

# DOSSIER LES ACTIFS DE L'ENTREPRISE



Notion mouvante, par définition, souvent (à tort) considérée comme « fourre-tout », à la croisée de la comptabilité, de l'évaluation financière et du droit, les actifs de l'entreprise sont une source inépuisable d'interrogations juridiques. Fort de ce constat, nous avons souhaité, dans ce dossier spécial, aborder cette notion sous l'angle de diverses spécificités sectorielles, en insistant sur le fait que les actifs (et certains plus que d'autres) sont clés pour le développement et la pérennité d'une entreprise. Les dirigeants et managers doivent être conscients des risques potentiels pouvant affecter les actifs, et par voies de conséquence éclairés sur certains outils permettant de limiter voire couvrir ces risques. Dans cette perspective, les différentes contributions regroupées dans le dossier « Les actifs de l'entreprise » tentent d'apporter un éclairage concret et pratique à différentes problématiques juridiques ou de gestion des risques auxquelles les dirigeants, managers ou juristes peuvent être confrontés dans leur activité quotidienne.

## 12 Avant-Propos

Robert Follie,  
Avocat associé, Managing Partner du bureau de Paris,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP  
Franck Bernauer,  
Avocat associé, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 13 Les risques associés à l'activité internationale de l'entreprise et l'assurance

Iris Vögeding,  
Louis Cornut-Gentille,  
Clarence Lefort,  
Avocats, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP  
Pauline Arroyo,  
Avocat associé,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 18 Le patrimoine de l'entreprise confronté à la pratique du négoce de marchandises

Vincent Bénézech,  
Avocat, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP  
Michael Bekkali,  
Avocat, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 21 Modalités de reprise des actifs d'une entreprise *in bonis*

François Cado,  
Avocat, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP  
Camille Moncany,  
Avocat, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 29 Reprise des actifs d'une entreprise en difficulté : quelques pistes de réflexion pour le tiers acquéreur

Anne Romain-Huttin  
Avocat – Docteur en droit, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 33 Percer le voile de la personnalité morale : l'apport du droit maritime

Stéphanie Schweitzer  
Avocat Associé, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP  
Mona Dejean  
Avocat, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 38 La protection par les assurances de l'actif humain de l'entreprise

Pauline Arroyo,  
Avocat Associé, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP  
Perrine Bertrand,  
Avocat, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 43 L'énergie : un « actif » à maîtriser ? Performance et efficacité énergétiques des entreprises en 2016

Robert Follie,  
Avocat Associé – Managing Partner du bureau de Paris  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP  
Guillaume Mezache,  
Avocat,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

## 49 La difficile valorisation des actifs aéroportuaires

Simon Parier,  
Juriste, Doctorant, Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

# Avant-Propos

**Robert Follie,**  
Avocat associé, Managing Partner du bureau de Paris,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

**Franck Bernauer,**  
Avocat associé,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

« *L'actif est un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'évènements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs* ».

Du fait de l'évolution importante, voire pour certaines industries, du bouleversement, de l'économie au cours des dernières décennies, différentes sous-classes d'actifs ont été définies, afin de coller au plus près à la réalité économique des entreprises. L'exemple le plus frappant concerne les actifs immatériels, qui regroupent classiquement le capital humain, la recherche & développement, les logiciels, etc. Ces actifs plus ou moins clés en fonction de l'activité de l'entreprise, contribuent grandement à son développement, à son adaptation au marché, et dès lors à sa croissance.

De même, et depuis le développement de ce que les économistes ont qualifié de division internationale du travail, l'autre caractéristique importante de l'évolution de l'économie actuelle est son caractère global, et, par voie de conséquence, les situations d'interdépendance de plus en plus importantes dans lesquelles des sociétés – souvent situées à des milliers de kilomètres l'une de l'autre – peuvent se trouver.

Dans le cycle économique, la valeur des actifs d'une entreprise est un élément clé pour le dirigeant, en ce sens où cela lui permet – par exemple – de justifier de contre-garanties solides dans ses relations avec les créanciers de l'entreprise, et dès lors de pouvoir accéder à des prêts ou à des accords de fournitures. De même, dans l'hypothèse d'opérations sur le capital de la société (voire d'une cession), les actifs constituent un élément clé des méthodes de valorisation de l'entreprise, y compris dans la cadre de la construction de clauses spécifiques comme les compléments de prix.

De fait, dans un contexte de commerce international, les entreprises cherchant à se couvrir de ces risques, ou à tout le moins à minimiser les impacts financiers qui découleraient de leur occurrence, diverses techniques juridiques et/ou produits assurantiels ont été développés. L'objet de ce dossier est de présenter la notion d'actif de l'entreprise sous des angles un peu différents, en ayant à la fois une approche risque et protection, une approche valorisation et cession, et une approche sectorielle concrète.

Pour inaugurer ce dossier, Pauline Arroyo, Iris Vögeding, Louis Cornu-Gentille et Clarence Lefort présentent certains risques spécifiques récemment apparus pour les entreprises du fait de la globalisation des échanges commerciaux (et financiers) internationaux. Les auteurs s'attarderont notamment sur les risques spécifiques liés à la chaîne d'approvisionnement, mais également aux risques de fraude par usurpation d'identité. Avec des exemples concrets, les auteurs nous éclaireront également sur certaines solutions assurantielles qui permettent, dans une certaine mesure, au dirigeant de se prémunir contre ces risques spécifiques.

C'est sous l'angle particulier du négoce de marchandises, que Vincent Bénézech et Michael Bekkali rappellent le cadre juridique dans lequel les ventes internationales de marchandises sont

conclues, et abordent les solutions qui ont été développées par les acteurs du négoce international afin de pallier certaines difficultés auxquelles ils sont confrontés.

François Cado et Camille Moncany aborderont ensuite le thème des actifs de l'entreprise du point de vue de leur cession. Les auteurs présentent les différentes techniques de reprise d'une entreprise *in bonis*, et nous rappellent fort justement les notions de société et d'entreprise. Les auteurs nous éclairent également sur le mode de fonctionnement des mécanismes d'assurance qui ont été développés par le marché pour couvrir un risque spécifique dans les opérations de M&A : celui lié aux garanties d'actif et de passif.

Pour poursuivre ces réflexions sur les cessions d'actifs, Anne Romain-Huttin nous livre des pistes de réflexion sur les choix parfois cornéliens qu'un repreneur doit faire afin de déterminer l'option de reprise de l'activité d'une entreprise en difficulté financière et/ou économique. L'auteur détaille notamment les mécanismes de prepack cession et de plan de cession (sans conciliation préalable).

C'est sans doute pour célébrer à leur manière les 50 ans de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales que Stéphanie Schweitzer et Mona Dejean nous livrent – dans un article très concret – une réflexion comparative entre le droit maritime international et le droit des sociétés, notamment sur l'appréciation faite par ces deux branches du droit, de la personnalité morale et du fameux « voile juridique ».

Le capital humain étant une composante clé de l'entreprise, Pauline Arroyo et Perrine Bertrand présentent dans leur article, deux mécanismes assurantiels privés qui ont été développés par le marché afin de permettre à l'entreprise de protéger son capital humain, c'est-à-dire, on le verra, à limiter les conséquences économiques pour son activité. Les auteurs abordent également les incidences potentielles que certains produits d'assurances pourraient avoir sur la responsabilité des mandataires sociaux.

Profitant de la dynamique générée par la Conférence de Paris sur le Climat (dite COP21), Guillaume Mezache et Robert Follie nous livrent un article sur l'actif particulier que constitue l'énergie, dont l'utilisation doit de plus en plus être maîtrisée, notamment par les entreprises. Les auteurs rappellent les obligations pesant désormais sur les entreprises au titre de la performance et de l'efficacité énergétique.

Pour clore notre dossier, Simon Parier nous livre ses réflexions sur le processus récemment amorcé par l'Etat, de valorisation des actifs aéroportuaires. Avec une certaine pédagogie, l'auteur expose les contraintes juridiques liées à la valorisation de ces actifs, et le dilemme – pour l'Etat – entre la valorisation par la gestion, et la valorisation par la cession.

# Les risques associés à l'activité internationale de l'entreprise et l'assurance

**Iris Vögeding,  
Louis Cornut-Gentille,  
Clarence Lefort,  
Avocats,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP**

**Pauline Arroyo,  
Avocat associé,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP**

La globalisation des marchés se traduit par une augmentation des échanges commerciaux au niveau international et l'apparition, pour l'entreprise, de risques particuliers dont l'assureur peut l'aider à se prémunir.

Ainsi, dans la plupart des secteurs industriels, les entreprises européennes sont dans une situation de dépendance accrue par rapport au bon fonctionnement de leur chaîne d'approvisionnement. Un constructeur automobile comme PSA compte par exemple plus de 1 500 fournisseurs uniquement dans l'Union européenne, lesquels disposent de 2 000 usines et ont eux-mêmes des dizaines voire des centaines de fournisseurs (1).

Plusieurs sinistres majeurs se sont produits ces dernières années, tels que la double explosion au port de Tianjin en août 2015 ou les catastrophes naturelles au Japon et en Thaïlande en 2011, et ont été à l'origine de dommages matériels et de pertes d'exploitation colossaux. Ils ont mis en évidence la fragilité des chaînes d'approvisionnement. Ce type d'événements peut mettre en péril la survie d'une entreprise en France alors qu'ils se produisent à plusieurs milliers de kilomètres.

En aval, la chaîne de commercialisation des produits de l'entreprise sur des marchés étrangers comporte également des risques pour la pérennité de l'entreprise. Il va sans dire en effet que l'entreprise engage sa responsabilité lorsque les produits sont défectueux. La responsabilité de l'entreprise française est couverte par sa police responsabilité civile « après livraison », même lorsque les dommages surviennent à l'étranger, mais le risque de responsabilité civile concerne également ses filiales étrangères.

Les risques associés à la globalisation des marchés ne sont toutefois pas uniquement liés aux flux de marchandises. Ils résultent aujourd'hui tout autant de la dématérialisation croissante des données, qui a ouvert la porte à des détournements frauduleux particuliers, désignés couramment sous le terme « fraude au Président ». L'échange d'informations à distance avec les fournisseurs ou institutions bancaires étrangers rend plus difficile la vérification de l'identité de l'interlocuteur de l'entreprise, et rend ces relations particulièrement vulnérables à des procédés frauduleux.

Enfin, sans que la qualité de ses produits ne soit en cause, l'entreprise qui a une activité internationale ne peut ignorer les régimes de sanctions internationales et d'embargos.

La gestion de ces différents risques par le biais de l'assurance est l'objet de la présente étude.

## I. Le risque en amont : l'assurance des risques associés à la chaîne d'approvisionnement de l'entreprise

Pour la quatrième année consécutive, le risque d'une interruption de la production a été qualifié en 2016 comme risque majeur par le baromètre des risques Allianz (2). Par ailleurs la fraude par usurpation d'identité, qui se trouve favorisée notamment par la diversification de la chaîne d'approvisionnement, constitue la première fraude subie par les entreprises en 2015 (3).

Ces risques « nouveaux », liés intrinsèquement à la globalisation et à la dématérialisation des données, sont des défis majeurs pour les entreprises.

Nous présenterons ci-après les risques liés à la rupture de la chaîne d'approvisionnement (A) et de la fraude par usurpation d'identité (B) et les solutions assurantielles qui y répondent.

### A. L'assurance du risque résultant de la chaîne d'approvisionnement (*supply chain*)

Deux exemples permettent d'illustrer les risques inhérents à la défaillance d'un fournisseur :

- En mars 2000, l'usine de Philips à Albuquerque (New Mexico – USA) spécialisée dans la production de semi-conducteurs et de puces électroniques destinées à la fabrication de téléphones portables est partiellement détruite à la suite d'un incendie. Alors que l'incendie est maîtrisé rapidement, l'usine subit un arrêt de production pendant 6 mois en raison d'un processus de production extrêmement complexe et des outils très spécialisés, difficiles à remplacer.
- Le marché de la téléphonie était en pleine expansion et la demande de producteurs de téléphones portables très forte. L'activité des principaux clients de cette usine, Ericsson en Suède et Nokia en Finlande, a été directement affectée. Ericsson n'a pas pu produire environ 6,4 millions de téléphones portables et aurait subi une perte de revenus de 50 % dans le secteur de la téléphonie mobile (4).

1) Source : H-M. Thomas, Les chaînes d'approvisionnement donnent le vertige aux assureurs, *L'argus de l'assurance* n° 7441-7442, 29 janvier 2016, p.52.

2) Source: Allianz Risk Barometer – Top Business Risks 2016

3) Etude Euler Hermes/DFCG, avril 2016

4) Source : Apref, « Pertes d'exploitations et carences de clients/fournisseurs », février 2013, p.20.

5) Source : S.Acedo, « Catastrophes : une année 2015 clémente pour l'assurance, malgré Tianjin », *L'argus de l'assurance*, 1<sup>er</sup> avril 2016

6) Source : L. Besson, « Renault, Volkswagen, Toyota : le coût de la catastrophe de Tianjin », *Le Figaro* du 18 août 2015;

7) V. Pour l'assurance responsabilité civile : *Lamy Assurances* 2016, n° 1955.

8) Source : Séminaire Innovation du Centre des Hautes Etudes d'Assurances, « Les entreprises face au risque fournisseurs; les solutions d'assurance et leurs limites », 12 décembre 2013.

9) G. Guendafa (Grassavoye), « Risques supply chain: le point sur le marché de l'assurance », présentation AMRAE du 3 juin 2014.

10) Les conséquences d'une défaillance d'une filiale du même groupe industriel en revanche généralement couvert par la police dommages du groupe.

- En août 2015, la double explosion dans un entrepôt de stockage de produits chimiques dans le port de Tianjin a eu un bilan humain et matériel très lourd. Les dommages assurés ont été évalués à un montant provisoire compris entre 2,5 et 3,5 milliards de dollars US (5). Les principaux constructeurs automobiles, dont Renault, Toyota, Mitsubishi ou Volkswagen ont vu 70 000 de leurs véhicules neufs être détruits, et l'usine de Toyota implantée dans la zone portuaire de Tianjin a été mise à l'arrêt, ce qui a conduit à des retards de livraisons importants (6).

Au-delà des sinistres incendie ou de catastrophes naturelles, toute défaillance d'un fournisseur stratégique, serait-ce en raison de son insolvabilité, affecte la production de l'entreprise qui en dépend. L'industriel peut ainsi se voir exposé à des retards de production importants, voire même se retrouver dans l'impossibilité de produire et de livrer ses clients.

Les préjudices résultant d'une rupture de chaîne d'approvisionnement sont divers : dommages matériels, pertes de production qui se traduisent par une perte de chiffre d'affaires, atteinte à l'image, pertes de la valeur boursière, voire même l'insolvabilité.

Face à de tels risques les moyens contractuels classiques sont souvent inefficaces. La responsabilité du fournisseur étranger défaillant est difficile à mettre en œuvre. Sa couverture d'assurance, si elle existe, n'est pas toujours susceptible d'être actionnée directement par l'industriel lésé et s'avère la plupart du temps insuffisante face à une multitude de victimes et un montant élevé de réclamations.

De surcroît, le recours contre le tiers est souvent chronophage et ne permet pas de palier l'impact immédiat que constitue la rupture dans la chaîne d'approvisionnement pour l'entreprise : l'arrêt de la production qu'il faut redémarrer rapidement, la recherche de fournisseurs alternatifs, la gestion des réclamations clients, etc.

Vis-à-vis de ses clients, les clauses contractuelles de « force majeure », d'imprévision ou de limitation de responsabilité peuvent cantonner la responsabilité de l'industriel. Mais l'on sait qu'elles peuvent être juridiquement inefficaces et, d'un point de vue commercial, délicates à mettre en œuvre.

Face à ces risques, les entreprises font donc appel à leurs assureurs.

Or, si ceux-ci proposent depuis quelques années des garanties spécifiques « risque fournisseur », c'est à la condition que le périmètre de ce risque soit déterminé et que l'assureur n'ait pas à assumer une organisation ou un contrôle défaillant de l'assuré. En effet, le contrat d'assurance couvre les événements aléatoires susceptibles de causer un préjudice à l'entreprise. Il n'a pas pour objet de compenser le risque d'entreprise (7).

Les risques résultant de la défaillance d'un fournisseur sont traditionnellement couverts, pour partie au moins, par une police Dommage aux Biens avec garantie des pertes d'exploitation.

Ce type de police garantit tout d'abord les dommages matériels causés aux biens appartenant à l'assuré. Dans le cas de l'explosion au port de Tianjin précité, si le transfert de propriété des véhicules sinistrés avait

déjà opéré en faveur des constructeurs automobiles, la police dommages aux biens souscrite par ceux-ci a dû garantir la perte de ces biens.

La police Dommage aux Biens peut également garantir la détérioration ou perte des biens chez le fournisseur. Il s'agit alors d'une protection plus complète pour l'entreprise dont l'activité est perturbée du fait de la défaillance de ce fournisseur.

La police Dommages aux Biens couvre les dommages matériels résultant d'événements garantis, tels qu'un incendie, une explosion, un dégât des eaux, un bris de machine, ou encore des événements naturels ou des actes de terrorisme. En revanche, les risques politiques, l'insolvabilité du fournisseur ou un mouvement de grève chez le fournisseur ne font généralement pas partie des événements garantis dans la mesure où il ne sont pas à l'origine d'un dommage matériel.

Le périmètre de la garantie des Dommages aux Biens est essentiel, non seulement pour permettre à l'entreprise d'obtenir l'indemnisation de la valeur des biens sinistrés, mais aussi parce qu'il conditionne l'application de la garantie des pertes d'exploitation qui la complète.

L'assurance des pertes d'exploitation est destinée à replacer l'entreprise dans la situation financière qui aurait été la sienne en l'absence de sinistre. Elle est donc précieuse en cas de rupture de la chaîne fournisseur, puisque la défaillance du fournisseur va causer des retards, voire un arrêt définitif de la production de l'entreprise qui se traduira en premier lieu par des pertes d'exploitation.

Or, dans les polices Dommages aux Biens, la garantie des pertes d'exploitation est généralement subordonnée à la survenance d'un sinistre causant des dommages matériels directs dont les pertes d'exploitation sont la conséquence. Autrement dit, lorsque les pertes d'exploitation résultent d'un dommage, matériel ou immatériel, non garanti, celles-ci ne sont également pas couvertes. Elles ne le sont également pas lorsqu'aucun dommage matériel n'est survenu.

Exceptionnellement, des garanties pertes d'exploitation « sans dommages » sont proposées, mais elles sont alors encadrées par des franchises élevées et/ou des plafonds limités (8).

Les pénalités de retard mises à la charge de l'entreprise par ses clients ou les frais supplémentaires engagés pour relancer l'activité et limiter la perte de clientèle ne sont en principe pas couverts mais peuvent faire l'objet d'une garantie complémentaire.

Face à cette protection lacunaire, certains assureurs ont développé des produits spécifiques pour les risques « carence fournisseur » (9). Ces polices d'assurance couvrent généralement les pertes d'exploitation résultant d'un arrêt total ou d'une réduction partielle du flux d'approvisionnement provenant d'un fournisseur extérieur au groupe industriel (10), et indemnisent une perte de production pendant la période contractuellement définie.

En pratique, deux plafonds de garantie sont proposés : l'un applicable à des fournisseurs ou produits dénommés, et l'autre, plus limité, applicable à des fournisseurs non dénommés (qui ne sont parfois pris en considération par l'assureur que s'il s'agit de fournisseurs de premier ou second rang ou que



si l'interruption de fourniture résulte d'événements expressément visés dans la police (11). Dans le second cas, la garantie « carence fournisseur » exclut régulièrement certains types de préjudice tels que la perte de parts de marché ou l'atteinte à l'image (12). Il existe également sur le marché des garanties visant spécifiquement à couvrir la carence de fournisseurs d'énergie, de télécommunication, ou de transfert et traitement de données (13).

Le recours à une telle couverture d'assurance suppose dans tous les cas que l'entreprise ait au préalable identifié son risque fournisseur. Cette démarche requiert l'identification de tous les fournisseurs, la détermination de ceux dont la disparition serait critique pour l'entreprise, l'élaboration d'un plan de continuité de l'entreprise et la mise en place de stocks tampons, ainsi qu'un plan de réduction du risque sur la chaîne d'approvisionnement. Dans l'identification des fournisseurs « critiques », il y a lieu d'être particulièrement vigilant non pas au chiffre d'affaires réalisé, mais au degré de dépendance qui existe envers celui-ci, par exemple en raison de la spécificité de son savoir-faire.

Une analyse des risques qui tiendra compte des contraintes opérationnelles, juridiques et économiques de l'entreprise sera dans tous les cas bénéfique pour circonscrire son exposition au risque de défaillance d'un fournisseur et en limiter l'impact.

Naturellement, un moyen classique pour maîtriser de la chaîne d'approvisionnement est la diversification des fournisseurs permettant de parer ou de limiter les conséquences d'une rupture. Toutefois cette multiplication des intervenants n'est pas sans créer elle-même d'autres types de risque, et appelle une vigilance accrue de la part de l'entreprise.

## B. Les risques de fraude par usurpation d'identité et leur assurance

Depuis plusieurs années, l'attention des professionnels, surtout en Europe, est particulièrement attirée sur la recrudescence des risques de fraudes externes, c'est-à-dire émanant de tiers à l'entreprise et non, comme cela est plus classique, du fait de ses préposés. Le mécanisme privilégié de ces fraudes est l'usurpation d'identité, favorisée par la globalisation des échanges et la complexité des structures des groupes de sociétés.

On distingue principalement deux types de fraude par usurpation d'identité :

- en premier lieu, la fraude au Président, qui est la plus répandue. Le fraudeur se fait passer pour un cadre dirigeant du groupe (par exemple, le président ou le directeur financier) et contacte un employé du service comptable en prétextant l'imminence d'une acquisition qui doit rester confidentielle afin d'obtenir un ou plusieurs virements vers un compte à l'étranger. Le fraudeur peut également contacter un dirigeant de filiale pour l'inciter à collaborer à une prétendue opportunité de croissance. Ce risque est particulièrement accru dans les groupes internationaux marqués par une certaine dispersion des pouvoirs et des flux d'informations que les fraudeurs ne manquent pas d'exploiter.

- en second lieu, la modification des coordonnées du fournisseur, qui tend à se développer. Le fraudeur se fait passer pour un fournisseur de l'entreprise et demande une modification des coordonnées bancaires ou de l'adresse de livraison de ce dernier pour capter les sommes ou les marchandises qui lui étaient destinées.

Ces deux formes de délinquance frauduleuse se distinguent fondamentalement de la pratique plus classique et rudimentaire du faux ordre de virement. En effet, dans ce dernier cas, le fraudeur intervient directement auprès de la banque, alors que dans les deux premiers cas, le fraudeur contacte l'entreprise. Ainsi, l'auteur d'un faux ordre de virement est lui-même le donneur d'ordre de la banque, tandis que le « faux Président » ou « faux fournisseur » parvient à faire donner l'ordre de paiement par le client de la banque, qui naturellement l'exécute généralement sans aucune difficulté.

Juridiquement, cette différence se traduira par le fait que, dans le cas d'un faux ordre de virement, la banque, ayant exécuté l'ordre d'une personne qui n'était pas son client, sera tenue sur le fondement de l'article 1937 du Code civil de restituer les fonds détournés, sans qu'il soit nécessaire de prouver sa faute (14).

En revanche, si l'entreprise donne un ordre de virement à sa banque à la suite d'une usurpation d'identité commise par un « faux Président » ou un « faux fournisseur », la banque aura formellement exécuté l'ordre de son client et ne sera donc pas tenue à la restitution des fonds à moins que la preuve de sa faute ne soit rapportée. L'entreprise victime de la fraude pourra tenter d'établir la responsabilité de la banque sur le fondement d'un manquement à son devoir de vigilance, comme cela a été retenu dans une affaire médiatisée (15). La responsabilité de la banque n'est cependant pas de droit, et celle-ci pourrait démontrer qu'en dépit d'un examen renforcé de l'opération, elle ne pouvait parvenir à détecter la fraude. Par ailleurs, il est à peu près illusoire d'espérer recouvrer les fonds auprès des auteurs de la fraude.

Or les fonds détournés, que ce soit par le biais de la fraude au Président ou de la modification des coordonnées bancaires du fournisseur, peuvent atteindre des montants considérables. A titre d'exemple, il a été rapporté qu'en 2012, une société réputée de conseil a été victime d'un détournement à hauteur de 7,6 millions d'euros dans le cadre d'une fraude au faux Président. De la même manière, un grand groupe français a récemment été victime d'un fraudeur qui était parvenu à se faire passer pour le directeur financier d'un fournisseur et à obtenir le virement d'une somme de 1,6 million d'euros à son profit (16).

Au regard de ces risques, la mise en place de mesures internes préventives est bien sûr nécessaire mais ne s'avère pas toujours suffisante, comme l'illustre la multiplication des cas de fraudes y compris auprès de grandes entreprises. C'est la raison pour laquelle le recours à l'assurance fraude peut être envisagé afin de transférer – au moins en partie – ce risque qui menace les actifs de l'entreprise.

En principe, les polices fraude couvrent les conséquences financières de l'escroquerie commise par un tiers qui usurpe l'identité ou la qualité soit d'un dirigeant, soit d'un préposé de l'entreprise assurée,

11) V. *Lamy assurances* 2016, n° 1736.

12) Source : Séminaire Innovation du Centre des Hautes Etudes d'Assurances, « Les entreprises face au risque fournisseurs; les solutions d'assurance et leurs limites », 12 décembre 2013.

13) Apref, « Pertes d'exploitations et carences de clients/fournisseurs », février 2013, p.7

14) V. par exemple Paris 18 décembre 2014, 12/19837 et 3 avril 2014, 13/05587

15) TC Paris, 30 octobre 2014, 2013/075398, *ETNA Entreprise c/ CIC*

16) V. par exemple, *Le Monde* du 4 novembre 2014

17) Civ.1<sup>ère</sup>, 29 oct. 2002, n°99-10650 ; civ.2<sup>ème</sup>, 14 déc. 2004, n° 03-18232

18) Articles 1386-1 et suivants du Code civil.

soit d'un tiers pour obtenir le versement de fonds ou le transfert de biens. Les conséquences d'une fraude au Président et la modification des coordonnées du fournisseur, qui sont des modalités d'une telle escroquerie, sont donc généralement garanties – même si certaines polices fraude prévoient des exclusions particulières pour la fraude par usurpation d'identité, voire même excluent totalement ce type fraude de la couverture.

Les polices fraude prennent en charge principalement les pertes pécuniaires subies par l'entreprise assurée à la suite du transfert frauduleux. Elles peuvent aussi couvrir les frais engagés par l'entreprise assurée pour mettre en cause la responsabilité du fraudeur, et obtenir le remboursement des fonds ou des biens détournés, notamment les frais et honoraires des avocats et des experts pour localiser et bloquer les fonds. Peuvent également être garantis les frais engagés par l'entreprise assurée auprès de consultants pour l'aider à gérer la crise, la communication et mettre en place des mesures correctives pour éviter la survenance d'une nouvelle fraude.

Les plafonds de garantie proposés aujourd'hui sur le marché se situent en moyenne entre 5 et 10 millions d'euros, et peuvent atteindre jusqu'à 100 millions d'euros pour les entreprises commerciales et 350 millions d'euros pour les institutions financières.

Les entreprises qui envisagent de souscrire une assurance contre la fraude sont toutefois encouragées à vérifier très précisément l'étendue et les conditions des garanties qui sont proposées. En effet, les assureurs ont récemment durci les conditions de souscription et de mise en œuvre des garanties pour faire face à une très lourde sinistralité et préserver leur portefeuille fraude de plus en plus menacé.

Dès la souscription et lors du renouvellement des polices fraude, les assureurs sont particulièrement attentifs aux mesures de prévention mises en place par l'entreprise destinées à prévenir les fraudes par usurpation d'identité. Ils vérifient notamment si l'entreprise diffuse régulièrement des informations à ses collaborateurs pour les sensibiliser à ce type de fraude et dispose de procédures internes régissant les ordres de virement et le paiement des factures.

Les assureurs ont inséré des franchises spécifiques et des quotités non garanties en cas de fraude par usurpation d'identité, qui ont pour effet de laisser à la charge des entreprises assurées une partie du sinistre. Leur montant peut varier en fonction des procédures internes mises en place au sein de l'entreprise mais demeure dans l'ensemble relativement élevé (entre 100 000 euros et 1 million d'euros).

