

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*ÉTHIQUE DE LA GOUVERNANCE*

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Théron, Julien (2015) *Éthique de la gouvernance*. Petites affiches (n°170).  
p.5.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# CHRONIQUE

Auteurs :

Par Jean-Baptiste Perrier, Gwennaël François, Allison Fiorentino, Sandrine Tisseyre, Jean-François Riffard, Michel Morand, Frédéric Buy, Julien Theron, Laurent Neyret

Sous la direction de Frédéric Buy, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université d'Auvergne, et de Julien Théron, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Toulouse<sup>2</sup>

Cour de cassation chambre sociale, juill. 2014, no 13-15573

Cour de cassation chambre sociale, juill. 2014, no 13-15470

Cour de cassation chambre commerciale, 21 janv. 2014, no 12-25443

Cour de cassation chambre commerciale, 24 juin 2014, no 11-27450

Cour de cassation chambre commerciale, 24 juin 2014, no 13-26332

Cour de cassation chambre commerciale, 20 mai 2014, no 13-12102

Cour de cassation chambre commerciale, nov. 2014, no 11-14026

Cour de justice de l'Union européenne, avr. 2014, no C-151/12

Cour de cassation 1<sup>ère</sup> chambre civile, févr. 2014, no 12-25748

Cour d'appel Paris, 29 oct. 2014

Cour d'appel Paris, 12 déc. 2013, no 11/18274

Tribunaux de commerce Paris, 20 mai 2014, no 2013/070793

Cour d'appel Paris, 18 mars 2014, no 12/13601

Cour de cassation chambre commerciale, 24 juin 2014, no 12-27908

Cour de cassation chambre commerciale, 25 mars 2014, no 12-29534

Cour de cassation chambre commerciale, 20 mai 2014, no 12-26705

Cour de cassation chambre commerciale, 20 mai 2014, no 12-26970

Cour de cassation chambre commerciale, 20 mai 2014, no 12-29281

Cour de cassation chambre commerciale, 11 mars 2014, no 13-13578

Cour de cassation chambre commerciale, 16 déc. 2014, no 13-21363

Cour de cassation chambre commerciale, 20 mai 2014, no 13-16398

Cour de cassation chambre commerciale, mars 2015, no 13-27525

Cour d'appel Paris, juin 2014, no 13/19047

Cour de cassation chambre commerciale, oct. 2014, no 13-21086

Cour d'appel Paris, 1<sup>er</sup> juill. 2014, no 13/09208

# I. L'ÉTHIQUE INTERNE (SUITE)

## *D. Éthique du groupe*

### 1. Un devoir de vigilance pour les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres !

- Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres

Le 30 mars 2015, l'Assemblée nationale a adopté en première lecture une proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres destinée à insérer dans le Code de commerce les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5<sup>3</sup>. Comme l'explique l'exposé des motifs du texte, il s'agit là de « responsabiliser les sociétés transnationales afin d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement »<sup>4</sup>. Les promoteurs de l'obligation de vigilance sociale et environnementale souhaitent corriger les effets délétères du dumping pratiqué par certaines entreprises transnationales et qui constituent « une pression à la baisse sur nos standards nationaux en matière de protection sociale, de droits humains, de protection de la biodiversité et de l'environnement, et plus généralement d'éthique dans les affaires ». L'événement de portée internationale qui a accéléré le processus d'adoption d'un tel texte est sans nul doute l'affaire du Rana Plaza, du nom d'un immeuble qui abritait plusieurs usines textiles et qui s'est effondré le 24 avril 2013 au Bangladesh, faisant des milliers de victimes dont 1 138 morts. Dans ces usines, étaient confectionnés des vêtements de marques européennes et françaises pour lesquelles travaillaient des sous-traitants bangladais. Or pour se dédouaner de toute responsabilité à l'égard des victimes, les sociétés donneuses d'ordre ont avancé qu'elles ne contrôlaient pas pleinement la chaîne de production, n'ayant pas de lien direct avec les sous-traitants impliqués. Où l'on voit ici que les différents intermédiaires qui existent dans la chaîne de production forment un écran qui empêche la remontée de la responsabilité jusqu'à la société donneuse d'ordres. Les exemples du type de celui du Rana Plaza sont nombreux. Dernièrement, l'association Sherpa a porté plainte contre Vinci construction et les dirigeants français de sa filiale au Qatar pour travail forcé et réduction en servitude des ouvriers employés par des sous-traitants pour construire les infrastructures en vue de la coupe du monde de football de 2022. Au-delà de la volonté de protéger les droits humains et sociaux, la proposition de loi française vise à préserver l'environnement des pays qui subissent des dommages irréversibles du fait d'acteurs locaux employés par des intermédiaires en lien avec des sociétés dont le siège se trouve à l'étranger et en particulier en France. Pour les auteurs de la proposition de loi, le dumping en général et le moins-disant environnemental en particulier, en plus de constituer un « coût humain et environnemental inacceptable dans les pays où il est pratiqué (...) pénalis[ent] notre économie, tout particulièrement les PME implantées sur notre territoire » et exposent les entreprises à des risques substantiels et notamment au risque

réputationnel. En pratique, il s'agit de mettre à la charge des grandes entreprises dont le siège social se trouve sur le territoire français, une obligation d'établir un plan de vigilance comportant les « mesures de vigilance propres à identifier et prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels et environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle (...) ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie »<sup>5</sup>. Comme on peut le constater, le domaine de vigilance requis est particulièrement étendu. Par ailleurs, le texte prévoit un droit d'action pour « toute personne justifiant d'un intérêt à agir » afin « d'enjoindre à la société (...) d'établir le plan de vigilance, d'en assurer la communication au public et de rendre compte de sa mise en œuvre ». En cas de défaillance de l'entreprise, sa responsabilité civile pourra être engagée « dans les conditions fixées aux articles 1382 et 1383 du Code civil » de même que le juge pourra « prononcer une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 10 millions d'euros ». Avec ce type de sanctions, le législateur va au-delà des dispositions existantes en matière de reporting extra-financier<sup>6</sup> qui ne prévoient pas de sanctions spécifiques en la matière. La proposition française n'est pas isolée puisqu'elle s'inscrit dans le prolongement d'un mouvement international en faveur de l'élargissement de la responsabilité des entreprises transnationales. Ainsi, l'OCDE a récemment souligné que les catastrophes majeures, notamment environnementales (Deepwater Horizon ou Fukushima), pouvaient résulter d'une gouvernance d'entreprise défectueuse (Risk Management and Corporate Governance)<sup>7</sup>. Le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies a, pour sa part, préconisé dans sa résolution du 26 juin 2014 « l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises ». Quoi qu'il en soit, à ce jour, le texte n'est pas définitif puisqu'il doit encore faire l'objet d'une discussion au Sénat. Le temps peut être encore long avant que le devoir de vigilance des grandes entreprises ne devienne contraignant.

## 2. Coemploi, arrière toute ?

• **Cass. soc., 2 juill. 2014, no 13-15208 \Cass. soc., 8 juill. 2014, no 13-15573 \Cass. soc., 8 juill. 2014, no 13-15470**

Dans plusieurs arrêts rendus à quelques jours d'intervalle, la chambre sociale de la Cour de cassation se prononce sur les conditions de la reconnaissance du coemploi au sein d'un groupe de sociétés et sur la possibilité d'engager la responsabilité délictuelle de la société mère du groupe. Dans ces différentes espèces, des salariés licenciés pour motif économique par une filiale sollicitaient le paiement d'indemnité à la société mère. Alors que la chambre sociale de la Cour de cassation semble limiter le recours à la technique du coemploi pour les salariés licenciés, elle ouvre corrélativement le champ à une responsabilité délictuelle de la société mère pour la perte des emplois des salariés licenciés par la filiale lorsque la première a concouru, par sa faute, à la déconfiture de la seconde.

