



## QUESTION PRATIQUE

### LA FRANCE ET LA CONVENTION INTERNATIONALE DE SINGAPOUR SUR LA MÉDIATION COMMERCIALE

Démonstration par Me Peulvé que le droit français pourrait accueillir la convention

25


[www.efl.fr](http://www.efl.fr)


## À LA UNE

**Sociétés** - Quand une clause d'agrément bloque la cession des titres détenus par une société en liquidation judiciaire

4

**Commentaire** - Des actions susceptibles d'être acquises au moyen de swaps pendant une OPA doivent être déclarées

21

**Entreprise en difficulté** - Revendication d'un bien : il appartient au revendiquant de prouver qu'il existait en nature

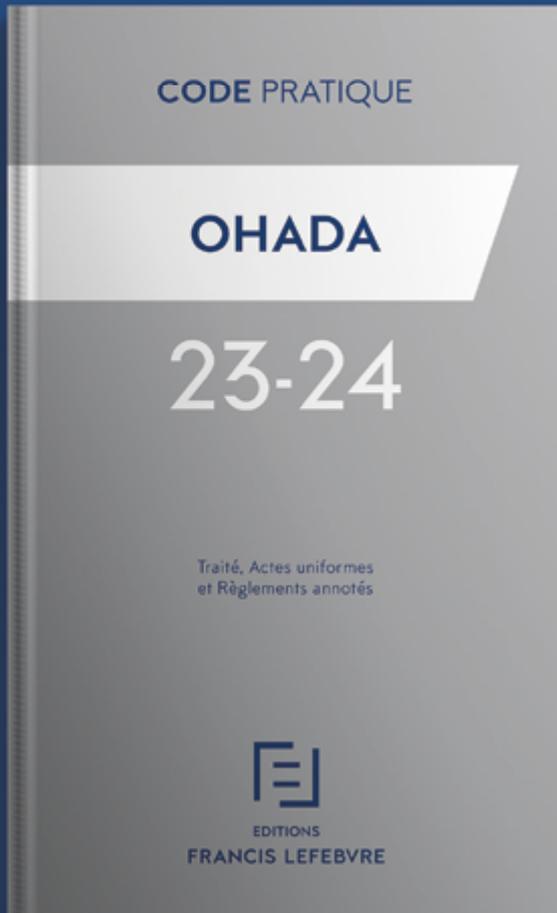
11



EDITIONS  
FRANCIS LEFEBVRE

Lefebvre Dalloz

# Un code UNIQUE en son genre pour élargir votre espace de compétence !



## Très riche et unique, la nouvelle édition du Code OHADA :

- est l'occasion d'approfondir votre connaissance du droit des affaires en Afrique ;
- est à jour des dernières nouveautés et inclut la première décision de la Cour commune de justice et d'arbitrage évoquant l'Acte uniforme relatif à la médiation ;
- présente de façon claire et ordonnée la jurisprudence des 17 Etats parties et aussi celle de systèmes juridiques de droit civil et de common law ;
- est enrichie de très nombreuses décisions de justice, dont plus de 811 décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

**119 €** ~~129€~~

Prix spécial d'abonnement valable jusqu'au 16/11/22.



Ouvrage à jour au **01/04/2022**.  
2 080 pages environ. Parution le **17/11/2022**.



**Inclus** : versions numériques mises à jour en continu\*

\* Sur édition en cours





## Sociétés

- 4 - Clause d'agrément et cession d'actifs dans une liquidation judiciaire
- 6 - Mandataire judiciaire représentant une indivision aux assemblées d'associés
- 7 - Apport partiel d'actif soumis au régime simplifié des scissions
- 8 - Acte conclu par un mandataire apparent n'engageant pas une société
- 9 - Modalité de vote aux délibérations du conseil d'administration

## Bourse

- 10 - Action de concert en cas d'OPA suivie d'un retrait obligatoire

## Entreprise en difficulté

- 11 - Revendication d'un bien existant en nature
- 11 - Faute de gestion justifiant une condamnation à combler le passif

## Contrats

- 12 - Promesse de vente ne valant pas vente
- 13 - Litiges visés par une clause d'arbitrage international
- 14 - Refus du franchiseur de renouveler le contrat
- 14 - Acceptation d'une clause limitative de responsabilité
- 15 - Exception de nullité ou demande reconventionnelle en nullité

## Finances de l'entreprise

- 16 - Prêt multidevises : clauses abusives et information de l'emprunteur
- 17 - Prêteur ayant fait souscrire une assurance inadaptée : réparation de la perte de chance
- 18 - Paiement entre les mains du créancier apparent

## Biens de l'entreprise

- 18 - ICC, ILC et Ilat au 2<sup>e</sup> trimestre 2022

## Consommation

- 19 - Confirmation d'un contrat hors établissement annulable
- 19 - Association de consommateurs partie civile

## Commentaire

- 21 - Déclaration d'intention d'apporter des titres à une OPA



## QUESTION PRATIQUE



25

LA FRANCE ET LA CONVENTION INTERNATIONALE DE SINGAPOUR SUR LA MÉDIATION COMMERCIALE

# 1] Quand une clause d'agrément bloque la cession des titres détenus par une société en liquidation judiciaire

Même susceptible de bloquer la cession des actifs d'une société en liquidation judiciaire, la clause statutaire soumettant la cession des actions d'une société de presse à l'agrément unanime de ses administrateurs est licite mais sa mise en œuvre peut être abusive.

CA Aix-en-Provence 7-4-2022 n° 22/00785 et 22/03156 à 21/18274, SA La Provence c/ SCP Ajilink A. B. ès qual.

**1** Dans le cadre de la liquidation judiciaire de la société Groupe Bernard Tapie (ci-après « société GBT »), le **juge-commissaire autorise la cession de gré à gré de la participation** majoritaire (89%) que celle-ci détient dans la SA La Provence, qui exploite le journal du même nom. Deux offres de reprise sont présentées : la première au prix de 20 millions d'euros, émanant de la société NJJ Presse, dont une filiale est l'actionnaire minoritaire du journal ; la seconde présentée par une autre entreprise pour 80 millions d'euros.

Les **statuts** de la SA La Provence **subordonnent toute cession des actions** composant son capital à l'**agrément unanime des membres du conseil d'administration**. Ce conseil étant composé de trois membres choisis par la société GBT et de deux membres nommés par la filiale de la société NJJ Presse et cette dernière ayant présenté une offre de reprise, chacun des candidats repreneurs s'expose à un refus d'agrément. Le liquidateur judiciaire demande alors au conseil d'administration de donner par avance son agrément au candidat qui sera choisi par le juge-commissaire. Les administrateurs ayant refusé, le **liquidateur demande en référé la suspension de la clause** d'agrément, sur le fondement de l'article 873, al. 1 du Code de procédure civile, qui autorise le juge des référés à prescrire, même en présence d'une contestation sérieuse, toute mesure conservatoire destinée à prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite.

**2** Le **juge des référés** suspend l'application de la clause d'agrément, jugeant que cette stipulation fait obstacle au processus de réalisation des actifs de la liquidation judiciaire de la société GBT et constitue un trouble manifestement illicite. Il considère que l'unanimité requise par les statuts pour voter l'agrément et la présence dans le conseil d'administration de deux administrateurs désignés par la filiale de la société NJJ Presse, elle-même candidate à la reprise des actifs de la société GBT, ne permet pas de garantir une impérative objectivité du vote des administrateurs et caractérise un conflit d'intérêts.

La **cour d'appel d'Aix-en-Provence** écarte ce raisonnement, se fondant sur la licéité de la clause d'agrément malgré le contexte de liquidation judiciaire dans lequel elle est mise en œuvre. Elle réserve toutefois l'hypothèse d'un éventuel abus lors de l'application de la clause.

## Une clause d'agrément licite n'est pas en soi un trouble manifestement illicite

**3** La cour d'appel d'Aix-en-Provence considère que la clause d'agrément figurant dans les statuts de la SA La Provence n'était en soi manifestement illicite (ni constituer un trouble manifestement illicite) pour les raisons suivantes :

- cette **clause** était **conforme** à l'article 4 de la **loi du 1<sup>er</sup> août 1986** portant réforme du régime juridique de la presse, texte qui soumet lui-même les cessions d'actions des sociétés de presse à l'agrément du conseil d'administration ;
- l'existence dans les statuts d'une société d'une **condition d'unanimité du vote du conseil d'administration** en cas de cession d'actions, quelle que soit la forme prise par celle-ci, n'est contraire à aucune disposition légale ; la régularité même des conditions d'adoption de cette clause par la SA La Provence n'était par ailleurs pas discutée par les parties ;
- l'exigence d'un agrément obtenu à l'unanimité pouvait faire obstacle en l'espèce à la cession, dans la liquidation judiciaire de la société GBT, de la participation majoritaire qu'elle détenait dans la SA La Provence ; cependant, le caractère d'ordre public de la loi sur la procédure collective ne peut pas justifier de considérer cette clause comme manifestement illicite au motif qu'elle est **contraire aux intérêts de la société liquidée** ;
- considérer a priori cette clause comme manifestement illicite et en suspendre l'application, avant même toute délibération du conseil d'administration, aurait pour effet de porter **atteinte au droit de vote** de l'ensemble **des administrateurs** prévu par la loi et les statuts ;
- s'il existait en l'espèce, « de manière incontestable », un **conflit d'intérêts** pour les deux administrateurs chargés des intérêts de la société La Provence par leur mandat et en même temps représentants d'une société candidate au rachat des titres de la société GBT, cette situation particulière était sans incidence sur la validité et le caractère licite de la clause d'agrément.

**4** La décision de la cour d'appel appelle quelques **observations**. Les actions de SA peuvent être librement cédées ; les statuts peuvent toutefois déroger à ce principe en prévoyant une clause d'**agrément** (C. com. art. L 228-23, al. 1). Dans certaines SA réglementées, l'agrément est **imposé par le législateur**. Il en est ainsi des sociétés de presse, pour lesquelles l'agrément du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est requis en cas de cession d'actions (Loi 86-897 du 1-8-1986 art. 4). Le législateur a ainsi entendu protéger toute entreprise de presse d'un

bouleversement dans la détention de son capital social qui pourrait porter atteinte à l'indépendance de la presse et affecter la ligne éditoriale des journaux qu'elle exploite. À la différence du droit commun des sociétés, l'agrément n'apparaît plus comme une faculté offerte aux SA qui voudrait s'en doter statutairement, mais comme une obligation légale impérative (J.-L. Beaufort, Le droit d'agrément dans les sociétés de presse : Rev. sociétés 1994 p. 433).

L'article 4 de la loi de 1986 ne comporte aucune condition de **majorité**. En application du droit commun des sociétés, toute décision du conseil d'administration est prise à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte (C. com. art. L 225-37, al. 2), comme c'était le cas en l'espèce pour l'agrément des cessions d'actions.

**5** Le Code de commerce ne prévoit que certaines hypothèses spécifiques pour lesquelles un **administrateur** peut être privé de son **droit de vote**. Cela est notamment le cas lorsque le conseil d'administration est sollicité pour autoriser une convention conclue entre la société et l'un de ses administrateurs, ce dernier ne pouvant prendre part ni aux délibérations ni au vote (C. com. art. L 225-40, al. 1).

En dehors de ces hypothèses, l'intérêt que les administrateurs ont à la décision qui doit être prise n'implique pour eux aucune incapacité de voter dès lors qu'il ne s'agit pas d'un **intérêt personnel susceptible de s'opposer à l'intérêt social** (Cass. com. 24-2-1975 n° 73-14.141 : Rev. sociétés 1976 p. 92 note Oppetit, à propos de l'agrément de l'acquéreur des actions des administrateurs).

Notons néanmoins que, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les Codes de gouvernance Afep-Medef et Middlednext, auxquels ces sociétés peuvent décider de se référer, recommandent aux administrateurs en situation de conflit d'intérêts, même potentiel, à l'occasion du vote d'une délibération de s'abstenir d'assister au débat et de participer à ce vote (Code de gouvernance Afep-Medef mars 2022 art. 20 ; Code de gouvernance Middlednext septembre 2021 rec. 2).

**6** Le **droit des procédures collectives** neutralise partiellement les clauses d'agrément, mais seulement celles concernant les titres émis par la société faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Elles sont réputées non écrites en cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le plan de redressement (C. com. art. L 631-19, II) et lorsque le tribunal ordonne, dans des conditions bien particulières, la cession forcée des titres détenus par les associés qui se sont opposés à une augmentation de capital prévue par ce plan (art. L 631-19-2, al. 5).

Lorsque des **droits sociaux** sont **compris dans le plan de cession** de l'entreprise qui les détient, la clause d'agrément figurant dans les statuts de la société émettrice doit être respectée (Cass. com. 31-1-1995 n° 91-20.735 P : RJDA 5/95 n° 647 ; CA Versailles 28-3-1996 : RJDA 6/96 n° 796). Il en est de même lorsque les titres font l'objet d'une cession isolée d'actifs sur autorisation du juge-commissaire (en ce sens, CA Paris 24-2-2006 n° 04-22666 : RJDA 4/07 n° 367 reprochant au liquidateur de ne pas avoir sollicité l'agrément).

## La mise en œuvre de la clause pourrait aboutir à un abus de droit

**7** La cour d'appel d'Aix-en-Provence ajoute que le trouble invoqué, à savoir la contrariété aux dispositions d'ordre public de la loi sur les procédures collectives, ne résulte pas de la clause d'agrément mais il pourrait naître de l'application qui en sera faite **au moment du vote par le conseil d'administration** statuant **sur l'acceptation du repreneur désigné par le juge-commissaire**. En l'état, ce trouble était hypothétique (le conseil d'administration n'ayant pas encore statué), comme l'était le dommage qui résulterait de sa délibération et qui ne pouvait pas être considéré comme imminent au sens de l'article 873 du Code de procédure civile.

**8** En principe, il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier l'opportunité de la décision d'agrément ou de refus d'agrément. Cette décision peut toutefois être contestée si elle a été prise irrégulièrement ou si elle est entachée de **fraude ou d'abus de droit** (Cass. com. 21-1-1970 n° 68-11.085 : JCP G 1970 II n° 16541 note B. Oppetit).

L'abus peut être caractérisé lorsque le refus d'agrément est justifié par des considérations étrangères à l'intérêt social (CA Paris 7-4-1995 : RJDA 3/96 n° 355). Si cette notion est généralement invoquée pour sanctionner des décisions prises par les associés en assemblée générale, la cour d'appel de Paris a jugé qu'elle pouvait également s'appliquer au vote émis par un conseil d'administration (CA Paris 31-3-2000 n° 98-12764 : RJDA 1/01 n° 43, retenant un abus de majorité).

**9** Rappelons enfin que, si le juge des référés peut intervenir à titre préventif pour **empêcher** la réalisation d'un **dommage imminent**, encore faut-il que ce préjudice soit certain et non seulement éventuel (cf. Cass. com. 13-5-2014 n° 13-13.344 F-D). La notion de trouble manifestement illicite ne peut, quant à elle, être invoquée qu'a posteriori, soit après la réalisation du trouble invoqué, et le juge des référés peut seulement être saisi pour y mettre fin.

## Le contentieux reste en cours

**10** Après que la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu cette décision, le juge-commissaire a ordonné la cession au profit du repreneur dont l'offre était la plus élevée. Le conseil d'administration de la société La Provence a donné son agrément à cette cession, mais pas à l'unanimité de ses membres. Cet agrément a été suspendu en référé jusqu'à l'examen au fond de sa validité. Affaire à suivre, donc.

## 2] Droits sociaux indivis : le mandataire judiciaire peut voter sans l'accord des indivisaires

Le mandataire désigné par un juge pour représenter les copropriétaires de parts sociales indivises aux assemblées d'associés doit recueillir l'avis des indivisaires sur le sens du vote à émettre mais il n'est pas lié par cet avis.

CA Versailles 31-3-2022 n° 21/05568

**1** Lors des **assemblées d'associés ou d'actionnaires**, les copropriétaires de droits sociaux indivis doivent être représentés par un **mandataire unique**, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux ; en cas de désaccord, ce mandataire est désigné **en justice** à la demande de l'indivisaire le plus diligent (C. civ. art. 1844, al. 2, applicable à toutes les sociétés, et C. com. art. L 225-110, spécifique aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions, sur renvoi de l'art. L 226-1).