De plus, les assureurs ont encadré de manière stricte la mise en jeu de la garantie en cas de fraude par usurpation d'identité. La prise en charge du sinistre est subordonnée au respect par l'assuré de conditions spécifiques prévues par la police d'assurance telles que la vérification systématique de l'identité de la personne qui demande un paiement ou une modification des coordonnées du fournisseur, la mise en œuvre d'une procédure de contre-appel téléphonique vers un numéro préalablement enregistré dans les bases de données de l'entreprise ou encore l'envoi d'une confirmation de commande avant la livraison d'une marchandise.

Or en cas de sinistre, c'est à l'assuré de prouver à

l'assureur qu'il a rempli les conditions prévues par la police d'assurance pour bénéficier de la garantie (17).

On observe ainsi une grande prudence des assureurs à l'égard des risques de fraude par usurpation d'identité, qui s'est traduit par un renforcement de la prévention au sein des entreprises assurées. Celles-ci, afin de pouvoir bénéficier des garanties du contrat, sont en effet contraintes de mettre en place des mesures propres à détecter voire décourager les tentatives de fraude.

Certaines entreprises pourraient s'interroger sur l'intérêt de souscrire une assurance dont les conditions peuvent sembler tellement stricte qu'elles aboutissent à imposer à l'assuré de se mettre purement et simplement à l'abri du risque. Il faut toutefois préciser que les mesures préventives les plus rigoureuses ne suffisent pas à éliminer les risques, étant donné les techniques très sophistiquées que peuvent utiliser les fraudeurs (en dernier lieu, déroutage des lignes téléphoniques pour neutraliser la vérification par contre-appel), de sorte que le mécanisme d'assurance présente toujours un réel intérêt.

## II. Le risque en aval : l'assurance des risques liés à la chaîne de vente

L'industriel dont l'activité se développe au niveau international peut également se voir exposé à des réclamations en raison de la commercialisation, à l'étranger, de produits défectueux.

La commercialisation d'un produit qui se révèle être défectueux engage la responsabilité du fabricant au regard des dommages causés par ce produit à des personnes ou des biens, sans qu'il y ait besoin de démontrer sa faute (18).

S'agissant plus particulièrement de défauts sériels, provoqués par exemple par un composant défectueux ou un vice de fabrication inhérent au processus de fabrication, le nombre de victimes et le montant des dommages peut rapidement s'accroître. Lorsque les produits ont été commercialisés à l'étranger, la responsabilité du fabricant peut être recherchée devant des juridictions étrangères sur la base d'un droit étranger dont la teneur, et notamment le montant des indemnités susceptible d'être alloué, a rarement été pris en considération au moment où le produit a été mis sur le marché.

À cet égard, la plupart des contrats d'assurance de responsabilité civile « après livraison » couvrent l'ensemble des dommages résultant de la responsabilité de l'assuré, quelque soit leur lieu de survenance. Une exception est habituellement prévue pour les dommages survenant aux Etats-Unis ou au Canada, en raison de la spécificité du système d'indemnisation et notamment le risque d'une condamnation à verser des dommages et intérêts punitifs.

Ces contrats d'assurance excluent, sauf exception rare en pratique, le coût du bien fourni et les frais de sa réparation ou de son remplacement. En revanche, des garanties complémentaires visant à assurer les pertes d'exploitation causées par un dommage matériel non assuré, ou encore les frais de rappel ou de retrait du produit défectueux, sont courantes.

La situation est quelque peu différente lorsque le



groupe industriel souscrit une police d'assurance en France et que l'activité de production se déroule sur le site d'une de ses filiales à l'étranger. La responsabilité de la filiale étrangère est alors en première ligne.

Dans une telle hypothèse, les programmes internationaux d'assurance permettent de garantir la responsabilité des filiales étrangères.

Habituellement, la responsabilité de ces filiales est couverte par une police d'assurance d'un assureur local, tandis que l'assureur français va fournir une couverture en « différence de conditions » et/ou « différence de limites », visant à combler les différences de garanties pour harmoniser la couverture d'assurance au niveau du groupe.

Cette solution, répandue en pratique, fait naître des difficultés de mise en œuvre lorsque les conditions d'application de la police locale ne sont pas identiques à celles prévues par le programme international. C'est le cas notamment lorsque la police locale prévoit un autre fait déclencheur de la garantie que la police Master.

Dans l'ensemble, les programmes internationaux présentent cependant peu de difficultés et permettent aux groupes disposant de filiales étrangères d'assurer leurs filiales dans les mêmes conditions que la maison mère.

Ils contribuent à permettre aux groupes internationaux de gérer leur risque de responsabilité civile de façon harmonisée, quel que soit le pays où ils vendent leurs produits.

### III. Un risque transverse : les sanctions internationales et embargos

L'internationalisation de l'activité des entreprises impose par ailleurs à ces dernières de prendre en compte les régimes d'embargo et de sanctions financières internationales, tant en amont, dans leur chaîne d'approvisionnement, qu'en aval, dans leur chaîne de vente.

Pour mémoire, il s'agit de mesures de sanction édictées par certains Etats, ou par des communautés d'Etats comme l'Union européenne, à l'encontre d'autres Etats ou de personnes physiques ou morales ayant un lien avec ces derniers, et qui peuvent prendre diverses formes, essentiellement :

- gel d'avoirs et de ressources économiques : le principe de cette mesure consiste à interdire de mettre à la disposition ou de remettre, **directement ou indirectement**, des fonds ou ressources économiques quelconques aux personnes physiques, entités, organismes ou personnes morales dont le nom figure sur une liste officielle, sauf dans certains cas exceptionnels liés principalement à des considérations humanitaires.
- interdiction de fournir certains biens ou services : dans de nombreux cas en effet, les sanctions économiques comportent des embargos partiels sur certains biens ou services vendus ou exportés à destination du pays visé par les sanctions. Les biens visés peuvent être des armes, ou des biens à double usage, mais également des biens courants nécessaires au développement de secteurs stratégiques de l'économie du pays visé

(gaz, pétrole, chimie) ou des biens susceptibles d'être utilisés à des fins de répression interne de la population de ce pays.

En cas de violation de ces régimes, l'entreprise s'expose naturellement à des sanctions pénales qui peuvent être très lourdes (19).

Mais la violation d'un régime de sanctions internationales expose également l'entreprise à se trouver privée de la garantie de son assureur en cas de sinistre.

En effet, une police d'assurance ne peut garantir un risque illicite.

Tel serait le cas par exemple si une entreprise fournit un bien à l'un de ses clients en contrariété avec une interdiction prévue par un texte imposant un embargo à l'égard de tel ou tel pays. Si la responsabilité civile de l'entreprise est recherchée en raison d'un défaut de ce bien, la police d'assurance de responsabilité civile de cette entreprise ne pourra pas s'appliquer et l'assureur ne pourra pas verser d'indemnité au tiers victime ou à son assuré pour ce sinistre.

De la même manière, si l'entreprise subit un dommage du fait d'un bien qu'elle a acquis d'un fournisseur alors que cette opération était soumise à une mesure d'embargo qui n'a pas été respectée, l'assureur dommages de l'entreprise ne pourra probablement pas indemniser son assuré puisque le dommage prend sa source dans une activité contraire à l'ordre public.

On pourrait citer encore de très nombreux exemples dans lesquels les sanctions internationales et mesures d'embargo affectent le fonctionnement des polices d'assurance (20).

Naturellement, l'entreprise elle-même se doit de mettre en place des mesures internes lui permettant de s'assurer qu'elle respecte les régimes de sanctions internationales et d'embargos auxquelles elle est soumise.

Cela étant, la complexité des flux de matières premières, de produits semi-finis et de marchandises et la constante évolution des régimes de sanctions internationales peuvent placer l'entreprise dans une situation dans laquelle ses polices d'assurance ne pourront pas, dans certains cas, s'appliquer aux dommages qu'elle subit ou aux réclamations dont elle fait l'objet.

Il s'agit d'un élément important de gestion des risques liés à l'internationalisation de l'activité de l'entreprise, compte-tenu des conséquences financières qui peuvent résulter, pour elle, d'une absence de garantie d'assurance.

L'internationalisation de l'activité de l'entreprise expose donc cette dernière, et ses actifs, à des risques variés qui peuvent être de nature similaire à ceux qu'elle encourrait si elle avait une activité purement « nationale » (risque de responsabilité civile après livraison, par exemple), mais dont la gestion sur un plan international est rendue plus complexe par la diversité des règles applicables, l'éloignement des cocontractants, et la multiplicité des événements susceptibles d'avoir une incidence sur la chaîne commerciale dans laquelle s'insère l'entreprise.

La souscription de polices d'assurance appropriées, adaptées aux spécificités de l'activité de l'entreprise, est de nature à contribuer à la gestion de ces risques et, ainsi, à protéger ses actifs.

19) L'article 459 du Code des douanes punit la violation d'un régime de sanctions internationales de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende comprise entre une et deux fois la somme sur laquelle a porté l'infraction pour les personnes physiques ; pour les personnes morales, la peine d'amende est multipliée par cinq, et des peines complémentaires de type publication de la décision de condamnation et interdiction d'exercer une activité sont également applicables.

20) Nous n'évoquerons pas ici l'effet extraterritorial des sanctions américaines, dont l'impact est à la fois débattu et complexe.

# Le patrimoine de l'entreprise confronté à la pratique du négoce de marchandises

Vincent Bénézech,  
Avocat,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

Michael Bekkali,  
Avocat,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

L'activité des opérateurs du commerce international consiste, par essence, à réaliser des opérations portant sur des marchandises. Ces dernières transitent du patrimoine d'une société à une autre au gré des différentes transactions qui émaillent le processus de vente internationale. Ces transactions, par lesquelles s'accroissent ou diminuent les patrimoines des acteurs du commerce international, reçoivent la qualification de contrat de vente.

Lorsqu'elles interviennent sur le territoire de différents Etats, ces opérations sont qualifiées de « ventes internationales » et soumises au régime de la Convention sur la Vente Internationale de Marchandises (CVIM), conclue à Vienne le 11 avril 1980 et à laquelle la France est partie depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1988. La CVIM, élaborée sous l'égide des Nations-Unies et ratifiée à ce jour par 84 Etats, constitue le droit commun français en matière de vente internationale de marchandises.

Néanmoins, les acteurs du négoce international ont rapidement su s'émanciper des cadres réglementaires fixés par les Etats afin de privilégier des solutions plus conformes à leurs besoins. Importateurs et exportateurs, dans leurs relations mutuelles mais également dans leurs relations avec les tiers intéressés au processus de négoce (transporteurs, commissionnaires de transport, etc.), ont ainsi profité de la liberté qui leur était accordée par les conventions internationales applicables afin de mettre en place des mécanismes juridiques permettant de sauvegarder leurs intérêts.

Cet article a par conséquent vocation à présenter le cadre juridique dans lequel sont conclues les ventes internationales de marchandises mais également à souligner les difficultés auxquelles sont confrontés les acteurs du négoce ainsi que les solutions qui ont pu être mises en place afin d'y pallier.

## I. La marchandise : actif essentiel de l'opérateur de commerce

### A. La circulation des marchandises entre patrimoines

Les entreprises participant à des opérations de commerce international ont essentiellement vocation à conclure des transactions portant sur des marchandises, qualifiées de contrats de vente.

Ces opérations, dès lors qu'elles sont transfrontalières,

reçoivent la qualification juridique de « vente internationale ». Cette notion qui ne connaît pas de stricte définition juridique, puisque même la CVIM ne la définit pas, semble vraisemblablement caractériser les ventes intervenant entre un vendeur et un acquéreur dont les établissements respectifs sont situés dans des Etats différents.

Le transfert de propriété à titre onéreux d'une marchandise représente indubitablement l'élément essentiel du contrat de vente, amenant les parties à faire le choix de s'engager dans une relation contractuelle. Dès lors, il est étonnant que les rédacteurs de la Convention de Vienne aient choisi d'exclure le régime du transfert de propriété du champ d'application de la CVIM. Cette question fondamentale, dans la mesure où elle n'a pas pu faire l'objet d'un consensus entre les 18 Etats ayant négocié le texte de la convention, a tout simplement été éludée. La CVIM se contente donc de prendre acte du fait que le vendeur s'oblige à transférer à l'acquéreur la propriété des marchandises livrées, laissant ainsi aux droits nationaux le soin de préciser les modalités du transfert de propriété. L'origine de ce désaccord tient très certainement à l'isolement de la solution française en la matière.

En France, le régime applicable au transfert de propriété d'une marchandise est précisé à l'article 1583 du Code civil, lequel dispose que la vente « *est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

Cette disposition laisse transparaître le particularisme français, partagé par quelques systèmes juridiques héritiers du Code Napoléon, qui consiste dans la possibilité de transférer la propriété d'une marchandise par le seul effet d'un échange de consentements. Ainsi, par le seul accord des parties au contrat de vente, la marchandise quittera le patrimoine du vendeur pour accroître celui de l'acquéreur, alors même que le bien n'a été ni livré, ni payé.

De nombreux autres systèmes juridiques ont opté pour une solution contraire consistant dans le transfert de propriété du bien vendu au moment de sa livraison.

Ces différences de régimes sont déterminantes en ce que le moment auquel sera réalisé le transfert de propriété permettra notamment de préciser le moment du transfert des risques relatifs au bien vendu.

Le principe de transfert de propriété de la chose vendue dès l'échange des consentements (qualifié



de transfert de propriété *solo consensu*), tel qu'il a été exposé ci-dessus, ne vaut que pour la vente de corps certains, à savoir de choses déterminées et individualisées. Le critère de détermination et d'individualisation de la chose vendue permet d'identifier le bien objet de la vente de sorte qu'il ne puisse y avoir de doute quant à l'objet dont la propriété est transférée. Ce critère est par exemple rempli dès lors que la transaction porte sur un objet non fongible (objet unique).

Le transfert de propriété des choses de genre est soumis à des règles différentes. Contrairement aux corps certains, les choses de genre consistent en des biens parfaitement fongibles. Ces biens ne deviennent donc « déterminés » qu'à l'instant où ils ont été individualisés. Le transfert de propriété ne pourra donc intervenir qu'après individualisation.

Cette règle est rappelée aux articles 1585 et 1586 du Code civil qui distinguent les « ventes en bloc », des « ventes au poids, au compte et à la mesure ». Faute de définition légale, la vente en bloc est qualifiée par la jurisprudence de vente d'un « tout » déjà identifiable. Ainsi, est une vente en bloc la vente portant sur la totalité d'une marchandise existant dans un lieu désigné et délimité, moyennant un prix fixé pour une unité de mesure (par exemple, la vente de la totalité d'une récolte (1)).

En vertu de l'article 1586 du Code civil, la vente en bloc obéit au même régime que la vente de corps certains, le transfert de propriété de la chose vendue intervenant au moment où les parties au contrat de vente s'accordent sur la chose et sur le prix.

*A contrario*, la vente au poids, au compte ou à la mesure est soumise à un régime différent. Ce type de vente, qui n'est pas non plus défini dans le Code civil, concerne les transactions portant sur une quantité non identifiée contenue dans un ensemble d'une quantité supérieure. Par exemple, une vente portant sur une certaine quantité de vin à prendre dans une cuve qui en contient un volume plus élevé relève de la qualification de vente au poids, au compte ou à la mesure (2).

L'opération de pesée, de comptage ou de mesure qui sera effectuée permettra l'individualisation de la chose vendue. Un acte matériel devra donc intervenir, après la conclusion du contrat, afin de procéder à cette individualisation.

La règle qui consiste à transférer la propriété d'un bien dès l'échange de consentements entre les parties à la vente constitue une difficulté du point de vue des vendeurs qui voient des actifs quitter leur patrimoine sans que le prix des marchandises vendues ne leur soit nécessairement versé dans le même temps.

Cette difficulté peut néanmoins être surpassée par de simples aménagements conventionnels dans la mesure où les règles régissant le transfert de propriété de la chose vendue revêtent un caractère supplétif. De manière générale, ces aménagements vont dans le sens d'un retardement du transfert de propriété, lequel sera subordonné au paiement du prix par l'acheteur.

Le mécanisme contractuel le plus apte à retarder le transfert de propriété en préservant les intérêts du vendeur consiste dans l'insertion d'une clause de réserve de propriété au contrat de vente. Ce procédé,

qui s'analyse comme une sûreté, est prévu aux articles 2367 à 2372 du Code civil. Cette clause permettra au vendeur de garantir le paiement du prix de la vente puisque, faute de paiement par l'acheteur, il pourra demander la restitution du bien vendu dont il est resté propriétaire.

Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété est également protégé en cas de revente par l'acquéreur ou de perte du bien. En effet, l'article 2372 du Code civil prévoit que « *le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien* ».

Le moment du transfert de propriété de la chose vendue peut également intéresser des parties tierces au contrat de vente. La connaissance de ce moment est notamment déterminante pour des créanciers cherchant à identifier la teneur réelle du patrimoine de leurs débiteurs. En effet, si les créanciers peuvent exercer un droit de gage général sur les biens de leurs débiteurs (article 2285 du Code civil), c'est à la condition essentielle que les biens concernés soient la propriété de ces derniers. Le moment du transfert de propriété d'un bien étant opposable aux créanciers, ceux-ci ont tout intérêt à identifier le moment auquel s'opère le transfert.

Cette problématique se présente régulièrement en matière de commerce international et notamment s'agissant de marchandises faisant l'objet de cessions successives à l'occasion de leur transport. Un cas de figure caractéristique tient aux difficultés que peut rencontrer un créancier cherchant à saisir les biens de son créancier à titre conservatoire.

En effet, un créancier dispose du droit, en présence d'une « créance fondée en son principe », de saisir les biens de son débiteur à titre conservatoire. Ainsi, l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « *toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.* »

La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire. Une condition essentielle de la mise en œuvre d'une saisie conservatoire tient alors dans l'existence d'un droit de propriété du débiteur sur la marchandise saisie. Or, à l'occasion d'une opération de vente internationale de marchandises, le moment du transfert de propriété peut être influencé par une série d'événements (nature de la marchandise, clause de réserve de propriété, etc.).

Lorsqu'une vente implique le transport maritime d'une marchandise, le connaissement maritime peut remplir le rôle de titre représentatif de la marchandise. C'est alors la remise du connaissement à l'acheteur qui transfère à celui-ci la possession de la marchandise. La Cour de cassation a fort logiquement déduit de cette règle que « *seuls les créanciers du porteur légitime du connaissement [pouvaient] procéder, entre les mains du transporteur maritime, à la saisie conservatoire de la marchandise représentée par ledit connaissement.* » (3).

1) Cass. req., 17 mars 1925: DP 1927, I, 29, 1<sup>ère</sup> esp.

2) Cass. Com., 18 avril 1967, JCP 1968. II. 15481, note J.H.

### B. La charge des risques pesant sur la marchandise est-elle liée au transfert de propriété ?

Alors que l'article 1583 du Code civil consacre le transfert immédiat de la propriété d'une chose vendue dès l'échange des consentements, l'article 1138 al. 2 du Code civil met à la charge du propriétaire les risques liés à la disparition fortuite ou à la détérioration de la chose.

Il résulte de la combinaison de ces deux articles que l'acquéreur d'une chose supporte, à compter de la conclusion du contrat de vente, tous les risques pesant sur la marchandise alors même que celle-ci ne lui pas encore été livrée.

Alors qu'en droit interne, le transfert des risques est lié au transfert de propriété, les ventes internationales sont soumises à un régime spécifique issu de la CVIM. La solution retenue par cette convention consiste alors à lier le transfert des risques à la délivrance des marchandises (articles 66 et suivants de la CVIM). Lorsque la vente nécessite un transport, l'acquéreur supporte les risques dès lors que les marchandises sont remises au transporteur (article 67 de la CVIM).

Cependant, l'article 6 de la Convention réserve aux parties à un contrat de vente international la possibilité d'exclure son application. Les parties ont alors le choix d'appliquer les règles de droit interne en partie exposées ci-dessus ou alors d'aménager ces règles supplétives de volonté.

Les praticiens semblent régulièrement user de la faculté d'écarter l'application de la CVIM. En effet, il est couramment reproché à cet instrument de laisser place à des divergences d'interprétation qui s'expliquent par la relative souplesse rédactionnelle de certaines règles amenant les différents Etats parties à en faire des applications différentes. Notamment, l'appréciation du délai «raisonnable» de dénonciation d'une non-conformité de la marchandise (article 39 de la CVIM) a fait l'objet de solutions diverses au sein des Etats parties. Si cette souplesse rédactionnelle peut s'expliquer par la difficulté de parvenir à un consensus entre des Etats aux traditions juridiques différentes, il n'en demeure pas moins qu'elle est source d'incertitudes mettant à mal l'objectif d'uniformisation porté par la Convention.

Aussi, les dispositions de la CVIM relatives au transfert des risques sont généralement considérées comme peu attractives dès lors que d'autres instruments plus complets existent, notamment les Incoterms (International Commercial Terms) lesquels offrent aux parties à un contrat de vente un outil leur permettant de déterminer efficacement les modalités du transfert des risques.

Les Incoterms renvoient à une typologie élaborée par la chambre de commerce internationale devenue une référence quasi universelle en matière de vente internationale. Les Incoterms prévoient différents types de vente dont chacun aborde de multiples questions dont celle du transfert des risques. L'Incoterm choisi précisera alors le moment auquel les risques seront transférés du vendeur à l'acquéreur. Par exemple :

- Les ventes EXW (Ex-Works ou A l'usine) à

l'occasion desquelles le transfert des risques intervient dans les locaux du vendeur. Ce type de vente fait supporter les risques à l'acheteur jusqu'à l'arrivée des marchandises à leur destination finale ;

- Les ventes FAS (Free Alongside Ship ou Franco le long du navire) à l'occasion desquelles le transfert des risques à l'acheteur intervient à la livraison de la marchandise le long du navire dans le port d'embarquement ;
- Les ventes FOB (Free on Board ou Franco à bord), CFR (Cost and Freight ou Coût et Fret) CIF (Cost, Insurance and Freight ou Coût, assurance et fret) : le transfert des risques intervient lorsque la marchandise a été livrée sur le navire au port d'embarquement ;
- Les ventes DAP (Delivered at Place ou Rendu au lieu de destination convenu) : le transfert des risques intervient au moment où la marchandise est livrée au point de livraison convenu.

### C. Les charges pesant sur l'entreprise dans l'opération de négoce

Les ventes internationales impliquent une multitude d'opérations qui se succèdent dès lors que les parties se sont accordées sur la chose et le prix : emballage, chargement/emportage, pré-acheminement, formalités douanières, manutention, transport, nouvelle manutention, nouvelles formalités douanières, post-acheminement.

Ces différentes opérations représentent autant de charges qui pèseront sur le vendeur ou l'acquéreur de la marchandise. Il est par conséquent nécessaire que les parties à la vente s'accordent sur la répartition de ces frais.

Le droit commun règle cette question en distinguant « les frais de la délivrance » qui sont à la charge du vendeur et les frais « de l'enlèvement » qui sont à la charge de l'acheteur (article 1608 du Code civil). Dès lors, le critère essentiel de la répartition des frais tient dans le moment de la délivrance. En effet, si les parties conviennent de livrer la marchandise au domicile du vendeur, l'acheteur doit supporter la charge des frais d'enlèvement immédiatement après avoir pris livraison de la marchandise à l'usine du vendeur. *A contrario*, lorsque la délivrance intervient au domicile de l'acheteur, les frais sont totalement à la charge du vendeur. L'article 1608 du Code civil laisse toutefois aux parties la liberté de répartir autrement la charge de ces frais.

À cet égard, les Incoterms sont un instrument usuel de répartition des frais générés par une vente internationale de marchandises.

## II. L'exposition du patrimoine aux risques liés au négoce

Les opérateurs du commerce international sont confrontés à une multitude de risques susceptibles d'affecter leurs prévisions économiques. Ces risques appellent des solutions distinctes en fonction de leur nature.



## A. Risques de dommages : assurances

La source la plus importante d'avaries à la marchandise est certainement constituée par les opérations de transport qu'impliquent nécessairement les ventes internationales de marchandises.

Il est à cet égard fondamental de déterminer qui de l'acquéreur ou du vendeur des marchandises devra supporter les risques de détérioration ou de perte de celles-ci (I-B).

La partie supportant les risques liés à la chose dispose alors de la possibilité de faire assurer les biens afin de ne pas subir les conséquences d'une perte ou d'une avarie. Les cocontractants peuvent notamment régler cette question en faisant le choix d'un Incoterm approprié. Les Incoterms spécifient alors qui de l'acquéreur ou du vendeur devra supporter le coût de l'assurance liée au transport de la marchandise. Mis à part les ventes CIF (Cost, Insurance, Freight ou Coût, Assurance, Fret), il n'existe pas d'obligation pour l'importateur ou pour l'exportateur de se couvrir. Les ventes CIF font en effet peser sur les vendeurs l'obligation d'assurer la marchandise, l'assurance devant être conforme aux conditions prévues par le contrat de vente.

La police d'assurance doit alors garantir les principaux risques habituellement couverts dans le cadre du type de transport en question.

Dans l'éventualité où le vendeur n'aurait pas assuré la marchandise dans le cadre d'une vente CIF, l'acquéreur serait fondé à demander la résolution du contrat de vente. Néanmoins, si la défaillance du vendeur n'est que partielle (par exemple lorsque les conditions de la police souscrite par le vendeur ne sont pas celles prévues au contrat de vente), l'acquéreur peut être fondé à réclamer des dommages et intérêts.

## B. Risques de non-paiement

En cas de non-paiement du prix par l'acquéreur d'une marchandise, le vendeur dispose de la possibilité d'exercer un recours judiciaire à l'encontre de son cocontractant. Une partie n'ayant pas été payée peut néanmoins s'avérer réticente à exercer pareil recours impliquant des délais judiciaires souvent importants.

Afin d'éviter d'engager un contentieux, les parties à un contrat de vente de marchandises peuvent envisager la constitution de sûretés portant sur l'objet de la vente. Il est ainsi courant de voir des clauses de réserve de propriété stipulées dans les contrats de vente de marchandises.

La clause de réserve de propriété consiste en une stipulation contractuelle permettant de suspendre l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie (article 2367 du Code civil). Ainsi, si le vendeur n'est pas payé à l'échéance, il pourra revendiquer le bien objet de la vente en sa qualité de propriétaire (article 2371 du Code civil).

La clause de réserve de propriété représente alors un moyen simple et efficace pour un exportateur de se constituer une sûreté portant sur la marchandise vendue. En effet, la seule condition de forme exigée

par le droit français en la matière consiste dans la nécessité d'un écrit (article 2368 du Code civil).

D'autres types de réponses ont été apportées par la pratique afin de répondre au risque de non-paiement auquel sont confrontés nombre d'exportateurs.

Afin de s'assurer de l'obtention d'un paiement, importateurs et exportateurs peuvent notamment convenir du règlement du prix de la vente au moyen d'un crédit-documentaire.

Le crédit-documentaire, qui s'analyse à la fois en moyen et en garantie de paiement, permet d'offrir une certaine sécurité aux parties au contrat de vente du fait de l'intervention d'un établissement bancaire. Le procédé consiste, pour une banque, à s'engager pour le compte d'un acheteur à régler le prix d'une marchandise contre la remise d'un document spécifique (document de transport, facture, etc.). L'intervention d'une banque garantit alors au vendeur d'être payé alors que l'acheteur pourra être assuré que le paiement n'interviendra qu'après l'accomplissement de ses obligations par le vendeur. Ce mécanisme est encadré par les Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600).

Ce procédé est un exemple révélateur des pratiques mises en place par les opérateurs du commerce international afin de s'assurer du paiement effectif de leurs prestations.

Enfin, dans le cadre d'une opération de vente internationale de marchandises, le risque de non-paiement ne pèse pas uniquement sur le vendeur de la marchandise. En effet, ainsi qu'il a déjà été évoqué (I-C), les transporteurs sont également titulaires d'une créance relative aux frais de transport à l'égard des importateurs ou des exportateurs. Cette créance, lorsqu'elle demeure impayée, peut alors justifier l'exercice d'un droit de rétention exercé sur les marchandises transportées par le transporteur, le commissionnaire ou le transitaire.

L'exercice du droit de rétention est prévu à l'article 2286 du Code civil et s'analyse en une faculté accordée au créancier de refuser la délivrance d'une chose à son débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance. Il peut ainsi être exercé dès lors qu'un créancier détenant légitimement un bien (notamment en vertu d'une obligation de livrer la chose) justifie d'une créance certaine, liquide et exigible (les conditions de liquidité et d'exigibilité étant évaluées par la jurisprudence avec une certaine souplesse (4)).

