

UNIVERSITE AIX-MARSEILLE
ECOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

LA PERFORMANCE EN DROIT DES AFFAIRES

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVE

Présentée et soutenue publiquement le jeudi 6 décembre 2018 par

Camille PEPINO

Directrice de recherches : **Mme Marie-Ève PANCRAZI**
Professeur à l'Université Aix-Marseille

Suffragants : **Mme Julia HEINICH** (*Rapporteur*)
Professeur à l'Université de Bourgogne
Mme Mathilde BOUTONNET (*Rapporteur*)
Professeur à l'Université Jean-Moulin (Lyon 3)

M. Jacques MESTRE
Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille
M. Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université Aix-Marseille

A Jean-Brice, à mes parents

Qu'il me soit permis de remercier Monsieur le Professeur Jacques Mestre pour m'avoir confié un sujet si précurseur et innovant.

J'aimerais également exprimer ma plus profonde gratitude à Madame le Professeur Marie-Eve Pancrazi qui a bien voulu diriger ces recherches. Ses conseils avisés, ses remarques et sa grande disponibilité ont su éclairer mon écriture et ont contribué à la rédaction de cette thèse.

Mes remerciements vont également à Jean-Brice Tap, pour son soutien indéfectible.

Pour finir, j'adresse toute mon affection à mes parents qui m'ont soutenu et ont fait preuve d'une grande patience tout au long de ce travail.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE L'OBLIGATION DE PERFORMANCE

TITRE 1 - LES DIFFERENTES MANIFESTATIONS DE LA PERFORMANCE

Chapitre 1 – La performance, un élément saisi par le contrat

Chapitre 2 – La performance, un enjeu saisi par le juge

TITRE 2 - L'OBLIGATION DE PERFORMANCE À TRAVERS LA REMUNERATION DES DIRIGEANTS DE SOCIETES

Chapitre 1 – Vers une législation performante pour la rémunération des dirigeants

Chapitre 2 – L'obligation de performance des dirigeants déterminante de leur rémunération

SECONDE PARTIE LA PERFORMANCE SOURCE D'OBLIGATIONS

TITRE 1 - LA PERFORMANCE SOURCE D'OBLIGATIONS COMPORTEMENTALES

Chapitre 1 – Le respect du marché

Chapitre 2 – Le respect de l'environnement

TITRE 2 – L'OBLIGATION DE MAINTENIR LA PERFORMANCE

Chapitre 1 – L'obligation implicite d'un maintien de la performance

Chapitre 2 – L'obligation explicite d'un maintien de la performance

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
<i>AJ contrat</i>	Actualités juridiques contrat
al.	alinéa
art.	article
AMF	Autorité des marchés financiers
Avr.	Avril
Art.	Article
<i>Banque et Dr.</i>	Revue Banque et droit
<i>BJS</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>BRDA</i>	Bulletin rapide de droit des affaires
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly
c/	Contre
CA	Cour d'appel
<i>Cab. dr. entr</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
C. ass.	Code des assurances
Cass. civ. 1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e	Première, Deuxième, Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Ass. Plen.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass. mixte	Cour de cassation réunie en chambre mixte
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CDD	Contrat de travail à durée déterminée
CDI	Contrat de travail à durée indéterminée
<i>CCC</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>CCE</i>	Communication, commerce électronique

C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. env.	Code de l'environnement
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. pén.	Code pénal
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGA	Conditions générales d'achats
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
chron.	Chronique
circ.	Circulaire
CMF	Code monétaire et financier
coll.	Collection
comm.	commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. rur.	Code rural
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. actu.</i>	Dalloz Actualité
<i>D. aff</i>	Recueil Dalloz affaires
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
dir.	direction
<i>Doc. Fr.</i>	Documentation française
doctr.	doctrine
<i>DP</i>	Recueil périodique Dalloz
<i>DPCI</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
éd.	édition
<i>Environnement et dev. durable</i>	Environnement et développement durable

fasc.	fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
IAS	Indice de l'actionnariat salarié
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>In</i>	dans
<i>Infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur – Encyclopédies
<i>JCP G, E, S</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique) édition Générale, Entreprise, Social.
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOUE</i>	Journal Officiel de l'Union Européenne
<i>JSL</i>	Jurisprudence Sociale Lamy
<i>Juris-Data</i>	Juris-Data (Banque de données juridiques)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit précité
<i>LPA</i>	Les Petites affiches
NRE	Nouvelles réglementations économiques (loi)
obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OPA	Offre public d'achat
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.	page(s)
préc.	Précité
préf.	préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
<i>RCA</i>	Responsabilité civile et assurances
<i>RCS</i>	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RDBB</i>	Revue de droit bancaire et boursier
<i>RDBF</i>	Revue de droit bancaire et financier

<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDIDC</i>	Revue de droit international et de droit comparé
<i>RDSS</i>	Revue du droit de la sécurité sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
<i>RD san. et soc.</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rec.</i>	Recours
<i>Req.</i>	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rep. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rep. com.</i>	Répertoire commercial Dalloz
<i>Rép. Dr. europ.</i>	Répertoire de droit européen
<i>Rép. Dr. int.</i>	Répertoire de droit international
<i>Rep. Soc.</i>	Répertoire de droit social
<i>Rep. Sociétés</i>	Répertoire de droit des sociétés
<i>Rep. trav/</i>	Répertoire de droit du travail
<i>Rev. crit.</i>	Revue critique
<i>Rev. proc. coll</i>	Revue des procédures collectives
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de sciences criminelles
<i>Rev. UE</i>	Revue française de gestion
<i>RFG</i>	Revue de l'Union Européenne
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJC</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RLC</i>	Revue Lamy de la concurrence
<i>RLDA</i>	Revue Lamy de droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RSE</i>	Responsabilité sociale des entreprises
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen

s.	suivants
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SBF	Société des bourses françaises
SCA	Société en commandite par actions
SCI	Société civile immobilière
SE	Société européenne
spéc.	spécialement
t.	tome
T. com.	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
T. civ.	Tribunal civil
Trib. confl.	Tribunal des conflits
th.	thèse
vol.	volume
voy.	voyez

INTRODUCTION

1. « *Citius, Altius, Fortius*¹ ». « Plus vite, plus haut, plus fort » cette devise, créée à l'occasion des premiers Jeux olympiques, reflète l'idée selon laquelle l'activité physique appelle la performance physique, l'exploit sportif, et ce depuis les prémices des compétitions sportives. Cette formule, qui date de 1894, est toujours d'actualité dans notre société où la recherche de performance est primordiale. Du côté des athlètes, la recherche de performance physique lors des compétitions ne fait qu'accroître avec le temps. L'argent en jeu derrière les compétitions sportives avec les sponsors, les primes touchées par les joueurs en cas de bonnes performances, ou encore les prix que peuvent atteindre le transfert de certains joueurs dans le domaine du football par exemple, est autant d'incitations à la recherche de la performance.

2. **Les prémices des dérives de la performance.** Mais la performance peut apparaître sous un mauvais jour lorsqu'elle devient excessive. La recherche de performances sportives peut avoir des effets néfastes. C'est le cas du dopage des sportifs de haut niveau. Ce phénomène est loin d'être nouveau, dès les VI^e et V^e siècles, les sportifs ont fait usage de diverses plantes et ont adapté leur alimentation en fonction de leur besoin. Par exemple, le champion grec Milon de Crotone, expliquait que l'alimentation variait selon la discipline : les sauteurs se nourrissaient de chèvre, alors que les lutteurs préféraient le porc et les boxeurs ou les lanceurs, le taureau². De la même façon, certains compétiteurs buvaient du colostrum riche en anabolisants et facteurs de croissance³. Il est évident que le dopage a évolué vers des substances beaucoup plus nocives pour la santé, et de plus en plus difficiles à détecter de nos jours par les analyses. La recherche de performance poussée à son

¹ « Plus vite, plus haut, plus fort ». Henri Didon, homme d'église français de l'ordre des Dominicains, était l'un des promoteurs du sport moderne. Aux côtés de Pierre de Coubertin, Didon devait convaincre les établissements scolaires religieux d'accepter les rencontres sportives face aux établissements laïques. A cette occasion, Didon a créé au sein de son établissement une association sportive officielle avant d'organiser sa première compétition le 7 mars 1891. Il invente et fait broder la devise « *Citius, Altius, Fortius* » (« Plus vite, plus haut, plus fort »), sur le drapeau de l'école. Cette devise devient celle des Jeux olympiques en 1894 à l'occasion du premier congrès olympique, in A. Arvin-Berod, *Et Didon créa la devise des jeux olympiques*, Grenoble, éd. Sciriolus, 2003.

² J.-M. Roubineau, *Milon de Crotone ou l'invention du sport*, PUF, 2016.

³ Audition de M. Jean-Pierre de Mondenard, médecin du sport et spécialiste des questions relatives au dopage, devant la commission d'enquête sur la lutte contre le dopage, 14 mars 2013.

paroxysme peut avoir des effets néfastes non négligeables, c'est pourquoi le droit se doit d'intervenir.

3. La régulation de la performance sportive. Dans le domaine du sport, le droit est intervenu afin d'imposer des limites aux sportifs trop ambitieux. La régulation de la performance sportive est donc un mal nécessaire pour éviter certaines dérives. La France a été l'un des pays précurseurs en matière de lutte antidopage. Le législateur est intervenu avec la loi du 1^{er} juin 1965⁴. Cependant cette loi ne donnait lieu qu'à très peu de sanctions, car il fallait rapporter la preuve que le sportif avait sciemment absorbé une substance dopante destinée à accroître ses performances⁵. En 1989, suite à l'échec de la loi de 1965, le législateur a dépénalisé l'absorption par l'athlète de substances dopantes⁶. Il faudra attendre la loi du 3 juillet 2008⁷ afin d'introduire enfin une mesure pour lutter contre le dopage. Cette loi a créé un nouveau délit réprimant « la détention, sans raison médicale dûment justifiée, d'une ou des substances ou méthodes interdites fixées par arrêtés du ministre chargé des Sports ». C'est aujourd'hui l'article L. 232-26 du Code du sport qui constitue le socle de la lutte antidopage. Le dopage fait donc l'objet d'une répression pénale, mais aussi l'objet d'une répression administrative avec l'agence française de lutte contre le dopage instaurée par la loi Lamour du 5 avril 2006⁸. La France n'est heureusement pas la seule à vouloir lutter contre la recherche de performance à tout prix. À la suite du scandale Festina lors du Tour de France de 1998, il a été créé en 1999 l'agence mondiale antidopage⁹. Il existe également un Code mondial antidopage qui a également pour objet de lutter contre les dérives des sportifs et concède notamment au Tribunal arbitral du sport un rôle de « Cour suprême » en la matière¹⁰.

4. Les dérives de la performance financière. Mais de nos jours, l'amélioration des capacités physiques et intellectuelles, ou encore la résistance à la fatigue, à

⁴ Loi n° 65-412 du 1^{er} juin 1965.

⁵ E. Daoud, et A. Ménager, « Quand la recherche de l'exploit sportif s'arrête aux portes du dopage », *AJ Pénal*, 2013, p. 317.

⁶ Loi n° 89-432 du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage des produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives.

⁷ Loi n° 2008-650 du 3 juill. 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants.

⁸ Loi n° 2006-405 du 5 avr. 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs.

⁹ W. Pound, « la création de l'agence mondiale antidopage », *Jurisport* 2013, n° 137, p. 18.

¹⁰ O. Niggli, « Code mondial antidopage : processus de révision et principales modifications », *Jurisport* 2013, n°137, p.20.

la douleur, ou tout simplement au temps qui passe, n'est plus l'apanage des seuls athlètes¹¹. En effet, la recherche accrue de performances ne touche plus seulement les athlètes et les sportifs, elle innerve notre monde à travers la recherche de profit, de rendements, de rentabilité. La recherche de performances financières peut également avoir des effets néfastes, et le droit devra intervenir et jouer un rôle de régulateur une fois encore. Aujourd'hui la recherche de performance est constante dans le monde des affaires. Cette performance financière renvoie notamment à la rentabilité, au profit, aux chiffres d'affaires, aux bénéfices... La performance financière et économique renvoie à la notion même de puissance économique¹² qui va créer inévitablement un modèle dans lequel des puissants se retrouvent face à des parties faibles¹³. C'est alors que le droit va venir se dresser contre la puissance économique afin d'en limiter les effets néfastes¹⁴. Il faut ici s'attarder sur la notion de faiblesse, qui même si elle est contraire à la puissance sera dans tous les cas présente dès lors qu'il y a puissance. Cette protection des économiquement faibles peut passer par une intervention de l'Etat ou du droit afin d'éviter les risques d'abus.

L'exemple le plus concret d'abus dans la quête de performance financière est la crise économique des *subprimes* qui a débuté en 2007 aux États-Unis, cette dernière étant à l'origine du déclenchement du krach de l'automne 2008. Elle a été une crise mondiale, financière et économique, et a provoqué une chute des cours des marchés boursiers et la faillite de plusieurs établissements financiers. Le constat est sans appel : c'est la recherche excessive de performances financières qui a abouti à cette crise économique. En effet, il suffit de se référer à certains articles du Code monétaire¹⁵ et financier pour démontrer que la

¹¹ E. Daoud, et A. Ménager, « Quand la recherche de l'exploit sportif s'arrête aux portes du dopage », *AJ Pénal*, 2013, p. 317.

¹² V. J-P. Chazal, *De la puissance économique en Droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996, p. 40 : sur la distinction entre pouvoir et puissance : « Le pouvoir politique, ainsi défini, a pour but d'empêcher que de puissants intérêts particuliers imposent leur volonté au plus grand nombre. La puissance, au contraire, implique les idées de hiérarchie et de dissymétrie. (...) La notion de puissance, impliquant une dissymétrie, présente l'intérêt de nous faire prendre en compte l'échange inégal entre les personnes (...). La puissance se distingue donc du pouvoir en ce qu'elle s'applique à faire prévaloir les intérêts de ceux qui la détiennent et qui en usent. »

¹³ Dans les rapports de droit qui régissent le monde des affaires, il y a bien souvent une partie faible, qui a besoin d'être protégée, qui s'oppose à une autre partie, qui a besoin d'être encadrée par le droit.

¹⁴ J-P. Chazal, *De la puissance économique en Droit des obligations*, op. et loc. cit.

¹⁵ Par exemple, l'article L. 533-18 CMF prévoit à plusieurs reprises que les prestataires de services d'investissement doivent prendre toutes les mesures suffisantes « pour obtenir, lors de l'exécution des ordres, le meilleur résultat possible pour leurs clients compte tenu du prix, du coût, de la rapidité, de la probabilité d'exécution et du règlement, de la taille, de la nature de l'ordre ou de toutes autres considérations relatives à l'exécution de l'ordre. » Le fait de les inciter à obtenir le meilleur résultat possible est une incitation à la recherche de performance financière à tout prix. C'est sans doute ce type d'incitation à une recherche de performance parfois excessive qui a abouti à la crise de 2008. La prise de risques

recherche de profit et la performance financière sont incitées à être recherchés à tout prix. Pour éviter une crise systémique, les États durent intervenir afin de tenter de sauver de nombreuses banques. Cette crise ne serait-elle pas en réalité le témoin de la recherche effrénée de performance ? Elle pose en effet la question de la performance des banques et des entreprises, et en particulier de l'encadrement des moyens mis en œuvre pour y parvenir. Mais au-delà de cet exemple pathologique, la performance, ses dérives comme ses bienfaits méritent une attention toute particulière. La performance financière, comme la performance sportive étudiée précédemment, doit être encadrée, voire régulée par le droit.

5. Les dérives de la performance salariale. Les performances sportives et financières ne sont pas les seules à créer des effets néfastes et à faire l'objet d'abus, la performance salariale connaît le même sort. Avec l'apparition de nouvelles méthodes d'organisation du droit du travail, les salariés sont eux aussi victimes d'abus lorsque leur performance est encouragée à l'extrême. Le *benchmarking* qui sert à évaluer et mesurer en permanence les pratiques et les performances entre entreprises et/ou entre travailleurs, le *ranking* qui sert à l'évaluation des salariés, ou encore les objectifs imposés aux salariés, sont autant de méthodes qui poussent les travailleurs à la performance, voire à la surperformance¹⁶. Le fait de recourir à toujours plus de surveillance et d'évaluation¹⁷ de la part des employeurs envers les salariés augmente les risques d'effets néfastes envers les salariés. Heureusement le droit vient encadrer ces méthodes d'organisation du travail, cependant il existe certains risques pour les salariés qui demeurent présents. Il s'agit notamment des risques psychosociaux. Ce thème est très en vogue depuis plusieurs années, il est reconnu par les juges, les syndicats, ou encore les salariés. La performance attendue des salariés dans leur travail peut parfois être source d'anxiété, de maux de tête, de troubles du sommeil, d'irritabilité, de palpitations. Ces derniers demandent que leur traumatisme psychologique soit reconnu comme un accident du travail, de surcroît imputable à la faute inexcusable de

excessive sur les marchés doit être régulée. A ce titre l'article L533-11 CMF prévoit « Lorsqu'ils fournissent des services d'investissement et des services connexes à des clients, les prestataires de services d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients. » Ils ont aussi des obligations comptables et déclaratives, mais la crise de 2008 a révélé que ces obligations prudentielles et comptables n'étaient peut-être pas suffisantes, cette réglementation se renforce progressivement et des réflexions sur la question sont engagées, *in* A. Couret et H. Le Nabasque et *alii*, *Droit financier*, Dalloz Précis, 2^{ème} éd., 2012, p. 111.

¹⁶ L. Lerouge, « Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé » *Dr.soc* 2014, p.152.

¹⁷ Sur la surveillance des salariés et leur évaluation *V. P. Lokiec, Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, Coll. Corpus, 2015, p. 36 et s., p. 52 et s.

leur employeur¹⁸. Cependant, certains auteurs évoquent les abus de la reconnaissance à outrance de ce type de maladies professionnelles, et dénoncent que le stress dû au travail pourrait même faire oublier que le travail préserve la santé psychologique¹⁹. Outre ces dénonciations d'abus de la part de certains travailleurs, il convient de souligner que les risques psychosociaux endurés par les salariés, voire le suicide dû aux conditions de travail difficile, restent des problèmes de sociétés concrets que le droit du travail doit encadrer et limiter. La recherche excessive de la performance au travail est également créatrice d'effets néfastes que le droit se doit d'encadrer et de prévenir.²⁰

6. Performance en droit des affaires à travers l'exemple de la rémunération des dirigeants. En droit des affaires de manière plus spécifique, la notion de performance apparaît de manière très largement intégrée à travers l'exemple des rémunérations. Comme la plupart des rémunérations qui comportent une partie fixe et une partie variable en fonction des résultats obtenus, les rémunérations peuvent parfois atteindre des sommes excessives au regard du contexte actuel de la crise économique. À titre d'exemple, les rémunérations des dirigeants peuvent parfois être excessives. En effet, elles peuvent prendre diverses formes, les salaires peuvent alors atteindre des sommes astronomiques une fois que l'on additionne la rémunération fixe, les primes, les retraites et autres avantages variés. Mais lorsqu'en période de crise, les médias mettent l'accent sur le caractère excessif des rémunérations des dirigeants²¹, l'opinion publique reste dans l'incompréhension, c'est pourquoi ces rémunérations sont souvent montrées du doigt. Pour exemple on peut citer quelques salaires des grands dirigeants de sociétés françaises, en 2012 Jean-Paul Agon président directeur général de l'Oréal a touché 10,7 millions d'euros, ou encore Bernard Arnaud de LVMH 9,7 millions d'euros²².

¹⁸ P. Morvan, « La mode des risques psychosociaux », *Dr. soc.* 2013, p. 965.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ P. Lockiec, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, Coll. Corpus, 2015, p. 161 : L'auteur dénonce le fait que les risques psychosociaux, et les maladies professionnelles sont certes dus aux effets du capitalisme moderne, mais ne doivent en aucun cas être supportés par la collectivité. En effet, l'auteur explique qu'*in fine* la réparation de ces dommages causés par l'entreprise et le marché repose sur les contribuables. C'est en effet l'État, et la sécurité sociale qui indemnisent les victimes du système. Il conclut en incitant les juristes à trouver un équilibre entre « les limites à ne pas franchir, les principes à respecter pour que le capitalisme soit acceptable, à défaut d'être équitable. » p. 162.

²¹ C. Ducouloux-Favard, « Quand y a-t-il rémunérations excessives des dirigeants de société ? », *Gaz. Pal.* 4 février 2010, n° 35, p. 11.

²² Chiffres de Poxinvest, cités par Le Parisien, Salaire des patrons du CAC 40 : « indécent » juge Ayrault, 14/02/2012.

Mais pour les juristes, le problème des rémunérations excessives ne se pose pas en ces termes²³. Ainsi comme a pu l'écrire Paul Le Cannu « *dans leur position, les administrateurs peuvent être tentés de s'attribuer des rémunérations hors de proportion avec les capacités de la société et avec les services qu'ils fournissent* ²⁴ ». Le problème réside peut-être dans le fait que lorsqu'une société connaît des difficultés, suite à une mauvaise gestion, il n'est pas pensable que les dirigeants reçoivent de telles rémunérations. Par exemple, les dirigeants qui touchent des *golden parachute* alors que la société est en difficulté financière cela peut paraître injustifié au regard du service rendu à la société par ce dernier. En effet si la société connaît des difficultés, procède à des licenciements, il n'est pas concevable que le responsable de la gestion de la société touche de telles sommes, elles sont perçues par l'opinion comme de véritables « prime à l'échec ²⁵ ». Certaines affaires célèbres ont fait scandale comme la rémunération de Jean-Marie Messier chez Vivendi Universal ou encore de Daniel Bernard chez Carrefour. Ces rémunérations peuvent être contestées devant les tribunaux, par la faute de gestion, l'abus de majorité, l'abus de biens sociaux, ou encore la violation des règles du droit des sociétés²⁶. Ainsi, le droit intervient afin de réguler ce type de rémunération en imposant des critères de performances à respecter²⁷. L'exemple de la régulation des rémunérations des dirigeants est sans doute l'exemple le plus concret d'utilisation du critère de performance en droit des affaires.