**2** Un conflit opposait les membres d'une indivision qui détenaient la majorité des parts d'une société civile. Pour éviter tout blocage de fonctionnement de la société, les indivisaires avaient fait nommer un mandataire judiciaire, avec pour mission, notamment, de représenter les parts sociales indivises. Lors d'une assemblée générale des associés de la société, le mandataire judiciaire avait déclaré qu'il n'avait pas à **recueillir leur avis** pour déterminer dans quel sens voter. Il s'était abstenu de voter sur l'approbation des comptes et le quitus de la gérance, et avait **voté contre l'exclusion** d'un associé (par ailleurs l'un des indivisaires), alors que la majorité des membres de l'indivision souhaitait cette exclusion et avait remis au mandataire une note en ce sens.

Ces indivisaires avaient alors **demandé au juge des référés de révoquer le mandataire**, en se fondant sur l'article 835 du Code de procédure civile, selon lequel ce juge peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un **trouble manifestement illicite** même en présence d'une contestation sérieuse. Le juge des référés ne leur ayant pas donné satisfaction, les indivisaires concernés avaient relevé appel de sa décision.

**3** La **cour d'appel** de Versailles confirme la décision litigieuse, jugeant que la révocation du mandataire judiciaire ne pouvait pas en l'espèce être décidée par le juge des référés. Ce faisant, la cour apporte des **précisions inédites** sur l'étendue des pouvoirs et sur les devoirs de ce mandataire judiciaire.

### Liberté de vote du mandataire judiciaire

**4** La cour d'appel juge que le fait que le mandataire judiciaire ne vote pas dans le sens souhaité par les intéressés, même si ceux-ci étaient majoritaires au sein de l'indivision, ne constituait pas un trouble manifestement illicite. La mission du mandataire désigné en justice au titre de l'article 1844 du Code civil implique,

indique la cour, que ce mandataire recueille préalablement aux votes l'**avis**, mais pas l'**accord**, des indivisaires et agisse en fonction du seul **intérêt de l'indivision**, sous réserve de la mise en cause de son éventuelle responsabilité.

**5** Il a été précisé que la désignation par le juge du mandataire chargé de représenter les indivisaires en assemblée n'est pas subordonnée à une situation de crise aiguë de nature à paralyser le fonctionnement de la société (CA Paris 20-10-1999 n° 99-12.862 : RJDA 5/00 n° 543). Elle intervient toutefois dès lors qu'il existe un désaccord entre les indivisaires. Il semble ainsi de bon sens que ce mandataire n'ait pas à se conformer aux instructions unanimes de ces derniers sur le sens du vote à émettre. Il résulte de l'arrêt commenté que cet intérêt ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt des indivisaires majoritaires ; mais comment alors définir l'**intérêt de l'indivision**, qui doit guider le vote du mandataire judiciaire ? Il a été jugé qu'une opposition d'intérêts entre les indivisaires n'implique pas l'absence d'intérêt commun ; celui-ci est constitué par la **meilleure rentabilité** du bien indivis, à laquelle sont intéressés tous les indivisaires (Cass. 1<sup>o</sup> civ. 13-11-1984 n° 83-13.999 : Bull. civ. I n° 301, à propos de l'article 815-6 du Code civil qui permet au juge de prescrire toute mesure urgente que requiert l'intérêt commun de l'indivision). Selon nous, répond aussi à l'intérêt commun la mesure qui permet d'**éviter une perte**. C'est notamment pour lui permettre de dégager cet intérêt commun que la cour d'appel retient l'obligation pour le mandataire judiciaire de recueillir l'**avis consultatif** de chaque indivisaire.

Par ailleurs, comme le relève la cour d'appel, les titulaires de parts sociales indivises disposent des droits des associés autres que le droit de vote, notamment celui de participer aux assemblées générales (Cass. com. 21-1-2014 n° 13-10.151 F-PB : RJDA 5/14 n° 443) et d'obtenir les informations en rapport avec les résolutions proposées au vote des associés. Leur avis consultatif ne peut donc pas être exclu.

**6** Par la généralité de sa formule, la cour d'appel ne semble pas limiter la liberté de vote du mandataire judiciaire selon le **type de résolutions** sur lesquelles il peut être appelé à voter. La question se pose car le régime propre à l'indivision prévoit que le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer les **actes de disposition** et ceux qui ne relèvent pas de l'exploitation normale des biens indivis (C. civ. art. 815-3, al. 7). Or, l'exercice du droit de vote constitue, selon l'ordre du jour, un acte d'administration ou de disposition (Cass. com. 16-11-2004 n° 01-10.666 F-D : RJDA 8-9/05 n° 1053). En conséquence, lorsque les indivisaires confient, à la majorité des deux tiers des biens indivis, un mandat général d'administration à l'un d'eux ou à un tiers (cf. C. civ. art. 815-3, al. 3), ce dernier peut les représenter lors des assemblées

d'associés sans justifier d'un **mandat spécial**, mais un tel mandat, donné à l'**unanimité**, est requis pour les décisions relevant d'un acte de disposition, telle l'annulation des droits sociaux. Pour certains auteurs, il semble logique que le mandataire judiciaire dispose en revanche de la plénitude des pouvoirs quel que soit l'objet de la décision car sa désignation matérialise l'absence d'unanimité (en ce sens : B. Saintourens, Droit de vote attaché aux parts sociales ou actions indivises, Lexbase Hebdo éd. affaires 3-2-2011).

## Devoir de neutralité du mandataire judiciaire

**7** A l'appui de leur demande de révocation du mandataire judiciaire pour trouble manifestement illicite, les membres de l'indivision insatisfaits lui reprochaient d'avoir favorisé les intérêts de l'associé qu'ils souhaitaient évincer en refusant de voter son exclusion. La cour d'appel de Versailles juge très regrettable que le mandataire n'ait pas pris la peine, avant la première assemblée d'associés, de **rencontrer tous les indivisaires** afin de leur exposer le sens de sa mission. Elle considère toutefois que les indivisaires concernés ne démontraient pas avec l'évidence requise en référé qu'il aurait manqué à son **devoir d'impartialité** au cours de son mandat. Le mandataire pouvait décider de voter contre l'exclusion de l'intéressé sans que cette décision ne constitue une preuve d'une entente entre eux ; aucun trouble manifestement illicite n'était donc à relever à ce titre.

**8** La cour d'appel formule ainsi une **recommandation pratique** à l'intention des mandataires judiciaires, pour qu'ils ne soient pas pris à partie par les indivisaires, voire, comme en l'espèce, mis en difficulté au cours même des assemblées. L'obligation de neutralité, qui se déduit du devoir de loyauté de tout mandataire, peut être difficile à mettre en œuvre lorsque c'est un indivisaire qui est désigné représentant des indivisaires par le juge, comme cela lui est permis y compris en présence d'un différend entre eux (Cass. com. 10-7-2012 n° 11-21.789 F-PB : RJDA 11/12 n° 974).

## Actions pouvant être exercées par les indivisaires

**9** Comme le rappelle la cour d'appel, les indivisaires qui reprochent au mandataire judiciaire un manquement à ses obligations peuvent engager sa **responsabilité civile** par une action au fond. Ils ne peuvent en revanche obtenir son **remplacement** par une procédure de référé que dans des circonstances exceptionnelles, comme l'illustre la décision commentée. Si le conflit conduit à une paralysie de la société, les indivisaires peuvent demander au juge des référés de nommer un **administrateur provisoire** chargé de gérer les affaires sociales ; en effet, le droit de demander un tel administrateur leur est ouvert individuellement (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 17-1-2019 n° 17-26.695 FS-PBI : RJDA 4/19 n° 258).

**10** Lorsqu'un mandataire judiciaire est désigné en vue d'une assemblée précise, il nous semble que le juge des référés pourrait, à la demande d'indivisaires, donner au mandataire des **directives**, soit pour s'abstenir, soit pour voter dans un sens déterminé, en se fondant sur les articles 834 et 872 du Code de procédure civile, qui lui permettent, lorsqu'il y a **urgence** (ce qui sera souvent le cas en raison de la proximité de la date de la décision à prendre), d'ordonner les **mesures conservatoires** que justifie l'existence d'un différend.

**11** En cas de conflit persistant entre indivisaires, chacun d'eux peut demander le **partage** des droits sociaux (C. civ. art. 815). Un partage partiel peut être décidé, l'indivision subsistant entre les indivisaires qui le souhaitent (C. civ. art. 824 ; CPC art. 1381). A défaut d'accord entre les parties, le partage est prononcé en justice (C. civ. art. 840). Pour la cour d'appel, seule une sortie de l'indivision était en l'espèce de nature à permettre une réelle solution au conflit entre les indivisaires.

## 3 Apport partiel d'actif soumis au régime simplifié des scissions et distribution des actions d'apport

Selon l'Ansa, en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime simplifié des scissions avec distribution des actions d'apport aux actionnaires de la société apporteuse, par imputation sur ses comptes de réserves, il n'y a pas lieu de réunir une assemblée de celle-ci.

Une société anonyme (SA) apporte une partie de son actif à une société nouvelle créée à cet effet. Les parties soumettent l'opération au régime simplifié des scissions, la société bénéficiaire étant détenue à 100% par la société apporteuse (C. com. art. L 236-22, al. 1 et 2).

Le traité d'apport prévoit que les **actions** émises par la société bénéficiaire en rémunération de l'apport seront **distribuées aux actionnaires de la société apporteuse au prorata de leur participation** dans le capital de cette dernière, la distribution étant imputée sur ses comptes de réserves.

Dans le **régime de droit commun** de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, une assemblée générale mixte de

la société apporteuse peut à la fois approuver le traité d'apport et la décision de distribution des actions.

Dans le **régime simplifié** des scissions, la société apporteuse n'a pas à faire approuver l'opération par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires (C. com. art. L 236-22, al. 2). Doit-elle cependant réunir une **assemblée générale ordinaire** (AGO) pour décider de la distribution des actions ?

Saisie de cette question, l'Association nationale des sociétés par actions (Ansa) précise que **deux interprétations** sont possibles : - soit on considère que la décision de distribution des actions d'apport s'apparente à une forme de distribution des réserves, ce qui implique la réunion d'une AGO conformément au droit commun ;

- soit on regarde l'attribution des actions d'apport comme étant étroitement liée à l'opération d'apport elle-même, le régime est alors simplifié pour l'ensemble de l'opération et il n'y a pas lieu de tenir une AGO.

L'Ansa retient la **seconde interprétation**, réaffirmant une solution qu'elle avait déjà développée (Communication Ansa, comité juridique n° 04-026 du 3-3-2004). Dans un tel cas, il ne s'agit pas d'une décision de distribution, mais de la conséquence de l'apport partiel d'actif, ces deux étapes s'analysant comme une **opération unique**.

Fiscalement, cette opération d'attribution des actions n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers, notamment sous la condition que l'attribution soit proportionnelle à la participation des actionnaires dans le capital de la société apporteuse (CGI art. 115-2).

Communication Ansa, comité juridique n° 22-029 du 6-7-2022

#### A NOTER

La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider de soumettre l'opération aux dispositions relatives à la fusion et à la **scission** (C. com. art. L 236-6-1 et L 236-22, al. 1). Lorsqu'une scission est réalisée par **apports à des SA nouvelles**, chacune des sociétés nouvelles peut être constituée sans autre apport que celui de la société scindée (C. com. art. L 236-17, al. 1). **Les associés** de la société qui transmet son patrimoine dans le cadre d'une telle opération **reçoivent des actions** de la société bénéficiaire (C. com. art. L 236-1, al. 4). L'Ansa précise que la distribution des titres doit s'imputer sur un **poste du passif** : capital, réserves ou primes, bénéfices. ■



Mémento

Sociétés commerciales n° 83634

## 4 Un acte conclu par un mandataire apparent n'engage pas une société si elle est étrangère à l'apparence

Pour qu'une société soit engagée en vertu d'un mandat apparent, il faut que la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire soit légitime, et donc que les circonstances, auxquelles la société n'est pas étrangère, l'autorisaient à ne pas vérifier les limites de ces pouvoirs.

La cour d'appel de Paris condamne une société à payer des prestations de transport de colis exécutées par le transporteur sur ordre d'une personne physique qui s'était prétendue le mandataire de la société. La cour retient que la société, victime d'une escroquerie commise par cette personne, avait déposé plainte, au vu notamment d'une facture adressée par le transporteur, mais qu'elle n'en avait informé ce dernier que 5 mois après, bien qu'ayant ensuite reçu plusieurs autres factures ; la société ne pouvait pas reprocher au transporteur un défaut de diligences qu'elle n'avait pas entreprises elle-même ; compte tenu de son activité, le transporteur était autorisé à ne pas vérifier l'exactitude des pouvoirs de la personne physique, qui lui étaient déclarés sur l'honneur, au visa de données ayant l'apparence de la sincérité, et il avait donc été légitime à accepter les informations fournies.

Décision censurée par la Cour de cassation. Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances, auxquelles le mandant n'est pas complètement étranger, autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs. En l'espèce, la cour d'appel aurait dû rechercher si la société avait ou non été complètement étrangère à l'apparence créée.

Cass. com. 29-6-2022 n° 20-16.035 F-D, Sté Auxceon c/ Sté Chronopost

#### A NOTER

Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs (jurisprudence constante depuis Cass. ass. plén. 13-12-1962 n° 57-11.569 : Bull. ass. plén. n° 2). Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un mandat apparent engageant une société, alors que le prétendu mandataire est démuné de tout pouvoir, la Cour de cassation écarte le **caractère légitime de la croyance du tiers** à l'étendue des pouvoirs du mandataire si la société est demeurée complètement étrangère à l'apparence alléguée (Cass. com. 12-12-1973 n° 72-12.979 : Bull. civ. IV n° 361 ; Cass. com. 9-3-1999 n° 96-13.782 : RJDA 4/99 n° 464).

Par exemple, il a été jugé qu'une société était tenue de payer les véhicules commandés par une personne physique dès lors qu'elle n'avait pas protesté en recevant les factures concernant la commande et que cette personne avait à plusieurs reprises passé des commandes confirmées par la société ; il résultait de ces circonstances, auxquelles la société n'était pas étrangère, que le vendeur était légitimement fondé à croire que la personne physique était mandataire de l'acquéreur sans avoir à vérifier l'étendue de ses pouvoirs du moment où elle a passé cette commande (Cass. com. 15-3-1984 n° 82-15.081 : Bull. civ. IV n° 106).

Dans l'affaire commentée, le prétendu mandataire apparent avait commis des infractions (usage de faux et usurpation d'identité) pour conclure le contrat litigieux au nom et pour le compte de la société. Il ne résultait pas des constatations de l'arrêt d'appel qu'il eût existé un quelconque lien entre cette dernière et le prétendu mandataire ou une relation contractuelle antérieure avec le tiers. ■



Mémento

Sociétés commerciales n° 10150

## 5 Un administrateur ne peut pas imposer un vote à bulletin secret au conseil d'administration

En l'absence de dispositions spécifiques prévues par le règlement intérieur d'un conseil d'administration, l'Ansa estime qu'un administrateur ne dispose pas du droit d'imposer un vote à bulletin secret pour une délibération du conseil.

Aucun texte ne précise quel est le **mode de scrutin** pour l'adoption des délibérations du conseil d'administration. Cette question relève soit des statuts (C. com. art. L 225-36-1), soit du règlement intérieur du conseil d'administration, ou même encore d'une décision du conseil d'administration.

En l'**absence de dispositions spécifiques des statuts ou du règlement intérieur**, certains administrateurs pourraient-ils exiger un vote à bulletin secret ?

Pour l'Association nationale des sociétés par actions (Ansa), la **liberté d'expression**, qui est une liberté publique et sous-tend le secret d'un scrutin politique, n'a pas **vocation à s'appliquer** au vote des délibérations du conseil d'administration. Un administrateur ne peut donc pas imposer un vote à bulletin secret et c'est au conseil de déterminer son mode de fonctionnement.

Le vote devrait, en principe, s'exprimer ouvertement compte tenu de la collégialité du conseil d'administration en réservant, dans le règlement intérieur ou sur proposition du président du conseil dûment validée par un vote de la majorité des administrateurs, la possibilité de voter à bulletin secret pour certaines

décisions individuelles (rémunération, nomination ou révocation, par exemple).

