribution, ne suffisait pas à exclure une fraude des associés majoritaires dès lors qu'elle pouvait conduire, par la sous-évaluation de la société et l'octroi corrélatif d'actions nouvelles nombreuses à l'un d'entre eux, à priver illégitimement une associée minoritaire d'une partie de ses droits en diluant sa participation au capital de la société.

50. Crim., 23 avril 1970, pourvoi n° 68-91.333, *Bull. crim.* 1970, n° 144.

51. CE, 17 juillet 2013, n° 360706.

52. CE, 21 mars 1986, n° 53002, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*.

53. Cons. const., 29 décembre 2013, décision n° 2013-685 DC, Loi de finances pour 2014.

54. Réduction du capital d'une société suivie de son augmentation.

55. R. Mortier, « Coup d'accordéon annulé pour fraude aux droits des minoritaires », *JCP* 2017, éd. E, 1194, à propos d'un arrêt Com., 11 janvier 2017, pourvoi n° 14-27.052.

56. Com., 30 septembre 2020, pourvoi n° 18-22.076, publié au *Bulletin*.

En droit étranger, la fraude à la loi est abordée notamment en droit belge et luxembourgeois (voir *supra*), essentiellement sous un angle procédural, c'est-à-dire que l'action publique ne sera pas considérée comme éteinte si la perte de la personnalité juridique de la société absorbée n'a été organisée que dans le but d'échapper à des poursuites.

Selon des avocats spécialisés en droit des affaires⁵⁷, une fusion est une opération d'une telle envergure qu'il est difficile d'imaginer qu'elle soit organisée dans le seul but de faire échapper l'absorbée à sa responsabilité pénale. Elle répond nécessairement à un objectif économique pour l'absorbante et ouvre droit à des avantages fiscaux, même si ce n'est pas le but recherché, mais l'une des conséquences de la fusion. On ne voit pas quel serait l'intérêt de l'absorbante de se prêter à cette opération, sauf dans l'hypothèse où les actionnaires des deux sociétés sont les mêmes ou présentent une grande proximité. L'existence d'une fraude sera sans doute plus facilement suspectée lorsque l'absorbée avait comme unique actionnaire l'absorbante, même si, dans cette hypothèse, l'objectif recherché peut être avant tout de simplifier le schéma du groupe.

La question se pose de savoir si ces constats doivent conduire à écarter la fraude lorsqu'elle n'est pas le but exclusif de l'opération de fusion ou si, au contraire, ils ne doivent pas amener à prendre en considération la fraude dès l'instant où elle est l'une des finalités recherchées. En effet, la fusion ayant quasiment toujours une justification économique, le risque peut être d'ôter toute efficacité au mécanisme de la fraude.

Le moment pour apprécier la fraude – Se pose la question de déterminer à quel moment il convient de se situer pour apprécier l'existence d'une éventuelle fraude et celle de savoir de quelles prérogatives dispose le juge pour la caractériser, selon le moment où il en a connaissance.

Sous réserve de l'appréciation de la chambre criminelle de la Cour de cassation, il paraît plausible de considérer que c'est au moment où est décidée et mise en œuvre l'opération de fusion-absorption que le juge doit apprécier l'existence d'une fraude à la loi et non au moment où cette fusion prend effet par la radiation de la société absorbée et le transfert de son patrimoine à la société absorbante. Cela suppose, au besoin par l'organisation d'un complément d'information, de reconstituer chronologiquement l'enchaînement des événements et les circonstances matérielles, économiques, financières ou encore les considérations de stratégie entrepreneuriale qui ont entouré l'opération. On pourrait cependant se demander si la fraude n'est pas susceptible d'être postérieure à la décision de fusion-absorption. Tel pourrait être le cas par exemple de sociétés qui décideraient d'accélérer l'opération de restructuration pour qu'elle soit réalisée avant une condamnation, pour une infraction qui avait échappé jusque-là à toute détection.