La technique du coemploi marginalisée. Selon une formule bien connue, le coemploi détaché de l'existence d'un lien individuel de subordination avec la société employeur suppose une confusion d'intérêts, d'activités et de direction de la société mère et de sa filiale. Cette technique juridique avait pour objet, dans un souci de justice et d'utilité sociale, de donner aux salariés licenciés pour motif économique un codébiteur solvable autre que la filiale employeur (en l'occurrence la société mère).

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 2 juillet 2014<sup>8</sup>, semble pourtant vouloir refouler la technique du coemploi, comme ce fut déjà le cas dans des décisions rendues quelques mois plus tôt<sup>9</sup>.

En effet, il semble désormais que pour pouvoir caractériser une situation de coemploi en dehors de tout lien de subordination, il soit nécessaire de caractériser une immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de la filiale. Dès lors, si l'exigence d'une triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction demeure, elle compte moins que sa manifestation par une immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de l'employeur contractuel — immixtion qui, au demeurant, doit être constatée précisément par les juges du fond.

Pour caractériser cette immixtion et ainsi reconnaître l'existence d'une situation de coemploi, il faudra que les juges du fond puissent relever une ingérence de la société mère dans les affaires de la filiale qui, par voie de conséquence, se trouve dépossédée de l'exercice de ses pouvoirs de gestion sur le terrain économique et social. Ainsi, « l'annexion de la gestion sociale » mais aussi économique devient le principal indice d'une situation de coemploi<sup>10</sup>. Dès l'instant que les décisions prises par la société mère sont du ressort de la politique du groupe, il n'y a pas de coemploi même si ces décisions ont un impact sur le fonctionnement voire la pérennité de la filiale. Seule l'ingérence dans les pouvoirs propres de la filiale en détournant leur exercice dans l'intérêt du groupe sont donc de nature à caractériser une situation de coemploi, ce qui devrait limiter les cas de recours des salariés licenciés pour motif économique par une filiale du groupe d'agir sur ce terrain contre la société mère.

La responsabilité délictuelle consacrée. La possibilité pour les salariés licenciés pour motif économique par une filiale d'agir contre la société mère, hors tout lien de subordination avec cette dernière, n'est pourtant pas tout à fait exclue. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation ouvre une autre voie sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît ainsi, dans un premier arrêt rendu le 8 juillet 2014<sup>11</sup>, que commet une faute engageant sa responsabilité civile délictuelle, la société mère, qui par ses décisions, aggrave la situation économique difficile de sa filiale, provoquant sa déconfiture. Dans un second arrêt rendu le même jour, il sera jugé que les salariés licenciés pour motif économique sont ainsi recevables à exercer une action en responsabilité extracontractuelle dirigée contre un tiers auquel sont imputées des fautes ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise et, par là, à la perte des emplois dès lors que ces fautes se distinguent des manquements qui pourraient être reprochés à l'employeur en ce qui concerne le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou de l'obligation de reclassement<sup>12</sup>.

La responsabilité délictuelle permet ainsi d'associer la société mère à l'indemnisation des licenciements collectifs pour motif économique prononcés par sa filiale lorsque la première a contribué,

par ses décisions, à l'aggravation de la situation économique de la seconde et aux licenciements qui en ont résulté. Il en ressort que les règles de la responsabilité délictuelle ont un champ plus large que la technique du coemploi puisque dans les deux espèces, la faute retenue, indépendamment de toute ingérence, procédait uniquement de décisions privilégiant les intérêts de l'actionnaire unique au détriment de la situation économique de la filiale à laquelle elles avaient été préjudiciables.

De la sorte, les règles de la responsabilité délictuelle sont en passe de pallier le retrait de l'application du coemploi dans les groupes de sociétés, en matière de licenciement pour motif économique collectif. Pour autant, il ne saurait être considéré que constitue une faute, au nom d'un solidarisme vertueux au sein des groupes de sociétés, toute décision prise dans le cadre de la politique du groupe préjudiciable à l'une des entités. La faute, comme cela ressort très clairement d'une des deux espèces, suppose une forme d'abus de domination quand une décision contraire aux intérêts économiques de la filiale lui est imposée pour le seul profit de la société mère : cette dernière est alors responsable à l'égard des salariés dont l'emploi est supprimé de l'abus de son pouvoir décisionnaire vis-à-vis de l'entreprise employeur en l'exerçant pour un motif non légitime au regard de l'intérêt de celle-ci.

## **II. L'ETHIQUE EXTERNE**

### *A. Éthique environnementale*

La protection de l'environnement a été déclarée grande cause nationale pour 2015 par le président de la République. Les regards sont plus spécialement tournés vers la capitale française qui accueillera la conférence Climat à la fin de l'année afin de sceller un nouveau pacte international propre à réduire les émissions de gaz à effet de serre et à limiter les effets dommageables de plus en plus visibles du réchauffement climatique. Depuis plusieurs mois, tout se passe comme si l'approche de la conférence Climat de Paris (COP 21) servait de force d'entraînement en faveur d'une prise en compte renforcée de la donnée environnementale dans la vie des affaires. Cette intégration grandissante des enjeux environnementaux est le fait combiné du législateur, du juge ou encore de la doctrine, et prend la forme d'une pluralité d'obligations comme l'obligation de loyauté entre concurrents ou l'obligation de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (v. supra Éthique de groupe). Le temps est également venu de repenser le droit pénal de l'environnement dans la mesure où cette matière est le reflet, en négatif, des valeurs reconnues essentielles par une société.

1. Qui manque à la réglementation environnementale est un concurrent déloyal

• **Cass. com., 21 janv. 2014, no 12-25443**

Une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 21 janvier 2014 rendue dans le domaine de la concurrence déloyale retient l'attention<sup>13</sup>, en ce qu'elle affirme que la violation de la réglementation environnementale peut constituer un acte de concurrence déloyale. En l'espèce, deux sociétés situées à proximité l'une de l'autre étaient spécialisées dans la récupération de matières métalliques recyclables impliquant le stockage de véhicules hors d'usage ; activité nécessitant une autorisation administrative d'exploitation au titre du droit des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). Or seule l'une des deux sociétés respectait la réglementation en vigueur, puisque l'autre n'avait pas procédé à la demande d'autorisation d'exploitation requise. Face à cette situation qui a perduré pendant deux années, l'entreprise respectueuse du droit de l'environnement a engagé une action en concurrence déloyale contre sa concurrente. La Cour de cassation, suivant en cela le raisonnement de la cour d'appel de Paris, a fait droit à cette demande. Elle affirme, d'une part, que le fait d'exploiter une activité industrielle « sans autorisation préfectorale et en violation de la réglementation en vigueur » constituait « une distorsion du jeu de la concurrence afférente au marché des activités de stockage de véhicules hors d'usage » et, d'autre part, que « la qualification de concurrence déloyale ne suppose pas que les faits incriminés aient procuré un profit à leur auteur ». Comme l'a souligné un auteur<sup>14</sup>, une telle décision est déterminante pour « l'effectivité du droit de l'environnement industriel ». En effet, en sanctionnant les entreprises qui ne respectent pas la réglementation environnementale, les juges prennent le relais de l'Administration dont l'inertie était manifeste en l'espèce. Plus largement, ils envoient un signe clair d'encouragement en direction des entreprises vertueuses. Dans ces conditions, le non-respect de la législation environnementale dans un marché concurrentiel s'analyse comme un manquement à l'obligation de loyauté qui pèse sur les entreprises, avec comme sanction, l'allocation de dommages-intérêts pour le préjudice subi par les entreprises qui se conforment à la législation.

