

# Horizons du Droit

The background features a vibrant blue sky at the top. Below it, there are several overlapping, organic, wavy shapes in various colors: a dark red shape on the left, a light red shape in the center, a purple shape on the left side, a white shape in the lower center, and a teal shape at the bottom right. The overall composition is modern and artistic.

N°40

# Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur  
scientifique

**Jacques Mestre**

Agrégé des Facultés de droit, Président de l'Association française des docteurs en droit.  
(jacquesmestre81@gmail.com)

Comité  
scientifique

**Patrick de Fontbressin**

Avocat au Barreau de Paris.

**Julia Heinich**

Professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

**Sandie Lacroix-de Sousa**

Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans.

**Marie-Eve Pancrazi**

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

**Béatrice Parance**

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

**David Richard**

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en  
chef

**Sabrina Dupouy**

Maître de conférences à l'Université de  
Clermont-Auvergne.

Les demandes de publications sont à adresser à  
l'adresse suivante : [sabrina.dupouy@uca.fr](mailto:sabrina.dupouy@uca.fr)

# Sommaire

Bulletin n° 40 – novembre 2022

**Page 5** LES DIX INFORMATIONS A RETENIR

**Page 8** Numéro spécial Droit de l'entreprise

**Page 9** Photos de la remise de notre prix de thèse Entreprise 2022 (Paris, 6 octobre 2022)

## ***Articles***

**Page 11** Leçon de commentaire de texte (2<sup>e</sup> leçon en loge) en droit romain (Concours d'Agrégation d'Histoire du Droit 2021-2022)

*Guillaume BOUDOU*

***Présentation de thèses récentes intéressant  
le droit de l'entreprise***

**Page 23** Réflexions sur l'autonomie du droit répressif économique et financier (thèse, Montpellier, 2021)

*Nacéra AMRAOUI*

**Page 28** Les devoirs de l'actionnaire (thèse, Paris I, 2021)

*Romain DUMONT*

**Page 34** Marchés et instruments financiers en droit international privé (thèse, Paris II, 2021)

*Augustin GRIDEL*

**Page 41** Les associés dans le droit des entreprises en difficulté (thèse, Bordeaux, 2020)

*Olivier MARAUD*

**Page 47** La finance durable, Essai de conceptualisation juridique (thèse, Limoges, 2020)

*Mohamed CHAABEN*

**Page 53** La responsabilité pénale de l'entreprise multinationale (thèse, La Rochelle, 2020)

*Uguette NGASSA-PETILLON*

**Page 59** La lutte contre la corruption transnationale à partir des pays émergents d'Amérique Latine. Contribution à l'étude du droit global (thèse, Paris II, 2021)

*Anne-Sophie KORB*

## DIX INFORMATIONS A RETENIR

En ce mois de novembre, l'AFDD a le plaisir de vous donner quelques informations susceptibles de vous intéresser :

1) L'ouvrage *Cerveau(x) et Droit*, initié par notre association et coordonné par Sandie Lacroix-de Sousa, Peggy Larrieu et Jacques Mestre, vient de sortir aux éditions Lextenso. Il réunit 35 contributions portant toutes sur des thèmes d'une grande actualité et qui approfondissent les questions juridiques suscitées par les neurosciences, l'intelligence artificielle, les algorithmes, les objets connectés, le cerveau des sociétés commerciales, les centres de décision en matière fiscale ou encore les œuvres de l'esprit plurielles. Fort de 450 pages, il est disponible au prix unitaire de 48 euros.

2) Le 20 octobre dernier, notre Association, représentée par Maître Pierre-Louis Périn et Jacques Mestre, a eu le grand plaisir de participer à une visio-conférence organisée par l'Association Marocaine des Docteurs en Droit, Maroc, sur le thème de la société par actions simplifiée. Cette manifestation s'inscrit dans le cadre du partenariat que l'AFDD et l'AMDD ont noué en juin dernier, à Rabat.

3) Le prochain déjeuner de l'AFDD aura lieu dans les locaux de la fondation France-Amériques (9-11 avenue Franklin Roosevelt) le lundi 5 décembre. Le thème retenu sera celui des missions extra-judiciaires de l'Expert de justice qui retiendra. Il sera introduit par le vice-président de l'AFDD, Maître Patrick de Fontbressin et par les présidents Pierre Loeper et Jean-Luc Fournier, qui nous parleront respectivement de l'expert de partie et des missions prévues par les articles 1843-4 et 1592 du Code civil. Patrick de Fontbressin évoquera pour sa part la place de l'Avocat dans ces différents cas.

Rappelons que ces déjeuners de l'AFDD s'adressent naturellement, de manière prioritaire, aux adhérents de l'AFDD mais qu'ils peuvent aussi accueillir des professionnels intéressés par nos activités. Les inscriptions sont à prendre d'ores et déjà auprès d'Ariane Guignot-de Guillenchmidt ([ariane.guignot@agg-avocats.fr](mailto:ariane.guignot@agg-avocats.fr)) ; le règlement du déjeuner (40 euros) se fait le jour même.

4) Le 28 novembre, l'AFDD sera partenaire de France-Amériques, dans le cadre d'une belle manifestation consacrée au thème général du secret. Une manifestation où interviendront le président Jean-Luc Fournier, le Vice-Bâtonnier du Barreau de Paris Vincent Nioré, qui en sera le modérateur, Fabrice Arfi (sur le journaliste et le secret des sources), Maître Thomas Baudesson (sur le secret de l'avocat), le président de l'AFJE Jean-Philippe Gille (sur l'avocat en entreprise), le Premier Vice-Procureur Aurélien Letocart (sur le magistrat face aux différents secrets), le professeur Didier Rebut, le Secrétaire général du Cercle Montesquieu Martial Houille, Maître Ron Soffer...

5) Le prix Personnes-Famille, organisé par l'AFDD sous l'impulsion d'Ariane Guignot-de Guillenchmidt, et en partenariat avec Lexis Nexis et la Revue Personnes et Famille, est en cours. Les candidatures ont été déposées, et les thèses sont à l'examen, avec un établissement du palmarès et une remise des prix prévus au début de l'année 2023.

6) Deux autres prix de thèse AFDD ont démarré récemment :

- un prix Action humanitaire-Droits de l'homme, piloté par notre Secrétaire Générale, Marie Eude ;
- et un prix Innovations (innovations technologiques, innovations juridiques et sociétales, propriété intellectuelle...), placé sous la responsabilité de Sabrina Dupouy.

Les candidatures à ces deux prix sont reçues jusqu'au 30 novembre. Les candidats doivent transmettre en version électronique leur thèse, le rapport de soutenance et leur CV, pour le premier, à [marie.clotilde.eude@gmail.com](mailto:marie.clotilde.eude@gmail.com), et pour le second, à [sabrina.dupouy@uca.fr](mailto:sabrina.dupouy@uca.fr)

7) A la suite d'un arrêt du Conseil d'Etat du 14 octobre dernier considérant que les recherches de nature juridique effectuées par un doctorant Cifre salarié d'une société d'avocats n'ouvraient pas droit au crédit d'impôt recherche à raison des dépenses de personnel y afférentes, l'AFDD, qui avait déjà exprimé ses regrets à l'égard d'une position similaire adoptée par la Cour administrative d'appel de Bordeaux, a manifesté le souhait de faire mieux connaître les thèses Cifre dans l'espoir de faire évoluer cette jurisprudence ou, à tout le moins, d'en limiter le champ d'application. A cette fin, elle consacrera un prochain numéro de sa revue mensuelle *Horizons du Droit* aux docteurs ayant conduit leur recherche dans ce cadre, et le placera sous l'autorité de deux de ses membres du conseil



d'administration, Sophie Lière et Solène Gobin, qui ont précisément réalisé de très belles thèses Cifre. Si vous êtes donc intéressé(e) par une participation à ce numéro, adressez-nous votre contribution en montrant, de manière très concrète, comment votre travail doctoral s'est efforcé de s'inscrire dans une véritable démarche de recherche scientifique. Les contributions sont à envoyer dès que possible à [sabrina.dupouy@uca.fr](mailto:sabrina.dupouy@uca.fr) ou à [jacquesmestre81@gmail.com](mailto:jacquesmestre81@gmail.com)

8)Le numéro 6 de la revue *Signatures Internationales* va bientôt paraître avec un dossier thématique très intéressant consacré à l'information et aux secrets.

9)Le partenariat avec le Conseil constitutionnel va se poursuivre. Initié à travers la récente confection d'un ouvrage collectif « *Droits fondamentaux et Constitutions sous le regard universel des Docteurs en Droit* » (éd.LGDJ-Lextenso, 2022, préface L.Fabius), il devrait à l'avenir accroître encore le rôle des docteurs en droit dans ce domaine essentiel du droit qu'est aujourd'hui le droit constitutionnel et, tout particulièrement, à l'égard de cette source majeure qu'est la jurisprudence du Conseil. Ce partenariat est, du côté de l'AFDD, animé par nos administrateurs David Richard, Patricia Franc et Marie Eude.

10)Enfin, c'est là un rappel, mais il n'est sans doute pas inutile, n'oubliez pas de consulter régulièrement notre site électronique [www.afdd.online](http://www.afdd.online)

Certes, tout n'y est pas parfait car notre Association n'a pas les moyens matériels de financer un site de prestige, mais vous y trouverez quand même l'essentiel de nos activités et, peut-être aussi, en retirerez l'envie de participer encore davantage à la vie de l'AFDD !

## Numéro spécial Droit de l'entreprise

Lors de notre assemblée générale annuelle, tenue le 6 octobre dernier, notre Association avait organisé en parallèle un colloque consacré à l'actualité du droit de l'entreprise. Le professeur Julia Heinich, administrateur de l'AFDD, a évoqué l'actualité jurisprudentielle du droit des sociétés, tandis que les six lauréats de notre prix Entreprise-Compliance-Ethique des Affaires ont présenté, chacun, leur thèse de doctorat, avant de recevoir leur prix.

Devant l'intérêt de cette manifestation très réussie, l'idée s'est faite jour, au sein de l'AFDD, de faire naître un *Groupe Entreprise*, confié tout naturellement à la responsabilité de Julia Heinich, et pour le lancer sans plus tarder, de consacrer le prochain numéro de notre revue mensuelle *Horizons du Droit* aux jeunes forces vives du droit de l'entreprise... C'est-à-dire à de jeunes et brillants docteurs en droit qui présentent ici à nos lecteurs les axes forts de leur recherche et qui, très probablement, communiqueront avec grand plaisir la version électronique de leur travail aux adhérents de l'AFDD qui seraient intéressés par l'approfondissement du thème traité, au travers d'un lien transgénérationnel des plus fructueux !

Alors, place à la découverte de ce numéro spécial qui est ainsi la première manifestation du *Groupe Entreprise* de l'AFDD !

Un numéro qui n'a pas, au demeurant, oublié l'indispensable regard historique qui éclaire les expressions contemporaines de notre droit. Un très grand merci donc à Guillaume BOUDOU, aujourd'hui professeur à l'Université de Paris II, de nous faire profiter aujourd'hui de sa magnifique leçon de droit romain qui, à travers le commentaire d'un texte de Cicéron, évoque la très actuelle question de la place de la bonne foi dans la formation des contrats.

**Photos de la remise de notre prix de thèse Entreprise 2022  
(Paris, 6 octobre 2022)**



**Le Président Jacques Mestre et le professeur Julia Heinich**



**Les deux premiers prix de l'AFDD, Nacéra AMRAOUI et Romain DUMONT**



**De gauche à droite : Patrick de Fontbressin, Marie Eude, Ariane Guignot-de Guillenchmidt, Olivier Maraud, Julia Heinich, Nacéra Amraoui, Romain Dumont, Jacques Mestre, Augustin Gridel et Mohamed Chaaben**

**Leçon de commentaire de texte (2<sup>e</sup> leçon en loge)  
en droit romain (Concours d'Agrégation d'Histoire  
du Droit 2021-2022)**

**Guillaume BOUDOU**

---

## TEXTE À COMMENTER : Cicéron, De officiis, III, 65-67

« [65] *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.* [66] *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.* [67] *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. [...]* »

### **Traduction 1 (Charles Appuhn, 1933) :**

« Pour ce qui est des propriétés immobilières, la législation civile ordonne que le vendeur fasse connaître les défauts dont lui-même a connaissance. Suivant les Douze Tables, seules engageaient sa responsabilité les déclarations faites par lui sur une demande expresse de l'acheteur et la peine encourue était d'avoir à payer le double du dommage causé, la jurisprudence punit aussi la réticence. Les jurisconsultes ont décidé en effet que le vendeur était responsable de tout défaut pouvant exister dans la propriété dont il avait connaissance, à moins qu'il ne l'eût expressément déclaré. C'est ainsi que les augures qui devaient exercer leur art au Capitole ayant ordonné la démolition de la partie trop élevée et gênante pour eux d'une maison que possédait Tib. Claudius Centumalus sur le mont Caelius, il fit annoncer la vente de tout un pâté de maisons qu'acheta P. Calpurnius Lanarius. Ce dernier reçut des augures la même invitation à démolir. Après qu'il eut obéi à cette injonction, comme il savait que la

mise en vente était postérieure à l'ordre de démolition donné par les augures, il déféra Claudius au magistrat et, invoquant la bonne foi, demanda qu'une juste réparation lui fût accordée. C'est M. Caton, le père de notre ami, qui prononça la sentence (d'autres hommes héritent du nom de leurs pères, celui-là en porte un qu'a rendu éclatant le fils qu'il engendra). Ayant à juger ce cas donc, Caton prononça que Claudius, ayant eu connaissance de l'obligation imposée par les augures et l'ayant tue, devait indemniser l'acheteur. Il considérait donc qu'il y avait eu de la part du vendeur manque de bonne foi puisqu'il avait su quelle servitude grevait sa maison. Si Caton a bien jugé, le négociant en blé agit mal en gardant le silence et aussi le propriétaire de la maison malsaine. Toutes les réticences de cette sorte ne peuvent pas être prévues cependant par le droit civil, mais celles qui le sont, il faut les tenir pour punissables. »