Le rôle du juge – La chambre criminelle a été saisie, postérieurement à l'arrêt du 25 novembre 2020, de deux pourvois posant la question des prérogatives de la chambre de l'instruction devant laquelle est invoquée la dissolution par fusion-absorption de la

⁵⁷. Ont été auditionnés pour la préparation de cette étude MM. Claude Serra et Didier Malka, avocats associés du cabinet Weil, Gotshal et Manges.

société mise en examen. Il résulte d'un premier arrêt rendu le 29 septembre 2021⁵⁸ que la chambre de l'instruction peut soulever d'office, sans qu'elle ait à être invoquée par les parties ou le ministère public la question de la fraude. Elle apprécie souverainement son existence et l'opportunité d'ordonner un supplément d'information. Demeure la question de savoir si la chambre de l'instruction est tenue de le faire, s'agissant d'une exception touchant à l'extinction de l'action publique, en particulier lorsque des éléments du dossier sont de nature à faire suspecter une telle fraude.

La preuve de la fraude à la loi – Dans tous les cas, si la mise au jour d'une éventuelle fraude permet de poursuivre la société absorbante, elle soulève des difficultés de preuve⁵⁹. Elle suppose en effet de démontrer l'intention avérée de soustraire la société absorbée à des poursuites ou des sanctions pénales, dont l'appréciation ne peut être purement subjective.

Il peut être observé qu'il résulte d'une jurisprudence ancienne de la chambre commerciale que la fraude ne se présume pas⁶⁰. *A priori*, seul le recours à un faisceau d'indices permettra de donner une telle qualification à l'opération de restructuration. Ainsi peuvent servir à caractériser la fraude des circonstances temporelles telles que le caractère précipité de l'opération, en principe précédée d'une assez longue période de préparation, ou encore la proximité dans le temps entre la mise en œuvre des opérations de fusion-absorption et le déclenchement de poursuites pénales à l'encontre de la société absorbée.

Comme l'ont souligné des magistrats spécialisés⁶¹, un décalage de ces événements dans le temps n'exclut pas pour autant une intention frauduleuse car il faut prêter attention également à d'autres éléments, tel le lien capitalistique entre les deux sociétés (sociétés d'un même groupe par exemple) ou toute autre relation existant entre elles (proximité entre les dirigeants ou actionnaires, qui peuvent être communs, etc.).

Des circonstances économiques peuvent également permettre de retenir l'existence d'une fraude. L'appréciation de la fraude à la loi conduit alors à un contrôle des motifs de l'opération : si la fusion est motivée par un réel objectif économique, la fraude paraît exclue. À l'inverse, pourront être retenus le constat de l'inutilité économique de l'opération de restructuration d'entreprises envisagée, dissimulant en réalité la volonté de

58. Crim., 29 septembre 2021, pourvoi n° 21-84.185. Par un arrêt du 13 avril 2022 (Crim., 13 avril 2022, pourvoi n° 21-80.653, publié au *Bulletin*), il a été précisé qu'un non-lieu ne peut être prononcé sans que la juridiction d'instruction ait vérifié si les conditions pour exercer des poursuites à l'encontre de la société absorbante ne sont pas susceptibles d'être remplies. Dans le cas d'espèce, l'opération de fusion était antérieure à l'arrêt du 25 novembre 2020. Un transfert « automatique » n'était donc pas envisageable. En revanche, la chambre de l'instruction aurait dû se prononcer, avant de confirmer l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction, sur l'existence éventuelle d'une fraude à la loi. Elle doit le faire, y compris d'office et au besoin en ordonnant un supplément d'information.

59. Voir H. Matsopoulou, « Revirement de jurisprudence : la transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée », *Rev. sociétés* 2021, p. 115.

60. Com., 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.635, *Bull.* 2008, IV, n° 168.

61. Ont été auditionnés pour la préparation de cette contribution : MM. Nicolas Baïetto, vice-procureur de la République près le tribunal judiciaire de Paris, et Guillaume Daieff, magistrat, sous-directeur chargé du droit de la concurrence, de la consommation et des affaires juridiques à la DGCCRF.

faire échec aux règles d'ordre public de la responsabilité pénale, l'examen des conditions financières de l'opération surtout si elles s'avèrent défavorables pour la société absorbée ou encore la possibilité de parvenir au même résultat par une opération moins contraignante ou moins coûteuse⁶².