7. La performance, une notion métajuridique. Ainsi, il est possible d'évoquer la performance d'un sportif, la performance financière, la performance comme critère de rémunération des dirigeants de sociétés cotées, la performance technique d'une machine, la performance d'un salarié, mais quelle définition peut-on retenir de la performance ? Quel serait le sens général de cette notion qui est employé dans bien des situations ? C'est la question qu'il convient de se poser avant d'en établir une définition juridique et un régime. La performance est une notion métajuridique qui va avoir différentes significations suivant le contexte dans lequel elle est employée. À l'origine le terme de

²³ C. Ducouloux-Favard, « Quand y a-t-il rémunérations excessives des dirigeants de société ? », *art. prec.*

²⁴ Cité par C. Ducouloux-Favard, « Quand y a-t-il rémunérations excessives des dirigeants de société ? », *art. prec.*

²⁵ F. Garron, « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. soc.* 2005, p. 795.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Art. L. 225-42-1, ali.1, C. com. : « Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée. »

performance s'employait dans le domaine sportif et plus spécifiquement pour les courses hippiques. Elle désignait « l'ensemble des résultats obtenus par un cheval de course sur les hippodromes²⁸ ». Ensuite la définition s'est élargie et a concerné le sport de manière plus général en se définissant comme « le résultat obtenu par un(e) athlète, une équipe dans une épreuve sportive²⁹ ». Mais la performance est également employé pour évoquer la performance d'une personne physique en référence à un succès remporté il s'agit alors d'une « action, exhibition, interprétation demandant des qualités exceptionnelles³⁰. » Plus récemment la notion de performance s'est tournée vers un aspect plus économique et technique en se définissant comme « le rendement, fiabilité très élevée ou exceptionnelle d'une machine, d'un objet, d'un matériau³¹ ». À l'inverse, la contre-performance se définit comme la « mauvaise performance, résultat anormalement médiocre³². » Le dictionnaire Larousse quant à lui se réfère beaucoup à la notion de résultat, d'exploit, ou encore de réussite remarquable pour définir la performance³³. De l'ancien français *parformance* qui signifie achèvement. En psychologie la performance est synonyme de « action ». Il semble donc que la performance, peu importe le domaine, fasse référence à une réussite exceptionnelle et aille au-delà de la simple atteinte d'un résultat. En effet, la performance appliquée aux individus peut, d'un point de vue optimiste, s'inscrire dans la « filiation de la philosophie antique du dépassement de soi. Le scepticisme ne peut conduire à constater que la performance est devenue un diktat managérial du toujours plus, réduisant les individus à des rouages d'un système productiviste³⁴. » Appliquée au monde des affaires la performance fera donc nécessairement référence à la notion de profit et d'efficacité. « Sans être mauvais en soi, le profit, finalités des affaires, peut aisément devenir blâmable quant il obéit à une volonté effrénée, génératrice d'injustices pouvant aller jusqu'à l'instrumentalisation du droit

²⁸ V. Sardou, *La famille Benoiton*, Gallica, 1865, p. 46.

²⁹ R. Caillois, *Jeux et sports*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1967, p. 1290.

³⁰ La performance est employée dans ce sens in S. de Beauvoir, *Mémoires d'une jeune fille rangée*, NRF, Gallimard, 1958, p. 156 : « L'examineur m'accueillit ironiquement. « Alors, Mademoiselle! Vous collectionnez les diplômes! » Déconcertée, je me rendis brusquement compte que ma performance pouvait paraître dérisoire ».

³¹ La performance est employée dans ce sens in B. Chenot, *les entreprises nationalisées*, PUF, Gallica, 1956, p. 88 : « D'une façon générale ces entreprises ont battu, à la fois, les records de l'investissement et du succès technique; (...); les performances de leurs matériels servent le prestige de l'industrie française. ».

³² V. « Contre-performance » : Trésor de la langue française : <http://atilf.atilf.fr>.

³³ Larousse dictionnaire français : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/français>.

³⁴ N. Albert et alii, *Performance et droit administratif*, Colloque et débats, Litec, 2010, p. 36.

lui-même qui serait ainsi perverti en adjuvant de blanchiment de conscience... »³⁵. Pour ces raisons la performance a nécessairement besoin d'intégrer notre paysage juridique afin de ne pas être nuisible.

8. La performance du droit. Avant de se tourner vers la question de l'intégration et de l'appréhension de la notion de performance au sein de notre droit, et plus spécifiquement au sein du droit des affaires, il convient en premier lieu d'évoquer la performance du droit³⁶. Cette dernière fait référence à l'efficacité du droit et à son attractivité. Tout d'abord, quant à l'efficacité du droit, les auteurs évoquent l'efficacité de la « sanction économique³⁷ », l'efficacité des droits de la défense³⁸, ou encore l'efficacité de la sanction en droit du travail³⁹. Un droit est performant si les sanctions prévues par les textes législatifs et réglementaires prévoient des sanctions efficaces. Les sanctions seront considérées comme efficaces si elles ont un caractère suffisamment dissuasif pour les auteurs d'infractions. À titre d'exemple, il est prévu à l'article 24 du Règlement n° 1008/2008⁴⁰ que « les États membres veillent au respect des règles énoncées dans le présent chapitre et fixent des sanctions en cas d'infractions. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives ». Un droit performant est un droit qui impose des sanctions efficaces et

³⁵ N.-D. de La Soujeole, Ph. Stoffel-Munck et *alii*, *L'éthique du droit des affaires*, Pierre Téqui éditeur, Actes du XXIIème colloque national de la Conférence des Juristes catholiques de France, 2006.

³⁶ La performance du droit ne fera pas l'objet de notre étude mais il était nécessaire de l'évoquer afin d'introduire les rapports existants entre le droit et la performance.

³⁷ R. Chemin, « Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus », *Rép. Dr. int.* 2017, Art. 2., n° 39 et s. : « On peut ainsi estimer que les « sanctions économiques » internationales se sont révélées être un instrument de coercition d'une efficacité toute relative, même si leur degré de perfectionnement pourrait aujourd'hui conduire à une appréciation générale plus positive. Il est évident que des « sanctions économiques » ont un effet concret sur l'économie des entités visées »

³⁸ D. Botteghi, « Quelle efficacité des droits de la défense en cas de sanction administrative ? », *AJDA* 2012, p. 1054 : « La Cour de Strasbourg admet qu'une sanction puisse être infligée par une autorité administrative, pour des raisons d'efficacité, (CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere*) mais elle exige que la juridiction devant laquelle la sanction administrative pourra être contestée réponde, par son organisation, son fonctionnement et la procédure suivie, aux exigences de l'article 6 § 1 (CEDH 9 févr. 1983, *Albert et Le Compte*, série A, n° 58 ; CEDH 26 sept. 1995, *Diennet c/ France*, série A, n° 325 ; CEDH 23 oct. 1995, *Schmuntzer c/ Autriche*, série A, n° 328). »

³⁹ P. Bailly et D. Boulmier, « La fin du préjudice met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », *RDT* 2017, p. 374 : « C'est en cela que l'arrêt du 13 avril 2016 met à lui seul en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail. Le préjudice nécessaire jouait un rôle de peine privée, libérant sur ce point le conseil de prud'hommes de ses interférences bicéphales, sans grandes conséquences financières. Il appartient désormais au salarié de faire la pleine preuve (difficile) que la violation par l'employeur de ses obligations légales ou conventionnelles lui cause un préjudice, comme si le seul fait d'être contraint à une action en justice ne justifiait pas, pour le moins, l'existence d'un préjudice au moins moral ; inutile d'espérer une issue meilleure par la voie pénale... »

⁴⁰ Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, Établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

dissuasives. À ce titre, certains auteurs parlent d'effectivité⁴¹ du droit. En effet, le caractère non effectif et non performant d'une loi peut résulter du fait que les entreprises s'en écartent sans avoir à craindre des conséquences négatives à leur égard vis-à-vis d'une éventuelle sanction. Il est parfois plus avantageux pour une entreprise d'avoir à assumer une sanction plutôt que de respecter une loi qui viendrait freiner sa compétitivité⁴².

Ensuite, la performance du droit se mesure également par son attractivité. Il s'agit de mesurer l'attractivité économique du droit des différents pays. Cette méthode de mesure a été initiée par le *Rapport Doing Business*⁴³ rendu par la banque mondiale chaque année. Ce rapport classe les pays en fonction de leur degré de performance juridique au regard de la compétitivité. Ces rapports rendus par la banque mondiale sont vivement critiqués par les juristes qui considèrent que les critères retenus pour fonder le classement sont bien souvent arbitraires et ne reflètent pas réellement la performance juridique des différents pays⁴⁴. L'indice utilisé pour ce classement est « la facilité à faire des affaires » dans un pays, par exemple en droit des contrats le classement se fonde sur l'exécution des contrats qui est primordiale pour le développement des affaires⁴⁵. À ce titre, le dernier rapport de 2018 place la France à la 31^e place. Cependant, les réformes entreprises par l'actuel Président de la République Emmanuel Macron n'ont pas été prises en compte dans le dernier classement opéré par la Banque mondiale⁴⁶.

⁴¹ Sur l'ineffectivité du droit, V. J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible Droit*, LGDJ, 8^e éd., 1995, p. 133-151.

⁴² Ch. Roquilly, « Performance juridique et avantage concurrentiel : chronique n° 1 », *LPA* 2007, n° 86, p. 7.

⁴³ Banque Mondiale, Rapports *Doing Business* : www.doingbusiness.org

⁴⁴ Pour une analyse très critique des rapports «Doing Business», V. B. du Marais, D. Blanchet et A. Dorbec, *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Doc. fr., 2006 ; F. Barrière, Ph. Didier et alii, *Les droits de tradition civiliste en question - à propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, 2006.

⁴⁵ B. du Marais, « De Koror à Palikir : à la recherche du paradis du droit des affaires », *D.* 2006, p. 1110.

⁴⁶ Le rapport Doing Business est certes très critiqué par les juristes, mais il a au moins pour but de remplir ce à quoi il est destiné : inciter les États à réformer leur droit et à être plus attractif d'un point de vue économique. Cependant, il faudra attendre le rapport de 2019 pour voir si les efforts du législateur de réformer le droit des contrats ou encore le droit des sociétés auront assuré à la France une remontée dans le classement. Sur ce point V. D. Saintourens, « Simplification du fonctionnement des sociétés : le complément réglementaire pour 2017 », *Rev. Sociétés* 2017, p. 467 ; A. Lecourt, « Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 » », *RTD Com.* 2017, p. 101 ; L. Usunier, « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *RTD civ.* 2017, p. 343.

9. La recherche de profit par les acteurs du droit des affaires. La performance apparaît comme le maître mot du discours contemporain. La recherche de performance est constante dans le monde des affaires, à travers la recherche de profit. Il est vrai que dans le contexte actuel des conséquences de la crise économique, cette dernière apparaît essentielle pour les acteurs économiques et les entreprises. Cependant, la performance collective des entreprises ne pourra être atteinte si chacune adopte une attitude individualiste sans se soucier des conséquences que leurs décisions pourraient avoir sur le marché, sur la concurrence, sur les consommateurs, ou encore sur l'environnement. À l'aune de la mondialisation⁴⁷, les entreprises ne peuvent ignorer les conséquences que peuvent avoir leurs comportements. En effet, les sociétés privées ont acquis un certain « pouvoir » sur le monde, mais elles en ont aussi hérité la responsabilité. « La question n'est plus de leur performance : la question est celle de l'acceptabilité collective de cette performance.⁴⁸ » Il semble que la recherche de performance individuelle doit être mise de côté. Autrement dit la recherche à tout prix de profits financiers par les entreprises doit être maniée avec précaution. L'acceptabilité collective de la performance de chacune des entreprises par l'opinion publique est délicate, d'autant plus dans le contexte de crise économique que nous connaissons aujourd'hui. Cette acceptation collective de la performance va passer par la régulation⁴⁹ à travers notamment le droit de la concurrence. Cependant la performance des entreprises, si elle est acceptée d'un point de vue économique, l'opinion publique n'est pas toujours du même avis. Par exemple, lorsque l'on parle de rémunérations excessives des dirigeants, de suppression d'emplois pour motif économique, ou de délocalisation⁵⁰ à l'étranger de certaines usines.

Ainsi, la recherche de profits financiers et donc de performance financière par les entreprises est essentielle et il semble que le droit des affaires ne puisse plus ignorer cette tendance qui innervent toute la vie des affaires. Notre société évolue dans un système qui est en quête permanente de profit, d'efficacité⁵¹, et de performance. Ce mouvement est sans doute la

⁴⁷ Sur la mondialisation V. P. de Senarclens, *La mondialisation. Théories, enjeux et débat*, Armand Collin, 4^{ème} éd., 2005 ; J. Thwaites, *La mondialisation : origines, développements et effets*, PUL, 2004 ; C.-A. Michalet, *Qu'est-ce que la mondialisation*, Découverte, 2002.

⁴⁸ H. Juvin, « Les nouveaux paradigmes de la mondialisation : nouvel ordre mondial, nouveau désordre juridique », *RDAI* oct. 2007, n° 5, p. 587.

⁴⁹ Sur la régulation économique V. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2003, p. 126 ; et « Réguler les « entreprises cruciales » », *D.* 2014, p. 1556.

⁵⁰ Sur ce point V. J.-B. Tap, *La localisation des sociétés*, PUAM, Préf. M. Menjucq, 2017, p. 132 et s.

⁵¹ Efficacité V.A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010.

conséquence du capitalisme⁵² poussée à l'extrême. Le capitalisme est un état d'esprit, il se caractérise par un climat, par une atmosphère morale qui reflète la recherche de profit illimité⁵³. En effet, l'esprit commercial se caractérise essentiellement par la conquête du profit, autrement dit le but suprême de la vie peut alors devenir l'acquisition de la richesse⁵⁴. La puissance de l'argent dominerait alors la société tout entière. *Pecuniae obediunt omnes*. Cependant, l'approche juridique ne traite pas de l'argent⁵⁵ et témoigne à ce sujet d'une très grande neutralité. Le droit ne s'y réfère qu'implicitement. Et d'un autre côté, le droit se méfie de la gratuité, souvent suspectée de nourrir des mobiles inavouables, dangereux. Aujourd'hui le droit se propose d'être érigé comme le contre-pouvoir de l'argent. En effet, les défenseurs mêmes du système de l'argent s'inquiètent de sa légitimité de plus en plus universelle et de sa reconnaissance quasi générale dans les mentalités collectives comme valeur centrale et absolue de la modernité : la mondialisation des marchés, capitaux flottants, nouveaux produits financiers, spéculations sous toutes ces formes, banalisation de la corruption, irruption de capitaux illicites dans le système économique⁵⁶. Ainsi certains voient dans le droit le seul contrepoids possible au totalitarisme de l'argent. Cependant, rien ne sert de prôner l'ultralibéralisme. En effet, le marché, sans aucune régulation et totalement livré à lui-même, risque de voir naître des dysfonctionnements⁵⁷. Le marché peut parfois être défaillant s'il est totalement libre, c'est pour cela que l'on évoque l'idée d'un capitalisme régulé⁵⁸. Ainsi, dans tout système de marché, l'État a un rôle de régulation pour protéger les intérêts publics et son rôle est de venir corriger les manques et les défaillances du marché⁵⁹.

10. La notion de performance vue par la Cour de cassation. Dans les années 70 à 90 les références faites par la Cour de cassation à la notion de performance sont plutôt rares. Il est simplement parfois évoqué la performance d'un produit ou encore la performance d'un salarié. Ainsi, seules des références à la performance technique d'un

⁵² Sur le Capitalisme *V.* J. Baechler, *Le capitalisme*, Gallimard, 1995 ; D. Plihon, *Le nouveau capitalisme*, La découverte, 2016 ; F. Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Champs histoire, 2008.

⁵³ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1951, p. 329.

⁵⁴ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 340.

⁵⁵ Sur la notion d'argent dans les rapports juridiques *V.* G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1951.

⁵⁶ B. Oppetit, *Droit et modernité*, Puf, doctrine juridique, 1^{er} éd., août 1998, p. 183 et s.

⁵⁷ M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2003, p. 126 ; et « Réguler les « entreprises cruciales » », *D.* 2014, p. 1556.

⁵⁸ J.-J. Lambin, *Quel avenir pour le capitalisme ?* Dunod, 2011, p. 9 et s.

⁵⁹ B. Thiry, « Analyse de la performance de la régulation économique » *in* Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex, *Droit et économie, interférences et interactions*, Litec, 2009, p. 355.

produit ou d'une machine, ou des références à la performance commerciale d'un salarié sont effectuées par la Cour régulatrice. Ces références sont assez rares et elles renvoient bien souvent à la notion d'efficacité. Par exemple dans un arrêt de 1990⁶⁰, une société avait acheté du matériel médical qui s'était révélé impropre à son usage, elle souhaite obtenir la résolution de la vente du matériel sur le fondement de la garantie des vices cachés⁶¹ et demande la résolution⁶² du contrat de crédit-bail. En l'espèce, la Cour admet la résolution du contrat, car le matériel loué n'était pas équipé pour assurer les performances annoncées sur lesquelles l'acheteur devait pouvoir compter. Dans cet arrêt de chambre mixte, la référence à la performance renvoie à l'adéquation⁶³ du matériel vendu avec les attentes et les besoins de l'acheteur. La chose vendue doit correspondre à la chose attendue, on doit pouvoir en faire un usage propre à sa destination. La performance dans un contrat de vente serait alors l'adéquation de la chose vendue avec les attentes de l'acheteur. Il doit pouvoir en faire l'usage prévu initialement au contrat, ou il pourra tenter une action en garantie des vices cachés. En l'espèce, la garantie des vices cachés avait été appréciée par les juges en fonction des performances du produit attendues par l'acheteur.

Dans un autre arrêt de 1997⁶⁴, l'espèce concernait un contrat de concession exclusive dans le secteur de l'automobile dans lequel avait été insérée une clause d'objectif. La validité de la clause d'objectif qui fixait des objectifs de vente annuels était remise en cause. La Cour d'appel avait estimé que la clause d'objectif insérée dans le contrat était licite et pouvait justifier la rupture du contrat en cas de non atteinte des résultats souhaités. Cette solution avait été validée par le Cour de cassation qui à son tour avait estimé qu'« un pourcentage cumulé d'immatriculations au moins égal à 80% du pourcentage moyen d'immatriculations obtenu au niveau national pour les mêmes véhicules et pendant la même période (...) qu'elle a également relevé que la détermination des quotas minimaux était fixée de façon objective, ce qui excluait toute appréciation subjective de la part du concédant, et que l'insuffisance des *performances* n'était prise en considération qu'à l'issue d'une période globale d'une année

⁶⁰ Cass. Ch. mixte 23 novembre 1990 n° 88-16883, Bull. 1990 C.M. n° 3 p. 4.

⁶¹ Sur les vices cachés *V.* A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2017, p. 157 et s.

⁶² L'acheteur a une option entre une action rédhibitoire ou estimatoire, soit il peut demander la résolution de la vente (qui l'oblige à rendre la chose et lui permet de récupérer le prix), soit il peut demander une simple diminution du prix qui tend à faire estimer le prix réel de la chose compte tenu des défauts, *in* A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2017, p. 171, n° 368.

⁶³ L'une des conditions essentielles à l'action en garantie des vices cachés est bien entendu la délivrance d'une chose impropre à son usage normal, *in* D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz Cours, 2017, p. 183, n° 186.

⁶⁴ Cass. Com. 7 décembre 1993 n°91-21711, Bull. 1993 IV n° 450 p. 327.

entière.⁶⁵ » Il convient de remarquer que dans son attendu la Cour de cassation se réfère directement à la notion de performance sans pour autant la définir. Elle précise simplement que la performance doit être prise en compte sur une période globale et devra être appréciée de manière objective pour pouvoir justifier la résiliation du contrat. La chambre commerciale utilise le terme de performance en l'espèce pour se référer à l'atteinte des objectifs de vente fixés au sein d'une clause d'objectif insérée dans un contrat de concession.

À partir de 2008 la chambre sociale se réfère de plus en plus à la performance à l'occasion de l'évaluation des salariés. Il ressort de plusieurs arrêts que l'évaluation des performances d'un salarié est possible de la part de l'employeur à condition qu'elle soit faite sur des critères objectifs⁶⁶, et qu'elle ne porte pas atteinte au principe selon lequel « à travail égal, salaire égal ». La performance joue alors un rôle dans les rémunérations⁶⁷ des salariés pour lesquelles il est souvent prévu l'octroi d'une prime de performance⁶⁸. Mais la chambre sociale ne fait pas uniquement référence à la performance des salariés, elle se réfère également aux performances financières d'une pharmacie pouvant justifier la suppression de postes⁶⁹, ou

⁶⁵ Cass. Com. 7 décembre 1993 n°91-21711, Bull. 1993 IV n° 450 p. 327.

⁶⁶ L'évaluation de la performance d'un salarié doit se faire selon des critères objectifs et le fait d'avoir une activité syndicale ne justifie pas la baisse de performance du salarié : Cass. Soc. 17 octobre 2006 n°05-40393. De même, « la baisse de performance d'un salarié dû à son âge » pose un problème de discrimination et ne peut être retenue comme critère d'évaluation des performances d'un salarié : Cass. Soc. 3 juillet 2012 n° 11-13795.