### **Traduction 2 (Desiré Nisard, 1864) :**

« Notre droit civil ordonne au propriétaire d'un immeuble de déclarer tous les défauts qu'il connaît au bien qu'il met en vente. Les douze Tables avaient trouvé suffisant de rendre le vendeur garant de tout ce qu'il annonçait et promettait, de condamner celui qui faisait-une fausse déclaration à une amende qui était le double du prix soldé ; mais nos jurisconsultes ont encore établi une peine contre la réticence. Ils ont statué que tout vice d'un immeuble, connu du vendeur, donne recours en garantie contre lui, à moins toutefois que ce vice n'ait été expressément déclaré. Les augures, ayant à exercer leurs fonctions sur le Capitole, ordonnèrent à T. Claudius Centumalus de faire démolir la maison qu'il avait sur le mont Célius, et dont la hauteur les gênait pour prendre les auspices. Claudius aussitôt de mettre sa maison en vente ; il trouve un acquéreur ; c'est P. Calpurnius Lanarius. Mais les augures signifient le même ordre à Calpurnius, qui est obligé de raser la maison, et qui, apprenant que Claudius ne l'a mise en vente qu'à cause de l'injonction qu'il avait reçue, intente une action en garantie contre le vendeur, au nom de la règle qu'il ne faut rien livrer qu'avec bonne foi La cause fut jugée par M. Caton, père de notre Caton ; si nous faisons connaître les autres par le nom de leurs pères, celui qui a mis au monde ce grand homme peut bien recevoir son illustration de son fils. Ce juge prononça donc : « Que le vendeur, sachant l'ordre des augures et ne l'ayant point déclaré dans l'acte, devait indemniser l'acheteur. » Par ce jugement il établissait que la bonne foi est intéressée à ce que l'acheteur soit instruit de tous les défauts qui sont à la connaissance du vendeur. Si M. Caton avait raison, le marchand de blé et le vendeur de la maison malsaine ne pouvaient garder le silence sans blesser la justice. Mais le droit civil ne saurait prévoir toutes les réticences de ce genre ; on poursuit avec rigueur toutes celles qu'il a prévues. »

## TEXTE DE LA LEÇON :

Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs les membres du jury,

La bonne foi n'est-elle pas une vertu si admirable qu'on aimerait la voir irrémédiablement inscrite dans la nature de l'homme ? Car il en va de la confiance que les êtres humains peuvent placer l'un envers l'autre, et, à travers et au-delà, de toutes relations inter-individuelles, collectives ou sociales. Le droit comme l'histoire, qui fourmillent d'exemples de coups tordus en tout genre (il faut bien le reconnaître) invitent, tout au contraire, à porter un regard moins optimiste sur la nature humaine. Est-ce à dire que, sans y être contraint, l'homme ne saurait être de bonne foi ? Vaste débat dans lequel je n'entrerai pas, mais qui ouvre la voie à la question des devoirs qui pèsent sur l'homme, soit qu'on considère ces devoirs sous l'angle moral, soit qu'on les considère sous l'angle du droit, notamment ceux du citoyen.

Précisément, c'est dans les paragraphes 65 à 67 de son *De officiis* (comprenez : *Des Devoirs*), paragraphes particulièrement riches d'informations et que nous allons commenter, que Cicéron aborde la question de la bonne foi, dans un cadre bien précis qui plus est, celui de la vente d'immeubles. De ce Romain si célèbre, il y aurait beaucoup à dire. Retenons seulement, pour le situer, qu'il naît en 106 avant Jésus-Christ, dans une famille de chevaliers, à Arpinum, et que, grâce à une solide formation en rhétorique, en philosophie et en droit (notamment auprès de Quintus Mucius Scaevola), doublée d'un talent personnel exceptionnel dans les fonctions d'avocat, mis au service de ses concitoyens dans des affaires retentissantes (contre le gouverneur de Sicile Verrès par exemple), il parvint à se hisser (premier homme de sa famille à y parvenir) jusqu'au consulat en 63. Tout en effet, dans ses écrits (même philosophiques), très abondants et variés, et qui nous sont abondamment parvenus, rappelle ce point saillant de sa pensée, qu'est le refus de s'isoler des réalités de la cité.

Une cité romaine qui, au cours du 1<sup>er</sup> siècle avant Jésus-Christ, connaît de nombreux changements, parfois sanglants (comme la lutte pour le pouvoir de généraux ambitieux, Pompée, César, Marc-Antoine, et que je ne fais qu'évoquer, mais dont je signale qu'ils valurent à Cicéron, dont les choix stratégiques se sont avérés désastreux, de mourir assassiné en 43 avant Jésus-Christ). Mais le changement qui affecte la cité romaine, c'est aussi la conquête du pourtour méditerranéen depuis qu'au siècle précédent, Rome a vaincu sa rivale carthaginoise. Sous l'effet de la conquête, le vieux droit romain, conçu et adapté pour une petite cité du Latium, s'avère progressivement dépassé et doit évoluer.

Dans les relations individuelles (celles de droit privé pour le dire avec un vocabulaire contemporain), une innovation majeure a été l'apparition des contrats formés *solo consensu*, comme le louage, la société, le mandat ou encore la vente. Dans son *De officiis*, qui date des années précédant immédiatement sa



mort, Cicéron éclaire magistralement la manière dont le contrat romain de vente a pu enregistrer ces changements en tournant le dos au formalisme et, sous l'influence probable de la philosophie grecque (notamment stoïcienne, dont Cicéron a été un des relais les plus actifs et les plus éloquents), en intégrant la morale. Cette morale, directement inspirée du stoïcien Panétius, destinée à façonner un citoyen modèle au travers des devoirs qui lui incombent, cette morale, dans les paragraphes qui vont nous retenir, interroge la place de la bonne foi dans les relations entre vendeur et acquéreur d'immeubles, et les obligations qui en découlent en matière de vices cachés. Dans quelle mesure le vendeur est-il tenu par la bonne foi qu'il doit observer dans l'opération de vente ? A quel type de biens s'applique-t-elle ? Dans quelle mesure le vendeur est-il tenu à l'égard de l'acquéreur des vices de la chose qu'il lui aura vendue ? De quels moyens l'acquéreur dispose-t-il pour faire valoir son droit ?

C'est à cet ensemble de questions (absolument décisives dans le quotidien du droit), et qui font tout l'intérêt de son texte, que Cicéron s'attache à répondre. Il le fait en deux temps, que nous faisons nôtre, et que nous suivrons. Dans un premier temps (qui sera l'objet d'une première partie), Cicéron s'attache à retracer l'élaboration du principe de responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles. Dans un second temps (qui sera l'objet d'une seconde partie), Cicéron traite de la mise en œuvre judiciaire de ce principe.

## **Première Partie – L'élaboration du principe de responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles**

C'est dans le paragraphe 65 du texte qui nous retient, que Cicéron s'attache à retracer l'élaboration du principe de responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles. Ce travail, d'essence à la fois historique et juridique, le conduit à distinguer deux étapes, que nous allons également suivre. La première étape (que nous examinerons dans un premier point) est celle du fondement de ce principe, que Cicéron identifie dans la Loi des XII Tables. La seconde étape (que nous examinerons dans un second point), est celle du complément apporté à ce fondement par la jurisprudence romaine.

### **Premier point – Le fondement de la Loi des XII Tables : la responsabilité pour défauts déclarés**

Partons de la deuxième phrase du texte, puisque c'est dans cette phrase que Cicéron affirme que c'est dans la loi des XII Tables que se trouve le fondement historique de la responsabilité pour vices cachés du vendeur

d'immeubles. Je la cite en français : « il suffisait, d'après la Loi des XII Tables, de répondre des défauts notifiés oralement et de doubler la peine infligée au contestataire ».

De prime abord, cette affirmation de Cicéron peut surprendre car, en proposant cette origine historique à la responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles, Cicéron remonte à une époque, celle de la Loi des XII Tables (soit le milieu du V<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ), où le contrat de vente tel qu'il va en être question dans la suite du texte (*l'emptio-venditio*), ce contrat n'existe pas encore en droit romain. A l'époque des XII Tables, le transfert de biens s'opère par d'autres procédés juridiques comme la *mancipatio* et l'*in iure cessio*, et il faut attendre le II<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ pour voir apparaître le contrat classique de vente. Il y a donc une forme d'anachronisme dans l'affirmation de Cicéron, mais cet anachronisme ne doit pas être condamné. En fait, cet anachronisme est consubstantiel à sa démarche historique (comme d'ailleurs, dans une certaine mesure, à toute démarche historique). En effet, cet anachronisme doit être compris comme un procédé heuristique, qui lui permet de progresser dans sa recherche des origines du principe de la responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles, et pour mettre en perspective l'évolution du droit romain sur ce sujet.

Ceci posé, c'est dans la loi des XII Tables que Cicéron identifie cette origine de la responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles. Il est vrai que Cicéron ne cite pas expressément le texte de la loi des XII Tables sur ce point, mais nous savons par ailleurs qu'il connaissait ce texte sur lequel il entendait appuyer sa démonstration historique, puisqu'il le cite dans son *De oratore*, ouvrage antérieur au *De officiis* puisqu'il date de 55 avant Jésus-Christ, et, de façon générale, Cicéron avait une excellente connaissance du texte de la Loi des XII Tables, qu'il qualifie avec d'autres auteurs de « source de tout le droit privé et public » et qu'il cite souvent.

Dans les reconstitutions modernes de la Loi des Tables (depuis celle de Godefroy en 1616 jusqu'à celle de Michel Humbert en 2018), c'est dans le premier verset de la Table VI qu'on trouve la formulation de cette responsabilité (par ailleurs également attestée, après Cicéron, dans le commentaire de la loi par Gaius au II<sup>e</sup> siècle après Jésus-Christ, cité au *Digeste* de Justinien au VI<sup>e</sup> siècle après Jésus-Christ). Voici ce que dispose ce verset : « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto* » (« Lorsqu'on s'obligera par la balance et lorsque l'on fera une mancipation, que la déclaration prononcée (sous-entendu par le créancier ou par l'auteur du prêt) ait valeur de droit »).

Certains romanistes, comme Paul-Frédéric Girard, ont douté que ce verset ait fondé la garantie contre les vices de la chose transférée, car, selon, eux, deux actions seulement permettaient une action de l'acquéreur contre le mancipant : l'*actio auctoritatis* (à laquelle le mancipant est exposé pour n'avoir pas assisté son acquéreur dans le procès où il était tenu de le soutenir), et l'*actio de modo*

*agri* (à laquelle le mancipant est soumis pour les défauts de contenance de l'immeuble) ; et les vices de la chose n'entrent dans le domaine ni de l'une, ni de l'autre de ces actions.

Mais cette position a été réfutée par Charles Appleton et, après lui, par Raymond Monier, qui ont montré que dans les déclarations orales solennelles (ce qui est bien le sens de la formule « *lingua nuncupata* » utilisée par Cicéron dans le texte que nous commentons), dans ces déclarations, au cours de la mancipation ou du *nexum* (une autre forme d'engagement archaïque), l'aliénateur indique que les clauses qui accompagnent l'opération seront juridiquement obligatoires.

Cela dit, le texte de Cicéron pose problème, car on voit mal comment l'aliénateur de l'immeuble aurait pu être responsable des vices déclarés, précisément puisque, en vertu de la déclaration, ces vices étaient révélés et devenaient connus. Il semblerait plus logique alors de considérer que la responsabilité de l'aliénateur naissait de l'affirmation mensongère de l'absence de vices. Cela supposerait alors de considérer que le mot « *ea* » du texte latin de Cicéron désignait les choses fournies et non les vices. Cela réduirait aussi l'écart avec ce que Cicéron rapporte ensuite de la jurisprudence.

## **Second point – Le complément apporté par la jurisprudence : la responsabilité pour défauts connus**

L'examen du complément, tel que Cicéron en fait état dans son texte, apporté par la jurisprudence à l'élaboration du principe de responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles, conduit à considérer la première phrase, la fin de la deuxième phrase et la troisième et dernière phrase du paragraphe 65. Je cite de nouveau Cicéron, en français : « en ce qui concerne la législation relative aux immeubles, le droit civil prescrit, chez nous, d'en déclarer, lorsqu'ils sont mis en vente, les défauts dont le vendeur aurait connaissance. (...) les jurisconsultes ont également puni le fait de garder une information par devers soi. Ils ont en effet décidé que le vendeur, s'il en avait connaissance, devait répondre de tout défaut d'un bien immeuble à moins de l'avoir expressément mentionné. »

Dans la première phrase du paragraphe 65, Cicéron propose une formulation générale et abstraite d'un principe romain de responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles, qui correspond au stade de développement auquel le droit romain était parvenu au moment où Cicéron a écrit son texte, c'est-à-dire après que la jurisprudence a apporté son complément au fondement initial de la loi des XII Tables. C'est pourquoi les deux portions de

phrases que je viens de citer doivent être analysées ensemble. L'apport de cet ensemble de textes se signale à trois titres.

En premier lieu, cet ensemble de textes est le seul de cette époque, avec les paragraphes 23 et 91 du même Livre III du *De officiis*, qui nous permettent aujourd'hui d'avoir une connaissance des principes admis dans le contrat consensuel de vente au dernier siècle de la République. Il s'agit donc d'une source précieuse par sa rareté.

En second lieu, cet ensemble de textes permet de circonscrire le domaine de la responsabilité du vendeur d'immeubles en cas de vices cachés. A cet égard, il convient d'abord de s'interroger sur la nature juridique des biens qui étaient l'objet de cette garantie. La formule utilisée par Cicéron dans la première phrase est celle de « *praedium sanctum* ». Cette expression a été traduite par « immeubles », mais on observe que le juriste Raymond Monier, qui s'est penché sur ce texte, lui a préféré celle, plus restrictive, de « fonds de terre », ce qui exclurait les immeubles bâtis du champ de cette garantie. On observe aussi que le latiniste Félix Gaffiot traduit le substantif « *praedium* » par des termes français qui renvoient à des notions plus larges, à savoir « propriété, bien de campagne, bien-fonds, domaine », c'est-à-dire des notions dans lesquelles peuvent être compris des biens immeubles autant que des biens meubles. Il est difficile de trancher entre ces traductions, d'autant plus que Cicéron fait figurer dans son texte l'adjectif « *sanctus* » (potentiellement réducteur du domaine couvert), mais la traduction par « immeubles » semble la plus convaincante au regard de trois éléments : premier élément, cette traduction s'inscrit dans la distinction meubles/immeubles, laquelle, sans avoir l'importance qu'elle connaît dans les droits modernes, n'était pas ignorée du droit romain, et dont l'importance est allée grandissant ; deuxième élément, c'est l'enjeu économique de l'opération de vente, qui était mineure en matière de meubles ; et troisième élément, c'est le volume de vices qui pouvaient potentiellement affecter des immeubles bâtis (sans doute plus que des terrains) et qui rend utile la garantie qui aurait concerner ce type de biens.