La jurisprudence de la Cour de cassation a expressément reconnu le droit aux transporteurs de marchandises de se prévaloir d'un tel droit de rétention dans l'éventualité du non-paiement des frais de transport (5).

## C. Risques financiers : le rôle des actifs financiers de couverture des risques

Les vendeurs et acquéreurs opérant sur certains types de marchés sont confrontés à l'aléa tenant à l'importante volatilité des prix de certaines marchandises. Cet aléa concerne particulièrement le marché des matières premières dont les prix sont soumis à d'importantes fluctuations. Dans ce contexte,

4) voir notamment Com. 28 juin 1994, n° 92-17.149 et Cass. 3° civ., 12 mars 1985 : Bull. civ. 1985, III, n° 50.

5) Cass. Com., 26 septembre 2006, n° 04-19.843.

il est particulièrement difficile pour les producteurs, mais également pour les acquéreurs, de s'adapter aux variations des cours qui peuvent sérieusement impacter leurs prévisions économiques, d'autant plus que la variation des prix (qui dépend de multiples facteurs) n'est pas nécessairement prévisible.

En effet, le délai écoulé entre la mise en production d'un bien et sa vente peut parfois être important. Dans cet intervalle, le prix du bien sur le marché peut avoir brusquement chuté, exposant ainsi le producteur à une variation des cours ne lui permettant pas de réaliser le bénéfice attendu lors de la revente de ce bien, voire même de ne pas couvrir ses charges.

Afin de répondre aux difficultés suscitées par l'instabilité des prix et à l'incertitude en découlant pour les opérateurs, ces derniers peuvent faire le choix de recourir aux marchés à terme, particulièrement adaptés à la vente de matières premières. Ces marchés permettent aux opérateurs d'obtenir la garantie d'un niveau de marge fixé en amont du processus productif en s'assurant un prix plancher ou un prix plafond.

Le recours aux marchés à terme consiste à conclure des contrats de vente dont l'exécution est suspendue à la survenance d'un terme. Contrairement au marché physique, le marché à terme porte sur des biens qui ne sont pas encore disponibles mais qui concernent des échanges futurs portant sur des biens nécessairement homogènes, dont la qualité et la quantité sont expressément spécifiées.

Lorsque le prix fixé sur le marché à terme convient à un vendeur (par exemple, un producteur de biens agricoles), celui-ci « prend position sur le marché ». Ce prix, qui est le résultat de la confrontation entre l'offre et la demande au regard de l'information disponible sur le marché, sera considéré comme acceptable pour un vendeur dès lors qu'il lui permettra de couvrir ses charges et de se garantir une marge. Le bien objet de la transaction, qui n'a pas encore été produit, sera alors livré à l'échéance.

Cette opération permet par conséquent à un producteur de déterminer, à l'avance, le prix auquel sera vendue sa production sans avoir à subir d'éventuelles variations futures des prix.

Avant l'échéance, le vendeur effectuera l'opération inverse à sa prise de position sur le marché à terme et

rachètera le même nombre de lots auparavant vendus. Dans le même temps, ce producteur procédera à la vente de ses marchandises sur le marché physique. On dit alors du producteur qu'il « déboucle sa position ».

Cette démarche emporte deux conséquences possibles :

- Si le prix du bien a baissé sur le marché à terme, le vendeur sera en mesure d'obtenir un gain sur ce marché puisque le lot a été racheté à une valeur inférieure à sa valeur de vente. Ce gain sera néanmoins compensé par la baisse des prix sur le marché physique. La perte que le vendeur subira sur le marché physique sera alors couverte par les gains réalisés sur le marché à terme.
- Si le prix du bien a augmenté sur le marché à terme, le vendeur subira une perte sur ce marché, dans la mesure où le lot vendu l'a été à un prix inférieur à la valeur de rachat. Néanmoins, cette perte sera compensée par les gains réalisés par le producteur sur le marché physique, du fait de l'augmentation des prix sur ce marché.

En théorie, il est possible que les opérateurs ne débouclent pas leur position, de sorte que le contrat de vente sera bien exécuté à l'échéance. Mais il s'agit d'un cas de figure se présentant rarement.

Ce mécanisme qui consiste à se positionner sur deux marchés simultanément, le marché à terme et le marché physique, offre aux acteurs opérant sur le marché des matières premières la possibilité de profiter de garanties relatives au prix de leurs marchandises.

Importateurs et exportateurs disposent d'une multitude d'outils juridiques leur permettant de préserver leurs intérêts patrimoniaux face aux risques générés par la conclusion d'une vente internationale. Ces outils permettent alors de s'affranchir d'un cadre réglementaire qui peut, dans certaines circonstances, s'avérer peu adapté aux exigences du commerce international.

# Modalités de reprise des actifs d'une entreprise *in bonis*

**François Cado,**  
Avocat,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

**Camille Moncany,**  
Avocat,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

Aux termes de l'article 1832 du Code civil, une société est un contrat entre « deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Il ressort de cette définition que la notion d'entreprise doit s'apprécier sous l'angle économique, et ce d'autant plus qu'il n'existe pas à proprement parler de définition juridique de l'entreprise. L'entreprise peut toutefois s'envisager comme une unité organisationnelle (unitaire ou multiple) dont le but est, par des salariés utilisant des éléments d'actifs corporels et incorporels, la production ou la fourniture de biens ou de services à destination de clients.

À défaut de définition juridique, la transmission d'une entreprise doit néanmoins nécessairement porter sur une réalité juridique. Ainsi, la transmission de l'ensemble de l'entreprise interviendra classiquement par le biais d'une cession de droits sociaux de la société exploitant l'entreprise. La transmission pourra également se faire par « *appartements* » en ayant recours à diverses techniques juridiques. En fonction de la finalité économique et du périmètre de cession envisagés, la solution juridique la plus adaptée devra être choisie. Ainsi, au-delà des techniques classiques de transmission d'actifs (I), d'autres montages plus sophistiqués ont été créés par les praticiens (II).

## I. Techniques classiques de reprise d'une entreprise *in bonis*

Outre la cession « *courante* » de droits sociaux (A), d'autres techniques juridiques permettent également de céder en tout ou partie une entreprise.

### A. Cession de droits sociaux

#### 1. Spécificités de la cession de droits sociaux

La cession de droits sociaux est une opération par laquelle le cédant transmet les droits sociaux (parts ou actions) qu'il détient dans une société à un cessionnaire. Ces titres représentent une partie ou la totalité du capital social de cette société.

Lorsqu'une cession d'entreprise est faite à travers une cession de droits sociaux, l'ensemble de la structure de l'entreprise ainsi que l'intégralité de

son patrimoine est cédé à un acquéreur, à savoir tout l'actif mais aussi tout le passif. Les titres changent de titulaire, sans jamais interrompre l'existence ou l'activité de la personne morale.

La cession de droits sociaux est également juridiquement une vente et doit donc obéir aux exigences légales. Ainsi, les parties doivent avoir la capacité de contracter, leur consentement doit être éclairé et non vicié, etc.

Le régime de la cession des titres d'une société suit le type de structure juridique dont la cession est envisagée. On distingue classiquement la cession des parts sociales (SARL, société civile) et la cession des actions (SAS, SA).

Alors qu'en principe, la cession d'actions est libre quelle que soit l'identité du cessionnaire, la cession de parts sociales doit répondre à une procédure dite d'agrément. Ainsi, les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'après avoir recueilli l'accord des trois quarts des associés, cette procédure étant d'ordre public. La cession entre conjoints, héritiers, ascendants ou descendants est en principe libre mais les statuts peuvent prévoir une clause d'agrément similaire. Il en va de même pour les cessions entre associés, qui sont en principe libres, sous réserve de dispositions contraires insérées dans les statuts.

Les statuts de SA ou de SAS peuvent parfaitement prévoir qu'une procédure d'agrément devra être respectée à l'égard des tiers à la société et/ou à l'égard des conjoints, héritiers, ascendants ou descendants. Cette procédure n'étant pas prévue par les textes, seules les clauses statutaires dicteront la procédure d'agrément à suivre.

Dans le cadre d'une cession de titres, il convient également de s'assurer de l'existence ou non d'un éventuel pacte d'actionnaires, qui peuvent souvent contenir des dispositions de nature à encadrer toute cession (clause de préemption, clause de sortie conjointe, etc.).

Par ailleurs, lorsque la cession de plus de 50 % des droits sociaux d'une société est envisagée, un droit d'information préalable des salariés doit nécessairement être respecté, comme c'est le cas dans la cession d'un fonds de commerce.

La cession des parts sociales ou des actions a pour effet de transférer la propriété des titres de la société. Ainsi, l'ensemble de l'actif et du passif est indirectement transféré au cessionnaire. La société poursuit son fonctionnement de manière continue et la cession n'affecte en rien les relations

1) Article 1641 du Code civil

avec les tiers (à l'exception des contrats présentant des clauses à fort *intuitu personae* ou encore des clauses de changement de contrôle).

2) Article 1626 du Code civil

## 2. L'accord sur le prix

La détermination du prix de droits sociaux peut s'avérer délicate à établir en raison de l'ensemble des postes du bilan dont il faut tenir compte. De nombreuses méthodes d'évaluation existent, parmi lesquelles la valeur de rendement, la valeur patrimoniale, la méthode dite de *cash flow*, d'*equity value*, etc. Le cédant et le cessionnaire devront nécessairement en amont de la cession s'accorder sur le prix et donc sur sa méthode d'évaluation.

## 3. La cession de droits sociaux à l'aune de la réforme du droit des contrats

La réforme des contrats mise en place par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 instaure des nouvelles règles qui s'appliqueront aux contrats conclus, renouvelés ou reconduits à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2016. À titre d'exemple, le nouvel article 1112 prévoit que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* » à condition de rester de bonne foi. Tout manquement à ce principe, désormais d'ordre public, engage la responsabilité de son auteur. Il conviendra dès lors de garder à l'esprit ce principe de bonne foi dans un certain nombre de situations comme par exemple la communication tardive d'informations à un stade avancé des négociations, le fait de privilégier un candidat à un autre, ou la rupture brutale des négociations.

De plus, le nouvel article 1112-1 du Code civil prévoit un devoir d'information qui s'impose à tout type de contrat et à toute partie à la négociation. Ce devoir vise « *l'information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie* ». Il précise que seules les informations « *qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* » sont considérées comme déterminantes. Ainsi, il semble que ce nouvel article créé davantage de risques à l'égard du cédant, puisqu'il devra fournir un audit plus poussé afin de fournir au cessionnaire potentiel l'information la plus étendue possible, le cédant ne pouvant alléguer une connaissance limitée de l'information.

Enfin, le nouvel article 1195 du Code civil relatif à l'imprévision prévoit notamment que la partie qui subirait l'exécution devenue onéreuse ne devrait pas avoir accepté d'en assumer le risque. Dès lors, les garanties d'actifs et de passif seront un exemple d'acceptation des risques. Il sera donc conseillé aux parties de renoncer expressément aux bénéfices de cet article 1195.

Concernant le droit de la vente, il est nécessaire d'obtenir un accord sur la chose et sur le prix. Si la détermination de la chose résultera d'un accord sur le périmètre de la transaction, la notion de prix sera davantage problématique dans le cas des cessions de titres.

## 4. Les garanties d'actif et de passif

Du fait du transfert de l'actif et du passif de l'entreprise au profit du cessionnaire, la cession de droits sociaux comporte certains risques

économiques et financiers potentiels pour le cessionnaire. Ainsi, un passif peut ne pas avoir été révélé au moment de l'acquisition ou un actif peut se révéler ultérieurement inférieur à sa valeur d'acquisition. Pour se prémunir contre ces risques, le cessionnaire devra prendre le soin de mener un audit du patrimoine de la société et d'inclure dans le contrat de cession, une garantie d'actif et de passif. Cette garantie conventionnelle dont la rédaction est généralement le fruit de longues négociations, permet à l'acquéreur de se prémunir contre l'apparition postérieure à la cession des droits sociaux d'événements dont la cause serait antérieure à cette cession et qui se traduirait par un accroissement du passif ou une diminution de l'actif de la société cible. Ainsi, la mise en jeu de la garantie d'actif et de passif donne lieu au paiement à l'acquéreur (ou directement à la société cible), par le cédant, des sommes correspondant à l'accroissement du passif ou la diminution de l'actif de la société cible, sous réserve de la franchise et dans la limite du plafond de garantie contractuellement prévus.

Il existe une typologie très variée de ces garanties, et notamment :

- la garantie de passif pure et simple dans laquelle seuls les passifs pouvant se révéler postérieurement à la cession et ayant une origine antérieure à celle-ci sont couverts ;
- la garantie d'actif et de passif dans laquelle il est garanti l'apparition ultérieure ou l'accroissement de passif et les diminutions de valeur d'actifs ;
- la garantie d'actif net dans laquelle il est tenu compte du décalage pouvant exister entre la situation nette de référence et la situation nette au closing.

Toutefois, il est courant que ces garanties soient « *hybrides* » et adaptées à la volonté des parties et à l'opération envisagée. Il est à noter que ces garanties contractuelles d'actif et de passif se superposent aux garanties légales, telles que la garantie des vices cachés (1) ou la garantie d'éviction (2). Ces dernières ont vocation à jouer indépendamment de l'activation des garanties contractuelles comme le rappelle régulièrement la jurisprudence.

En pratique, et notamment dans les situations où le cédant est une personne physique, l'acquéreur exige souvent, en sus de la garantie d'actif et de passif, des « *garanties de la garantie* » telles que cautionnements bancaires, garanties à première demande ou encore paiement échelonné du prix de cession ou séquestre d'une partie du prix de cession pendant la durée de la garantie afin de sécuriser le paiement par le cédant de sommes qui seraient dues à la suite de la mise en jeu de la garantie d'actif et de passif.

Ces contre-garanties sollicitées par l'acquéreur peuvent s'avérer extrêmement pénalisantes pour le cédant qui se voit alors contraint d'immobiliser une partie du prix de cession jusqu'à expiration du délai de la garantie et supporte seul le risque lié à une éventuelle mise en jeu de la garantie.

On comprend dès lors aisément que la conclusion de la garantie d'actif et de passif et la mise en place de contre-garanties constituent une pierre



d'achoppement des négociations pouvant aboutir à des situations de blocage empêchant tout accord sur la cession. Le cessionnaire ou le cédant disposent cependant, depuis quelques années, de la possibilité de pallier ces difficultés en souscrivant une assurance « *Garantie d'actif et de passif* ».

### 5. Le mécanisme d'assurance « *Garantie d'actif et de passif* »

L'assurance « *Garantie d'actif et de passif* » présente l'avantage de transférer à un tiers (l'assureur), contre paiement d'une prime, le risque financier lié à la mise en jeu de la garantie d'actif et de passif. C'est ainsi l'assureur qui prendra en charge les conséquences financières de la mise en jeu de la garantie, dans les limites de la police souscrite. Une telle assurance n'était à l'origine souscrite que dans le cadre d'opérations de particulière envergure (étant précisé que le montant maximal des garanties offertes par le marché est de l'ordre de 250 voire 300 millions d'euros). Le développement de cette pratique et la diminution du montant des primes ont cependant permis au marché de s'ouvrir aux acquisitions de plus petite taille (prix de la cession compris entre 8 à 10 millions d'euros).

En moyenne, le montant de la prime versée par le souscripteur de la police à l'assureur sera de l'ordre 1 à 3 % du montant de la garantie octroyée et ne pourra être inférieur à 75 000 euros. Cette prime sera payée à l'assureur en une seule fois, lors de la conclusion de la cession et de la souscription concomitante de la police.

L'assureur, qui jouera un rôle actif lors des négociations, devra être associé le plus tôt possible au processus de cession des droits sociaux. Il participera en effet le plus souvent aux due diligences en mandatant lui-même des conseils pour effectuer un audit des garanties d'actif et de passif. Sur la base de cet audit, l'assureur déterminera le champ de la garantie, en excluant notamment les risques existants et connus lors de la cession. Il fixera également la franchise d'assurance qui sera le plus souvent alignée avec le seuil de déclenchement de la garantie d'actif et de passif, ainsi que le plafond d'indemnisation octroyé.

#### a. Les risques assurables dans le cadre d'une assurance garantie d'actif et de passif

Pour être assurable, un risque doit présenter un caractère aléatoire. L'existence d'un aléa est en effet une condition de validité du contrat d'assurance en droit français (3). Dès lors, les risques certains, que l'assuré sait déjà réalisés, ne peuvent être assurés. Il est acquis que l'existence de cet aléa s'apprécie au moment de l'accord des volontés (4), soit, en pratique, au moment de la souscription du contrat d'assurance. Or, la mise en jeu de la garantie d'actif et de passif suppose, par définition, que l'accroissement du passif ou la diminution de l'actif, trouve son origine dans un événement antérieur à la cession, et donc antérieur à la souscription de la police. L'aléa réside cependant, non pas dans la date à laquelle l'événement s'est réalisé, mais dans la connaissance qu'a l'assuré de cet événement lors de la souscription du contrat. Ne pourront dès lors

entrer dans le champ de la garantie, les risques qui auront été décelés lors de l'audit de pré-acquisition, ces risques, connus de l'assuré, ne présentant plus le caractère aléatoire requis.

De la même manière, les déclarations mensongères ou frauduleuses du cédant lors de la conclusion de la cession ne pourront entrer dans le champ de la garantie lorsque l'assuré est le cédant. Ainsi, sous réserve d'exclusions spécifiques, la mobilisation des garanties octroyées dans une police d'assurance « *Garantie d'actif et de passif* » suppose : la découverte, postérieure à la cession, d'un accroissement de passif ou d'une diminution d'actif, dont le fait générateur est antérieur à la cession, et qui était inconnu de l'assuré lors de la cession.

#### b. Les différents types d'assurance « *Garantie d'actif et de passif* »

L'assurance « *Garantie d'actif et de passif* », qui peut être souscrite par l'acquéreur ou par le cédant, présente certaines spécificités selon la qualité de l'assuré.

- « *L'Assurance Vendeur* »

Le cédant souscrit une police d'assurance afin de couvrir les conséquences financières de son engagement. Cette police, déclenchée par la réclamation de l'acquéreur constituée, d'un point de vue assurantiel, une assurance « *Responsabilité Civile* » en base réclamation. En cas de mise en jeu de la garantie, l'acquéreur pourra ainsi s'adresser directement à l'assureur afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexactitude des déclarations ou des garanties données par le cédant.

La souscription d'une telle police permettra au cédant d'obtenir le paiement de l'intégralité du prix de cession dès la conclusion de celle-ci, et lui assurera une certaine tranquillité pour les années à venir, les éventuelles réclamations de l'acquéreur étant directement transmises à l'assureur qui en assurera la gestion et l'indemnisation.

L'externalisation du risque n'est cependant que partielle et n'aboutit pas à un désengagement total du cédant. En effet, outre le fait que la police d'assurance peut exclure certains risques garantis dans la cession, qui restent donc à la charge du cédant, la fraude de l'assuré est en tout état de cause exclue de la garantie. Ainsi, les accroissements de passif ou diminutions d'actif qui trouveraient leur origine dans une fraude du cédant ne seront pas garantis par l'assureur et resteront à la charge de ce dernier, de même que ceux dont l'assuré avait la connaissance effective lors de la conclusion de la cession. Ces risques, que l'assuré savait réalisés lors de la souscription de la police, ne peuvent en effet être garantis par l'assureur.

- L'Assurance « *Acheteur* »

Dans cette hypothèse, l'acquéreur souscrit une police d'assurance « *Garantie d'actif et de passif* » afin de couvrir les préjudices qu'il pourrait subir du fait de l'inexactitude des déclarations et garanties données par le cédant lors de cession des droits sociaux. Elle permet

3) Article L. 121-15 du Code des assurances

4) Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 15 octobre 1991, n° 89-16971 ; Cass. Civ 2<sup>e</sup>, 21 décembre 2006, n° 05-19072

5) Article 1690 du Code civil

6) Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

7) Article 720 du Code général des impôts

ainsi à l'acquéreur d'obtenir l'indemnisation par son assureur des préjudices qu'il aurait subis, sans avoir à exercer au préalable de recours contre le cédant. C'est l'assureur, subrogé dans les droits de l'acquéreur, qui exercera d'éventuels recours contre le cédant pour obtenir le remboursement des sommes versées au cessionnaire.

Il s'agit donc d'une assurance « *dommage* » déclenchée par la perte financière subie par l'assuré du fait de la mise en œuvre de la garantie.

La souscription d'une assurance « *Garantie d'actif et de passif* » présente plusieurs avantages pour l'acquéreur. Elle lui permet d'obtenir rapidement l'indemnisation de ses préjudices et de se prémunir contre tout risque d'insolvabilité du cédant.

Différence notable avec l'assurance « *Vendeur* », les préjudices trouvant leur origine dans une fraude du cédant garantis dans le cadre de l'assurance « *Acheteur* », puisque la fraude n'a pas été commise par l'assuré. De plus, l'acquéreur, en souscrivant une police d'assurance, peut compléter, en montant ou en durée, les garanties octroyées par le cédant. L'acquéreur peut en effet négocier la mise en œuvre d'un plafond d'indemnisation supérieur à celui prévu dans la garantie d'actif et de passif, ou augmenter la durée de cette garantie (étant précisé que le marché accorde des garanties sur une période n'excédant pas 7 ans).

Enfin, d'un point de vue pratique, l'acquéreur qui propose lors des négociations de souscrire une assurance « *Garantie d'actif et de passif* » disposera d'un avantage concurrentiel par rapport aux autres potentiels acquéreurs, puisqu'il n'exigera pas de contre-garanties de la part du cédant.

Outre la cession de droits sociaux et l'ensemble des techniques contractuelles accessoires qui ont été développées par les praticiens, le recours à d'autres techniques juridiques peut être envisagé afin de transmettre une entreprise.

## B. Cession d'actifs sans régime légal particulier

Lorsque la cession de l'un des éléments de l'entreprise est envisagée, il y a lieu de tenir compte du régime juridique spécifique à chaque type de bien. Par exemple, une cession isolée ne peut porter sur la clientèle d'un fonds de commerce, puisque cet élément entraînera l'application du régime légal des cessions de fonds de commerce.

Ce type de transmission d'entreprise diffère d'une cession de droits sociaux ou de celle d'un fonds de commerce car il n'y a pas transfert d'une universalité de patrimoine. Dès lors, il est nécessaire de lister précisément tout ce qui fera l'objet de la transmission. À défaut, tout ce qui n'est pas intégré dans l'acte sera exclu du périmètre de la cession.

La cession d'un bien immobilier affecté à l'exploitation de l'entreprise entraînera quant à lui l'application des formalités des biens immobiliers : rédaction d'un acte authentique, publication de

l'acte à la conservation des hypothèques, etc. Les impacts fiscaux devront être anticipés, notamment sous l'angle des plus-values (ou moins-values) professionnelles, de la TVA immobilière, des droits d'enregistrement, ou encore des émoluments notariés.

Une entreprise n'étant pas nécessairement propriétaire de ses locaux, elle peut décider de céder son droit au bail. Il s'agit d'un acte à titre onéreux ou gratuit par lequel le locataire cède le bénéfice du contrat de bail à un cessionnaire qui va l'exécuter à sa place. Ce dernier deviendra débiteur des obligations du bail mais les rapports entre le bailleur et le locataire principal restent inchangés. Le régime juridique d'une cession isolée du droit au bail suit celui des cessions de créances qui implique la signification de la cession ou son acceptation par le débiteur dans un acte authentique (5). Il est à noter que ce régime de cession de droit au bail sera assoupli du fait de la modification du régime de la cession de créance (6), notamment dans le nouvel article 1216 du Code civil qui prévoit que « *la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte* ».

Par le biais d'une opération de cession-bail (ou « *lease back* »), une entreprise propriétaire d'un bien immeuble pourra le vendre à une société de crédit-bail dans un premier temps, avant de prendre l'immeuble en crédit-bail immobilier. Cette opération est donc une technique de financement permettant de conserver la jouissance du bien immobilier et donc de conserver l'activité de l'entreprise, à la différence de la cession du droit au bail.

La cession isolée de certains éléments du fonds ne sera pas considérée comme une cession du fonds dès lors que l'administration fiscale ne rapporte pas la preuve du transfert de la clientèle.

En cas de cession de plusieurs actifs régis par des dispositions légales différentes, il y aura lieu de respecter les différentes formalités qui sont applicables à chaque bien cédé. Cette superposition de régimes peut entraîner un coût fiscal et un temps important et pousser l'entrepreneur à transmettre son entreprise au moyen d'une autre technique juridique permettant de céder un ensemble de biens.

## C. Convention de successeur

La convention de successeur est un mode de transmission d'une entreprise élaboré par les praticiens, et dont la définition est donnée par le droit fiscal : « *toute convention à titre onéreux, ayant pour effet de permettre à une personne d'exercer une profession, une fonction ou un emploi occupé par un précédent titulaire, même lorsque ladite convention conclue avec ce titulaire ou ses ayants cause ne s'accompagne pas d'une cession de clientèle* » (7).

La convention de successeur permet, à la différence de la cession d'actif isolée, d'acquérir une activité opérationnelle et présente également l'avantage de la souplesse du périmètre de la reprise. Elle n'est donc pas à confondre avec une cession d'actifs isolée, puisque c'est l'activité d'un professionnel



qui est transférée, ce qui permet au successeur de reprendre et d'exercer immédiatement l'activité.

Ce mode de transmission de l'entreprise se distingue de la cession du fonds de commerce par un élément essentiel de ce dernier : la clientèle, dans la mesure où la convention de successeur ne peut intégrer la cession de clientèle du cédant.

De fait, la convention de successeur nécessite une phase importante de préparation puisque le bénéficiaire d'une convention de successeur devra s'assurer qu'il dispose de perspectives commerciales permettant de lancer immédiatement l'activité. Cette modalité est donc particulièrement adaptée pour l'implantation en France d'un groupe étranger qui dispose déjà d'un portefeuille clients.

## D. Cession de fonds de commerce

La cession d'un fonds de commerce est l'un des outils utilisés pour transmettre une entreprise, au sens « *activité commerciale* ». Un fonds de commerce se compose d'un ensemble de biens mobiliers, corporels ou incorporels affectés à l'activité de l'entreprise. Parmi ces éléments figurent notamment les meubles, l'outillage, les marchandises, ainsi que le droit au bail, les droits de propriété intellectuelle et la clientèle. Un régime spécial est applicable à la cession des fonds de commerce pris en les articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce.

Lorsque le fonds de commerce objet de la cession est détenu par une société, il est nécessaire de s'assurer de l'objet social de la société. En effet, si l'objet social d'une société est précisément l'exploitation d'un fonds de commerce, la cession de ce dernier peut entraîner l'extinction de son objet social. Il conviendra donc de respecter les dispositions légales et statutaires afin, le cas échéant, de modifier l'objet social de la société cessionnaire préalablement à la cession.

L'article L. 141-1 du Code de commerce impose par ailleurs certaines mentions obligatoires devant être contenues dans l'acte de cession, qui ont pour objectif de rendre opposable la cession du fonds à l'Administration fiscale d'une part, et aux créanciers du fonds d'autre part.

Une publicité doit également être faite au BODACC. Cette formalité doit être effectuée dans les quinze jours de l'acte de cession. Cette insertion étant gouvernée par un objectif d'information des créanciers du fonds, elle doit notamment mentionner le délai pour former opposition.

Il est à noter que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 dite « *Loi Macron* » a modifié certaines dispositions relatives à la cession du fonds de commerce. Ainsi, la cession ne doit plus être publiée dans un journal d'annonces légales (8), l'inscription de privilège de vendeur ou de nantissement de fonds de commerce doit être prise, à peine de nullité, dans les trente jours suivant la date de l'acte de vente (9) ou encore tout créancier du vendeur a la possibilité de signifier une opposition par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (10).

Le non-respect de ces dispositions liées aux formalités n'entraîne pas la nullité de la vente mais plutôt son inopposabilité aux tiers (L. 141-17 du

Code de commerce). Ainsi, lorsque la publication n'est pas effectuée dans le délai de dix jours ou lorsqu'elle fait totalement défaut, l'acquéreur ne se retrouve pas libéré à l'égard des tiers. L'acquéreur peut donc être amené à payer deux fois le prix de cession. En outre, l'omission de cette formalité de publicité peut constituer une faute pouvant entraîner une allocation de dommages-intérêts aux créanciers ayant subi un préjudice.