⁶⁷ Cass. Soc. 10 octobre 2012 n° 11-15296 : La Cour de cassation vient rappeler que l'attribution d'une prime par l'employeur est discrétionnaire et qu'elle est laissée à la libre appréciation de l'employeur. Cependant elle rappelle tout de même que ce caractère discrétionnaire connaît une limite et ne doit pas permettre à l'employeur de traiter ses salariés différemment si ces derniers se trouvent dans une situation comparable au regard de l'avantage considéré. En l'espèce, la Cour relevait que les fonctions des salariés avec lesquelles le salarié comparait sa situation au regard de la prime n'étaient pas les mêmes. Il n'y avait pas de situation d'inégalité et donc aucune atteinte au principe « à travail égal, salaire égal ».

⁶⁸ Cass. Soc. 26 septembre 2012 n° 11-18783 : Concernant le contrat de travail d'un footballeur professionnel, la chambre sociale estime qu'« une prime d'objectifs annuelle moyenne en euros, il n'est produit aux débats aucun élément relativement aux performances qui ont pu être réalisées par M. X... au cours de la saison 2007-2008 et qui auraient pu lui permettre d'obtenir, en fin de saison, une prime d'objectifs dépassant la moyenne de celles obtenues au cours des saisons précédentes. » En l'espèce, il est fait référence à la performance du salarié non pas comme la simple atteinte de ses obligations contractuelles, mais la performance implique d'aller au-delà de la simple réalisation. Elle implique un certain résultat, de certaines compétences qui seraient au-dessus de la moyenne, au-dessus du salarié moyen. En l'espèce, les performances réalisées peuvent permettre d'obtenir le versement d'une prime d'objectifs « dépassant la moyenne » de celle réalisée d'habitude. La performance porte ici la surcompétence d'un salarié dans l'exécution de son travail, pour qu'un salarié soit performant il faudrait alors qu'il aille au-delà de la simple exécution de son travail.

⁶⁹ Cass. Soc. 4 juillet 2012 n° 11-12045 : « se livre à une analyse particulière des chiffres de la pharmacie lesquels confirment en de nombreux points la détérioration du chiffre d'affaires et du résultat en cherchant à leur donner une origine liée à la gestion opérée par Monsieur Z... ; que ce n'est pas la qualité de la gestion de la pharmacie qui est jugée, mais l'existence réelle de difficultés économiques ayant entraîné la suppression du poste de Madame A... ; que la *comparaison des performances* de la pharmacie » En l'espèce, la

encore à l'amélioration des performances industrielles⁷⁰, ou enfin, aux performances économiques d'un rayon, et aux performances commerciales d'un salarié⁷¹. Ainsi, selon la chambre sociale la performance renvoie à la performance humaine, et donc à la performance salariale. Autrement dit, la performance est perçue par la chambre sociale comme les compétences du salarié à exécuter sa mission de travail. Il convient de noter que la performance du salarié s'apprécie en général en fonction de l'atteinte d'objectifs qui lui ont été fixés au préalable, et lui permettent de toucher une prime de performance ou un complément de salaire. La performance du salarié va au-delà de la simple réalisation d'une tâche donnée, il faut que le salarié soit à même de remplir des objectifs.

En dehors de la chambre sociale, la chambre commerciale de la Cour de cassation se réfère également à la notion de performance, mais dans un contexte différent. Bien souvent lorsque la chambre commerciale emploie le terme de performance c'est par rapport à la performance technique d'une machine, ou d'un procédé qui doit être performant au regard des attentes de l'acheteur et de la délivrance conforme⁷². La chambre commerciale se réfère également à la performance commerciale, ou à la performance financière. Par exemple, dans

référence aux performances d'une pharmacie renvoie aux chiffres d'affaires, aux résultats de la pharmacie, et à la qualité de sa gestion.

⁷⁰ Cass. Soc. 8 mars 2017, n° 15-26975 15-26976 15-26977 15-26978 15-26979 15-26980 15-26981 15-26982 15-26983 15-26984 15-26985 15-26986 15-26987 15-26988 15-26989 15-26990 15-26992 15-26993 15-26994 15-26995 15-26996 15-26997 15-26998 15-26999 15-27000 15-27001 15-27002 15-27003 15-27004 15-27005 15-27006 15-27007 15-27008 : « la société Whirlpool France a mis en place, dans le but de permettre la création d'un nouvel appareil électroménager, un projet de réorganisation comportant notamment comme objectifs, l'amélioration de la performance industrielle, la réduction des effectifs sur la base du volontariat et la négociation d'un dispositif social passant par la redéfinition des usages et accords internes ; ».

⁷¹ Cass. Soc. 18 octobre 2017, n° 16-11670 : « les salariés ont conclu avec la société Hyparlo un avenant stipulant que leur rémunération mensuelle brute serait composée d'une partie fixe, d'une partie variable rémunérant mensuellement et trimestriellement *les performances économiques du rayon et les performances commerciales du salarié* ainsi que d'une garantie mensuelle de maintien de rémunération permettant de garantir le paiement mensuel au minimum de ce montant de prime ; que les salariés ont saisi la juridiction prud'homale ; que le syndicat CFDT du commerce et des services de la Haute-Savoie est intervenu à l'instance ; » Il convient de remarquer que dans cet arrêt la chambre sociale fait référence à la rémunération du salarié indexée sur sa performance, en l'espèce il est fait référence aux critères utilisés pour l'appréciation de la performance du salarié à savoir « les performances économiques du rayon et les performances commerciales du salarié ».

⁷² Cass. Com. 28 juin 2005 n° 04-11543 : « Attendu que pour rejeter la demande tendant à la condamnation de la société Martin à payer le coût des travaux de modification de l'installation permettant *d'atteindre les performances fixées contractuellement*, l'arrêt, après avoir relevé que la société Martin avait manqué à son *obligation de délivrance d'un matériel conforme*, retient qu'à défaut d'expertise technique contradictoire entre les parties et compte tenu de ce que les expertises produites par l'acheteur ne précisent nullement quels travaux de modification permettraient *d'obtenir un tel résultat*, leur coût prévisible ni même s'ils sont réalisables, il ne saurait être fait droit à la demande ; » ; Cass. Com. 21 juin 2017, n° 15-18175 : dans cet arrêt il est évoqué « le descriptif détaillé de *la performance de la machine* ».

un arrêt de 2012⁷³, elle se fonde sur la performance commerciale d'un agent commercial. Cependant, elle ne donne aucune définition précise de la performance, mais il est possible de penser que la performance commerciale s'entend comme le résultat obtenu, l'objectif à atteindre, ou encore se réfère au chiffre d'affaires réalisé, ou encore aux nombres de ventes effectués. En effet, dans l'espèce de 2012, il était en effet question d'un contrat d'agence commerciale et de la rupture brutale des relations commerciales établies. Il était invoqué les mauvaises performances commerciales de l'agent pour justifier de la rupture du contrat. Dans un arrêt plus récent de 2017, la chambre commerciale évoque la performance financière à propos d'un mandat de gestion portant sur une somme d'argent. Notamment selon le mandat en question « l'objectif assigné à la gestion était "d'obtenir la valorisation du capital confié sans prendre de risque", selon une gestion prudente et en vue de l'obtention d'une performance régulière ⁷⁴». Il s'agit bien entendu d'évoquer la rentabilité financière du produit financier à travers la performance financière régulière évoquée. Vis-à-vis de la performance financière qui est le reflet de la rentabilité d'une opération, la chambre commerciale semble vouloir privilégier une performance globale sur le long terme qui doit être appréciée de manière objective.

On remarquera donc l'évolution en faveur de l'emploi du terme de performance qui est initiée par la chambre sociale et qui peut-être sera suivie par les autres chambres de la Cour de cassation⁷⁵. Le problème étant qu'il n'existe pas de définition juridique de cette dernière et que chaque chambre suivant son domaine peut adopter sa propre définition de la performance. Cette définition dépend du type de performance suivant si elle est d'ordre financier, commercial, économique, ou encore salarial.

⁷³ Cass. Com. 3 avril 2012, n° 11-13527.

⁷⁴ Cass. Com. 6 décembre 2017, n° 16-23991 : la Cour de cassation apprécie dans cet arrêt la performance financière globale à travers le mandat de gestion : « Mais attendu que le préjudice causé par le non-respect d'un mandat de gestion est constitué par les pertes financières nées des investissements faits en dépassement du mandat, indépendamment de la valorisation éventuelle des autres fonds investis et de l'évolution globale du reste du portefeuille géré conformément au mandat ; qu'après avoir retenu que certains des titres choisis par la société Iris finance ne répondaient pas aux orientations du mandat de gestion prudente, à l'absence de tout risque expressément stipulé par la société Aboutbatteries et à la catégorie des obligations de bonne qualité définies par l'une des agences mentionnées dans l'offre de gestion, ce dont elle a déduit que la société Iris finance n'avait pas respecté son mandat, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche inopérante invoquée par la troisième branche, a, à bon droit, décidé que le préjudice causé par la faute ainsi caractérisée était constitué par la perte financière constatée lors de la cession des titres litigieux et par celle de tout rendement de ces investissements ; que le moyen n'est pas fondé ; »

⁷⁵ Sur la prise en compte par les juges de l'activité économique, qui dans un sens renvoie à la performance qui est une notion économique en premier lieu : E. Putman, *Contentieux économique*, PUF, 1998, p. 69 et s.

11. La progressive intégration de la notion de performance en droit.

La performance est donc un concept présent dans notre droit depuis bien longtemps, même si le législateur et la doctrine peinent à s'y référer. En effet, on retrouve cette notion dans divers domaines à travers par exemple le développement durable⁷⁶, qui fait référence à la performance environnementale⁷⁷, ou la rémunération des dirigeants de certaines sociétés, qui est indexée sur des critères de performance, ou encore les clauses d'objectifs⁷⁸, qui se réfèrent à des obligations de performances imposées aux salariés⁷⁹ ou aux distributeurs. À travers ces exemples, la performance innerve différentes branches du droit telles que le droit des contrats, le droit de l'environnement, ou encore le droit des sociétés. De plus, il convient de remarquer que le juge est de plus en plus enclin à reconnaître la performance comme faisant partie intégrante du contrat⁸⁰ à travers la notion de viabilité économique ou encore de rentabilité.

Mais la performance est également présente en droit public puisqu'il est fréquent d'évoquer la performance publique qui renvoie à la capacité de l'État et des institutions publiques à mettre en œuvre des politiques publiques et à rendre compte de leurs résultats⁸¹. La performance publique est un « concept officiellement introduit par la réforme du budget de l'État appliqué en 2006 pour souligner l'exigence de qualité dans la gestion administrative et financière de celui-ci, en s'inspirant du principe « des trois e » (Économie, Efficacité, Efficience) des *Government Auditing standards* des États-Unis. Dans une représentation générale, une action publique peut être qualifiée de performante (ou d'efficente) quand les objectifs ont été atteints (efficacité) en ne mobilisant que les moyens financiers et matériels

⁷⁶ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, sept., p. 189 et s, n° 219 et s ; p. 193, n° 224 ; p. 215, n° 247.

⁷⁷ Le concept de développement durable s'intègre de plus en plus au sein de la gestion de l'entreprise qui devient un peu plus responsable chaque jour vis-à-vis de l'environnement : Ch. Jouanno, *La gestion environnementale, Levier de performance pour l'entreprise*, Ordre des experts-comptables, DUNOD, 2008.

⁷⁸ Ph. Wacquet, « Les objectifs », *Dr. Soc.* n° 2 février 2001, p. 120.

⁷⁹ *V.* sur ce point : Ph. Wacquet, « L'évaluation des salariés », *Sem. Soc. Lamy* 2003, n° 1126, et A. Pousson, « Les objectifs en droit du travail », p.139, *in* B. Faure, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010.

⁸⁰ Sur la viabilité économique du contrat *V.* A. Viandier, obs. sous Cass. Com 1^{er} octobre 1991 ; SNC Quille c. Cts Gasquet, *JCP E.* n° 22, 27 Mai 1992, II 21860 ; L. Aynes, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munch, *Les obligations*, Défrénois, 5^{ème} éd., 2011, p. 252 ; N. Dissaux, obs. sous Cass. Com 4 octobre 2011, D. 2011, p. 3052.

Sur la rentabilité du contrat *V.* J. Mestre, obs. sous Cass. Com. 7 février 1995, RTD Civ. 1995 p. 878 ; N. Dissaux, obs. sous Cass. Com. 4 octobre 2011, D. 2011, p. 3052 ; T. Genicon, obs. Cass. Com. 4 octobre 2011, n°10-20.956, RDC 1^{er} janv. 2012 n° 1, p. 64 ; J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, 2006, LGDJ ; P. Reigne, obs. sous Cass. Com. 3 juillet 1996, « club vidéo », D.1997 p. 500.

⁸¹ Sur la notion de performance en droit public *V.* N. Albert et *alii*, *Performance et droit administratif*, Colloque et débats, Litec, 2010, p. 5 et s. ; J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195.

nécessaires (économie) ; en termes plus économiques, l'efficacité est réalisée quand le maximum d'*outputs* a été obtenu avec le minimum d'*inputs*. Afin de faciliter l'évaluation de la performance publique, la loi de finances comporte des projets annuels de performance (PAP), et la loi de règlement correspondante des rapports annuels de performance (RAP). La recherche de la performance publique s'inscrit dans la démarche dite d'optimisation des ressources (*value for money*) des Anglo-Saxon.⁸² ».

12. Droit et économie. La performance est une notion multiforme qui peut être de différentes natures suivant le domaine dans lequel elle est employée. Mais le droit peut-il juridiciser une notion extra juridique telle que la performance ? La performance, qui est très présente en management, gestion⁸³ et économie⁸⁴, peut-elle avoir un impact quelconque en droit ? Ou au contraire faut-il considérer que le droit se suffit à lui-même et ne s'explique que par lui-même, comme l'avancéait Kelsen⁸⁵, et ainsi considérer que le droit est une matière imperméable aux sciences économiques ?

La difficulté de notre étude tient donc au fait que la performance est une notion plus économique que juridique. Mais historiquement, le droit et l'économie n'ont pas toujours été évoqués comme deux champs d'études séparés. Selon Aristote, la philosophie du droit et plus particulièrement le courant du droit naturel considère le droit comme fondé sur un ordre spontané préexistant⁸⁶. Or, l'économie est une manifestation d'un ordre assurant une certaine cohésion entre les agents. Ainsi, selon Hayek, le droit c'est autogénéré dans un processus spontané qui ne cesse d'évoluer avec le contexte social⁸⁷. Il s'agit de démontrer que les règles de droit et l'ordre social sont connectés à travers l'ordre économique⁸⁸.

⁸² S. Guinchard et T. Débart et *alii*, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^{ème} éd., 2017-2018, p. 830.

⁸³ Sur la performance en sciences de gestion et management voy. : C. Robledo, « L'évaluation de la performance des systèmes de management de la qualité » in *Mélanges en l'honneur de Michel Gervais, Contrôle de gestion, comptabilité, stratégie*, Economica, 2012, p. 167 ; C. Roquilly, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011 ; B. Thiry, « Analyse de la performance de la régulation économique » in *Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex, Droit et économie, interférences et interactions*, Litec, 2009, p. 355.

⁸⁴ Sur ce constat classique de performance économique voy. F. Perroux, *L'économie du XX^{ème} siècle*, Presses Universitaires de Grenoble, 1964, p. 598.

⁸⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} traduction par C. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962.

⁸⁶ Sur le droit naturel et Aristote : P. Destrée, « Aristote et la question du droit naturel », *Phronesis (Leiden, Netherlands)*, 2000, p. 220 ; M. Salomon, « Le Droit naturel chez Aristote », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1937, p. 120 ;

⁸⁷ L'œuvre de référence en la matière est : F. Hayek, *Law, legislation and liberty*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1979 ; trad. française : *Droit ; législation et libertés*, PUF, coll. Libre Echange, Paris, 1983 cité par A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010, p. 20.

⁸⁸ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, op. et loc. cit.

Comme le soulignait le Professeur Oppetit « ce serait une grave erreur que de sous-estimer l'importance de « l'économique » dans une vue réaliste du droit civil.⁸⁹ » Si le contrat a pour objet l'organisation des relations entre les parties, la donnée économique doit être nécessairement intégrée au contrat. Aujourd'hui, avec l'industrialisation, la mondialisation, la multiplication des échanges, on assiste à un renouvellement des méthodes contractuelles appelant une nécessaire appréhension de l'économie contractuelle par le juge⁹⁰. Dans ce contexte, aussi bien les parties que le juge doivent prendre en compte les données économiques au sein du champ contractuel. Cette interdisciplinarité a été largement encouragée par les travaux de la doctrine économique. L'école de Chicago⁹¹ étudie les rapports existant entre l'économie et le droit. Ces économistes américains se fondent sur l'analyse économique de la règle de droit, et ont mis en évidence l'influence que peut avoir la règle de droit sur les comportements économiques⁹². De même Paul Durand constatait que « le contrat est un élément de richesse, un élément de valeur pour l'exploitation.⁹³ » Ainsi, il existe des interactions évidentes entre le droit et l'économie. D'une part, le droit prend en compte de plus en plus le facteur économique, et d'autre part, l'économie prend également en compte des phénomènes juridiques⁹⁴. Les frontières entre droit et économie tendent à s'estomper peu à peu. La donnée économique aujourd'hui ne peut plus être mise de côté dans l'analyse des rapports juridiques entre les parties à un contrat. La performance, notion économique en premier lieu, pourrait-elle avoir une « traduction juridique » ou doit-elle être juridiciée ? « La « traduction juridique » vise essentiellement à adopter des termes propres à la terminologie juridique pour faire correspondre la réalité juridique à la réalité économique envisagée. L'idée de « juridicisation » implique quant à elle, une véritable intégration du

⁸⁹ B. Oppetit, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in Ass. Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Dalloz, t. XXII, 1970, p. 183 et s.

⁹⁰ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, op. cit. p. 21, n° 6.

⁹¹ L'analyse économique du droit puise ses sources au sein de certains articles parus dans le *Journal of Law and Economics*, édité par l'université de Chicago. Par la suite, il est paru l'ouvrage de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 3^{ème} éd., Boston ans Toronte, Little Brown Company, 1986.

⁹² E. Krecke, *Le critère d'efficacité dans l'analyse économique du droit*, th. Aix-Marseille III, 1993.

⁹³ P. Durand, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, préface.

⁹⁴ B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, doctrine juridique, 1^{er} éd., août 1998, p. 171 et s. : Sur la prise en compte par le droit du facteur économique, l'exemple le plus significatif est la création du droit économique qui est « le droit applicable à toutes les matières entrant dans le champ économique e réunirait toutes les branches du droit privé comme du droit public qui ont trait à l'économie. » (p. 172) ; Sur la prise en compte par l'économie des phénomènes juridiques, par exemple « l'évaluation quantitative ou qualitative des institutions juridiques en termes d'effectivité est une démarche devenue familière pour les juristes » (p.175) ; on peut également citer comme manifestation de ce phénomène « l'analyse économique du droit » initié par l'Ecole de Chicago (p. 176).

concept au droit^{95.96} » Ainsi, la performance doit-elle intégrer à notre paysage juridique en tant que telle ou au contraire faut-il adopter un terme propre à la terminologie juridique afin de pouvoir introduire cette dernière au sein de l'ordre juridique ?

13. La performance financière. Les différentes formes que peut revêtir la performance se classent en deux catégories distinctes. La performance sera soit d'ordre financier, soit d'ordre extra-financier. Tout d'abord, la performance financière fait écho à la performance commerciale, économique et boursière. Autrement dit la performance financière renvoie aux notions d'efficacité, d'efficience, de rendement, de productivité et d'économie. L'efficacité ou encore l'effectivité du latin *effectus* signifie effet « est ce qui produit l'effet recherché⁹⁷ ». Par exemple, une règle de droit effective est « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu⁹⁸ ». Ensuite, la notion d'efficience désigne le plus souvent l'appréhension de résultats de nature économique⁹⁹. L'efficience d'une organisation correspond généralement à « l'optimisation des moyens utilisés pour obtenir un résultat¹⁰⁰ ». « Elle met en balance un objectif, avec les moyens mis en œuvre pour l'atteindre. L'efficience se conçoit ainsi comme une mise en balance des avantages pouvant être obtenus au regard des contraintes et des investissements générés¹⁰¹. » Le rendement financier quant à lui renvoie au montant des bénéfices réalisés, plus précisément le rendement de l'actif désigne « le quotient du bénéfice net augmenté des intérêts et des charges afférentes aux capitaux empruntés par le total de l'actif.¹⁰² » La productivité en économie se définit « comme le rapport, en volume, entre une production et les ressources mises en œuvre pour l'obtenir¹⁰³. » Le terme contemporain de productivité fait d'avantages référence au « rendement humain » qui se définit comme « le volume des produits obtenus, dans l'unité de

⁹⁵ J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, p. 18 : pour qui l'objet est une notion juridique, mais tributaire de la fonction économique du contrat, dans la mesure où il assure une transcription pertinente de l'opération économique, cité par A.-J. Kerhuel, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires*, *Op. et loc. cit.*

⁹⁶ A.-J. Kerhuel, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires*, *op. cit.* p. 23.

⁹⁷ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p. 345.

⁹⁸ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p.345.

⁹⁹ R. Revol, «Dictionnaire des Sciences économiques et sociales, Hachette, 2002, p. 136.

¹⁰⁰ P. Louart, *Encyclopédie de la gestion et du management*, sous la direction de R. Le Duff, Dalloz, 1999, sous « efficience ».

¹⁰¹ A.-J. Kerhuel, *L'efficience stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010, p. 26, n° 11.