Communication Ansa, comité juridique n° 22-030 du 6-7-2022

### A NOTER

A défaut de dispositions spécifiques dans le règlement intérieur ou dans les statuts, la détermination du mode de scrutin pour le vote d'une délibération relève de la compétence du conseil d'administration. La décision de cet organe suppose donc un vote aux conditions de quorum et de majorité prévue à l'article L 225-37 du Code de commerce (présence d'au moins la moitié des administrateurs et vote à la majorité relative sauf majorité plus forte prévue par les statuts), de sorte qu'un actionnaire ne dispose d'aucun droit individuel en la matière.

La **solution est transposable** au vote des délibérations du conseil de surveillance et du directoire. ■



Mémento

Sociétés commerciales n° 40743

## 6 Une action de concert peut avoir pour but d'empêcher un retrait obligatoire après une OPA

Constitue une action de concert l'accord entre plusieurs personnes destiné à faire obstacle au retrait obligatoire envisagé par l'initiateur d'une OPA, cet accord ayant pour objectif la gestion des participations des concertistes et de la société cible.

Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui :

- ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir son contrôle (C. com. art. L 233-10, I) ;

- ont conclu un accord avec l'auteur d'une offre publique d'acquisition (OPA) visant à obtenir le contrôle de la société cible ou celles qui ont conclu un accord avec la société pour faire échouer cette offre (art. L 233-10-1).

Le 29 décembre 2018, une société annonce dans un communiqué de presse l'entrée en négociations exclusives de son actionnaire majoritaire avec un fonds d'investissement portant sur une cession de participation majoritaire suivie d'une OPA. Elle précise ultérieurement que le fonds acquéreur a l'intention de mettre en œuvre une procédure de retrait obligatoire. A l'issue de l'OPA, le fonds n'acquiert que 88% du capital et des droits de vote de la société cible, ce qui l'empêche de procéder au retrait obligatoire. Considérant que quatre sociétés d'un même groupe, une société de gestion et leur actionnaire commun avaient agi de concert pour acquérir des titres de la société cible, l'Autorité des marchés financiers (AMF) les poursuit pour ne pas avoir déclaré le franchissement du seuil de 5% de détention en capital, les acquisitions de titres réalisées pendant la période d'offre ainsi que leurs intentions au regard de l'OPA.

Les personnes mises en cause soutiennent notamment que la notion de politique commune visée à l'article L 233-10 exclut les accords ponctuels limités dans le temps qui visent à faire obstacle à un projet de retrait envisagé dans le contexte d'une OPA et qui n'impliquent pas de coordination en matière d'exercice de droit de vote au sein de la société cible.

La commission des sanctions de l'AMF écarte cet argument et juge au contraire que, dans le cadre d'une OPA, si l'article L 233-10-1 du Code de commerce prévoit un cas particulier d'action de concert, il n'exclut pas que d'autres accords puissent caractériser une telle action au sens de l'article L 233-10 du même Code. Tel est le cas d'un accord entre plusieurs personnes prévoyant une **stratégie destinée à faire obstacle au retrait obligatoire** envisagé par l'initiateur d'une OPA, dont l'objectif vise la gestion des participations des parties à l'accord et la gestion de la société cible, chacun de ses objectifs caractérisant une politique commune vis-à-vis de celle-ci.

Une **présomption d'action de concert** existait entre les personnes poursuivies puisque l'actionnaire contrôlait directement ou indirectement la société de gestion et les sociétés du groupe

dont certaines étaient dirigées par lui (C. com. art. L 233-10, II). Il résultait des éléments suivants qu'une action de concert était établie :

- entre la société de gestion et l'actionnaire au cours d'une première période durant laquelle des échanges avaient démontré un accroissement de la prise de participation de la société de gestion dans le capital de la société cible sur intervention directe de l'actionnaire ainsi que l'évocation, dès le 22 mars 2019, de la possibilité de faire obstacle à un éventuel retrait obligatoire ;

- entre les sociétés du groupe, la société de gestion et leur actionnaire, au cours d'une seconde période où, du fait de la réglementation interdisant à la société de gestion d'accroître davantage sa participation au capital de la société cible, les sociétés du groupe avaient commencé à acquérir des actions de la société cible à l'initiative de l'actionnaire dans le but exprimé de s'approcher du seuil permettant de faire obstacle au retrait obligatoire.

Après avoir additionné les participations détenues par les concertistes, la commission des sanctions de l'AMF constate que ceux-ci n'avaient pas respecté leurs obligations déclaratives et condamne chacune des sociétés du groupe, la société de gestion (qui avait aussi commis un manquement à son obligation d'indépendance) et leur actionnaire à des **sanctions pécuniaires** pour des montants respectifs de 200 000 €, 400 000 € et 600 000 €.

AMF comm. sanc. II-7-2022 n° 2022-09

### A NOTER

1° Pour la première fois à notre connaissance, l'AMF précise que les situations d'**action de concert prévues en cas d'OPA** par l'article L 233-10-1 du Code de commerce ne sont pas limitatives et qu'elles n'excluent pas la reconnaissance d'une action de concert sur le fondement de l'article L 233-10 du même Code.

2° La Cour de cassation avait déjà jugé que la « **politique vis-à-vis de la société** » au sens de l'article L 233-10 du Code de commerce ne se limite pas à une politique sociale visant à influencer la gestion ou la stratégie économique, commerciale ou industrielle de la société mais pouvait aussi ne concerner qu'une stratégie des concertistes entre eux (Cass. com. 27-10-2009 n° 08-17.782 FS-D : BRDA 21/09 inf. 23 n° 3). La décision commentée s'inscrit dans le cadre de cette large appréciation de la notion de politique vis-à-vis de la société, dont elle fournit une nouvelle illustration. ■



Mémento

Sociétés commerciales n° 64160

## 7 Revendication d'un bien : il appartient au revendiquant de prouver qu'il existait en nature

La preuve que les biens revendiqués se trouvaient en nature entre les mains du débiteur lors de l'ouverture de la procédure collective incombe au revendiquant si l'inventaire n'est pas incomplet.

Peuvent être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure collective, les biens vendus au débiteur avec une clause de réserve de propriété (C. com. art. L 624-16, al. 2).

Un fournisseur vend, avec réserve de propriété, divers matériels à une société. Après la mise en liquidation judiciaire de cette dernière, une banque qui a acquis les factures du fournisseur revendique les matériels demeurés impayés mais le liquidateur s'oppose à la restitution d'une partie d'entre eux.

La cour d'appel de Grenoble ordonne la restitution de tous les biens revendiqués en se fondant sur le raisonnement suivant : dans l'inventaire de la société, qui détaille les biens d'exploitation et les stocks, les petites pièces détachées n'étaient pas décrites mais mentionnées pour mémoire ; l'inventaire ne correspondait pas à la liste complète des biens revendiqués par la banque ; l'inventaire étant incomplet, il appartenait aux organes de la procédure de prouver que les biens revendiqués ne se trouvaient plus en nature entre les mains du débiteur au jour de l'ouverture de la procédure.

La Cour de cassation censure cette décision. Il appartient au revendiquant de biens mobiliers d'apporter la preuve que les biens revendiqués se retrouvent en nature entre les mains du débiteur au jour de l'ouverture de la procédure collective, sous réserve de l'établissement d'un inventaire. Ayant relevé que l'inventaire détaillait sur de nombreuses pages les biens d'exploitation et les stocks, la cour d'appel ne pouvait pas déduire son caractère incomplet du seul fait qu'il ne correspondait pas à la liste des biens revendiqués par la banque ; il appartenait donc à cette dernière d'établir l'existence en nature des biens non inventoriés qu'elle revendiquait.

Cass. com. 14-9-2022 n° 21-10.759 F-D, Sté B. ès qual. c/ Sté BNP Paribas Lease Group

### A NOTER

Dès l'ouverture de la procédure collective, un inventaire du patrimoine du débiteur qui constitue le gage de ses

créanciers professionnels, ainsi que des garanties qui le grèvent, est réalisé ; cet inventaire est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient susceptibles d'être revendiqués par un tiers (C. com. art. L 622-6, L 631-14 et L 641-1, II-al. 7). En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'inventaire est réalisé par des professionnels désignés par le tribunal, alors qu'il peut être fait par le débiteur en cas de sauvegarde (art. précités). Cet inventaire peut être utile à celui qui revendique certains biens dans le cadre de la procédure collective. Il peut lui permettre de rapporter la preuve, qui est à sa charge, que les biens revendiqués se trouvaient, à l'ouverture de la procédure, en nature (c'est-à-dire non transformés ni durablement incorporés à un autre bien) entre les mains du débiteur (Cass. com. 11-6-2014 n° 13-14.844 F-PB : RJDA 11/14 n° 854 ; Cass. com. 31-5-2016 n° 14-25.999 F-D : RJDA 1/17 n° 36) ou d'un tiers les détenant pour le compte de celui-ci (Cass. com. 8-3-2017 n° 15-18.614 F-D : RJDA 5/17 n° 356). Cependant, en l'absence d'inventaire (Cass. com. 1-12-2009 n° 08-13.187 F-PB : RJDA 5/10 n° 541) ou lorsque l'inventaire est incomplet, sommaire ou inexploitable, ce qui équivaut à une absence d'inventaire (Cass. com. 25-10-2017 n° 16-22.083 F-PBI : RJDA 2/18 n° 157 ; Cass. com. 21-10-2020 n° 19-15.685 : BRDA 23/20 inf. 10), il incombe à l'administrateur ou au liquidateur judiciaire du débiteur, qui s'oppose à la revendication, de prouver que les biens revendiqués n'existaient plus en nature entre les mains du débiteur au jour de l'ouverture de la procédure.

C'est cette dernière règle qu'avait appliquée ici la cour d'appel mais sans caractériser le caractère incomplet de l'inventaire. Le fait qu'on n'y retrouvait pas les biens revendiqués était insuffisant à cet égard, l'absence de ces biens pouvant notamment s'expliquer par leur revente, par leur intégration dans un autre bien ou encore par leur transformation. Par suite, la charge de la preuve de l'existence en nature des biens lors de l'ouverture de la procédure pesait sur le revendiquant. ■



Mémoire

Droit commercial n° 61750

## 8 Ne pas coopérer aux opérations de la procédure ne justifie pas une condamnation à combler le passif

Le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire ne pouvant être condamné à combler le passif que pour des fautes antérieures à l'ouverture de la procédure collective, il ne peut pas l'être pour n'avoir pas coopéré avec les organes de cette procédure.

Le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire peut être condamné à supporter l'insuffisance d'actif de la société s'il a commis une ou plusieurs fautes de gestion y ayant contribué (C. com. art. L 651-2).

La cour d'appel de Paris a été appelée à rappeler que la faute de gestion doit avoir été commise avant l'ouverture de la liquidation judiciaire dans l'affaire suivante. Une SARL spécialisée dans le commerce d'œuvres d'art et de bijoux est placée en liquidation judiciaire après que son gérant et associé unique a déclaré la cessation des paiements. Reprochant notamment à ce dernier

de ne pas avoir coopéré aux opérations de la procédure collective, le liquidateur le poursuit en responsabilité pour insuffisance d'actif.

La cour d'appel de Paris rejette la demande du liquidateur : le **défaut de coopération** avec les organes de la procédure collective étant **nécessairement postérieur au jugement d'ouverture** de cette procédure, il ne peut pas constituer une faute de gestion donnant lieu à responsabilité pour insuffisance d'actif.

La cour d'appel ajoute que le liquidateur, qui entendait en réalité stigmatiser les manquements du gérant dans la disparition des actifs de la société avant sa mise en liquidation judiciaire, ne démontrait **aucune faute de gestion** en ce sens. En effet, la **cession du droit au bail** opérée avant l'ouverture de la procédure par le gérant, dont il n'était pas établi qu'il en avait personnellement tiré profit, avait **permis d'apurer une partie du passif** de la société. Par ailleurs, le fait que le **stock** de la société avait, après cette cession, été entreposé dans les locaux d'une société tierce et **vendu** par elle pour non-paiement des factures de location de ces locaux par le **gérant** ne pouvait pas être imputé à ce dernier, qui **s'était vivement opposé** à cette vente.

CA Paris 8-7-2022 n° 20/04670

#### A NOTER

La **responsabilité** pour insuffisance d'actif des dirigeants ne peut concerner que leur **gestion antérieure au jugement d'ouverture** de la liquidation judiciaire (cf. Cass. com. 28-2-1995 n° 92-18.572 D : RJDA 5/95 n° 651 ; Cass. com. 14-3-2000 n° 97-17.753 P : RJDA 7-8/00 n° 788 ; Cass. com. 29-11-2016 n° 15-10.466 F-D : RJDA 2/17 n° 104). Elle peut être engagée à raison des **fautes commises entre l'ouverture du redressement et celle de la liquidation judiciaire** qui lui a succédé (Cass. com. 22-1-2020 n° 18-17.030 F-PB : RJDA 4/20 n° 231). L'arrêt commenté s'inscrit dans le droit-fil de cette jurisprudence.

L'**absence de coopération avec les organes** de la liquidation peut toutefois justifier le prononcé contre lui d'une mesure de **faillite personnelle ou d'interdiction de gérer**, si le liquidateur prouve que cette absence est volontaire et qu'elle fait obstacle au bon déroulement de la procédure (C. com. art. L 653-5, 5° et L 653-8). ■



Mémento

Sociétés commerciales n° 91553

## CONTRATS

### 9 Pas d'exécution forcée d'une promesse de vente immobilière ne valant pas vente

Lorsque les parties à une promesse synallagmatique de vente ont fait de la réitération de la vente devant notaire une condition essentielle de leur consentement, la promesse ne vaut pas vente et devient caduque si cette formalité n'est pas effectuée dans le délai convenu.

Une promesse synallagmatique de vente d'un immeuble est conclue en 1997 mais la **vente n'est pas réitérée devant notaire dans le délai prévu** à cet effet par la promesse. L'acquéreur demande l'exécution forcée de la vente en 2016, soutenant que le délai fixé pour la réitération par acte authentique n'était pas stipulé à peine de caducité de la promesse mais constituait la date à partir de laquelle l'une des parties peut contraindre l'autre à s'exécuter ; en outre, la promesse précisait qu'elle « lie définitivement les parties » et constate leur accord sur le bien vendu et son prix.

La demande d'exécution forcée de la vente est rejetée.

La **réitération de la promesse par acte authentique** dans un délai de deux ans était stipulée comme **condition essentielle** sans laquelle les parties n'auraient pas contracté ; la mention selon laquelle la convention liait définitivement les parties montrait que celles-ci avaient voulu affirmer expressément leur intention de s'assujettir à toutes les conditions convenues dans l'avant-contrat pour parvenir à la conclusion de l'opération qu'elles avaient décidée dans son principe et le recours à l'exécution forcée supposait un empêchement à la signature de l'acte authentique survenu au cours du délai maximal de deux années.

Il en résultait que la **promesse de vente ne valait pas vente** et, le terme de la condition essentielle ayant été dépassé sans que la réalisation de la vente ait été sollicitée, le contrat de vente ne s'était pas valablement formé et la promesse était devenue caduque.

Cass. 3° civ. 7-9-2022 n° 21-17.628 F-D, X c/ Sté Cap d'Ail

#### A NOTER

En principe, le **dépassement du délai** prévu par la promesse synallagmatique pour la réitération de la vente par acte authentique n'est pas sanctionné par la **caducité** de la promesse et de la vente déjà formée (Cass. 3° civ. 18-2-2009 n° 08-10.677 FS-PB : Bull. civ. III n° 47). L'expiration de ce délai détermine simplement le moment à compter duquel le contractant le plus diligent a la possibilité de mettre l'autre en demeure de régulariser l'acte authentique et, à défaut pour celui-ci de s'exécuter spontanément, de demander en justice soit l'**exécution forcée** de la vente – si les conditions suspensives sont réalisées à cette date (Cass. 3° civ. 4-2-2021 n° 20-15.313 F-D : BPIM 2/21 inf. 128) – soit sa résolution (Cass. 3° civ. 29-11-2000 n° 98-20.502 FS-D : RJDA 4/01 n° 434 ; Cass. 3° civ. 30-11-2017 n° 16-25.107 F-D : RJDA 3/18 n° 219).