Ensuite, il convient de s'interroger sur les conditions dans lesquelles cette responsabilité du vendeur était engagée. Ce passage nous montre qu'en dehors du domaine traité par les édiles curules au sujet des ventes d'esclaves sur les marchés (point que je ne peux qu'évoquer sans le développer), la question des vices cachés était étroitement liée à l'idée qu'on se faisait de la bonne foi dont les parties devaient faire preuve au cours du contrat. En effet, Cicéron insiste sur le fait que la responsabilité du vendeur est engagée concernant les vices dont il aurait eu connaissance mais qu'il aurait gardés par devers lui, c'est-à-dire qu'il aurait dissimulés, en forme de silence dolosif. Nous sommes ici au cœur de la notion de bonne foi (*bona fide*) et de contrat de bonne foi, dont le contrat de vente (*emptio-venditio*) est un exemple archétypique. Pour preuve, cette

précision faite par Cicéron, que le vendeur pouvait se dégager de sa responsabilité en mentionnant expressément le défaut de la chose vendue.

En troisième lieu, cet ensemble de textes met en lumière le rôle de la jurisprudence (*iurisprudentia*) dans le processus d'élaboration du principe. Cette science du droit appliquée à l'usage pratique (comme on pourrait la définir), et qui était celle des prudents, prenait diverses formes depuis la consultation sur divers cas litigieux (*responsum*) jusqu'aux travaux de doctrine plus théoriques. Il est probable que la jurisprudence ait concouru (fut-ce en accompagnant les changements sociétaux ou en les devançant ?) à dégager ce principe de responsabilité.

Cela dit, la jurisprudence était aussi grandement nourrie de discussions, de controverses, et il était rare que les auteurs fussent unanimes. Il est probable que le texte de Cicéron soit allé un peu vite en désignant « les jurisconsultes » de manière générique, et que cette formule écrase quelque peu la complexité de la question. Par exemple, Labéon, il est vrai postérieur à Cicéron (50 av.-15 ap. JC.), semble en principe admettre, dans les fragments 19.1.54.1 du *Digeste*, que le vendeur ne soit en aucune façon tenu de déclarer les vices cachés de la chose vendue. Ces controverses jurisprudentielles sont pourtant de nature à éclairer les litiges qui ont pu être portés devant la justice, et que Cicéron lui-même envisage.

## **Seconde Partie – La mise en œuvre judiciaire du principe de responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles**

La mise en œuvre judiciaire du principe de responsabilité pour vices cachés du vendeur d'immeubles est abordée par Cicéron dans les paragraphes 66 et 67 de son texte. A travers l'exemple d'un procès sur le sujet qu'il relate (selon ses dires) d'après des faits réels, il illustre le principe dont il a précédemment retracé la construction historique et formulé la teneur. Ce procédé rhétorique (par l'exemple) n'a rien d'anodin, car l'exemple relaté revêt une fonction qui déborde très largement la simple illustration. Pour un Romain comme Cicéron (comme pour tout Romain d'ailleurs), l'action précède le droit. C'est dire que c'est à l'occasion du procès que le droit prend corps et s'affirme dans l'ordre juridique. Pour assister à la naissance juridictionnelle de ce droit, nous allons suivre le schéma cicéronien, qui consiste en deux phases. La première phase (qui fera l'objet d'un premier point) est celle de la cristallisation du litige ; et la seconde phase (qui fera l'objet d'un second point) est celle de la sentence du juge.

## Premier point – La cristallisation du litige

On peut suivre la manière dont le litige rapporté par Cicéron s'est cristallisé à travers le paragraphe 66 jusqu'à la citation de la prétention du demandeur. Les parties au litige sont deux citoyens romains, comme l'indique leurs *tria nomina* (*nomen, cognomen et prænomen*), un des attributs de la citoyenneté romaine : Titus Claudius Centumalus (Claudius par la suite) qui est défendeur (pour employer un terme moderne), et Publius Calpurnius Lanarius (Calpurnius par la suite) qui est demandeur (selon une terminologie moderne également). Cette considération d'un procès entre deux citoyens romains s'harmonise avec les données théoriques formulées plus haut, au paragraphe 65, par Cicéron, selon lesquelles le principe examiné était un principe du *ius civile*, c'est-à-dire un principe du droit des citoyens romains : les Quirites.

Mais cette considération n'est pas sans poser question au regard du contrat en cause. A la différence de la mancipation, que j'ai évoquée au sujet de la loi des XII Tables, le contrat de vente (*emptio-venditio*) était accessible aux étrangers (les pérégrins). Est-ce à dire que le principe de la garantie des vices cachés ne s'appliquait qu'entre Romains parties à un contrat de vente et non à des pérégrins ? *Quid* alors d'une vente mixte, entre un Romain et un pérégrin ? On voit immédiatement le déséquilibre intenable d'une telle situation. Je pense donc que cette garantie s'appliquait aussi aux pérégrins, soit qu'ils en fussent créanciers, soit qu'ils en fussent débiteurs. Mais pas n'importe quels pérégrins : seulement les pérégrins qui avaient accès au droit et aux tribunaux romains (ce qu'on appelle le *commercium*), comme c'était le cas, par exemple, de ceux qui bénéficiaient du droit latin (le *ius latinum*). A l'époque où Cicéron écrit son *De officiis*, il ne pouvait s'agir que de pérégrins vivant hors d'Italie, puisqu'à la suite de la Guerre Sociale (entre 90 et 88 avant Jésus-Christ), la citoyenneté romaine avait été étendue aux Italiens fédérés.

Dans ce procès, Titus a vendu à Calpurnius une « demeure », un « pâté », nous dit le texte de Cicéron en français. Le texte latin ne renseigne pas mieux le type de biens dont il s'agit puisqu'il est question d'« *aedes* » qui peut désigner un temple aussi bien qu'une maison, et, plus loin, d'« *insula* ». Peu importe à dire vrai puisque, dans l'un et l'autre cas, ces mots désignent un bien immeuble, comme le commande la règle évoquée plus haut par Cicéron, et suggèrent un bâtiment assez élevé, les *insulae* en particulier (comme l'archéologie en a révélé de superbement décorées à *Ostia antica*, le port de Rome) étant des immeubles d'habitation à étages.

Et c'est là que réside tout le problème, car la construction était haute au point d'obstruer une partie du champ de vision des augures (ces prêtres chargés de recueillir l'assentiment des dieux avant la plupart des décisions importantes pour la vie de la cité), lorsque ces augures se postaient sur le Capitole (une des

sept collines de Rome, un des lieux les plus sacrés de la Ville, puisque s'y trouvait le temple de la triade capoline : Jupiter-Mars-Quirinus) pour scruter le vol des oiseaux. Si j'insiste sur cet aspect religieux, c'est parce qu'il est de nature à faire comprendre un point crucial des faits du litige, à savoir qu'on ait pu exiger du Titus, propriétaire de sa maison, d'en raser la partie haute. Cette forme d'expropriation publique (qui peut même se traduire par une servitude de vue, que connaissaient les Romains, puisqu'on imagine que l'obligation de détruire se doublait de l'interdiction de reconstruire), cette forme d'expropriation ne peut se comprendre qu'au regard de l'enjeu fondamental que représentaient les auspices pour la Cité. Allait-on bloquer tout ou presque de la vie publique, pour préserver le ou les étages de la maison d'un simple citoyen ? Cicéron ne s'attarde pas sur ce point, qui peut évidemment choquer un Moderne, imbu de l'article 17 de la DDHC selon laquelle la propriété est un droit inviolable et sacré, mais sans doute pas un Ancien comme Cicéron, pour qui la citoyenneté comprenait certes des droits mais aussi des devoirs envers la Cité, ce qui est l'objet de son ouvrage.

Dans cet ordre d'idées, on doit comprendre que la fin de non-recevoir opposée par les augures à Titus, n'a pas été accompagnée d'un dédommagement. C'est pourquoi on imagine très bien que celui-ci ait tenté de résoudre son problème en vendant son bien, mais en taisant le fait qu'il devait être arrasé, cette perte de surface devant nécessairement rejaillir sur le prix de vente de son immeuble. En passant sous silence cette difficulté, il pense éviter le mauvais coup économique auquel le contraignent les augures. La preuve de ce silence coupable, c'est que l'acquéreur de l'immeuble de Titus, Calpurnius, qui finit par apprendre la contrainte qui grève le bien qu'il a acquis, cet acquéreur ne l'apprend pas de Titus, mais des augures, dont on imagine qu'ils sont revenus à la charge (faute de pouvoir scruter le vol des oiseaux), et également surpris de tomber sur un nouveau propriétaire.

Le litige est alors engagé par Calpurnius devant un arbitre, en invoquant (nous dit le texte) le principe de bonne foi auquel Cicéron tâche de donner consistance : il exige (je cite) « tout ce qu'il (Titus) était tenu (« *oportet* », qui exprime un devoir absolu : le terme est fort en latin) de lui donner (« *dare* », c'est-à-dire transférer la propriété) et de faire (« *facere* ») pour lui en toute bonne foi (« *ex fide bona* ») ». Que va décider le juge ?

## Second point – La sentence du juge

Cicéron traite de la sentence venue trancher le litige entre Titus et Calpurnius entre la fin du paragraphe 66 et le paragraphe 67. Le statut de cet arbitre, dont Cicéron nous dit qu'il est Marcus Cato, le père de son « cher » Caton (on peut penser qu'il faisait allusion à Caton le Censeur (234-149 av. Jésus-Christ), qui n'était pas de ses contemporains, mais qui était très célèbre), le statut

de cet arbitre pose question. En toute rigueur, il semble que Cicéron ait quelque peu écrasé les étapes de la procédure civile, en omettant de relater la phase du procès déployée *in iure* devant le magistrat, en l'espèce le préteur urbain, pour se concentrer sur la phase décisive du procès, celle qui se déroule devant le juge. En effet, si Caton est d'abord désigné comme un « *arbiter* » dans le texte latin (ce qui rend bien compte du contenu de ses fonctions), il l'est ensuite comme un « *iudex* ». Il s'agit donc bien de la seconde phase du procès formulaire, dite *apud iudicem*, qui tranche le litige en fonction du programme de jugement défini préalablement par le magistrat dans sa formule d'action. Si cet écrasement est regrettable (car c'est bien au niveau de la phase *in iure* qu'on peut localiser ce qui s'apparente à une forge du droit romain, ou comment, sur la base de cas concrets soumis à son appréciation, le magistrat a fait évoluer le droit pour l'adapter aux besoins des individus), la phase *in iure* n'est pas totalement absente du récit cicéronien. A dire vrai, elle semble tenir en un mot « *cum* », traduit par « puisque », qui montre qu'en jugeant, Caton entendait se placer dans un cadre intellectuel et décisionnel qui n'était pas nécessairement le sien.

En l'espèce, cette phase *apud iudicem* marque le triomphe de la prétention du demandeur Calpurnius, acquéreur floué, et aussi le triomphe du principe analysé par Cicéron. Voici de quelle manière Cicéron le rapporte : « Il a par conséquent décidé qu'il relevait de la bonne foi de porter à la connaissance de l'acheteur un défaut connu du vendeur ». Cette formule abstraite permet à Cicéron de s'élever au-dessus du cas d'espèce, d'établir un lien d'analogie avec une autre affaire, et de lui donner force, puisque cette affaire était fictive. C'est l'affaire qu'il a envisagée un peu plus haut, celle d'un vendeur de blé qui, ayant quitté le port d'Alexandrie en Egypte, pour le livrer à Rhôdes où une pénurie avait cours, avait tué aux Rhôdiens affamés le fait que d'autres bateaux chargés de blé le suivaient, le but étant de peser à la hausse sur le prix de vente de sa propre cargaison. Silence que Cicéron condamnait. La bonne foi serait-elle la vertu la moins partagée du monde ?



# Réflexions sur l'autonomie du droit répressif économique et financier (th.Montpellier, 2021)<sup>1</sup>

Nacéra AMRAOUI

---

---

<sup>1</sup> [nacera.amraouitd@gmail.com](mailto:nacera.amraouitd@gmail.com)

L'étude intitulée *Réflexions sur l'autonomie du droit répressif économique et financier* répond à la nécessité d'adopter en matière juridique une approche interdisciplinaire entre droit pénal, droit pénal économique, droit pénal financier et droit répressif administratif afin d'analyser les problématiques majeures portant sur la lutte contre la délinquance économique et financière. Les considérations extra-juridiques d'ordre sociologique, criminologique et économique permettent d'apporter une vision pragmatique et d'envisager des solutions adéquates dans la résolution du contentieux économique et financier, et assurément dans la lutte la plus efficace contre la délinquance économique et financière.

Le terrain d'étude est large, car outre le droit pénal économique et financier, la thèse traite également du droit répressif administratif. Ce choix s'explique par le développement progressif de l'importance des autorités administratives indépendantes dans la réglementation et le traitement du contentieux économique et financier. Les réflexions sont principalement axées sur l'analyse de l'autonomie au prisme du respect des garanties et principes fondamentaux de droit pénal et procédure pénale.

La thèse opte pour une vision modérée de l'autonomie au prisme de deux critères inédits : l'identification d'une méthode renouvelée des notions et principes classiques de droit pénal et procédure pénale au contact de la matière économique et financière, ainsi que l'édiction de règles et principes légaux ou jurisprudentiels particuliers. À cet égard, l'autonomie doit servir un intérêt supérieur dans l'ordonnancement et la réglementation juridique économique et financier. Les principales propositions et recommandations effectuées dans la thèse tendent à répondre aux objectifs de lisibilité, cohérence, efficacité et protection des principes et garanties fondamentaux de droit pénal et procédure pénale, et surtout aux évolutions du droit répressif économique et financier.