¹⁰² V. Vocabulaire de l'économie et des finances p. 221 publié sur : http://academie-francaise.fr/sites/academie-francaise.fr/files/economie_finances_2012.pdf

¹⁰³ Selon L'insee : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1452>

temps et par tête d'ouvrier, dans une branche donnée de l'économie nationale ¹⁰⁴». Enfin, la notion d'économie dans le cadre de l'étude de la performance financière fait référence à un mode de gestion qui consiste à réduire les dépenses par rapport au but visé¹⁰⁵. Ainsi, suivant la prise en compte de ces divers éléments qui définissent la performance financière, cette dernière fait référence à l'atteinte du résultat financier souhaité, obtenu en limitant les pertes financières, avec des moyens et des méthodes efficaces. Par exemple, une entreprise performante¹⁰⁶, d'un point de vue financier, est une entreprise qui atteint ses objectifs financiers avec des méthodes et des moyens efficaces. Il s'agit d'une entreprise capable de créer de la valeur tout en limitant les pertes financières, mais aussi en limitant les pertes sociales et environnementales. C'est à la fois une entreprise productive, compétitive, et qui réalise un chiffre d'affaires conforme à ses objectifs¹⁰⁷.

14. La performance extra-financière. Mais la performance financière ne sera pas la seule à prendre une part importante au sein de notre étude, la performance extra-financière sera également étudiée. Il est utile d'avoir une vue d'ensemble de la performance qui ne doit pas simplement revêtir un caractère financier. La conception anglo-saxonne, par exemple, met l'accent sur des performances dites d'ordre « sociétal ». L'idée est la suivante ; l'entreprise a une large responsabilité à l'égard de son environnement, la recherche de la performance appréhende les comportements de l'entreprise à travers toutes les parties prenantes de cet environnement¹⁰⁸. Ainsi, dans l'analyse de cette efficacité il va être pris en compte des critères tels que l'emploi des femmes ou encore des minorités ethniques¹⁰⁹. Aujourd'hui cette responsabilité sociétale n'est plus seulement d'ordre social, mais aussi d'ordre environnemental. Ainsi, la recherche de performance financière pour une entreprise

¹⁰⁴ Terme utilisé par Fourastier en 1945 pendant les 30 glorieuses in F. Jany-Catrice, *La performance totale, nouvel esprit du capitalisme ?*, PUS, 2012, n° 22.

¹⁰⁵ « Economie » dictionnaire Larousse : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/economie/27630>

¹⁰⁶ A. Couret, J. Devez et *alii*, *Lamy droit du financement*, Partie 1, Division 2, Chapitre 4, 2012 : La performance financière d'une entreprise peut se mesurer sur le revenu d'exploitation avant impôts, charges, amortissements et provisions. Cet indicateur va mesurer la capacité de l'entreprise à se financer sans faire appel à des fonds extérieurs. Cependant « un indicateur clé pour l'appréciation de la performance d'une entreprise en général ou l'évaluation de ses actions en particulier est la résultat par action ».

¹⁰⁷ Nous verrons également que par nature une entreprise en position dominante est considérée comme performante. En effet, la position dominante est établie en fonction des parts de marché acquises par l'entreprise qu'il faut analyser en fonction du marché et de ses caractéristiques. V. S. Poillot-Peruzzetto, « Concentration », Rép. Dr. euro. Mars 2010, n° 254 et s.

¹⁰⁸ A. Couret et J. Igalens, *L'audit social*, PUF, Que sais-je ? 1988.

¹⁰⁹ *Ibid.*

est certes primordiale, mais elle ne doit pas se faire au détriment des salariés ou de l'environnement. « De fait, les créations de richesses et d'emplois ne sont plus les seuls critères d'évaluation des entreprises. Leur responsabilité sociétale leur impose une nouvelle définition des indices de performance autour de trois axes principaux : le développement économique, la préservation de l'environnement et l'équité sociale. ¹¹⁰» Il s'agit de ce que l'on appelle la « triple performance » qui désigne « l'efficacité d'une entreprise évaluée selon des critères prenant en compte la rentabilité, la responsabilité sociale et le respect de l'environnement.¹¹¹ » Il est nécessaire d'envisager la performance dans sa globalité. La performance extra-financière renvoie à la performance sociale, ainsi qu'à la performance environnementale et énergétique.

Tout d'abord, la performance sociale désigne « les résultats d'une entreprise dans un domaine qui ne relève pas directement de l'activité économique¹¹² ». Par exemple, dans le cadre d'un audit social qui sert à évaluer la performance sociale d'une organisation, la politique de développement des ressources humaines sera évaluée dans le cadre de cet audit. À ce titre, il sera pris en compte la politique de formation, mais également les actions de type développement de l'organisation qui vont permettre d'accroître l'efficacité de cette dernière en s'appuyant sur des groupes de progrès, ou encore des cercles de qualité¹¹³. La performance sociale d'une entreprise sera donc atteinte pour les entreprises qui prennent en compte les intérêts des parties prenantes¹¹⁴ et s'efforce de satisfaire et de valoriser leur personnel¹¹⁵.

Ensuite, il convient de définir la performance environnementale qui fait également partie intégrante de la performance extra-financière. Elle désigne dans son sens large « les

¹¹⁰ Th. Massart, « Société (contrat de) », *Rep. sociétés*, actu. Oct. 2016, n° 113.

¹¹¹ Selon L'insee définition de la « triple performance » : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1452>

¹¹² Selon L'insee : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1452>

¹¹³ A. Couret et J. Igalens, *L'audit social*, PUF, Que sais-je ? 1988, p. 85.

¹¹⁴ Les parties prenantes, traduction française de « *stakeholders* » désignent « les personnes, communautés ou organisations influant sur les opérations d'une entreprise ou concernées par celles-ci. Il s'agit donc de toute personne physique ou morale ayant un intérêt direct ou indirect dans l'entreprise, ce que le terme « partie prenante » ne reflète pas complètement. À tout le moins, et pour ce qui nous intéresse, les salariés figurent à l'évidence au premier rang des parties prenantes au côté, entre autres, des actionnaires, des fournisseurs, des banques, des sous-traitants, des consommateurs, des collectivités publiques ou des organisations non gouvernementales. » in Ch. Neau-Leduc, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? » *Dr. soc.*, 2006, p. 952.

Les parties prenantes peuvent donc désigner les managers de l'entreprise, les travailleurs, les clients, les fournisseurs, les créanciers (y compris les banques), in B. Brunhes « Réflexions sur la gouvernance » *Dr. soc.*, 2001, p. 115.

¹¹⁵ Ch.-H. D'Arcimoles, « Les investisseurs face à la performance sociale de l'entreprise » *RFG* n° 122, 1999, p. 122.

résultats obtenus par la direction d'un organisme concernant ses aspects environnementaux.¹¹⁶ » La performance environnementale consiste donc à respecter les grands principes du droit de l'environnement. Tout d'abord, le principe de prévention qui consiste à empêcher la survenance d'atteintes à l'environnement par des mesures appropriées¹¹⁷. Ensuite, selon l'article L. 110-2¹¹⁸ du Code de l'environnement, il existe un principe d'information pour que chacun puisse veiller à la sauvegarde de l'environnement. Ce principe d'information implique lui-même un principe de participation qui selon l'article 2 de la Charte environnement de 2004 qui considère que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement »¹¹⁹. Il existe également, dans un souci de coopération et de prévention, un principe de concertation qui implique notamment un principe de négociation avec les pollueurs, les organismes publics¹²⁰. Ensuite, l'un des principes fondateurs du droit de l'environnement qui a une allure de slogan est le principe pollueur-payeur qui vise à imputer au pollueur le coût social de la pollution qu'il engendre¹²¹. Pour finir, le droit de l'environnement impose un principe général de précaution¹²² qui face à l'irréversibilité de certains dommages environnementaux, et face à l'incertitude scientifique dans certains domaines, impose des mesures de protection sévères à titre de précaution plutôt que de ne pas agir en attendant que des dommages irréversibles pour l'environnement subviennent¹²³.

¹¹⁶ C. Juanno, *La gestion environnementale, Levier de performance pour l'entreprise, Ordre des experts-comptables*, Dunod, 2008.

¹¹⁷ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2016, p. 110.

¹¹⁸ Art. L. 110-2 C. env. : « Les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain. Ils contribuent à assurer un équilibre harmonieux entre les zones urbaines et les zones rurales ainsi que la préservation et l'utilisation durable des continuités écologiques.

Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement, y compris nocturne.

Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences. »

¹¹⁹ Ce principe est présent également en droit interne à l'article L. 110-2 C. env.

¹²⁰ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2016, p. 188 et s.

¹²¹ Sur le principe pollueur-payeur : O. Peiffert, « La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à la définition du principe du pollueur-payeur », *RTD Eur.* 2012, p. 53 ; M. Boutonnet, « L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité » in Ch. Cans, *La responsabilité environnementale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, juin 2009, p. 69 et s. ; M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2016, p. 197 et s.

¹²² Sur le principe de prévention : O. Godard, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, MSH-INRA, Paris, 1997 ; L. Boy, *La nature juridique du principe de précaution*, Nature, Sciences, Sociétés, 1999, Vol. 7, n° 3 ; Ch. Cans, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité, RFDA 1999, p. 750 ; M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005, n° 36 et s., n° 113.

¹²³ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2016, p. 208.

La performance environnementale implique un respect des grands principes du droit de l'environnement, ensuite la performance environnementale implique nécessairement l'évaluation de l'impact environnemental d'un comportement. Autrement dit, il s'agit pour une entreprise ou un contractant de réduire au maximum son impact direct sur l'environnement, et d'inscrire son comportement dans une démarche de développement durable¹²⁴. Par exemple, l'efficacité environnementale d'un contrat revient à s'intéresser à la finalité du contrat, à sa portée, et à ses qualités. Il s'agit d'étudier l'efficacité environnementale du contrat lui-même et donc de sa capacité à intégrer la donnée environnementale¹²⁵. L'efficacité environnementale pose la question de savoir si le contrat possède bien une finalité environnementale et si cette dernière peut être atteinte.

15. La traduction juridique de la performance extra-financière de l'entreprise : la RSE. La performance extra-financière renvoie à la performance sociale et environnementale. Ces deux facettes de la performance font référence à la responsabilité sociale de l'entreprise, dit la « RSE ». Le concept de RSE se définit comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes.¹²⁶ » Ainsi, pour une entreprise, le fait d'être performante d'un point de vue extra-financier signifie qu'elle devra nécessairement s'inscrire dans une démarche de RSE. C'est la Commission européenne qui a proposé une définition, retenue par la France, en 2001 dans la publication de son « Livre vert, promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises ». La RSE est entendue comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent

¹²⁴ Sur la promotion du développement durable V. Y. Petit, « Environnement », *Rép. Dr. europ. Actu.* Nov. 2014, n° 107 : « L'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles est une constante revenant dans tous les programmes d'action pour l'environnement. Le sixième programme d'action demande ainsi de « définir une stratégie thématique concernant l'utilisation et la gestion durables des ressources... » (art. 8-2, i). Une telle stratégie a pour objectif global « de réduire les impacts environnementaux négatifs engendrés par l'utilisation des ressources naturelles tout en restant dans une économie en expansion : ce concept s'appelle la dissociation » (Communication de la Commission, Stratégie thématique sur l'utilisation durable des ressources naturelles, COM [2005] 670 final, 21 déc. 2005).

Sur le développement durable : P. Lascoumes, L. Bonnaud et *alii*, *Le développement durable, une nouvelle affaire d'État*, PUF 2014.

¹²⁵ M. Boutonnet, « L'efficacité environnementale du contrat », in O. Boskovic, *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 21 et s.

¹²⁶ F.-G. Trébulle, « Quel droit pour la RSE ? », in F.-G. Trébulle et O. Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises*, Economica, 2011, p.3.

sur la société.¹²⁷ » Cette dernière définition est bien trop large pour être appliquée dans le cadre de notre étude, la RSE ne peut pas être entendue comme l'engagement d'une responsabilité, c'est avant tout un véritable état d'esprit qui s'immisce dans la gestion tout entière de l'entreprise. C'est au sein du Livre vert publié par la Commission que l'on trouvera une définition de la RSE plus précise. « Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes. L'expérience acquise avec l'investissement dans des technologies et pratiques commerciales écologiquement responsables suggère qu'en allant plus loin que le respect de la législation, les entreprises pouvaient accroître leur compétitivité. L'application de normes sociales dépassant les obligations juridiques fondamentales, par exemple dans le domaine de la formation, des conditions de travail ou des relations entre la direction et le personnel, peut également avoir des retombées directes sur la productivité. C'est ainsi que s'ouvre une voie permettant de gérer le changement et de concilier le développement social et une compétitivité accrue.¹²⁸ »

16. Définition de la performance dans le cadre de notre étude. Il est nécessaire pour notre étude d'étudier la performance financière et extra-financière. En effet, la recherche de performance financière doit être contrebalancée par la recherche de la performance extra-financière afin d'aboutir à une performance globale bénéfique pour tous. La recherche de performance par les acteurs du droit des affaires doit passer par l'articulation de la performance financière et économique avec la performance sociale et environnementale. Dans ce sens, la recherche de profit¹²⁹ par exemple devra se faire dans le respect de la performance sociale et environnementale afin de prôner l'idée d'une performance globale pour la vie des affaires. Mais comment définir la performance dans le

¹²⁷ Sur la politique étrangère de la France et sur son engagement pour la RSE : <https://www.diplomatie.gouv.fr/>

¹²⁸ Voir « Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » en ligne sur le site : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52001DC0366>

¹²⁹ La recherche de profit et la performance financière font référence à l'argent : L'argent a une place prépondérante dans l'ensemble des activités humaines, il est présent dans pratiquement tous les domaines : religion, justice, pouvoir, éthique, art, politique, vie sociale... La question de l'argent n'est pas absente dans les thématiques juridiques, littéraires, philosophiques ou autres mais l'importance qu'on lui accorde est sans commune mesure avec celle que l'on devrait avoir eu égard au rôle de l'argent dans les comportements individuels et collectifs. Mais l'intérêt pour l'argent, qui est très présent si ce n'est primordial dans les sociétés actuelles, ne doit pas s'exercer aux dépens des êtres humains. *in* B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, doctrine juridique, 1^{er} éd., août 1998, p. 183.

cadre de notre étude afin que cette dernière puisse se voir appliquer aussi bien au contrat, qu'à l'entreprise, qu'aux acteurs de la vie des affaires de manière générale. Afin d'élaborer une définition de la performance qui pourra s'appliquer à chacun des cas étudiés, il convient de citer trois exemples essentiels à notre étude. Le premier exemple est celui des clauses d'objectifs qui imposent l'atteinte d'objectifs de performance à un contractant¹³⁰. Il s'agit des clauses d'objectifs¹³¹, ou encore des clauses de meilleure diligence¹³². Le deuxième exemple est celui de la rémunération des dirigeants¹³³ qui doit être indexée sur des conditions de performance. Et enfin le dernier exemple est celui de la performance d'une entreprise¹³⁴. Au sein du premier exemple relatif aux clauses contractuelles, la performance apparaît comme un objectif à atteindre de nature financière ou non financière, cet objectif doit être atteint tout en respectant les principes qui animent le droit des contrats¹³⁵, et avec les moyens mis à disposition des parties. Cet objectif devra également être atteint dans le respect de la concurrence, de l'environnement, et si possible en limitant les pertes humaines ou financières. En ce qui concerne le deuxième exemple, il s'agit de l'interdiction des rémunérations de dirigeants non soumis à des conditions de performance¹³⁶. En d'autres termes, le dirigeant d'une société doit atteindre des objectifs financiers, et non financiers afin de pouvoir prétendre à sa rémunération, il doit être performant s'il veut pouvoir prétendre aux différents éléments de sa rémunération. Ces objectifs doivent être atteints avec les moyens dont il dispose, dans le respect du droit applicable¹³⁷. De plus, les conditions de performance seront atteintes si le dirigeant dans sa gestion de l'entreprise prend en

¹³⁰ *V. infra* n° 28 et s. sur la contractualisation de la performance au sein des contrats d'affaires.

¹³¹ *V. infra* n° 70 et s. sur les clauses d'objectifs.

¹³² *V. infra* n° 32 et s. sur les clauses de meilleure diligence ou dites de « *best efforts* ».

¹³³ *V. infra* n° 137 et s. sur la rémunération des dirigeants et les critères de performances prises en compte.

¹³⁴ *V. infra* n° 215 et s. sur la performance de l'entreprise.

¹³⁵ Le respect des trois principes directeurs du droit des contrats : la liberté contractuelle (article 1102 C. civ), le principe de bonne foi pendant la négociation, la formation, l'exécution du contrat (article 1104 C. civ), la force obligatoire du contrat (article 1103 C. civ) *in* Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Stoffel-Munk, *Droit des obligations*, Lextenso, 9^{ème} éd., 2017, p. 245-259.

¹³⁶ L'article L. 225-42-1 alinéa 2 du Code commerce « Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités, avantages et droits conditionnels octroyés au président, au directeur général ou aux directeurs généraux délégués au titre d'engagements de retraite mentionnés au premier alinéa du présent article dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée. »

¹³⁷ Le dirigeant doit atteindre les objectifs financiers et non financiers, tout en limitant les pertes au maximum, et il se doit d'assurer une gestion de la société conforme au droit des sociétés. Par exemple seront prohibés des comportements tels que l'abus de biens sociaux (Art. L. 241-3, 4° et L. 242-6, 3° C. com.), ou encore la faute de gestion (Art. L. 223-22 C. com.). Sur ce point les dirigeants sont susceptibles d'engager leur responsabilité civile (Art. 1840 et 1850 C. civ.)

considération des préoccupations d'ordre social et environnemental¹³⁸. Enfin, le dernier exemple est celui de la performance d'une entreprise. Une entreprise sera performante si elle est capable d'atteindre ses objectifs financiers, tout en limitant les pertes humaines et en respectant l'environnement et le marché.

À travers ces trois exemples de manifestations de la performance issue du droit des affaires, il convient d'élaborer une définition générale de la performance qui s'appliquera tout au long de notre étude. Cette définition a été élaborée grâce au point commun tiré des trois exemples précédents. De plus, cette définition s'inspire de la définition retenue pour la performance publique qui s'inspire du principe « des trois e » évoqué précédemment (Économie, Efficacité, Efficience).¹³⁹

La performance est donc le fait d'atteindre un objectif, avec des moyens et des méthodes efficaces, tout en limitant les pertes financières et les effets néfastes d'un point de vue social et environnemental.

En ce sens, il sera notamment évoqué dans le cadre de notre étude la performance au sein du contrat, la performance d'un contractant, ou encore la performance d'une entreprise. Notre étude porte sur l'introduction de la performance au sein du droit des affaires et porte donc sur la question de la juridicité de la performance et sur son acceptation collective¹⁴⁰ par les acteurs de la vie des affaires.

17. Nature de la performance. La performance est un objectif, un but à atteindre en utilisant les moyens et ressources à disposition. Elle va au-delà d'une simple réussite et nécessite la réalisation d'un résultat exceptionnel avec des moyens et des méthodes efficaces. Il s'agit donc d'atteindre le meilleur résultat possible tout en limitant au maximum les pertes financières, humaines, et environnementales. La performance qu'elle

¹³⁸ D'un point de vue social, le dirigeant doit assurer le respect du droit du travail, lutter contre les discriminations, maintenir l'emploi au sein de l'entreprise. Et d'un point de vue environnemental, le dirigeant devra s'assurer que la société respecte les grands principes du droit de l'environnement, et adopte un comportement responsable. Ce comportement se traduit par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société : R. Family, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.* 2013, Chron. 1558.

¹³⁹ V. S. Guinchard, T. Debard, et *alii*, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^{ème} éd., 2017-2018, p. 672.

¹⁴⁰ H. Juvin, « Les nouveaux paradigmes de la mondialisation : nouvel ordre mondial, nouveau désordre juridique », *RDAI* oct. 2007, n° 5, p. 587 : « Par la privatisation les sociétés ont acquis un pouvoir inconnu sur le monde, elles en ont aussi hérité la responsabilité, la question n'est plus de leur performance, la question est celle de l'acceptation collective de cette performance. »

soit de nature financière ou extra-financière est une préoccupation pour les contractants, les entreprises, ainsi que les salariés. Tous les acteurs du monde des affaires semblent rechercher la performance, il paraît donc nécessaire d'intégrer cette notion au sein du droit des affaires. Il reste à savoir de quelle nature pourrait être considérée la performance en droit des affaires ?

18. Devoir, incombance ou obligation ? La performance semble donc être un objectif à atteindre pour les acteurs de la vie des affaires, mais serait-il possible d'intégrer cette dernière au droit afin de pouvoir en définir un régime applicable ? Tout d'abord, il convient de s'interroger sur la nature que peut revêtir la performance en droit des affaires. Peut-elle être contractualisée et s'analyser comme une obligation ? Doit-elle apparaître comme une contrainte permanente, c'est-à-dire comme un devoir ? Ou au contraire faut-il voir dans la performance une contrainte ponctuelle qui pourrait être une incombance ?

Tout d'abord, la performance peut-elle être perçue comme un devoir qui s'imposerait envers les acteurs de la vie des affaires ? Le devoir désigne en principe, dans un sens général, certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent¹⁴¹. Le devoir est en principe absolu, il est universel. Il astreint quiconque « à un comportement auquel nul ne peut le contraindre et dont le non-respect est susceptible de léser tout un chacun¹⁴² ». Il s'agit donc d'une norme générale à la charge de chacun pouvant être invoqué par tous. La violation d'un devoir est donc extérieure au contrat et ouvre droit, le cas échéant, à des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle¹⁴³. En ce sens, le devoir ne doit être confondu avec obligation, ils appellent tous deux des sanctions d'origines différentes. Comme le disait le doyen Carbonnier « certains devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'État et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créancier, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution¹⁴⁴. » Le devoir, contrairement à l'obligation ou à l'incombance qui ont des connotations plus juridiques, présente un lien très fort avec la morale. En effet, sous l'influence du solidarisme

¹⁴¹ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p. 307.