Mais il en va autrement si la **promesse prévoit** que le non-respect de ce délai est sanctionné par la **caducité** ou lorsque les **parties ont fait de la réitération** par acte notarié un **élément constitutif de leur consentement** (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 9-7-2014 n° 13-12.470 FS-D : RJDA 2/15 n° 77 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 30-11-2017 précité). Lorsque la réitération de la vente a été érigée, comme dans l'affaire commentée, en condition essentielle du consentement des parties, cette formalité ne peut plus être considérée comme une simple modalité d'exécution de la vente mais bien

comme un élément de validité de celle-ci, au même titre que l'accord des parties sur le bien vendu et son prix. Dès lors, la promesse ne vaut pas vente parfaite en l'absence d'établissement de l'acte authentique de vente dans le délai convenu (Cass. com. 25-9-2012 n° 11-24.524 F-D : RJDA 1/13 n° 23). ■



Mémento

Droit commercial n° 10262

## 10 Litiges visés par une clause d'arbitrage dans un contrat international

La clause compromissoire d'un contrat international doit s'appliquer en cas de litige portant sur la validité des garanties bancaires émises au profit des cocontractants, le lien entre ces garanties et le contrat principal étant évident, peu important que le garant ne soit pas partie au contrat contenant la clause.

Une société française conclut avec une société iranienne un **contrat de construction d'une structure de stockage de gaz naturel en Iran**. Le contrat contient une clause d'arbitrage qui prévoit « la compétence d'un tribunal arbitral si un litige ou différend de quelque nature que ce soit survient entre la société et le contractant en relation avec ou découlant du contrat ou de l'exécution des travaux ou après leur achèvement, et que ce soit avant ou après la résiliation, l'abandon ou la rupture du contrat ». Des garanties bancaires sont émises au profit de la société iranienne par une banque iranienne, contre garanties par une banque française. **La société iranienne transfère ultérieurement le contrat de construction à une autre société iranienne**. Cette dernière résilie ensuite ce contrat, reprochant à la société française des manquements dans son exécution.

Les **garanties et contre-garanties bancaires** étant alors appelées, la société française demande au **tribunal de commerce de Paris de prononcer leur nullité** : elle soutient qu'elles ne sont pas valables car elles n'ont pas été transférées à la seconde société iranienne en même temps que le contrat de construction.

Saisie du litige, la cour d'appel de Paris juge le tribunal de commerce incompétent. En effet, en présence d'une clause compromissoire, alors même que le tribunal arbitral n'est pas saisi, le juge étatique doit se déclarer incompétent, à moins qu'un **examen sommaire** ne lui permette de constater la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause, priorité étant réservée à l'arbitre auquel il appartient de statuer sur sa propre compétence pour juger de la validité et de l'efficacité de cette clause (CPC art. 1448 et 1506).

En l'espèce, la question de savoir si les garanties avaient été cédées en même temps que le contrat contenant la clause d'arbitrage entretenait un **lien évident** avec celui-ci. En outre, la société de construction indiquait elle-même que tout l'**équilibre et la faisabilité du projet** reposaient sur un système de garanties et que les

garanties et contre-garanties avaient été émises en application du contrat.

Par suite, la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable et le tribunal arbitral était prioritairement compétent pour se livrer à son interprétation afin de déterminer si l'ac-tion entraînait dans son champ d'application, peu important que la banque iranienne n'ait pas signé le contrat de construction, l'**effet relatif des contrats** n'étant pas de nature à faire obstacle au renvoi du litige à l'arbitrage.

CA Paris 24-5-2022 n° 21/21700, Sté TCM FR SA c/ Sté Natural Gas Storage Company

### A NOTER

La clause d'arbitrage doit être appliquée à tous les **litiges qui présentent un lien avec le contrat**, tel celui se rapportant aux conditions dans lesquelles il a été mis fin au contrat et aux conséquences qui en résultent (Cass. 1<sup>e</sup> civ. 8-7-2010 n° 09-67.013 FS-PBI : D. 2010 p. 1797 obs. X. Delpech). Il a déjà été jugé que la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'**application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter**, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant ; la circonstance que l'implication du tiers dans l'exécution du contrat stipulant la clause résulte d'obligations contractées en vertu d'un autre contrat n'exclut pas que cette implication emporte extension de la clause compromissoire à ce tiers (CA Paris 18-12-2018 n° 16/24924). ■



Mémento

Droit commercial n° 70872 s.

## 11 Absence d'abus du franchiseur qui refuse de renouveler le contrat : illustration

Le refus d'un franchiseur de renouveler le contrat de franchise n'est pas abusif dès lors qu'il n'a pas fait croire au franchisé que le renouvellement était acquis et qu'il n'a pas excédé ses prérogatives d'organisation du réseau au détriment du franchisé.

Un franchiseur refuse de renouveler à son expiration un contrat de franchise d'une durée de sept ans renouvelable par tacite reconduction qu'il avait conclu avec une société. La société franchisée réclame des dommages-intérêts, soutenant que ce refus est abusif.

Sa demande est rejetée. Il appartient au franchisé d'établir la **déloyauté contractuelle du franchiseur à l'occasion de l'exercice de son droit de non-renouvellement**, à partir des circonstances propres au non-renouvellement. Cette **preuve n'était pas apportée** par le franchisé pour les raisons suivantes. Il n'était pas établi que le franchiseur ait, par son attitude, laissé croire que le contrat serait renouvelé à son échéance et qu'il ait exposé la société franchisée à effectuer des investissements, à supporter des coûts ou à s'endetter dans des proportions excessives. En souscrivant le contrat de franchise, qui était clair quant à l'existence de la faculté de chaque partie de faire obstacle au renouvellement du contrat par tacite reconduction, la société franchisée avait pris le risque du non-renouvellement du contrat à son échéance, ce qui la privait de la possibilité de se plaindre des conséquences nécessaires du non-renouvellement, telles les prétendues atteintes à sa réputation commerciale ou professionnelle ou la prétendue perte des fruits de la revente ou de la relocation des lots apportés en gestion. En l'absence de manquement contractuel du franchiseur, rien ne permettait de retenir que celui-ci, en mettant fin simultanément à un nombre important de contrats de franchise,

ait excédé ses prérogatives liées à l'organisation du réseau, au préjudice de la société franchisée.

Cass. com. 7-9-2022 n° 21-17.914 F-D, X c/ Sté Fonia franchise

### A NOTER

Le refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée n'ouvre pas droit à indemnité, sauf si le refus est abusif (Cass. com. 23-5-2000 n° 97-10.553 FS-D : RJDA 11/00 n° 973 ; Cass. com. 15-1-2008 n° 06-14.698 FS-PB : RJDA 4/08 n° 396). Le principe n'a pas été remis en cause par la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 : en vertu du nouvel article 1212, al. 2 du Code civil, nul ne peut exiger le renouvellement d'un contrat à durée déterminée. Le refus de renouvellement peut aussi donner lieu à indemnisation lorsque l'auteur du refus n'a pas respecté les conditions et le formalisme prévus par le contrat pour ce refus.

Enfin, une indemnisation peut être prévue par le contrat lui-même ou par la loi. Par exemple, l'agent commercial statutaire a droit à une indemnité compensatrice en cas de non-renouvellement de son contrat par le mandant (C. com. art. L 134-12, al. 1) ou si l'agent refuse de conclure un nouveau contrat à l'expiration du précédent (Cass. com. 21-6-2017 n° 15-29.127 FS-PBI : RJDA 1/18 n° 17). ■



Mémento

Droit commercial n° 16193

## 12 Acceptation d'une clause limitative de responsabilité contenue dans des conditions générales de vente

Une clause limitative de responsabilité insérée dans les conditions générales d'un contrat établi par un professionnel doit avoir été connue et acceptée par l'autre professionnel pour lui être opposable.

Pour l'exécution d'un contrat de sous-traitance, le sous-traitant commande à une société des menuiseries extérieures. Plusieurs **panneaux étant défectueux**, le fournisseur les remplace. Mais, le sous-traitant s'étant vu facturer des pénalités de retard, il demande également la réparation de son préjudice au fournisseur. Ce dernier lui oppose alors une clause du contrat **limitant** sa responsabilité au remplacement des panneaux défectueux.

La demande du sous-traitant est rejetée. Il résultait en effet des éléments suivants que le sous-traitant avait eu **connaissance de la clause litigieuse** et l'avait acceptée : le fournisseur produisait une copie de son **offre** comportant, au **recto**, une référence à ses conditions générales figurant au verso et, au **verso**, une clause de limitation de sa responsabilité au remplacement pur et simple

de la marchandise à l'exception de tous autres frais et indemnités de quelque nature que ce soit ; c'est à la suite de cette offre que le sous-traitant lui avait commandé les panneaux litigieux ; le sous-traitant n'expliquait aucunement pourquoi il n'aurait pas connu cette limitation de la responsabilité contractuelle du fournisseur qui, lui, en avait justifié.

Cass. com. 14-9-2022 n° 20-20.736 F-D, Sté Raub Lannion miroiterie c/ Sté Vetisol

### A NOTER

Les conditions générales invoquées par une partie n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées (C. civ. art. 1119 issu de ord. 2016-131 du 10-2-2016 ; auparavant, Cass. com. 28-4-1998 n° 95-20.290 D : RJDA 8-9/98 n° 938).

Cette **connaissance** et cette **acceptation** des conditions générales entre professionnels sont essentiellement déduites du fait que l'autre partie a signé un document y faisant expressément référence (Cass. 1<sup>e</sup> civ. 16-2-1999 n° 96-19.469 P : RJDA 4/99 n° 499 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ. 27-2-2013 n° 11-23.520 F-D : BRDA 6/13 inf. 14 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ. 13-2-2019 n° 18-11.609 F-D : RJDA 8-9/19 n° 597). Les relations d'affaires sont parfois également prises en considération (Cass. com. 11-10-2005 n° 97-14.072 F-D ; en sens contraire, Cass. 1<sup>e</sup> civ. 18-10-2005 n° 03-18.467 P : RJDA 4/06

n° 378 et Cass. com. 16-3-2022 n° 20-22.269 F-D : BRDA 10/22 inf. 14).

L'arrêt ci-dessus rendu à propos d'une clause limitative de responsabilité insérée dans des conditions générales est dans le droit-fil de cette jurisprudence en retenant qu'au recto de l'offre il était fait référence aux conditions générales figurant au verso. On ne peut que conseiller aux professionnels de lire attentivement celles-ci. ■



Mémento

Droit commercial n°s 12145 et 15316

## 13 Nullité d'un contrat demandée par voie d'exception ou par demande reconventionnelle

Lorsque, poursuivie en exécution d'un contrat, une partie invoque la nullité du contrat et demande la restitution des sommes déjà versées, elle forme une demande reconventionnelle et non pas une exception de nullité.

Une société ayant souscrit un **contrat d'abonnement** de surveillance et de **location de matériel** cesse d'en payer les mensualités. Le prestataire demande en justice la résiliation du contrat et le règlement de certaines sommes. La société sollicite alors l'annulation du contrat pour dol et la restitution des sommes qu'elle a versées en exécution de celui-ci. Cette demande, introduite plus de 5 ans après la conclusion du contrat, est-elle prescrite ?

Une cour d'appel répond par la négative : le délai de prescription de 5 ans n'est applicable que lorsque la nullité est soulevée par voie d'action, l'exception de nullité étant perpétuelle ; bien que le contrat ait été signé en 2012 et que la nullité ait été soulevée par conclusion en 2018, la prescription n'était donc pas acquise. La Cour de cassation censure cette décision : la société a formé une **demande tendant à l'annulation du contrat et à la restitution des sommes versées** au titre de son exécution. Une telle demande constitue une demande reconventionnelle devant être formée dans le délai de prescription de 5 ans.

Cass. com. 14-9-2022 n° 21-12.744 F-D,  
Sté Stanley Security France c/ Sté Papeterie Cayol

### A NOTER

La demande d'annulation d'un contrat peut emprunter des voies procédurales distinctes lorsqu'elle intervient dans une instance en cours.

L'**exception de nullité** consiste à opposer la nullité du contrat en défense à une action en justice tendant à l'exécution de celui-ci. Elle constitue une défense au fond (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 16-3-2010 n° 09-13.187 F-PB : Bull. civ. III n° 63), destinée à **obtenir le rejet de la demande**. Elle ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution (C. civ. art. 1185 issu de ord. 2016-131 du 10-2-2016 ; Cass. com. 31-1-2017 n° 14-29.474 FP-PBI : RJDA 4/17 n° 225). Dans l'affaire commentée, la société ayant commencé à payer les mensualités du contrat, la nullité ne pouvait plus être invoquée par voie d'exception après l'expiration du délai de prescription.

La **demande reconventionnelle** permet au défendeur à une action de prétendre **obtenir un avantage autre que le simple rejet** de la prétention de son adversaire (CPC art. 64). Par exemple, la demande par laquelle, en réponse à une action en paiement du solde du prix d'un bloc d'actions, l'acquéreur invoque la nullité de la cession pour obtenir le remboursement des sommes déjà versées au cédant ne constitue pas une simple exception de nullité ayant pour objet de faire écarter la demande principale, mais constitue une demande reconventionnelle en nullité (Cass. ass. plén. 22-4-2011 n° 09-16.008 PB-RI : RJDA 8-9/11 n° 676) assujettie à la prescription quinquennale (Cass. com. 17-11-1998 n° 1777 D : RJDA 2/99 n° 182). Il en est de même si, outre l'annulation du contrat, le défendeur réclame des dommages-intérêts à l'autre partie. ■



Mémento

Droit commercial n° 15702

## 14 Information de l'emprunteur et clauses abusives dans les prêts multidevises : objet et portée

La Cour de cassation réaffirme à propos d'un prêt multidevises que la banque doit informer l'emprunteur des conséquences économiques et des risques encourus, aussi bien sur le fondement du droit civil que pour échapper aux sanctions du droit de la consommation.

Une banque consent en 2007 à un particulier un prêt multidevises d'un montant de 500 000 € ou « l'équivalent, à la date de tirage du prêt, dans l'une des principales devises européennes, dollars américains ou yens japonais ». Le prêt est tiré pour un montant de 834 750 francs suisses et la banque procède en 2011 à la conversion en euros.

L'emprunteur invoque alors l'irrégularité de la conversion au regard de la réglementation des clauses abusives et un manquement de la banque à ses obligations d'information et de mise en garde.

1° L'emprunteur fait valoir que les clauses prévoyant le tirage en monnaie étrangère étaient abusives car elles n'expliquaient pas les conséquences qu'elles pouvaient avoir sur le montant des remboursements en cas de dépréciation de l'euro.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence écarte l'argument : les clauses litigieuses portaient sur l'objet principal du contrat (relatives au montant du prêt, à la devise choisie par l'emprunteur, au taux d'intérêt, aux modalités de remboursement et au coût du crédit) ; elles étaient rédigées de façon claire et compréhensible ; elles échappaient donc au contrôle de leur caractère abusif.

La Cour de cassation censure la décision : les juges du fond ne pouvaient pas retenir que l'exigence de transparence était satisfaite sans vérifier que la banque avait fourni à l'emprunteur des informations suffisantes et exactes lui permettant de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives, potentiellement significatives, de telles clauses sur ses obligations financières pendant toute la durée du contrat, dans l'hypothèse d'une dépréciation importante de la monnaie dans laquelle il percevait ses revenus par rapport à la monnaie de compte.

Cass. 1<sup>er</sup> civ. 7-9-2022 n° 20-20.826 F-B, X c/ Sté Jyske Bank A/S

**A NOTER** On sait que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible (C. consom. art. L 212-1 ; Dir. CE 93/13 du 5-4-1993 art. 4, 2°). En ce qu'elle juge ici que la rédaction claire et compréhensible des clauses ne suffit pas à caractériser le respect de cette exigence de transparence et que les juges doivent vérifier concrètement si l'emprunteur a reçu une information lui permettant de comprendre le risque qu'un tel contrat de prêt fait peser sur ses obligations de remboursement, la Cour de cassation s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE (CJUE 10-6-2021 aff. 776/19 et 782/19 : BRDA 14/21 inf. 27 ; déjà en ce sens : Cass. 1<sup>er</sup> civ. 20-4-2022

n° 20-16.316 FS-B ; 11.599 FS-B et 19-11.600 FS-B : BRDA 12/22 inf. 20).

2° La cour d'appel écarte également tout manquement de la banque à son obligation d'information, en retenant que la variation possible du taux de change euro/franc suisse et ses conséquences sur le prêt sont connues par tout investisseur normalement avisé, que l'emprunteur avait pris connaissance de l'article du contrat prévoyant les mesures pouvant être prises par la banque en cas d'augmentation du capital à rembourser au-delà d'un certain montant en livres sterling et que celle-ci lui avait adressé, avant la signature de l'offre, une lettre l'informant des possibles variations du marché, du risque de dépréciation de la devise choisie se traduisant par une augmentation du coût des échéances de remboursement et précisant que la souscription d'un prêt en devise étrangère pouvait en conséquence être considérée comme « à haut risque ».