## 2. Bientôt un crime d'écocide ?

Enfin, l'actualité relative à l'éthique environnementale concerne le droit pénal de l'environnement. Il est acquis que la majorité des infractions environnementales sont le fait des entreprises qui opèrent des manquements à la loi, non pas tant par défiance que par méconnaissance. À ce jour, le droit pénal de l'environnement tant national qu'international est lacunaire et inefficace. Or le phénomène de la criminalité environnementale ne cesse de croître, essentiellement pour des raisons économiques puisqu'il peut coûter plus cher de violer la loi que de la respecter. Un rapport remis à la garde des Sceaux le 11 février 2015 propose des remèdes pour juguler un tel phénomène<sup>15</sup>.

À l'échelle nationale, une simplification du droit pénal de l'environnement s'impose. Pour cela, il s'agirait de réserver la sanction pénale aux infractions environnementales suffisamment graves. En conséquence, il serait opportun d'engager un mouvement de dépénalisation des infractions environnementales caractérisées par la seule violation de règles administratives, sans effet ou même sans risque avéré pour l'environnement ou la santé humaine. En effet, à ce jour, une grande majorité des

infractions pénales encourues par les entreprises s'apparentent à des infractions administratives. Or les tribunaux sont mal à l'aise pour sanctionner ce type d'infractions. Plus encore, le droit pénal de l'environnement français est victime de son caractère pléthorique alors que, se rappelant Montesquieu, « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »<sup>16</sup>.

À la dépenalisation des infractions inadéquates devrait répondre la consécration de délits de mise en danger et d'atteintes à l'environnement dans le Code pénal français, propre à signifier la réprobation sociale qui existe dans ce domaine à l'égard des infractions environnementales les plus graves. Face aux limites du droit pénal français de l'environnement, la garde des Sceaux a diffusé le 21 avril 2015 une circulaire de politique pénale adaptée en matière d'atteintes à l'environnement<sup>17</sup>. Plus spécialement, ce texte invite les parquets confrontés à des infractions environnementales à rechercher de manière systématique la remise en état des lieux affectés, à engager des poursuites systématiques en cas de dommage grave ou à prononcer des mesures alternatives aux poursuites dans les autres cas.

À l'échelle internationale, un renforcement de la protection pénale de l'environnement s'impose en raison de la solidarité de destin sanitaire, environnemental et sécuritaire qui unit les États. Pour lutter contre le forum shopping de la part des débiteurs d'obligations environnementales, il serait opportun d'harmoniser les incriminations et les sanctions applicables en la matière. À ce titre, il est préconisé d'élaborer des lignes directrices propres à guider la réparation des atteintes à l'environnement comprenant des mesures de remise en état, des programmes de conformité, ou encore le provisionnement d'un fonds pour l'environnement.

En définitive, l'année 2015 pourrait consolider l'alliance d'ores et déjà en marche entre enjeux économiques et enjeux environnementaux.

## *B. Éthique concurrentielle*

### 1. Ne pas toujours craindre d'être un concurrent déloyal...

• **Cass. com., 24 juin 2014, nos 11-27450 et 13-26332 \Cass. com., 20 mai 2014, no 13-12102**

La théorie de la concurrence déloyale permet depuis longtemps, et très simplement grâce aux ressources du droit de la responsabilité, d'assurer la promotion d'une véritable éthique concurrentielle. Nous avons ici choisi d'attirer l'attention des opérateurs économiques sur deux questions particulières que le contentieux de l'année écoulé aura permis d'illustrer.

La première est relative aux liens qu'entretiennent la faute déontologique et l'acte de concurrence déloyale. Dans le sillage d'un récent revirement de jurisprudence<sup>18</sup>, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 24 juin 2014 confirme qu'« un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanctions disciplinaires, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale »<sup>19</sup>.



On sait qu'auparavant, cette même formation considérait que la faute déontologique suffisait à caractériser un acte de concurrence déloyale<sup>20</sup>.

Plus rien de tel, donc, lorsqu'un expert-comptable, par exemple, reprend les clients de l'un de ses confrères sans l'en informer. Il faudra néanmoins se garder d'en déduire que la méconnaissance d'une règle déontologique assure, à tous les coups, une immunité civile. Car certaines règles d'éthique professionnelle ne sont pas étrangères aux considérations d'intérêt général, si bien que leur violation pourrait, le cas échéant, constituer une faute civile.

La seconde question est celle, un peu plus originale, de l'ambush marketing<sup>21</sup>. Le monde du sport professionnel, notamment, favorise ce genre de comportement ambigu qui consiste à profiter d'un événement organisé par autrui pour faire sa propre publicité. Où est la frontière entre ce que le droit permet et interdit ? La concurrence déloyale, et plus précisément le parasitisme, n'est-elle pas l'une des bornes à ne pas franchir ? Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 20 mai 2014<sup>22</sup> s'est prononcé en faveur de la liberté de l'ambusher, dans une affaire où la Fédération française de rugby reprochait à Fiat d'avoir fait paraître dans un journal une publicité qui, faisant référence à un match du tournoi des six nations, mentionnait « France 13 Angleterre 24 » suivi de la phrase « la Fiat 500 félicite l'Angleterre pour sa victoire et donne rendez-vous à l'équipe de France le 9 mars pour France-Italie » et de la mention « Italie 500 ». La stratégie astucieuse de la société Fiat a été validée par les juges du fond, puis par la Cour de cassation en ces termes : « la cour d'appel, qui a souverainement estimé que [le risque de confusion sur la qualité de Fiat et de ses concessionnaires à l'égard de la FFR] n'était pas démontré, a pu en déduire (...) que n'était pas caractérisée à leur encontre la promotion de leur propre activité commerciale en tirant profit des efforts et des investissements de la FFR ».

Bref, l'ambush marketing sportif n'a pas vocation à être systématiquement interdit au nom du parasitisme, pas plus qu'il n'a d'ailleurs, et comme l'ajoute l'arrêt, vocation à être bridé par le droit de propriété de l'organisateur en l'absence de « captation injustifiée d'un flux économique résultant d'événements sportifs organisés par la FFR ».

2.... mais être sanctionné sur la foi d'une préoccupation éthique ?

• **Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 11 (AN no 2765, 13 mai 2015)**

Les entreprises du secteur de la distribution devront être attentives au sort que connaîtra, dans les semaines à venir, le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, mieux connu sous l'appellation « projet Macron ». Car une mesure de droit du marché les intéressera tout particulièrement : celle de l'injonction structurelle, qui permettra à l'Autorité de la concurrence, « en cas d'existence d'une position dominante et de détention par une entreprise (...) d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 % qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges nettes anormalement élevées », d'enjoindre à

ladite entreprise de procéder à la cession de ses actifs, notamment ses magasins<sup>23</sup>. Un dispositif similaire existait déjà outre-mer. Voilà donc venu le temps, peut-être, de la généralisation d'une éthique concurrentielle contrainte très originale et d'ores et déjà très contestée<sup>24</sup>.

### *C. Éthique commerciale*

#### 1. Ne pas abuser de son pouvoir unilatéral

##### • **Cass. com., 4 nov. 2014, no 11-14026**

La détermination du prix a fait l'objet d'un contentieux dense à partir de 1971, et ce jusqu'à ce que quatre arrêts du 1er décembre 1995<sup>25</sup> modifient, par un revirement de jurisprudence, le droit jusqu'alors applicable.