Les conséquences de la fraude – Une dernière remarque concerne la portée de l'exception de fraude dont le champ d'application est beaucoup plus large que celui résultant du principe de transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante.

La chambre criminelle précise dans l'arrêt du 25 novembre 2020 que la possibilité de tirer les conséquences d'une fraude à la loi est indépendante de la mise en œuvre de la troisième directive 78/855 du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, ce qui revient à dire que dès lors que l'opération de fusion constitue une fraude à la loi, toutes les sociétés, quelle que soit leur forme, sont concernées et que toute peine encourue peut être prononcée à l'encontre de l'absorbante et pas seulement l'amende et la confiscation.

L'arrêt précise encore que ce régime spécifique est applicable « aux fusions-absorptions conclues avant le présent arrêt ». Donc il n'est pas nécessaire que l'opération ait été réalisée postérieurement au 25 novembre 2020. La solution s'applique immédiatement à toutes les fusions, quelle que soit leur date. L'existence d'une fraude à la loi a donc pour principale conséquence d'aboutir à un régime particulier, plus répressif pour la société absorbante que dans le second cas de transfert de responsabilité envisagé par l'arrêt du 25 novembre 2020.

B. Le transfert de plein droit de la responsabilité pénale

Lorsque l'opération de fusion-absorption impliquant une société pénalement mise en cause sera intervenue postérieurement au 25 novembre 2020, la responsabilité pénale de la société absorbée pourra, dans certains cas, être transférée de plein droit à la société absorbante. Les poursuites se trouveront donc *a priori* facilitées puisque les difficultés tenant à la preuve de la fraude seront écartées. Cependant, le transfert de plein droit de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante ne trouve à s'appliquer qu'à certaines conditions. Ces effets sont par ailleurs limités par rapport au transfert consécutif à une fraude. Il convient de s'intéresser à ces conditions et conséquences afin de mieux appréhender leur portée, ainsi que les évolutions susceptibles d'intervenir.

Types de sociétés concernées – La solution, dégagée par l'arrêt de la chambre criminelle – qui se fonde sur la directive 78/855 du Conseil du 9 octobre 1978 précitée relative à la fusion des sociétés anonymes, et qui s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence de Luxembourg⁶³ – vise incontestablement les fusions-absorptions opérées entre sociétés anonymes (SA), entre sociétés par actions simplifiées (SAS), par l'effet de l'article

62. Voir F. Stasiak, « Responsabilité pénale de la société absorbante : la chambre criminelle "fusionne" sa jurisprudence avec celles des juridictions européennes », *JCP* 2021, éd. E, 1006.

63. CJUE, arrêt du 5 mars 2015, *Modelo Continente Hipermercados*, C-343/13, précité.

L. 227-1 du code de commerce⁶⁴ (et ce d'autant plus que la société absorbante était, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 novembre 2020, une SAS) ou encore, entre ces deux formes de sociétés.

Cette lecture conforme de la directive européenne appellera nécessairement des précisions ultérieures de la part de la chambre. À cet égard, on pourrait se demander si, à première vue, cette solution ne crée pas une rupture d'égalité devant la loi entre ces deux types de sociétés et les autres formes sociales. Cependant, la situation doit être nuancée à un double titre.

En fait, tout d'abord, car en pratique, la majorité des sociétés immatriculées en France sont des SAS et représentent 60 % du nombre total des immatriculations au registre du commerce et des sociétés. Au regard de cet argument quantitatif, l'exception apparaît déjà beaucoup plus apparente que réelle.