Sous cet angle encore, la décision est cassée, faute pour les juges du fond d'avoir vérifié si la banque avait fourni à l'emprunteur des informations suffisantes et exactes lui permettant de comprendre le fonctionnement concret du mécanisme financier en cause et d'évaluer ainsi le risque des conséquences économiques négatives, potentiellement significatives, de telles clauses sur ses obligations financières pendant toute la durée du contrat, dans l'hypothèse d'une dépréciation importante de la monnaie dans laquelle il percevait ses revenus par rapport à la monnaie de compte.

**A NOTER** La Cour de cassation a mis récemment à la charge de la banque une obligation d'information sur les risques concrets pris par l'emprunteur en cas de dépréciation de l'euro et d'une hausse du taux d'intérêt étranger (Cass. 1<sup>er</sup> civ. 30-3-2022 n° 19-17.996 FS-B : BRDA 9/22 inf. 12). Les juges ne peuvent pas se borner à relever, pour écarter la responsabilité du prêteur, que les caractéristiques du prêt ont été clairement et précisément expliquées aux emprunteurs, sans constater que ces derniers avaient également été informés des conséquences économiques de ce prêt et des risques encourus (Cass. 1<sup>er</sup> civ. 20-4-2022 n° 11.599 FS-B et 19-11.600 FS-B : BRDA 11/22 inf. 14). L'arrêt ci-dessus rappelle ce principe en exigeant une information effective de l'emprunteur sur les risques encourus et en retenant que le courrier envoyé par le prêteur au cas particulier était insuffisant. Il appartient en effet à la banque de justifier qu'elle a fourni une information « suffisante et exacte », par exemple en présentant les données prospectives à titre indicatif, notamment les moins favorables. ■



Memento

Droit commercial n° 40113

## 15] Toute perte de chance doit être réparée quand le prêteur a fait souscrire une assurance inadaptée

En cas de manquement de la banque à son devoir de conseil envers l'emprunteur qui a adhéré à une assurance groupe, toute perte de chance ouvre droit à réparation. Il ne peut pas être exigé de l'emprunteur la preuve d'une perte de chance raisonnable.

Un particulier souscrit un emprunt immobilier auprès d'une banque et, afin de garantir le remboursement de ce prêt en cas de décès, de perte totale et irréversible d'autonomie et d'incapacité de travail, il adhère à une assurance de groupe souscrite par la banque, en déclarant dans le questionnaire de santé qu'il suit un traitement médical depuis quinze ans. Dix ans plus tard, il est placé en arrêt de travail en raison de l'évolution défavorable de sa maladie et demande le bénéfice de la garantie incapacité de travail. L'assureur refuse de prendre en charge les échéances du prêt en invoquant une clause contractuelle excluant les suites médicales ou conséquences d'antécédents de santé mentionnés sur le bulletin d'adhésion. L'emprunteur reproche alors à la banque un manquement à son obligation d'information et de conseil et demande réparation de la perte de chance subie.

Bien qu'ayant retenu la faute de la banque, une cour d'appel rejette cette demande, en énonçant que le préjudice pouvant résulter de cette faute était une perte de chance dont la preuve incombe à celui qui s'en prévaut, que l'emprunteur se contentait d'invoquer l'existence de la convention d'assurance sans fournir d'élément sur l'application éventuelle de celle-ci à sa situation personnelle et ne démontrait pas que, plus complètement informé par la banque, il aurait pu raisonnablement obtenir de l'assureur ou d'un autre la garantie exclue par le contrat.

Arrêt censuré par la Haute Juridiction. La banque qui propose à son client auquel elle consent un prêt d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'elle a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenue de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur. Par ailleurs, le préjudice résultant de ce manquement s'analyse en la perte d'une chance de contracter une assurance adaptée à sa situation personnelle et toute perte de chance ouvre droit à réparation, sans que l'emprunteur ait à démontrer que, mieux informé et conseillé par la banque, il aurait souscrit de manière certaine une assurance garantissant le risque réalisé. Par suite, la cour d'appel ne pouvait pas exiger de l'emprunteur la preuve d'une perte de chance raisonnable.

Cass. 2<sup>e</sup> civ. 15-9-2022 n° 21-13.670 F-B,  
X c/ Sté Banque populaire Auvergne-Rhône-Alpes

### A NOTER

Confirmation de jurisprudence.

Le banquier qui propose à son client, auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir le remboursement du prêt en cas de survenance de divers risques est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation (Cass. ass. plén. 2-3-2007 n° 06-15.267 PBRI : RJDA 7/07 n° 766 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. 2-10-2008 n° 07-15.276 FS-PB : RJDA 2/09 n° 132 ; Cass. com. 16-6-2021 n° 19-20.838 F-D). Il importe peu que l'emprunteur ait adhéré plusieurs années auparavant à ce même type d'assurance de groupe (Cass. com. 16-6-2021 n° 19-20.838 F-D précité). La solution vaut pour tout emprunteur, qu'il soit averti ou non (Cass. 1<sup>e</sup> civ. 30-9-2015 n° 14-18.854 F-PB : Bull. civ. I n° 229).

A défaut, la banque fait perdre une chance au client emprunteur de souscrire une assurance mieux adaptée à sa situation personnelle (Cass. com. 31-1-2012 n° 11-11.700 F-D : RJDA 4/12 n° 429), toute perte de chance étant réparable (Cass. 2<sup>e</sup> civ. 20-5-2020 n° 18-25.440 FS-PBI : RJDA 11/20 n° 592).

S'agissant de la charge de la preuve, il ne peut pas être exigé de l'assuré qu'il démontre que, s'il avait été parfaitement informé par la banque sur l'adéquation ou non à sa situation de l'assurance offerte, il aurait souscrit, de manière certaine, un contrat mieux adapté (Cass. 2<sup>e</sup> civ. 20-5-2020 n° 18-25.440 FS-PBI précité ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. 17-6-2021 n° 19-24.467 FS-BR : BRDA 15-16/21 inf. 15).

L'arrêt ci-dessus est dans le droit-fil de cette jurisprudence : il ne peut pas être exigé de l'assuré la preuve d'une perte de chance raisonnable. Ainsi, même la preuve de l'existence d'un choix raisonnable permis par l'octroi d'une information adéquate n'a pas à être apportée.

La Cour de cassation confirme ainsi sa volonté de protéger les emprunteurs, en facilitant la réparation du dommage subi par eux en cas de manquement de la banque à son devoir de conseil. ■



Memento

Droit commercial n° 40113

## 16 Le paiement fait entre les mains du créancier apparent n'est pas toujours libératoire

Le paiement du prix d'achat d'un matériel fait par un chèque émis au profit du dirigeant d'une société n'est pas libératoire pour l'acheteur s'il savait que la société était propriétaire du matériel qu'il a acquis.

Une personne achète au dirigeant d'une société des matériels et véhicules de chantier appartenant à celle-ci. Après la mise en liquidation judiciaire de la société et la condamnation de son dirigeant à la banqueroute pour détournement d'actifs sociaux, le liquidateur judiciaire réclame la restitution du prix de vente à l'acquéreur.

La cour d'appel de Nouméa rejette la demande, le liquidateur n'apportant aucun élément de nature à remettre en cause la réalité des paiements effectués par l'acheteur au dirigeant.

Cassation de cette décision par la Cour suprême. Le paiement fait au possesseur de la créance ou au créancier apparent n'est libératoire que s'il a été fait de bonne foi (C. civ. ex-art. 1240). Or la cour d'appel avait constaté que l'acheteur avait opéré ses paiements entre les mains d'un tiers, qu'il avait seul mentionné comme bénéficiaire des chèques de règlement, cependant qu'il

avait connaissance du fait que le matériel acquis appartenait à la société.

Cass. com. 14-9-2022 n° 20-20.895 F-D

### A NOTER

Rendue sous l'empire de l'ancien article 1240 du Code civil, la solution est transposable à l'actuel article 1342-3 du même Code, aux termes duquel le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable.

En l'espèce, en libellant le chèque au nom du dirigeant et non de la société alors qu'il savait acheter du matériel appartenant à cette dernière, l'acheteur s'exposait à un second paiement entre les mains du liquidateur judiciaire de la société. Mais il pouvait agir contre le dirigeant pour obtenir le remboursement du premier paiement indu (cf. C. civ. art. 1302-1). ■



Mémento

Droit commercial n° 50000

## BIENS DE L'ENTREPRISE

### 17 ICC, ILC et Ilat au 2<sup>e</sup> trimestre 2022

Au deuxième trimestre 2022, les indices utilisés pour la révision des baux commerciaux et professionnels s'établissent ainsi :

- indice des loyers commerciaux (ILC) : 123,65 (+4,43% sur un an) ;

- indice des loyers des activités tertiaires (Ilat) : 122,65 (+5,32% sur un an) ;

- indice du coût de la construction (ICC) : 1966 (+7,96% sur un an).

Insee 23-9-2022 ; JO 24-9-2022 textes n° 75, 76 et 77

## 18 Confirmation d'un contrat hors établissement annulable pour non-respect des formes

Le fait que le contrat conclu hors établissement reproduise les dispositions du Code de la consommation décrivant le formalisme applicable à ce type de contrat suffit à révéler au consommateur les vices résultant du non-respect de ce formalisme.

Par contrat conclu hors de son établissement, une entreprise conclut avec un particulier un contrat de fourniture et d'installation de panneaux photovoltaïques. Le particulier agit en nullité du contrat en invoquant certaines irrégularités (notamment, absence d'information sur le prix unitaire de chaque composant de l'installation et absence de mention des coordonnées du démarcheur). L'entreprise répond que les actes sont certes nuls mais qu'ils ont été confirmés tacitement puisque les dispositions du Code de la consommation reproduites permettraient d'informer le consommateur sur ces irrégularités, de sorte que celui-ci en avait eu connaissance et avait eu l'intention de les réparer.

Une cour d'appel prononce la nullité du contrat et exclut sa confirmation, en retenant que le seul fait que les conditions générales figurant au verso du bon de commande reproduisent les dispositions du Code de la consommation est insuffisant à révéler au consommateur les vices affectant ce bon.

L'arrêt est censuré par la Haute Juridiction. Il résulte de l'ancien article 1338 (devenu l'article 1182) du Code civil que la confirmation d'un acte nul procède de son exécution volontaire en connaissance du vice qui l'affecte.

La reproduction lisible, dans un contrat conclu hors établissement, des dispositions du Code de la consommation prescrivant le formalisme applicable à ce type de contrat permet au souscripteur de prendre connaissance du vice résultant de l'inobservation de ces dispositions.

Par suite, la cour d'appel avait exclu à tort la confirmation du contrat litigieux.

Cass. 1<sup>er</sup> civ. 31-8-2022 n° 21-12.968 FS-B, Sté Éco-environnement c/ X

**A NOTER** La solution n'allait pas de soi.

La Cour de cassation énonce un principe qui résulte d'une jurisprudence constante rendue en application de l'ancien article 1338 du Code civil : la confirmation d'un acte nul exige à la fois la **connaissance du vice** l'affectant et l'intention de le réparer (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 2-7-2008 n° 07-15.509 : RJDA 3/09 n° 197 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ. 27-2-2013 n° 12-15.972 : RJDA 6/13 n° 480). Si le nouvel article 1182, issu de la réforme des contrats du 1<sup>er</sup> octobre 2016, a repris l'exigence de la connaissance du vice, il n'exige plus l'intention de le réparer, contrairement à l'ancien article 1338, al. 1. Mais cette dernière condition résulte implicitement de l'objet de la confirmation, qui est de renoncer à la nullité.

Par ailleurs, la **confirmation** doit intervenir **après la conclusion du contrat** (C. civ. art. 1182 ; auparavant, Cass. 3<sup>e</sup> civ. 2-7-2008 n° 07-15.509 précité). Pourtant, en l'espèce, le vice n'avait été connu par le consommateur qu'au **moment** de la conclusion du contrat.

Il se déduit de la décision qu'un professionnel peut échapper à la sanction civile d'une irrégularité en invoquant la **reproduction des textes** protecteurs du consommateur. Encore faut-il que la reproduction des textes soit « **lisible** », ce qu'il appartiendra à la cour d'appel de renvoi de vérifier. ■



Mémento

Concurrence consommation n° 30730

## 19 Demande de réparation du préjudice collectif des consommateurs par une association partie civile

Dans le cadre d'une procédure pénale, une association de défense des consommateurs ne peut obtenir réparation du préjudice collectif subi par eux que si son agrément est valide au jour où le juge statue.

Une association de défense des particuliers maîtres d'ouvrage, agréée comme association de consommateurs, cite un constructeur de maisons individuelles à comparaître devant le juge pénal pour des infractions au Code de la construction et de l'habitation et demande des dommages-intérêts en réparation du préjudice collectif subi par les consommateurs (C. consom. art. L 621-1).

Une cour d'appel condamne le constructeur à payer, outre une amende, 3 000 € de dommages-intérêts à l'association, retenant

que son agrément était valable au **moment où le préjudice avait été subi**, peu important qu'elle ait ensuite perdu cet agrément.

L'amende est maintenue mais la Cour de cassation censure la condamnation en faveur de la partie civile : **au jour où la cour d'appel avait statué**, l'association ne bénéficiait plus de l'agrément lui permettant de solliciter la réparation d'un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.

Cass. crim. 6-9-2022 n° 20-86.225 FS-B

**A NOTER** Les **associations** régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, **si elles ont été agréées à cette fin**, exercer les **droits reconnus à la partie civile** relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs (C. consom. art. L 621-1, al. 1).

Il résulte de ce texte et de la décision de la Cour de cassation qu'une association de consommateurs agréée peut déclencher une action pénale contre un professionnel par la voie d'une plainte ou d'une citation directe mais qu'elle ne pourra prétendre

à des dommages-intérêts pour le préjudice collectif que si elle est encore titulaire de son agrément le jour où le juge statuera.

L'**agrément** des associations est **donné** dans les conditions fixées par le Code de la consommation (art. L 811-1 s.). Il peut être **re-tiré**, notamment lorsque l'association n'a plus le nombre d'adhérents requis ou lorsqu'elle ne justifie plus d'une activité effective et publique de défense des consommateurs (art. L 811-7). ■



Mémento

Concurrence consommation n° 5270

# 20 Des actions susceptibles d'être acquises au moyen de swaps pendant une OPA doivent être déclarées

Un investisseur susceptible d'acquérir au moyen d'equity swaps des actions d'une société visée par une OPA doit déclarer sans délai son intention d'apporter ou non ces actions à l'offre si, grâce à elles, il accroît sa participation au-delà de 5 % du capital social.

CA Paris 24-3-2022 n° 20/08390, Sté Elliott Advisors UK Ltd

**1** L'Autorité des marchés financiers (AMF) avait, on le rappelle, **sanctionné un gérant de fonds** d'investissement pour avoir déclaré tardivement son intention de ne pas apporter à l'initiateur d'une offre publique d'acquisition (OPA) des actions de la société visée par l'offre sur lesquelles portait en des « equity swaps » (contrats d'échange relatifs à ces actions) que le fonds avait souscrits (AMF comm. sanc. 17-4-2020 n° 19-08 : BRDA 15-16/20 inf. 7).

La cour d'appel de Paris a confirmé cette condamnation par un arrêt abondamment documenté (près de 300 points), qui apporte également d'intéressantes précisions sur le régime du manquement d'entrave à l'enquête de l'AMF et sur l'appréciation de la sanction pécuniaire applicable. Nous présentons ci-après les principaux enseignements de cet arrêt.

## Déclaration d'intention d'apporter ou non les titres à l'offre

**2** On sait que, en cas d'OPA sur les titres d'une société cotée, toute **personne** autre que l'initiateur de l'offre qui, depuis le début de celle-ci, vient à accroître d'au moins 2 % le nombre d'actions de la société qu'elle possède ou qui, détenant plus de 5 % du capital ou des droits de vote, vient à **accroître sa participation** est tenue de **déclarer immédiatement** à l'AMF les objectifs qu'elle a l'intention de poursuivre au regard de l'offre en cours ; en cas de changement d'intention, elle doit faire sans délai une nouvelle déclaration à l'AMF (Règl. gén. AMF art. 231-47).