¹⁴² H. Boucard, « Responsabilité contractuelle », *Rep. civ.* Août 2017, n° 172.

¹⁴³ H. Boucard, « Responsabilité contractuelle », *Rep. civ.* Août 2017, n° 172.

¹⁴⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF, Paris, 2004, n° 922.

contractuel¹⁴⁵ il s'est développé le recours à la notion de devoir pour décrire des exigences à forte connotation morale¹⁴⁶. À travers la bonne foi, ou la loyauté, le devoir est ainsi intégré dans le champ contractuel. De plus, à ce devoir de loyauté général a été rattaché un certain nombre d'exigences comportementales telles que le devoir de conseil¹⁴⁷, le devoir de coopération¹⁴⁸, le devoir de cohérence¹⁴⁹, ou encore le devoir de prudence¹⁵⁰ ou de transparence¹⁵¹. La performance ne semble pas faire référence à une norme comportementale à la charge de chacun. En effet, elle s'analyse comme un objectif recherché, mais en aucun cas comme un devoir moral ou comme une exigence comportementale. La performance ne peut devenir un devoir et s'imposer comme une règle de conduite légale à caractère permanent. Le fait d'imposer un devoir de performance aux acteurs de la vie des affaires serait contraire aux règles de respect du marché des concurrents, et pourrait produire des effets néfastes pour l'environnement et les parties prenantes. La performance comme exigence de comportement ne peut être concevable, car la recherche de performance à tout prix, ou poussée à l'extrême, serait productrice d'excès et d'effets néfastes irrémédiables.

Ensuite, la performance peut-elle être analysée comme une incombance ? En droit, elle est définie comme « une charge, un devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir.¹⁵² » L'incombance est une notion purement juridique. Contrairement au devoir ou à l'obligation, l'incombance est une notion inconnue du langage courant. En effet, aucune définition n'est proposée au sein des dictionnaires français. Seul le verbe « incomber » qui signifie « peser sur » relève du vocabulaire usuel¹⁵³. Ce qui incombe s'entend de ce qui « est imposé à

¹⁴⁵ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, PUF, éditions du J.-Cl., p. 603 s. ; Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 441 s. ; L. Grynbaum et M. Nicod, *Le solidarisme contractuel*, 2004, Economica ; D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, 2012, Dalloz, p. 905 s.

¹⁴⁶ B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2015, n° 17.

¹⁴⁷ J. Bernard de Saint Afrique, « Du devoir de conseil », *Defr.*, 1995, p. 915 et s. ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999.

¹⁴⁸ J. Mestre, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 100 et s. ; F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, t. 43, 1999, p. 259 et s.

¹⁴⁹ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, Tome 1 et 2.

¹⁵⁰ A. Bénabent, « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », in *La bonne foi*, TAHIC, journées Lousianaises, T. 43, Litec, 1992.

¹⁵¹ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *art. prec.*

¹⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p. 478.

¹⁵³ V. Dictionnaire *Le grand Robert de la langue française*, (ss dir. de) A. Rey, 2001, « incomber ».

quelqu'un en parlant d'une charge, d'une obligation, d'une responsabilité.¹⁵⁴ » L'incombance s'apparente donc à une règle de droit dont l'inobservation expose son auteur à la perte d'un avantage. Par exemple, l'exigence qui pèse sur l'acheteur de dénoncer le vice caché de la chose au vendeur, dans un certain délai à compter de la découverte du vice, sous peine d'encourir la déchéance du droit à la garantie des vices cachés¹⁵⁵. C'était l'exemple cité par le doyen Carbonnier qui avait dénoncé l'emploi du terme obligation pour désigner l'acte ou la formalité que la loi impose d'accomplir dans un certain délai, sous peine de ne pas acquérir un droit ou d'encourir une déchéance¹⁵⁶. Ainsi, le terme incombance est apparu au détour d'études sur le droit civil des contrats. De nombreux auteurs français défendent l'idée selon laquelle cette notion doit se différencier de l'obligation¹⁵⁷. En effet, l'incombance n'est pas susceptible de faire l'objet ni d'une exécution forcée ni d'une demande en réparation d'un dommage¹⁵⁸. L'incombance pourrait s'apparenter à une contrainte ponctuelle qui ne nuit qu'à celui qui ne s'y soumet pas¹⁵⁹. Pour certains auteurs, l'incombance est issue d'une conception raffinée des devoirs par la doctrine allemande et suisse¹⁶⁰. L'incombance désigne donc non pas ce que l'on doit à autrui, mais ce qu'on se doit à soi-même, et impose à celui qui y est assujetti de « se conformer à un comportement légalement défini » sous peine d'encourir une déchéance, et en particulier l'extinction d'un droit subjectif¹⁶¹. En ce sens, la performance qui semble être un objectif à atteindre ne peut s'apparenter à une incombance puisque sa non atteinte ne peut entraîner en principe la perte d'un droit subjectif. De plus, la performance ne peut être assimilée à une incombance qui pèse sur le contractant que si ce dernier désire bénéficier de l'avantage qu'elle conditionne. L'incombance est « une exigence préalable et adventice à l'exercice d'un droit¹⁶². » La performance ne peut donc pas être une incombance. Par exemple lorsqu'un objectif de performance est imposé à un salarié dans le cadre d'une clause d'objectif, la non atteinte du résultat et sa sanction concernent l'exécution même du contrat. Si l'incombance est une exigence préalable à l'exercice d'un droit, la performance ne

¹⁵⁴ V. Dictionnaire *Le grand Robert de la langue française*, (ss dir. de) A. Rey, 2001, « incomber ».

¹⁵⁵ S. Licari, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ, Droit prospectif*, n° 2, p. 703 et s.

¹⁵⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF, Paris, 2004, n° 922.

¹⁵⁷ S. Licari, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. prec.* ; B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2015.

¹⁵⁸ B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2015.

¹⁵⁹ Exemple de la déchéance du droit : V. B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2015, n° 22.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ D. Ben Abderrahmane, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, LGDJ, 1985, préf. PÉDAMON, n° 335.

¹⁶² B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse *prec.*

semble pas pouvoir se ranger dans cette catégorie. De plus, le fait de ne pas atteindre un objectif de performance peut aboutir à la déchéance d'un droit conditionné comme le prévoit l'incombance au titre de ses sanctions¹⁶³.

Enfin, la performance peut-elle s'apparenter à une obligation? Le devoir et l'incombance sont donc des exigences juridiques sanctionnées qui n'impliquent pas de prestation à exécuter, contrairement par exemple à l'obligation de faire, ou de ne pas faire. Le manquement au devoir ou à l'incombance est peu compatible avec les remèdes traditionnels de l'inexécution d'une obligation. Le devoir et l'incombance sont donc des contraintes purement comportementales. L'obligation, quant à elle, dans un sens général, est synonyme de devoir. Par exemple on peut citer à ce titre l'obligation de fidélité entre époux, qui s'apparente à un devoir moral qui incombe aux époux¹⁶⁴. Cependant dans un sens plus technique il s'agit d'« un lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers – en vertu soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit, soit de la loi.¹⁶⁵ » L'obligation, contrairement au devoir¹⁶⁶, est relative. En effet, elle ne s'impose qu'au débiteur et ne profite qu'au seul créancier¹⁶⁷. Dans le domaine contractuel, une fois le contrat conclu et le consentement des parties échangés, le contrat fait naître des obligations à la charge des parties. L'obligation consiste alors à donner, à faire, ou ne pas faire quelque chose¹⁶⁸. L'article 1100 du Code civil, relatif aux sources des obligations, prévoit que « les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui. » L'obligation peut donc naître d'actes juridiques, de faits, voire directement de l'autorité de la loi. Lorsque l'obligation est issue du lien contractuel, c'est la formation de ce dernier qui fait naître des obligations réciproques ou non suivant le type de contrat, et c'est le contrat lui-même qui régit la nature et la teneur des

¹⁶³ B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle, thèse préc.*

¹⁶⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p. 627.

¹⁶⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p. 627.

¹⁶⁶ Le devoir est absolu dans le sens où il astreint quiconque, dans une situation donnée, à un comportement auquel nul ne peut le contraindre et dont le non-respect est susceptible de léser tout un chacun.

¹⁶⁷ G. Viney, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., 2008, LGDJ, n° 168-1.

¹⁶⁸ G. Pignarre, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.* 2001, p. 41.

obligations qui s'imposent aux parties¹⁶⁹. En effet, le Code civil énonce que « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations¹⁷⁰. » En cas d'inexécution d'une obligation par l'une des parties, le Code civil prévoit un certain nombre de sanctions¹⁷¹, en vertu du principe de la force obligatoire du contrat¹⁷².

19. La nature de la performance. La performance est donc le fait d'atteindre un objectif, avec des moyens et des méthodes efficaces, tout en limitant les pertes financières et les effets néfastes d'un point de vue social et environnemental. Si la performance est considérée comme un objectif à atteindre, lorsque cette dernière entre dans la sphère contractuelle elle donne nécessairement naissance à des obligations. En effet, la clause d'objectif, la clause de *best efforts*, la garantie de performance dans les contrats clé en main, la clause d'*earn out*, ou encore la clause d'*hardship*, sont autant de clauses qui sont mises à la disposition des contractants afin de contractualiser leurs objectifs de performance. Toutes ces clauses qui intéressent la performance créent des obligations à la charge des parties, et chacune fera l'objet d'une sanction en cas d'inexécution. Ainsi, la performance parce qu'elle peut faire l'objet d'une contractualisation sera perçue comme une obligation à la charge des parties. En dehors du champ contractuel, la performance peut également être analysée comme une obligation. En effet, dans certains cas la loi prévoit l'octroi de certains avantages conditionnés par l'atteinte de certaines performances. À ce titre, l'article L. 225-42-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit que : « Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée. » Un dirigeant a donc l'obligation d'être performant afin de pouvoir toucher les différents éléments de sa rémunération.

¹⁶⁹ Sur l'objet de l'obligation : J.-L. Aubert, F. Collard-Dutilleul, *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2017, p. 90 et s.

¹⁷⁰ Art. 1101 C. civ.

¹⁷¹ Sur l'inexécution d'une obligation contractuelle : J.-L. Aubert, F. Collard-Dutilleul, *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2017, p. 150 et s.

¹⁷² Sur la portée de l'effet obligatoire du contrat : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 17^{ème} éd., 2018, p.421, n^o 422 et s.

20. La question de la performance en droit des affaires. L'étude se donne ainsi pour objet de démontrer que la performance en droit des affaires est un objectif poursuivi par ses acteurs. Au sein du champ contractuel, la performance sera une obligation. De même, elle servira de guide aux actions des acteurs du droit des affaires. La performance sera donc une obligation soit issue d'un contrat, soit issue d'une norme juridique. Dans cette optique la performance en droit des affaires doit être appréhendée comme le tuteur des sociétés, des contractants, des marchés, mais aussi des salariés et de l'environnement. La difficulté tient sans doute au fait que la performance revêt différentes formes qui devront nécessairement s'imbriquer les unes aux autres. Une société par exemple, dans sa recherche de performance financière, ne devra pas laisser de côté la performance de ses parties prenantes ou la performance environnementale. Il faut réussir à articuler la performance financière et extra-financière afin d'atteindre une performance globale sur le long terme. L'enjeu principal de notre étude sera de démontrer que la recherche et l'atteinte d'obligations de performance par les acteurs de la vie des affaires doivent être globales. Non seulement la performance tend de plus en plus à s'intégrer au contrat, mais elle est aussi largement présente en droit des affaires. Cependant on ne s'y réfère pas encore directement. En effet, la performance touche diverses branches du droit des affaires. On peut citer le droit des entreprises en difficulté qui est un droit qui traite de la « non performance » des entreprises, ou selon une vision plus optimiste, pour la sauvegarde ou le redressement, il s'agit d'un droit de la « performance espérée ». On peut alors envisager l'insuffisance de performance des entreprises comme la mauvaise situation financière et économique de ces dernières. Ainsi, une entreprise ayant une performance déficiente se verra mise en sauvegarde ou en redressement judiciaire pour tenter de la rendre à nouveau performante, ou elle sera mise en liquidation judiciaire si sa situation de performance est irrémédiable. Cependant, le droit des entreprises en difficultés¹⁷³ ne fera pas l'objet d'une attention particulière au sein de notre sujet d'étude, car ce dernier traite davantage de la non performance d'une entreprise, plutôt que de sa performance. L'intérêt pour notre sujet est moindre et c'est un angle plus optimiste qui a été choisi afin d'étudier la performance en droit des affaires. Il a été choisi de traiter la recherche de performance par les acteurs de la vie des affaires et comment l'atteinte de ce but peut entraîner certaines obligations.

¹⁷³ P.-M. Le Corre, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, SIREY, Université, 2006 ; P.-M. Le Corre, *La réforme du droit des entreprises en difficultés*, Dalloz, hors collection, 2009.

La performance est également présente dans le droit de la propriété industrielle¹⁷⁴ où les entreprises innovantes, pour garder leurs avantages concurrentiels, acquis grâce à une multitude de brevet ou de marques, vont pouvoir rester performantes en utilisant le droit des marques et des brevets¹⁷⁵. En ce sens, la performance s'entend comme la capacité d'une entreprise à être compétitive¹⁷⁶ et à le rester sur le long terme. Dans ce cas le droit va être au service de la performance des entreprises en protégeant leurs innovations. Par exemple un rapport d'enquête de la Commission européenne du 8 juillet 2009 reproche aux laboratoires pharmaceutiques de princeps de se servir des dépôts de brevets pour mettre en œuvre une stratégie afin d'accroître la portée et la durée de la protection offerte par les brevets¹⁷⁷. Ou encore, il est possible de citer l'exemple d'Apple qui a une forte capacité à conserver le fruit de ses innovations à travers des stratégies commerciales et juridiques comme la technique de la distribution sélective. C'est ainsi que la firme arrive à conserver ses innovations. Apple ne veut pas que des entreprises spécialisées profitent de ses succès commerciaux. La firme se sert du droit de la propriété intellectuelle pour « assurer le contrôle étroit de son écosystème numérique »¹⁷⁸. Ainsi « toute sortie d'un nouvel appareil est donc précédée de la mise en place d'un « champ de mines » de brevets, dessin et modèles, marques... et autres techniques issues de la propriété intellectuelle¹⁷⁹. Cependant, le droit de la propriété industrielle, le droit d'auteur, et le droit des brevets et des marques ne feront pas l'objet d'approfondissement dans le cadre de l'étude de la performance en droit des affaires. En effet, ces différentes branches du droit des affaires servent à montrer aux entreprises comment utiliser les outils juridiques au service de leur compétitivité. Cependant, il n'est pas question au sein de notre étude de pouvoir montrer que le droit peut être au service de la performance des entreprises, mais plutôt de montrer que la performance est une notion qui devrait directement intégrer le paysage juridique.

¹⁷⁴ J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017.

¹⁷⁵ Sur le droit des brevets *V. M. Vivant, Le droit des brevets*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2005 ; André R. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2010.

¹⁷⁶ *V. L'acte du colloque : « Compétitivité, concurrence, réciprocité »* organisé par le CEDE-Essec, Linklaters et le Medef, *Rev. UE* 2014, p. 110.

¹⁷⁷ M-A. Frison-Roche, « Usage stratégique des droits et abus de droit dans l'application du droit de la concurrence au secteur du médicament », in M-A. Frison-Roche, *Concurrence, santé publique, innovation et médicament, Droit et économie*, LGDJ ; Paris, 2010.

¹⁷⁸ D. Danet, « Performance juridique et performance globale de l'entreprise. », in C. Roquilly, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011, p. 58.

¹⁷⁹ D. Danet, « Performance juridique et performance globale de l'entreprise. », in C. Roquilly, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011, p. 58.

Le droit des marchés financiers lui aussi intègre la notion de performance à travers des notions telles que « les indicateurs de performances dans l'information financière¹⁸⁰ », « les déclarations de performance extra-financières¹⁸¹ », ou encore « les indicateurs alternatifs de performance¹⁸² ». Au-delà de ces déclarations de performance et de ces indicateurs, la recherche de performance financière est bien entendue primordiale pour les acteurs des marchés financiers. En témoigne, par exemple l'affaire Kerviel¹⁸³ dans laquelle le trader a été condamné par les tribunaux français pour avoir recherché finalement de manière excessive la performance financière. Mais la performance au sein du droit des marchés financiers ne sera pas approfondie dans le cadre de notre étude. En effet, c'est davantage l'obligation de performance et ses conséquences juridiques qui seront étudiées plus que la recherche de performance financière au sein des acteurs des marchés financiers.

21. Le champ de l'étude. Quant au prisme de lecture, il se situera au niveau du plus petit référentiel, à savoir le droit interne. Ce choix se justifie par le fait que la performance est une notion nouvelle et en pleine expansion. Elle mérite donc une étude complète du point de vue du système juridique français. Ainsi, une étude comparatiste avec d'autres systèmes de droits étrangers portant sur la performance ne fera pas l'objet d'une étude approfondie. Il est tout de même possible de souligner que dans d'autres systèmes

¹⁸⁰ Ph. Didier, « Utilisation des indicateurs de performance dans l'information financière », *Rev. Sociétés* 2011, p. 65.

¹⁸¹ B. François, « Les déclarations de performance extra-financière », *Rev. Sociétés* 2017, p. 603.

¹⁸² A.-Ch. Muller, « Les indicateurs alternatifs de performance », *Rev. Sociétés* 2016, p. 60 : Les IAP « sont ainsi nommés, d'une part, car ils ne correspondent pas à des indicateurs normés et, d'autre part, car ils sont utilisés par les émetteurs à destination du public comme indicateurs de création de valeur actionnariale. En effet, l'information financière des sociétés cotées, si elle repose largement sur l'information périodique et sur la présentation des états comptables, va au-delà et utilise ces indicateurs afin de présenter des éléments destinés à communiquer sur la capacité, actuelle et future, des émetteurs à dégager du profit. Les indicateurs de performance sont ainsi devenus un élément classique de la communication financière des sociétés. »

¹⁸³ TGI Paris, 11^e ch., 3^e sect., 5 octobre 2010, n°0802492011, Société Générale c/ J. Kerviel ; Crim. 19 mars 2013, n° 12-87416 : Dans cette affaire très médiatique qui mettait en cause le trader Jérôme Kerviel, ce dernier était accusé notamment d'abus de confiance, de faux et usage de faux. A ce titre, il fut condamné à cinq ans d'emprisonnement, dont deux ans de sursis, il fut interdit à titre définitif d'exercer une activité d'opérateur de marché et toutes activités relatives aux marchés financiers, de plus au terme de l'action civile engagée par la Société Générale il fut condamné à 4,9 milliards d'euros au titre de dommages-intérêts. La grande sévérité de la peine nous montre bien la volonté des juges de sanctionner ces dérives engendrées par une performance poussée à l'extrême. V. L. Priou-Alibert, note sous Crim. 19 mars 2013, n° 12-87416, *D. actu.* 27 mars 2014.

juridiques les rapports entre droit et économie¹⁸⁴ sont plus marqués qu'en France. De ce fait, l'emploi du terme de performance est favorisé.

Au niveau international on peut citer l'exemple de la Chine où le droit des affaires est tout entier au service de l'économie. La Chine a dû attendre la disparition de Mao Zedong pour avoir un droit économique, c'était en 1979 lorsqu'elle adopta la première loi sur les entreprises à investissement étranger¹⁸⁵. Cette adoption tardive du droit des affaires a incité la Chine à adopter un droit des affaires conçu pour favoriser la performance. En Chine le droit est un instrument plus qu'une finalité, c'est un instrument au service de l'économie, le droit peut alors être adapté de manière très souple et réactive aux situations des acteurs économiques¹⁸⁶. Ce droit est un avantage pour l'économie, cependant l'insécurité juridique est favorisée, mais force est de constater que le système économique de la Chine fonctionne¹⁸⁷.

Au niveau européen, on cite l'exemple de l'Allemagne qui adopte une vision économique de l'erreur en droit des contrats. Dans leur système juridique, les Allemands ont su intégrer l'erreur dans le monde des affaires en y faisant directement référence. L'erreur (*Irrtum*) est envisagée par le §19 BGB¹⁸⁸, alinéa 2, en vertu duquel « est également réputée erreur sur le contenu de la déclaration, l'erreur sur les qualités de la personne ou de la chose qui sont considérées comme essentielles dans les rapports d'affaires »¹⁸⁹. Le droit allemand a su faire référence aux relations d'affaires dans les vices du consentement, et cette référence permet d'envisager le contrat sous un angle plus économique. En effet, on peut supposer que lorsque l'article précité se réfère à ce qui est essentiel « aux relations d'affaires » il renvoie sans doute à l'économie du contrat, à sa rentabilité et son efficacité pour les acteurs économiques. Par exemple, l'erreur peut donc fonder la nullité du contrat si le consentement a été vicié par rapport à son espérance de rentabilité.

¹⁸⁴ La performance est en effet une notion plus économique que juridique, le rapport entre le droit et l'économie sera important dans le cadre de notre étude.

¹⁸⁵ E. Meril, *Chine juridique, fiscal, social*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2007, p. 8.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ E. Meril, *Chine juridique, fiscal, social*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2007, p. 8.

¹⁸⁸ BGB ou Bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁸⁹ F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, p. 259 ; M. Fromond, *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2005, p. 33.