En droit, ensuite et surtout, dans la mesure où on peut penser que l'arrêt du 25 novembre 2020 n'exclut pas l'extension de sa solution à des formes sociales autres que les SA et les SAS. En effet, la chambre criminelle, dans les paragraphes 23 et 25 de son arrêt, fonde sa solution sur la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale, témoignant ainsi du rayonnement de la théorie de l'entreprise. Or, « Ce concept ouvre un domaine nettement plus large que celui délimité par les trois critères susvisés et pourrait présager d'une ouverture du champ d'application à toute opération emportant cet effet de continuité de l'entreprise. »⁶⁵ D'autant plus que l'arrêt du 25 novembre 2020, à son paragraphe 22, fait référence expressément à l'article L. 236-3 du code de commerce, qui concerne d'autres formes sociales que celles prévues par la directive 78/855 du 9 octobre 1978 : cet article est en effet applicable aux opérations de fusion entre toutes les formes de sociétés commerciales, SA, SAS, sociétés en commandite par actions (SCA) ainsi que les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et les sociétés en nom collectif (SNC) ainsi que les sociétés à capitaux mixtes, cette assimilation étant possible en jurisprudence dès lors que ces dernières sont constituées conformément aux règles sur les sociétés anonymes⁶⁶. Pour les sociétés civiles, l'opération de fusion-absorption est également permise à l'article 1844-4 du code civil et entraîne potentiellement « la dissolution de la société mise en cause », un des critères d'application de l'arrêt du 25 novembre 2020.

On notera enfin que la solution de cet arrêt s'applique indifféremment aux sociétés cotées en bourse comme non cotées.

64. Les SAS ne sont qu'une catégorie particulière de sociétés par actions et sont soumises, « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières » les régissant, aux « règles concernant les sociétés anonymes ».

65. S. Palmer, A. Dunoyer de Segonzac et C.-H. Boeringer, « Transfert de responsabilité pénale d'une personne morale à une autre en cas de fusion-absorption », *Dr. pénal* février 2021, étude 7.

66. A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, n° 725. Pour une application en matière d'abus de biens sociaux : Crim., 16 février 1971, pourvoi n° 69-90.205, *Bull. crim.* 1971, n° 53 ; *JCP* 1971, éd. G, II, 16836, note B. Sousi ; *D.* 1971, p. 294. – Crim., 10 avril 2002, pourvoi n° 01-80.090, *Bull. crim.* 2002, n° 85. – Crim., 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-87.327 ; *Dr. pénal* mars 2005, comm. 44, note J.-H. Robert. – Crim., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-83.617 ; *Dr. sociétés* février 2018, comm. 36, note R. Salomon.

Opérations de restructuration concernées – En premier lieu, des arguments textuels paraissent *a priori* en faveur de l'extension de la solution de l'arrêt de la chambre criminelle aux scissions. D'une part, la directive 78/855 du 9 octobre 1978, visée par l'arrêt du 25 novembre 2020, ne porte pas uniquement sur les fusions de sociétés anonymes, mais également sur ce type d'opérations. D'autre part, cet arrêt est rendu au visa de l'article L. 236-3 du code de commerce, qui prévoit le cas des scissions et leur confère les « mêmes effets de transmission universelle de patrimoine (aux sociétés bénéficiaires qui sont dans la situation de la société absorbante) et de dissolution sans liquidation (de la société scindée qui est dans la situation de la société absorbée) »⁶⁷.

Néanmoins, il existe des obstacles pratiques à une extension de la solution de l'arrêt aux scissions. En effet, ces dernières conduisent à un éclatement du patrimoine de la société scindée au profit de plusieurs sociétés bénéficiaires. Or, si les faits, objet de la poursuite pénale, ne peuvent être directement imputés à l'un des patrimoines transmis par la société scindée à l'une des sociétés bénéficiaires, on peut penser que la société bénéficiaire de ce patrimoine non constitué des moyens humains et matériels ayant concouru à l'infraction ne pourra être poursuivie. En somme, la « continuité économique et fonctionnelle » de la personne morale serait ici rompue. Ce n'est que si les faits poursuivis sont imputables spécifiquement à l'une des branches d'activité cédée, dont la société bénéficiaire a récupéré le patrimoine, que la solution prétorienne dégagée par l'arrêt du 25 novembre 2020 pourrait trouver application. On observera que dans l'affaire soumise à la chambre commerciale en 1999 en matière de manquements boursiers, la société, auteur des faits, avait précisément fait l'objet d'une scission en sept sociétés nouvelles⁶⁸.