À l'instar de la cession de droits sociaux, la loi du 31 juillet 2014 dite « *Loi Economie sociale et solidaire* » (11) a inséré une obligation d'information des salariés en cas de vente envisagée d'un fonds de commerce, obligation qui devra être respectée préalablement à la cession. Cette obligation ne joue qu'à l'égard des ventes *stricto sensu*.

L'ensemble de ces méthodes classiques de transmission s'avère adapté à des structures uniques et de petite taille. Ainsi, dans le cadre de restructurations au sein de groupes plus structurés, d'autres méthodes sont davantage adaptées pour déplacer des actifs.

## II. Schémas de transmission et de restructuration développés par le droit des sociétés

Certaines techniques juridiques, développées par le droit des sociétés, permettent de procéder à une cession de l'entreprise.

### A. Apport partiel d'actif

L'apport partiel d'actif résulte de la transmission par une société, d'une ou plusieurs branches d'activité en les apportant à une ou plusieurs autres sociétés, préexistantes ou nouvellement créées.

Ce mécanisme peut répondre à diverses motivations. Il peut permettre à une société de reprendre la branche opérationnelle d'une autre. Un groupe peut également décider d'un recentrage de ses activités et ainsi les regrouper au sein d'une même société opérationnelle. Une société peut décider d'un apport partiel d'actif à une nouvelle société afin de rendre la branche d'activité autonome, dans la perspective d'une cession ultérieure. Il s'agit également d'une technique de constitution d'une « *joint-venture* » entre deux partenaires qui vont apporter à la société commune une de leurs activités.

De manière analogue à la cession d'un fonds de commerce, il convient de s'assurer que l'objet social de la société ne vise pas uniquement l'exploitation de cette branche d'activité. Dans un tel cas, l'apport partiel d'actif de la branche complète d'activité entraînerait une extinction de l'objet social.

Le régime juridique de l'apport partiel d'actif suit en principe celui des apports en nature, ce qui implique une augmentation de capital et porte dans cette hypothèse uniquement sur les actifs.

Les sociétés soumettent généralement l'apport partiel d'actif au régime des scissions, ce qui entraîne transmission universelle de patrimoine, tel que cela est prévu aux articles L. 236-16 à L. 236-21 du Code de commerce.

Le régime de l'apport partiel d'actifs est contraignant

8) Article L. 141-12 du Code de commerce

9) Article L. 141-5, L. 141-6 et L.142-3 du Code de commerce

10) Article L. 141-12 du Code de commerce

11) Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014

12) Article L. 236-11 du Code de commerce

13) Article 1844-5 du Code civil

14) Article 1844-5 du Code civil

puisque'il suppose l'intervention d'un commissaire à la scission/aux apports et implique la nécessaire valorisation de la branche d'activité. Ces étapes peuvent être longues et coûteuses.

L'apport partiel d'actif se distingue de la cession de droits sociaux puisque'il suppose l'octroi de titres en échange de l'apport. Dans la cession de droits sociaux, c'est un prix qui viendra rémunérer le transfert de la société.

## B. Fusion – Dissolution-confusion

Les fusions et dissolutions-confusion sont deux opérations emportant transmission universelle du patrimoine et consistant à transférer un ensemble d'actifs et de passifs entre deux sociétés.

### 1. Fusion

La fusion est une opération par laquelle une société transmet son patrimoine à une société existante (fusion-absorption) ou à une société nouvelle.

La fusion-absorption consiste en la réunion de deux sociétés qui se réunissent afin de n'en former qu'une seule par absorption. Il s'agit d'une technique classique de transmission de l'entreprise. Par exemple, l'acquéreur va absorber la société cédante. Cette dernière disparaîtra et l'ensemble de son actif et de son passif se retrouve dans le patrimoine de la société absorbante.

La fusion a pour conséquence la dissolution sans liquidation des sociétés absorbées, ainsi que la transmission universelle de leurs patrimoines. Les associés des sociétés absorbées ont vocation, selon les conditions prévues dans le traité de fusion, à devenir associés de la société absorbante.

La fusion est une opération règlementée qui implique plusieurs étapes (intervention du commissaire à la fusion, établissement et dépôt du projet de fusion...) dont le délai de réalisation de ces opérations est d'environ 90 jours. Les assemblées générales extraordinaires des deux sociétés devront approuver la fusion après expiration d'un délai de 30 jours permettant aux créanciers des sociétés de faire opposition à la fusion.

Ce régime de droit commun est peu utilisé en pratique et la fusion dite « simplifiée » lui est souvent préférée. Cette fusion entre une société mère et sa fille détenue à 100 % obéit à un régime beaucoup plus souple. L'organigramme est ainsi simplifié et il existe une rétroactivité fiscale et comptable très utile au niveau du groupe. Une fusion simplifiée est donc une procédure plus simple, pouvant notamment être actée par simple décision du conseil d'administration dans une société anonyme (12).

Il est nécessaire d'informer et de consulter le comité d'entreprise ou les délégués du personnel de chacune des sociétés préalablement à toute opération de fusion (13).

Il sera très important de procéder à un audit afin de s'assurer que les contrats peuvent être transmis à la société absorbante. En effet, dans le cas de contrats conclus avec un fort *intuitu personae* ou présentant des clauses de changement de contrôle, ces contrats risquent de devenir caducs par l'effet de la fusion.

Au niveau fiscal, un régime de faveur prévu à l'article 210 A du Code général des impôts permet, sous conditions, une neutralité fiscale de l'opération.

### 2. Dissolution-confusion ou « TUP »

La dissolution-confusion régie par l'article 1844-5 alinéa 3 du Code civil ou « TUP », consiste pour une société à absorber le patrimoine de sa filiale détenue à 100 %. Dans un tel cas, l'associé unique (société confondante) se substitue à sa filiale (société confondue) dans tous ses droits et obligations sans qu'il n'y ait lieu de liquider cette dernière (14).

Très proche de la fusion simplifiée en terme de conditions et de procédure (détention à 100 % de la filiale absorbée, transmission universelle de patrimoine, réalisation par une décision sociale, délai d'opposition des créanciers de 30 jours), elle présente toutefois pour inconvénient (i) de ne pas permettre de rétroactivité comptable (ce qui est possible dans une fusion) et (ii) de n'être effective qu'une fois les éventuelles oppositions de créanciers purgées (contrairement à une fusion qui peut se réaliser en présence d'une opposition).

# Reprise des actifs d'une entreprise en difficulté : quelques pistes de réflexion pour le tiers acquéreur

Anne Romain-Huttin  
Avocat – Docteur en droit,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

Avec l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, le droit des entreprises en difficulté est désormais doté de multiples mécanismes pour la reprise des actifs d'une entreprise en difficulté. Face à cette boîte à outils (trop ?) bien fournie, la question est désormais de déterminer l'option qu'il conviendrait de privilégier lorsqu'un investisseur souhaite reprendre l'activité d'une entreprise qui se trouve dans une situation plus ou moins proche de la cessation des paiements.

Lorsque l'entreprise dont l'acquisition est envisagée, est *in bonis*, la solution classique, et souvent la plus simple ainsi que cela a été exposé plus haut (1), est de racheter les titres de celle-ci.

Cependant dans un contexte de difficultés financières et/ou économiques, la situation est toute autre car, par définition, la reprise des titres suppose une reprise indirecte pour le tiers acquéreur, du passif y attaché.

Si l'acquéreur souhaite se lancer dans cette aventure potentiellement risquée, l'opération de cession des titres pourra intervenir dans le cadre d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation, à la suite ou non d'une négociation échouée entre le débiteur et ses principaux créanciers (2). En cas de reprise dans le cadre d'une telle procédure amiable, les mécanismes classiques du droit des sociétés pourront parfaitement s'appliquer (période d'exclusivité, octroi par le cédant d'une garantie de passif, etc.). L'avantage de cette option de reprise des titres dans le cadre d'une procédure amiable est la souplesse et la confidentialité de la procédure tout en bénéficiant d'un certain cadre judiciaire, surtout dans l'hypothèse où le protocole de conciliation prévoyant (en cas de signature d'un contrat de cession séparé) ou réalisant la cession, est homologué par le Tribunal de commerce.

L'autre modalité envisageable pour l'acquisition des titres de la société en difficulté, est celle d'une « reprise interne » intervenant dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Dans cette hypothèse l'entreprise concernée va présenter un plan d'apurement du passif à ses créanciers et en parallèle, les titres de la société seront cédés à un tiers (3). Celui-ci devient donc vis-à-vis du tribunal, le responsable du respect des échéances du plan qui aura été adopté.

Il s'agit de l'inconvénient majeur de la reprise des titres lorsque l'entreprise concernée est en

difficulté. Que celle-ci intervienne dans le cadre d'une procédure amiable ou collective, l'acquéreur devra (i) régler le prix d'achat ou de souscription des titres et (ii) supporter le passif dont il hérite indirectement du fait de la prise de contrôle de la société en difficulté. En outre, celui-ci devra également réinjecter les fonds nécessaires au redémarrage/à la poursuite de l'activité (par le biais par exemple d'un coup d'accordéon permettant d'apurer les pertes), ce qui supposera de sa part un investissement financier plus important que le simple prix de cession ou de souscription à l'augmentation de capital. L'une des solutions pour limiter son investissement financier pourra être le cas échéant de signer une lettre d'intention ou une offre de reprise sous condition de l'obtention d'un certain montant d'abandons de créances et/ou de délais de paiement après consultation des créanciers. Dernier inconvénient lié à la reprise des titres, le tiers acquéreur devra rendre des comptes soit aux créanciers soit au Tribunal (voire les deux), du fait des engagements pris dans l'accord résultant de la procédure amiable ou du plan de sauvegarde/de redressement (respect des échéances du plan, versement d'un certain montant d'avance en compte courant, octroi de nouvelles sûretés, etc.).

Face à ce constat, l'option de reprise des actifs paraît *a priori* moins risquée. L'ordonnance du 12 mars 2014 est venue faciliter les modalités d'une telle acquisition avec la consécration législative du mécanisme de « *prepack cession* » (I). Plus classiquement reste le choix du plan de cession qui suppose cependant d'attendre l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société cible (II).

## I. Le « *prepack cession* »

Le mécanisme de « *prepack cession* » inspiré de la pratique anglo-saxonne, a été consacré par l'ordonnance du 12 mars 2014 à l'article L. 611-7 du Code de commerce, qui prévoit que le conciliateur peut avoir pour mission, l'organisation de la cession partielle ou totale de l'entreprise mise en œuvre le cas échéant dans le cadre d'une procédure collective. L'article L. 642-2 relatif à la cession d'entreprise a, quant à lui, été adapté pour passer outre la fixation d'une date limite de dépôt des

1) Nous vous renvoyons à l'article relatif aux « modalités de reprise des actifs d'une entreprise *in bonis* » ci-dessus.

2) Contrairement au mandat *ad hoc* où la mission du mandataire est libre (article L.611-3 du Code de commerce), la procédure de conciliation a pour objet la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers, même si depuis la réforme de 2014, le conciliateur peut également avoir pour mission la cession partielle ou totale de l'entreprise (article L. 611-7 du Code de commerce). De ce fait, dans le cadre de la conciliation, une cession de l'entreprise devrait supposer un échec préalable des négociations entre le débiteur et les créanciers. Au contraire un mandat *ad hoc* pourrait dès l'origine avoir pour objet la cession au profit d'un tiers des titres de l'entreprise en difficulté.

3) Il convient d'évoquer également l'hypothèse de la sauvegarde (financière ou non) accélérée visée aux articles L. 628-1 et suivants du Code de commerce qui pourrait être couplée avec une reprise des titres par un tiers acquéreur. La sauvegarde accélérée permet d'imposer dans le cadre d'un plan de sauvegarde avec des délais réduits de procédure, à des créanciers récalcitrants, un accord non adopté à l'unanimité dans le cadre d'une procédure de conciliation.

4) Nous n'évoquerons ici que la cession de l'entreprise et non la cession d'actifs isolés qui peut également intervenir dans le cadre d'une procédure collective et qui est soumise aux dispositions des articles L. 642-18 et suivants du Code de commerce pour la liquidation judiciaire.

offres lorsque les offres reçues sont satisfaisantes. Le « *prepack cession* » qui a déjà fait l'objet de plusieurs applications concrètes (voir par exemple dans le cadre de la reprise du groupe FRAM), consiste globalement à négocier en amont dans le cadre d'une procédure de conciliation, la cession d'une entreprise pour la réaliser en procédure collective. S'il s'agit d'une cession partielle, une sauvegarde ou un redressement sera ouvert. S'il s'agit d'une cession totale, un redressement ou une liquidation judiciaire pourront être envisagés, l'objectif de ce « *prepackage* » étant de réduire au minimum les délais de procédure afin de minimiser les impacts sur (i) l'activité de l'entreprise concernée et (ii) son image notamment auprès de ses clients et fournisseurs. Avec les délais incompressibles de 8 jours entre la date du jugement d'ouverture et de celle d'examen des offres, ainsi que le délai de convocation des cocontractants, les praticiens s'accordent à dire qu'une cession est envisageable dans un délai de 3 semaines environ à compter de l'ouverture de la procédure collective.

Le « *prepack cession* » suppose une réalisation en deux temps : une procédure de conciliation a été ouverte à l'encontre d'un débiteur pour négocier un accord avec ses principaux créanciers et le cas échéant ses cocontractants. Les discussions patinent et l'hypothèse d'une cession de l'entreprise à un tiers est envisagée. Dans ce cas une procédure collective est ouverte afin de réaliser en un temps limité la cession.

L'intérêt pour l'entreprise entendue au sens d'activité, est indéniable car le « *prepack* » a pour mérite de préserver au maximum l'image de la société. La cession est préparée dans le cadre de la conciliation qui est, en théorie, une procédure confidentielle. Et la procédure collective consiste uniquement en un jugement d'ouverture avec la fixation immédiate d'une audience d'examen des offres de reprise. Le chef d'entreprise vivra probablement mieux cette hypothèse de cession à laquelle il sera associé (puisque le Code de commerce prévoit bien qu'il revient au débiteur de demander la modification de la mission du conciliateur) que celle d'un plan de cession sans « *prepackage* » qui peut lui être imposé.

Qu'en est-il pour le potentiel repreneur ? Par rapport au plan de cession sans conciliation préalable, la solution « *prepackée* » présente le mérite de lui assurer une certaine avance sur les autres potentiels candidats acquéreurs dans un secteur très concurrentiel. L'activité sera mieux préservée du fait (i) de la confidentialité qui est en principe attachée à la procédure de conciliation et (ii) des délais réduits de la procédure collective. Pour autant rien n'exclut le dépôt d'offres concurrentes qui seront examinées de manière identique à l'offre « *prepackée* ».

Le « *prepack cession* » supposera donc de la part du tiers acquéreur, des démarches préliminaires supplémentaires par rapport à un plan de cession classique puisqu'en plus de la préparation de l'offre de reprise (ce qui suppose une certaine connaissance de l'entreprise, de ses actifs, ses salariés et de son activité), celui-ci devra, et aura tout intérêt à rencontrer le représentant du Parquet en amont pour lui présenter son projet. Le travail

en amont du conciliateur qui sera nommé comme organe de la procédure collective (administrateur, mandataire ou liquidateur judiciaire selon les cas) sera également essentiel pour préparer l'audience statuant sur l'ouverture de la procédure à laquelle l'offre de reprise sera déjà soumise. Celui-ci devra en effet justifier auprès du Tribunal que l'offre « *prepackée* » est sérieuse, satisfaisante et ne nécessite pas la fixation d'un délai de dépôt des offres car toutes les démarches permettant d'obtenir l'offre la mieux-disante, ont été effectuées.

Sur les conditions d'éligibilité des offres, d'examen de celles-ci et l'adoption du plan de cession, en dehors des délais, la procédure classique s'appliquera, tel que cela est détaillé ci-après. La question se pose donc de savoir si l'option traditionnelle du plan de cession sans conciliation préalable ne serait pas la solution la plus simple pour la reprise des actifs d'une entreprise en difficulté.

## II. Le plan de cession (sans conciliation préalable) (4)

Visée aux articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce, le plan de cession (consistant en l'acquisition totale ou partielle de l'entreprise) est l'option classique de rachat des actifs d'une entreprise en difficulté et la plus ancienne. Celle-ci peut intervenir dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Elle est très réglementée en terme de qualité du potentiel acquéreur et de conditions de l'offre. L'article L. 642-1 du Code de commerce vise expressément les rubriques qu'elle doit comporter.

La préparation d'une telle offre de reprise suppose de connaître assez précisément l'entreprise concernée et l'origine de ses difficultés. Le candidat acquéreur doit être en mesure de présenter son projet au Tribunal afin de le convaincre du sérieux de son offre sur la base d'éléments chiffrés (il doit fournir un prévisionnel d'exploitation et de financement), étant ici rappelé que les juges composant le Tribunal sont des personnes issues du monde de l'entreprise. L'exercice du plan de cession relève donc parfois plus de l'opérationnel/du comptable que du juridique.

L'avantage considérable du plan de cession par rapport aux autres modes d'acquisition des actifs, est lié au périmètre de reprise. Le tiers acquéreur a le choix des actifs et des salariés qu'il souhaite reprendre. Ainsi il va pouvoir choisir les actifs corporels (équipement industriel, matériel informatique et de bureau, véhicules etc.) et incorporels (dénomination sociale, marque, fonds de commerce) qu'il souhaite inclure dans son offre. De même du point de vue social, l'article L. 1224-1 du Code du travail sur le transfert automatique des salariés ne s'applique pas. Autrement dit l'ensemble des salariés ne lui est pas transmis automatiquement, il peut choisir de ne conserver que certains d'entre eux. Il convient cependant de préciser que le candidat ne peut choisir nominativement les salariés qu'il souhaite garder, seuls des postes de travail sont conservés.

En outre, contrairement à la cession des titres, aucun passif n'est transféré au repreneur (à



l'exception des passifs, charges et sûretés visés à l'article L. 642-12 alinéa 4 du Code de commerce ayant permis le financement du bien concerné), le prix de cession servant à désintéresser en tout ou partie les créanciers de l'entreprise dont les actifs sont cédés. Le tiers acquéreur a donc la possibilité de poursuivre l'activité de l'entreprise concernée avec ses équipements et ses salariés, mais sans ses dettes.

Les contrats de crédit-bail, de location, de fourniture de biens ou de services nécessaires au maintien de l'activité sont par ailleurs cédés judiciairement, ainsi que le prévoit l'article L. 642-7 du Code de commerce, sans que les cocontractants ne puissent s'y opposer (même si leur avis est recueilli lors de l'audience d'examen des offres), ce qui permet d'assurer une certaine sécurité à la poursuite de l'activité une fois le plan de cession et l'acte de cession conclu (5).

Enfin si le tiers acquéreur constitue une nouvelle société pour procéder à la reprise, il pourra même bénéficier de certaines exonérations d'impôts (article 44 septies du Code général des impôts) et subventions des collectivités locales.

Le plan de cession paraît donc à première vue une option de reprise à privilégier dans un tel contexte pour le tiers acquéreur. Pour autant cette solution n'est pas dénuée d'inconvénients ni de risques :

1. Du point de vue opérationnel, le plan de cession suppose l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, donc un dépôt de bilan préalable qui peut avoir un effet dévastateur sur l'activité et sur l'image de l'entreprise, surtout lorsque la procédure se prolonge. Ainsi la période d'observation est ouverte pour une période initiale de 6 mois renouvelable deux fois. En outre l'option du plan de cession n'est en principe envisagé dans un redressement judiciaire que si le chef d'entreprise n'est pas en mesure ou ne souhaite pas proposer de plan de continuation, ce qui suppose qu'un certain délai se soit écoulé. A l'issue de la période d'observation, la valeur du fonds de commerce a nécessairement diminué. Pour un tiers acquéreur, cette solution peut être difficile à envisager (même si souvent la plus prudente en terme de temps et de coût à engager) lorsque des contacts ont été déjà initiés avec le chef d'entreprise et surtout les salariés en amont de la procédure collective. En effet, il peut être compliqué d'expliquer à des salariés dont le potentiel acquéreur pourrait être le futur employeur, qu'il préfère attendre la cessation des paiements et l'ouverture de la procédure collective pour formuler une offre de reprise (et donc pour choisir les actifs et les salariés qu'il souhaite reprendre).
2. D'un point de vue procédure, la préparation de l'offre nécessite une certaine technicité tant du point de vue juridique, social que comptable. Le candidat acquéreur devra disposer d'un projet de reprise précis, être capable d'en justifier d'un point de vue financier (avec prévisionnels d'exploitation et de trésorerie à l'appui), de prendre des décisions quant au périmètre des actifs, contrats clients et salariés repris

(matériel d'exploitation, droit au bail, contrats de fourniture, postes de salariés, reprise ou non des droits acquis des salariés tels que les congés payés, etc.), le prix offert, le tout dans un temps réduit. Il sera préférable de se faire assister pour la préparation d'une telle offre *a minima* par un avocat chargé de rédiger l'offre (si les aspects financiers peuvent être gérés directement par le candidat repreneur), coûts qu'il conviendra d'anticiper outre le prix de cession.

Une fois l'offre déposée auprès de l'administrateur ou du liquidateur judiciaire, il n'est pas rare qu'il y ait plusieurs allers-retours afin de lever certaines conditions suspensives qui auraient été posées initialement par le candidat repreneur voire pour le dépôt d'offres améliorées (6). Un nouveau délai peut également être fixé pour permettre le dépôt d'une offre de reprise concurrente.

Les candidats repreneurs sont ensuite convoqués en chambre du conseil pour présenter au Tribunal leur projet de reprise. Même si les organes de la procédure (administrateur et/ou mandataire judiciaire) se sont le plus souvent forgés une opinion préalablement à cette audience, leur opinion étant retranscrite dans un rapport présenté au Tribunal, il n'est pas rare que l'audience fasse basculer l'opinion des juges en fonction notamment de l'impression donnée par les différents candidats repreneurs. Il est donc nécessaire de préparer minutieusement en amont cette audience (7).

La soumission d'une offre dans le cadre d'une procédure collective se révèle donc d'une certaine technicité, ce qui requiert un investissement relativement important, notamment en terme de temps, ce qui n'est pas forcément toujours anticipé par le candidat acquéreur (alors qu'il l'envisage plus naturellement lorsqu'il s'agit d'une cession de titres).

3. La concurrence, et donc l'aléa judiciaire, sont inhérents à cette modalité de reprise des actifs. Il s'agit de l'option pour laquelle la concurrence sera la plus forte. En cas d'acquisition des titres soit dans le cadre d'une procédure amiable, soit dans le cadre d'une procédure collective, la cession intervenant de gré à gré, il sera toujours possible de sécuriser plus ou moins le processus (par le biais d'un engagement d'exclusivité en conciliation ou en prenant des engagements financiers permettant de garantir le respect des échéances du plan de continuation). Dans le cadre d'un « *prepack cession* », même si des offres concurrentes peuvent être déposées, le candidat intervenant dans le cadre de la conciliation, pourra prendre connaissance des éléments relatifs à l'entreprise en amont, rencontrer les salariés etc., et donc s'assurer une certaine avance par rapport aux éventuels concurrents. En outre même s'il est possible de prendre connaissance des autres offres auprès du greffe, le caractère déterminant de l'audience d'examen des offres et l'absence de critère décisif pour le choix du candidat repreneur, induisent un aléa judiciaire important. De ce fait, il est parfaitement possible qu'une offre qui semble

5) Les contrats clients ne font pas l'objet d'un régime particulier dans le cadre d'un plan de cession. En pratique les candidats repreneurs intègrent dans leur offre de reprise les contrats clients qu'ils souhaitent reprendre/poursuivre, étant précisé que c'est au cessionnaire de faire son affaire des relations avec les cocontractants. Aucune garantie n'est donnée à ce titre par l'entreprise en liquidation ni par le Tribunal.

6) L'article R.642-1 alinéa 3 du Code de commerce prévoit que les améliorations ne peuvent être faites qu'au plus tard deux jours ouvrés avant l'audience statuant sur l'examen des offres.

7) Il est également fortement recommandé de rencontrer en amont les salariés afin de leur présenter le projet de reprise de sorte à bénéficier du soutien du représentant des salariés lors de l'audience d'examen des offres.

réunir « *sur le papier* » tous les critères requis, ne soit finalement pas retenue. Il s'agit d'un risque important pour un tiers acquéreur qui ne dispose d'aucune garantie quant à l'issue du plan de cession alors qu'il aura investi du temps et de l'argent dans la préparation de son offre, voire aura déjà constitué son véhicule d'acquisition.

4. Les candidats acquéreurs ont souvent le sentiment (erroné) qu'une reprise d'actifs dans le cadre d'une procédure collective leur coûtera moins cher que s'ils acquéraient les actifs ou les titres d'une société *in bonis*. Or la réalité est parfois toute autre.

Trois aspects doivent être gardés à l'esprit : d'abord, outre le prix de cession proposé pour le rachat des actifs, il convient de prendre en compte les coûts annexes. Cela comprend les coûts générés par la reprise de certains éléments de l'entreprise. Ainsi le transfert des salariés supposera de se prononcer dans le cadre de l'offre sur la reprise des droits acquis, notamment les congés payés ou le treizième mois. En fonction de la population salariale, certains de ces éléments que l'on rajoute souvent pour améliorer dans un deuxième temps son offre de reprise, peuvent se révéler onéreux pour le tiers acquéreur. De même si celui-ci décide, par exemple, d'inclure dans son offre l'immeuble dans lequel l'entreprise exerce son activité et qu'un financement ayant servi à financer le bien (article L. 642-12 alinéa 4 du Code de commerce) y est attaché, celui-ci sera transmis automatiquement au repreneur. Il conviendra donc d'anticiper également le coût de remboursement du prêt.

Au final, chaque candidat repreneur devra trouver un juste équilibre entre le périmètre des actifs/salariés qu'il souhaite reprendre, le prix

offert et les coûts annexes de sorte à satisfaire aux exigences de la loi et du Tribunal, le tout dans la limite de ses capacités financières.

Ensuite le Tribunal peut parfaitement rejeter la seule offre de reprise déposée dans le cadre de la procédure collective s'il considère que le prix est insuffisant. Autrement dit les actifs d'une entreprise en procédure collective ne sont pas bradés. Chaque candidat repreneur doit proposer un prix « *décent* » pour la reprise des actifs. Il est donc erroné de penser qu'il est possible de proposer un prix réduit avec le transfert de l'ensemble des salariés et d'avoir la certitude de remporter la mise.

Enfin l'existence d'offres concurrentes tel que cela est décrit au point 3) ci-dessus peut mener à une enchère des prix de cession, notamment avec le mécanisme des améliorations. Au final la reprise des actifs d'une entreprise en difficulté peut donc coûter aussi cher voire plus cher que si celle-ci était *in bonis*.

Ce sont tant d'éléments que le tiers acquéreur devra intégrer s'il décide d'opter pour cette option.

Force est de constater qu'aucune modalité de reprise des actifs d'une entreprise en difficulté ne permet d'allier avec certitude la sécurité pour le tiers acquéreur, le faible prix et la préservation de l'entreprise. Le choix des modalités de reprise dépendra bien entendu de l'activité concernée, de la capacité de l'entreprise à poursuivre son activité en fonction de sa trésorerie, de son portefeuille clients et du montant du passif. Le climat social sera également primordial puisque ce sont notamment les salariés, de par leur implication, qui permettront à l'activité de se redresser.



# Percer le voile de la personnalité morale : l'apport du droit maritime

**Stéphanie Schweitzer**  
**Avocat Associé,**  
**Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP**

**Mona Dejean**  
**Avocat,**  
**Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP**

Dans quelques semaines, seront célébrés les cinquante ans de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales. Une des critiques adressées à ce texte était l'absence de règles relatives aux groupes de sociétés. Le législateur français a choisi de laisser au juge le soin d'encadrer la pratique des groupes de sociétés, ne légiférant que ponctuellement sur le sujet (1).

Les raisons d'être des groupes de sociétés sont multiples : optimisation de la gestion, de la fiscalité, de la division des activités et de l'organisation patrimoniale, etc. Mais de l'ingéniosité à la malice il n'y a parfois qu'un pas, et au delà d'une louable recherche d'optimisation, certains montages visent en réalité à soustraire des actifs du gage des créanciers d'une entreprise, en les intégrant dans le patrimoine d'une autre société du groupe.

Dans quel cas faudra-t-il alors privilégier les créanciers, qui ont accordé du crédit à une filiale du groupe qui manque d'honorer ses dettes ? Dans quel cas faut-il, au contraire, privilégier le groupe, en interdisant au créancier d'appréhender des biens situés dans le patrimoine d'une société apparentée à une débitrice impécunieuse ?