En France, la performance touche diverses branches du droit des affaires, même si notre système juridique ne s’y réfère pas directement¹⁹⁰. Cependant, il n’était pas possible d’évoquer chacun des aspects de la performance au sein du droit des affaires. Par exemple, le droit des entreprises en difficulté prend en compte la performance de manière négative. En effet, il s’agit d’un droit qui traite de ce que l’on pourrait appeler la « non performance » des entreprises. On peut alors envisager l’insuffisance de performance des entreprises comme la mauvaise situation financière et économique de ces dernières. Ainsi, une entreprise ayant une performance déficiente se verra mise en sauvegarde ou en redressement judiciaire pour tenter de la rendre à nouveau performante, ou elle sera mise en liquidation judiciaire si sa situation de « non-performance » est irrémédiable. Cependant, le droit des entreprises en difficultés¹⁹¹ ne fera pas l’objet d’une attention particulière au sein de notre sujet d’étude, car ce dernier traite davantage de la non performance d’une entreprise, plutôt que de sa performance. L’intérêt pour notre sujet est moindre et c’est un angle plus optimiste qui a été choisi afin d’étudier la performance en droit des affaires. Il sera en effet étudié la recherche de performance à travers l’atteinte d’objectifs et la limitation des pertes.

La performance est également présente dans le droit de la propriété industrielle¹⁹² où les entreprises innovantes, pour garder leurs avantages concurrentiels, vont pouvoir rester performantes en utilisant le droit des marques et des brevets¹⁹³. En ce sens, la performance s’entend comme la capacité d’une entreprise à être compétitive¹⁹⁴ et à le rester sur le long terme. Dans ce cas le droit va être au service de la performance des entreprises en protégeant leurs innovations. Cependant, le droit de la propriété industrielle, le droit d’auteur, et le droit des brevets et des marques ne feront pas l’objet d’approfondissement dans le cadre de l’étude de la performance en droit des affaires. En effet, ces différentes branches du droit des affaires permettent aux entreprises d’utiliser le droit au service de leur performance, il est alors utilisé comme un outil juridique au service de la performance. Or, nous chercherons à démontrer que le droit impose des obligations aux acteurs performants, le droit n’est pas un simple outil de performance il sert avant tout à l’encadrer.

¹⁹⁰ Sauf pour la rémunération des dirigeants.

¹⁹¹ P.-M. Le Corre, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, SIREY, Université, 2006 ; P.-M. Le Corre, *La réforme du droit des entreprises en difficultés*, Dalloz, hors collection, 2009.

¹⁹² J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017.

¹⁹³ Sur le droit des brevets V. M. Vivant, *Le droit des brevets*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2005 ; André R. Bertrand, *Droit d’auteur*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2010.

¹⁹⁴ V. L’acte du colloque : « Compétitivité, concurrence, réciprocité » organisé par le CEDE-Essec, Linklaters et le Medef, *Rev. UE* 2014, p. 110.

Le droit des marchés financiers lui aussi intègre la notion de performance à travers des notions telles que « les indicateurs de performances dans l'information financière¹⁹⁵ », « les déclarations de performance extra-financières¹⁹⁶ », ou encore « les indicateurs alternatifs de performance¹⁹⁷ ». Au-delà de ces déclarations de performance et de ces indicateurs, la recherche de performance financière est bien entendue primordiale pour les acteurs des marchés financiers. Mais la performance au sein du droit des marchés financiers ne sera pas approfondie dans le cadre de notre étude. En effet, c'est davantage l'obligation de performance et ses conséquences juridiques qui seront étudiées plus que la recherche de performance financière pour les acteurs des marchés financiers.

22. Plan de l'étude. En définitive, la confrontation du concept de performance financière et extra-financière, à la matière juridique, et plus précisément au droit des affaires, contribuera à mettre en évidence la fonction économique du droit des affaires et plus spécifiquement du contrat d'affaires et la diversité des moyens qu'offre les outils juridiques aux professionnels afin d'atteindre leurs objectifs de performance. De ce fait, la performance est un concept qui innerve le droit des affaires dans son ensemble. Les professionnels et les praticiens du droit des affaires sont guidés par la recherche de performance. Le constat est sans appel, la performance doit être étudiée par les juristes afin de pouvoir être au mieux encadrée. À l'heure actuelle, la recherche de profit doit être contrebalancée par des préoccupations environnementales et sociales. Le respect de l'équilibre du marché des concurrents, ou encore le respect de l'environnement doivent entrer en compte dans la recherche de performance. L'enjeu de la démonstration sera donc de prôner la recherche de performance par les outils juridiques et d'en étudier les différentes manifestations. De plus, sur le long terme, une fois la performance atteinte par les acteurs, le droit devra inmanquablement imposer un certain nombre d'obligations particulières et nécessaires afin de maintenir l'équilibre entre les acteurs de la vie des affaires.

¹⁹⁵ Ph. Didier, « Utilisation des indicateurs de performance dans l'information financière », *Rev. Sociétés* 2011, p. 65.

¹⁹⁶ B. François, « Les déclarations de performance extra-financière », *Rev. Sociétés* 2017, p. 603.

¹⁹⁷ A.-Ch. Muller, « Les indicateurs alternatifs de performance », *Rev. Sociétés* 2016, p. 60 : Les IAP « sont ainsi nommés, d'une part, car ils ne correspondent pas à des indicateurs normés et, d'autre part, car ils sont utilisés par les émetteurs à destination du public comme indicateurs de création de valeur actionnariale. En effet, l'information financière des sociétés cotées, si elle repose largement sur l'information périodique et sur la présentation des états comptables, va au-delà et utilise ces indicateurs afin de présenter des éléments destinés à communiquer sur la capacité, actuelle et future, des émetteurs à dégager du profit. Les indicateurs de performance sont ainsi devenus un élément classique de la communication financière des sociétés. »

Dès lors, il est nécessaire d'étudier les différentes manifestations de la performance en droit des affaires et son régime. Cette dernière peut apparaître comme une obligation au sein des relations d'affaires (**Partie 1**). Cependant, une fois cette obligation de performance atteinte, il est nécessaire que le droit vienne la catalyser. La performance sera alors source d'obligations comportementales (**Partie 2**).

Partie 1 : L'obligation de performance

Partie 2 : La performance source d'obligations

PREMIERE PARTIE

L'OBLIGATION DE PERFORMANCE

23. Quelle attitude le droit va-t-il adopter face à la recherche de performance qui anime les acteurs de la vie des affaires ? La quête de performance est un fait avéré en droit économique. Pourtant, elle est absente du vocabulaire du juriste alors même qu'elle est le but ultime recherché par les acteurs de la vie des affaires : les entrepreneurs, les cocontractants, les actionnaires, ou encore les salariés sont tous à la recherche de performance. La pénurie de textes sur le sujet amène à se poser la question de la réception de la performance par le droit des affaires.

24. La performance est l'essence même du capitalisme¹⁹⁸, pourtant c'est en premier lieu vers le droit public qu'il faut se tourner pour déceler les souches de cette notion. En effet, le droit public s'y réfère dans la loi organique relative aux lois de finances de 2006, où le législateur a introduit une rubrique « performance publique » qui présente la démarche de performance de la loi organique relative aux lois de finances. Cette réforme fait passer l'État d'une logique de moyens à une logique de résultat¹⁹⁹, le but étant d'améliorer les performances en ce qui concerne le budget et des politiques publiques, notamment avec la mise en place de projet annuel de performance. Sur ce point, il semble que la performance soit perçue par le droit comme étant un objectif, il reste cependant à en définir les contours.

25. En second lieu, le droit privé a lui aussi su saisir la performance comme un objectif. À ce titre, le législateur l'a insérée dans la loi TEPA²⁰⁰ qui a mis en place un régime des rémunérations interdites visé par les articles L. 225-42-1²⁰¹ et L. 225-90-1, alinéa 1, du Code de commerce. Toutes rémunérations non soumises à des conditions de performance du bénéficiaire seront interdites. La performance apparaît comme un objectif imposé au bénéficiaire s'il souhaite percevoir sa rémunération.

¹⁹⁸ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1951 ; J.-J. Lambin, *Quel avenir pour le capitalisme ?*, Dunod, 2011.

¹⁹⁹ Site dédié à la performance publique du budget de l'État : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/>.

²⁰⁰ Art. 17 de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007.

²⁰¹ Art. L. 225-42-1, ali.1, C.com : « *Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée.* »

26. Cependant, les contours de ces objectifs de performance restent encore à définir. La performance est une réalité en droit des affaires qui a besoin d'être délimitée et définie. C'est pourquoi il est utile d'étudier les différentes manifestations de la performance, déjà très présente dans notre droit économique. La performance se manifeste notamment à travers une obligation de performance qui s'impose aux débiteurs dans les contrats d'affaires, et au travers de la liberté contractuelle qui permet une contractualisation de la performance et un contrôle par les juges **(Titre 1)**. Ensuite, il paraît opportun de s'attarder sur l'obligation de performance qui s'impose aux dirigeants de sociétés. En effet, il est essentiel dans le contexte actuel d'en étudier les manifestations et d'en préciser le contenu notamment à travers l'interdiction des rémunérations non soumises à des critères de performances, ou encore les effets du « *say on pay* », introduit récemment au sein de notre Code du commerce **(Titre 2)**.

La performance est donc le fait d'atteindre un objectif, avec des moyens et des méthodes efficients, tout en limitant les pertes financières et les effets néfastes d'un point de vue social et environnemental.

Titre 1 : Les différentes manifestations de la performance

Titre 2 : L'obligation de performance à travers la rémunération des dirigeants de sociétés

TITRE 1 : LES DIFFÉRENTES MANIFESTATIONS DE LA PERFORMANCE

27. La performance en droit des affaires est omniprésente. C'est pourquoi il semble important de lui reconnaître des effets juridiques. Il convient en effet de prendre en compte la performance, qui est souvent intégrée dans le raisonnement judiciaire. En effet, le droit lui-même peut être vu comme une science d'organisation²⁰², il en découle que la performance, étant un objectif recherché par les acteurs de la vie des affaires, doit pouvoir être intégrée directement dans un contrat, elle doit également rentrer en compte dans les prises de décisions qui animent une société. En d'autres termes, elle doit venir animer notre droit économique afin d'organiser au mieux les relations de la vie des affaires. La performance, qu'elle soit de type financier ou non financier, est un objectif non seulement pour les parties à un contrat, mais également pour les juges. Elle anime le raisonnement judiciaire en droit économique. C'est sans doute une espérance chimérique que de vouloir essayer de l'intégrer directement dans notre droit, mais il semble que ce soit un mal nécessaire à l'heure où la recherche de compétitivité accrue pourrait avoir des effets néfastes sur le marché.

Pour l'heure, la performance est déjà un instrument contractuel largement utilisé par les parties, mais ses contours demeurent trop flous. De fait, la contractualisation de la performance lui confère des effets juridiques et elle prend alors la forme d'une obligation de performance. Elle doit également être prise en compte par les juges qui devront l'intégrer dans leurs raisonnements judiciaires afin d'apprécier la licéité de certains comportements. Cette prise en compte positive par le contrat et par le juge conduit à étudier non seulement la contractualisation de la performance et plus précisément la performance en tant qu'obligation qui vient s'imposer aux contractants (**Chapitre 1**), mais également sa prise en compte par les juges qui doivent lui reconnaître des effets juridiques adéquats (**Chapitre 2**), notamment à travers l'étude des sanctions encourues en cas de défaut de performance.

Chapitre 1 : La performance, un élément saisi par le contrat

Chapitre 2 : La performance, un élément saisi par le juge

²⁰² J. Paillusseau, « Le droit est aussi une science d'organisation » *RTD. com.* 1989, p. 1.

Chapitre 1 : La performance, un élément saisi par le contrat

28. Loin de se désintéresser de la performance, les parties ont vocation à l'intégrer au sein du contrat. La performance peut apparaître comme une véritable obligation pour les parties à un contrat. Dans le cadre de la relation contractuelle, les cocontractants vont vouloir utiliser des outils juridiques afin d'être compétitifs. Le fait d'intégrer la performance au sein du contrat, et d'en faire une obligation qui s'impose aux parties, qu'elle soit de moyen ou de résultat, leur permet une plus grande prévisibilité quant à leurs résultats. La contractualisation de la performance assure aux parties un résultat qu'elles auront fixé en amont. Ainsi, les cocontractants pourront atteindre leurs objectifs et maintenir leur degré de performance sur le marché, c'est un moyen pour elles d'optimiser le contrat. En effet, le contrat apparaît comme un moyen de pratiquer une politique de différenciation durable, il permet également de répondre à la conjoncture actuelle²⁰³. Le contrat devient un instrument de concurrence et permet d'organiser l'atteinte des objectifs. L'identification des différents types de performance permet aux parties à un contrat d'insérer des clauses afin de contractualiser telle ou telle obligation de performance.

29. Comme le professeur Jacques Mestre a pu si bien le dire, il y a trois piliers fondamentaux dans le régime juridique du contrat, à savoir « la liberté contractuelle et son corollaire formel, le consensualisme ; la force obligatoire de l'accord de volontés ; et enfin, son effet relatif, limité aux seules personnes qui l'avaient conclu²⁰⁴ ». Bien que ces trois piliers soient aujourd'hui quelque peu bafoués par les évolutions économiques et sociales qu'a connues le contrat ces dernières dizaines d'années²⁰⁵, ces piliers demeurent. De fait, la liberté contractuelle permet aux parties d'être libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir librement leurs partenaires, et de déterminer le contenu du contrat dans la limite de la sauvegarde de la liberté d'autrui²⁰⁶. C'est grâce à la liberté contractuelle qu'il est permis aux parties à un contrat d'en organiser le contenu comme elles l'entendent. Elles sont libres d'y

²⁰³ L. Halfon, « La maîtrise de l'outil contractuel : facteur de différenciation », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, Droit et gestion de l'entreprise*, Vuibert Gestion, Novembre 1993, p. 129.

²⁰⁴ J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée Savatier, PUF, 1985, p. 41.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, p. 33, n° 24.

insérer une clause faisant peser sur le débiteur une obligation d'atteindre un objectif, ou encore une obligation d'être performant dans la réalisation d'une opération. Ainsi, la liberté contractuelle laisse place à une multitude de possibilités pour les parties d'intégrer la performance au champ contractuel, voire d'en faire l'objet essentiel du contrat.

Dans certains cas la performance pourra être imposée directement aux débiteurs d'obligations à travers différentes clauses telles que les clauses d'objectifs (**Section 1**). Dans d'autres cas, la performance sera au cœur même de la dynamique contractuelle et servira à atteindre une rentabilité financière optimale pour les cocontractants, par exemple avec l'insertion d'une clause d'*earn out* au sein du contrat (**Section 2**).

Section 1 : La performance imposée aux débiteurs d'obligations

30. La contractualisation de la performance est une tendance avérée en droit économique. Il est opportun pour les parties à un contrat qu'elles puissent organiser leurs relations d'affaires afin d'atteindre leurs objectifs qu'ils soient financiers, sociaux ou environnementaux. Ainsi, les cocontractants vont utiliser les outils contractuels mis à leur disposition afin de sécuriser l'atteinte de ses objectifs et d'en faire des parties intégrantes du contrat. Dans certains cas, c'est la performance qui sera l'objet même du contrat, plusieurs mécanismes contractuels feront en sorte que cet objectif final soit atteint. Dans d'autres cas, la performance fera l'objet d'une seule clause afin d'aboutir à un objectif très ciblé au sein d'une opération contractuelle plus large. Ainsi la performance revêt une double dimension pour les cocontractants, soit ils vont ambitionner la performance du contrat soit ils vont rechercher la performance dans le contrat. Certaines clauses auront pour but la meilleure exécution possible du contrat (§1), d'autres auront pour but d'atteindre un objectif de performance précis (§2).

§1 : En vue d'une meilleure exécution du contrat

31. Dans certains types de contrats, les parties vont rechercher la meilleure exécution possible du contrat, c'est-à-dire qu'elles vont vouloir atteindre leurs objectifs en limitant leurs pertes. Il est possible pour elles de mettre en place un certain nombre de clauses qui vont permettre d'assurer la pérennité financière du contrat, ce sera alors une

sécurité supplémentaire pour les parties. Ainsi, les cocontractants peuvent insérer dans un contrat des clauses de « meilleure diligence » **(A.)** ou encore des garanties de performance **(B.)**.

A : Les clauses de « meilleure diligence »

32. Les clauses de « meilleure diligence » ou clauses de « *best efforts* » permettent aux parties de fixer à l'avance l'intensité de l'obligation que le débiteur de l'obligation doit mettre en œuvre en vue d'atteindre un objectif contractuel. Il semble important d'étudier l'intensité et la nature de l'obligation que ces types de clauses visent **(1.)**, et de voir que ces clauses puisent leur source au sein d'un principe plus large, qui est le principe de la bonne foi contractuelle **(2.)**.

1 : Nature de l'obligation

33. Les meilleurs efforts possible. La clause de « meilleure diligence » est insérée dans des contrats qui comportent une forte part d'aléa ou qui présentent certaines difficultés dans l'exécution de l'opération²⁰⁷. Les clauses de « best efforts » sont couramment introduites dans des contrats de distribution, d'assistance ou encore de licence de brevet. La clause de « meilleure diligence » impose au débiteur de l'obligation de faire tout ce qui est en son pouvoir pour parvenir au résultat fixé par les parties²⁰⁸. À ce propos, la performance étant vue comme un objectif à atteindre, il est clair que ce type de clause apparaît comme une sécurité supplémentaire pour les cocontractants afin d'espérer atteindre le résultat qu'elles se seront fixé. La clause de « best efforts » est un instrument de sécurisation de la performance pour les parties.

Par exemple, l'entreprise française Michelin avait mis en place dans des contrats dits de « performance et responsabilité Michelin », où il était inséré une clause obligeant le partenaire à « faire ses meilleurs efforts pour promouvoir les produits du groupe Michelin ». Cette clause constituait une clause de « *best efforts* ». Elle a été nommée comme étant une

²⁰⁷ J. Mestre et J-C. Roda et *alii*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Les intégrales, Lextenso, 2011, p. 129.

²⁰⁸ D. Caramalli, « Remarques et mise en garde pour la rédaction des clauses de « meilleure diligence » (« best efforts ») », *LPA*, 11 juin 2003, n° 116, p. 4.

clause de performance par L'Autorité de la concurrence²⁰⁹ qui a d'ailleurs considéré que ce type de clause, visant à dynamiser les ventes d'un produit, constituait des « préoccupations de concurrence »²¹⁰. En effet, la société Michelin souhaitait réserver ses « contrats de prestations de service enseigne » à des distributeurs non liés avec un concurrent Michelin. Ainsi, les contrats de « performance et responsabilité » subordonnaient la conclusion de tels contrats à la condition que le partenaire soit une entreprise indépendante de tout concurrent. Néanmoins, ce type de contrat ne s'appliquait pas pour les distributeurs ayant un lien capitalistique avec un concurrent de Michelin²¹¹. Ces clauses de performance étaient pourtant destinées à promouvoir les ventes de la marque, à sécuriser et à dynamiser les ventes des produits Michelin, et donc à stimuler les performances économiques des différents partenaires de l'entreprise Michelin. Mais l'Autorité de la concurrence a considéré que ce type de clause devait être considéré comme susceptible de constituer une préoccupation de concurrence. En effet, ces clauses de performance étaient susceptibles de renforcer la position dominante de la société, l'Autorité de la concurrence a considéré que cette clause de *best efforts* était de nature à créer une discrimination abusive.

Cependant, en règle générale les clauses de *best efforts* sont admises par les juridictions et ne posent pas de préoccupations de concurrence lorsqu'elles ne concernent pas une entreprise en position dominante.

34. Les clauses de *best efforts*, obligation de performance, obligation de moyen²¹². La nature de l'obligation va dépendre de la rédaction de la clause de *best efforts*. En principe, le débiteur promet de tout mettre en œuvre pour garantir l'objectif, mais la difficulté d'analyse de la nature de l'obligation est qu'il ne peut garantir ce résultat²¹³, puisque par nature l'exécution de l'opération est aléatoire. Ainsi, l'obligation reste une obligation de

²⁰⁹ M. Malaurie-Vignal, note sous Aut. Conc, déc. N°10-D-27, 15 sept. 2010, « Les clauses constituant des préoccupations de concurrence », CCC n° 11, Nov. 2010, comm. 245.

²¹⁰ Aut. conc., déc. n° 09-D-12, 18 mars 2009.

²¹¹ M. Malaurie-Vignal, note sous Aut. Conc, déc. N°10-D-27, 15 sept. 2010, « *Les clauses constituant des préoccupations de concurrence* », art. *prec.*

²¹² Suite à la réforme du droit des contrats, il s'est posé la question de savoir si la classique distinction entre l'obligation de moyen et de résultat avait disparue ? V. P. Jourdain, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », JCP E 2016, p. 1557. V. note de bas de page n° 19.

²¹³ J. Mestre et J-C. Roda et *alii*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. et loc. cit.*

moyen en droit français. Cependant, en droit américain, par exemple, il s'agit d'une obligation de résultat atténuée²¹⁴.