En second lieu, l'apport partiel d'actif, soumis au régime des scissions, peut également entrer dans le régime des fusions, organisé par les articles L. 236-1 et suivants du code de commerce. Cependant, les difficultés sont plus nombreuses encore que pour la scission. À son instar, ce type d'opération implique de devoir identifier l'activité générant les éléments ayant concouru à l'infraction. En outre, elle n'emporte pas de dissolution de la société réalisant l'apport partiel d'actif. Si dans certains cas l'identification se fait sans difficulté, par exemple, lorsque l'objet de l'incrimination a été réalisé dans un établissement distinct de la société apporteuse, l'absence de sa dissolution ne remet pas en cause la « continuation de l'entreprise » puisque la branche d'activité apportée est seule transmise. On rappellera qu'en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles, selon la jurisprudence en droit de l'Union européenne, le maintien de la personnalité juridique conduit à l'imputation des faits à la personne qui poursuivait l'exploitation de l'entreprise auteur au moment des faits, même après la cession des moyens humains et matériels ayant concouru à l'infraction.

Si on suit ce raisonnement, l'apport partiel d'actif n'entraînera pas de transfert de responsabilité pénale, sauf peut-être à réserver l'hypothèse de la fraude consistant à organiser le transfert des principaux actifs d'une société mise en cause pour ne laisser subsister qu'une coquille vide, ayant pour seul objet de subir la procédure pénale.

67. S. Palmer, A. Dunoyer de Segonzac, C.-H. Boeringer, « Transfert de responsabilité pénale d'une personne morale à une autre en cas de fusion-absorption », *loc. cit.* – Dans le même sens : E. Schlumberger, « Chronique de droit européen des sociétés (août 2020 – décembre 2020) », *Dr. sociétés* février 2021, chron. 1.

68. Com., 15 juin 1999, pourvoi n° 97-16.439, *Bull.* 1999, IV, n° 127, précité.

La solution de l'arrêt du 25 novembre 2020 a vocation à s'appliquer à l'ensemble de ces opérations impliquant indifféremment des sociétés françaises et de droit étranger. En effet, s'agissant de ces dernières, on sait qu'en droit pénal des affaires, le lieu de commission du délit est celui du siège où a été arrêtée et traduite en comptabilité la décision de faire supporter par une société un usage abusif de ses biens⁶⁹. Renforcent cette analyse les dispositions de l'article 113-2 du code pénal – siège du principe de territorialité de la loi pénale – disposant de façon générale qu'une « infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

Mise en œuvre : quant aux conditions de fond – S'agissant des conditions de fond, l'article 121-2 du code pénal limite la responsabilité pénale des personnes morales aux infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (ci-après le représentant). Dans le cas d'une absorption, c'est l'acte du représentant de la société absorbée qui détermine la responsabilité pénale de la société absorbante. Selon une jurisprudence établie, ce représentant devra être identifié, mais il ne devrait pas y avoir lieu, pour le juge, de constater, par le jeu d'une fiction juridique peu compatible avec le réalisme du droit pénal, que le représentant de la société absorbante est l'auteur de l'infraction. Toute l'attention restera donc concentrée sur le représentant de la société absorbée au moment des faits poursuivis.

Mise en œuvre : quant aux conditions procédurales – S'agissant des conditions procédurales, les conséquences de la nouvelle jurisprudence sont multiples. Les représentants de la société absorbée seront entendus par les enquêteurs, voire poursuivis en sus de la société absorbante elle-même. L'arrêt du 25 novembre 2020 souligne que la société absorbante dispose des mêmes droits que la société absorbée, de sorte qu'elle pourra se prévaloir de tout moyen de défense que celle-ci aurait pu invoquer : prescription ou autres moyens d'extinction de l'action publique ; contestation de l'imputabilité des faits ou de la caractérisation des éléments de l'infraction.