Depuis ces arrêts, l'article 1129 du Code civil, relatif à la détermination de l'objet, ne trouve plus application s'agissant du prix en matière de contrats-cadres. Partant, le contentieux lié à la fixation du prix s'est déplacé du terrain de la formation du contrat à celui de son exécution. L'abus dans la fixation du prix engage la responsabilité de celui qui le commet. Pour autant, les arrêts relatifs à la fixation du prix sont peu nombreux, ce qui donne à l'arrêt de la chambre commerciale du 4 novembre 2014<sup>26</sup>, pourtant inédit, un intérêt tout particulier.

Au cas présent, un fournisseur, spécialisé dans la distribution de produits alimentaires, avait conclu avec un fabricant un contrat d'approvisionnement exclusif de chair d'escargot. Il était convenu que le prix serait fixé par le tarif en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande et qu'il pourrait faire l'objet d'une révision ne pouvant pas excéder une augmentation de 3 % par rapport au prix de l'année passée. En contrepartie, le fournisseur s'engageait à réaliser « ses meilleurs efforts pour déterminer les prix de manière à permettre (au fabricant) de faire face à la concurrence ». Le fabricant, qui reprochait à son fournisseur différentes fautes contractuelles, et notamment de ne pas lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels, l'assigna et obtint gain de cause devant les juges du fond, dont l'analyse est confirmée par les juges de la Cour de cassation. Pour ces derniers, l'abus dans la fixation du prix était caractérisé.

Différents éléments ont été mis en exergue par la haute juridiction, lesquels attestent de l'abus. Les premiers sont extérieurs à la relation contractuelle<sup>27</sup>.

Ainsi l'existence d'un abus dans la fixation du prix peut être retenue lorsque le prix établi ne permet pas au fabricant de faire face à la concurrence. Une appréciation des prix classiquement pratiqués sur le marché est alors réalisée. À cela s'ajoute une seconde catégorie d'éléments, qui sont eux internes aux parties. L'existence d'un abus peut résulter de la disparité des prix pratiqués par le fournisseur entre ces différents clients.

En l'espèce, le prix fixé par le fournisseur était supérieur de 25 % à celui qu'il imposait à ses autres clients, de sorte que « son taux de marge brute moyen était de 29 % » sur les ventes du fabricant contre 10

% sur celles de ses autres clients. C'est au demeurant cet excès dans les prix pratiqués, et cela dès l'origine<sup>28</sup>, qui avait conduit le fournisseur à consentir au fabricant une diminution du prix.

C'est donc avant tout le comportement fautif du fournisseur vis-à-vis du fabricant qui permet de caractériser l'abus. Les fournisseurs doivent donc se montrer prudents lors de la fixation du prix, et cela même s'agissant du prix initial. Celui-ci ne doit pas apparaître disproportionné par rapport au marché, ou plus précisément par rapport à ceux pratiqués par le fournisseur à l'égard de ses autres clients.

## 2. Ne pas être l'auteur d'une pratique commerciale déloyale

**• L. no 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation ; CJUE, 3 avr. 2014, no C-151/12 ; Cass. 1re civ., 5 févr. 2014, no 12-25748**

Le droit des pratiques commerciales déloyales et interdites a été partiellement réformé par le biais de la loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon. En la matière, la réforme a pour principal but de mettre le droit français en conformité avec le droit européen, et plus précisément avec la directive du 11 mai 2005<sup>29</sup>. L'ancienne interdiction absolue des ventes avec primes est ainsi écartée. Le nouvel article L. 121-35 du Code de la consommation prévoit que les ventes avec primes sont interdites dès lors qu'elles sont déloyales au sens de l'article L. 120-1 de ce même code, c'est-à-dire si elles sont contraires à la diligence professionnelle et altèrent, ou sont susceptibles d'altérer, le comportement d'un consommateur moyen. En outre, le juge devient un véritable garant de l'absence de clauses contractuelles abusives, puisqu'il a désormais l'obligation, et non plus la faculté, de les relever d'office<sup>30</sup>. L'obligation d'informer le consommateur est de plus renforcée<sup>31</sup>. En outre, s'agissant du délit d'abus de faiblesse prévu à l'article L. 122-8 du Code de la consommation, la loi Hamon a aligné les sanctions du code précité sur celles du Code pénal, conduisant à un accroissement de la pénalisation du délit d'abus de faiblesse. Une différence subsiste néanmoins, et tient à la possibilité d'augmenter le montant de l'amende civile en fonction des avantages obtenus du fait du manquement.

S'agissant des ventes pyramidales, elles sont prohibées, comme constitutives en elles-mêmes d'une pratique déloyale, lorsqu'elles entrent dans le champ d'application de l'article L. 122-6, 2o du Code de la consommation, et cela quel que soit le montant de la contribution demandée au consommateur. C'est ce qu'a affirmé la Cour de justice de l'Union européenne dans une décision du 3 avril 2014. L'affaire concernait une société qui demandait à chaque nouveau participant le paiement de droits d'enregistrement d'un montant de 0,01 LTL, soit 0,002 €, permettant au client l'ayant présenté de percevoir une prime de 20 LTL, soit 5,79 €. Une juridiction lituanienne s'interrogeait sur le fait de savoir si la modicité de la participation écartait *ipso facto* le caractère déloyal de la pratique. Pour la Cour de justice, la participation s'entend d'une participation financière, quel que soit son montant. Pour autant, la pratique n'est pyramidale, au sens de la directive, que si la part des adhérents est essentielle au fonctionnement du système pyramidal dont la « pérennisation nécessite l'adhésion d'un nombre toujours plus grand de nouveaux participants pour financer les contreparties versées aux membres en place »<sup>32</sup>. Il revient donc aux juges nationaux de déterminer si le

système de promotion est pyramidal au sens de la directive, et donc automatiquement prohibé quel que soit le montant de la contribution. À défaut, la pratique n'est déloyale que si elle répond aux conditions posées par l'article L. 120-1.

C'est de ces critères généraux que font application les juges en matière de vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés, ainsi qu'en atteste un arrêt de la première chambre civile du 5 février 2014. Un consommateur avait acheté un ordinateur sur lequel étaient préinstallés des logiciels. Ne souhaitant pas les conserver, il avait demandé le remboursement du prix du logiciel. La décision de la juridiction de proximité, qui avait accueilli la demande de remboursement, avait été cassée par un arrêt du 15 novembre 2010. La juridiction de renvoi avait cru pouvoir prononcer le remboursement en se fondant notamment sur le fait que l'ordinateur se composait de deux éléments intrinsèquement distincts. Sa décision est cassée. La pratique déloyale ne pouvait être caractérisée sans que les juges aient constaté l'impossibilité pour le consommateur de se procurer, après avoir reçu une information relative aux conditions d'utilisation des logiciels, un ordinateur « nu ». En d'autres termes, la vente de logiciels préinstallés n'est constitutive d'une pratique déloyale que si le consommateur ne peut pas se procurer l'ordinateur sans que ceux-ci ne soient installés.