En droit français, le débiteur promet donc d'atteindre l'objectif qui lui a été fixé. Le débiteur s'oblige à mettre tout en œuvre et à utiliser tous les moyens possibles en vue d'atteindre le résultat espéré²¹⁵. La clause de « best efforts » est donc une clause qui permet d'assurer la performance des moyens mis en œuvre pour atteindre le résultat souhaité par le créancier. Ce dernier doit faire son possible, et tout mettre en œuvre pour atteindre le résultat. La clause de « *best efforts* » permet donc de contractualiser la performance des moyens afin d'atteindre le résultat souhaité. Ainsi, la performance doit s'analyser au sein du contrat non seulement comme un objectif à atteindre, mais elle doit également tenir compte de la performance des moyens mis en œuvre pour y parvenir. Il convient de se demander si l'obligation contractuelle d'être performant doit correspondre à une obligation de moyen ou de résultat²¹⁶ ? Si elle n'impose qu'une simple obligation de moyen au débiteur de l'obligation peut-elle s'analyser comme participant à la performance ? Ou au contraire faut-il considérer que seule l'obligation de résultat est susceptible de renvoyer à la performance ? L'obligation de résultat va imposer au débiteur l'atteinte d'un résultat, elle garantit donc la performance de l'opération. En revanche, l'obligation de moyen, même si elle ne garantit pas l'atteinte d'un certain niveau de performance, elle impose au débiteur de tout mettre en œuvre pour y parvenir. L'obligation de moyen participe également à l'atteinte d'un certain résultat, c'est davantage la performance des moyens mis en œuvre pour parvenir au résultat recherché qui est en cause. Ainsi, autant l'obligation de moyen que l'obligation de résultat sécurisent l'atteinte d'un certain niveau de performance pour les parties à un contrat.

²¹⁴ D. Caramalli, « Remarques et mise en garde pour la rédaction des clauses de « meilleure diligence » (« best efforts ») » *art. prec.*

²¹⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoeffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ 9^{ème} éd., 2017, p. 536, n° 942 ; M. Mekki, « Obligations de moyens et obligation de résultat », *Revue d'Assas*, février 2013, n°7, p. 77.

²¹⁶ L'ordonnance du 16 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'a pas souhaité codifier la distinction opérée classiquement par la jurisprudence entre l'obligation de moyen et de résultat. Cependant, selon différents auteurs, cette distinction entre l'obligation de moyen et de résultat n'a pas pour autant vocation à être abandonnée par la jurisprudence. *Voy.* P. Jourdain, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP E* 2016, p. 1557. L'ordonnance ne reprend donc pas cette distinction mais elle ne la condamne pas non plus. Il semble que l'abandon de cette distinction entre ces deux obligations soit peu envisageable dans la mesure où elle reflète deux aspects de toute relation contractuelle : quels résultats promet-on et quels moyens aurait-on dû mettre en œuvre pour les produire correctement ? *in* Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoeffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ 9^{ème} éd., 2017, p. 536, n° 941.

35. Une responsabilité limitée. En cas de non-respect de la clause de « best efforts », le débiteur de l'obligation engage sa responsabilité, s'il n'a pas tout mis en œuvre pour parvenir à un certain niveau de performance.

Le Code civil initial comportait deux textes d'apparence contradictoire, l'article 1137 et l'article 1147. Ces deux textes ont été supprimés par l'ordonnance du 10 février 2016. Pourtant ces deux textes permettaient la distinction entre l'obligation de moyen et de résultat et apportaient des précisions quant à la charge de la preuve du manquement. L'article 1137 du Code civil prévoyait que c'était à la partie insatisfaite d'apporter la preuve que le débiteur de l'obligation n'avait pas fait tout son possible pour l'exécuter. Cet article caractérisait l'obligation de moyen²¹⁷, le débiteur ne promettait pas une atteinte du résultat, il promettait seulement de mettre tout en œuvre pour tenter d'y parvenir. Le débiteur devait utiliser toutes les ressources nécessaires afin d'atteindre un certain niveau de performance²¹⁸ au sein de l'opération contractuelle. C'était donc la performance des moyens mis en œuvre pour parvenir au résultat souhaité qui était en cause en l'espèce. Dans ce cas précis, la responsabilité pouvait être engagée seulement si une faute avait été commise ; autrement dit si le débiteur n'avait pas tout mis en œuvre pour exécuter son obligation²¹⁹.

Ensuite, l'ancien article 1147 du Code civil imposait au débiteur de l'obligation de fournir un résultat faute de quoi son échec serait présumé et sa responsabilité engagée. Il s'agissait en l'espèce de l'obligation de résultat²²⁰. Si le débiteur n'atteignait pas son objectif, il manquait à sa performance. Cependant, il pouvait se décharger de sa responsabilité s'il arrivait à prouver que l'inexécution était due à un cas de force majeure²²¹.

Dans le cadre de l'obligation de moyen, la diligence requise par le débiteur s'apprécie en fonction de sa profession. Les juges vont apprécier le comportement du professionnel en fonction des standards de sa profession. Ce dernier aurait dû se comporter comme un professionnel diligent et avisé²²². En l'espèce, il est fait référence au comportement du

²¹⁷ Exemple jurisprudentiel d'obligation de moyen : J-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin, obs. sous Paris, 1^{re} ch. Sect. A aud. solen. 6 juill. 1994, « L'obligation de transcription est une obligation de moyen », *RDI*, 1995, p. 343.

²¹⁸ Atteindre un « certain niveau de performance » signifie en l'espèce se rapprocher au mieux du résultat espéré par les parties au contrat.

²¹⁹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14^{ème} éd., 2014, p. 297, n° 407.

²²⁰ Ph. Malinvaud, note sous Cass. 3^e civ., 8 nov. 2005, n° E 04-18.305, « Avant réception, l'entrepreneur est tenu d'une obligation de résultat », *RDI*, 2006, p. 55.

²²¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations op. cit.*, p. 626, n° 581.

²²² P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munk, *Les obligations*, Lextenso, 5^{ème} éd., 2013, p. 500, n° 941.

professionnel en « bon père de famille »²²³. Ainsi, les clauses de « best efforts » peuvent être rédigées de la sorte « l'entrepreneur garantit que ses prestations, travaux et montages seront réalisés selon les règles de l'art, en conformité sur tous les plans avec les lois, les décrets, les règlements, les prescriptions et normes en vigueur en France lors de la signature du marché²²⁴ ». Dans ce cas précis les juges devront se référer à un professionnel agissant dans « les règles de l'art », mais qu'en est-il de la nature de l'obligation en question ?

Au regard des articles 1137 et 1147 du Code civil, la clause de « meilleure diligence » se voyait appliquer le régime de l'obligation de moyen. En effet, le débiteur de l'obligation n'était pas tenu par le résultat, mais seulement par une obligation de diligence²²⁵. Sa responsabilité ne serait engagée que si le créancier de l'obligation apportait la preuve de la faute du débiteur²²⁶. À l'heure actuelle, les articles 1137 et 1147 du Code civil ont été remplacés par les articles 1197 et 1231-1 du nouveau Code civil. Même si la réforme ne reprend pas la distinction entre les obligations de moyens et de résultats, il semble que la jurisprudence soit encline à continuer d'appliquer cette distinction²²⁷.

La clause de « meilleure diligence » ou de « *best efforts* » est un moyen efficace d'apporter une garantie supplémentaire au contractant que le débiteur de l'obligation fera tout son possible afin d'être performant. Encore faut-il qu'il fasse preuve de bonne foi.

2 : Meilleure diligence et bonne foi contractuelle

36. L'atteinte des performances par la bonne foi. La clause de « meilleure diligence » est un moyen de sécuriser l'atteinte de performance au sein du contrat. Dans de tels cas, ce sont les moyens utilisés pour atteindre un résultat qui doivent être étudiés. Ainsi, le débiteur de l'obligation devra adopter un comportement cohérent, diligent, prudent afin de tenter de parvenir au résultat souhaité. La bonne foi²²⁸ va jouer un rôle fondamental dans

²²³ Appréciation de la diligence *in abstracto*, avec en cas de faute une appréciation *in concreto* : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoeffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ 9^{ème} éd., 2017, p. 537, n° 943 et 944.

²²⁴ O. D'Auzon, *Modèles de contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., Editions Eyrolles, 2007, p. 22.

²²⁵ Cass. com., 16 mars 1993, n° 90-19413.

²²⁶ D. Caramalli, « Remarques et mise en garde pour la rédaction des clauses de « meilleure diligence » (« best efforts ») », *art. prec. cit.*

²²⁷ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 16^{ème} éd., 2017, p. 320, n° 406 à 414.

²²⁸ L'ordonnance du 10 février 2016 ne modifie pas le contenu l'obligation de bonne foi, elle a simplement étendu son champ d'application à la négociation et à la formation du contrat. L'ancien article 1134 alinéa 3

l'atteinte de ce résultat. Il convient de se demander si la clause de « best efforts » n'est pas une manifestation du principe de bonne foi posé par l'article 1104 du Code civil. Or, lorsque les parties à un contrat s'engagent à tout mettre en œuvre, à faire tous les efforts possibles afin d'atteindre un certain résultat, il semble qu'elles s'engagent finalement à faire preuve de bonne foi dans leur comportement contractuel. Elles s'engagent également à faire preuve de la meilleure diligence qu'il soit afin d'atteindre un certain niveau de performance.

Les juges ont su dégager de la bonne foi deux principes. En premier lieu, le devoir de loyauté qui permet de sanctionner la mauvaise foi des contractants, ou plus précisément leur mauvaise volonté dans l'exécution de la prestation contractuelle²²⁹. Et en second lieu, le devoir de coopération qui consiste en une obligation d'information des événements que le cocontractant à intérêt à connaître afin de faciliter l'exécution du contrat²³⁰. Cependant, il existe une multitude d'autres obligations qui découlent de ces principes. Par exemple de l'obligation de loyauté découle le devoir de transparence²³¹, de vigilance²³², de fidélité²³³, de renseignement²³⁴.

La clause de « best efforts » qui met en exergue le principe de bonne foi peut être renforcée par l'insertion d'autres clauses au sein du contrat qui vont permettre d'atteindre le meilleur niveau de performance possible dans l'exécution du contrat. Autrement dit, les cocontractants s'engagent à fournir leurs meilleurs efforts pour optimiser les performances du contrat et atteindre les résultats espérés.

du Code civil avait cantonné cette obligation à la phase d'exécution du contrat : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoeffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ 9^{ème} éd., 2017, p. 254, n° 458.

²²⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, les obligations, op. cit.*, p. 487, n° 439.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Exemple de devoir de transparence : commet une faute le bailleur qui n'a pas informé le mandataire de sa décision, prise pendant la durée du mandat, de ne plus louer les locaux litigieux mais de les vendre, laissant le mandataire accomplir ses diligences jusqu'au terme du mandat : M. Thioyone, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, n° 98-20507, *AJDI* 2001, p. 1014.

²³² Par exemple, « la loi du 27 mars 2017 instaure, en substance, pour les sociétés employant plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde, en incluant leurs filiales, l'obligation d'élaborer, de rendre public et de mettre en oeuvre un plan de vigilance comportant des mesures propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités du groupe et de celles des fournisseurs et sous-traitants, en France comme à l'étranger. » : C. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.* 2017, p.806.

²³³ M. Poumarède, note sous Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2007, n° 05-20050, « L'agence de voyages n'est pas responsable, en l'absence de faute, du fait des billets d'avion qu'elle délivre », *JCP* 2007. II., p. 10060.

²³⁴ L'obligation de renseignement découle elle-même de l'obligation de collaboration entre les cocontractants. Ainsi, l'« une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat » : J. Mestre, obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, n° 92-21085, « Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat », *RTD civ.* 1996, p. 393.

37. Les clauses de meilleurs moyens, optimisation des performances du contrat. La catégorie des clauses de meilleurs moyens inclue bien naturellement les clauses de « best efforts », mais il y a aussi les clauses de bonne foi²³⁵ qui permettent elles aussi d'optimiser l'exécution du contrat. La clause de bonne foi a pour objet premier d'exiger la bonne foi des contractants dans l'exécution de leur contrat. Mais ce type de clause n'est pas un simple rappel de l'article 1104 du Code civil, ou de l'ancien article 1134 alinéa 3²³⁶. Cette clause peut être un moyen de renforcer l'exigence de bonne foi telle que la conçoivent les juges, elle sera donc utile afin d'optimiser les performances du contrat, et permettre d'atteindre aux mieux les objectifs. De plus, si l'on reprend l'exemple vu précédemment à propos de la société Michelin et des clauses de *best efforts*, l'Autorité de la concurrence avait incité la société Michelin à supprimer ce type de clause. À ce titre, il paraît opportun de remarquer que Michelin a remplacé ces clauses par des clauses de bonne foi et de loyauté. En effet, les distributeurs devaient une participation « active et loyale au profit de Michelin »²³⁷. Ainsi, l'exigence de performance passera parfois par l'exigence de bonne foi et de loyauté qui peut permettre d'aboutir à des résultats économiques performants et inciter les opérateurs économiques à de meilleures diligences.

Enfin, cette clause fait partie de la même catégorie que la clause de « meilleure diligence ». Par exemple, la clause de bonne foi peut être une garantie supplémentaire de la bonne exécution du contrat. Cette dernière précise en effet « plus énergiquement qu'à l'ordinaire les effets de l'exigence de la bonne foi à l'exacte mesure de ce que souhaitent les parties au cas présent²³⁸. » C'est donc une exigence de bonne foi qui se trouve accrue pendant l'exécution du contrat, voire une fois le lien contractuel disparu. De plus, si les parties ajoutent aussi au contrat une obligation de diligence afin d'atteindre les meilleurs résultats possible, cela ne peut qu'accroître la garantie de promouvoir la performance dans l'exécution du contrat.

38. La clause de rigueur et l'optimisation du contrat. Un autre type de clause vient renforcer l'optimisation du contrat, il s'agit de la clause de rigueur. Ce type de

²³⁵ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010, p. 83, n° 73.

²³⁶ J. Mestre et J.-C. Roda et alii, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 135, n° 203.

²³⁷ M. Malaurie-Vignal, note sous Aut. Conc, déc. N°10-D-27, 15 sept. 2010, « Les clauses constituant des préoccupations de concurrence », *art. prec.*

²³⁸ J. Mestre et J.-C. Roda et alii, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. et loc. cit.*

clause va permettre de souligner le caractère essentiel de toutes les clauses du contrat. Ainsi, il n'y a pas de hiérarchie à établir entre les diverses clauses d'un contrat, et le moindre vice affectant l'une des clauses doit se traduire par un anéantissement du contrat dans sa globalité²³⁹. Ceci permet d'assurer une prévisibilité quant à la sanction de l'imperfection contractuelle. En principe, les juges du fond, qui en présence d'une clause de rigueur, ne prononceraient pas l'annulation intégrale du contrat, violeraient l'article 1103 du Code civil qui énonce le principe de la force obligatoire du contrat²⁴⁰.

Dans ce cas, la clause de rigueur permet de donner une importance primordiale à toutes les clauses du contrat. Ainsi, l'insertion dans un contrat d'une telle clause, alors qu'il contient déjà une clause de « meilleure diligence », pourrait être un moyen de qualifier l'obligation de diligence en une obligation de résultat. En effet, dans ce cas précis, le non-respect de la clause de « meilleure diligence » pourrait se traduire par l'anéantissement du contrat. Si le débiteur de l'obligation de « best efforts » ne fait pas preuve d'assez de diligence afin d'atteindre un certain résultat, le contrat sera anéanti de plein droit.

L'atteinte d'un certain niveau de performance au sein du contrat par les parties peut être organisée au mieux grâce à diverses clauses qui peuvent être insérées dans le contrat. Les clauses étudiées précédemment sont un moyen efficace de sécuriser la performance des moyens mis en œuvre par le débiteur d'une obligation afin d'atteindre le résultat espéré. Au-delà des clauses de meilleurs moyens, de « best efforts », de rigueur, ou de bonne foi, il existe des clauses qui permettent une garantie de performance pour l'issue pour du contrat. Elles vont alors au-delà de la performance des moyens mis en œuvre et concernent le résultat espéré par le contrat.

²³⁹ J. Mestre et J.-C. Roda et alii, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 973, n° 1708.

²⁴⁰ Arrêt rendu sous l'égide de l'ancien article 1134 du Code civil relatif à la force obligatoire du contrat : F.-X. Testu, note sous Cass. com. 27 mars 1990, n° 88-15092, « Nullité totale d'une location-gérance dont la redevance est indexée sur l'indice des prix », *D.* 1991, p. 289.

B : La garantie de performance au sein des contrats de transfert de technique

39. Les contrats de transfert de technique ou de savoir-faire, ou encore d'ingénierie sont des contrats de coopération dans lesquels plusieurs entreprises vont coopérer et mettre en commun leurs connaissances dans le but de satisfaire la demande d'un client²⁴¹. Dans ces contrats se pose la question des obligations de l'entrepreneur, qui peut être amené à livrer une usine « clé en main ». Ainsi, existe-t-il une obligation de garantie, voire une garantie de performance afin d'assurer la livraison de l'usine en parfait état de production? Non seulement la garantie de résultat, ou l'assurance d'atteindre les performances promises est admise dans ce type de contrat **(1)**, mais de surcroît la non-obtention des performances promises sera sanctionnée sévèrement **(2)**.

1 : L'admission de la garantie de résultat

40. **La garantie de performance dans les contrats « produits en mains ».** Dans le cadre des transferts de techniques de production industrielle se pose souvent la question de la garantie des résultats envers le licencié, ou envers celui qui reçoit le « *know-how* »²⁴². À ce titre, il convient de distinguer deux situations. D'une part, la vente d'usines en complet état de production et d'autre part, la simple installation d'équipement ou la simple fourniture d'une étude d'ingénierie, qui ne conduisent finalement qu'à la mise en main d'outils de production, sans qu'il y ait une communication du *know-how*²⁴³. Il paraît donc opportun de s'intéresser à la vente d'usines en complet état de production où la garantie de résultat est essentielle. En effet, la problématique principale dans ce type de contrat réside dans la responsabilité de l'ingénieur, qui va dépendre de l'étendue de ses obligations. C'est pour cette raison qu'il paraît important de préciser au sein de l'ensemble contractuel l'existence de certaines garanties. Les performances promises lors de la conclusion du contrat sont primordiales dans ce type de contrat et sont déterminantes du

²⁴¹ F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2007, p. 864, n° 897.

²⁴² Définition du « know-how » donnée par Maître Paul Mathely dans les Annales de la Propriété Industrielle en 1967 : « Le Know-how » consiste dans les connaissances et l'expérience acquises pour l'application pratique d'une technique ».

²⁴³ J. Gaudin, « Aspects actuels et réalités des transferts de techniques de production industrielle », Propos introductif in *Colloques, Garanties de résultat et transfert de techniques, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1979, p. 14.

consentement. En effet, le débiteur se doit de livrer au créancier une usine qui soit en parfait état de production, c'est-à-dire une usine qui réponde exactement aux volontés de créancier en termes de production, de technique, et de matériel.

Cependant l'étendue de ces garanties de résultats dépend souvent de l'obligation de délivrance de l'ingénieur. Soit le contrat sera conclu « clé en main » (« *turn key job* ») soit le contrat sera conclu « produit en mains » (« *product in hand* »)²⁴⁴. Dans le premier cas, l'ingénieur dirige les travaux et conçoit l'installation. Son obligation se limite alors à la simple construction de l'ensemble industriel, le client ne peut avoir l'assurance de disposer d'une unité de production viable²⁴⁵. Dans le second cas, l'ingénieur voit ses obligations plus étendues puisqu'il s'engage sur les performances de fabrication futures²⁴⁶. Par exemple, « s'il a bien voulu fournir le matériel, la documentation technique et le procédé de fabrication pour produire deux millions de valises par an, il est responsable si l'usine installée n'atteint pas le degré de production convenu²⁴⁷ ». Dans ce type de contrat, l'obligation est plus importante que dans les contrats clé en main, c'est pourquoi la garantie de performance y est primordiale.

41. L'obligation de garantie. Dans un contrat d'ingénierie, le professionnel peut s'engager aux prestations les plus diverses comme la construction immobilière, la fourniture de matériel, la mise en route de l'usine, la formation du personnel, ou encore la direction de l'usine pendant un certain temps²⁴⁸. C'est ce que l'on retrouve en pratique dans les contrats clé en main. Dans ce type de contrat, plus les prestations seront importantes, plus l'obligation de garantie sera étendue. Ainsi, il arrive fréquemment que soit insérée dans le contrat une clause de garantie afin d'assurer le bon fonctionnement de l'usine. Cette clause permet d'imposer l'atteinte d'un certain seuil de rentabilité au débiteur de l'obligation. Dans ce cas précis, l'obligation de garantie portera sur des résultats précis de fabrication²⁴⁹. La nature de cette obligation de garantie est une obligation de résultat. Elle a pour fonction de garantir l'atteinte d'un résultat précis, l'atteinte d'un certain niveau de qualité. En effet, il faut

²⁴⁴ F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit. p. 870, n° 901.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Ph. Le Tourneau, « L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie », in *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise : études à la mémoire du doyen Pierre Azard*, Ed. Cujas, 1980, p. 153.

²⁴⁷ J. Huet, obs. sous Cass. com. 12 déc. 1984, Bull. civ., IV., n° 346, *RDT civ.* 1986, p. 142.

²⁴⁸ J. Mestre et M.-E. Pancrazi, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 28^{ème} éd., 2009, p. 740, n° 882.

²⁴⁹ J. Huet, obs. sous Cass. com 12 déc. 1984, Bull. civ., IV., n° 346, *RDT civ.* 1986, p. 142.

que l'ouvrage commandé soit exempt de tout vice²⁵⁰. S'il s'agit de la livraison d'un ouvrage matériel, la garantie que doit offrir le prestataire porte sur la qualité de la chose et sur son bon fonctionnement²⁵¹.

42. Vers une garantie de performance. Ainsi, dans les contrats clé en main, la garantie de résultat peut s'assimiler à une véritable obligation de performance qui consiste dans le fait de livrer une usine en état de marche, capable d'atteindre un certain résultat, en utilisant des moyens efficaces. De même, dans un contrat de recherche qui fait peser sur le chercheur une obligation de rechercher, de communiquer, de fabriquer et d'installer, la garantie de performance occupe une place primordiale. Si la technique recherchée est caractérisée, l'obligation d'étude constitue une véritable obligation de résultat. Son engagement porte alors sur « une technique déterminée dans sa forme, son contenu, ses performances²⁵² ».