Reste le point de savoir quelle forme doit prendre la mise en cause de la société absorbante. La société absorbante devient-elle automatiquement mise en examen ou prévenue en lieu et place de la société absorbée ? En faveur d'une réponse positive, il pourrait être soutenu que l'absorbante, qui s'est vu transmettre l'intégralité du patrimoine de l'absorbée, vient de plein droit aux droits et obligations de l'absorbée.

Cependant, la mise en examen, en particulier, revêt une dimension personnelle et implique des droits et des obligations. Elle peut être assortie d'un contrôle judiciaire. La prudence incline donc à considérer qu'une nouvelle mise en examen ou une nouvelle convocation devant la juridiction de jugement s'impose.

Les peines encourues par la société absorbante – Le Conseil d'État, confronté à une opération de fusion-absorption, confère au principe de personnalité des peines une efficacité dépendant de la nature de la peine prononcée à l'encontre de la société absorbante : n'empêchant pas la condamnation à une peine pécuniaire, il fait obstacle

⁶⁹. A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 759. – Crim., 6 février 1996, pourvoi n° 95-84.041, *Bull. crim.* 1996, n° 60 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 125, note B. Bouloc ; *Bull. Joly sociétés* mai 1996, p. 409, note J.-F. Barbiéri.

au prononcé d'un blâme ou d'une publication⁷⁰. Ainsi seul le caractère pécuniaire de la sanction, lui conférant une nature patrimoniale, permet son transfert à la charge de la société absorbante.

Dans la même idée, les juridictions pénales, sauf hypothèse de fraude, ne pourront prononcer que les seules peines d'amende et de confiscation à l'encontre de la société absorbante. Cette limitation s'impose par le fondement du transfert de responsabilité pénale, qui découle de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Cette solution paraît participer à l'acceptation par les praticiens de la solution adoptée. Les risques résultant de pratiques douteuses sont des points d'attention particuliers lors d'une opération de fusion. Le risque financier est facilement identifiable, notamment par le recours à des experts en intelligence économique. Le risque de réputation est sans aucun doute plus difficilement mesurable et donc plus complexe à gérer.

De ce point de vue, la solution retenue par l'arrêt du 25 novembre 2020 apparaît donc mesurée quant aux peines encourues par la société absorbante. Cette restriction n'apparaît pas de nature à conduire systématiquement le ministère public à privilégier la recherche d'une fraude afin d'élargir le panel des peines encourues. L'un des magistrats rencontrés dans le cadre des entretiens menés pour cette étude soulignait en effet que les sanctions les plus fréquentes prononcées contre les sociétés sont précisément l'amende et la confiscation.

Le code pénal prévoit que le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction. Au jour du jugement, l'auteur de l'infraction, la société absorbée, est dissoute. Il paraît logique que le juge motive sa décision au regard de la situation patrimoniale de la société absorbante, et non de celle de la société absorbée au jour de la fusion. On observera que le prononcé par le juge de la confiscation du produit de l'infraction, peine dont il n'a pas à contrôler la proportionnalité au regard du patrimoine de la personne morale, pourra, dans certains cas, constituer une sanction pécuniaire sans commune mesure avec la peine d'amende encourue.

Indépendamment des sanctions pénales susceptibles d'être prononcées, la seule condamnation de la société absorbante pour l'infraction commise par la société absorbée peut avoir des conséquences préjudiciables pour elle notamment s'agissant de son accès au financement ou à des appels d'offres, dont il lui appartient de se prémunir, en étant à même de justifier de son intégrité.

Le code de la commande publique prévoit ainsi l'exclusion pour cinq ans, de plein droit, des marchés publics et concessions des personnes morales déclarées coupables de certaines infractions, telles que la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale. Le Conseil d'État a récemment précisé que ce dispositif, en l'état incompatible avec les exigences européennes, « n'est pas applicable à la personne qui, après avoir été mise à même de présenter ses observations, établit dans un délai raisonnable et par tout moyen auprès de l'autorité concédante, qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements correspondant aux infractions [...] pour lesquelles elle a été définitivement condamnée

70. CE, 22 novembre 2000, n° 207697, publié au *Recueil Lebon*, précité ; CE, 4 décembre 2009, n° 329173, publié au *Recueil Lebon*.

et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement »⁷¹.