Dans la première partie de la thèse portant sur l'analyse de l'autonomie substantielle du droit répressif économique et financier, la recherche d'une méthode renouvelée et la détermination de principes légaux ou jurisprudentiels spécifiques aux infractions économiques et financières par rapport aux infractions pénales de droit commun mettent en évidence des particularités marquées principalement au niveau de la mutation du principe de légalité criminelle. Dans le même sillage, la composante matérielle des infractions économiques et financières traduit une fonction dirigiste du droit pénal

économique et financier. En ce sens, les infractions d'omission sont nombreuses en la matière. L'importance de la prévention du respect des normes comportementales pour le décideur privé et public est révélatrice de la métamorphose du droit pénal au contact des exigences économiques et financières. En outre, l'élément moral des infractions économiques et financières est déterminé par le risque pénal dans l'admission de la responsabilité pénale. Le risque pénal innerve l'entreprise, en témoigne la pluralité des présomptions d'imputabilité à partir de la fonction ou la qualité du professionnel, ce qui tend à rapprocher les infractions pénales des manquements administratifs. Une nouvelle forme de responsabilité sociétale gagne du terrain en matière économique et financière. Le développement de l'autorégulation des entreprises illustre une responsabilité autonome, détachée de la faute pénale. Un autre pan de l'autonomisation du droit pénal économique et financier se traduit par l'influence des principes et notions initialement développés en la matière et ancrés en droit pénal général. De ce fait, le droit spécial nourrit le droit commun et pose la question du bouleversement du rapport entre les deux droits dans le processus d'autonomie. Par ailleurs, il est intéressant de constater une modernisation de la fonction régulatrice des sanctions avec l'intérêt de la mise en conformité des entreprises en prévention des infractions. En effet, la *compliance* enjoint pour le droit pénal d'adopter une conception systémique du droit fondée sur la notion d'effectivité et de régulation des normes émises par l'entreprise dans des domaines risqués. Le droit répressif économique et financier s'internationalise et doit répondre à la mondialisation des conflits, de la criminalité organisée et des échanges. Les autorités pénales doivent composer avec les autorités administratives indépendantes dans le prononcé des sanctions. À ce titre, le choix d'une voie punitive paraît complexe tant les fonctions des sanctions pénales et administratives disposent d'une utilité certaine dans l'arsenal répressif économique et financier. La problématique du cumul des sanctions ayant le caractère de punition soulève de nombreuses incertitudes et incohérences en droit interne entre la Chambre criminelle de la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel et en droit européen entre la CourEDH et la CJUE. Il apparaît nécessaire de se fonder sur la finalité de la sanction, plutôt que sur la nature des amendes administratives. L'importance du critère de proportionnalité au regard du principe de nécessité des délits et des peines permet de cumuler notamment en matière fiscale les sanctions pénales et administratives en raison de la gravité des faits. La consécration de méthodes punitives spécifiques au droit économique et financier s'explique pour des raisons économiques, sociologiques et criminologiques. En raison de la mutation de la criminalité d'affaires, il est nécessaire de prendre en considération des paramètres spécifiques dans l'évaluation des sanctions pécuniaires. La thèse propose notamment sous l'impulsion des critères dégagés en droit de la concurrence ou en droit financier de prendre en compte une méthode

proportionnelle de l'amende, afin de respecter le principe de la nécessité et proportionnalité des peines. La thèse dégage des critères de détermination de l'amende proportionnelle à intégrer au sein de l'article 132-20 du Code pénal et démontre alors l'importance de l'influence du régime punitif du droit répressif administratif sur le droit pénal économique et financier.

Dans la seconde partie de l'étude portant sur l'autonomie formelle du droit répressif économique et financier au prisme de la procédure de droit commun, l'étude développe l'aspect procédural de la règle *ne bis in idem* avec le cumul des poursuites pénales et administratives. Il en ressort que la nature quasi-juridictionnelle des autorités régulatrices tend à assimiler les décisions rendues notamment par la Commission des sanctions de l'AMF à des accusations en matière pénale rendues par un tribunal au sens de l'article 6 de la ConvESDH. À ce titre, la problématique du non-cumul des poursuites est traitée différemment en matière fiscale et en matière d'abus de marché. L'étude propose de rétablir l'essence même du principe *ne bis in idem* en le rattachant à l'autorité de la chose jugée. Les développements mettent également en avant l'importance de la spécialisation de la justice pénale en matière économique et financière comme marqueur essentiel de l'autonomie formelle. La thèse expose la coexistence des compétences des juridictions régionales et interrégionales spécialisées dans l'architecture institutionnelle et propose de valoriser des critères objectifs et empiriques au lieu et place du critère incertain de grande complexité prévu à l'article 704 du Code de procédure pénale. Les spécificités de l'organe de poursuite nationale et des compétences *ratione materiae* du Parquet national financier sont discutées. Le processus d'eupéanisation de la procédure pénale économique et financière se conforte avec la création du Parquet européen par la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée. La principale interrogation porte sur le transfert des pouvoirs du juge d'instruction aux procureurs européens délégués. Ils pourront à la fois user des pouvoirs d'enquête et d'instruction pour rechercher et enquêter sur toutes les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE. C'est dire que le Code de procédure pénale prévoit un régime procédural particulier et attentatoire au respect des droits de la défense, pour la poursuite des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE. Il apparaît que la spécialisation et la professionnalisation des enquêtes pénales et de l'autorité de poursuite sont indispensables dans la poursuite d'une politique efficace de lutte contre la délinquance économique et financière.

Les particularités du règlement du contentieux économique et financier s'illustrent par le développement de procédés transactionnels. Plus qu'en procédure pénale de droit commun, la déjudiciarisation de la procédure répressive économique et financière se développe au regard de l'importance des pouvoirs transactionnels des autorités administratives indépendantes. Le ministère public ne dispose plus du seul monopole du déclenchement de l'action publique, il est concurrencé par les autorités régulatrices. L'étude de la Convention judiciaire d'intérêt public révèle un procédé transactionnel spécifiquement applicable aux personnes morales. Il en ressort que cet outil est une stratégie au service des grandes entreprises, afin de favoriser la préservation de l'économie et la réputation. En ce sens, les alternatives aux poursuites et jugements de procédure pénale de droit commun se révèlent inadaptées aux exigences économiques et financières.

L'instabilité de la procédure répressive économique et financière se traduit par l'étude du singularisme de l'action publique en droit pénal économique et financier caractérisant à nouveau l'influence d'une règle initialement applicable à la matière économique et financière et généralisée, notamment avec le report du délai de prescription de l'action publique des infractions occultes ou dissimulées. Le développement d'un régime spécifique de l'action civile démontre la nécessité de consacrer une nomenclature détaillant les différents préjudices économiques et financiers en distinguant le gain manqué et la perte subie et les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. La détection des infractions économiques et financières enjoint de promouvoir la collaboration de plusieurs acteurs professionnels qui sont au cœur de la vie économique et financière. Pour autant, les régimes de dénonciation sont pluriels, il est déterminant de favoriser un régime cohérent au service du ministère public en vue de renforcer l'efficacité des poursuites et le respect des garanties fondamentales. L'importance de l'alerte au sein de l'entreprise est également traitée afin de mettre en évidence la valorisation de la politique de gestion managériale au service de la préservation et compétitivité économique de la réputation de l'entreprise, notamment par le développement de programme de mise en conformité. Enfin, l'étude analyse les similitudes entre les principes directeurs de la preuve pénale et de la preuve administrative, confortant l'idée d'une coopération nécessaire entre les autorités régulatrices et pénales dans la recherche des preuves. La complémentarité des procédures pénale et administrative constitue la clé dans la lutte la plus efficace contre la délinquance économique et financière.

# Les devoirs de l'actionnaire

Thèse Paris I, sous la direction de M.le Professeur Bertrand  
Fages - À paraître aux éditions LGDJ

Romain DUMONT<sup>1</sup>

---

---

<sup>1</sup> romain.dumont@univ-paris1.fr

L'actionnaire n'est-il pas seulement titulaire de droits ? La question prête à sourire pour le spécialiste du droit de l'entreprise. C'est en particulier le droit des entreprises en difficulté qui a observé un revirement total sur la question. Traditionnellement, le droit des entreprises en difficulté renvoyait au droit des sociétés pour toute mesure concernant l'associé et admettait son impuissance en cas d'obstruction. Désormais, la procédure collective prend ses distances par rapport au droit des sociétés et règle directement le sort des « détenteurs de capital » en leur imposant un devoir de restructuration. Que reste-t-il, dans ce contexte spécifique, de la compétence et de la souveraineté de l'assemblée générale, scrupuleusement respectées jusqu'alors ? Qu'en est-il du droit de rester associé, de l'absence de devoir de soutien et de la liberté de vote, limitée uniquement par la sanction de l'abus ? Le plan de continuation est soumis à l'approbation d'une classe des détenteurs de capital, parmi d'autres classes de parties affectées, et le juge peut forcer l'actionnaire, en imposant notamment la réduction du capital, y compris en procédure de sauvegarde. La procédure collective écarte un à un les obstacles dressés par le droit des sociétés pour parvenir à ses fins. L'accroissement des attentes pesant sur l'actionnaire est particulièrement net : le droit des entreprises en difficulté est le principal moteur de l'expansion des devoirs de l'actionnaire. D'autres branches du droit des affaires se sont également emparées de la question, tel le droit bancaire et financier qui élabore des règles spécifiques à destination des actionnaires d'établissements de crédit et impose par ailleurs aux sociétés de gestion de portefeuilles d'élaborer une politique d'engagement actionnarial. La jurisprudence sociale n'est pas en reste : elle admet que la responsabilité civile d'une société mère soit engagée lorsqu'elle prend des décisions « dans son seul intérêt d'actionnaire ».

La figure de l'actionnaire apparaît en pleine mutation, tandis que le droit des sociétés perd son monopole. L'indifférence, le désintérêt ou la passivité sont des attitudes qui ne peuvent plus être tolérées. De nouveaux devoirs se développent au gré d'interventions ponctuelles de la loi ou de la jurisprudence, sous une influence européenne. À coup de directives et règlements successifs, le droit européen façonne son modèle d'actionnaire, la dernière transposition en date portant sur la directive Restructuration et insolvabilité<sup>1</sup>, avec l'ordonnance du

---

<sup>1</sup> Directive n° 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive n° 2017/1132, dite directive Restructuration et insolvabilité.

15 septembre 2021 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2021<sup>1</sup>. Il n'est plus toléré que l'actionnaire trouve dans les caractéristiques de la société par actions un paravent pour se réfugier et imposer son inertie à la société. L'actionnaire est placé sur le devant de la scène : il doit s'impliquer.

Les devoirs de l'actionnaire sont à présent un tel acquis qu'ils feraient vite oublier les nombreux obstacles auxquels ils étaient confrontés. Les devoirs renferment un profond bouleversement réalisé en un temps record. L'évolution de la législation et de la jurisprudence révèle une exigence accrue à l'égard des actionnaires et remet en cause les analyses traditionnelles. L'évolution majeure sur ce sujet doit être expliquée. Comment les devoirs sont-ils apparus ? Toutes les conséquences de l'évolution ont-elles été tirées ?

Il importe de mesurer la portée des changements que les devoirs de l'actionnaire provoquent, tant dans leur contenu que dans leurs enjeux. Nous démontrons dans une première partie que les devoirs de l'actionnaire sont les vecteurs d'une implication accrue (I) et dans une seconde partie, qu'ils sont les facteurs d'une responsabilité renouvelée (II).

## **I. Les devoirs de l'actionnaire, vecteurs d'une implication accrue**

D'apparition récente, en constante progression, les devoirs de l'actionnaire émergent en ordre dispersé. Ces devoirs ne manquent pas pour autant de cohérence. Derrière des règles ponctuelles, une toile de fond se dessine. Plutôt qu'un devoir unique, de loyauté ou de diligence, trop abstrait pour être opératoire, le législateur et le juge ont adopté une approche plus pragmatique en posant plusieurs devoirs spécifiques de l'actionnaire afin de déterminer des normes adaptées à l'actionnaire. Ces devoirs peuvent être classés en deux catégories : des devoirs de nature financière, d'une part, et des devoirs de nature comportementale, d'autre part.

Les devoirs de nature financière imposent non seulement le financement de la société, mais encore la restructuration en cas de difficulté. Le financement exige

---

<sup>1</sup> Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.



que l'actionnaire s'assure que la société dispose du financement nécessaire à l'activité sociale. Le devoir de restructurer implique que l'actionnaire permette la restructuration de la société en cas de difficulté menaçant l'activité sociale.

C'est le droit des entreprises en difficulté qui révèle la nécessité de ces devoirs. Le devoir de financement de l'actionnaire apparaît ainsi implicitement par un revirement de jurisprudence qui décide que la sous-capitalisation ne peut pas être reprochée aux dirigeants dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif parce qu'elle est imputable aux associés. C'est encore le droit des entreprises en difficulté qui met en exergue toutes les limites de l'obligation de contribuer aux pertes du droit des sociétés, au point de développer ses propres solutions, faisant ainsi émerger le devoir de restructuration de la société en difficulté. L'étude des procédures collectives de droit commun est complétée par une analyse des mécanismes de résolution applicables aux établissements de crédit en difficulté. Outre le principe selon lequel les actionnaires de l'établissement soumis à la procédure de résolution sont les premiers à supporter les pertes, des modalités d'adoption des mesures de restructuration pour le moins expéditives sont prévues. Pour décider des modifications du capital, la participation de l'actionnaire est alors clairement écartée. La prise de décision est transférée à l'autorité administrative et il est expressément prévu que les actionnaires ne sont pas consultés : l'autorité de résolution dispose du pouvoir de prendre le contrôle d'un établissement soumis à une procédure de résolution et d'exercer tous les droits et pouvoirs conférés aux actionnaires et du pouvoir de transférer les actions. Afin de réaliser un coup d'accordéon, sont également transférés le pouvoir de réduire, y compris jusqu'à zéro, le montant nominal des actions. Les sacrifices imposés dans ce cadre posent les jalons du renforcement des contraintes pesant sur les actionnaires d'une société en procédure collective.

Ensuite, les devoirs de nature comportementale de l'actionnaire innovent en dépassant le débat, théorique et inépuisable, portant sur la loyauté de l'actionnaire pour venir régir le comportement de l'actionnaire avec des prescriptions adaptées. L'incertitude planant autour de la reconnaissance d'une loyauté de l'actionnaire laisse donc place à la formulation précise des devoirs de nature comportementale. S'agissant du devoir d'accompagnement, il requiert d'être actif en vue de protéger l'intérêt social sur le long terme. La vigilance exige quant à elle la maîtrise des risques associés à l'activité sociale. Le devoir de vigilance des sociétés mères est sans doute le plus innovant des devoirs, s'inscrivant dans une logique de *compliance*. Cette création du droit français est

aujourd'hui reprise dans une proposition de directive européenne. Les devoirs de nature comportementale imposent à l'actionnaire de s'impliquer pour assurer le succès de l'activité sociale.