Cette question s'est posée avec acuité en droit maritime, du fait de la mobilité internationale des navires de commerce. Le créancier impayé peut agir dans le pays qui sera, parmi ceux visités par le navire, celui dont les lois seront plus favorables à ses intérêts. Durant une vingtaine d'années, le contentieux relatif à la saisie conservatoire de navires a donné lieu à une jurisprudence abondante et par certains aspects innovante. Les solutions prétoriennes ainsi retenues avaient fait de la France une juridiction internationalement privilégiée par les créanciers souhaitant obtenir une garantie de paiement de leurs créances maritimes. Mais le particularisme était sans doute excessif, aussi la Cour de cassation est-elle revenue sur sa position, harmonisant tout à la fois le régime de la saisie de navires apparentés avec le droit des sociétés et le droit maritime international.

## I. Spécificité du problème : la saisie conservatoire des navires apparentés

Les saisies conservatoires de navires, qui constituent souvent le seul gage des créanciers de l'armateur, sont monnaie courante dans le monde

maritime et constituent un moyen de pression considérable pour forcer le propriétaire à payer, sinon à donner une garantie de paiement de la créance litigieuse.

### A. Exposé du problème

Il convient de présenter rapidement les *single ship companies*, protagonistes du monde maritime, ainsi que les règles particulières de la saisie conservatoire de navire.

#### 1. Le sujet de droit concerné : de la copropriété à la *single ship company*

Du pêcheur de l'Antiquité, qui construit sa barque et part en mer, aux porte-conteneurs géants, que l'on croise aujourd'hui, le statut juridique de l'armateur a bien sûr évolué. Le propriétaire, personne physique, a dû s'associer à d'autres copropriétaires pour financer la construction de navires de plus en plus grands. Très tôt, la propriété du navire a ainsi été conçue comme une copropriété, encadrée par des règles spécifiques (2). Par la suite la pratique des *quirats* (3) s'est peu à peu estompée, en France comme à l'étranger, alors que se développait le droit des sociétés commerciales et les principes de personnalité morale et d'autonomie du patrimoine social.

C'est se fondant sur ces derniers principes que s'est initialement développée la technique des *single ship companies*, qui consiste pour une société d'armement à créer une personne morale par navire. Cette technique s'est par la suite étendue, souvent liée à l'emploi de « *pavillons de complaisance* », afin de cloisonner les patrimoines en cas de dette.

#### 2. Le régime juridique applicable : la Convention de Bruxelles, recherche d'un compromis

En droit interne, la saisie conservatoire de navire fait l'objet de dispositions spéciales codifiées à l'article L. 5114-22 du Code des transports : « *Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire d'un navire.* » Contrairement

1) Ainsi, en matière de procédure collective, l'article L. 621-2 alinéa 2 du Code de commerce dispose qu'une procédure « *peut être étendue à une ou plusieurs autres sociétés en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale.* »

2) Aujourd'hui définies aux articles L. 5114-30 et suivants du Code des transports.

3) Le terme désigne la part que l'on a dans la propriété d'un navire indivis.

4) « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* »

5) Pour un panorama de ces décisions, se reporter à l'article de référence de Me J.-S. Rohart, Faut-il se méfier de l'apparence ? La saisie conservatoire des navires apparentés, *DMF* 1988.499

6) T. com. Rouen, 1<sup>er</sup> avril 1980, navire « Aliakmon-Prosperity »

7) CA Rouen, 28 nov. 1991, navire « Yumuri », *DMF* 1992.689

8) Notamment CA Douai, 3 juill. 1986, *D.* 1987. somm. 5, CA Paris 19 nov. 1986, *D.* 1987. somm. 101, CA Versailles 16 déc. 1987, *D.* 1988. somm. 383

9) En sa 1<sup>ère</sup> Chambre civile

10) Cass. com. 20 oct. 1992, n° 89-10.912 et 90-21070, *RJA*, janv. 1993, n° 59

à la saisie de droit commun, il n'est pas nécessaire de démontrer le péril dans le recouvrement de la créance, le péril étant en quelque sorte présumé en la matière. Pour le reste, la saisie conservatoire de navire ne se distingue guère de la saisie de droit commun, et l'article 2284 du Code civil (4) trouve à s'appliquer : un créancier ne pourra en principe saisir que le navire de son débiteur.

Les choses sont un peu différentes en droit international. Comme beaucoup d'autres sujets du droit maritime, la saisie conservatoire a fait l'objet d'une convention internationale. Signée à Bruxelles le 10 mai 1952 sous l'égide du Comité Maritime International, la Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer (ci-après « Convention de Bruxelles ») est le fruit d'un compromis entre systèmes de droit civil et de *common law*.

Ses deux principales caractéristiques, par rapport au droit interne, tiennent aux créances susceptibles de justifier la saisie, et à l'extension du périmètre des navires saisissables. S'agissant des créances, une simple allégation de créance suffit. En revanche, la créance doit être maritime, c'est-à-dire correspondant à l'une des dix-sept catégories de créances listées à l'article 1.1 de la Convention de Bruxelles. S'agissant des navires susceptibles d'être appréhendés, l'article 3.1 de la Convention de Bruxelles pose le principe que « tout Demandeur peut saisir soit le navire auquel la créance se rapporte, soit tout autre navire appartenant à celui qui était, au moment où est née la créance maritime, propriétaire du navire auquel cette créance se rapporte ». Et l'alinéa 2 de préciser : « des navires seront réputés avoir le même propriétaire lorsque toutes les parts de propriété appartiendront à une même ou aux mêmes personnes. » La Convention de Bruxelles admet même, à l'alinéa 4, qu'un navire soit saisi pour une dette contractée non par l'armateur, mais par l'affrètement du navire.

## B. Solution antérieure : détournement des concepts de communauté d'intérêts et d'apparence

La Convention de Bruxelles prévoit le cas de navires exploités en copropriété. Toutefois, comme on l'a vu précédemment, la copropriété a été peu à peu délaissée au profit des *single ship companies*, ce qui a posé plusieurs problèmes d'interprétation auxquels les juridictions françaises ont apporté des réponses initialement très permissives et favorables au créancier saisissant.

### 1. Les décisions audacieuses de certains juges du fond

Les juges ont d'abord été confrontés à la question de savoir si posséder l'ensemble du capital d'une *single ship company* revient à détenir « toutes les parts de propriété » d'un navire, au sens de l'article 3.2 de la Convention de Bruxelles, ce qu'ils ont admis.

Dans plusieurs décisions rendues dans les années 1980 (5), les juges du fond ont eu recours à la notion d'apparence pour admettre que des

créanciers saisissent un navire appartenant à l'un des actionnaires, ou même à une société sœur de leur débitrice. Au regard d'indices, tels qu'une même adresse, l'usage d'une même banque, des actionnaires ou des dirigeants identiques, ou encore des noms de navires analogues, les juges considéraient que des sociétés n'étaient, selon toute apparence, que « *les façades d'un même groupe* » (6), et que, sauf à rapporter la preuve de leur autonomie, l'écran de ces sociétés pouvait être écarté au profit du créancier saisissant.

Un autre concept a également été dégagé pour appréhender différents navires d'un même groupe : celui de la communauté d'intérêts. Saisir en France le navire d'une filiale du même groupe que sa débitrice était alors facile pour les créanciers, les juges étant prompts à admettre une telle « communauté d'intérêts ».

Outre les *single ship companies*, le courant jurisprudentiel évoqué a également permis aux créanciers d'Etats de l'ancien Bloc Communiste d'appréhender les navires d'organismes public pourvus de la personnalité morale, en les faisant qualifier d'émanations de l'Etat débiteur. Dans l'affaire du navire « Yumuri », la Cour d'appel de Rouen a ainsi jugé que pour autoriser la saisie d'un navire appartenant à une société cubaine au titre d'une créance maritime détenue contre une autre société cubaine, le juge devait « *rechercher si les créanciers ont pu être abusés par les apparences et penser en toute bonne foi qu'il existe une communauté d'intérêt* » entre leur débiteur et le propriétaire du navire saisi (7).

Un courant similaire est brièvement apparu à la même époque, en droit des sociétés. Après l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives, on a vu des juridictions du fond ouvrir une procédure unique à l'encontre du groupe entier, en se fondant sur la notion de « *groupe économique* » ou « *d'entité économique* » (8). Mais la Cour de cassation (9) a rapidement mis un terme à cette pratique. Par deux arrêts du 20 octobre 1992 (10), elle a cassé des arrêts pour avoir estimé qu'une unicité et une implication d'intérêts des sociétés du groupe démontaient une interdépendance économique suffisante à justifier l'ouverture d'une procédure collective commune. La Cour a rappelé que seules la confusion de patrimoines et la fictivité pouvaient permettre une telle extension de procédure, tandis que la seule constatation de liens entre les sociétés est insuffisante.

Au contraire, le courant jurisprudentiel qui permettait de saisir non seulement les *sister ships*, appartenant au même propriétaire, mais également des « navire apparentés » dont les propriétaires n'étaient qu'affiliés, a, dans un premier temps, reçu l'aval de la Cour de cassation.

### 2. Leur consécration par la Cour de cassation

Dans l'affaire du « Brave Mother », les juges du fond avaient autorisé la saisie de ce navire par le créancier d'une société propriétaire du « Brave Themis », au seul motif que les patrimoines des deux armateurs concernés « *se trouvaient unis à travers les membres d'une même famille par une communauté d'intérêts* ».



Estimant que « l'article 3 de la convention (...) n'exclut pas que soit apportée la preuve qu'un navire appartient à une même ou aux mêmes personnes quoique les parts ne lui ou ne leur appartiennent pas en totalité », la Cour Suprême a approuvé le 12 février 1991 (11) le raisonnement et les motifs adoptés par les juges du fond. L'arrêt ne vise ni la fictivité, ni la confusion des patrimoines, ni même l'apparence : une simple communauté d'intérêt permettait ainsi de percer le voile des *single ship companies*.

Le courant jurisprudentiel ainsi mis en place était teinté d'un grand moralisme, certaines juridictions n'hésitant pas à vilipender des montages juridiques « s'efforçant de cacher la réalité économique » (12), ou encore « destinés à égarer les créanciers », taxant les *single ships companies* de « compagnies de papier » (13), « sous la coupe » (14) d'un machiavélique armateur réel.

Le recours aux « pavillons de complaisance » et à l'organisation des flottes en groupe était présumé suspect, pour ne pas dire frauduleux, et l'on admettait que des créanciers un peu naïfs, même professionnels du monde maritime, aient pu légitimement croire qu'en contractant avec une société, ils traitaient en fait avec un armateur personne physique, dont le patrimoine s'étendait à l'ensemble des actifs du groupe.

Ces décisions ont ainsi fait l'objet d'appréciations diverses de la part de la doctrine, les uns approuvant un usage éclairé de concepts propres à préserver les créanciers d'armateurs indelicats, les autres fustigeant la violation de la personnalité morale et le laxisme des juges.

## II. Généralité de la solution : le retour à l'orthodoxie

Après plus d'une dizaine d'années qu'une certaine partie de la doctrine a pu qualifier de « laxistes », la Cour de cassation est revenue sur ses positions, mettant un terme à la théorie des navires apparentés. Désormais, les concepts utilisés en droit maritime pour percer le voile de la personnalité morale sont les mêmes qu'en droit des sociétés, ce qui respecte la lettre et l'esprit de la Convention de Bruxelles.

### A. Le droit positif : consécration des concepts de confusion des patrimoines et de fictivité

Le revirement de la Cour de cassation s'en fait en plusieurs temps, mais il est désormais bien établi.

#### 1. Le revirement de la Cour de cassation

Dans un premier temps, la Haute Cour a censuré l'utilisation de la notion de « communauté d'intérêt » et le maniement peu orthodoxe de la théorie de l'apparence (15), en imposant les concepts de fictivité et de confusion des patrimoines.

Dans l'affaire « Osiris I », la saisie de ce navire appartenant à la société Constance avait été autorisée au profit du créancier de la société ORS, avec laquelle Constance présentait une « communauté d'intérêts ».

Un premier pourvoi avait reproché au juge des référés d'avoir retenu que « la croyance de la société (saisissante) selon laquelle elle avait contracté avec une personne physique dont la société propriétaire du navire aurait été une simple émanation ». Mais la Cour de cassation avait rejeté le moyen, au motif que « le juge des référés commerciaux, pour apprécier si le navire, dont il lui est demandé d'autoriser la saisie conservatoire, est la propriété de la personne à l'encontre de laquelle une créance est invoquée, est fondé à prendre en considération l'apparence et la simulation » (16).

L'affaire est revenue en cassation trois ans plus tard, dans le cadre de l'instance au fond, et l'arrêt d'appel fut alors cassé au visa de l'article 1842 du Code civil, qui pose le principe de la personnalité morale des sociétés :

« Attendu que, pour condamner la société Constance au paiement de dommages-intérêts en exécution d'une obligation incombant à la société ORS, l'arrêt retient que les sociétés Constance et ORS sont des sociétés de façade apparaissant comme des unités d'exploitation d'une même entreprise commerciale ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans caractériser la fictivité de l'une ou de l'autre de ces sociétés, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard du texte légal susvisé » (17)

Puis, par un arrêt « Alexander III » du 19 mars 1996, la Cour de Cassation rejetait à nouveau la théorie des navires apparentés, en relevant que les indices retenus par les juges du fond pour juger que deux armements dissimulaient une même entité économique (même adresse au Panama, gestionnaire commun) étaient « impropres à caractériser la fictivité de la société [propriétaire du navire saisi] et à établir qu'elle ne disposait pas d'un patrimoine propre distinct de celui de la société [débitrice] ». Désormais, pour pouvoir faire échec au principe de l'indépendance des personnes morales, les créanciers doivent faire apparaître des éléments concrets de nature à établir la fictivité ou la confusion des patrimoines des personnes juridiques en cause.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ensuite parachevé son revirement en adoptant une interprétation littérale de la Convention de Bruxelles. Dans l'affaire du « Kareliya » (18), elle a ainsi mis un terme à la théorie des émanations de l'Etat (19), et condamné la jurisprudence antérieure assimilant la détention de parts du capital de la société armatrice à la détention des parts de copropriété du navire, qui seule permet la saisie d'un *sistership*, aux termes de l'article 3.2 de la Convention de Bruxelles.

Ces décisions (20) ont posé un barrage au flot des saisies de navires apparentés en France, qui, s'est à présent considérablement réduit, et les décisions aujourd'hui rapportées montrent que les cours d'appel se sont conformées à la position de la Cour de Cassation.

#### 2. Les décisions récentes des juges du fond

Dans l'affaire « Léo T » (21), la Cour d'appel de Rennes a invalidé la saisie d'un navire appartenant

11) Cass. com. 12 févr. 1991, n° 89-16.771, DMF 1991.315

12) CA Caen, 26 décembre 1985, navire « Achilles »

13) Prés. T. com. Saint Nazaire, 31 octobre 1985, navire « Baltic Mermaid »

14) Prés. T. com. Cherbourg, 24 nov. 1986, navire 'Sandy Trader'

15) Dans sa note intitulée « Les sociétés écrans : apparence ou transparence ? », sous l'arrêt CA Bordeaux, 13 juin 1990, navire « Osiris I », DMF 1991.179, le Pr A. Vialard ; citant le Pr J. Ghestin, rappelle que la théorie de l'apparence suppose pour s'appliquer la conjonction de deux éléments : d'une part un élément matériel, la réalité visible, et, d'autre part, un élément psychologique, la croyance légitime. Il expose que le premier élément n'est pas constitué lorsque la réalité apparente est celle, non d'une seule et même société, mais bien de plusieurs sociétés : la débitrice, d'une part, et le propriétaire du navire, d'autre part. Quant à l'élément psychologique, le Pr Vialard souligne que les créanciers du monde maritime sont généralement conscients du cloisonnement des patrimoines en *single ship companies*.

16) Cass. com. 27 nov. 1991, navire « Osiris I », DMF 1992.488

17) Cass. com. 15 nov. 1994, navire « Osiris I », DMF 1995.135

18) Cass. com. 23 nov. 1999, navire « Kareliya », DMF 2000.719

19) Rappelant que « l'allégation selon laquelle un Etat a eu pour but, dans la création de sociétés d'armement, de limiter le gage de ses créanciers maritimes ne démontre pas, par elle-même, que ces sociétés seraient fictives et ne constitueraient que des émanations de cet Etat, dès lors qu'elles possèdent un patrimoine propre ». On soulignera que dans cette matière, certaines affaires ont été tranchées par la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, qui semble toujours avoir exigé que soit prouvée l'absence de patrimoine propre et donc la confusion de patrimoines (Cass. 1<sup>ère</sup> civ 6 juil. 1988 n° 86-11.153, navire

« Filaret », et 4 janv. 1995, *RJDA* 5/95 n° 617).

20) On renverra également deux arrêts de la Cour de cassation confirmant le revirement : celui rendu dans l'affaire du navire « Cast Husky », Cass. com. 21 janv. 1997, *DMF* 1997.612 et dans l'affaire des navires « Taganroga » et « Razna », Cass. com. 15 oct. 2002, *DMF* 2003.756

21) CA Rennes, 24 avr. 2002, navire « Léo T », *DMF* 2003.747

22) Voir également l'affaire du navire « Arti », CA Versailles, 19 févr. 2003, *DMF* 2003.763

23) CA Rouen, 14 sept. 2000, navire « Oradana », *DMF* 2001.1028

24) CA Rennes, 4 févr. 2014, navire « AG Vartholomeos », *DMF* 2014.517

25) On citera notamment Me J.-S. Rohart, *La saisie des navires apparentés : suite et fin ?* *DMF* 1994, 33 ; Annabel Rossi, *La nature d'une saisie conservatoire*, thèse de doctorat en Droit international, 2004 ; Pr. G. Piette, note sous CA Rennes, 4 févr. 2014, 2014.517

26) Si les Etats d'Amérique du Nord ne sont pas signataires de cette Convention, les règles qu'ils appliquent à la saisie conservatoire de navire sont proches du régime tiré de la Convention.

27) TGI Rotterdam, 9 juil. 1993, navire « Yukon », *DMF* 1994.65

28) Me C. Van Aerde, *La saisie d'un navire autre que le navire auquel se rapporte la créance - Le droit positif belge*, *DMF* 2010.716

29) Cour de cassation de Belgique, 6 déc. 1996, RG C 95.0260.N

30) Citant et renvoyant à l'article de Me C. Van Aerde *ibid.*

31) *The Evpo Agnic* [1988] 1 WLR 1090

32) [1982] 2 Lloyd's Rep 255

33) [1997] 2 Lloyd's Rep 465

à une société qualifiée par le créancier d'émanation de l'Etat cubain, dont il se disait débiteur en raison de dettes contractées par une autre société également rattachée au même Etat. Après avoir observé que les sociétés en cause sont pourvues de la personnalité morale, et jouissent d'une autonomie de gestion et d'un patrimoine propre par rapport à l'Etat cubain, la Cour conclut qu'elles ne peuvent être considérées comme fictives, ni, *a fortiori*, comme des émanations de l'Etat cubain. Et de conclure que « cet ensemble de sociétés, dont chacune possède bien une existence réelle, participe à un mode d'exploitation largement répandu dans le monde maritime commercial, la constitution de "single ship compagnies", ne constituant pas en soi une fraude aux droits des créanciers ».

Pour autant, percer le voile de la personnalité morale n'est pas toujours impossible (22). Ainsi, dans l'affaire du navire « Oradana », la Cour d'appel de Rouen a admis la validité de la saisie conservatoire d'un navire apparenté, après avoir constaté l'existence d'un faisceau d'indices (adresses et numéros identiques, noms similaires, mêmes dirigeants, actionnaires et employés, utilisation par l'une du papier en-tête et du compte bancaire de l'autre, etc.) démontrant que si elles ont l'apparence de deux sociétés distinctes bénéficiant d'une immatriculation propre, la débitrice et le propriétaire du navire saisi étaient en fait « dans une dépendance financière telle qu'elles n'ont qu'un seul patrimoine et forment une seule et même entité, la débitrice n'ayant aucune autonomie, ni financière, ni commerciale, ni aucun affectio societatis démontré. » (23) Le créancier a ainsi pu faire valoir la fictivité de sa débitrice.

Encore plus récemment, dans l'affaire « AG Vartholomeos », un créancier a pu convaincre la Cour d'appel de Rennes de la « très probable fictivité » du propriétaire apparent du navire saisi, qui servait d'écran à sa débitrice. La Cour a fondé sa décision sur l'absence de locaux propres, d'indépendance de direction (dirigeant commun aux deux sociétés), d'indépendance financière (transfert de fonds), sur l'immixtion du débiteur dans l'exploitation du navire, ou encore un « comportement procédural confirmant sa communauté d'intérêt », le propriétaire fictif s'étant fait l'avocat de l'autre, en niant sa qualité de débitrice (24).

## B. Les enseignements de ces attermolements jurisprudentiels

D'éminents auteurs (25) ont déjà commenté en détails les apports et critiques de l'évolution jurisprudentielle sur la saisie des navires apparentés. Nous nous en tiendrons à deux observations principales : en mettant un terme à cette jurisprudence singulière, la Cour de cassation n'a peut-être pas réussi à moraliser l'utilisation des protections attachées à la personnalité morale par les armateurs débiteurs indécents, mais a renforcé la sécurité juridique en mettant en ligne le régime de la saisie de navires avec le droit des sociétés d'une part et le droit maritime international d'autre part.

## 1. Harmonisation au regard du droit maritime international

Plus de 70 Etats (26) ont ratifié la Convention de Bruxelles. Des questions d'interprétation analogues à celles rencontrées en France s'y sont posées, sans que les principes régissant la personnalité morale ne soient malmenés comme en France.

Dans l'affaire de la saisie du navire « Yukon », rapporté à la revue de Droit Maritime Français, le Tribunal de grande instance de Rotterdam a ainsi énoncé : « en principe une personne morale n'est responsable que de ses dettes et les dettes d'autres personnes (morales) ne peuvent être remboursées sur son patrimoine. Ce n'est que dans des cas très particuliers qu'il peut être question d'une dérogation à cette responsabilité limitée » (27).

De même, dans une affaire de saisie-arrêt, mais dont la solution s'appliquerait également à la saisie conservatoire de navire (28), la Cour de cassation de Belgique a posé le principe que « hormis le cas de simulation », une mesure conservatoire « ne peut, en règle, être pratiquée qu'à la charge du débiteur et non d'un tiers » et que « la circonstance qu'un tiers, doté de la personnalité civile, a des liens de nature patrimoniale avec un débiteur, n'a pas pour effet de permettre une saisie-exécution pratiquée à sa charge, sans titre exécutoire » (29). Ce faisant, dans la mesure où la loi d'incorporation reconnaît la personnalité juridique aux sociétés en cause, le juge belge accepte de lui consacrer son plein effet, et ferme la porte aux créanciers souhaitant profiter d'un for de saisie plus permissif que celui du siège de la société.

Ce n'est que dans de rares cas, caractérisant une fraude, un abus de droit ou de confiance, que le juge belge acceptera de passer outre la personnalité morale distincte des sociétés en cause : « il ne suffit pas qu'elles aient la même adresse, les mêmes numéros de téléphone et de fax, les mêmes administrateurs, les mêmes actionnaires, les mêmes avocats, les mêmes agents, etc. » (30).

Le Royaume-Uni, également partie à la Convention de Bruxelles, attache un strict respect à la personnalité morale des sociétés, en allant jusqu'à reconnaître la possibilité de constituer des « single ship companies » précisément dans le but d'éviter une future saisie conservatoire (31). Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le juge anglais a pu percer le voile social (« to pierce the corporate veil ») pour autoriser la saisie de navires appartenant à une autre société, par exemple, dans une espèce où, dans le seul but d'éviter des créances réclamées, l'actionnaire unique d'une *single ship company* avait transféré la propriété du navire de celle-ci à une société créée au nom de son fils, sans contrepartie financière (32). Ou encore, dans une affaire où un navire a été transféré à une autre société après qu'une demande en paiement ait été présentée par un créancier et dans le seul but d'éviter une saisie afin de sécuriser la créance (33). La jurisprudence anglaise se montre donc assez réticente à faire échec au concept de personnalité morale des sociétés, et n'accepte d'y faire barrage que dans des hypothèses de fraude manifeste. L'Etat qui demeure aujourd'hui favorable à la saisie de navires apparentés, d'ailleurs consacrée



dans sa législation, est l'Afrique du Sud. L'article 3-7-a de l'*Admiralty Jurisdiction Regulation Act* de 1983 (34) adopte une solution opposée à la jurisprudence « Kareliya », en retenant qu'un navire n'appartenant pas directement au débiteur peut être saisi s'il appartient à une société contrôlée directement ou indirectement par le débiteur ou contrôlée directement ou indirectement par le même groupe de personnes qui contrôlent la société qui est débitrice de la créance. Mais une telle singularité s'explique, et s'admet, du fait que cet Etat n'est pas partie à la Convention de Bruxelles.

## 2. Harmonisation au regard du droit des sociétés

L'autre apport du revirement de la Cour de cassation réside évidemment dans l'harmonisation des solutions retenues avec celles du droit des sociétés, notamment en matière de procédures collectives. Les décisions de principe en cette matière sont contemporaines des décisions « maritimes » citées plus haut. C'est donc dans un même courant de réflexion que les concepts de confusion des patrimoines et de fictivité ont été bâtis dans ces deux matières, même s'il a fallu quelques années pour les consacrer en matière de saisie de navire.

Comme il a été exposé plus haut, la Chambre commerciale de la Cour de cassation affirmait dès octobre 1992 que ni « une unicité et [ni] une imbrication d'intérêts résultant de l'interdépendance des engagements financiers » (35), ni « une communauté d'intérêts, d'objectifs et de moyens » (36) ne suffisaient à caractériser la fictivité ou la confusion des patrimoines des sociétés d'un groupe permettant une extension de procédure collective. Alors même que 18 mois plus tôt, elle avait admis que la « communauté d'intérêts » justifiait la saisie d'un navire apparenté (37).

Le revirement effectué avec les arrêts « Osiris I » et « Alexander III » a aligné les solutions, à telle enseigne que ces arrêts soient cités comme référence sur la notion de fictivité (38). La saisie du navire « Kovrov » (39) a donné l'occasion à la Cour de cassation de préciser que la sanction de la fictivité d'une société (en l'espèce une *single ship company* artificiellement créée pour constituer une hypothèque sur le navire) n'est pas son inexistence mais sa nullité, sans rétroactivité, de sorte que l'hypothèque consentie par la société fictive avant la déclaration de sa nullité, demeure valable, dès lors qu'elle n'a pas été constituée en fraude des droits des créanciers chirographaires.

Il semble désormais admis que le régime de la saisie de navire ne permet pas d'atteinte à la personnalité morale autre que les exceptions admises par le droit des sociétés. Dans quelle mesure verra-t-on le droit des sociétés influencer davantage la matière ? En 2005, la Cour de cassation a précisé dans

l'affaire *Metaleurop* que la notion de confusion des patrimoines doit s'apprécier différemment, selon que les sociétés en cause sont, ou non, intégrées dans un groupe (40). Cette décision incitera-t-elle les juges du fond à limiter encore davantage les cas résiduels de saisie de navire apparentés ?

Une question demeure également quant à la théorie de l'apparence. On sait qu'en droit des sociétés, une société-mère peut être tenue des dettes de sa filiale lorsqu'elle s'est immiscée dans les relations avec le créancier de celle-ci au point qu'il ait légitimement pu croire que la société-mère était aussi son cocontractant (41). La solution a été réaffirmée dans un arrêt d'assemblée plénière en 2006 (42), mais il est vrai que l'apparence trompeuse étant difficile à prouver, elle n'est généralement pas retenue (43). Qu'en est-il aujourd'hui en matière de saisie de navire ? Un créancier ayant légitimement cru qu'une société-mère, propriétaire d'un navire, s'était engagée aux côtés de sa filiale, pourrait-il obtenir l'autorisation de saisir le navire, en se prévalant d'une créance maritime ? On sait que dans les arrêts « Osiris I » et « Alexander III », la Cour de Cassation a censuré un usage abusif de la théorie de l'apparence, au profit des concepts de fictivité et de confusion des patrimoines. Pour autant la Cour ne semble pas avoir expressément écarté le recours à cette théorie. D'ailleurs, si l'on admet qu'au fond, le créancier puisse faire valoir une créance contre la société mère, on voit mal pourquoi il serait empêché de préserver sa créance en procédant à la saisie conservatoire des navires que celle-ci pourrait détenir.