On peut penser que la connaissance qu'aura pu avoir la société absorbante des infractions commises par la société absorbée et les mesures prises en réaction pourront également avoir une incidence sur le choix de la peine prononcée. On peut également imaginer que ces éléments seront pris en considération dans le cadre d'une convention judiciaire d'intérêt public⁷² proposée par le ministère public à la société absorbante.

71. CE, 12 octobre 2020, n° 419146, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*.

72. Article 41-1-2 du code de procédure pénale.

CONCLUSION

L'arrêt du 25 novembre 2020 doit l'écho dont il a été l'objet à la solution qu'il pose mais également à la manière dont il l'a posée c'est-à-dire au recours à la motivation enrichie.

La multiplication des sources de droit, l'évolution profonde de secteurs tels que celui des affaires, les incidences sociétales comme économiques de certains pourvois, la position des droits étrangers, nécessitent des arrêts un renfort d'explications. Cette motivation plus poussée confère à l'office du juge de cassation toute sa portée : interpréter la règle de droit autrement dit expliquer ses choix ; répondre, seulement mais pleinement, aux moyens du pourvoi ; former la jurisprudence.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES CONTRIBUTEURS	3
MEMBRES DU COMITÉ ÉDITORIAL	3
CONTENTIEUX DES CLAUSES ABUSIVES : ILLUSTRATION D'UN DIALOGUE DES JUGES, Étude de la première chambre civile	7
INTRODUCTION	9
I. L'OFFICE DU JUGE NATIONAL EN MATIÈRE DE CLAUSES ABUSIVES SOUS LE REGARD DU JUGE EUROPÉEN	11
A. Le pouvoir de relever d'office	11
B. Le devoir de relever d'office	12
C. Les mesures d'instruction	14
II. LE RÉGIME DES CLAUSES ABUSIVES À L'ÉPREUVE DU DROIT EUROPÉEN	16
A. La prescription	16
B. La qualité des parties	17
C. L'étendue du contrôle	19
D. Le déséquilibre significatif	22
E. Le sort des dispositions contractuelles	24
CONCLUSION	27
LES ENJEUX JURIDIQUES DES LOCATIONS DE COURTE DURÉE, Étude de la troisième chambre civile	29
INTRODUCTION	31
I. LE BAILLEUR SOUS LA PRESSION DU DISPOSITIF DE RÉGULATION DE LA LOCATION IMMOBILIÈRE DE COURTE DURÉE	33
A. Les restrictions légales à la liberté de louer pour de courtes durées	33
1. La relative liberté de louer	33
2. Les obligations administratives du loueur	34
a. Les obligations déclaratives	35
b. Le régime complémentaire d'autorisation préalable de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation	37

B. Les restrictions contractuelles à la liberté de louer un local meublé pour de courtes durées	43
1. Les enjeux de la location de courte durée au regard de la sous-location	43
2. Les enjeux de la location de courte durée au regard du droit de la copropriété	44
II. LES ACTEURS DE LA RÉGULATION DES LOCATIONS DE COURTE DURÉE	46
A. Les plateformes numériques, contraintes de participer à la régulation de la location immobilière de courte durée.....	46
B. Le rôle majeur des communes	48
1. L'application des obligations administratives.....	49
2. L'élaboration des conditions de délivrance des autorisations et de détermination des compensations	49
3. La gestion des litiges.....	51
CONCLUSION	54
 RETOUR SUR UN BRIS DE JURISPRUDENCE : LA RÉFORME DE L'ARTICLE 1843-4 DU CODE CIVIL, Étude de la chambre commerciale, financière et économique.....	
55	
I. UNE CONTROVERSE S'INSCRIVANT DANS DES RESSORTS JURIDIQUES ET CONTEXTUELS COMPLEXES ET ÉVOLUTIFS	58
A. Les termes du débat juridique	58
a) À l'origine de la controverse, un texte de 1966, modifié en 1978, qui fit peu débat jusqu'en 2007	58
b) Les réponses graduelles de la Cour de cassation aux interrogations sur la portée de l'article 1843-4 du code civil à partir de l'arrêt du 4 décembre 2007.....	61
B. Un débat sur l'office du juge dans un univers économique plus complexe	70
a) Un débat de méthode	70
b) Les éléments contextuels de la controverse : des principes juridiques classiquement antagonistes dans un univers économique plus complexe.....	74
II. L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR : UNE RÉACTION INSPIRÉE PAR LA DOCTRINE QUI OUVRE DE NOUVEAUX CHAMPS D'INTERPRÉTATION	77
A. Un législateur « supplié » d'intervenir	77
a) Un appel de la doctrine entendu par le législateur dans le cadre de la démarche de simplification du droit	77
b) Des travaux parlementaires confirmant la volonté de briser la jurisprudence	78