**3** En l'espèce, le fonds d'investissement avait **franchi** un 18 juin le **seuil de détent**ion de 5 % du capital de la société visée par l'offre **grâce à des equity swaps** qu'il avait souscrits (contrats financiers sur actions prévoyant un échange de flux

financiers entre leur souscripteur et la contrepartie – en pratique, un établissement financier – qui les a proposés à la souscription et qui détient les actions concernées, le dénouement du contrat d'equity pouvant avoir lieu en espèces ou en actions).

Or, le gérant de fonds, qui avait **dénoué les swaps par un règlement en actions** (et non en espèces) le 2 juillet, n'avait déclaré que le 10 juillet son intention de ne pas apporter les actions faisant l'objet de ces swaps. L'AMF avait alors condamné le gérant de fonds pour cette **déclaration tardive** (point 159 de l'arrêt d'appel).

**4** La cour d'appel confirme la décision de l'AMF en se fondant sur la **combinaison de plusieurs dispositions** (points 168 à 172 de l'arrêt) :

- l'article 231-44, al. 3 du règlement général de l'AMF, aux termes duquel les fractions de 2 % et 5 % visées dans la partie du règlement consacrée au contrôle des opérations d'offre publique (art. 231-44 à 231-52) sont déterminées conformément aux modalités d'assimilation prévues à l'article L 233-9 du Code de commerce (relatif aux déclarations de franchise de seuils de participation) ;

- l'article L 233-9 précité, I-4° bis, qui assimile aux actions détenues en direct celles sur lesquelles porte un accord ou un instrument financier mentionné à l'article L 211-1 du Code monétaire et financier, dès lors que cet accord ou instrument a pour son souscripteur un effet économique similaire à la possession des actions concernées ;

- l'article 223-11, III du règlement général de l'AMF, lequel précise que, pour l'application de l'article L 233-9, I-4° bis, la personne tenue à déclaration doit prendre en compte les actions sur lesquelles porte tout accord ou instrument financier ayant un effet économique similaire à leur possession, que cet accord ou instrument donne droit à un règlement « physique » ou à un règlement en

espèces, l'article 223-11, III considérant notamment comme tels les contrats financiers avec paiement d'un différentiel (CFD) et les contrats d'échange relatifs à des actions ;

- l'article L 211-1 déjà cité du Code monétaire et financier, qui qualifie d'instruments financiers les titres financiers et les contrats financiers et qui définit ces derniers comme des contrats à terme, parmi lesquels figurent les contrats d'échange relatifs à des instruments financiers pouvant être réglés par une livraison physique ou en espèces ainsi que les CFD (C. mon. fin. art. D 211-1 A).

**5** La cour d'appel tire les **conséquences suivantes** de l'application combinée de ces dispositions (points 173 à 175 de l'arrêt) :

- les equity swaps doivent être pris en compte pour calculer les franchissements de seuil précités de 2 % et 5 % et leur titulaire doit déclarer immédiatement à l'AMF les objectifs qu'il a l'intention de poursuivre au regard de l'offre en cours (notamment s'il a l'intention de poursuivre ses acquisitions et d'apporter les titres à l'offre) ;

- le déclarant doit préciser s'il a l'**intention de poursuivre les acquisitions** lui ayant permis de franchir ces seuils, que ces acquisitions portent sur les actions visées par l'offre ou sur des equity swaps à dénouement en numéraire ayant ces actions pour sous-jacent ;

- le déclarant doit préciser s'il a l'intention d'apporter à l'offre, non seulement les actions qu'il a déjà acquises, mais aussi les actions qu'il est susceptible d'acquérir pendant la période d'offre, notamment à la suite du dénouement physique des equity swaps par le rachat auprès de la contrepartie des actions acquises par celle-ci en couverture.

Loin d'être dénuée de valeur informative pour le marché, l'intention d'apporter ou non à l'offre les actions susceptibles d'être acquises pendant la période d'offre consti-

tue, pour la cour d'appel, une indication digne d'intérêt, nonobstant la possibilité d'un changement d'intention, qui nécessite d'effectuer sans délai une nouvelle déclaration, et malgré les incertitudes entourant la réalisation de l'OPA. En effet, cette déclaration d'intention, qui complète celle relative à la poursuite ou non des acquisitions, contribue à assurer une bonne information du marché et à faciliter la prévisibilité de l'issue de l'offre (point 176 de l'arrêt).

6 La cour d'appel répond par ailleurs à l'objection que pourrait susciter le manque de clarté de l'article 231-47 précité : si la **question tranchée** par la cour sur le périmètre de la déclaration d'intention revêt un **caractère inédit** du fait de la récente assimilation (à la date des faits, en 2015) des instruments dérivés aux actions, il n'en demeure pas moins que l'interprétation de l'article 231-47 ainsi retenue faisait partie des interprétations possibles et raisonnablement prévisibles ; elle était cohérente avec la substance même du manquement à l'obligation déclarative prescrite par ce texte, eu égard à l'importance de l'objectif de bonne information du marché dans le cadre d'une OPA (point 177 de l'arrêt). Il s'ensuit que le gérant de fonds, en tant que **professionnel averti** du monde de la finance, était pleinement en mesure, à partir du libellé de l'article 231-47, lu conjointement avec les articles précités (n° 4), d'évaluer à un degré raisonnable, au besoin en s'entourant des conseils de juristes spécialisés, les risques encourus en cas de déclaration tardive d'intention d'apporter ou non à l'offre les actions déjà acquises ou susceptibles de l'être pendant la période d'offre (point 178).

7 Comme l'AMF, la cour d'appel écarte l'argument selon lequel la **date de dénouement des equity swaps** par un règlement en actions (le 2 juillet), bien postérieure au 18 juin, justifierait, selon le gérant, que la déclaration d'intention n'ait pas pu être effectuée avant : la circonstance que le débouclage de l'intégralité des swaps et le rachat des actions auprès de la contrepartie n'aient eu lieu que le 2 juillet n'était pas de nature à remettre en cause l'analyse de la cour (point 184 de l'arrêt).

En effet, cette circonstance n'avait pas eu pour effet de faire obstacle à la « formation » de l'intention d'apporter ou non les actions susceptibles d'être acquises : par définition, estime la cour, une intention est une disposition d'esprit par laquelle on envisage délibérément un objectif ; il s'agit d'un simple projet, d'un dessein, dont la conception repose sur l'appréciation d'une certaine situa-

tion, laquelle peut évoluer, ce qui justifie d'assortir la déclaration d'intention de réserves ou d'effectuer une nouvelle déclaration en cas de changement d'intention. Ainsi, ni la naissance d'une intention ni sa déclaration à l'AMF ne sont subordonnées à une quelconque prise de décision préalable. Admettre le contraire reviendrait à retarder indûment la déclaration d'intention au plus près de la réalisation effective du projet, contrairement à l'objectif poursuivi par la réglementation, qui vise à assurer en temps utile une bonne information du marché et à faciliter la prévisibilité de l'issue de l'offre (points 185 et 186).

8 En l'espèce, énonce la cour, il était possible de déterminer avant le 2 juillet l'intention du gérant de ne pas apporter les titres à l'offre : ainsi, dès le mois de mai, celui-ci avait projeté d'atteindre un niveau de participation dans le capital de la société visée par l'OPA lui permettant d'**empêcher**, à l'issue de celle-ci, la mise en œuvre par l'initiateur d'une procédure de **retrait obligatoire des minoritaires** (au moins 5% du capital à l'époque des faits) (point 190 de l'arrêt). Or, l'objectif consistant à empêcher le retrait obligatoire avait logiquement pour **corollaire** l'intention de ne pas apporter les titres à l'offre. Cette perspective étant nécessairement présente à l'esprit du gérant dès le mois de mai, il était possible, à compter du 18 juin, de déclarer l'intention de celui-ci de ne pas apporter à l'offre, non seulement les actions déjà acquises, mais aussi celles susceptibles d'être acquises pendant la période d'offre à la suite du dénouement des equity swaps, quitte à assortir cette déclaration de toute réserve utile (point 192). Le gérant de fonds ne saurait donc objecter que la décision de ne pas apporter les actions n'aurait été prise que le 9 juillet pour s'exonérer de l'obligation de déclarer son intention en la matière, laquelle était requise sans délai à compter du 18 juin (point 193).

### Manquement d'entrave à une enquête de l'AMF

9 L'AMF avait reproché au gérant de fonds d'avoir **communiqué tardivement et de manière incomplète** certains documents et informations (relatifs, notamment, à l'exécution des equity swaps), et ce, malgré les demandes répétées de l'AMF (point 222 de l'arrêt). Celle-ci avait en conséquence sanctionné le gérant pour entrave à sa mission sur le fondement de l'article L 621-15, II-f du Code monétaire et financier, lequel définit l'entrave comme le refus de donner

accès à un document, d'en fournir une copie ou de communiquer des informations à l'AMF.

10 La cour d'appel a jugé cette sanction justifiée après avoir retenu que la caractérisation du manquement d'entrave, notamment en cas de refus de communiquer des informations, n'est pas subordonnée à la preuve de l'**intention de faire obstacle** au bon déroulement de l'enquête et peut ainsi résulter de simples **actes de négligence** : il s'agit d'un manquement à caractère objectif, assorti d'une sanction administrative, dont la caractérisation diffère de celle du délit d'entrave prévu à l'article L 642-2 du Code monétaire et financier, consistant à « mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'AMF » ou à lui « communiquer des renseignements inexacts », ce délit comportant nécessairement un élément intentionnel en vertu du principe posé à l'article 121-3 du Code pénal, selon lequel, sauf disposition législative contraire, il n'y a pas de délit sans intention de le commettre (point 209 de l'arrêt).

11 La cour ajoute qu'il résulte clairement du libellé de l'article L 621-15, II-f précité que le refus de communiquer des informations aux enquêteurs ne se limite pas à un refus exprès, mais peut revêtir un caractère implicite, déduit d'un ensemble de circonstances, de nature à établir un **défaut de coopération** de la personne en cause et à justifier le prononcé à son encontre d'une sanction pécuniaire pour entrave à l'enquête (point 210). En l'espèce, le gérant de fonds avait opposé un refus persistant aux demandes de communication qui lui avaient été adressées au cours de l'enquête, n'ayant consenti à communiquer et à apporter des explications sur les documents requis qu'après y avoir été invité à maintes reprises par l'AMF et n'ayant jamais satisfait à la demande de transmission à l'AMF de la version intégrale des rapports d'exécution des swaps (point 252).

12 La portée de cette solution est néanmoins **réduite** depuis que le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L 621-15, II-f contraire à la Constitution pour violation de la règle « non bis in idem » ; en effet, ce texte, tout comme l'article L 642-2 précité (n° 10), tend à réprimer les mêmes faits qualifiés de manière identique (entrave à la mission de l'AMF) par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux (Cons. const. 28-1-2022 n° 2021-965 QPC : RJDA 4/22 n° 201).

En l'espèce, le gérant de fonds ne pouvait pas se prévaloir de cette **déclaration d'inconstitutionnalité**, celle-ci ne pouvant être **invoquée** dans les procédures en cours que si la personne poursuivie pour manquement d'entrave a fait préalablement l'objet de poursuites pénales sur le fondement de l'article L 642-2 (Cons. const. 28-1-2022 précité, point n° 24) ; or, de telles poursuites n'avaient pas été engagées contre le gérant, de sorte que la cour d'appel a pu faire application de l'article L 621-15, II-f (point 221 de l'arrêt).

### Appréciation de la sanction pécuniaire

**13** L'AMF avait prononcé une sanction pécuniaire de **15 millions d'euros** à l'encontre du gérant de fonds pour la déclaration tardive d'intention d'apporter les titres à l'offre et le manquement d'entrave, ainsi que pour avoir effectué une déclaration inexacte de franchissement de seuil dans le capital de la société visée par l'OPA (le gérant avait déclaré avoir franchi le seuil grâce à des CFD et non grâce aux equity swaps litigieux). Le gérant avait demandé à la cour de réduire le montant de cette sanction en faisant valoir que les manquements retenus étaient dépourvus de gravité.

**14** La cour d'appel n'est pas de cet avis : les **manquements déclaratifs** revêtaient

une particulière **gravité**, en raison tant de leur pluralité et de leur diversité que de leur réalisation par un professionnel averti du monde de la finance, dans le contexte d'une OPA, selon un plan d'ensemble visant à dissimuler le plus longtemps possible aux opérateurs la stratégie du gérant, contrairement à l'objectif de bonne information du marché (point 285 de l'arrêt). Et la circonstance qu'aucune des déclarations en cause n'ait eu pour effet de tromper les acteurs du marché n'était pas de nature à remettre en cause l'appréciation de la gravité des manquements en cause (point 288).

Le **manquement d'entrave** à l'enquête revêtait également, estime la cour, une particulière **gravité**, en raison non seulement de la qualité de professionnel du gérant, mais aussi de la durée et du caractère délibéré de son comportement (voir n° 11). Ainsi, contrairement à ce qu'il prétendait, son comportement ne se limitait pas à un simple retard dans la communication de certains documents, mais comportait aussi une omission de transmettre la version intégrale de plusieurs d'entre eux, malgré les demandes de l'AMF dont il ne lui appartenait pas d'apprécier la pertinence (point 289).

On sait que la gravité des manquements commis fait partie des critères pris en compte pour déterminer le montant de la sanction (C. mon. fin. art. L 621-15, III ter). Cette gravité peut notamment être appréciée en

fonction de la personnalité de l'auteur des manquements et des bénéficiaires que ceux-ci ont permis de réaliser, même s'ils l'ont été au profit de tiers (Cass. com. 27-3-2019 n° 16-17.186 F-D : RJDA 6/19 n° 431). En cas de manquement d'initié, la gravité du manquement a été appréciée au regard de la qualité d'initié primaire de son auteur et de l'utilisation répétée par celui-ci de l'information privilégiée (CA Paris 4-6-2020 n° 19/11454 : RJDA 3/21 n° 175).

**15** En revanche, la cour a estimé qu'il convenait de tenir compte du **caractère inédit de l'interprétation de l'article 231-47 du règlement général** de l'AMF ; en effet, si cette interprétation faisait partie des interprétations possibles et était cohérente avec la substance même du manquement à l'obligation déclarative prescrite (voir n° 6), il n'en demeure pas moins que le comportement du gérant ne devait pas être jugé avec la même sévérité qu'en cas de violation délibérée d'une obligation établie et sanctionnée de longue date (point 290 de l'arrêt). La **cour d'appel** a donc **baissé la sanction** d'un million d'euros, la ramenant à 14 millions (point 295).

C'est la **première fois à notre connaissance** que la cour d'appel de Paris prend en compte le caractère inédit de l'interprétation d'un texte pour atténuer le montant d'une sanction pécuniaire.

© Éditions Francis Lefebvre 2022  
Reproduction, même partielle, interdite sans autorisation

#### ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE

42, rue de Villiers, 92552 Levallois-Perret Cedex – Tél. : 01 41 05 22 00

Email : [serviceclients@efl.fr](mailto:serviceclients@efl.fr) – Internet <http://www.efl.fr>

SAS au capital de 241 608 €

CPPAP n° 0922 T 82116

Impression : Imprimerie Chirat - 744 rue de Sainte Colombe - 42540 Saint Just la Pendue

Dépôt légal - 4<sup>e</sup> trimestre 2022

Bimensuel - 47<sup>e</sup> année - ISSN 0395-451X

Abonnement 2022 revue + services numériques : 238,91 €

Prix de ce numéro : 33,69 € - Boîte reliure : 25,53 €

Origine du papier : Suède ; sans fibres recyclées ; Prot : 30 g/t



Principal associé : Éditions Lefebvre Sarrut

Directrice de la publication - Présidente : Sylvie Faye

Directrice des Éditions : Caroline Sordet

Responsable de la publication : M.-A. Massiot

Rédacteurs : Q. Abel, S. Beauvais, S. Claude-Fendt, V. Darbon, P. Fleury, S. Gilles,

B. Joret, G. Leduc, D. Loyer-Bouez, V. Oblin, L. Paudrat, C. Quiney, C. Ribreau,

M. Vandeveld, V. Vélin, A. Wurtz

Assistants d'édition : K. Gaspais-Mue et M. Picchiarini



# Tout le droit des affaires en un seul ouvrage !



**D'une richesse sans pareil, le Mémento Droit commercial explore de très nombreux sujets :**

- Il répond aux préoccupations de l'entreprise et de ses conseils: droits des obligations et de la responsabilité, contrats d'affaires, commerçant et fonds de commerce, droit des biens, propriété intellectuelle, crédit, sûretés, etc.
- À jour des réformes d'ampleur de 2021 et de 2022 : création du statut unique de l'entrepreneur individuel avec patrimoines professionnel et personnel séparés, réforme des sûretés, réforme des procédures collectives, renforcement du statut du conjoint collaborateur...