### 3. Ne pas être l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence

• **Comm. UE, 15 juill. 2014, sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ; CA Paris, 29 oct. 2014 ; CA Paris, 12 déc. 2013, no 11/18274 ; T. com. Paris, 20 mai 2014, no 2013/070793 ; CA Paris, 18 mars 2014, no 12/13601 ; Cass. com., 24 juin 2014, no 12-27908 ; Cass. com., 25 mars 2014, no 12-29534 ; Cass. com., 20 mai 2014, no 12-26705, 12-26970 et 12-29281 ; Cass. com., 11 mars 2014, no 13-13578 ; Cass. com., 16 déc. 2014, no 13-21363 ; Cass. com., 20 mai 2014, no 13-16398 ; Cass. com., 3 mars 2015, no 13-27525 ; CA Paris, 5 juin 2014, no 13/19047 ; Cass. com., 7 oct. 2014, no 13-21086 ; CA Paris, 1er juill. 2014, no 13/09208**

Alors que la réforme du droit commun des contrats, qui se fait toujours attendre à l'heure où ces lignes sont écrites, pourrait être, dit-on, très sensible à l'exigence d'éthique contractuelle, le droit spécial et conquérant des relations commerciales (« droit des pratiques restrictives de concurrence ») continue de nourrir une forte actualité.

Nous laisserons de côté, s'agissant de l'actualité législative, la réforme issue de la loi Hamon du 17 mars 2014, déjà commentée dans la précédente livraison de cette chronique, dont la teneur exagérément dirigiste ne cesse d'étonner. On comparera néanmoins avec intérêt l'approche française et celle des autorités de l'Union qui entendent, elles aussi, lutter contre les pratiques déloyales entre entreprises, mais qui semblent aujourd'hui, si l'on se fie à une communication de la Commission du 15 juillet 2014, préférer une autre méthode (faire davantage confiance aux initiatives volontaires) au service d'ambitions plus restreintes (seulement le secteur alimentaire)<sup>33</sup>.

L'actualité jurisprudentielle s'illustre, quant à elle, par un contentieux toujours centré sur quelques grandes questions.

Obtention d'un avantage disproportionné. Déséquilibre significatif. Les dispositifs hybrides de justice contractuelle et de régulation du marché prévus aux alinéas 1er (obtention d'un avantage disproportionné) et 2 (déséquilibre significatif) de l'article L. 442-6, I du Code de commerce, continuent de soulever un certain nombre de questions.

L'une d'elles est de savoir quel est le degré de proximité que les clauses abusives « version Code de commerce » entretiennent avec les clauses abusives « version Code de la consommation ». La cour d'appel de Paris a estimé à juste titre, dans un arrêt rendu le 29 octobre 2014, qu'il ne fallait pas être trop ébloui par les solutions d'origine consumériste : « Si le juge peut s'inspirer des solutions dégagées sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour interpréter les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, il ne peut se contenter de raisonner par analogie, dès lors que le champ d'application des deux textes est distinct »<sup>34</sup>. Cela étant, des rapprochements ne sont pas interdits. Et il se pourrait bien, si l'on se fie par exemple à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2013, que le « déséquilibre significatif » visé par l'article L. 442-6 puisse notamment résulter d'une comparaison avec un modèle, à l'instar de ce qui se fait en droit de la consommation quand le juge évalue la distance avec le droit supplétif<sup>35</sup>. Les juges parisiens ont, en effet, considéré qu'une clause qui prévoyait le principe d'une réparation sous forme d'un avoir en cas d'inexécution de la prestation confiée à un sous-traitant « [était] habituelle dans un contrat de sous-traitance et ne [traduisait] aucun déséquilibre significatif »<sup>36</sup>. Comme l'a souligné un auteur, la référence à ce qui est habituel n'est pas sans évoquer l'idée de bonnes pratiques commerciales<sup>37</sup>.

S'agissant toujours du « déséquilibre significatif », une autre question est de savoir si ce dernier pourrait concerner des clauses de nature processuelle. Sans doute n'est-ce pas exclu par principe. Un jugement du tribunal de commerce de Paris du 20 mai 2014 a, par exemple, stigmatisé la clause, très marquée par la « patte » d'un grand distributeur, selon laquelle « chaque partie s'engage à intervenir dans toute procédure ou instance qui viendrait à être engagée par un tiers au contrat, pour faire valoir sa position sur celui-ci tel qu'il a été négocié et conclu »<sup>38</sup>, au motif qu'un tel engagement restreignait le droit fondamental de chaque partie de ne pas agir en justice. À suivre un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu le 18 mars 2014, il semblerait en revanche que les clauses compromissaires soient très largement épargnées<sup>39</sup>.

L'intérêt de suivre la jurisprudence commerciale est d'autant plus important aujourd'hui que le droit spécial fait, désormais, parfois impression en droit commun. Comme le montre un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2014, la notion de « service effectif », à l'aune duquel s'apprécie l'« avantage » visé par l'article L. 442-6, I, 1o du Code de commerce, peut en effet être utilisée par les juges pour apprécier l'existence de la cause au sens de l'article 1131 du Code civil<sup>40</sup>. On parvient alors à donner à celle-ci une dimension plus concrète.

Rupture brutale des relations commerciales. S'il est toujours massif, le contentieux des ruptures brutales<sup>41</sup> arrive en même temps à une phase de maturité. Peu de nouveautés sont en réalité à signaler, ce

qui est une bonne chose pour les entreprises car il est important que celles-ci puissent connaître à l'avance l'étendue des exigences éthiques qui pèsent sur elles lors de ce moment crucial.

En premier lieu, plusieurs décisions de l'année écoulée rappellent que l'existence d'un élément d'extranéité dans la relation commerciale n'est pas de nature à exclure facilement l'application du droit français protecteur.

Sans juger que ce dernier constitue une loi de police, la Cour de cassation a notamment décidé, dans un arrêt du 25 mars 2014<sup>42</sup>, que la loi applicable à cette responsabilité extracontractuelle était celle du lieu où le fait dommageable s'était produit, et qu'en cas de délit complexe, « il y a lieu de rechercher le pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable », ce qui renvoyait en l'espèce à la loi française. Cette force d'attraction du droit français a été confirmée par un autre arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2014<sup>43</sup>, qui a déterminé le lieu du dommage en fonction du pays où la victime française exerçait son activité, en France bien évidemment !

Ce dernier arrêt saura en même temps rassurer les opérateurs économiques, et notamment les sociétés mères, en ce qu'il rappelle par ailleurs que l'article L. 442-6 n'est pas un instrument de dilution du principe d'autonomie des personnes morales au sein des groupes de sociétés. Les juges ont, en effet, refusé de condamner la société mère au titre des ruptures brutales dont ses filiales s'étaient rendues coupables, au motif que « la poursuite d'une stratégie d'intégration verticale décidée par la société mère, comme les consignes données à ses filiales, ne les avaient pas privées de leur autonomie de décision et partant, n'étaient pas de nature à constituer une faute imputable à leur société mère ».

En second lieu, plusieurs décisions, rassurantes elles aussi, ont confirmé que l'article L. 442-6 n'était pas un fossoyeur de la liberté contractuelle. Un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2014 a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait jugé que ce texte « ne vise que la situation de rupture d'une relation commerciale et ne saurait être invoqué pour reprocher à un partenaire le contrat signé avec un tiers qui ne saurait traduire une volonté cachée de rupture »<sup>44</sup>. La liberté de contracter est donc sauve, comme l'est également celle d'aménager conventionnellement les modalités ou les suites de la rupture, puisqu'il résulte d'un important arrêt de la Cour de cassation rendu le 16 décembre 2014 que « si (l'article L. 442-6) institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation, il ne leur interdit pas de convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture »<sup>45</sup>. La relation pourrait donc être, en particulier, volontairement précarisée, puisqu'il existait en l'espèce un accord pour un dénouement progressif de la relation. Mais la contractualisation n'est pas toujours efficace et, comme le montre notamment un arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2014 qui en rappelle une importante limite, « l'existence d'une stipulation contractuelle de préavis ne dispense pas le juge, s'il en est requis, de vérifier si le préavis contractuel tient compte de la durée des relations commerciales ayant existé entre les parties et des autres circonstances »<sup>46</sup>.