Si le débat jurisprudentiel et doctrinal sur la théorie des navires apparentés est aujourd'hui derrière nous, toutes les questions qu'il pose ne sont pas résolues, et la saisie conservatoire de navires continue d'être le théâtre de discussions mettant en cause de multiples aspects juridiques, à un niveau international. Ainsi, ces dernières années, la faillite du groupe international OW Bunkers, spécialisée dans le trading de carburants de navires, a donné lieu à de nombreuses saisies diligentées par la banque ING, subrogée dans les droits d'OW Bunkers, mais également des fournisseurs physiques de soutes, sociétés locales qui n'ont pas toutes été réglées par OW Bunkers.

Certaines saisies ont été autorisées pour des dettes contractées par un affréteur du navire saisi, alors que le contrat d'affrètement était depuis longtemps terminé, et sans que la créance alléguée ne soit plus privilégiée sur le navire. La possibilité d'autoriser la saisie dans un tel cas a donné lieu à des décisions d'appel contradictoires, et le débat reste ouvert (44), dans l'attente d'un arrêt de cassation qui trancherait la question.

34) Cité par C. Van Aerde, La saisie d'un navire autre que le navire auquel se rapporte la créance, in La saisie conservatoire et exécutoire de navire, colloque AFDM-ABDM, DMF 2010. 549

35) Cass. com. 20 oct. 1992, n° 90-21070

36) Cass. com. 20 oct. 1992, n° 89-10.912

37) Arrêt « Brave Mother » précité

38) Mémento Groupes de sociétés 2015/2016, Editions Francis Lefebvre, n° 4317

39) Cass. com. 22 juin 1999, navire « Kovrov », DMF 2000.535, RTD com.1999 p.875.

40) Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094, JCP E 2005, II 10088

41) Cass. com. 5 févr. 1991, RJDA 4/91 n° 303

42) Cass. Ass. plén. 9 oct. 2006, RDJA 1/07 n° 50

43) Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 févr. 2004, RJDA 6/04, ° 715 ; Cass. com. 12 juin 2012 n° 11-16.109

44) Le lecteur souhaitant approfondir le sujet pourra se reporter aux articles suivants : Pr O. Cachard, La lettre ou l'esprit ? Controverses autour de l'article 9 de la convention de 1952 sur la saisie conservatoire des navires de mer, DMF 2016.112 ; Me C. de Corbière, Le cas d'OW Bunker devant les juridictions françaises, DMF 2016.137

# La protection par les assurances de l'actif humain de l'entreprise

**Pauline Arroyo,**  
Avocat Associé,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

**Perrine Bertrand,**  
Avocat,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

1) Telles que celles instituant le régime d'assurance-maladie, et très récemment, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, l'obligation pour tout employeur du secteur privé de souscrire une couverture complémentaire santé collective, autrement dit une « mutuelle d'entreprise ».

Malgré l'importance toujours croissante des machines et robots, ainsi que des réseaux virtuels et numériques, l'actif humain de l'entreprise reste un élément-clé du fonctionnement de celle-ci, indispensable à sa survie et à son développement.

La protection sociale dont bénéficient les préposés de l'entreprise participe naturellement de la préservation de cet « actif » très particulier, en ce qu'elle permet d'assurer un suivi médical et un accès aux soins qui contribuent à sa pérennité. Si les règles protectrices du Code du travail et du Code de la Sécurité sociale (1) bénéficient en premier lieu aux salariés, ces règles sont donc également, de ce point de vue, indirectement favorables à l'entreprise.

Mais l'entreprise elle-même peut, par le biais de mécanismes assurantiels « privés », non imposés par un quelconque texte légal ou réglementaire, se protéger de façon beaucoup plus directe d'événements affectant de façon négative son capital humain.

C'est le cas notamment des polices « homme-clé » et « Kidnapping & Rançon » (ci-après « K&R »), dont les particularités amènent à s'interroger sur la manière dont certains mécanismes du droit des assurances peuvent s'appliquer (I). Leur simple existence sur le marché de l'assurance est par ailleurs susceptible d'avoir une incidence sur la responsabilité des mandataires sociaux (II).

## I. Les particularités des polices homme-clé et K&R confrontées aux grands principes du droit des assurances

Indépendamment des règles spécifiques applicables à tel ou tel risque, le Code des assurances contient différents principes qui concernent globalement toute police d'assurance. Tels sont notamment ceux relatifs à l'appréciation du risque par l'assureur, à l'absence de garantie des conséquences d'une faute intentionnelle de l'assuré, ou à l'interdiction d'assurer un risque illicite.

Les modalités d'application de ces principes aux polices d'assurance homme-clé et K&R génèrent des interrogations.

### A. L'assurance homme-clé : appréciation du risque, faute intentionnelle

Une rapide présentation de l'objet et du principe de fonctionnement des polices homme-clé amène à

s'interroger sur la manière dont l'étendue du risque et l'existence d'une faute intentionnelle sont appréciées dans le cadre de telles polices.

#### 1. Quelles garanties d'assurance ?

L'assurance homme-clé vise à compenser les pertes résultant de l'absence imprévue et prolongée d'une personne dont le rôle est déterminant pour l'entreprise. Cette personne « clé » peut être, par exemple, un chef cuisinier renommé à la tête d'une petite entreprise familiale, un « nez » dans une parfumerie d'envergure internationale, ou un maître de chai dans une exploitation viticole. L'indisponibilité temporaire, totale ou partielle, voire la disparition du cuisinier, du « nez » ou du maître de chai exposerait leur employeur à des pertes importantes, lesquelles pourraient d'ailleurs affecter la pérennité de l'entreprise.

Ainsi, si le chef cuisinier d'un restaurant réputé se blesse grièvement et ne peut plus occuper son poste pendant plusieurs mois, le restaurant s'expose à une baisse de fréquentation, générant une perte de revenus, et à une perte de réputation. Pour éviter ces dommages, il serait nécessaire que le restaurant pallie l'absence de son chef, par exemple en embauchant en CDD un autre chef réputé ou en communiquant de façon plus importante pour attirer de nouveaux clients malgré l'absence de son chef en titre. Or, ces différentes mesures ont un coût que l'entreprise n'est pas nécessairement en mesure de financer.

La police homme-clé a précisément pour but de permettre à l'entreprise de disposer de fonds lui permettant de faire face aux conséquences de l'absence de son salarié clé, que ce soit pour embaucher un salarié en remplacement, pour compenser des frais fixes n'ayant plus de contrepartie, ou pour rassurer ses clients par exemple.

Cette assurance prend la forme, qui peut sembler classique, d'une adhésion à un contrat groupe décès, incapacité, invalidité.

Cependant, les contrats de ce type sont généralement souscrits par une personne physique pour sa protection personnelle, et cette personne est à la fois l'adhérent, l'assuré et le bénéficiaire des garanties (en dehors du capital décès naturellement, pour lequel un tiers est désigné en qualité de bénéficiaire, généralement un membre de la famille de l'assuré). La police homme-clé, en revanche, présente la particularité d'une dissociation entre celui qui a la



qualité d'assuré et celui qui a la qualité de bénéficiaire des garanties. Plus précisément, l'entreprise est en même temps l'adhérent au contrat groupe, et le bénéficiaire des prestations qui seront versées par l'assureur : si son salarié se blesse, c'est l'entreprise qui perçoit les indemnités journalières, s'il décède, c'est l'entreprise qui perçoit le capital décès. En revanche, c'est l'homme-clé qui répond à la définition contractuelle de « l'assuré ».

Suivant les polices, la garantie proposée par l'assureur peut prendre la forme d'une indemnisation forfaitaire (versement à l'entreprise d'un capital décès ou d'indemnités journalières forfaitaires pendant l'absence du salarié), ou d'une indemnisation de la perte de marge brute ou des frais généraux permanents de l'entreprise directement liés à l'activité habituelle du salarié absent. Dans ce dernier cas, la police fixe par avance les critères qui seront utilisés pour calculer la perte de marge brute.

L'événement déclencheur de la garantie est la survenance d'une invalidité, d'une incapacité, ou du décès de l'homme-clé. Les polices homme-clé se présentent à cet égard de façon sensiblement identique à une police de prévoyance classique, avec des franchises en nombres de jours, des modalités de calcul du taux d'invalidité.

Il peut arriver par ailleurs qu'une banque consentant un prêt à une entreprise dont l'activité est fortement dépendante de la présence d'un homme-clé exige que les prestations prévues par une police homme-clé lui soient déléguées à titre de remboursement du prêt qu'elle consent.

## 2. Comment évaluer le risque ?

S'il n'existe pas de définition légale de l'opération d'assurance, ni du contrat d'assurance, il est certain que leur caractéristique majeure est d'être aléatoires, c'est-à-dire de couvrir un « événement incertain » (2). C'est cet événement incertain qui est « le risque », objet de la garantie.

La bonne appréciation du risque par l'assureur est l'un des éléments garantissant l'équilibre et la validité de l'opération d'assurance. De la bonne appréciation du risque dépend en effet l'adéquation de l'indemnité d'assurance et partant, de la prime.

Il convient de rappeler à cet égard qu'en cas de fausse déclaration intentionnelle ou de réticence volontaire, le contrat d'assurance peut être annulé (3). Si la mauvaise foi de l'assuré ne peut pas être établie, le contrat d'assurance peut, au choix de l'assureur, être maintenu avec ou sans modification du montant de la prime, ou être résilié pour l'avenir. Une réduction de l'indemnité d'assurance peut également être décidée par l'assureur si ce défaut d'information apparaît après sinistre (4).

Dans cette optique, il pèse sur l'assuré une obligation d'information ayant pour objet d'apporter à l'assureur toutes les informations utiles lui permettant d'apprécier le degré de probabilité et de gravité du risque qui pourrait éventuellement être garanti (5). Cela se traduit en pratique par des réponses à un questionnaire de déclaration de risque soumis par l'assureur (6).

Dans la plupart des polices, les modalités de l'appréciation du risque ne posent pas de difficulté dans la mesure où le souscripteur et l'assuré sont bien

souvent une seule et même personne.

Tel n'est pas le cas de l'assurance homme-clé.

L'entreprise étant seule directement concernée par cette police, la déclaration du risque devrait lui incomber exclusivement mais pour donner à l'assureur une juste appréciation du risque à assurer, il faudrait qu'elle dispose d'informations sur son salarié qui relèvent du secret médical (état de santé, historique médical, etc.). Le salarié sera en tout état de cause peu disposé à révéler ces informations à son employeur, craignant que cela n'affecte la qualité de sa relation de travail avec ce dernier.

C'est notamment pour contourner cette difficulté que « l'assuré » est l'homme-clé lui-même : cette réintégration de l'homme-clé dans la police permet aux assureurs d'exiger qu'il contribue activement à la déclaration du risque en remplissant un questionnaire de santé et en fournissant un rapport médical, complété éventuellement par des examens (7). Il en résulte que le salarié doit nécessairement être associé à la souscription d'une police homme-clé, et que sa coopération est indispensable pour que son employeur puisse y procéder.

La coopération du salarié reste d'ailleurs indispensable une fois que la police a été souscrite : en effet, le décès ou l'invalidité du salarié résultant de certains comportements de ce dernier sont généralement exclus (éthylisme, pratique de sports à risque, mutilation volontaire, etc.), et l'entreprise peut donc perdre le bénéfice de la garantie qu'elle a souscrite du seul fait des actions de son salarié dans le cadre de sa vie privée, sur lesquelles l'entreprise n'a naturellement aucune maîtrise. Par ailleurs, en cas de sinistre, le salarié doit accepter de se soumettre aux procédures d'évaluation de son état de santé prévues par la police d'assurance pour que l'entreprise puisse bénéficier des garanties qu'elle a souscrites (expertise médicale, etc.).

De son côté, l'entreprise en qualité de souscripteur est également tenue de participer à l'exacte déclaration du risque, tant au moment de la souscription de la police qu'au cours de la vie de celle-ci. Si par exemple les conditions de travail de l'homme-clé évoluent de sorte que le risque qu'il contracte une maladie invalidante ou qu'il décède est accru, parce qu'il est amené à voyager dans des pays « à haut risque » de ce point de vue, il y a potentiellement une aggravation du risque assuré qui devrait être déclarée à l'assureur. L'appréciation du risque par l'assureur au titre d'une police homme-clé nécessite donc une interaction et une coopération entre l'entreprise qui entend souscrire une telle police et son salarié-clé. Cette coopération est également essentielle pour que les garanties souscrites par l'entreprise gardent tout leur intérêt.

## 3. Quelle place pour la faute intentionnelle ?

Les modalités d'appréciation de l'existence d'une faute intentionnelle suscitent également des interrogations en matière de polices homme-clé.

L'article L.113-1 alinéa 2 du Code des assurances dispose que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». La faute intentionnelle est la faute qui traduit la volonté de l'assuré de commettre le dommage tel qu'il s'est réalisé (8). La faute dolosive

2) Actuel article 1964 et futur article 1108 du Code civil à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016.

3) Article L.113-8 du Code des assurances.

4) Article L.113-9 du Code des assurances.

5) Article L.113-8 du Code des assurances.

6) Article L.113-2 alinéa 2 du Code des assurances.

7) Ce questionnaire est, à n'en pas douter, couvert par la confidentialité mais un contentieux pourrait naître si d'aventure un salarié refusait de se soumettre à cet exercice qui lui serait demandé par son employeur.

8) Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 6 février 2014, n<sup>o</sup> 13-10160.

9) Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 28 février 2013, n<sup>o</sup> 12-12813.

10) Voir *Traité du droit des assurances*, sous la direction de J. Bigot., Tome III – Le contrat d'assurance, § 1112.

11) Les contrats d'assurance garantissant les dommages d'incendie à des biens situés sur le territoire national ainsi que les dommages aux corps de véhicules terrestres à moteur ouvrent droit à la garantie de l'assuré pour les dommages matériels directs causés aux biens assurés par un attentat ou un acte de terrorisme tel que défini par les articles 421-1 et 421-2 du Code pénal subis sur le territoire national.

est la faute qui a fait disparaître l'aléa (9).

La faute intentionnelle et l'absence d'aléa s'apprécient en principe dans la personne de « l'assuré ».

Dans la mesure où c'est l'entreprise elle-même qui bénéficie des prestations prévues par la police d'assurance, l'on pourrait être tenté de considérer que c'est elle qui est « l'assuré » – étant rappelé que le Code des assurances utilise ce terme notamment pour désigner le preneur d'assurance, c'est-à-dire celui qui souscrit la police, qui en l'espèce est l'entreprise.

Or, quel comportement l'entreprise pourrait-elle adopter qui serait tel que le dommage, à savoir l'indisponibilité de l'homme-clé, survienne de façon inévitable de sorte qu'une faute intentionnelle serait caractérisée ?

Cette hypothèse est naturellement susceptible de se produire mais elle ne permet pas de tenir compte du comportement de la personne qui est effectivement l'objet du risque et dont l'état physique déclenche l'application des garanties.

C'est l'une des raisons pour lesquelles c'est l'homme-clé qui est désigné comme étant « l'assuré » dans les polices homme-clé. Cette pratique n'est pas contraire aux dispositions du Code des assurances, puisque le terme d'« assuré » y est également employé pour désigner la personne exposée au risque (10).

La faute intentionnelle et la faute privative d'aléa peuvent ainsi s'apprécier dans la personne du salarié, ce qui est logique au regard de la conception et du mode de fonctionnement particulier des polices homme-clé qui, une fois encore, ont vocation à s'appliquer en raison d'événements qui affectent une personne autre que le souscripteur bénéficiaire des garanties.

## B. L'assurance K&R

L'assurance K&R se présente de manière totalement différente de l'assurance homme-clé mais, de la même façon, suscite des interrogations sur les modalités d'appréciation du risque par l'assureur. Par ailleurs, dans certaines hypothèses, la notion d'illicéité du risque doit être prise en considération.

### 1. Quelles garanties d'assurance ?

L'assurance K&R a pour objet principal de garantir les dommages résultant, pour l'entreprise, d'événements de type enlèvement, détention arbitraire, extorsion, détournement de véhicule ou d'aéronef affectant l'un de ses salariés.

Si ces polices comportent généralement un volet couvrant les dommages corporels subis par le salarié et/ou un volet responsabilité civile, elles relèvent pour l'essentiel de l'assurance des dommages et pertes pécuniaires de l'entreprise : elles couvrent ainsi certains frais auxquels l'entreprise est exposée à la suite de l'événement garanti (tels que le versement d'une rançon, naturellement, mais également, par exemple, le montant du salaire que l'entreprise continue à verser au salarié kidnappé pendant sa période de détention, ou encore des frais de déplacement, les honoraires de consultants de crise, des frais de suivi médical ou psychologique, etc.), ou les pertes d'exploitation résultant de cet événement.

En tant que telles, elles protègent donc le capital humain de l'entreprise, d'une part en proposant des

garanties qui bénéficient directement aux salariés de celle-ci, mais d'autre part en assurant à l'entreprise une prise en charge d'une partie des conséquences financières qu'elle subit du fait de l'événement ayant affecté son ou ses salarié(s).

Elles pourraient s'analyser en un complément de l'assurance obligatoire des dommages résultant d'actes terroristes, prévue par l'article L. 126-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code des assurances (11), mais leur objet est en réalité beaucoup plus large puisqu'elles ne s'appliquent pas uniquement en cas d'acte terroriste – loin s'en faut.

À cet égard, on dénombre en moyenne plus de 100 000 kidnappings contre rançon par an dans le monde. En 2014, 35 % des enlèvements se sont produits en Asie, et 21 % en Amérique (Amérique du Sud essentiellement). Le Mexique, l'Inde et le Bangladesh figurent parmi les dix pays les plus exposés (aux côtés de pays plus attendus comme la Lybie, l'Irak ou le Soudan) et les motifs des enlèvements sont crapuleux, sans lien avec une quelconque activité terroriste.

### 2. Comment évaluer le risque ?

La correcte appréciation du risque n'est pas aisée dans les polices K&R.

En effet, le risque garanti au titre d'une police K&R varie non seulement dans l'espace, c'est-à-dire en fonction des pays dans lesquels l'entreprise exerce son activité, mais également dans le temps puisque la situation géopolitique évolue très rapidement. C'est cette réalité mouvante qu'il est difficile de mesurer mais qui aura nécessairement un impact sur la mise en œuvre de la police d'assurance.

On peut bien entendu, lors de la souscription de la police, faire une « photographie » de l'activité de l'entreprise et identifier les pays qui sont fréquentés, de façon plus ou moins habituelle, par les salariés de celle-ci. C'est en revanche en cours de contrat que l'assuré doit faire preuve de vigilance, et penser le cas échéant à déclarer à l'assureur une aggravation du risque si le champ territorial d'intervention de ses salariés est modifié, de sorte qu'ils sont susceptibles de se rendre dans des régions où ils se trouveront plus fortement exposés que celles qui avaient été envisagées à la souscription (article L. 113-2 3<sup>o</sup> du Code des assurances). À défaut, il pourrait s'exposer à une réduction du montant de l'indemnité, voire à un refus de garantie si l'assureur parvenait à démontrer sa mauvaise foi.

### 3. Kidnapping par une organisation terroriste : un exemple d'application de l'article 6 du Code civil ?

Bien que de nombreux enlèvements soient sans lien avec une quelconque entreprise ou organisation terroriste, il arrive également, bien entendu, qu'un tel lien existe.

On est alors conduit à s'interroger sur l'incidence de l'article 6 du Code civil, qui dispose que l'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », lorsque la rançon a été ou est destinée à être versée à une organisation terroriste.

En effet, les polices d'assurance, comme tout contrat, ne peuvent contredire une disposition d'ordre public



et il est généralement admis, en conséquence, qu'une police d'assurance ne peut avoir pour objet de garantir un risque lui-même illicite car contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (12).

Or, le Règlement UE n° 2580/2001 du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme interdit de mettre à disposition, directement ou indirectement, des fonds, autres avoirs financiers et ressources économiques, ou de les utiliser au bénéfice des personnes physiques ou morales, des groupes ou des entités considérés comme terroristes.

Par ailleurs, l'article 421-1 du Code pénal interdit « le fait de financer une entreprise terroriste, en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme ».

En vertu de ces textes, la légalité du versement d'une rançon à une organisation terroriste pose de très sérieuses difficultés et par conséquent, la licéité du remboursement de cette rançon par l'assureur à l'assuré au titre d'une police K&R également.

On pourrait donc se trouver ici dans un cas d'application de l'article 6 du Code civil.

Il est intéressant de noter que cette question a été récemment résolue de façon claire en Angleterre, où un amendement au *Terrorism Act* de 2000 en date du mois de novembre 2014 interdit désormais expressément à l'assureur K&R de verser ou rembourser une rançon en exécution de la police si la demande de rançon est en lien avec une action terroriste et si l'assureur savait ou avait de bonnes raisons de suspecter que le paiement répondait à une demande motivée par un intérêt proscrit (13).

## II. Les conséquences de l'extension de l'assurance du capital humain de l'entreprise sur la responsabilité des mandataires sociaux et de l'employeur

Un employeur et/ou un mandataire social pourrai(en)t-il(s) se voir reprocher de ne pas avoir été suffisamment diligent(s) et/ou prudent(s) en ne souscrivant pas les polices d'assurance précitées, qui auraient pu permettre à l'entreprise de limiter l'impact de ses pertes d'exploitation ?

Une réponse négative à cette question semble s'imposer de prime abord puisque ces polices sont facultatives (14).

Toutefois, la suffisance et l'opportunité des diligences accomplies par un employeur ou un mandataire social est appréciée, par les actionnaires d'une entreprise et par les juges (en matière civile ou pénale), non seulement au regard de leurs obligations légales, mais également au regard de ce qui constitue un comportement normalement diligent au regard des mesures qui étaient à sa disposition.

Autrement dit, le reproche de ne pas avoir souscrit de telles polices d'assurance pourrait devenir d'autant plus fréquent que ces polices sont disponibles sur le marché et que leur souscription devient usuelle.

La question se pose essentiellement au regard du risque de responsabilité civile auquel sont confrontés les mandataires sociaux en cas de faute de gestion, mais, sous un autre angle, elle présente également un intérêt dans le cadre d'une action en reconnaissance de faute inexcusable.

### A. L'impact de l'existence des polices homme-clé et K&R sur la responsabilité des mandataires sociaux

En matière de responsabilité des mandataires sociaux, c'est « l'intérêt social » qui sert de critère d'appréciation de la faute de gestion, laquelle fait l'objet actuellement d'une définition relativement large en jurisprudence, créant une certaine insécurité juridique.

Ainsi, un dirigeant peut se voir reprocher non seulement une faute « positive », c'est-à-dire une action préjudiciable à la société (par exemple, violation des statuts ou des dispositions légales) mais également une faute « négative » consistant en une omission ou une abstention, volontaire ou involontaire, laquelle s'est révélée tout autant préjudiciable, même si la société reste *in bonis*.

Ont ainsi été considérées comme constitutives d'une faute de gestion des inactions préjudiciables à la société telles que des « défauts d'information », « l'absence de mesures de redressement ou de réduction des déficits » (15), le défaut de constitution d'une provision (16), une négligence rendant impossible le recouvrement d'une dette sociale (17).

Serait-il alors possible de reprocher à un mandataire social une faute de négligence tenant au défaut de souscription d'une assurance homme-clé ou K&R, ou à tout le moins, de ne pas avoir informé le comité de direction ou le conseil d'administration qu'un tel produit d'assurance existait sur le marché, à charge pour eux de décider si la société devrait ou non souscrire une telle assurance ?

L'hypothèse peut se présenter par exemple si l'entreprise subit des pertes d'exploitation importantes à la suite du décès d'un homme clé, ou de la détention de plusieurs salariés à l'étranger qui a pour effet de limiter pendant plusieurs mois l'activité d'un site exploité par l'entreprise.

Ces pertes d'exploitation ne sont pas garanties par l'assurance dommages générale de l'entreprise, qui ne couvre les pertes d'exploitation que lorsqu'elles résultent d'un événement dénommé (incendie par exemple). Elles auraient pu être garanties si, respectivement, une police homme-clé ou une police K&R avait été souscrite.

Il est certain que ce n'est pas l'absence de souscription de l'une des deux polices précitées qui est la cause directe des pertes de la société – lesquelles sont imputables à la disparition dudit salarié ou dirigeant.

Or, en dehors de l'hypothèse spécifique d'une action en contribution à l'insuffisance d'actif dans le cadre d'une procédure collective, le lien de causalité s'apprécie en principe de façon stricte.

Cependant, le défaut d'assurance pourrait être considéré comme un facteur aggravant car le versement d'une indemnité d'assurance au titre de la police homme-clé aurait permis, par exemple, à la société de former un salarié en remplacement ou de chercher une solution alternative pour une

12) Civ. 1, 5 mai 1993, n° 91-15.401 (assurance de responsabilité civile souscrite par un chiropracteur qui exerçait son activité professionnelle de façon illégale) ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 octobre 2014, n° 13-19.729 (assurance annulation d'une exposition)

13) Voir HFW Briefing « UK Counter-Terrorism and Security Bill » : <http://www.hfw.com/UK-Counter-Terrorism-and-Security-Bill-ransom-payments-2-November-2014>

14) Alors que la Cour de cassation a récemment rappelé que le défaut de souscription d'une police d'assurance dommages-ouvrage est une faute détachable des fonctions : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 mars 2016, n° 14-15.326.

15) Cass. com., 19 déc. 1995, JurisData : 1995-003707.

16) CA Colmar, Chambre 2, Section A, 9 novembre 2006, JurisData : 2006-327418.

17) Cass. com., 12 mai 1975, n° 74-10.169, JurisData : 1975-097130, Bull. civ. 1975, IV, n° 130.

18) Cass. Soc., 28 février 2002, Bull. Civ. 2002, V, n° 81.

reconversion ou une diversification de ses activités face à la perte de son savoir-faire. En définitive, la caractérisation d'une faute de gestion dépendra probablement de l'importance du risque de perte auquel était exposée la société en cas de survenance de l'événement objet de l'assurance, du coût de la garantie d'assurance, et des usages du secteur dans lequel l'entreprise exerce son activité en matière de souscription d'une telle garantie d'assurance.

### B. L'impact de l'existence des polices homme-clé et K&R en matière de faute inexcusable de l'employeur

À l'inverse, la souscription des polices K&R et homme-clé est susceptible de servir l'intérêt de l'entreprise dans l'hypothèse où sa responsabilité pour faute inexcusable, en tant qu'employeur, serait recherchée. En effet, la faute inexcusable de l'employeur est caractérisée lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver (18).

L'attentat de Karachi a montré que l'employeur n'est pas exonéré de sa faute inexcusable en cas d'événement terroriste. Suite à l'attentat suicide d'un kamikaze le 8 mai 2002 à Karachi (Pakistan), ayant provoqué la mort de 14 employés de la DCN (Direction des constructions navales), plusieurs familles des victimes ont engagé une action en reconnaissance de faute inexcusable à l'encontre de la DCN. Dans un arrêt du 15 janvier 2004, le Tribunal des Affaires de

la Sécurité Sociale de Saint-Lô a retenu que la faute de l'employeur était caractérisée car ce dernier avait parfaitement conscience du danger mais pour autant il n'avait pas pris des mesures plus drastiques qui auraient pu permettre « *d'empêcher un attentat, ou du moins en aurait considérablement diminué le risque* ». Le Tribunal évoque notamment la possibilité d'un rapatriement des salariés face à la menace grandissante d'attentats.

L'intérêt de la souscription d'une police K&R est qu'y sont généralement associés les services d'un consultant spécialisé en analyse de risques et gestion de crise, qui le plus souvent propose un service de veille géopolitique fine, avec des alertes et mises à jour extrêmement fréquentes. Si l'employeur a souscrit une telle police et a suivi les recommandations qui lui ont été données, cela pourrait l'aider à démontrer soit qu'il ne pouvait avoir conscience du danger auquel étaient exposés ses salariés, soit qu'il a pris les mesures de prévention qui s'imposaient. Sans être exonératoire en tant que telle, l'existence de la police K&R pourrait ainsi aider l'employeur à se défendre en cas d'action en reconnaissance de faute inexcusable.

En conclusion, chacune à leur manière et dans des hypothèses différentes, les polices homme-clé et K&R permettent à l'entreprise de se décharger pour partie du risque financier qui résulte pour elle de la vulnérabilité de son capital humain, en proposant une indemnisation qui lui permettra de pallier les événements dont les conséquences peuvent l'affecter directement et durablement dans l'exercice de son activité.