**195 €**



Ouvrage à jour au **15/02/2022**,  
**1700** pages environ.



**Inclus** : versions numériques  
mises à jour en continu\*

\* Sur édition en cours



EDITIONS  
FRANCIS LEFEBVRE

Lefebvre Dalloz

**COMMANDEZ-LE DÈS AUJOURD'HUI**

**01 41 05 22 22** du lundi au vendredi de 9h à 18h ou sur notre site [www.efl.fr](http://www.efl.fr)

Vendu également en librairie

# 21 La France et la convention internationale de Singapour sur la médiation commerciale

La convention de Singapour est destinée à faciliter la reconnaissance et l'exécution des accords résultant de médiations dans les litiges commerciaux internationaux. Me Peulvé examine la compatibilité de cette convention avec notre droit et montre l'intérêt que la France aurait à la ratifier.

## Introduction

1 La France a-t-elle raison de ne pas ratifier la convention de Singapour ? Cette convention sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, initiée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), dite « convention de Singapour sur la médiation », a été adoptée le 20 décembre 2018.

Elle est destinée à faciliter le commerce international et à promouvoir la médiation comme mode alternatif et efficace de règlement des litiges commerciaux, en établissant un **cadre juridique harmonisé** pour apporter sécurité et stabilité au régime international de la médiation. Elle est à ce jour signée par 55 États, dont les États-Unis, approuvée par 1 État, ratifiée par 9 États, la troisième ratification étant intervenue le 12 mars 2020 (le Qatar après Singapour et les Fidji),

de sorte qu'elle est entrée en vigueur le 12 septembre 2020.

La France, elle, ne l'a pas signée et ne semble pas s'y intéresser, pas plus d'ailleurs que les autres pays de l'Union européenne. L'objet de cette analyse est d'exposer le champ d'application et le régime de la Convention de manière pratique, puis d'identifier les points à considérer pour que la France puisse y adhérer.

## I. Le champ d'application de la convention de Singapour

2 La convention de Singapour s'applique aux **accords de règlement** issus de la médiation. L'accord de règlement est une dénomination nouvelle tirée de la traduction de la formule anglaise « settlement agreement ». Elle vise l'accord issu de la médiation et permet de le différencier du contrat par lequel deux parties s'accordent sur le fait de recourir à la médiation.

Catherine Peulvé, avocat depuis 1994, a ouvert son cabinet en 2007 après avoir pratiqué au sein de cabinets anglo-américains.



CATHERINE PEULVÉ  
Avocat  
Cabinet CP Law

Elle est experte en gestion des litiges commerciaux et bancaires, d'entreprises en difficulté et post-fusions et acquisitions. Elle est également médiateur, agréée par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), l'Institut américain de prévention des conflits (CPR) et inscrite comme médiateur judiciaire en France et au Luxembourg. L'auteur remercie Sarah Zerah, élève avocat EFB, pour sa contribution aux recherches nécessaires à la rédaction de cet article.

LES ACCORDS DE RÈGLEMENT AUXQUELS LA CONVENTION DE SINGAPOUR S'APPLIQUE		
Champ d'application	Accords concernés	Articles
Matériel	Accords de règlement issus de médiation, conclus par écrit afin de régler un litige commercial qui, au moment de sa conclusion, est international	Art. 1
Territorial	Au moins deux parties à l'accord issu de médiation ont leur établissement dans des États différents, ou	Art. 1.1. a)
	L'État dans lequel les parties à l'accord ont leur établissement est différent soit de l'État dans lequel une part substantielle des obligations découlant de l'accord est exécutée, soit de l'État avec lequel l'accord a le lien le plus étroit	Art. 1.1. b)

## LES ACCORDS DE RÈGLEMENT AUXQUELS LA CONVENTION DE SINGAPOUR NE S'APPLIQUE PAS

Champ d'application	Accords concernés	Articles
Matériel	Accords conclus pour régler un litige découlant d'une opération effectuée par un consommateur à des fins personnelles, familiales ou domestiques, ou	Art. 1.2. a)
	Accords relatifs au droit de la famille, des successions ou du travail, ou	Art. 1.2. b)
	Accords approuvés par une juridiction ou conclus pendant une procédure menée devant une juridiction et qui sont exécutoires en tant que jugement dans l'État où se trouve ladite juridiction, ou	Art. 1.3. a) i et ii
	Accords enregistrés et exécutoires en tant que sentence arbitrale	Art. 1.3. b)
Territorial	Tout accord qui n'est pas international au sens de la convention de Singapour, ce qui se vérifie au moment de la conclusion de l'accord	Art. 1.

**3** Selon une première lecture de l'article 1.3. a), on pouvait penser que la convention de Singapour ne s'appliquait pas du tout aux **accords de règlement issus de médiation judiciaire** (en ce sens, C. Peulvé, P. Van Leynseele et P. Jung, « Médiation commerciale », Ed. Pearson France, 2022). Toutefois, l'on peut aussi comprendre que cet article exclut du champ de la convention les accords de règlement certes conclus pendant une procédure judiciaire, mais à condition d'être devenus **exécutoires** en tant que jugement. En effet, il peut être conclu des points i et ii de l'article concerné qu'ils instaurent des conditions cumulatives en raison de la conjonction « et » qui les relie.

Ainsi, la convention de Singapour pourrait régir les conditions d'exécution d'un accord de règlement non rendu exécutoire, même s'il est issu d'une médiation judiciaire.

## II. L'exécution d'un accord issu de médiation : compatibilité de la convention avec le droit français

### A. LE RÉGIME DE L'EXÉCUTION SUIVANT LA CONVENTION DE SINGAPOUR

**4** Le régime posé par la convention de Singapour distingue selon qu'il s'agit de vouloir exécuter un accord de règlement ou de s'y opposer.

**Si je souhaite faire exécuter un accord de règlement** (Conv. art. 4), je dois fournir, à l'autorité compétente (du pays dans lequel je souhaite faire exécuter), l'**accord signé** par les parties et une preuve que l'accord est **issu de médiation** (signature du médiateur sur l'accord, document signé par le médiateur indiquant que la médiation a eu lieu, attestation de l'institution qui a administré la médiation, ou toute autre preuve susceptible d'être acceptée par l'autorité compétente).

#### **5 Conseils aux médiateurs et aux avocats.**

1. Faire désormais intituler les accords issus de médiation internationale « Accord de règlement ».
2. Préférer la terminologie « Protocole de médiation » pour désigner le contrat par lequel les parties s'accordent pour entrer en médiation.
3. Faire en sorte que les parties s'accordent sur la modalité par laquelle elles souhaitent matérialiser le fait que l'accord est issu de médiation : signature de l'accord par le médiateur (la pratique française n'y est pas favorable) ; si signature il y a, prévoir que le médiateur y intervienne seulement « en présence de » et non comme partie ; sinon, annexer à l'accord de règlement un document autonome par lequel le médiateur dévoile l'existence de la médiation, sa date, le nom des parties et le fait qu'elles ont trouvé un accord.
4. Si la médiation est institutionnelle, s'assurer que le centre saisi fasse de même.
5. Anticiper la question de la matérialisation de l'entente des parties, en la

soumettant à la matérialisation de l'accord lui-même, pour éviter de perdre le contrôle sur l'élément qui pourra servir à la partie requérante de preuve que cet accord est issu de médiation ; articuler ce point avec la question de la confidentialité.

**6** **Si je souhaite m'opposer à l'exécution à mon rencontre d'un accord de règlement**, je définis et présente par voie de **requête** les motifs pour lesquels la juridiction saisie de l'exécution peut refuser d'admettre une demande ou un moyen introduit à mon rencontre (Conv. art. 5).

Ces **motifs** peuvent être classés en trois catégories selon qu'ils concernent les parties au litige, l'accord de règlement ou le processus de médiation, outre deux motifs, plus classiques, pour lesquels la juridiction peut, de sa propre initiative, refuser d'admettre la demande ou le moyen introduit : l'ordre public et le fait que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie de médiation.

## MOTIFS D'OPPOSITION À L'EXÉCUTION D'UN ACCORD DE RÈGLEMENT SELON LA CONVENTION DE SINGAPOUR

Catégorie de motifs	Type de motifs (élément à prouver)	Articles
Motifs concernant les parties au litige	Une partie à l'accord est frappée d'incapacité	Art. 5.1. a)
Motifs concernant l'accord de règlement	L'accord de règlement est caduc, inopérant ou non susceptible d'être exécuté (en vertu de la loi choisie par les parties ou de la loi jugée applicable par l'autorité compétente saisie de la contestation)	Art. 5.1. b) i
	L'accord n'est pas obligatoire ou n'est pas définitif conformément à ses termes	Art. 5.1. b) ii
	L'accord a été ultérieurement modifié	Art. 5.1. b) iii
	Les obligations énoncées dans l'accord ont été satisfaites	Art. 5.1. c) i
	Les obligations énoncées dans l'accord ne sont pas claires ou compréhensibles	Art. 5.1. c) ii
	Le fait d'admettre la demande ou le moyen est contraire à l'accord	Art. 5.1. c) iii
Motifs concernant le processus de médiation	Le médiateur a gravement manqué aux normes applicables aux médiateurs ou à la médiation, manquement déterminant du consentement des parties	Art. 5.1. e)
	Le médiateur a manqué d'informer les parties des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance et cela a eu une incidence importante sur une partie	Art. 5.1. f)
Motifs classiques	L'accord est contraire à l'ordre public de l'Etat dans lequel son exécution est sollicitée	Art. 5.2. a)
	L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie de médiation conformément à la loi de cet Etat	Art. 5.2. b)

**7** C'est donc un **champ de contrôle large** qui est donné à l'autorité compétente en charge de statuer sur la demande ou le motif de la partie qui s'oppose à l'exécution d'un accord de règlement. Le principe reste, toutefois, celui de l'exécution facilitée de l'accord de règlement, sauf preuve contraire de la partie contre laquelle l'exécution est sollicitée et qui s'y oppose.

**8** Il est **conseillé aux médiateurs et aux avocats** de penser à prévoir la loi applicable à l'accord de règlement et à son exécution. A défaut, sera retenue la loi jugée applicable par l'autorité compétente devant laquelle la demande d'exécution aura été portée.

### B. LA PROCÉDURE FRANÇAISE D'EXÉCUTION D'UN ACCORD ISSU DE MÉDIATION

**9** Lorsque les parties à un accord de médiation français décident d'aller au-delà d'une exécution spontanée de cet accord, elles disposent de plusieurs moyens de le

rendre exécutoire, notamment, le jugement de donné acte, le jugement de desaisissement emportant constatation de l'accord par le juge ou le **jugement d'homologation**, qui est le principal utilisé.

Le régime français de l'homologation d'un **accord issu d'une médiation conventionnelle** est morcelé : l'homologation d'un accord issu d'une médiation conventionnelle **sans instance judiciaire en cours** est régie par les articles 1565 et suivants du Code de procédure civile (CPC) ; l'homologation de l'accord issu d'une médiation conventionnelle **alors qu'une instance judiciaire est parallèlement en cours** relève actuellement et de façon curieuse du régime de l'homologation d'un accord issu d'une médiation judiciaire (CPC art. 131-12, al. 1 et 2).

**10** La *summa divisio* du régime français et ses récentes évolutions conduisent aux **observations suivantes** :

- si l'accord à homologuer est issu d'une médiation conventionnelle sans instance judiciaire en cours (CPC art. 1565 s.), le contrôle du juge est restreint car il ne peut

pas modifier les termes de l'accord (CPC art. 1565, al. 3 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ. 3-10-2018 n<sup>o</sup> 17-21.879 D : D. 2018 p. 2220 concl. B. Matthieu) ;

- si l'accord à homologuer est issu d'une médiation conventionnelle avec une instance judiciaire en cours (CPC art. 131-12, al. 1 et 2), le juge dispose de pouvoirs élargis ;

- si l'accord à homologuer est contresigné par les avocats des parties, il constitue un titre exécutoire (C. exécution art. L 111-3, al. 7 issu de loi 2021-1729 du 22-12-2021) ; c'est alors le greffe qui revêt l'accord de la formule exécutoire, sans recours au juge. Le contrôle du greffe est allégé, qui porte uniquement sur l'existence de l'acte, aucun autre contrôle n'étant effectué notamment au regard de l'ordre public.

**11** **Conseils aux médiateurs et aux avocats.**

1. Pour faire homologuer un accord, tant que la loi française n'aura pas évolué, vérifier si l'accord de médiation est issu d'une **médiation conventionnelle ou judiciaire** et, s'il est issu d'une médiation

conventionnelle, vérifier si une instance judiciaire est ou non en cours (l'arbitrage n'est pas concerné).

2. Rester vigilant en matière d'accord issu de médiation conventionnelle car, si le juge ne peut pas en principe modifier l'accord, il doit s'assurer du **consentement éclairé des parties**, en vérifiant que l'accord a été conclu par les parties qui y adhèrent pleinement en pleine connaissance de leurs droits (Comment homologuer un accord de médiation, Bulletin d'information de la Cour de cassation hors-série – La médiation p. 2) et, selon le droit positif, le contrôle restreint du juge homologateur l'oblige quand

même à un examen limité à la qualification de la transaction ou à son caractère manifestement inefficace ou manifestement contraire à l'ordre public ; la Cour de cassation a ainsi retenu que le juge pouvait refuser d'homologuer l'accord trouvé si les conditions de formation ou d'exécution n'étaient pas remplies (par exemple, lorsque l'accord n'avait pas été signé par les personnes ayant qualité pour se faire, ou encore en cas de caducité avérée dudit accord pour des raisons de délais : voir Cass. 1<sup>er</sup> civ. 10-9-2014 n<sup>o</sup> 13-11.843 FS-PB).

3. La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021

a ajouté à la liste des **titres exécutoires** de l'article L 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution « **les transactions et les actes** constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont **contresignés par les avocats de chacune des parties** et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente » ; le greffe ne procédant pas à la vérification du consentement éclairé des parties ni du respect de l'ordre public, se pose la question de savoir si ces responsabilités incombent aux avocats qui contresignent.

### TENTATIVE DE RÉSUMÉ DU RÉGIME FRANÇAIS DE L'HOMOLOGATION D'UN ACCORD DE MÉDIATION

	Accord issu de médiation non contresigné par les avocats des parties			Accord issu de médiation contresigné par les avocats des parties
	Accord issu de médiation conventionnelle		Accord issu de médiation judiciaire	Même régime, que la médiation soit conventionnelle ou judiciaire
	Aucun procès en cours	Arbitrage en cours	Procès judiciaire en cours	
Quel document ?	Texte de l'accord		Accord issu de médiation (avant le 27-2-2022, « constat d'accord établi par le médiateur », terme emprunté à la conciliation)	2 exemplaires de l'accord issu de médiation contresigné par avocats (1 original + 1 copie)
Qui demande l'homologation ?	Accord conjoint des parties (requête conjointe ou unilatérale avec l'accord exprès des autres parties)		Requête unilatérale	Requête unilatérale
Qui homologue ?	Le juge			Greffe du domicile du demandeur de l'homologation dans la juridiction compétente pour connaître du contentieux de la matière dont relève l'accord
Quel contrôle ?	Oui			Oui
Compétence	Oui			Oui
Nature de l'acte	Oui			Oui
Validité des clauses	Non (médiation conventionnelle) et Oui (médiation judiciaire)			Non
Bonne foi/fraude aux droits des tiers	Oui			Non
Consentement éclairé	Oui			Non
Respect de l'ordre public	Oui			Non

### C. LA CONVENTION DE SINGAPOUR ET LE DROIT FRANÇAIS SONT-ILS COMPATIBLES ?

**13** La question de la compatibilité éventuelle des mesures d'exécution prévues par la convention de Singapour avec le droit français **ne se pose pas** s'agissant

d'actes qui n'entrent pas dans le champ de cette convention (n<sup>o</sup> 2 – tableau), à savoir :

- jugement de donné acte ou jugement de dessaisissement, après une procédure de médiation judiciaire ;
- accord homologué par le juge, qu'il soit issu d'une médiation conventionnelle ou judiciaire ;

- accord enregistré et exécutoire en tant que sentence arbitrale.