Quatre devoirs généraux sont ainsi dégagés : un devoir de financement de la société, un devoir de restructuration de la société en difficulté, un devoir d'accompagnement de la société et un devoir de vigilance à l'égard de la société. La diversification des devoirs de l'actionnaire n'exclut pas pour autant leur unité : les devoirs de l'actionnaire forment un tout cohérent. Chacun des devoirs est créé pour fixer des contraintes conduisant l'actionnaire à jouer effectivement son rôle dans le fonctionnement de la société. Il ne lui est jamais imposé de financer davantage la société. La même approche libérale est retenue : chaque devoir laisse la priorité à l'actionnaire pour déterminer les moyens appropriés. L'actionnaire est désormais investi d'un rôle substantiel et exigeant. Derrière leur diversité, les devoirs de l'actionnaire révèlent une constante exigence d'implication visant la réussite de l'activité sociale.

## **II. Les devoirs de l'actionnaire, facteurs d'une responsabilité renouvelée**

L'expansion des devoirs de l'actionnaire révèle une portée considérable. C'est bien le signe qu'il faut y voir une innovation majeure en droit des sociétés. Loin de se limiter à leur seul objet, définir les contraintes pesant sur l'actionnaire, les devoirs de l'actionnaire influencent plus largement l'analyse de la responsabilité de l'actionnaire, laquelle s'en trouve renouvelée. Les aspects saillants de la responsabilité de l'actionnaire sont tous revisités et repensés : le standard du bon actionnaire, la faute détachable, l'immixtion dans la gestion, l'autonomie de la personne morale, la responsabilité limitée sont autant de notions qui, par une appréhension renouvelée, prennent acte de l'exigence d'implication de l'actionnaire telle qu'elle est portée par les devoirs.

Tout d'abord, le standard du bon actionnaire est reconfiguré. En prenant corps, il s'autonomise par rapport à celui de la personne raisonnable. Dans le cadre de ce standard, les devoirs circonscrits à un champ d'application particulier peuvent être étendus. Le juge peut ainsi s'inspirer de devoirs particuliers pour apprécier le comportement d'un actionnaire alors même que ce dernier ne se trouve pas expressément soumis à ces devoirs. Le standard se contextualise pour tenir compte de l'influence de l'actionnaire et de l'activité menée par la société.

La protection de l'actionnaire est quant à elle redécouverte. Cette protection demeure acquise dans son principe et les devoirs ne peuvent pas la remettre en cause. En tout état de cause, la sanction demeure proportionnée en cas d'inexécution. Son immunité s'adapte aux devoirs : l'actionnaire peut voir sa responsabilité engagée en cas d'inexécution de ses devoirs, mais il bénéficie d'une immunité en cas de bonne exécution. Sur le plan théorique, l'autonomie de la personne morale et la responsabilité limitée sont préservées par les devoirs actuels. Elles expliquent même l'expansion des devoirs. La protection devient exigeante, en ce sens qu'elle bénéficie seulement à l'actionnaire qui s'implique et exécute ses devoirs.

Ici encore, le droit des entreprises en difficulté fournit tous les éléments nécessaires à la réflexion en droit des sociétés. Il permet par exemple de comprendre comment alimenter le standard du bon actionnaire à partir des devoirs d'origine légale. Depuis la transposition de la directive Restructuration et insolvabilité, il est acquis qu'il n'est pas raisonnable de faire obstruction à une procédure collective. Le champ d'application des devoirs légaux est déterminé pour réserver la plus forte coercition à des cas particuliers, mais cette intervention du législateur peut ensuite être incorporée au standard, assorti d'une sanction limitée à l'engagement de la responsabilité civile. En recourant au standard du bon actionnaire, le juge peut désormais s'emparer de cette nouvelle prescription européenne pour caractériser une faute à partir de l'obstruction d'un actionnaire en dehors du champ d'application de cette loi.

Les jalons d'une évolution future sont ainsi posés. À partir des devoirs de l'actionnaire existant en droit positif se dégagent les éléments utiles au droit prospectif pour engager la responsabilité de l'actionnaire.

# Marchés et instruments financiers en droit international privé

dir. Louis d'Avout, Paris II, 2021, 799 p.

Augustin GRIDEL<sup>1</sup>

---

---

<sup>1</sup> [augustin.gridel@gmail.com](mailto:augustin.gridel@gmail.com)

Soucieux de poser un regard synthétique sur les règles issues du droit financier, la thèse entend au renouveler la présentation des règles de droit financier en les inscrivant sinon au sein de catégories bilatérales de rattachement, au moins au sein de règles de conflit unilatérales dont l'unité provient non seulement des liens entre les règles, mais également de l'objectif commun qu'elles poursuivent. Pour ce faire, l'ouvrage suit la dialectique traditionnelle de la méthode de la règle de conflit : s'intéresser d'abord au rattachement de la loi du marché financier, avant de d'étudier domaine de celle-ci, puis le statut international des instruments qu'elle a pour objet.

**Le rattachement des infrastructures de marché.** La thèse montre tout d'abord que les marchés financiers ont toujours fait l'objet d'un rattachement à l'État, que leur sophistication avait fait naître des infrastructures spécifiques, dont la singularité était de reposer sur des gestionnaires spécialisés. Ces derniers font l'objet d'un rattachement doublement original.

En premier lieu, leur rattachement législatif par leur siège ne dicte pas seulement l'application du droit local des sociétés. Il conduit également à appliquer, d'une part, un droit dit prudentiel, dont l'objectif est la protection des tiers et qui est susceptible de constituer une catégorie de rattachement propre et, d'autre part, un droit spécial de l'insolvabilité, celui de la résolution, fondé sur un modèle universaliste de la faillite, tempéré par l'application de lois étrangères à certaines institutions. Ces observations nous ont par ailleurs conduit à estimer que l'objectif de protection des tiers n'était pas suffisant afin d'expliquer les raisons présidant au rattachement des personnes morales par le critère du siège réel, et que celui-ci se justifiait sans doute davantage par la volonté d'appliquer les règles locales d'organisation.

En second lieu, les gestionnaires d'infrastructures font également l'objet d'un rattachement administratif, qui les soumet à la tutelle d'une autorité conditionnant et surveillant l'exercice de leur activité. Ce rattachement est aujourd'hui en proie à une tension entre deux modèles, l'un décentralisé auprès de l'administration de l'État membre du siège du gestionnaire, traditionnel et encore majoritaire, l'autre, centralisé auprès d'une agence de l'Union, et applicable dès lors que le gestionnaire est soumis à un agrément bancaire.

Chacun de ces modèles entraîne la compétence de l'ordre administratif de l'organe octroyant l'agrément. La particularité du modèle centralisé est néanmoins qu'il brise le parallélisme des rattachements entre autorité compétente et loi applicable, et la thèse propose, dans ces conditions, des méthodes de coordination entre les ordres juridiques européens fondées sur certains mécanismes connus du droit international privé, à l'instar du *forum legis*. Le modèle décentralisé nécessite également une coordination entre autorités compétentes dès lors qu'un gestionnaire souhaite fournir ses services sur le territoire d'un autre État membre, que ce soit au titre du déclenchement de la procédure de notification ou de la localisation des règles de conduite. Il est apparu lors de ces recherches que les critères du droit international privé des contrats, employés ici, étaient inopérants, et que les objectifs d'intégration du marché intérieur et de protection des investisseurs de l'ensemble législatif en cause était mieux poursuivis par la notion de sollicitation.

Les rapports avec les gestionnaires de pays tiers sont simples : ceux-ci ne peuvent en principe fournir leurs services sur le territoire de l'Union sans se soumettre à la législation et à la supervision des autorités européennes. L'Union procède toutefois à l'autolimitation de sa loi dans différentes hypothèses, selon les systèmes étrangers en cause, notamment lorsque la législation et la supervision étrangère sont déclarées équivalentes à celle de l'Union. C'est ainsi que la thèse a montré que cette méthode de l'équivalence avait pour fonction la coordination des ordres juridiques afin de permettre les relations entre personnes privées, et qu'elle subissait dès lors la tension inhérente aux objectifs du droit international privé, entre coordination des ordres juridiques et préservation de l'ordre social du for : elle est susceptible d'être concurrencée ou évincée par les objectifs et les intérêts des ensembles législatifs européens dont l'équivalence est recherchée.

Ce rattachement des gestionnaires est distinct de celui des infrastructures qu'ils gèrent, ces dernières étant notamment constituées de règles de système. On a soutenu que ces règles étaient fondamentalement des contrats conclus entre le gestionnaire, les membres du système et le cas échéants les émetteurs, et que la loi qui leur était applicable dépendait aujourd'hui des différents types de systèmes. Ainsi, les marchés réglementés sont soumis à la loi du siège de leur gestionnaire, tandis que les autres systèmes de négociation ne font pas l'objet de règle de conflit spécifique ; celle applicable aux marchés réglementés gagnerait néanmoins à leur être appliquée par analogie. Les systèmes de paiement, de compensation et de règlement des titres sont soumis à la loi que

les règles de système désignent, dans la mesure où cette loi est celle d'un État membre et d'un participant au système. Il nous est cependant apparu qu'eu égard à l'importance de ces systèmes pour l'ordre juridique du gestionnaire, les règles de systèmes devraient toujours être soumises à la loi du siège de leur gestionnaire. Les rapports avec les marchés financiers d'États tiers se font quant à eux sous l'angle de la reconnaissance dans la mesure où leurs règles sont équivalentes à celles connues du for. C'est pourquoi la thèse suggère que l'explication tenait sans doute à ce que les contrats organisation ne sont pas solubles au sein de la distinction entre règles et décisions, tout simplement parce que le développement de l'organisation contractuelle les rapproche progressivement de la notion d'ordre juridique, nécessitant une reconnaissance « en bloc ». Celui-ci doit dès lors être reconnu ou ignoré en tant que tel.

**Le domaine de la loi du marché financier.** Une fois le rattachement des marchés financiers étudié, il était possible d'observer, dans une deuxième partie, le domaine de la loi du marché financier. On a alors soutenu que la loi du marché financier s'appliquait différemment selon qu'étaient en cause les émetteurs, ou les investisseurs. En effet, dans le premier cas la loi du marché financier s'applique le plus souvent afin de protéger les investisseurs ; son titre de compétence est alors celui reconnu à la loi du lieu de sollicitation. Dans ces conditions, elle n'entend pas soustraire à la loi de l'émetteur sa prééminence quant à l'émission des titres ; tout au plus impose-t-elle des prescriptions matérielles, du respect desquelles elle fait la condition de l'admission à la négociation. Elle attache toutefois des conséquences aux *negotia* représentés par les titres dès qu'ils ont une incidence sur le contrôle de l'émetteur, et peuvent dès lors affecter le fonctionnement de la société, mais également celui de l'éventuelle procédure de restructuration. Ces deux aspects, propres aux rapports de la loi du marché financier avec l'émission de titres, sont ceux où les objectifs de fonctionnement du marché s'ajoutent à ceux de la protection des investisseurs. La loi du marché financier est traditionnellement seule compétente afin de régir la commercialisation de titres étrangers sur son territoire, celle-ci ayant pour conséquence d'imposer l'établissement d'obligations d'information à la charge de l'émetteur. Nous avons défendu l'idée selon laquelle la poursuite de l'objectif de protection des investisseurs a une influence sur le régime international de ces règles : elles sont susceptibles de s'autolimiter lorsque la réglementation d'origine de la société prévoit une protection équivalente. La thèse soutient néanmoins que ces règles ne devraient pas avoir pour conséquence de limiter la compétence de l'autorité locale qui reste la mieux placée pour contrôler ces informations. De plus, les informations fournies devraient être de nature à engager la responsabilité de l'émetteur. La

qualification de cette responsabilité est variable et dépendra, d'une part, de la propriété effective du titre financier en la personne du demandeur et, d'autre part, du fondement de sa demande. Si l'action en responsabilité de l'investisseur à l'encontre de l'émetteur est contractuelle, la loi applicable sera, selon les hypothèses, celle du contrat issu de l'acceptation de l'offre au public, ou du contrat d'émission, et la juridiction compétente dépendra de la présence d'une clause d'élection de for ou de la présence d'un consommateur. La thèse estime en revanche que si l'action en responsabilité est délictuelle, l'ordre juridique du lieu du délit bénéficiera d'une compétence globale, lorsque ses résidents ont été sollicités, afin de réparer le préjudice qu'ils ont subi, c'est-à-dire l'altération effective de leur décision d'investissement.

Lorsqu'elle s'applique aux investisseurs, la loi du marché financier poursuit la finalité de bon fonctionnement de ce marché. C'est en ce sens qu'il existe une *lex mercatus*, constituée des règles relatives au fonctionnement du marché financier et soumise à la loi de la plate-forme de négociation. Cet ensemble législatif est en premier lieu fait des obligations qui pèsent sur le gestionnaire du marché et ses membres afin d'inciter à la négociation et de permettre la formation du prix ; il ne s'étend cependant pas aux contrats conclus entre les membres et leurs clients. La protection de ces derniers est en effet assurée par les règles de bonne conduite applicables au titre du statut professionnel des membres, indépendamment de leur qualité de membre. En deuxième lieu, la *lex mercatus* s'identifie à la réglementation des opérations de marché, aussi bien celles qui ont trait au contrôle de l'émetteur, c'est-à-dire le droit des franchissements de seuil et des offres publiques, que celles qui visent à éviter l'altération artificielle du prix, telles que les règles relatives au rachat d'actions par la société ou la vente à découvert. On a soutenu que l'ensemble de ces règles devraient être soumises à la seule loi du marché financier, plutôt qu'à un panachage inadéquat avec la *lex societatis*. En troisième lieu, la *lex mercatus* est constituée de la prohibition des abus de marché. Ces règles, entre le fonctionnement du marché et la répression de comportements délictueux, sont soumises à la loi pénale. On a défendu l'idée selon laquelle les abus de marché se comprennent à la lumière de la compétence réelle et qu'ils devraient lui être soumis dès qu'une plate-forme française de négociation est affectée. De façon subsidiaire, la compétence réelle pourrait être employée lorsqu'une plate-forme de négociation européenne est troublée et que l'autorité française est la mieux placée pour agir, notamment dans les cas où l'Autorité des marchés financiers est récipiendaire d'informations de nature à détecter les abus de marché. Les abus de marché subissent néanmoins les interférences inévitables du droit pénal international qui rendent souhaitable, dans certaines hypothèses résiduelles,



d'appliquer la réglementation locale des abus de marché à des infractions commises sur des marchés étrangers afin d'éviter une éventuelle impunité des Français.