# L'énergie : un « actif » à maîtriser ?

## Performance et efficacité énergétiques des entreprises en 2016

**Robert Follie,**  
Avocat Associé – Managing Partner du bureau de Paris  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

**Guillaume Mezache,**  
Avocat,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

### L'énergie : un « actif » de l'entreprise ?

Envisager l'énergie comme un actif de l'entreprise (1) ne semble pas naturel à première vue, celle-ci figurant plus souvent aux comptes de charges qu'aux comptes d'actifs. L'énergie n'en est pas moins un élément « générant une ressource » et dont l'entreprise « attend des avantages économiques futurs », pour reprendre le vocabulaire employé par le plan comptable général (2).

Cela s'explique par le caractère multiforme de l'énergie. Classifiée de nombreuses manières selon sa nature physique ou son mode de production et ce sans que ces classifications ne soient exclusives entre elles (3), cela se traduit juridiquement par l'existence de plusieurs « droits des énergies ». Il n'en est pas moins vrai que ces règles tendent de plus en plus à être regroupées, dans la continuité d'une approche amorcée il y a déjà plusieurs décennies par le législateur français. Cette tendance se matérialise aujourd'hui par l'existence d'un Code de l'énergie (4) complété cette année par une partie réglementaire (5) et par la refonte future du Code minier (6).

L'ouverture progressive des marchés de l'électricité et du gaz naturel sous impulsion européenne, ainsi que les politiques gouvernementales et internationales de lutte contre le réchauffement climatique n'ont fait que renforcer cette dynamique. Les règles juridiques relatives à l'énergie tendent à se complexifier et à évoluer de plus en plus vite, ce qui n'est pas sans incidence sur les entreprises pour qui l'énergie est diffuse tout au long du processus de production ou de commercialisation, et ce quelle que soit leur taille ou leur secteur d'activité.

Ce faisant, l'énergie constitue, dans le contexte de marchés globalisés impliquant des variations importantes des cours, un « actif » hautement régulé et à part entière pour l'entreprise.

**L'entreprise : un acteur de l'énergie.** Parce que l'entreprise peut être à la fois producteur et consommateur d'énergie, et que la consommation d'énergie est intrinsèquement liée à la protection de l'environnement, les entreprises sont aujourd'hui au cœur des politiques liées à la transition énergétique, à l'image de leur rôle dans le cadre de la Conférence de Paris sur le climat (COP21).

Cela est d'autant plus vrai que les entreprises doivent également faire face à des marchés dérégulés qui bouleversent leur gestion de l'énergie, ainsi qu'à une réglementation complexe qui leur impose de prendre en considération le facteur énergie très en amont. On

notera ainsi, à titre d'exemple, l'obligation pour le président du conseil d'administration d'une société « cotée » de rapporter les risques financiers liés aux effets du changement climatique et des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie « bas carbone » dans toutes les composantes de son activité (7).

Les notions juridiques de performance et d'efficacité énergétiques (8) sont aujourd'hui les pierres d'angles des réglementations susceptibles d'impacter la vie de l'entreprise, qu'il s'agisse de leur parc immobilier, leurs moyens de production ou encore du déplacement de leurs salariés, imposant audits, informations et adaptation.

### 2016 : une année de transition pour l'énergie.

L'année 2016 constitue à plusieurs titres une année de changement pour les entreprises et leur stratégie de gestion de l'énergie. En effet, cette année est celle de la mise en place de nombreuses règles issues de la loi sur la transition énergétique et pour la croissance verte (9) qui embrasse de nombreux secteurs de l'économie. L'année 2016 suit également la Conférence sur le climat COP21 qui fut l'occasion pour le Gouvernement français de procéder à une refonte en profondeur de la fiscalité énergétique ou d'adopter des mesures concernant les marchés publics de l'Etat. Enfin, cette année marque plus largement l'entrée en vigueur de l'ouverture à plus grande échelle des marchés de l'énergie.

Le présent article n'a pas vocation à dresser un tableau exhaustif des règles juridiques nouvelles et qui devront être appliquées par les entreprises, les règles sectorielles étant à cet égard trop nombreuses, et chaque secteur d'activité méritant à lui seul une étude. Il s'agit néanmoins de s'attarder sur certaines modifications juridiques et fiscales applicables en 2016 et qui illustrent la nécessité grandissante pour les entreprises de mettre en place une gestion des coûts économiques et juridiques liés à l'approvisionnement et l'utilisation de l'énergie.

### I. Maîtrise de l'approvisionnement en énergie de l'entreprise

La gestion de l'énergie par les entreprises porte d'abord sur la maîtrise de l'approvisionnement constituée des coûts d'achat de l'énergie en elle-même, c'est-à-dire la fourniture d'énergie, son coût de transport et de distribution, correspondant à la rémunération des gestionnaires de réseaux, ainsi que

1) Les actifs sont définis juridiquement comme l'« ensemble des biens et droits évaluable en argent qui constituent les éléments positifs du patrimoine d'une personne (physique ou morale) et forment le gage de ses créanciers, par opposition au passif ». G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF.

2) Article 211-1 du Plan Comptable Général

3) Droit de l'Énergie, *Dalloz action*, P. Sablière, 2014-2015, n° 001.11 et suivants.

4) Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du Code de l'énergie.

5) Décret n° 2015-1823 du 30 décembre 2015 relatif à la partie réglementaire du code de l'énergie.

6) Le Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer à mis en consultation publique un projet de loi portant réforme du régime des mines et portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit minier, la consultation publique s'est terminée le 10 avril 2015.

7) Article L. 225-37 alinéa 6 du Code de commerce résultant de l'article 173 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

8) La performance énergétique est définie comme « le rapport entre les résultats, le service et la marchandise ou l'énergie que l'on obtient et l'énergie consacrée à cet effet, l'efficacité énergétique consistant quant à améliorer

et à accroître cette efficacité, suite à des modifications d'ordre technologique, comportementale et/ou économique » Droit de l'Énergie, *Dalloz action*, P. Sablière, 2014-2015, n° 115.12.

9) Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 *loi sur la transition énergétique et pour la croissance verte*

10) Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 sur la « Nouvelle Organisation du Marché de l'Électricité », dite loi NOME (article 14).

11) Cela avait valu une procédure formelle d'examen s'agissant de la fourniture de gaz naturel et une demande formelle de mise en conformité par la Commission Européenne à l'égard de la France.

12) Prise en application de l'article 172 de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte

13) Sauf préavis donné par le consommateur dans un délai maximum de quinze jours, sans indemnité due par les parties

14) Articles L. 351-1 et L. 341-4-2 du Code de l'énergie

15) L'article L. 341-4-2 du Code de l'énergie ouvre également ce droit à certaines installations permettant le stockage de l'énergie en vue de restitution ultérieure

16) Amendement n° 918, 9 février 2015.

17) Décret n° 2016-141 du 11 février 2016 relatif au statut d'électro-intensif et à la réduction de tarif d'utilisation du réseau public de transport accordée aux sites fortement consommateurs d'électricité

18) Délibération de la Commission de Régulation de l'Énergie en date du 3 décembre 2015 portant avis sur le projet de décret relatif à l'abattement tarifaire accordé aux sites fortement consommateurs d'électricité pris en application des articles L. 351-1 et L. 341-4-2 du Code de l'énergie.

sur les prélèvements fiscaux obligatoires y afférents, levier incitatif par excellence des pouvoirs publics.

## A. Achat d'énergie : entre rupture et continuité

L'approvisionnement en énergie des entreprises, particulièrement celles distribuées par réseaux, est marqué par la disparition des tarifs réglementés de vente pour un grand nombre de consommateurs professionnels et une modification des taxes y afférentes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, ce qui constitue un élément de rupture pour certaines entreprises. Pour autant, ces modifications soit s'inscrivent dans un calendrier législatif déterminé il y a plusieurs années soit font écho à des décisions jurisprudentielles. Elles nécessitent par ailleurs des accommodements supplémentaires dans la lignée de dispositifs d'aides déjà existants.

### 1. Fin des tarifs réglementés de vente de gaz naturel et d'électricité (TRV) pour les clients finaux non résidentiels

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, les consommateurs non résidentiels d'électricité situés en France métropolitaine continentale qui disposaient d'un contrat de fourniture d'électricité d'une puissance souscrite supérieure à 36 kVA (10) ou consommant plus de 30 MWh de gaz naturel par an ne sont plus éligibles aux TRV fixés par le gouvernement. Les consommateurs concernés, tous professionnels, ont désormais l'obligation de souscrire à une offre de marché s'agissant de leur approvisionnement en électricité ou en gaz naturel. Cette disparition résulte de la mise en application de l'ouverture des marchés européens de l'électricité et du gaz naturel. Jugés par la Commission européenne comme contraires aux règles de l'Union relatives au marché intérieur de l'énergie imposant que « *les prix soient déterminés par le jeu de l'offre et de la demande* », les TRV constituaient ainsi pour les clients finaux non résidentiels des obstacles pour les opérateurs entrant sur le marché (11).

La conséquence immédiate pour les consommateurs qui n'avaient pas souscrit de contrats d'offres de marché avant le 31 décembre 2015 a été la résiliation automatique de leur contrat et le basculement vers une offre transitoire jusqu'au 30 juin 2016. En effet, l'ordonnance n° 2016-129 du 10 février 2016 (12) est venue organiser cette période transitoire en prévoyant une acceptation tacite d'un nouveau contrat à une offre de marché auprès d'un fournisseur désigné par la Commission de régulation de l'énergie à l'issue d'une procédure de mise en concurrence. Le prix effectivement facturé aux consommateurs concernés pourra à ce titre être majoré de 30 % par rapport aux prix usuellement pratiqués par les fournisseurs sur les marchés « *afin d'inciter [les consommateurs] à souscrire une offre de marché de leur choix* ». Le contrat ainsi conclu est tacitement reconductible par période d'un an (13). Le fournisseur est par ailleurs autorisé à faire évoluer les conditions de fourniture à l'issue du délai de la première année contractuelle, sous réserve d'une information préalable et du rappel fait au client de la possibilité de souscrire une offre de marché auprès du fournisseur de son choix ainsi que

de résilier le contrat en vigueur.

La souscription d'une offre de marché constitue un changement de paradigme pour de nombreux sites de consommation. En effet, la conclusion d'un contrat d'offre de marché suppose une comparaison des différentes offres existantes, et notamment s'agissant des conditions de détermination du prix de la fourniture (prix fixe ou variable, tarifs bloqués, éventuelles clauses d'indexation, etc.). Une attention particulière devra alors être portée aux conditions générales de fourniture afin de déterminer si les coûts d'acheminements de l'électricité représentant les coûts facturés par les gestionnaires de réseaux sont inclus dans l'offre proposée mais également la période d'engagement du consommateur et les éventuelles pénalités en cas de résiliation anticipée. L'enjeu majeur pour les consommateurs est donc une adaptation des conditions contractuelles applicables à leur futur contrat aux contraintes de son activité, notamment en cas de pluralité de sites de consommation ou de particularités de consommation.

### 2. Réduction des tarifs d'acheminement d'électricité pour les « entreprises électro-intensives »

La loi sur la transition énergétique et pour la croissance verte a introduit dans le Code de l'énergie un droit à réduction des tarifs d'utilisation du réseau public de transport d'électricité (TURPE transport) (14) au bénéfice des entreprises ou de sites d'entreprises « *électro-intensifs* » (15). Résultant d'un amendement gouvernemental (16), ce dispositif vise à ne pas désavantager certaines entreprises ou sites directement raccordés au réseau public de transport d'électricité et qui font face à une concurrence internationale directe.

Complétées par le décret n° 2016-141 du 11 février 2016 (17), les dispositions du Code de l'énergie permettent désormais à certains sites qualifiés d'« *électro-intensifs* » en raison de la quantité consommée d'électricité, de la valeur ajoutée produite par le site, du degré d'exposition à la concurrence internationale, du volume annuel de consommation d'électricité ou encore des procédés industriels mis en œuvre, de bénéficier d'une réduction allant jusqu'à 90 % des sommes dues au titre du TURPE transport. Cette réduction est conditionnée à la mise en œuvre d'une politique énergétique ce qui suppose la mise en place système de management de l'énergie dans un délai de 18 mois et l'atteinte d'objectifs de performance énergétique. Le niveau de réduction du TURPE applicable varie selon les données de consommation et la catégorie d'appartenance du site (entreprise électro-intensive, site électro-intensif ou site hyper-intensif).

Cet abattement tarifaire susceptible de représenter une baisse de recettes de 140 millions d'euros, soit 3 % du TURPE Transport (18) vient s'ajouter à d'autres dispositifs existant déjà au bénéfice des industries électro-intensives. Ainsi, s'agissant de la fourniture d'électricité, on se souviendra du dispositif « *Exeltium* » mis en place suite à l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité consistant en la création d'un consortium d'acheteurs appartenant aux industries électro-intensives ayant recours à un financement bancaire à des conditions fiscales



avantageuses et ayant conclu avec EDF un contrat de fourniture long terme pour le rétrocéder à ses membres. De même, ces secteurs considérés comme particulièrement exposés bénéficieront également d'avantages fiscaux dans le cadre de la refonte de la fiscalité énergétique résultant de la loi de finances rectificative pour 2015 (voir ci-dessous).

## B. Réforme de la fiscalité énergétique : les énergies carbonées au soutien des énergies renouvelables

La loi de finances rectificative pour 2015 et la loi de finances pour 2016 ont opéré une réforme profonde de la fiscalité énergétique avec pour objectif notamment de faire soutenir les énergies renouvelables par les énergies carbonées. Sans pouvoir détailler l'ensemble des modifications opérées par le législateur, cette réforme vise particulièrement à limiter l'augmentation de la fiscalité sur l'électricité, augmenter la taxation sur les énergies fossiles, supprimer l'avantage historiquement octroyé au gazole et clarifier les règles budgétaires nationales concernant les prélèvements liés à la transition énergétique.

### 1. Elargissement de l'assiette de la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) au gazole non routier et modification des règles d'acquiescement

La loi de finances rectificative pour 2015 (19) a étendu l'assiette de la taxe générale sur les activités polluantes au gazole non routier, qui jusque-là en étaient exclus. Ainsi, seront dorénavant redevables de la TGAP pour l'utilisation de gazole, les distributeurs commercialisant du gazole utilisé pour les engins de travaux publics ou par les exploitants pour les machines agricoles. Cette extension de l'assiette de la TGAP vise à inciter les distributeurs de gazole à l'incorporation de biocarburants.

En effet, l'article 266 *quinquies*, II, 2<sup>e</sup> du Code des douanes tel que modifié par la loi de finances rectificative pour 2015 prévoit une exonération totale des gazoles incorporant au moins 7,7 % de biocarburants, faisant douter les commentateurs de l'impact sur les recettes de cette modification (20). Néanmoins, le Code des douanes prévoit tout de même un régime transitoire, avec une entrée dans l'assiette de la TGAP de la moitié des mises à la consommation des gazoles non routiers au titre de la première année.

Il convient de rappeler que la TGAP ne concerne pas uniquement les carburants mais également d'autres produits polluants. La loi de finances rectificative pour 2015 a entendu plus largement simplifier et sécuriser le dispositif de recouvrement de la taxe en harmonisant les modalités de calcul de sa revalorisation annuelle ou encore en simplifiant les modalités de sa perception dans le cadre des échanges avec les départements d'outre-mer, qui bénéficient de coefficients de minoration, ce dernier point ayant par ailleurs été validé par le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité le 22 avril 2016 sur la conformité à la Constitution de l'article 268 ter du Code des douanes (21).

À cet égard, une récente circulaire (22) publiée le 21 avril 2016 est venue préciser la nouvelle réglementation applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier

2016 s'agissant des éléments composant la taxe à l'exception des carburants, à savoir notamment les déchets, les émissions polluantes, lubrifiants ou encore les matériaux d'extraction. Les formalités déclaratives ainsi que les modalités de paiement et de remboursement de la taxe sont également précisées. Aussi, à compter de l'exercice 2016, les redevables dont le montant de la taxe est supérieure à 100 000 euros devront télé déclarer et télé régler la TGAP. La téléprocédure sera ensuite généralisée à l'ensemble des contribuables à compter de l'année 2017.

### 2. Contribution pour le service public de l'électricité (CSPE) et taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (TICFE)

La CSPE a également fait l'objet d'importantes modifications dans le cadre de la réforme de la fiscalité énergétique issue de la loi de finances rectificative pour 2015.

Cette contribution (23) était due par tout consommateur et était destinée à compenser les surcoûts liés aux charges de service public de l'électricité (24) supportées par les concessionnaires de réseaux publics d'électricité, liées notamment aux énergies renouvelables ou encore à la production et l'achat d'énergie dans les zones non interconnectées au continent.

On se souvient que cette contribution avait fait l'objet d'une saga judiciaire importante devant les juridictions nationales et européennes sur le terrain des aides d'Etat. En effet, suite à une décision rendue par la Cour de Justice de l'Union Européenne en 2013 (25), considérant que le mécanisme français de financement de l'obligation d'achat de l'électricité éolienne par le biais de la CSPE constituait une aide d'Etat, la Commission de régulation de l'énergie avait reçu près de 55 000 demandes de restitution pour défaut de notification préalable à la Commission européenne, formalité obligatoire pour toute aide d'Etat.

Cette saga s'est conclue par un avis du Conseil d'Etat (section du contentieux) rendu le 22 juillet 2015 (26) rejetant le bien fondé de toutes les demandes de remboursement au motif que la CSPE « ne pouvait être regardée comme faisant partie intégrante de l'aide d'Etat ». Ces décisions de justice témoignent plus largement de la difficile mise en œuvre du mécanisme de compensation ou de péréquation des charges de service public. On notera à cet égard, l'arrêt du Conseil d'Etat peu commenté, concernant le Fonds de Péréquation de l'Electricité (27).

Dans ce contexte judiciaire, le législateur est intervenu pour refondre totalement la CSPE et la TICFE. Du point de vue du budget de l'Etat, un compte d'affectation spécial au financement de la transition énergétique a été créé, destiné à recevoir les recettes de la fiscalité énergétique, notamment une fraction des taxes intérieures de consommation sur les énergies fossiles. Les recettes générées par la CSPE y sont affectées, alors que jusqu'à présent, le financement était assuré par un dispositif extrabudgétaire. Par ailleurs, les recettes qui ne relèvent pas directement de la politique de transition énergétique seront inscrites dans un programme « Ecologie » créé par la loi de finances pour 2016.

S'agissant de la CSPE, celle-ci est basculée vers la TICFE dont le champ d'application est étendu afin

19) Article 75

20) Philippe Billet, Principales dispositions financières et fiscales en matière d'environnement, d'énergie et de transport dans la loi de finances rectificatives 2015 et la loi de finances pour 2016, *Revue Energie – Environnement – Infrastructures*, n°3, Mars 2016

21) Décision n° 2016-537 QPC du 22 avril 2016, Société Sofadig Exploitation

22) Circulaire du 18 avril 2016, Ministère des finances et des Comptes publics, NOR : FCPD1608350C

23) Instituée par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2008 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie

24) La CSPE avait également pour objet de participer au financement du dispositif Tarif de Première Nécessité (TPN) et du dispositif institué en faveur des personnes en situation de précarité ; des frais de gestion de la Caisse des Dépôts et Consignation, et d'une partie du budget du Médiateur national de l'énergie ou encore au financement des contrats transitoires de rémunération de capacité, et dès 2017, des effacements de consommation.

25) CJUE, Aff. C-262/12, 19 décembre 2013, Association Vent De Colère ! Fédération nationale e.a ;

26) Conseil d'Etat, Avis n° 388853, 22 juillet 2015

27) CE, sous sections réunies, n° 363984, Société SRD.

28) Plafonnement par site à 627 783 € et à 0,5 % de la VA pour les sociétés industrielles consommant plus de 7 GWh d'électricité

29) Articles L. 233-1 et suivants

30) Entreprises ayant un effectif supérieur ou égal à 250 personnes ou dont le chiffre d'affaires annuel excède 50 millions d'euros et son total de bilan excède 43 millions d'euros (Article R. 233-2)

31) Ordonnance n° 2015-1737 du 24 décembre 2015 relative aux bilans d'émission de gaz à effet de serre et aux audits énergétiques (Article 2)

de prendre en compte les consommations de toute puissance, laquelle est renommée « CSPE ». Cette « nouvelle CSPE » participe au financement des charges couvertes par l'ancienne CSPE et s'applique à l'ensemble des consommations à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, avec un tarif unique de 22,5 euros par MWh correspondant à l'évolution du tarif prévu pour l'ancienne CSPE. Exigible lors de la facturation, elle sera dorénavant toujours collectée par les fournisseurs d'énergie, contrairement au régime antérieur prévoyant une collecte par les gestionnaires de réseau en cas de contrats d'offre de marché. Les exonérations existantes (28) sont supprimées et remplacées par des tarifs réduits pour les industries électro-intensives.

### 3. Trajectoire de la « taxe carbone »

Les modifications apportées à la fiscalité énergétique visent à faire financer le développement des énergies renouvelables par les énergies carbonées. La Contribution climat énergie, appelée « taxe carbone », correspondant à une partie des taxes intérieures sur la consommation sur les énergies fossiles, a donc été considérée par le législateur comme un levier important dans le cadre de la loi sur la transition énergétique pour la croissance verte.

Cette loi a introduit une trajectoire d'évolution de la « taxe carbone » en 2020 égale à 56 euros par tonne et 100 euros par tonne en 2030, sans en fixer l'évolution intermédiaire. Ceci a donc été fait par la loi de finances rectificative pour 2015. Ainsi, en 2017, le tarif carbone sera de 30,50 euros par tonne correspondant à une hausse de 8,50 euros par rapport à l'année 2016, puis de 39 euros par tonne pour l'année 2018 et 47,50 euros pour l'année 2019.

## II. Utilisation de l'énergie par l'entreprise

L'utilisation de l'énergie par les entreprises est l'axe majeur de gestion de l'énergie. En conformité avec les règles européennes, la législation française intègre différentes obligations d'audit à l'égard de certaines entreprises afin de les contraindre à améliorer leur utilisation de l'énergie. Cette amélioration se traduit notamment par une obligation de rénovation des bâtiments tertiaires dont l'entrée en vigueur devrait intervenir cette année. Poursuivant le même objectif et dans la lignée de la Conférence de Paris sur le climat, certains contrats et marchés publics devront également répondre à l'objectif de performance énergétique, ce qui est susceptible d'impacter les entreprises intervenant auprès des pouvoirs adjudicateurs.

### A. De l'audit énergétique au management de l'énergie ?

Le législateur a intégré, conformément aux principes de l'Union européenne, divers mécanismes juridiques pour la plupart aujourd'hui centrés sur une amélioration de la connaissance de la consommation énergétique. La traduction concrète en termes de modification du fonctionnement de l'entreprise tend à se cantonner à une obligation d'information de l'administration, et donc plus rarement à une obligation de management de l'énergie par l'entreprise. En raison du coût lié à la modification des outils de production ou

de commercialisation, il pourrait tendre à le devenir en raison des évolutions des prix de l'énergie fossile qui ne sera sans doute pas toujours favorable.

### 1. Audit énergétique

L'optimisation de la consommation énergétique est un facteur de compétitivité, par effet de réduction des coûts et ce même dans le contexte d'une baisse des cours du pétrole. D'abord d'ordre purement incitatif, à travers notamment l'ADEME qui avait publié dès l'année 2000 un cahier des charges permettant de bénéficier d'aides à la réalisation de diagnostics énergétiques au sein de sites industriels ou encore via la création de référentiels de bonnes pratiques, le dispositif s'est vu doté d'une force contraignante sous impulsion européenne.

Ainsi la directive n° 2012/27/CE du 25 octobre 2012 est venue introduire différentes règles pour la réalisation sur le territoire des Etats membres d'audits énergétiques au sein des entreprises. L'idée était d'encourager la mise à disposition d'audits énergétiques pour tous les clients finaux, et de le rendre obligatoire pour les grandes entreprises. La loi n°2013-619 du 16 juillet 2013 a procédé à la transposition des règles européennes au sein du Code de l'énergie (29) en imposant ainsi aux grandes entreprises (30), la réalisation d'audits énergétiques de leurs activités tous les quatre ans, le premier devant être réalisé au plus tard le 5 décembre 2015.

Cet audit consiste en une analyse méthodique, réalisée par un auditeur interne ou externe, des flux et des consommations énergétiques d'un site, d'un bâtiment ou d'un organisme, afin d'identifier les domaines ou secteurs dans lesquels des économies d'énergie sont possibles et de proposer des solutions d'amélioration. À ce titre, la norme européenne NF EN 16247-1 peut servir de cahier des charges et de méthodologie à la bonne conduite de cet audit. L'entreprise assujettie doit enfin transmettre à l'autorité administrative, à savoir le préfet de région dans laquelle est situé son siège social, les documents attestant de la bonne réalisation de l'audit énergétique.

Face à la difficulté rencontrée à respecter la date du 5 décembre 2015, tenant notamment au nombre d'auditeurs accrédités face à la demande ou à la mauvaise anticipation de certaines entreprises assujetties à l'obligation d'audit énergétique, le Gouvernement, par voie d'ordonnance (31), a repoussé la date limite de réalisation au 30 juin 2016. Cependant, contrairement aux audits énergétiques engagés avant le 5 décembre 2015 qui devaient couvrir 65 % de la performance énergétique, ceux réalisés postérieurement devront avoir un taux de couverture d'au moins 80 %.

Il convient de noter qu'en cas de non-respect des obligations d'audits énergétiques, l'autorité administrative peut mettre en demeure publiquement l'entreprise intéressée de se conformer à ses obligations dans un délai déterminé. Si l'entreprise mise en demeure ne s'y conforme pas, elle peut se voir infliger une amende allant jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires hors taxe de son dernier exercice clos, portée à 4 % en cas de manquement réitéré. Ces sanctions sont prononcées après notification des griefs avec la possibilité pour l'entreprise de présenter ses observations, éventuellement assistée par une personne de son choix.



## 2. Bilan gaz à effet de serre (Bilan GES)

Issue de la loi portant engagement national pour l'Environnement du 12 juillet 2010 et aujourd'hui codifiée à l'article L. 229-25 du Code de l'énergie, l'obligation de réalisation de bilan de gaz à effet de serre (bilan GES) concerne certains opérateurs tant privés que publics. Les entreprises concernées, à savoir celles ayant plus de 500 salariés (250 salariés pour celles implantées dans les départements d'outre-mer) ont ainsi l'obligation de réaliser un diagnostic des émissions de gaz à effet de serre en vue d'identifier et de mobiliser les gisements de réduction de ces émissions. La loi sur la transition énergétique pour la croissance verte n'a pas remis en cause le principe et les personnes assujetties au bilan GES, mais est venue y apporter des modifications d'ordre technique. Ainsi l'ordonnance n° 2015-1737 du 24 décembre 2015 ainsi qu'un décret publié le même jour (32) sont venus assouplir cette obligation conformément à l'objectif de « *simplification de la vie des entreprises* » issue de la loi pour la transition énergétique pour la croissance verte.

La périodicité de la réalisation du bilan GES a ainsi été portée de trois à quatre ans pour les entreprises concernées afin d'harmoniser le régime avec celui de l'audit énergétique obligatoire. De même, la possibilité de procéder à un audit consolidé a été créée pour les groupes s'agissant de leurs filiales établies en France et ayant le même code de nomenclature des activités françaises (NAF) de niveau deux.

S'agissant du contrôle et des sanctions applicables liées au bilan GES, la réglementation prévoit que l'autorité administrative en charge du contrôle de la bonne réalisation du bilan GES, à savoir le préfet de région et le président de conseil régional compétents, devront vérifier la « *conformité* » réglementaire des informations fournies par les entreprises assujetties, au lieu de leur seule « *cohérence* ». En cas de non respect des obligations de bilan GES, ces mêmes autorités administratives pourront dorénavant infliger une amende allant jusqu'à 1 500 euros. Cependant, les conditions d'application des sanctions mériteraient d'être définies plus en détails, de même que la date limite de réalisation du premier bilan GES notamment par les entreprises assujetties. Initialement établie au 31 décembre 2012, seules 56 % des entreprises s'étaient conformées à leur obligation au 20 juin 2014. Aucune nouvelle date limite de réalisation du premier bilan GES ne figure dans l'ordonnance et le décret d'application.