Mise en œuvre du droit des pratiques restrictives. On sait que l'objectif d'une éthique commerciale effective passe par un encadrement particulier de l'action en justice, qui est notamment destiné à prendre en compte le « facteur crainte » qui dissuade les victimes d'agir<sup>47</sup>. Il se confirme, à cet égard, que l'action spécifique du ministre est largement encouragée. Ainsi, « c'est seulement lorsque l'action engagée par

l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitution des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causé que les parties au contrat doivent en être informées »<sup>48</sup>. Résultat : la recevabilité de l'action en cessation d'une pratique illicite n'est pas subordonnée à l'information des fournisseurs victimes. Cette action en cessation se révèle par ailleurs très efficace, puisqu'elle permet notamment au ministre de réclamer « la suppression pour l'avenir » de clauses contenues dans un contrat-type et proposées à la négociation depuis plusieurs années<sup>49</sup>.

Les entreprises victimes doivent, elles, se souvenir de ce que les litiges sont attribués à des juridictions spécialisées<sup>50</sup>, ce qui ne simplifie pas toujours leurs démarches. Elles peuvent néanmoins, désormais, compter sur plusieurs précisions prétoriques. La première émane d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 juin 2014<sup>51</sup> qui indique que le juge des référés compétent pour l'application de l'article L. 442-6 doit être déterminé, comme le juge du principal, par référence à la règle de spécialisation de l'article D. 442-3. La deuxième émane d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2014<sup>52</sup> qui apporte une limite à cette règle de spécialisation : une cour d'appel autre que celle de Paris peut, en effet, alors même qu'une demande est fondée sur l'article L. 442-6, toujours connaître d'une autre demande fondée sur le droit commun (en l'occurrence l'article 1134 du Code civil), dès l'instant où la demande fondée sur le texte spécial a seulement été formée pour la première fois en appel. La troisième, enfin, émane d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 1er juillet 2014<sup>53</sup> qui apporte une autre limite importante au jeu des compétences exclusives, puisqu'il considère que celles-ci n'excluent pas le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés, entre les opérateurs économiques, de l'application de l'article L. 442-6. L'arrêt ouvre ainsi un vrai boulevard à la clause d'arbitrage, qui n'est, comme le relève Thomas Clay, « affectée ni par une disposition d'ordre public, ni par une compétence judiciaire exclusive, ni par l'intervention possible du ministère public ou du ministre de l'Économie, ni par la nature délictuelle de l'action qu'elle fonde »<sup>54</sup>.

## *D. Éthique des investissements*

### 1. Renseigner l'emprunteur

**• Dir. no 2013/36, 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ; dir. no 2014/17/UE, 4 févr. 2014, relative aux contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel**

La transparence du système bancaire est une préoccupation contemporaine qui se concrétise par une multiplicité, et une multiplication, des obligations d'information mises à la charge des établissements bancaires. En la matière, la directive du 4 février 2014<sup>55</sup>, qui modifie notamment la directive européenne du 26 juin 2013, étend la protection de l'acheteur profane. Parmi les principales mesures, la directive accroît les obligations du professionnel dispensateur de crédit. Son devoir de se renseigner est renforcé.

Dorénavant, celui-ci doit procéder à une évaluation détaillée de la solvabilité de l'emprunteur, afin de déterminer si le crédit sollicité n'est pas disproportionné au regard de ses ressources. Dans une dynamique de transparence, les établissements de crédit doivent fournir aux candidats à l'emprunt une fiche d'information précontractuelle standardisée, qui a pour but de permettre à ces derniers de comparer les différentes propositions qui leur sont faites. En outre, une information générale sur les produits est imposée. Le fameux TAEG a fait, à cet égard, l'objet de nombreuses attentions. Il comprend désormais tous les coûts dont le consommateur doit s'acquitter au titre de son contrat de crédit, les frais de notaire et les coûts d'inscription de l'hypothèque ou du transfert de propriété étant exclus de ce taux. La fiche d'information standardisée et l'information relative au TAEG sont les deux éléments d'harmonisation maximale de cette directive. Pour le reste, celle-ci laisse les États membres libres de prévoir des règles plus contraignantes, notamment s'agissant des règles de conduite que les prêteurs doivent adopter. La directive, qui vise à promouvoir les bonnes pratiques dans le secteur bancaire, sera transposée par voie d'ordonnance dans un délai de quinze mois à compter de la publication de la loi du 30 décembre 2014 qui habilite le Gouvernement à agir à cet effet<sup>56</sup>.

## **2. LÈVE-TOI ET MARCHE ! MORT ET RÉSURRECTION DE L'HYPOTHÈQUE RECHARGEABLE**

### **• L. 14 mars et 20 décembre 2014**

En matière de sûretés, il faut savoir raison garder. Depuis quelques années déjà, ce commandement a acquis valeur de principe cardinal en droit des sûretés, comme le démontre notamment le mouvement jurisprudentiel visant à sanctionner les abus des créanciers dans la prise de sûretés. Mais le législateur aurait, lui aussi, intérêt à s'inspirer de ce commandement. Car il faut bien avouer qu'il n'a pas toujours fait montre en la matière de raison et de cohérence. Le sort de l'hypothèque rechargeable en est un bon exemple. On se rappellera que le législateur, soucieux de relancer la consommation par le crédit, avait, sous la pression de Bercy, introduit cette figure dans notre droit positif par l'ordonnance du 23 mars 2006. L'intention était louable dans la mesure où il s'agissait de lutter contre le risque de gaspillage du crédit en permettant à un constituant de maximiser la valeur de l'immeuble donné en garantie. Certes, la constitution d'hypothèques de rang inférieur permettait déjà d'atteindre ce résultat en théorie, mais de telles constitutions étaient en pratique trop onéreuses et aléatoires. D'où l'idée de faciliter l'affectation d'une hypothèque de premier rang à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif et cela à travers une simple convention de recharge<sup>57</sup>. Mais le mieux est souvent l'ennemi du bien, et le législateur ne s'est pas contenté de cette consécration dans le Code civil. Il s'est senti obligé de développer le régime de l'hypothèque rechargeable dans le Code de la consommation<sup>58</sup>. Outre qu'elle était inutile, cette intervention a créé une apparence de lien entre crédit à la consommation et hypothèque, lien qui devait alors constituer un vice originel obérant l'essor de cette sûreté. En effet, imaginer que l'on puisse garantir un ou plusieurs crédits à la consommation — dont le montant était en 2006 plafonné à 21 500 € — par une hypothèque sur un