**14** Le traitement de l'accord de règlement contresigné par des avocats français n'est quant à lui pas évident. En effet, on a vu qu'un tel acte est devenu un titre exécutoire (n<sup>o</sup> 10). Pour autant, aucun jugement n'est prononcé dans ce cas, le

greffe étant le pouvoir homologateur, de sorte que cet accord de règlement n'entre en principe pas dans l'exclusion posée à l'article 1.2. de la convention (n° 2).

**15 La question** de la compatibilité du régime issu de la convention de Singapour avec le droit français **se pose** lorsqu'il s'agit d'exécuter en France un accord faisant suite à un litige commercial international... issu de médiation conventionnelle... non homologué... obtenu avec ou sans procédure arbitrale en cours. Cette compatibilité s'apprécie différemment selon qu'il s'agit de vouloir exécuter un accord de règlement ou de s'y opposer.

**16 Je souhaite faire exécuter en France un accord de règlement** et je dois fournir à l'autorité compétente, qui aura été désignée en France, l'accord signé par les parties et une preuve que cet accord est issu de médiation (Conv. art. 4 ; n° 4). Si l'on compare ce contrôle avec le contrôle du juge français de l'homologation d'un accord issu de médiation conventionnelle (sans contreseing d'avocat), certes le juge français « ne peut pas modifier les termes de l'accord » (n° 10) mais il vérifiera qu'il est signé des parties. C'est donc sur la preuve de ce que **l'accord est « issu de médiation »** qu'une différence de régime pourrait se dessiner, le juge français homologateur ne vérifiant pas par quel mode de résolution négocié les parties sont parvenues à leur accord.

**17 La pratique des médiateurs** et des centres de médiation devra être adaptée, de façon que les parties disposent de la preuve requise par la convention de Singapour. Cette question devra être envisagée à l'aune de la question de la **confidentialité**. En effet, en vertu de la convention, l'autorité compétente se voit dotée d'un pouvoir de vérification qui peut interagir avec le principe de confidentialité inhérent au processus de médiation en droit interne (Loi 95-125 du 8-2-1995 art. 21-3).

**18 Conseils aux médiateurs et aux avocats.** Le médiateur prendra soin d'évoquer la question de la confidentialité avec les parties, comme il le fait d'ailleurs en médiation conventionnelle interne en France lorsque les parties souhaitent faire homologuer l'accord issu de médiation. Il y a donc une articulation à mettre en place entre la confidentialité (au cœur de la médiation) et la nécessité de prouver qu'il y a bien eu une médiation pour parvenir à cet accord.

**19 Je souhaite contester l'exécution d'un accord de règlement** portée devant une juridiction française à mon encontre (Conv. art. 5). Les conditions du contrôle de l'autorité compétente posées à la convention de Singapour sont plus sévères que le contrôle par le juge homologateur français d'un accord issu de médiation conventionnelle, puisque l'autorité compétente suivant la convention est autorisée à contrôler la capacité des parties, le caractère non caduc ou exécutable de l'accord de règlement, son absence de contrariété à l'ordre public et l'indépendance et les diligences du médiateur (n° 6).

Mais en réalité, un tel contentieux de l'exécution ne devrait pas être de sa compétence mais de celle du juge de l'exécution ou peut-être du juge du fond, lesquels opéreraient certainement un contrôle au moins équivalent si ce n'est plus large que celui décrit ci-avant. Par ailleurs, en matière de transaction, certains auteurs considèrent que le juge français de l'homologation, lorsqu'il contrôle la nature de la convention et sa conformité à l'ordre public, opère à la fois un contrôle de l'existence de l'acte et de son caractère valable (contrôle de légalité), et un contrôle d'opportunité (cohérence de l'accord, conformité aux intérêts en cause, concessions réciproques).

**20 Conseils aux médiateurs et aux avocats**

1. Signer/faire signer par le médiateur une déclaration d'indépendance avant d'engager le processus de médiation duquel pourra être issu l'accord de règlement.
2. Faire signer par les parties en fin de médiation une déclaration de reconnaissance de l'impartialité du médiateur durant le processus et du respect de ses obligations au regard « des normes applicables à la médiation et au médiateur ».
3. Ajouter si besoin une décharge de responsabilité.

### III. Les moyens à la disposition de la France pour faciliter l'intégration de la convention

**21** Si les régimes « singapouriens » et français ne sont pas vraiment incompatibles, la France peut donc envisager d'adhérer à la convention de Singapour, d'autant que cette dernière pose plusieurs voies pour limiter ses effets et ainsi en faciliter l'intégration dans les droits nationaux. Ces moyens sont à la disposition soit des Etats partis à la

convention (**E tat Partie**), soit des parties au litige et à l'accord de règlement.

#### A. VOIES À LA DISPOSITION DE LA FRANCE COMME ÉTAT PARTIE

**22** Pour limiter les effets de la convention de Singapour, la France peut formuler des réserves, proposer un amendement et/ou renvoyer à ses règles de procédure.

**23 Les réserves.** La convention de Singapour ouvre à la France deux types de réserves (art. 8) :

- elle peut décider de ne pas appliquer la convention aux accords de règlement auxquels elle est partie, ou auxquels toute entité publique ou toute personne agissant au nom d'une entité publique est partie, dans la mesure précisée dans la déclaration (à l'instar de la réserve formulée par l'Arabie saoudite, la Biélorussie, la Géorgie, la République islamique d'Iran, le Kazakhstan) ;
- elle peut réserver d'appliquer la convention uniquement dans la mesure où les parties à l'accord de règlement auront consenti à son application (à l'instar de la réserve formulée par la Géorgie, la République islamique d'Iran, le Kazakhstan).

Ces réserves peuvent être formulées conjointement mais cela n'affecte en rien le caractère unilatéral de la déclaration. Elles peuvent être formulées à tout moment, dès signature de la convention et devront alors être réitérées lors de sa ratification. La convention de Singapour ne contient pas de réserve de réciprocité.

**24 Les amendements.** Une fois la convention de Singapour signée, chaque Etat Partie peut proposer un amendement qui sera soumis à l'ensemble des autres Parties et retenu si un tiers au moins des Parties se prononce en sa faveur (Conv. art. 15).

**25 La place laissée aux règles de procédure interne** (Conv. art. 3.1). Un Etat Partie a le droit d'« accorder » l'exécution d'un accord de règlement « conformément à ses règles de procédure et aux conditions prévues dans la convention ». La portée de cette disposition n'est pas claire, et le terme « accorder » ambigu, d'autant que la Partie qui a ratifié la convention de Singapour se voit en principe contrainte de faire appliquer ses dispositions. La formulation en langue anglaise est également source de confusion : « Each Party to the Convention shall enforce a settlement agreement in accordance with its rules of procedure ».

and under the conditions laid down in this Convention ».

Nous proposons de lire l'article 3.1 de façon restrictive, en ce que chaque Etat Partie peut déterminer les règles de procédure à suivre tant que la convention de Singapour ne prescrit pas d'exigence. Cette interprétation est celle adoptée par les Nations unies sur la page de son site présentant cette convention.

## B. VOIES À LA DISPOSITION DES PARTIES À L'ACCORD DE RÈGLEMENT

**26** Les parties à un accord de règlement peuvent limiter les effets de la convention de Singapour en faisant référence, dans certaines circonstances, aux règles de procédure interne ou aux lois ou traités du pays d'une partie, dans lequel on cherche à faire valoir l'accord. Par ailleurs, si son Etat Partie en a fait la réserve, une partie peut conditionner l'application de la convention à un accord exprès des parties au litige en ce sens.

**27** **La référence aux règles de procédure interne.** Il est à plusieurs reprises inséré dans la convention de Singapour la possibilité pour une partie de faire référence à ses règles de procédure interne : si elle considère que le litige a déjà été réglé, elle peut « invoquer l'accord conformément à ses règles de procédure et aux conditions prévues dans la convention » (art. 3.2) ; si elle souhaite faire exécuter un accord de règlement et si elle n'est pas en mesure de rapporter à l'autorité compétente la preuve que l'accord est issu de médiation, elle peut fournir « toute preuve susceptible d'être acceptée par l'autorité compétente » (art. 4. 1-b-iv).

**28** **La référence aux autres lois et traités.** Chaque Etat Partie conserve le droit « de se prévaloir d'un accord de règlement de la manière et dans la mesure admise par les lois ou les traités de la Partie (l'Etat) à la convention dans laquelle on cherche à faire valoir l'accord » (art. 7). Ainsi, la signature par la France de la convention de Singapour ne priverait pas

## SIGNATURE DE LA CONVENTION PAR LA FRANCE OU PAR L'UE ?

Selon nous, tout pousse à ce que ce soit la France qui signe puis ratifie la convention de Singapour et non l'Union européenne.

1. L'article 11.1 de la convention dispose que « La présente convention est ouverte à la signature de tous les Etats ». C'est donc d'abord à chaque Etat que ce droit est accordé.
2. L'article 12.1 de la convention dispose que « lorsque le nombre de Parties à la convention est pertinent aux fins de la présente convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme Partie à la convention en plus de ses Etats membres qui sont des parties à la convention ». La signature de l'UE serait donc subsidiaire si plusieurs Etats membres de l'UE signaient la convention.
3. Le domaine de la convention – l'exécution d'un accord issu de médiation – ne nous paraît pas ressortir d'une compétence exclusive ni même partagée de l'UE. La signature par l'UE de la convention ne semble donc pas requise en droit européen.
4. A supposer que l'UE signe, cela n'empêcherait pas la France de ratifier.

l'un de ses ressortissants, qui chercherait à se prévaloir d'un accord de règlement, d'appliquer une autre loi ou un autre traité en vigueur dans le pays dans lequel l'exécution est sollicitée, si les modalités de la convention de Singapour sont plus contraignantes. Autrement dit, l'article 7 ouvre à toute partie à un litige de pouvoir bénéficier du cadre le plus avantageux pour faire valoir un accord de règlement, y compris en faisant application de la loi ou du traité les plus favorables.

**29** **La clause de renvoi exprès ou d'exclusion des dispositions de la convention** (art. 8.1-b). Une Partie (Etat) peut déclarer qu'elle appliquera la convention uniquement dans la mesure où les parties à l'accord de règlement auront consenti à son application (n° 22). Cette réserve, ouverte à la Partie (Etat), bénéficie donc directement aux parties au litige.

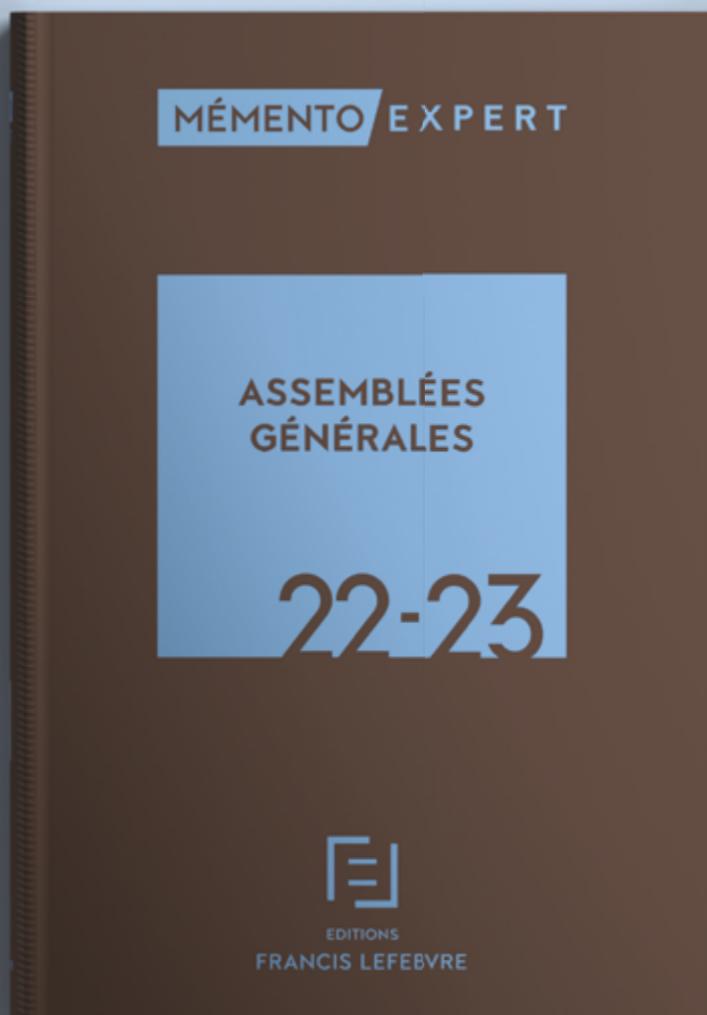
## Conclusion

**30** Cette étude montre qu'il n'y a pas d'obstacle juridique majeur à la signature de la convention de Singapour par la France. Elle y a même intérêt. D'ailleurs, la **Commission européenne pour l'ef-**

**ficacité de la justice** (Cepej) préconisait le 14 juin 2019, dans son Manuel européen sur la législation en matière de médiation, de « veiller à ce que la réglementation sur l'accord de règlement soit conforme aux dispositions des textes internationaux existants sur l'exécution, dont la convention de Singapour [...] » ; d'« envisager de ratifier la convention de Singapour sur la médiation afin de garantir une reconnaissance efficiente des accords de règlement internationaux [...] » et d'« envisager d'élaborer un système de reconnaissance des accords de règlement internationaux provenant de pays non membres de la convention de Singapour ».

La France pourrait – et devrait – se saisir de l'opportunité de signer cette convention pour renforcer son accueil de la médiation, accentuer son rayonnement à l'étranger et installer de façon plus pérenne encore sa position de **place internationale des modes alternatifs/amiabes de résolution des différends** (Mard), que les pays anglo-saxons identifient en matière commerciale non plus comme des ADR (Alternative Dispute Resolution) mais comme des NDR (Negotiated Dispute Resolution).

# Ayez les bons réflexes pour préparer et tenir vos assemblées en toute sécurité !



## Le Mémento Expert Assemblées générales 2022-2023 :

- Expose les règles applicables aux assemblées générales de SARL et de SA (cotées ou non) et de SAS. Il suit l'ordre chronologique des opérations, de la convocation aux effets de décisions collectives.
- Met à votre disposition tous les outils pour ne pas commettre d'erreur, nombreux modèles de documents (lettre de convocation, feuille de présence, procès-verbal...), tableaux de synthèse et échéanciers développés par type de société.
- Complet et précis, il intègre toutes les dernières réformes.

**215 €**



Ouvrage à jour au **01/01/2022**,  
**950** pages environ.



**Inclus** : versions numériques  
mises à jour en continu\*

\* Sur édition en cours

**COMMANDEZ-LE DÈS AUJOURD'HUI**

**01 41 05 22 22** du lundi au vendredi de 9h à 18h ou sur notre site **www.efl.fr**

Vendu également en librairie

# INNEO ACTU GESTION FINANCE

L'offre d'actualité 100% numérique dédiée  
aux Directions administratives et financières

Anticipez l'actualité, assimilez l'information juridique  
en toute simplicité et facilitez-vous le quotidien !



Une offre sur mesure qui vous propose des conseils  
et solutions pour faire face à toutes les nouveautés  
législatives et réglementaires

### Les domaines traités :

Performance fiscale, TVA et contributions indirecte Gestion comptable  
- Comptes consolidés - Contrôle fiscal - Contrôle URSSAF - Vie juridique  
de l'entreprise - Masse salariale et IRP - Stratégie immobilière - Finance  
et trésorerie - Audit et commissariat aux comptes - Fusions-acquisitions  
- Groupes de sociétés - International - Vie Professionnelle

- **Toutes les nouvelles évolutions législatives**
- **Des explications claires et concises sur les évolutions législatives et leurs incidences**
- **Des articles de fond décryptés par notre rédaction sur des questions pratiques**
- **Des outils en ligne :**
  - guides déclaratifs
  - agenda Fiscal et Social
  - chiffres
  - indices et taux
  - simulateurs

**Lefebvre Dalloz**

DA|LOZ

EDITIONS  
FRANCIS LEFEBVRE

EDITIONS  
LEGISLATIVES

Pour toute information, contactez-nous au 01 41 05 22 22  
ou rendez-vous directement sur le site [www.efl.fr](http://www.efl.fr)