**Le statut des instruments financiers.** Le statut des instruments financiers est, à première vue, indépendant de la loi du marché financier. Celle-ci fait néanmoins sentir son influence en liant le sort des instruments aux autres infrastructures de marché, le système de règlement des titres et le système de compensation. Dans le cas des titres financiers, la thèse espère avoir montré qu'en imposant aux émetteurs de déposer leurs titres auprès d'un dépositaire central, la loi du marché financier rendait paradoxalement instable leur rattachement patrimonial. En effet, ce dernier est aujourd'hui soumis à des critères qui ont pour effet de démultiplier les lois applicables à leur transfert. La thèse démontre que ces critères, nés sous l'empire du système de détention directe, n'étaient pas nécessaires, et étaient même manifestement nocifs, alors qu'il était possible et très souhaitable de soumettre les titres financiers à une loi unitaire, celle du siège du gestionnaire du registre ou du système de règlement des titres du dépositaire central.

Le statut des contrats financiers répond quant à lui à la dynamique propre au droit interne des contrats, entre liberté contractuelle et ordre public. Projeté dans l'ordre international, l'ordre public épouse toutefois des chemins méthodologiques différents selon les intérêts en cause. Tout d'abord, il restreint la liberté de choix de loi aux contrats véritablement internationaux, et l'évince en présence d'un consommateur. Ensuite, il intervient afin de protéger les résidents contre des contrats dont les enjeux dépassent souvent la compréhension des néophytes. L'ordre public agit en droit français non à travers l'édiction d'un régime d'incapacité, mais à travers les règles professionnelles, auxquelles sont soumis les démarcheurs et les entreprises d'investissement, et qui sont applicables indépendamment de la *lex contractus*. De plus, les contrats financiers présentent la particularité de pouvoir perturber le fonctionnement des sociétés et des marchés financiers ; les lois présidant à leur fonctionnement sont alors susceptibles, dans un esprit de réciprocité, de perturber la formation ou l'exécution de ces contrats. On a soutenu qu'elles peindraient cependant le plus souvent à s'appliquer au contrat lui-même, et gagneraient plutôt à sanctionner les personnes qui les concluent. C'est néanmoins afin de protéger l'ordre juridique tout entier que l'ordre public est le plus intense, et justifie la soumission des contrats financiers à des règles prudentielles. Celles-ci sont applicables en fonction du siège des intervenants, et imposent l'intervention d'une chambre de

compensation, dont le fonctionnement conditionne la possibilité même du choix de loi. Elles étoffent le domaine de la catégorie prudentielle esquissée lors de l'étude du statut des gestionnaires.

# LES ASSOCIÉS DANS LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Olivier Maraud<sup>1</sup> - Docteur en droit

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

---

Thèse de doctorat soutenue le 22 juin 2020, à l'Université de Bordeaux, sous la direction de Madame le Professeur Laura Sautonie-Laguionie. La thèse été publiée en 2021, aux éditions LGDJ, dans la collection « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté » (T. 22).

---

1

omaraud@unistra.fr

L'auteur remercie très sincèrement Monsieur Jacques Mestre, Président de l'Association Française des Docteurs en Droit, ainsi que les membres du comité scientifique et Madame la rédactrice en chef de la revue *Horizons du Droit*, de lui offrir l'opportunité de présenter dans ces pages ce travail doctoral.

Le point de départ de la réflexion a été un constat, le constat d'un paradoxe. Les sociétés – civiles et commerciales – constituent l'immense majorité des débiteurs des procédures de prévention et de traitement des difficultés instaurées par le droit des entreprises en difficulté dans le Livre VI du Code de commerce. Pourtant, et paradoxalement, sur les presque quatre-cent articles composant la partie législative de ce Livre VI, une vingtaine seulement sont consacrés – ou du moins évoquent – spécifiquement les sociétés en difficultés, leurs dirigeants et associés. Ces débiteurs particuliers que sont les sociétés souffrent donc d'un sous-encadrement légal patent en droit des entreprises en difficulté. Cette absence, en droit positif, d'un véritable « droit des sociétés en difficulté » se fait tout particulièrement ressentir s'agissant du sort réservé aux associés de la société débitrice. La matière ne leur a toujours consacré que quelques dispositions éparses et incomplètes. La dernière décennie constitue certes une rupture puisque l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, et les réformes qui lui ont succédé, traduisent un changement de philosophie. Ces textes ont cherché à assurer un rééquilibrage des rapports entre les parties prenantes dans la procédure collective et le législateur s'est employé, dans cet objectif, à faire contribuer les associés au processus de traitement des difficultés en autorisant certaines atteintes à leurs droits dans la société, tout en favorisant l'accroissement de leurs obligations. L'ampleur de ces évolutions ne doit toutefois pas être surestimée. L'encadrement du sort de l'associé d'une société en difficulté demeure encore largement lacunaire. Un approfondissement des règles du droit des entreprises en difficulté sur ce point apparaît pourtant doublement souhaitable. Cela permettrait tout d'abord d'adapter (au contexte de défaillance) les règles traditionnelles du droit des sociétés, qui conservent leur empire en l'absence de textes spécifiques dans le Livre VI du Code de commerce, et dont l'application vient souvent entraver voire paralyser les mesures de traitement des difficultés mises en œuvre. Cet approfondissement offrirait ensuite l'occasion de conférer aux associés un – légitime – rôle d'acteur de premier plan dans le sauvetage et la restructuration de leur société.

Le traitement de l'associé en droit des entreprises en difficulté mérite donc d'être repensé et approfondi, cela au service d'une plus grande efficacité de la matière. Cette réflexion peut être menée, ce que reflète la structure de la thèse, à travers l'étude du statut primaire (première partie) et des statuts complémentaires (seconde partie) de l'associé en droit des entreprises en difficulté.

La première partie de la thèse se propose de dresser le statut primaire de l'associé, regroupant l'ensemble des règles applicables à tout associé d'une société en difficulté. Ce statut primaire se révèle, dans son état actuel, inachevé sur deux aspects : l'absence d'implication des associés dans le processus de traitement des difficultés et le sous-encadrement de leurs droits et obligations dans la société.

En premier lieu, les associés demeurent en effet dépourvus d'un véritable rôle dans le traitement amiable et judiciaire des difficultés. Un décalage existe cependant entre le rôle *a priori* mineur des associés ainsi suggéré par les textes, et celui pourtant fondamental qu'ils peuvent jouer en pratique. Quelques évolutions permettraient de promouvoir les associés au rang d'acteurs de premier plan. S'agissant de prévenir les difficultés, l'« embryon d'alerte » actuellement reconnu aux associés pourrait ainsi être transformé en un véritable droit d'alerte, assorti d'une sanction effective, qui leur permettrait de confronter le dirigeant social à l'existence de difficultés et de le contraindre à réagir. L'objectif de prévention des difficultés en sortirait renforcé. Par ailleurs, les prérogatives des associés dans le traitement amiable et anticipé des difficultés de la société devraient être renforcées, notamment s'agissant du déclenchement des mesures de mandat *ad hoc* et de conciliation. Institutionnaliser ainsi le rôle des associés serait légitime, puisque ces derniers sont concernés au premier chef par la défaillance de la société, et cohérent, au regard de la contribution souvent déterminante qui peut être la leur dans le succès de ces dispositifs. Les textes actuels écartent également les associés du traitement judiciaire des difficultés. Les associés, qui peuvent être définis comme les parties au contrat de société, ce que sous-tend une analyse contractuelle de la société, forment une partie prenante particulière et autonome, distincte des autres parties prenantes dans la procédure collective. Or contrairement à ces dernières, ils ne sont pas impliqués dans le déroulement de la procédure et n'y bénéficient d'aucun organe de représentation et de défense de leurs intérêts. L'institution d'un représentant des associés investi de la mission de représenter dans la procédure la collectivité des associés, d'assurer le lien entre cette dernière, le tribunal et les organes de la procédure, mais aussi de conseiller les associés dans cette période de crise, permettrait d'y remédier et de faciliter par là-même le bon déroulement de la procédure collective. L'efficacité des dispositifs du Livre VI du Code de commerce en sortirait renforcée.

En second lieu, la procédure collective modifie la condition d'associé en affectant l'ensemble des droits et obligations attachés à la qualité d'associé. Le contexte et le dispositif de la procédure affectent les droits financiers de l'associé, son droit d'information, et ses prérogatives en matière de défense de l'intérêt social ou de ses intérêts propres dans la société. Par ailleurs, le Livre VI du Code de commerce autorise, lorsque l'impératif de traitement des difficultés de la société l'exige, qu'il soit porté atteinte au droit de l'associé de désigner les dirigeants sociaux, à son droit de vote mais aussi à ses droits patrimoniaux. C'est dans cette logique que s'inscrit la directive « Restructuration et insolvabilité » du 20 juin 2019 [cette directive a été transposée,

postérieurement à la soutenance de la thèse, par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021], dont certaines dispositions insistent sur la nécessité de lutter contre l'opposition déraisonnable des associés à l'adoption d'un plan de restructuration. Les obligations de l'associé sont également touchées. En effet, le législateur et la jurisprudence sollicitent, au bénéfice de la procédure collective, son obligation de libérer intégralement l'apport souscrit, de contribuer aux pertes et de répondre des dettes sociales. Par ailleurs, l'introduction en redressement judiciaire d'une obligation de reconstitution des capitaux propres, et de mesures de dilution forcée de la participation des associés dans le capital ou de cession forcée de leurs titres sociaux, révèle en creux le développement d'un devoir de soutien de la société en difficulté, entendu cependant non pas comme une obligation positive de financer la restructuration, mais comme le devoir de ne pas faire obstacle au processus de traitement des difficultés. L'étude du statut primaire de l'associé et de ses imperfections offre donc une première occasion de formuler diverses propositions susceptibles de renforcer les dispositifs actuels du droit des entreprises en difficulté.

Ce statut primaire est toutefois à lui seul impuissant à décrire dans son ensemble le traitement réservé aux associés en droit des entreprises en difficulté. L'analyse doit donc être poursuivie. La seconde partie de la thèse est l'occasion de constater que le Livre VI du Code de commerce réserve certaines de ses règles à des associés déterminés. Le regroupement de ces règles – dans un esprit de système – révèle et conduit à reconnaître l'existence d'un – voire de plusieurs – statuts complémentaires propres à des types particuliers d'associé. Ainsi, l'associé cumulant cette première qualité avec celle de dirigeant social se voit ponctuellement appliquer des dispositions spéciales, qui forment – virtuellement tout au moins – le statut complémentaire de l'associé dirigeant d'une société en difficulté. Cette approche « sélective » est justifiée en ce qu'elle tire les conséquences du pouvoir que confère ce cumul de qualités. Elle pourrait opportunément être étendue à des situations autres que celle d'un cumul de qualités par l'associé. Ainsi, l'associé qui contrôle la société bénéficie d'un pouvoir spécifique qui échappe aux associés « ordinaires ». La consécration d'un statut complémentaire de l'associé « prépondérant » mérite alors d'être envisagée. Enrichir le droit des entreprises en difficulté de ces statuts complémentaires, aux côtés du statut primaire, permettrait une approche plus « fine » des associés, au service d'une meilleure efficacité de la matière

Tout d'abord, il convient donc de s'interroger sur l'opportunité de faire émerger en droit positif un nouveau statut complémentaire de l'associé prépondérant. L'associé qualifié de « prépondérant », dont l'identification pourrait reposer sur les critères du contrôle d'une société tels que définis par le Code de commerce, occupe une position singulière dans la société qui justifie que lui soit reconnu un statut particulier. Ce statut complémentaire ne serait au demeurant pas une création *ex nihilo*, puisque quelques dispositions du Livre VI du Code de commerce, auxquelles s'ajoutent certaines solutions émanant de la jurisprudence, révèlent déjà l'application en droit positif de règles particulières à l'associé qui contrôle la société, notamment dans le cadre des groupes

de sociétés. Disposant du pouvoir dans la société, l'associé prépondérant y joue naturellement un rôle actif et de premier plan lorsqu'elle est *in bonis*. Rien ne justifie qu'il n'en soit pas de même lorsque la société est confrontée à des difficultés. L'associé prépondérant doit ainsi être un acteur particulièrement vigilant de la prévention et de l'anticipation des difficultés, ce qui pourrait justifier de lui reconnaître un devoir d'alerte, quand l'associé « ordinaire » ne bénéficie que d'un droit d'alerte facultatif, et de lui conférer un pouvoir – subsidiaire – de déclenchement des dispositifs de traitement anticipé des difficultés en cas de carence des dirigeants sociaux. L'implication de l'associé prépondérant est également légitime au stade du traitement judiciaire des difficultés. Différents instruments permettent de l'inciter à œuvrer au sauvetage de la société. Toutefois, lorsque l'incitation reste sans effet, des mécanismes de contrainte devraient être instaurés afin de le responsabiliser dans le cadre de la procédure collective. Il serait par ailleurs opportun de consacrer une responsabilité de l'associé prépondérant, lequel doit légitimement répondre des fautes commises en cette qualité, dont le modèle pourrait être celui de la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants de sociétés placées en liquidation judiciaire. L'ensemble de ces évolutions permettrait de rétablir le lien « naturel » qui doit unir le pouvoir à la responsabilité.