immeuble défiait l'entendement. C'était oublier qu'en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, le créancier confronté à la défaillance du débiteur n'avait d'autres choix que de faire vendre ou de se faire attribuer l'immeuble alors que le montant de la créance à garantir n'était que de quelques milliers d'euros. Pouvait-on accepter de laisser le créancier poursuivant vendre la maison afin de rembourser le crédit de la télévision, fût-elle à écran plat Full HD ? C'est donc sans surprise que certains parlementaires profitèrent des débats sur la loi Hamon pour faire un sort à l'hypothèque rechargeable, même si l'on peut rester dubitatif quant aux motifs alors invoqués dans le cadre du débat parlementaire : risque de subprime à la française ( ? ) ou encore nécessité de supprimer un dispositif mis en place par Nicolas Sarkozy (en 2006 ? !). Quand on veut tuer son chien... Mais à peine cette abrogation surprise fut-elle entérinée que certains se demandèrent si le législateur n'avait pas été un peu trop vite en besogne en jetant le bébé avec l'eau du bain. Car si nul ne contestait l'abrogation des dispositions du Code de la consommation relatives à l'hypothèque rechargeable, la suppression de l'article 2422 du Code civil était plus discutable. D'ailleurs, le législateur en a pris conscience puisqu'il a opéré en quelques mois un rétropédalage impressionnant. Ainsi, la loi du 20 décembre 2014 a réintégré, avec certaines modifications toutefois, l'hypothèque rechargeable au sein du Code civil. Outre qu'elle est la preuve d'un amateurisme législatif inquiétant — y a-t-il encore un docteur en droit dans l'hémicycle ? — cette résurrection interroge. Afin de sauver la face, le législateur a en effet limité le recours aux hypothèques rechargeables. En vertu du nouvel article 2422 du Code civil, seule une hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif. Un tel cantonnement aux seules créances professionnelles — dont la définition ne manquera pas une nouvelle fois d'être à l'origine d'un contentieux important — est-il judicieux ? On peut en douter. En effet, il n'est pas sûr que le domaine professionnel soit celui dans lequel la pratique aura le plus recours à l'hypothèque rechargeable. Nombre d'entreprises n'ont pas ou plus de patrimoine immobilier, et les professionnels personnes physiques hésiteront à engager leurs biens immobiliers, lesquels feront d'ailleurs souvent l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité. Elle l'est d'autant moins qu'aujourd'hui le plafond des crédits à la consommation a été porté à 75 000 €, ce qui peut, dans certains cas, justifier le recours à l'hypothèque. À cet égard, on peut penser que l'hypothèque ne présente d'intérêt que lorsqu'elle est constituée en garantie du prix d'acquisition du logement, le constituant pouvant alors la réutiliser ultérieurement afin de financer des travaux d'amélioration ou d'extension. Or cette possibilité est aujourd'hui condamnée. Faute d'avoir pris le temps de la réflexion et d'avoir consulté la pratique, notamment notariale, le législateur a sans doute ressuscité l'hypothèque rechargeable pour rien. Quoi qu'il en soit, les universitaires ne se plaindront pas du maintien de cette figure, laquelle constitue une contribution passionnante à la théorie de l'accessoirité des sûretés !

### 3. Qui paie ses dettes s'enrichit

• Réforme du taux de l'intérêt légal : Ord. no 2014-947, 20 août 2014 et D. 2 oct. 2014

Qui paie ses dettes s'enrichit. Voilà un dicton, reflet d'une sagesse populaire et frappé au coin du bon sens, que la récente et continue baisse des taux d'intérêts a bien failli remettre en question. On sait qu'outre la satisfaction morale d'avoir fait ce qui devait être fait, le paiement de ses dettes en temps et en heure va permettre à un débiteur d'économiser les frais et pénalités qui pourraient leur être appliqués en cas de retard de paiement, que ces frais et pénalités soient d'origine conventionnelle ou légale. S'agissant de ces derniers, l'article 1153 du Code civil dispose que les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation de payer, ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf cas particuliers. Ainsi, l'intérêt au taux légal se voit conférer une nature indemnitaire, voire punitive puisque l'alinéa 2 du même article rappelle que ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Mais cette nature indemnitaire n'a de portée que si le montant de l'intérêt est suffisamment haut pour se révéler dissuasif. Or le mécanisme de calcul de l'intérêt au taux légal tel qu'il était fixé par l'article L. 313-2 du Code monétaire et financier était basé sur les taux de financement de l'État, lesquels sont en chute libre depuis quelques années. En conséquence, le taux de l'intérêt légal avait atteint en 2013 et 2014 un plancher de 0,04 %... Un tel taux constituait alors une incitation pour les débiteurs à ne pas régler leur dette, obtenant ainsi un financement à peu de frais de la part de leur créancier qui n'avaient pu ou su se couvrir conventionnellement. Pis, se profilait le risque de voir, si la baisse se poursuivait, le taux de l'intérêt légal être fixé à un taux négatif, ce qui conduirait à une situation invraisemblable, le créancier devant alors payer le débiteur négligent ! La dimension morale de l'intérêt légal devait alors prendre le pas sur une approche purement économique. Une réforme du mode de calcul est donc intervenue avec l'ordonnance du 20 août 2014 et le décret d'application du 2 octobre 2014<sup>59</sup>. Le taux d'intérêt légal est désormais fixé semestriellement. Il devient surtout dual. Selon le nouvel alinéa 2 de l'article L. 313-2 du Code monétaire et financier, le taux de l'intérêt légal comprend d'une part, un taux spécifique applicable lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels, calculé d'après les taux effectifs moyens des crédits consentis aux particuliers et, d'autre part, un taux, qualifié de droit commun, applicable dans tous les autres cas, fondé sur le taux directeur de la BCE. Le but est évident : il s'agit de faire en sorte que le mode de calcul du taux spécifique aboutisse à déterminer un taux supérieur à celui de droit commun. À cet égard, l'objectif est atteint puisque le taux de droit commun a été fixé au 1er janvier 2015 à 0,93 %, alors que le taux de l'intérêt légal spécifique a été fixé à 4,06 %. Ce changement est louable car il permet, au moins dans le cas du taux spécifique, de rétablir la fonction de dommages et intérêts moratoires attachée aux intérêts au taux légal. Il ne faut pas oublier qu'en cas de condamnation par décision de justice, le taux spécifique de l'intérêt légal sera majoré de 5 %, soit un taux de 9,06 %, ce qui dans le contexte actuel est particulièrement avantageux. Cette modification du mode de calcul est aussi un nouvel exemple<sup>60</sup> de cette dichotomie qui tend à s'imposer entre les règles applicables aux particuliers agissant dans le cadre de leur activité domestique ou personnelle et les professionnels. Il est à noter que dans le cas qui nous intéresse, le législateur a eu l'heureuse idée d'exclure les personnes morales, ce qui a le mérite d'éviter les éternelles discussions s'agissant des associations ou sociétés civiles dont il est parfois difficile de déterminer si elles agissent ou non pour des besoins professionnels.