Enfin, s'agissant de l'obligation de transmission des informations relatives aux bilans réalisés, une plateforme informatique dédiée a été mise en place par l'ADEME et sur laquelle sont publiés les bilans par entreprise.

### B. La rénovation du bâtiment dans le secteur tertiaire

#### 1. De la loi Grenelle II ...

La loi Grenelle II a introduit en droit français l'obligation de réalisation de travaux d'amélioration de la performance énergétique des bâtiments à usage tertiaire (33) conformément à la directive n° 2010/31/UE sur la performance énergétique des bâtiments. Le législateur avait en effet fixé dans le cadre de la loi Grenelle I comme objectif de réduire

les consommations d'énergie du parc des bâtiments existant d'au moins 38 % à horizon 2020.

Les dispositions légales issues de la loi Grenelle II, devaient être complétées par voie réglementaire afin d'en déterminer les modalités d'application. A cette fin, un groupe de travail avait été constitué au sein du Plan Bâtiment Grenelle pour aider à la rédaction du décret d'application nécessaire à l'entrée en vigueur de l'obligation de rénovation.

En novembre 2011, un rapport avait été finalement rendu contenant 32 recommandations, incluant des objectifs de réduction de consommation révisables tous les ans. Le rapport proposait de laisser les propriétaires libres dans la détermination des moyens de rénovation ainsi qu'une prise en compte de la consommation énergétique globale tous usages (consommation réelle) correspondant à la consommation facturée. Il était proposé dans le but d'atteindre les objectifs d'économie d'énergie, de prendre en considération une démarche de progrès formulée en pourcentage, avec un objectif de réduction de 25 % de la consommation à horizon 2020 avec une réduction des objectifs à compter de 2015. Enfin, le rapport proposait d'exclure de cette obligation certains bâtiments conformément à la directive n° 2010/31/UE avec notamment une minoration des seuils de surface.

Pour autant, le décret nécessaire à l'entrée en vigueur envisagée n'avait pas été adopté, laissant l'obligation de rénovation pour lettre morte pour les entreprises concernées.

#### 2. ... à la loi sur la performance énergétique pour la croissance verte

Il a fallu attendre la loi sur la performance énergétique pour la croissance verte, cinq ans après la loi Grenelle II pour que le gouvernement réactive l'obligation de rénovation du parc tertiaire (34) en prolongeant l'obligation par période de dix ans à partir de 2020 jusqu'à 2050 mais en renforçant également l'objectif, passant à 60 % de réduction de la consommation d'énergie par rapport à la consommation de 2010.

Un projet de décret d'application relatif à la période allant jusqu'en 2020 a été publié par le gouvernement et a fait l'objet d'une consultation publique qui s'est terminée le 4 février 2016. Le projet définit le champ d'application de l'obligation de rénovation, qui, s'agissant des entreprises, est applicable aux bâtiments ou parties de bâtiments existant à usage de bureaux, de commerces et d'enseignement, regroupant des locaux de même usage appartenant à un propriétaire unique, d'une surface supérieure à 2 000 m<sup>2</sup> à l'exception notamment des constructions provisoires ou des monuments historiques (35).

Contrairement à la loi Grenelle II, chaque bâtiment devra atteindre un objectif de réduction de la consommation d'énergie tous usages égal à 25 % par rapport à l'année 2010, sachant que le projet de décret prévoit la possibilité pour le propriétaire de plusieurs bâtiments ou de parties de bâtiments de procéder à une réduction consolidée sur l'ensemble de son patrimoine.

De manière concrète, les occupants des bâtiments assujettis devront instaurer une charte visant à inciter leur personnel à utiliser, en adéquation avec leur mode d'utilisation, les équipements liés à leur confort

32) Décret n° 2015-1738 du 24 décembre 2015 relatif aux bilans d'émission de gaz à effet de serre

33) Article L. 111-10-3 du Code de la construction et de l'habitat

34) Article 17

35) Article R. 131-40 du Code de la construction et de l'habitat

36) Article 6

37) Fiche d'information du décret n° 2016-412

38) Administrations centrales et déconcentrées, services à compétence nationale

39) La fiche de présentation du décret n°2016-412 cite à titre d'exemple les parcs naturels régionaux ou les agences de l'eau.

40) Pour l'année 2016, ces seuils correspondent pour l'Etat à 135 000 euros hors taxes pour les achats de fournitures et services et de 5 225 000 euros hors taxe pour les travaux publiés

et à leur activité et sur lesquels ils peuvent agir afin d'en diminuer les consommations énergétiques. Les propriétaires ou les locataires devront également faire réaliser par un tiers un audit énergétique portant sur tous les postes de consommations du bâtiment concerné. Ce tiers auditeur devra formuler des propositions d'actions d'économie d'énergie et des recommandations hiérarchisées selon leur temps de retour sur investissement et préciser les interactions potentielles entre ces actions. Cet audit devra définir les actions envisageables pour répondre à l'objectif à échéance 2020 et également un scénario pour une réduction de 40 % de la consommation énergétique tous usages.

Le projet de décret prévoit en l'état une obligation de résultat mais laisse une marge d'adaptation aux propriétaires sur les modes de rénovation, conformément aux recommandations du rapport publié en 2011. De même, si atteindre l'objectif nécessite un investissement supérieur à 200 euros hors taxe par mètre carré ou un temps de retour sur investissement supérieur à cinq ans, l'objectif peut être adapté par le propriétaire.

Le projet de décret n'a toujours pas fait l'objet d'une publication à la date de rédaction du présent article et il a vocation à être complété par voie d'arrêter afin de définir notamment les seuils de consommation d'énergie ou encore les modalités pratiques de réalisation des audits énergétiques. Espérons que ce projet de décret ne reste pas également lettre morte.

### C. Performance énergétique et marchés publics : un devoir d'« exemplarité publique »

Conformément à la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 (36), la loi sur la transition énergétique pour la croissance verte est venue introduire dans le Code de l'énergie un chapitre relatif à la performance énergétique dans la commande publique. Un décret n° 2016-412 du 7 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics a été publié au Journal Officiel du 8 avril 2016.

Dans un objectif de « *crédibilité environnementale de l'Etat et de ses établissements publics nationaux reposant notamment sur leur propre exemplarité énergétique* » (37), le Gouvernement français a modifié les règles de la commande publique afin d'intégrer des obligations de résultat à la charge de certains pouvoirs adjudicateurs. Les entreprises souhaitant être désignées dans le cadre de certains marchés publics seront dorénavant sélectionnées en fonction de la performance énergétique des produits ou services proposés. Cette réforme intervient par ailleurs dans le cadre de la refonte totale du droit de la commande publique, résultant de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

#### 1. Obligation de résultat d'acquisition de produits à haute performance énergétique

Le Code de l'énergie prévoit dorénavant que l'Etat et ses établissements publics administratifs ayant une compétence ou une vocation nationale ont l'obligation

d'acquérir ou de louer uniquement des produits ou des services attestant d'une haute performance énergétique, incluant l'acquisition et la prise à bail de bâtiments.

Les marchés publics concernés par cette obligation de résultats sont ceux passés par les services de l'Etat (38) et par les établissements publics administratifs nationaux, ce qui exclut par conséquent les marchés notamment passés par les établissements publics à vocation infranationales (39). De même, les entités adjudicatrices telles que définies par le droit de la commande publique ou les pouvoirs adjudicateurs non étatiques ne sont pas assujettis aux nouvelles règles.

Pour autant au sein des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs assujettis, l'obligation d'acquisition de produits à haute performance énergétique ne concernent que les marchés publics ou contrats dont le montant est supérieur aux seuils européens (40), et donc les plus importants financièrement parlant. En dessous de ces seuils révisés annuellement, le critère de la performance énergétique demeure facultatif.

Les produits concernés sont énumérés à l'article R. 234-4 du Code de l'énergie couvrant au total vingt catégories de produits, tels que notamment les appareils d'électro-ménager ou encore les dispositifs de chauffage. Cette liste à vocation à être complétée par des actes d'exécution de l'Union européenne. Les constructions sont également concernées de même que les marchés publics de défense.

#### 2. Modalités d'application et exceptions

Le Code de l'énergie prévoit plusieurs catégories d'exceptions à l'obligation d'acquisition de produits à haute performance énergétique. En effet, les pouvoirs adjudicateurs concernés peuvent déroger à cette obligation dans cinq conditions limitativement définies à savoir : (i) coût du produit ou du bâtiment à haute efficacité énergétique très nettement défavorable durant leur cycle de vie, (ii) infaisabilité budgétaire, (iii) durabilité moindre que celle du recours aux autres produits, services ou bâtiments, (iv) inadéquation technique établie et (v) niveau de concurrence insuffisant. Le recours à ces exceptions devra pouvoir être justifié par des éléments vérifiables. De même, s'agissant des bâtiments acquis ou pris à bail, certaines catégories sont limitativement exclues en raison de leur usage futur ou la durée d'occupation. Il convient de noter que les bâtiments dont la construction a été soumise à la réglementation thermique RT 2012 ou postérieures sont exclus du champ d'application du décret.

Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication, postérieurement au 15 avril 2016 mais ne s'appliquent pas aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique lorsque la procédure en vue de la passation de cet accord-cadre ou de la mise en place de ce système d'acquisition dynamique a été engagée avant cette date.



# La difficile valorisation des actifs aéroportuaires

**Simon Parier,**  
Juriste, Doctorant,  
Cabinet Holman Fenwick Willan France LLP

« La France a longtemps été trop riche pour savoir tout ce qu'elle possède » (1). L'état des finances publiques tout comme l'intensification des opérations concernant les aéroports français, tendent à attester aujourd'hui, bien au contraire, d'une parfaite connaissance par l'Etat de l'importance de son domaine public aéroportuaire.

Conscient de la valeur, du potentiel de ce domaine et des actifs (2) le composant, l'Etat a souhaité permettre aux plateformes aéroportuaires de faire leur entrée dans la « sphère économique » (3). C'est dans ce contexte qu'une valorisation ou plutôt qu'une « utilisation dynamique des dépendances domaniales, productive de revenus ou d'avantages associés pour la collectivité propriétaire et au-delà, pour la collectivité dans son ensemble » (4) a été recherchée.

Sous l'impulsion des politiques européennes, le besoin d'une valorisation des propriétés publiques aéroportuaires et plus particulièrement de celles des aéroports d'intérêt national (5) (et de l'Aéroport de Paris - ADP) – cadre de la présente étude – s'est fait sentir de manière de plus en plus pressante.

Du fait de l'importance et du grand nombre de passagers qu'elles drainent, ces plateformes ont acquis le statut de « hubs » et se sont imposées comme de véritables sièges d'activités économiques intenses. C'est donc logiquement qu'elles ont acquis une place toute particulière dans le paysage aéroportuaire français et cristallisées cette volonté, dorénavant affichée, d'une utilisation « profitable » des actifs aéroportuaires.

Pour autant, au regard de l'organisation et des modèles de gestion qui étaient alors ceux des aéroports français, le principe même d'une valorisation de ces plateformes aéroportuaires n'était pas pour acquis. Une réforme est apparue nécessaire et a contribué à moderniser la gestion des aéroports (I) sans décharger les gestionnaires de ces plateformes des contraintes relatives aux règles de la domanialité publique et de la concession (II). Une fois opérée, la réforme a néanmoins eu le mérite d'ouvrir la voie à la « valorisation-gestion » des plateformes aéroportuaires, avec la recherche d'une occupation du domaine qui profite au bien être collectif par le financement privé d'équipements publics et esquissé celle de la « valorisation-cession » (6), à travers la mise en place d'une politique de cession des participations de l'Etat dans le capital des sociétés aéroportuaires, processus qui est en passe de devenir une réalité (III).

## I. Une réforme : un préalable nécessaire à la valorisation des actifs aéroportuaires

À l'origine conçu comme un simple outil structurant d'aménagement, l'aéroport n'avait comme unique fonction que d'assurer l'accessibilité et la continuité du territoire sur lequel il était implanté. L'intérêt général que revêtait alors cette mission, cumulé aux nécessités d'après-guerre de retrouver un maillage dense de transport, ont fait tomber la gestion des infrastructures aéroportuaires dans le giron de l'Etat (6).

Face au développement du transport aérien, devenu une industrie de masse, la gestion ne pouvait demeurer le seul fait de l'Etat ou des collectivités territoriales. Considéré comme désuet au regard des modes de gestion d'autres pays européens (tels que la Grande-Bretagne ou l'Allemagne), le système aéroportuaire français a très vite été pointé du doigt (8).

Jusqu'alors le statut des entités en charge de la gestion des plateformes aéroportuaires était en grande majorité celui de l'établissement public spécialisé peu compatible avec les évolutions du marché du transport aérien et de la concurrence.

Ne disposant d'aucun capital social, l'établissement public aéroportuaire était dans « une situation financière globalement préoccupante » (9) et ne pouvait compter que sur ses résultats, sur les dotations de l'Etat ou au recours à l'endettement pour espérer valoriser les actifs aéroportuaires qui avaient pu lui être concédés.

Régis par le droit administratif et soumis à une tutelle administrative prégnante, l'établissement public aéroportuaire avait, en outre, un objet précis (10) qu'il ne pouvait dépasser sauf à méconnaître le principe de spécialité (11). Ceci constituait un frein évident au développement d'activités non conformes à la mission aéroportuaire qui leur avait été confiée.

Ce mode de gestion n'était guère propice à une valorisation des actifs aéroportuaires. Une réforme profonde est donc apparue nécessaire. Cette dernière a conduit, entre autres, à un transfert de biens et de compétences aux collectivités territoriales (12) (i) et permis la création de sociétés aéroportuaires de droit privé (13) (ii).

L'instauration d'un régime de gestion plus souple, donnant les moyens juridiques et financiers de continuer à se développer aux gestionnaires aéroportuaires, constituait un préalable évident à toute idée de valorisation des actifs aéroportuaires.

1) Introduction J.M. Sauvé – Les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique – *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques* – 6 juillet 2011.

2) L'actif aéroportuaire est défini ici comme les biens publics concédés au gestionnaire d'aéroport.

3) L. Grard, *Le basculement européen des aéroports de la sphère publique à la sphère économique*, RDT, mai 2011, comm. 90.

4) *Lamy droit public des affaires*, Valorisation du domaine public et occupation temporaire, édit. 2015.

5) Liste des aéroports d'intérêt national : Toulouse-Bagnac ; Lyon St Exupery, Bordeaux-Mérignac, Nice Cote d'Azur, Montpellier Méditerranée, Nantes Atlantique, Strasbourg-Entzheim, Saint-Denis Roland Garros, Fort-de-France, Marseille Provence, Point à Pitre, Cayenne.

6) Notions « valorisation gestion » et « valorisation cession » : CE, *La valorisation économique de la propriété des personnes publiques*, *Documentation française*, 2012 cité par P. Yolka, *Où va le droit domanial*, *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 29 octobre 2012, n° 43.

7) N-C. Chapier-Granier, *Les aéroports commerciaux entre économie administrée et économie de marché*, *Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille* – IFURTA, 2006, p. 53

8) Livre Blanc des grands aéroports régionaux français, novembre 2002, UCCEGA

9) Cour des comptes, *Rapp. public thématique, Les aéroports français face aux mutations du transport aérien*, 2002, p. 102.

10) Pour le cas de l'établissement public d'ADP, v. art. L. 251-2 du Code de l'aviation civile.

11) CE, 19 avril 1918, Chapelon, n° 55497, *Rec. CE* 1918, p.343.

12) Art. 28 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales n° 2004-809.

13) Art. 7 de la loi 20 avr. 2005 relative aux aéroports n° 2005-357.

14) V. R. Réenthel, Concessions portuaires et aéroportuaires, *JCP contrats et marchés publics*, 31 décembre 2014, n° 530.

15) J.F. Brisson, L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires, *AJDA* 2005, 1835.

16) Hypothèse toutefois envisageable que dans le système dit de la caisse unique.

Cette réforme, bien qu'ayant levé le verrou qui entravait le développement des plateformes aéroportuaires, n'a toutefois pas fait disparaître l'ensemble des contraintes pesant sur les gestionnaires d'aéroports.

## II. Une valorisation, certes, mais marquée par la contrainte de la concession de domaine public

Malgré la création de sociétés de droit privé, le législateur a entendu maintenir le régime de la concession. Les sociétés nouvellement créées se sont alors vues transférer le bénéfice des concessions octroyées auparavant aux établissements publics, à l'exception d'ADP.

Hormis le cas particulier d'ADP, qui s'est vu attribué une licence d'exploitation avec transfert foncier dans son patrimoine, la majorité des gestionnaires ont dû et doivent encore faire avec les contraintes que constituent l'application des règles de la concession de domaine public.

Cette permanence du régime de la concession atteste d'une certaine inertie du système aéroportuaire français, qui peine à mettre en œuvre les réformes nécessaires à une évolution notable du modèle hexagonal.

Conformément aux dispositions de la loi de 2005, les gestionnaires sont devenus les concessionnaires du domaine public et doivent, à cet égard, concilier l'intérêt général avec leurs propres intérêts privés.

Sans revenir sur le régime de la concession de domaine public aéroportuaire (14), on ne saurait que trop insister sur la principale obligation du concessionnaire qui est d'assurer le développement, l'entretien des installations aéroportuaires ainsi que divers services notamment de sécurité et de sûreté aérienne (à l'exception de la navigation aérienne). En contrepartie, il percevra une redevance sur les usagers.

Si la conservation du régime de la concession de domaine public est critiquable, sa permanence se justifie aisément au regard de la nécessité d'assurer la continuité et la qualité du service public du transport aérien.

Pour autant, force est de constater que la durée limitée de la concession tout comme le régime applicable aux biens concédés constituent un obstacle indéniable au développement des actifs aéroportuaires. La concession étant limitée dans le temps, le gestionnaire sera contraint d'amortir ses acquisitions dans un laps de temps précis. Si cette limite temporelle ne pose aucune difficulté dès lors que le projet est envisagé au début de la concession, ce n'est évidemment pas le cas lorsque des investissements lourds sont engagés ultérieurement. Sauf à obtenir l'accord de l'Etat, le gestionnaire qui aurait pu envisager une opération d'envergure préférera y renoncer si l'amortissement de cette dernière dépasse la durée de la concession.

Le régime des biens de la concession limite également les possibilités pour le gestionnaire de tirer des ressources des actifs concédés. La grande majorité des biens n'appartenant pas au gestionnaire, hormis les biens propres et les biens de reprise (sous réserve que l'autorité concédante n'use pas de son droit de reprise), l'ensemble des terrains, bâtiments, ouvrages,

installations, ou autres objets mobiliers appartiennent à l'autorité concédante dès leur achèvement, acquisition ou mise à disposition. Ces biens dits de « retour » font d'ailleurs partie intégrante du domaine public aéroportuaire sur lequel les gestionnaires et plus encore tout occupant du domaine public n'ont que peu de prise. Dès lors, comment leur reprocher de ne pas s'investir suffisamment dans une valorisation des actifs aéroportuaires concédés.

Aucun gestionnaire n'étant devenu propriétaire des installations affectées au service public aéroportuaire (15) (hormis ADP), les actifs aéroportuaires sont demeurés dans le domaine public et n'ont pu à cet égard être intégrés dans le patrimoine des sociétés gestionnaires pourtant chargées de leur développement.

Au-delà du fait que ce maintien a contraint les sociétés gestionnaires à faire application des règles de la domanialité publique dans leur exploitation, cela a également conduit à réduire grandement leur attractivité. Sur ce point, un déclassement (sortie de bien) plus généralisé des actifs aéroportuaires aurait eu l'intérêt de permettre aux sociétés gestionnaires de faire figurer ces biens dans leur bilan. Une autre forme de valorisation, *via* le capital social des gestionnaires, aurait pu avoir lieu et servir de levier financier utile au développement des activités aéroportuaires (16).

Caractérisé par la grande précarité de son occupation ou l'impossibilité d'y conclure un bail (sauf de nature administrative), le domaine public est loin de constituer un terrain propice à la valorisation des actifs aéroportuaires... Mais les gestionnaires et plus largement les occupants du domaine public aéroportuaire n'ont pas, pour autant, dit leur dernier mot !

## III. La situation actuelle : entre une valorisation par la gestion et une valorisation par la cession

Pendant longtemps, seule était envisagée une valorisation-gestion des actifs aéroportuaires (A) ce qui n'est aujourd'hui plus le cas. L'idée d'une valorisation par la cession de ces mêmes actifs tend en effet à s'imposer (B).

### A. Une valorisation-gestion des actifs aéroportuaires

La valorisation des actifs aéroportuaires est classiquement recherchée à travers une volonté d'occupation du domaine public aéroportuaire qui profite au bien être collectif par le financement privé d'équipements publics. Ce type de valorisation qualifiée de valorisation par la gestion ou « *valorisation-gestion* » laisse à ce titre une place centrale à l'occupant du domaine public qui sera chargé de créer des ressources sur lesquelles le gestionnaire percevra une redevance.

Le gestionnaire n'est pas pour autant dispensé de prendre part à cette valorisation. En sa qualité de concessionnaire du domaine public, ce dernier est contraint de procéder aux investissements nécessaires au bon fonctionnement des installations affectées à la réalisation du service public du transport aérien. Ces investissements structurels (terminal, piste,



etc.) participent de cette logique de « *valorisation-gestion* » en ce qu'ils visent à accroître la capacité d'accueil de la plateforme qui assure au gestionnaire non seulement une augmentation des recettes qu'il perçoit au titre des activités aéronautiques mais également de celles générées par les activités connexes réalisées sur la plateforme aéroportuaire.

La construction ou le réaménagement d'un terminal s'accompagne bien souvent de la création d'emplacements commerciaux sur lesquels seront concédées des autorisations d'occupation domaniale et par voie de conséquence des revenus générés pour la plateforme (17).

Véritable carrefour où transitent passagers et marchandises, les plateformes ont entendu profiter de cette place privilégiée et incontournable en diversifiant leurs activités (18). L'étendant au-delà du seul transport aérien, les gestionnaires se sont créés une nouvelle source de revenus dont la rentabilité n'est pas plafonnée (19), donnant par la même occasion un nouveau visage à cette idée d'optimisation de l'actif concédé.

Qu'il s'agisse ou non d'activités entrant traditionnellement dans le cœur de métier des gestionnaires, ces derniers n'ont pu s'affranchir des règles de la domanialité publique, mais s'en sont accommodés. Ils ont su, pour organiser l'exercice des activités économiques sur le domaine qui leur a été concédé, avoir recours à des autorisations d'occupation précaire et faire peser intelligemment le poids d'une valorisation des actifs aéroportuaires sur les tiers investisseurs attirés par le potentiel économique de l'emprise aéroportuaire.

Ne pouvant se prévaloir d'un quelconque droit au renouvellement de leurs autorisations d'occupation ou du statut favorable des baux commerciaux, les gestionnaires ont allégé les contraintes pesant sur eux tout en augmentant de manière substantielle les recettes générées par les actifs concédés.

Parallèlement, le statut peu enviable de l'occupant du domaine public a progressivement été consolidé et sécurisé. Il a pu lui être reconnu la possibilité de constituer un fonds de commerce sur le domaine public aéroportuaire (20) dès lors qu'il pouvait justifier de l'existence d'une clientèle propre (21). Au-delà du fait que ces évolutions constituent un levier pour le financement des infrastructures aéroportuaires en permettant une utilisation du fonds comme instrument de crédit (nantissement ou crédit-bail) (22) et permettrait à cet égard le développement d'une activité industrielle ou immobilière source de revenus pour le gestionnaire de l'aéroport, elles confortent également l'idée selon laquelle la valorisation des actifs aéroportuaires doit être en adéquation avec les règles du domaine public.

Parallèlement au développement d'activités de diversification et à cette valorisation-gestion ainsi décrite, l'idée d'une valorisation passant par une cession tend également à s'esquisser (B).

## B. Le désengagement de l'Etat dans le capital des sociétés aéroportuaires : ne valorisation-cession des actifs aéroportuaires ?

Les contraintes budgétaires européennes (23) et la nécessité d'une gestion plus active du patrimoine

public ont conduit l'Etat à envisager le transfert de sa participation dans les sociétés aéroportuaires à des opérateurs spécialisés capables de les gérer dans les meilleures conditions.

À l'issue des réformes menées, l'Etat est devenu l'actionnaire majoritaire, au côté des collectivités territoriales, des principales sociétés aéroportuaires faisant d'elles de véritables « *sociétés à participation publique* » (24).

Envisagé comme un « *levier de croissance utile à la situation économique* » (25), le transfert d'une partie du capital de ces sociétés au secteur privé est présenté comme ayant pour effet d'introduire une véritable logique libérale chez le gestionnaire, propice à une valorisation des actifs aéroportuaires.

En raison du maintien du régime de la domanialité publique et de la concession, il est toutefois légitime de douter du postulat selon lequel un gestionnaire à capitaux privés serait susceptible de tirer davantage de revenus des biens publics concédés qu'un gestionnaire à capitaux publics. La présence d'investisseurs privés pourrait tout au plus se traduire par la transmission d'un savoir-faire au gestionnaire dans des domaines spécifiques (immobilier, environnemental, etc.).

On l'aura compris, le désengagement de l'Etat dans le capital des sociétés gestionnaires s'inscrit davantage dans l'optique d'une « *valorisation-cession* » ; la création de ressource intervenant par la cession même d'actifs aéroportuaires en l'occurrence les participations de l'Etat dans les sociétés aéroportuaires ; que dans celle d'une « *valorisation-gestion* » par le biais d'une optimisation de l'exploitation (26) des sociétés aéroportuaires.

Il ne faut, à cet égard, pas perdre de vue que la cession de ses participations apparaît comme une manne financière pour l'Etat qui a perçu à titre d'exemple 308 millions d'euros pour la cession de 49,9 % de la société anonyme gérant l'aéroport de Toulouse.

À l'aune des privatisations de l'actionnariat des sociétés gestionnaires des aéroports de Nice et de Lyon, on peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'une telle cession. Certes, on rétorquera que le danger est minime pour l'Etat ; qui récupéra en tout état de cause le bénéfice des investissements réalisés sur la plateforme à l'issue de la concession ; mais risque de compliquer la situation du gestionnaire qui devra rendre des comptes à un actionnariat en attente d'un retour sur investissement.

S'agissant de l'usager, l'existence d'un cahier des charges de la cession (27) et d'obligations mises à la charge du nouvel actionnaire, devront assurer le maintien du même niveau de qualité du service rendu. Pour autant et du fait de l'absence réel de recul sur ces opérations, un certain nombre d'incertitudes demeurent sur cette « *valorisation-cession* » amorcée par l'Etat... une affaire à suivre !

17) « *La période 2009-2013 est marquée par une forte évolution des activités commerciales, liée principalement à l'ouverture courant mars 2010 de la zone commerciale du hall D et à son extension au printemps 2011 dans le hall C, qui a permis de multiplier par plus de deux le chiffre d'affaires des commerces et services sur la période* », Contrat de Régulation Economique (CRE) 2014-2018 – Aéroport Toulouse Blagnac.

18) Profond mouvement de diversification de leurs activités, P. Rodier, Recherche sur la fonction économique du droit de propriété dans le secteur du transport aérien, Thèse, Ecole doctorale Sciences Juridiques et Politiques Toulouse, p.216.

19) Ces activités ne figurent pas dans le périmètre dit « *régulé* ». A ce titre le retour sur investissement n'est pas plafonné à la juste rémunération des capitaux investis.

20) O. Purcell et S. Parier, « *Will legal reform facilitate opening of businesses in French airports ?* », ILO, 8 juillet 2015.

21) M-C. Rouault, Domaine public : droit au bail, non ; fonds de commerce, demain peut-être, AJ Collectivités Territoriales 2015, p.93 ; C. Chamard-Heim et P. Yolka, La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public, AJDA 2014, p. 1641.

22) Art. L. 142-1 et s. C.com.

23) Prohibition des aides d'Etat posée à l'art. 107 TFUE.

24) Loi du 6 août 2015, JORF n° 0181, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

25) G. Kalflèche, Les sociétés à participation publiques et l'Etat actionnaire après la loi Macron, RJC nov.-déc. 2015, n° 6.

26) La valorisation de l'exploitation des aéroports français intervient avec l'ouverture du capital des aéroports aux intérêts privés, Contra N.Chapier-Granier, L'offre publique d'achat sur BAA plc ou les limites d'un modèle historique de privatisation d'un aéroport, RFDA 2006, p.6.

27) Agence des participations de l'Etat, Cahiers des charges pour la cession par l'Etat d'une participation majoritaire dans la société Aéroports de Lyon et de Nice, publiés le 10 mars 2016.