Le statut complémentaire de l'associé prépondérant formerait alors un second statut complémentaire à côté de celui de l'associé dirigeant. La situation particulière de certains associés résulte parfois en effet d'un cumul de qualités, le plus souvent de celles d'associé et de dirigeant (de droit ou de fait) de la société. Ce cumul de qualités déclenche l'application de règles particulières lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, lesquelles composent en d'autres termes un statut complémentaire de l'associé dirigeant. Les droits de l'associé dirigeant, et tout particulièrement son droit de vote et ses droits patrimoniaux, font l'objet de restrictions tout au long du déroulement de la procédure. Les textes autorisent ainsi une application « utilitariste » de ses prérogatives au service du traitement des difficultés, dont l'encadrement pourrait être perfectionné. Par ailleurs, l'associé dirigeant se voit automatiquement assujéti à l'ensemble des sanctions professionnelles et pénales que le Livre VI du Code de commerce réserve aux dirigeants sociaux. Cette double qualité emporte également le risque, en liquidation judiciaire, d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif de la société. L'associé dirigeant encourt enfin une dernière forme de sanction, en voyant étendre sur son patrimoine personnel la procédure collective de la société, en cas d'usage abusif de la personnalité morale. La mise en œuvre de ce mécanisme, teinté d'une dimension sanctionnatrice, mériterait toutefois de demeurer exceptionnelle.

L'approfondissement du traitement réservé aux associés par le droit des entreprises en difficulté, dans le cadre du statut primaire et des statuts complémentaires, constituerait un utile levier pour perfectionner les dispositifs du Livre VI du Code de commerce et en accroître l'efficacité. Le droit positif, en « mouvement perpétuel », a déjà évolué depuis la soutenance de notre thèse. Quatorze mois après

celle-ci, l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du Livre VI du Code de commerce, transposait en droit français la directive « Restructuration et Insolvabilité », laquelle constitue la première pierre d'une harmonisation matérielle des droits de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne. L'ordonnance du 15 septembre 2021 comporte quelques dispositions spécifiques aux associés et actionnaires d'une société en difficulté, mais qui sont limitées aux hypothèses d'une procédure (de sauvegarde, « ordinaire » ou accélérée, et de redressement judiciaire) avec constitution de classes de parties affectées. Les avancées sont donc limitées. Nous ne pouvons dès lors qu'espérer que le législateur saisisse l'occasion d'une prochaine réforme pour consacrer – enfin – un véritable statut de l'associé d'une société en difficulté.

*« Hâtez-vous lentement, et sans perdre courage,  
Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage... ».*



# La finance durable : Essai de conceptualisation juridique

Thèse présentée et soutenue par Mohamed CHAABEN<sup>1</sup>

à l'Université de Limoges le 27 novembre 2020

---

<sup>1</sup> mohamedchaaben77@yahoo.fr

La finance durable est une finance atypique qui prend en considération les enjeux du développement durable. Intégrant dans son approche des facteurs extra-financiers (environnementaux, sociaux, de gouvernance, etc.), elle se distingue de la finance conventionnelle par la recherche d'une utilité sociale et/ou environnementale. L'interaction entre la finance et le développement durable a donné naissance à un nouveau paradigme financier. La finance durable pourrait contribuer à la résorption de la crise actuelle qui revêt plusieurs dimensions : économique, financière, sociale, écologique, etc.

Un essai portant sur la conceptualisation juridique de la finance durable relève des difficultés pour harmoniser les intérêts divergents de la finance et du développement durable. L'examen minutieux du cadre juridique actuel dédié à la finance durable permet d'identifier deux objectifs cruciaux. D'une part, il est important d'identifier la notion de la finance durable et sa réception par le droit. Etant une notion « polymorphe » et évolutive, la finance durable incarne les valeurs du développement durable. D'autre part, il convient d'analyser les moyens mis en place pour réguler le secteur de la finance durable. L'enjeu est de favoriser le déploiement de la finance durable dans des conditions sécurisées tout en s'adaptant avec l'objectif de la célérité des transactions.

## **I. La notion de la finance durable**

La notion de la finance durable repose, d'une part, sur l'éthique des affaires et, d'autre part, sur la solidarité.

### **A. Une notion reposant sur l'éthique des affaires**

L'éthique et le développement durable constituent deux notions indissociables. L'incorporation des valeurs du développement durable dans le monde des affaires s'est traduite par deux notions clés, à savoir la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et l'investissement socialement responsable (ISR). Si la RSE

visé à intégrer les enjeux du développement durable dans l'entreprise, l'ISR a pour but de sélectionner les émetteurs les mieux notés en matière ESG.

La RSE constitue le noyau dur de la finance durable. La RSE permet aux investisseurs soucieux des problématiques extra-financières de « filtrer » les entreprises « durables ».

L'ISR incarne des principes éthiques en phase avec le développement durable. Par sa méthode de sélection et par sa stratégie, l'ISR s'avère être un investissement atypique. En effet, l'intégration des critères extra-financiers (sociaux, environnementaux et de gouvernance) dans l'investissement caractérise la spécificité de l'ISR.

Cependant, l'ISR et la RSE n'ont pénétré dans le droit positif que récemment et leur entrée reste timide. Tous les deux sont régis par la *soft law* dont la « juridicité » est discutée. L'incertitude liée à la force obligatoire de ses instruments est susceptible de freiner le déploiement de la finance durable.

En dépit des évolutions récentes, la réception de la RSE et de l'ISR par le droit positif est insuffisante. *De lege lata*, ils ne bénéficient pas d'un cadre juridique spécifique permettant leur déploiement dans des conditions sécurisées.

## **B. Une notion reposant sur la solidarité**

La solidarité constitue une valeur fondamentale sur laquelle repose la finance durable.

La lutte contre l'exclusion sociale figure parmi les objectifs essentiels d'une finance durable au service de l'homme et de son environnement. L'enjeu est d'instituer une finance solidaire qui tient compte des objectifs sociaux et environnementaux.

La finance solidaire prend en compte des critères extra-financiers comme le social. Fondée sur des principes de l'économie sociale et solidaire, elle est une facette de la finance durable.

Néanmoins, la réception de la finance solidaire s'avère limitée par le droit français. En dépit de l'instauration d'un nouveau cadre juridique au profit du

secteur de l'économie sociale et solidaire, la finance solidaire ne bénéficie pas d'un régime juridique approprié permettant d'en user dans un environnement juridique sécurisé.

Corollaire de l'exclusion sociale, l'exclusion financière désigne un phénomène qui écarte certaines personnes marginalisées du circuit bancaire et financier. L'exclusion financière constitue une conséquence logique de l'exclusion sociale.

La lutte contre l'exclusion bancaire et financière est une valeur motrice de la finance durable. L'un des objectifs de cette finance est de favoriser les personnes exclues du circuit traditionnel de financement. Parmi les outils de la finance durable, qui participent à la lutte contre l'exclusion financière, figurent la microfinance et le financement participatif.

Cependant, la réception juridique des modes alternatifs de financement reste limitée.

## **II. La régulation de la finance durable**

La régulation de la finance durable vise à assurer sa sécurisation et sa transparence.

### **A La sécurisation de la finance durable**

Afin d'assurer la sécurisation de la finance durable, doivent être mises en place des obligations spécifiques à la charge des acteurs financiers, ainsi que les entreprises. Ces obligations liées à la finance durable visent à intégrer la durabilité dans la politique d'investissement et à préserver l'intégrité des marchés financiers.

La pénétration de la durabilité dans les devoirs des acteurs financiers a été fondée sur l'auto-régulation. En effet, plusieurs initiatives privées ont été prises pour tenir compte des enjeux du développement durable. Des référentiels d'engagement internationaux et internes ont été adoptés pour tracer un cadre favorable au déroulement des opérations relatives à la finance durable.

Toutefois, l'intégration de la durabilité dans la politique d'investissement repose sur une adhésion volontaire. Ainsi, des doutes surgissent sur l'efficacité d'une régulation reposant sur la *soft law*. En effet, le droit souple est dépourvu de valeur contraignante. Ce droit atypique présente plusieurs limites dans la mesure où il fonctionne sur la base de la volonté. Les acteurs financiers demeurent libres d'adhérer ou non aux référentiels d'engagement relatifs à la finance durable.

En dépit de sa souplesse, une régulation par le droit mou demeure insuffisante. Il est important de durcir les règles relatives à la finance durable afin d'imposer des devoirs plus drastiques aux acteurs financiers en matière de développement durable. Le risque du *greenwashing*, ou encore du *socialwashing*, est fortement présent. Les financeurs peuvent utiliser l'argument écologique ou social sans pour autant tenir compte de la durabilité. De même, les mécanismes de contrôle prévus pour veiller au respect des engagements en matière de finance durable sont insuffisantes.

## **B. La transparence de la finance durable**

Si le législateur ne prévoit aucune obligation à la charge des acteurs financiers d'intégrer des critères extra-financiers dans leur politique d'investissement, il n'en a pas moins instauré une obligation de transparence non financière.

La teneur de cette obligation consiste à dévoiler une information sur la manière de prendre en compte des enjeux sociaux, environnementaux ou de gouvernance dans l'investissement. L'objectif de cette obligation est de livrer une image fidèle en matière de durabilité et d'éviter le risque du *greenwashing* ou encore du *socialwashing*. L'information représente un miroir de l'entreprise qui reflète son engagement en faveur de la durabilité. Elle permet aux investisseurs de s'engager en connaissance de cause.

Au-delà des obligations imposées par la *hard law*, un devoir de transparence extra-financière est prévu par la *soft law*. Plusieurs référentiels d'engagements prévoient la communication des informations supplémentaires portant sur la durabilité. Des chartes, des déclarations ainsi que des codes de bonne conduite renforcent le dispositif légal en matière de transparence extra-financière. Cet appui du droit souple pour réguler le secteur de la finance durable vise à assurer plus de transparence dans les marchés financiers.

Certes, l'obligation de transparence extra-financière a connu une évolution importante dans le droit positif français et européen. Le domaine *ratione materiae* et *ratione personae* du devoir de transparence non-financière a été élargi afin de créer un environnement transparent de commercialisation de la finance durable. Toutefois, la mise en place des obligations d'information portant sur la durabilité n'est pas suffisante. Encore faut-il prévoir des garanties de fiabilité des informations extra-financières.

## **Conclusion**

Indubitablement, le législateur a mis en place un cadre visant à encourager les acteurs financiers à intégrer la durabilité dans la finance. Toutefois, *de lege lata*, aucune obligation générale n'est prévue pour intégrer les critères extra-financiers dans la finance. Or, les défis liés à la crise actuelle imposent une action législative plus globales et plus drastiques en faveur de la finance durable. *De lege ferenda*, il serait nécessaire de mettre en place des mesures plus contraignantes.

# La responsabilité pénale de l'entreprise multinationale

Uguette NGASSA-PETILLON<sup>1</sup>

Thèse soutenue le 23 oct.2020, à l'Université de La Rochelle, Laboratoire CEJEP,  
sous la Direction de Monsieur le Professeur André GIUDICELLI

---

<sup>1</sup> ngassaugnette@yahoo.fr

L'étude part d'un constat, celui de la toute puissante de l'entreprise multinationale et surtout de son impunité, une sorte "d'intouchable juridique". La première interrogation de la thèse a été de savoir pourquoi l'entreprise multinationale paraît si insaisissable par le droit pénal ? Qu'est-ce qui la rend aussi fuyante, de sorte qu'en dépit de la fascination qu'elle suscite, elle demeure une réalité floue pour le droit pénal ? Pour répondre à ces interrogations, il a paru judicieux de revenir préalablement sur la notion d'entreprise, qui pose des difficultés de qualification aux juristes et la confusion opérée entre celle-ci et celle de société. Pourtant, la première est économique tandis que la seconde est juridique. Le droit de la concurrence rend d'ailleurs nettement compte de cette distinction, puisque l'entreprise y est définie comme "toute entité exerçant une activité économique"<sup>1</sup>.

La recherche a révélé que l'entreprise multinationale échappe à toute réglementation pénale étatique. Elle est l'expression parfaite de la mondialisation, du libéralisme et du capitalisme financier, logique qui s'oppose à celle du droit pénal, qui est, quant à lui, l'empreinte du souverainisme et de l'étatisme. Pourtant, la délinquance de l'entreprise multinationale est réelle et dangereuse, dans la mesure où ses conséquences se réalisent à l'échelle mondiale. Mais alors, comment face à une telle asymétrie, la répression peut-elle s'organiser ? La réponse à cette question a impliqué de désigner l'entreprise multinationale comme le principal responsable de l'infraction. L'objet de la thèse et son originalité résident dans l'inversion du raisonnement pénaliste classique et la considération que le principal responsable n'est pas seulement celui qui commet matériellement l'infraction, mais et surtout celui qui en profite. La question de la responsabilisation pénale de l'entreprise multinationale est abordée sous le prisme d'un balancier entre débordement et rattrapage. Le débordement se traduit par la mise en exergue des principes fondamentaux du droit pénal qui peuvent paradoxalement conduire à l'impunité de l'entreprise multinationale, tandis que le rattrapage donne l'espérance d'un droit pénal qui réussit néanmoins à pénétrer la sphère de cette entreprise au travers des instruments classiques comme la complicité, la *conspiracy* ou innovants tels que la *compliance*. Pour le

---

<sup>1</sup> Cf en droit européen l'arrêt *Wouters* du 19 févr. 2002, pt 46 et la jurisprudence citée ; aff. C-1/12 du 28 févr. 2013, pt 35, cité par J. PAILLUSSEAU, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle forme ? », *Rec. Dalloz*, p. 1396. V. également L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Paris, Litec, Coll. Bibliothèque du droit de l'entreprise, tome 61, 2003.



droit de l'entreprise, deux apports majeurs sont à relever. Le premier est relatif à la probité dans les affaires qui permet de prendre en compte l'entreprise, unité économique par nature, comme destinataire des normes et par voie de conséquence sujet de droit pénal (I). Le second apport qui s'induit du premier, met en germe l'idée d'une responsabilité pénale collective pour la délinquance d'entreprise à travers le concept de *compliance*.

## **I – L'entreprise multinationale, un sujet de droit pénal**

A l'analyse, l'impunité de l'entreprise multinationale trouve ses causes dans le droit pénal lui-même notamment dans ses principes fondamentaux, dont l'un des plus retentissants est la territorialité. En effet, face à une entité qui s'affranchit des frontières et ne jouit pas de la personnalité juridique, qui, seule, donne l'aptitude à être titulaire des droits et des obligations, la territorialité constitue un frein à la punissabilité d'un tel être collectif. Le rattachement de l'entreprise multinationale dans sa globalité au territoire d'un État s'avère dans ce contexte utopique dans la mesure où, en dépit de l'unité économique, elle est préservée par la multiplicité des personnes juridiques qui la composent. Ce sont elles qui sont rattachées à un territoire en fonction de leur immatriculation et sont donc exposées aux poursuites et à la sanction. De la même manière, les principes de la responsabilité personnelle, l'imputabilité et la culpabilité sont des concepts réfractaires à la structure de l'entreprise multinationale. Il en va de même de l'exigence de l'identification de l'organe ou le représentant pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale. La multinationalité, qui renvoie à une collectivité, s'accommode très bien de la rigidité de ces principes classiques. L'exclusion du droit pénal s'y réalise aisément par les montages et opérations, comme les scissions, les fusions<sup>1</sup>, voir les liquidations.