- 1 – (\*) V. la première partie parue in LPA 24 août 2015, p. 4 à 13.
- 2 – (\*) Avec Allison Fiorentino, maître de conférences à l'université d'Auvergne, Gwenaël François, maître de conférences à l'université d'Auvergne, Michel Morand, avocat, professeur associé à l'université d'Auvergne, Laurent Neyret, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Versailles, Jean-Baptiste Perrier, maître de conférences à l'université d'Auvergne, Jean-François Riffard, agrégée des facultés de droit, et Sandrine Tisseyre, maître de conférences à l'université d'Auvergne (tous les contributeurs de l'université d'Auvergne sont membres du Centre Michel de l'Hospital).
- 3 – (1) Texte adopté no 501.
- 4 – (2) Proposition de loi no 2578.
- 5 – (3) Art. L. 225-102-4 I, al. 2.
- 6 – (4) C. com., art. L. 225-102-1.
- 7 – (5) OCDE 2014, F.-G. Trébulle, «Entreprise et développement durable – 2014» : Énergie, environnement, infrastructures avr. 2014, 3, no 21.
- 8 – (6) Cass. soc., 2 juill. 2014, no 13-15208.
- 9 – (7) V. en particulier, Cass. soc., 18 déc. 2013, no 12-25686 : la haute juridiction reproche aux juges du fond d'avoir reconnu une situation de coemploi «alors qu'il ne résultait pas de ses constatations une situation apparente de coemploi constituée par une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale et justifiant sa compétence à l'égard de la société filiale».
- 10 – (8) G. Loiseau, «Le coemploi est mort vive, la responsabilité délictuelle» : JCP S 2014, no 1311.
- 11 – (9) Cass. soc., 8 juill. 2014, no 13-15573.
- 12 – (10) Cass. soc., 8 juill. 2014, no 13-15470.
- 13 – (11) F.-G. Trébulle, «Environnement et concurrence : la loyauté consacrée !» : Env. 2014, repère 4.
- 14 – (12) F.-G. Trébulle, art. préc.
- 15 – (13) L. Neyret (ss dir.), Des écocrimes à l'écocide — Le droit pénal au secours de l'environnement, préf. M. Delmas-Marty, Bruylant, 2015.
- 16 – (14) De l'esprit des lois, 1748.
- 17 – (15) CRIM/2015-9/G4-21.04.2015.
- 18 – (16) Cass. com., 10 sept. 2013, no 12-19356 : Contrats, conc. consom. 2013, no 237, obs. M. Mauraie-Vignal ; D. 2013, p. 2812, obs. Y. Auguet.
- 19 – (17) Cass. com., 24 juin 2014, nos 11-27450 et 13-26332 : Contrats, conc. consom. 2014, no 215, obs. M. Mauraie-Vignal ; D. 2014, p. 2488, obs. Y. Picod.
- 20 – (18) Cass. com., 29 avr. 1997, no 94-21424 : RTD civ. 1998, p. 218, obs. R. Libchaber ; JCP G 1997, I, 4068, obs. G. Viney.
- 21 – (19) V. F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, Droit du sport, LGDJ, 2012, 3e éd., nos 1218 et s.
- 22 – (20) Cass. com., 20 mai 2014, no 13-12102 : Contrats, conc. consom. 2014, no 186, obs. L. Leveneur, et no 191, obs. M. Mauraie Vignal ; Comm. com. électr. 2014, chron. 10, no 12, obs. C.-A. Maetz.
- 23 – (21) Art. 11 du projet (C. com., futur art. L. 752-26). NDLR : la disposition a été jugée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel le 5 août 2013, déc. no 2015-715 DC.
- 24 – (22) V. M. Mauraie-Vignal, «L'injonction structurelle et le projet de loi Macron» : D. 2015, p. 690.
- 25 – (23) Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, nos 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 93-13688 ; v. notamment : JCP G 1996, II, 22565 concl. M. Jéol, note J. Ghestin ; D. 1996, p. 13, L. Aynès ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, GAJC, T. II, Dalloz, 2008, 12e éd., no 152-155.
- 26 – (24) Cass. com., 4 nov. 2014 : JCP G 2014, 1310 et JCP E 2014, 1639, note A.-C. Choné-Grimaldi ; D. 2015, p. 183, note J. Ghestin.
- 27 – (25) Pour cette distinction : A.-C. Choné-Grimaldi, note préc.
- 28 – (26) En effet, la Cour de cassation a constaté que la société Camargo, fournisseur, avait pratiqué des prix excessifs dès l'origine.
- 29 – (27) Dir. no 2005/29/CE, 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis de consommateurs dans le marché intérieur, transposée en droit français par les lois no 2008-3 du 3 janvier 2008 et no 2008-776 du 4 août 2008.
- 30 – (28) C. consom., art. L. 141-4, al. 2.
- 31 – (29) C. consom., art. L. 111-1.
- 32 – (30) CJUE, 3 avr. 2014, no C-515/12, § 22.

- 33 – (31) Communication sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Sur ce texte, v. G. Parleani, «Un petit vent frais sur le titre IV» : AJCA 2014, p. 251 ; M. Chagny, «Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthodes des petits pas» : RTD com. 2014, p. 571.
- 34 – (32) CA Paris, 29 oct. 2014 : RTD com. 2014, p. 785, obs. M. Chagny.
- 35 – (33) V. notamment, CJUE, 16 janv. 2014, no C-226/12 : JCP G 2014, 699, obs. N. Sauphanor-Brouillaud.
- 36 – (34) CA Paris, 12 déc. 2013, no 11/18274 : RDC 2014, p. 411, obs. M. Behar-Touchais.
- 37 – (35) M. Behar-Touchais, obs. préc.
- 38 – (36) TC Paris, 20 mai 2014, no 2013/070793 : AJCA 2014, p. 243, obs. L. Constantin ; RDC 2014, p. 672, obs. M. Behar-Touchais.
- 39 – (37) CA Paris, 18 mars 2014, no 12/13601 : D. 2014, p. 2544, obs. T. Clay ; Contrats, conc. consom. 2014, no 128, obs. N. Mathey.
- 40 – (38) Cass. com., 24 juin 2014, no 12-27908 : AJCA 2014, p. 280, obs. J. Dubarry ; RTD civ. 2014, p. 884, obs. H. Barbier ; JCP G 2014, 1337, note J. Ghestin.
- 41 – (39) C. com., art. L. 442-6, I, 5o.
- 42 – (40) Cass. com., 25 mars 2014, no 12-29534 : D. 2014, p. 1250, note F. Jault-Seseke ; JCP G 2014, 619, note D. Bureau ; RTD civ. 2014, p. 656, obs. H. Barbier.
- 43 – (41) Cass. com., 20 mai 2014, nos 12-26705, 12-26970 et 12-29281 : AJCA 2014, p. 242, obs. A.-M. Luciani ; Contrats, conc. consom. 2014, no 192, obs. N. Mathey ; RTD civ. 2014, p. 656, obs. H. Barbier.
- 44 – (42) Cass. com., 11 mars 2014, no 13-13578 : Contrats, conc. consom. 2014, no 115, obs. N. Mathey.
- 45 – (43) Cass. com., 16 déc. 2014, no 13-21363.
- 46 – (44) Cass. com., 20 mai 2014, no 13-16398 : AJCA 2014, p. 240, obs. M. Nezam et J.-D. Bretzner ; Contrats, conc. consom. 2014, no 158, obs. N. Mathey.
- 47 – (45) C. com., art. L. 442-6, III.
- 48 – (46) Cass. com., 3 mars 2015, no 13-27525 : D. 2015, p. 997, obs. S. Tréard, et p. 1021, note F. Buy. La Cour précise ainsi la portée d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel (Cons. const., 13 mai 2011, no 2011-126 QPC).
- 49 – (47) Cass. com., 3 mars 2015, préc.
- 50 – (48) C. com., art. L. 442-6, III, in fine et D. 442-3.
- 51 – (49) CA Paris, 5 juin 2014, no 13/19047 : AJCA 2014, p. 293, obs. J.-D. Bretzner.
- 52 – (50) Cass. com., 7 oct. 2014, no 13-21086 : D. 2014, 2329, note F. Buy ; Contrats, conc. consom. 2014, no 270, obs. N. Mathey.
- 53 – (51) CA Paris, 1er juill. 2014, no 13/09208 : JCP G 2014, 1018, note N. Mathey ; D. 2014, p. 2544, chron. T. Clay.
- 54 – (52) T. Clay, obs. préc.
- 55 – (53) L. Fériel, «L'évolution européenne du devoir de mise en garde du banquier» : D. 2014, p. 877 ; A. Gourio et L. Thébault, «Adoption de la directive sur le crédit immobilier» : RD bancaire et fin. mars 2014, comm. 70 ; D. Legeais, «Crédit immobilier à la consommation» : RTD com. 2014, p. 380.
- 56 – (54) L. no 2014-1662, 30 déc. 2014, art. 14.
- 57 – (55) C. civ., art. 2422.
- 58 – (56) Anc. art. L. 313-14 et s.
- 59 – (57) F. Fruleux et J.-M. Serre, «Réforme du taux de l'intérêt légal» : RD fisc. déc. 2014, no 50, 672 et s.
- 60 – (58) V. supra.