B. Perspectives ouvertes par le nouveau texte et réception du bris de jurisprudence par la Cour de cassation.....	79
a) Persistance de certaines interrogations.....	80
b) Première réponse jurisprudentielle.....	82
RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS : QUELLE RESPONSABILITÉ PÉNALE POUR LES PERSONNES MORALES ? Étude de la chambre criminelle	89
INTRODUCTION.....	91
I. UN ENVIRONNEMENT FAVORABLE À L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE	95
Le principe de personnalité de la responsabilité face au relativisme de la personnalité morale	95
La continuité économique au cœur des jurisprudences	96
Le droit comparé comme environnement	99
II. UNE ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE OUVRANT DES PERSPECTIVES NOUVELLES	101
A. La transmission de la responsabilité pénale en cas de fraude à la loi.....	101
La fraude à la loi : une fausse nouveauté.....	101
Le degré d'intention frauduleuse.....	102
Le moment pour apprécier la fraude	104
Le rôle du juge.....	104
La preuve de la fraude à la loi	105
Les conséquences de la fraude.....	106
B. Le transfert de plein droit de la responsabilité pénale	106
Types de sociétés concernées	106
Opérations de restructuration concernées	108
Mise en œuvre : quant aux conditions de fond	109
Mise en œuvre : quant aux conditions procédurales	109
Les peines encourues par la société absorbante	109
CONCLUSION	112

Nous avons le plaisir de vous présenter le premier numéro du Recueil des Études de la Cour de cassation.

Ce recueil se substitue à l'étude annuelle unique que proposait jusqu'à présent la Cour, en complément de son Rapport annuel.

Il réunit de courtes études thématiques, sélectionnées parmi des sujets proposés par les chambres, le parquet général ou par les cours d'appel, en raison de leur intérêt jurisprudentiel, de leur impact pour les juridictions du fond, des enjeux sociétaux qu'ils comportent ou encore de l'incidence de certaines décisions en droit de l'Union européenne et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Laissant aux auteurs des études thématiques une pleine liberté d'écriture, ce recueil n'en constitue pas moins une publication officielle de la juridiction, dont l'ambition est de mettre en perspective la jurisprudence de la Cour et d'en expliquer le sens et la portée, dans des matières et sur des sujets sélectionnés par un comité éditorial, en plein accord avec les chambres et le parquet général.

Les thèmes retenus au Recueil 2022 sont les suivants :

- Contentieux des clauses abusives : illustration d'un dialogue des juges.
- Les enjeux juridiques des locations de courte durée.
- Retour sur un bris de jurisprudence : la réforme de l'article 1843-4 du code civil.
- Restructuration des sociétés : quelle responsabilité pénale pour les personnes morales ?

Ces études prennent appui sur des décisions récentes revêtant une actualité particulière et s'inscrivant dans un débat d'intérêt général. Elles démontrent, s'il en était besoin, combien la Cour se trouve, par les demandes qui lui sont présentées, aux prises avec des sujets contemporains qui traversent la société toute entière.



COUR DE CASSATION

Diffusion
Direction de l'information légale et administrative
La Documentation française
<https://www.vie-publique.fr/publications>