L'existence d'outils de répression à l'intérieur du droit pénal permet néanmoins de nuancer cette analyse et démontrer que l'entreprise multinationale peut être

---

<sup>1</sup> La Cour de cassation a opéré un revirement en matière de fusion-absorption par un arrêt du 25 novembre 2020, pourvoi n° 18-86955 et admet le transfert de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante pour les infractions commises par la première avant l'opération.

un sujet de droit pénal en dépit de toute absence de personnalité juridique<sup>1</sup>. Ces outils comprennent d'abord le recours à la punissabilité de la complicité, qui est alors un véritable titre de responsabilité, en raison de sa généralité. Les poursuites pourront être exercées à l'encontre d'une société mère qui a, par l'intermédiaire de sa filiale, apporté aide et assistance à ses clients ou fournisseurs dans la commission des infractions à l'étranger. Ces poursuites sont encore rendues possibles par les concepts d'entente criminelle collective, d'entreprise criminelle commune ou de poursuite d'un dessein commun qui permettent de dépasser les difficultés liées à la détermination des participations individuelles dans le cas des crimes de groupe, dès lors qu'il est établi l'existence d'une entente en vue de commettre un crime, laquelle fait présumer la connaissance par l'entreprise multinationale que l'aide ou l'assistance apportée l'était à cette fin. Le groupe peut également être appréhendé à travers le profit qu'il a tiré d'une infraction commise par une des sociétés le composant. Le délit de blanchiment des capitaux constitue encore un instrument dans la mesure où son autonomie et sa généralité permettent de saisir les faits même commis à l'étranger, sans qu'il soit besoin d'en identifier l'auteur. En tout état de cause, l'infraction sera imputée à la société mère dès lors qu'il apparaît au regard des circonstances, notamment la mise en place d'une politique économique, commerciale, environnementale et sociale, que celle-ci a été nécessairement commise pour son compte par ses organes et ses représentants. Cela augure donc l'avènement d'une responsabilité pénale collective pour la délinquance d'entreprise dont le concept de *compliance* semble être le meilleur vecteur.

## **II – La *compliance*, un vecteur de responsabilité pénale collective pour la délinquance de l'entreprise multinationale.**

L'extension des règles classiques à un phénomène aussi contemporain que la criminalité de l'entreprise multinationale éprouve néanmoins des limites en raison du caractère étriqué du droit pénal d'où la nécessité d'envisager la construction, tant en droit interne qu'en droit international, d'une politique criminelle se rapportant à ce nouvel agent pénal. La multinationalité semble être la clé de voûte de cette politique dans la mesure où elle permettrait d'organiser le système d'imputation de l'infraction à la structure elle-même, en tant qu'entité

---

<sup>1</sup> En effet, dès lors que ces outils existent et peuvent être mobilisés, il nous a paru pertinent d'affirmer dès l'intitulée que cette délinquance n'était pas simplement surmontable, mais qu'elle était bien surmontée.

économique et collective. Cela se traduirait en pratique par l'exercice des poursuites à l'égard à la fois de la société mère, qui définit la politique économique, sociale, environnementale et commerciale du groupe, et de la filiale, qui commet une infraction dans l'exécution de cette politique. La solidarité assurerait l'effectivité de la sanction, elle-même fixée au regard non pas du seul patrimoine de l'auteur immédiat de l'infraction, mais à hauteur du chiffre d'affaires de l'ensemble du groupe. Les concepts de communauté d'intérêts, de *conspiracy*, et de *compliance* sont les vecteurs d'optimisation de cette responsabilité collective. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi sapin 2 »<sup>1</sup>, a donné un cadre juridique et procédural à la *compliance* et consacré la faute d'organisation. Au regard de l'objectif fixé par cette loi, la *compliance* apparaît comme un outil de gestion, d'organisation efficace de l'entreprise. Celle-ci est donc tenue de mettre un tel outil en place et à défaut, elle commet une faute d'organisation. La thèse démontre que la loi Sapin 2 a institué en droit français ce qui est qualifié en droit américain de *due diligence*, modèle qui implique la responsabilité pénale de l'entreprise pour faute d'organisation. La faute d'organisation est ici caractérisée par le défaut de mise en place d'un programme de *compliance*<sup>2</sup>. La *due diligence* incombe donc aux entreprises, non seulement les plus grandes - pour certaines techniques - mais également les moyennes et les petites - par exemple, pour les exigences relatives à la protection des données personnelles. La faute d'organisation, qui s'induit de la *compliance* fait de celle-ci un véritable fondement de la responsabilité pénale de la personne morale. Cette faute est propre à l'entreprise. Elle règle à notre sens, la problématique de l'imputation de l'infraction à l'entreprise et de la nécessaire identification des organes ou représentants, tout au moins dans le domaine de la conformité. La *compliance* constitue donc une conception systémique du droit et un « outil de politique financière mondiale »<sup>3</sup> dans les domaines du droit de la concurrence, de la finance et de l'environnement, ainsi que du droit pénal, notamment en ce qui concerne les règles applicables aux infractions pénales traditionnelles exposant les États et la communauté internationale aux risques systémiques<sup>4</sup> majeurs tels que le blanchiment d'argent, la corruption, l'évasion et la fraude fiscale. La sanction assure son efficacité et fait évoluer la *soft law* vers

---

<sup>1</sup>Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>2</sup> B. FASTERLING, « Criminal compliance – les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit économique*, 2016, pp 217-237, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2016-2-page-217.htm>, p 222.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Risques susceptibles d'entraîner un dérèglement du système économique, social, politique etc.

un droit répressif contraignant pour les entreprises. La *soft law* devient également ainsi un facteur de risque pénal.

L'élaboration des règles spécifiques à l'entreprise multinationale notamment sous l'égide de la *compliance* constitue une solution complémentaire pérenne à la délinquance de groupe en matière économique et financière. Le droit pénal classique dispose des outils pour encadrer les activités de l'entreprise multinationale mais il doit aller plus loin et se renouveler en procédant à une intégration et non pas seulement une adaptation ou extension des instruments existants. Cela suppose d'adopter un système de répression spécifique à l'entreprise multinationale où la responsabilité serait collective<sup>1</sup> impliquant une imputation directe à la structure ou une présomption d'imputation aux organes. Un tel système spécifique aurait le mérite de s'approprier directement la problématique de cette délinquance, dont les conséquences peuvent être irréversibles pour la collectivité humaine, la planète et l'économie.

En définitive, la thèse met en lumière la confrontation de deux logiques systématiquement opposées : celle du droit pénal et celle de l'entreprise. Elle intéresse, par les pistes qu'elle ouvre, non seulement le droit pénal mais également le droit des affaires, ces deux disciplines pouvant se combiner pour accompagner la nouvelle discipline qu'est le droit pénal des affaires internationales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La faute pénale étant diffuse, faute d'organisation.

<sup>2</sup>Voir l'ouvrage de Madame Marie-Emma Boursier, Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation, paru en août 2020, aux éditions Précis Joly, 2<sup>e</sup> édition, avant-propos M. DELMAS-MARTYY.

**La lutte contre la corruption transnationale à  
partir des pays émergents d'Amérique latine.  
Contribution à l'étude du droit global**

Anne-Sophie Korb<sup>1</sup>

---

---

<sup>1</sup> asophie.korb@gmail.com

J'ai le plaisir de vous présenter ma thèse doctorale qui porte sur un sujet passionnant au carrefour de plusieurs disciplines, s'inscrivant dans la thématique de la lutte contre la délinquance économique et financière ainsi que de la *compliance* : « La lutte contre la corruption transnationale à partir des pays émergents d'Amérique latine. Contribution à l'étude du droit global ».

J'ai eu la chance de réaliser ma thèse à l'École doctorale de droit privé de l'Université Paris-Panthéon-Assas, en particulier à l'Institut de recherche en droit des affaires, sous la direction du Professeur Antoine Gaudemet. L'ensemble du travail fourni a convaincu les membres du jury<sup>1</sup> qui m'ont octroyé, à l'issue de la soutenance de ma thèse, le 13 décembre 2021, le titre de docteur en droit, assorti de la mention très honorable avec les félicitations du jury à l'unanimité.

Dès le départ, mes réflexions se sont centrées sur l'effectivité de la lutte contre la corruption transnationale, particulièrement problématique dans un contexte de globalisation économique et d'États souverains, où les instruments traditionnels de lutte contre la corruption sont mis en difficulté. Dans ce cadre, la question qui se pose est la suivante : comment concilier la conception classique d'une régulation tribulaire des frontières avec la corruption transnationale ? En France, la doctrine a évoqué l'émergence du droit « global » pour contrôler ce phénomène, en référence aux autorités américaines, qui ont, par une extension de compétence, imposé des sanctions élevées à des entreprises étrangères. Cette situation a poussé certains États européens à renforcer leurs législations pour protéger leurs entreprises, notamment la France, avec la loi Sapin II. Mais qu'en est-il réellement au-delà de l'Europe ? La piste du droit « global » existe-t-elle vraiment et peut-elle être consolidée ?

Le sujet de ma thèse est ainsi d'une grande actualité. Il s'agit aussi d'une thèse pragmatique qui cherche à identifier des solutions qui fonctionnent au problème de la corruption transnationale. Pour ce faire, des éléments juridiques, mais aussi

---

<sup>1</sup> Je remercie bien sincèrement les membres du jury qui m'ont fait l'honneur d'évaluer ma thèse : les Professeurs D. Rebut (Université Paris-Panthéon-Assas), P. Beauvais (Université Paris-Panthéon-Sorbonne), C. Ghica-Lemarchand (Université Paris-Est-Créteil), A. Gaudemet (Université Paris-Panthéon-Assas), ainsi que Monsieur P. Moulette, chef de la division anti-corruption de l'OCDE.

extra-juridiques, notamment économiques, sociologiques, anthropologiques, ont été mobilisés ce qui donne un caractère pluridisciplinaire à ma thèse pouvant intéresser nombre d'enseignants-chercheurs et de praticiens, comme les avocats, les magistrats, mais aussi les chargés de conformité et les juristes d'entreprise. Au-delà de ces aspects généraux, ma thèse doctorale apporte d'innombrables éléments à la connaissance de notre pays.

En premier lieu, l'approche originale du sujet par l'angle du droit « global », constitue l'un des apports intellectuels de ma thèse pouvant intéresser les chercheurs. Elle m'a permis de répondre à l'objectif de déterminer des solutions effectives à la corruption transnationale en essayant de trouver un cadre intellectuel permettant de décrire le droit de la lutte contre la corruption transnationale, en particulier les poursuites et résolutions d'affaires, par la coopération des autorités de poursuite de différents pays.

En deuxième lieu, le choix de se focaliser sur les pays émergents de l'Amérique latine, notamment en raison d'aspects de géopolitique, de caractéristiques économiques, de risques élevés de corruption, mais aussi en raison du fait que les entreprises françaises y sont très présentes<sup>1</sup>, m'a permis d'appréhender la lutte contre la corruption transnationale en mettant en perspective les connaissances que nous avons développées en France et en Europe, tout en apportant des éléments qui n'ont pas encore été mis en lumière dans notre pays.

En particulier, la lecture de ma thèse peut apporter de précieuses informations aux praticiens, notamment sur les instruments prévus par les conventions internationales, les lois anti-corruption des Etats-Unis (*Foreign Corrupt Practices Act*), du Royaume-Uni (*United Kingdom Bribery Act*), de la France (Loi Sapin II) et des pays émergents de l'Amérique latine (Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Mexique, Pérou), les délits de corruption, les délits comptables, la responsabilité des personnes physiques et morales, la responsabilité héritée en cas de fusions-acquisitions, la responsabilité de la société mère du fait de la filiale, ainsi que les effets des programmes de conformité dans le cadre de la répression.

---

<sup>1</sup> Par exemple, en Colombie, la France est le premier employeur étranger avec près de 250 filiales françaises : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Pays/CO/relations-bilaterales>

De même, les praticiens pourront connaître l'état des lieux de l'activité des autorités américaines, et plus généralement des poursuites et résolutions d'affaires de corruption transnationale pour des pots-de-vin versés en Amérique latine, impliquant des entreprises étrangères ou des entreprises latino-américaines, parfois filiales d'entreprises étrangères. Des affaires y sont développées en guise d'illustration. Les critères pour engager leur responsabilité et les instruments de coopération utilisés par les autorités de poursuite avec les personnes impliquées apparaissent clairement dans le manuscrit. La pratique des autorités de poursuite américaines et brésiliennes, avec pour illustration l'Opération « *Lava Jato* », impliquant les entreprises brésiliennes Odebrecht, Petrobras et Braskem, y figure également.

L'ensemble de ces éléments peut aussi vivement intéresser tous ceux qui mènent des réflexions sur ces thématiques actuelles de droit pénal, la thèse leur donnant accès à un grand nombre de sources en français, mais aussi en anglais, en espagnol et en portugais. Ces dernières ont été consultées lors d'un séjour en Amérique latine de plus de trois années, et mes analyses sont le fruit tant de recherches que d'échanges que j'ai pu avoir avec des professionnels et des professeurs. Une contribution récente, en espagnol, rédigée par moi-même, témoigne de cet investissement<sup>1</sup>.

Enfin, les conclusions de ma thèse sur la voie à suivre pour une lutte effective contre la corruption transnationale, notamment ma proposition de Principes directeurs à destination des autorités de poursuite, intéressent l'ensemble des acteurs de la lutte contre la corruption, en particulier les organisations internationales comme l'OCDE, et je suis convaincue qu'elles permettraient de faire avancer les réflexions en France et à l'échelle internationale sur ce sujet.

---

<sup>1</sup> *La justicia en la era de la globalización y su efecto en Colombia: un análisis centrado en los derechos humanos y en la corrupción*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, 2021. DOI: <http://doi.org/10.18566/978-958-764-920-8>. Trad: « *La justice à l'ère de la globalisation et son effet en Colombie: une analyse centrée sur les droits de l'homme et la corruption* ».





AFDD