L'admission de la garantie de performance, dans les contrats de vente d'usine en complet état de production, passe par l'insertion d'une clause imposant à l'ingénieur un engagement de performances²⁵³. Il s'agit d'une véritable obligation de résultat qu'il s'agisse du rendement de l'usine, des exigences énergétiques, ou encore de la qualité des produits. À ce titre, l'ingénieur doit fournir un résultat déterminé, et mettre en œuvre les meilleurs moyens possible²⁵⁴ en vue d'être performant et de limiter les pertes éventuelles au maximum. Il convient de préciser que même en l'absence de stipulation expresse sur la garantie de résultat, la jurisprudence se montre favorable à l'admission d'une garantie de résultat quasi automatique²⁵⁵, même si le prestataire ne s'est pas engagé à atteindre un certain niveau de performance.

²⁵⁰ J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, p. 1372, n° 32259.

²⁵¹ J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil, op. cit.*, p. 1373, n° 32260.

²⁵² Y. Reboul, « Garanties de résultat et contrat de recherche », in *Colloques, Garanties de résultat et transfert de techniques, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Librairies techniques*, 1979, p. 102.

²⁵³ B. Teyssie, « Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingénierie et à la multiplicité des participants à une vente d'usine en complet état de production », in *Colloques, Garanties de résultat et transfert de techniques, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Librairies techniques*, 1979, p. 143.

²⁵⁴ B. Teyssie, « Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingénierie et à la multiplicité des participants à une vente d'usine en complet état de production », *art. prec. cit.*, p. 144.

²⁵⁵ *Ibid.*

La garantie de performance implique donc une obligation de résultat. De ce fait si les performances annoncées ne sont pas atteintes quelle sanction encourt le prestataire ?

2 : La sanction de la garantie de résultat

43. Régime de la garantie de droit commun. Le régime de la garantie vu précédemment se combine bien souvent avec le régime de la garantie du contrat de vente, à savoir la garantie des vices cachés et l'obligation de délivrance. Il convient donc pour le prestataire d'agir en justice afin de faire jouer cette garantie. En matière de construction, la garantie est décennale ou biennale selon les types de dommages aux termes des articles 1792 et suivants du Code civil. Le délai court à partir de la réception de l'ouvrage. Sur ce point, on distingue le régime des garanties de celui de la vente qui est soumise au bref délai de l'article 1648 du Code civil, puisque ce dernier court à compter du moment où l'acheteur a connaissance du vice²⁵⁶.

En ce qui concerne la construction par exemple, l'article 1792-3 du Code civil énonce que les éléments de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement²⁵⁷ pour une durée de deux ans minimum à compter de la réception de l'ouvrage. On suppose donc qu'il peut être prévu une garantie plus longue par une clause contractuelle.

44. Les clauses limitatives de responsabilité en matière de garantie. On peut en effet se poser la question de savoir si le prestataire qui s'engage à réaliser une usine clé en main et qui subit de lourdes responsabilités dues aux garanties de performance ne pourrait pas insérer une clause limitative de responsabilité ? En ce qui concerne les conventions portant sur la garantie, il est possible d'alléger les obligations du prestataire. Les tribunaux admettent assez facilement qu'ils puissent limiter voir écarter leur responsabilité, contrairement au contrat de vente classique²⁵⁸. Par exemple, il peut faire des réserves si certaines conditions aléatoires ne lui permettent pas d'en donner la garantie²⁵⁹. Sinon, il est possible d'insérer une clause limitative de responsabilité. En principe, ce type de clause est

²⁵⁶ Art. 1648 C. civ.: « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice. »

²⁵⁷ S'il y a un dysfonctionnement dans les machines par exemple, et que les performances ne peuvent être atteintes, cette garantie sera mise en œuvre. Dans ce cas précis, la prescription sera donc biennale.

²⁵⁸ J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil, op. cit.*, p. 1406, n° 32305.

²⁵⁹ *Ibid.*

valable en matière de contrat de louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise. La doctrine se prononce en faveur de ces clauses pour les contrats conclus entre professionnels de mêmes spécialités²⁶⁰. Cependant, la clause ne doit pas porter atteinte à l'essence même du contrat²⁶¹, c'est-à-dire que « la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » sera réputée non écrite²⁶². La réforme de 2016 a consacré la jurisprudence Chronopost et Faurecia au sein de l'article 1170 du Code civil qui prévoit que « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »²⁶³.

La question est donc de savoir quelle est l'obligation essentielle du contrat clé en main. L'essence même du contrat clé en main est l'atteinte de performances techniques et fonctionnelles. Ainsi, suivant les termes du contrat, la clause limitative de responsabilité sera non écrite si elle porte atteinte à l'obligation essentielle qui est de livrer une usine en parfait état de produire les rendements contractuellement prévus²⁶⁴. Par exemple, si dans le contrat il est prévu une obligation de garantie prévoyant un certain seuil de rentabilité à atteindre une fois l'usine livrée, il est à supposer qu'aucune clause ne pourra venir limiter cette garantie²⁶⁵. En effet, d'une part cette garantie fait peser sur le livreur une obligation de résultat, si les performances ne sont pas réalisées il engage sa responsabilité, et d'autre part on peut considérer que ce type d'engagement fait partie de l'essence même du contrat clé en main. On suppose que sans l'assurance de l'atteinte de ces performances, le maître de l'ouvrage n'aurait sans doute pas contracté, ces clauses restent donc très rares en pratique. Le fait

²⁶⁰ J. Ghestin, « Les problèmes juridiques posés par une vente d'ensembles d'équipements adaptés à une utilisation déterminée et comportant une garantie de résultat » in *Colloques, Garanties de résultat et transfert de techniques, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1979, p. 25.

²⁶¹ La jurisprudence Chronopost voy. : Ph. Delebecque, obs. sous Cass. com. 22 octobre 1996, n° 93-18.632, « La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat » *D.* 1997, p. 175 ; A. Sériaux, note sous Cass. com. 22 octobre 1996, n° 93-18.632 « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle » *D.* 1997, p. 121.

²⁶² D. Mazeaud, « Les clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.* 2010, p. 1832.

²⁶³ L'article 1170 fait référence à la « substance » mais qu'est-ce que la « substance d'une obligation », l'article ne donne aucune indication et la mise en pratique de cet article risque d'être de créer une menace dont souffrira la prévisibilité contractuelle, in Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoeffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ 9^{ème} éd., 2017, p. 345, n° 602.

²⁶⁴ On peut donc considérer que l'obligation essentielle serait l'obligation qui a été déterminante du consentement des parties, si elle est essentielle pour les parties aucune clause ne pourra venir en limiter la portée. En effet, « on ne peut pas reprendre d'une clause ce que l'on a promis de l'autre ! » in D. Mazeaud, « Les clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.* 2010, p. 1832.

²⁶⁵ Cette garantie doit être considérée comme étant une obligation essentielle.

d'obtenir le plafonnement des indemnités est rarement admis par le client, l'obligation de garantie étant de résultat, l'ingénieur est censé être sur de lui dans l'atteinte de ces performances.

45. Le contrôle du résultat garanti. À partir du moment où l'ingénieur a promis qu'il atteindrait certaines performances il a une véritable obligation de résultat. Les performances annoncées doivent être obtenues et elles ne le seront que si le personnel de l'usine a atteint un certain degré de compétence²⁶⁶. En effet, en pratique c'est souvent à l'ingénieur de s'occuper de former le personnel sur place et de faire en sorte que les objectifs de production soient atteints. La date et la méthode de contrôle des performances de l'usine sont en principe fixées au contrat, le contrôle commence à partir du moment où l'usine est mise en marche et montée en cadence²⁶⁷.

46. La non-obtention des performances promises. La non-obtention des résultats promis entraîne pour l'ingénieur de procéder aux modifications susceptibles d'assurer le bon fonctionnement de l'usine²⁶⁸. C'est le cas par exemple, si la défaillance est due à une erreur matérielle. Les travaux nécessaires seront alors pris en charge par le fautif, à savoir l'ingénieur. La résiliation du contrat ou la nullité pour erreur sur les qualités substantielles ne sont pas envisageables dans la mesure où la situation créée par la construction de l'usine est irréversible. La dernière possibilité pour le client en cas de non-respect de l'obligation de garantie de résultat est d'engager la responsabilité de l'ingénieur. Il pourra demander des dommages et intérêts compensatoires afin de réparer le préjudice. Cette responsabilité s'ajoute aux responsabilités de la garantie des vices cachés et la responsabilité des constructeurs d'immeubles²⁶⁹.

Ainsi, la performance s'intègre parfaitement dans le contrat, peu importe qu'elle constitue une obligation de moyen ou de résultat. Elle sert à garantir la meilleure exécution possible du contrat, voire à son optimisation. Elle peut également être utile en vue d'atteindre certains objectifs.

²⁶⁶ B. Teyssie, « Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingénierie et à la multiplicité des participants à une vente d'usine en complet état de production » *art. prec. cit.*, p. 145.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ B. Teyssie, « Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingénierie et à la multiplicité des participants à une vente d'usine en complet état de production » *art. prec. cit.*, p. 146.

²⁶⁹ *Ibid.*

§2 : En vue de l'atteinte d'objectifs contractuels

47. Les clauses de rendement ou d'objectif sont sans doute la manifestation de la performance la plus courante et la plus évidente au sein du droit des contrats d'affaires. Une fois la performance à atteindre identifiée par les parties, il est possible d'imposer des objectifs contractuels aux débiteurs de l'obligation. À ce titre, il convient d'étudier les différents types de contrats dans lesquels ce type de clause est utile **(A)**, et d'étudier les risques et les dangers qu'encourent les débiteurs d'obligations **(B)**.

A : Les clauses de rendement : des clauses d'incitation à la performance

48. La clause de rendement peut être insérée dans un contrat de travail ou encore dans un contrat de distribution. Ces clauses incitent le débiteur de l'obligation à être performant. Autrement dit, ce type de clause permet de contractualiser les objectifs de performances définis par les parties à un contrat. Suivant le contrat dans lequel la clause est insérée et suivant l'objectif recherché, il existe différents types de clauses de rendement **(1)**, dont il paraît nécessaire d'en étudier les conditions de validité **(2)**.

1 : Les différents types de clauses de rendement

49. **Les clauses de rendement, une catégorie de clause garantissant la performance du contractant.** La clause de rendement est une catégorie de clause générique qui regroupe différentes clauses comme les clauses d'objectif, de quotas, de minimum, de résultat ou encore de développement, ou de pénétration de marché²⁷⁰. Ces différents types de clauses se retrouvent dans divers contrats. Tout d'abord, dans le contrat de travail²⁷¹, le salarié se voit imposer un objectif à atteindre, la non-atteinte de ce dernier pourra influencer sur sa rémunération. Le but de cette clause est de motiver le salarié à être performant dans l'exécution de son travail et à atteindre les objectifs fixés par l'employeur. Les clauses d'objectifs permettent d'impliquer le salarié dans la réussite de l'entreprise. Il est incité à être

²⁷⁰ H. Barbier, obs. sous Cass. com. 12 avr. 2016, n° 14-24.263, *RTD civ.* 2016, p. 631.

²⁷¹ Y. Aubrée, « Contrat de travail : clauses particulières », *Rep. trav.* Janv.. 2017, n° 110 à 136.

performant. Ensuite, dans les contrats de distribution²⁷², les parties insèrent souvent une clause dite de quota ou de rendement afin de dynamiser les ventes du réseau et d'inciter le distributeur à être performant. Dans ce type de contrat, il est possible d'insérer des clauses d'objectifs relatives à la vente ou à l'achat.

En ce qui concerne les clauses relatives à l'achat, il existe la clause de minimum ou d'approvisionnement minimum. Cette clause engage le débiteur à acheter auprès du fournisseur un volume ou une valeur minimale de marchandises²⁷³. Elle se rapproche de la clause de quota en vertu de laquelle le distributeur est tenu de réaliser ses achats auprès du fournisseur pour un montant au moins égal à une moitié de son chiffre d'affaires²⁷⁴. Ces clauses relatives à l'achat assurent une certaine performance pour le fournisseur. En effet, ce dernier a l'assurance de vendre à son distributeur un volume prédéterminé de marchandises. Ce type de clause apparaît comme une garantie supplémentaire pour le fournisseur qui s'assure de la rentabilité financière et donc de la performance de l'opération. En effet, le fournisseur fournit une quantité déterminée de marchandise au distributeur. Ainsi, avec ces clauses relatives à l'achat, le fournisseur s'assure de l'atteinte d'un certain niveau de performance financière, il sait à l'avance que le distributeur lui achètera un certain volume de marchandise. C'est une garantie supplémentaire pour le fournisseur. Il s'agit de sécuriser la performance financière pour le fournisseur.

Ensuite, il existe des clauses relatives à la vente comme la clause d'objectif qui fixe en volume ou en valeur un certain niveau de ventes à atteindre pour le distributeur²⁷⁵. Ou encore la clause dite de pénétration de marché²⁷⁶ qui engage le distributeur à maintenir la part de marché du fournisseur, voire à l'augmenter²⁷⁷. Ces dernières ont une perspective plus dynamique que les clauses d'objectifs, elles visent à dynamiser les relations contractuelles et sont une garantie de performance pour les contractants. En effet, elles imposent la conquête d'une certaine part de marché sur un secteur géographique donné et sur une période définie²⁷⁸. Elles incitent le distributeur à être performant dans l'exécution de son contrat²⁷⁹.

²⁷² Ph. Letourneau, « Réseaux de distribution », *JCL Com.* 2017, Synthèse n° 50.

²⁷³ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, p. 608.

²⁷⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007, p. 753.

²⁷⁵ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, *op. et loc. cit.*

²⁷⁶ H. Barbier, obs. sous Cass. com. 12 avr. 2016, *art. prec.*

²⁷⁷ J. Mestre et J-C. Roda et *alii*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. et loc. cit.*

²⁷⁸ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, *op. et loc. cit.*

L'insertion de clauses de rendement dans les contrats de distribution ou de clauses d'objectif dans les contrats de travail est primordiale. Dans ce type de contrat à exécution successive, le résultat à atteindre est bien souvent incertain, la performance financière est aléatoire, et la régularité du débiteur de l'obligation oscillante. Ainsi, l'insertion de clauses imposant des objectifs à atteindre permet d'assurer la performance contractuelle voulue par les parties.

50. La clause d'objectif, l'atteinte de performances. « Un objectif est un but que l'on fixe à une action²⁸⁰. » L'objectif implique une incertitude quant à sa réalisation et quant à l'action tendant à cette réalisation²⁸¹. L'atteinte d'objectifs est primordiale en droit des affaires où l'atteinte de résultats chiffrés est essentielle pour rester compétitif. À ce titre, les acteurs de la vie des affaires ont décidé d'intégrer des objectifs au sein des clauses contractuelles. En droit du travail par exemple, la contractualisation d'objectifs chiffrés permet à l'employeur de pré constituer des fautes si ces résultats ne sont pas atteints, voire d'imputer les mauvais résultats de l'entreprise au salarié²⁸². La clause d'objectif est une véritable incitation à la performance pour le débiteur de l'obligation. Elle « désigne une disposition obligeant le débiteur à faire le nécessaire pour l'obtention, à l'issue d'un délai fixé, d'un résultat économique convenu²⁸³. » Ce type de clause fait peser la responsabilité de la réussite stratégique du contrat sur le débiteur de l'obligation²⁸⁴.

L'objectif à atteindre sera fixé au préalable par les parties, il sera inséré au champ contractuel, et va faire peser une obligation sur l'une des parties, en l'échange de quoi cette dernière recevra un avantage. L'avantage que retire le débiteur de l'obligation dépend du type de contrat. L'intérêt de cette clause est l'assurance que le débiteur est performant, qu'il effectue la meilleure prestation possible et atteigne ses objectifs. C'est une véritable garantie et une réelle sécurité supplémentaire pour le cocontractant qui obtient l'assurance, ou presque, de la réalisation de certaines performances au sein du contrat²⁸⁵.

²⁷⁹ D. Ferrier, « Des critères de rendement faussement objectifs imposés à un concessionnaire exclusif sont susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun », *D.* 1997, p. 55.

²⁸⁰ Ph. Waquet, « Les objectifs », *Dr. social* n° 2 février 2001, p. 120.

²⁸¹ A. Pousson « Les objectifs en droit du travail », p.139, in B. Faure, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010.

²⁸² Ph. Waquet, « Les objectifs », *art. prec. cit.*

²⁸³ J. Mestre et J-C. Roda et *alii*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 711.

²⁸⁴ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op. cit.*, p. 80, n° 67.

²⁸⁵ J. Mestre et J-C. Roda et *alii*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. et loc. cit.*

Les clauses de rendement ou d'objectif peuvent avoir des conséquences désastreuses pour les débiteurs d'obligation. C'est pourquoi la jurisprudence exerce un contrôle drastique sur les conditions de validité qui entourent ces clauses.

2 : Les conditions de validité de la clause d'objectif

51. Le caractère raisonnable des objectifs de performance. Que se soit dans un contrat de travail ou dans un contrat de distribution, les objectifs imposés au distributeur ou au salarié doivent être raisonnables et réalisables. La jurisprudence apprécie le caractère raisonnable des objectifs imposés au débiteur²⁸⁶. Les objectifs pour être raisonnables devront respecter un certain nombre de facteurs. Par exemple, dans un contrat de distribution, ils devront être réalisables et fondés sur des critères objectifs par rapport au contexte économique²⁸⁷. Il faut tenir compte de la situation de crise, de la concurrence accrue et des moyens mis à disposition. De même, dans un contrat de travail, les clauses d'objectifs ont une importance considérable puisqu'elles déterminent le plus souvent la rémunération du salarié et servent à l'évaluation de ses performances. En effet, « pour l'employeur, la performance du salarié désigne l'atteinte d'un résultat attendu au regard de l'activité de l'entreprise²⁸⁸. » L'employeur en vertu de son pouvoir de direction a la possibilité d'imposer des objectifs aux salariés²⁸⁹. Ainsi, l'atteinte des objectifs fixés au sein du contrat de travail fera du salarié un élément performant pour l'entreprise. Cependant, l'employeur doit respecter certaines conditions afin que la clause d'objectif soit validée par les juges.

²⁸⁶ Cass. com. 9 Nov. 1993, n° 91-14030, *D.* 1995, p. 70 : « La clause mettant à la charge du concessionnaire une obligation de réalisation de ses objectifs n'est nulle que si elle porte atteinte à la libre concurrence au sein du marché commun » ; Cass. com. 7 fév. 1995, n° 93-11378, *D.* 1997, p. 55 : « Des critères de rendement faussement objectifs imposés à un concessionnaire exclusif sont susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun » ; Cass. Com. 21 mai 1996, n° 94-17452, *D.* 1997, p. 55 : « Validité de la clause d'objectif assortie, en cas de non-exécution, d'une sanction de résiliation immédiate, dès lors qu'elle est fondée sur des critères objectifs et que l'application qui en a été faite par le concédant n'était pas arbitraire et discriminatoire ».

²⁸⁷ D. Ferrier, « Des critères de rendement faussement objectifs imposés à un concessionnaire exclusif sont susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun », *art. préc.*

²⁸⁸ V. Orif, « Rémunération et performance : les pouvoirs limités de l'employeur », *Cab. Soc.*, 1^{er} juin 2014 n° 264, p. 377.

²⁸⁹ V. Renaux-Personnic, note sous Cass. soc., 22 mai 2001, *JCP G* n° 16, 17 avril 2002, II 10066.

52. Des objectifs de performances réalistes imposés par l'employeur.

Dans un contrat de travail, les juges vérifient que les objectifs sont réalistes. Autrement dit, les juridictions contrôlent si le salarié avait la possibilité d'atteindre ces objectifs compte tenu de sa qualification et des moyens mis à sa disposition²⁹⁰. Dans ce cas, les clauses d'objectifs servent un but bien précis puisqu'elles ont pour objet, le plus souvent²⁹¹, de faire varier la rémunération du salarié en fonction de ses performances²⁹². Ce type de clause va naturellement inciter le salarié à plus de performance dans l'exercice de son travail afin de pouvoir prétendre à un complément de rémunération, souvent appelé prime de performance.

Depuis l'arrêt Ponsolle²⁹³, l'employeur doit assurer l'égalité de rémunération de ses salariés. Cet arrêt n'interdit pas les différences de traitement entre les salariés, cependant elles doivent être justifiées par des critères objectifs. Les objectifs, tout d'abord, doivent être réalisables. Il faut prendre en compte le temps de travail et la charge de travail du salarié²⁹⁴. Ensuite, les objectifs doivent être raisonnables. « D'un côté, elle implique de vérifier que des salariés placés dans une situation équivalente pourraient atteindre l'objectif fixé en disposant des mêmes moyens. D'un autre côté, le contrôle du caractère raisonnable des objectifs amène à examiner l'absence d'excessivité des attentes de l'employeur²⁹⁵. »

53. Des objectifs de performances réalistes imposés par le fournisseur.

Dans les accords de distribution, les clauses d'objectifs doivent également respecter certains critères afin d'être validées. À ce titre, le fournisseur se doit d'imposer des objectifs réalisables et objectifs, en lien avec les possibilités offertes par le marché sur lequel opère le distributeur. Par exemple, il serait « irréaliste de la part d'une marque d'imposer un nombre de ventes théorique sans lien avec le contexte dans lequel il doit être obtenu. C'est pourquoi, en amont, le constructeur s'emploie à dresser des estimations à l'aide de données statistiques portant sur des éléments objectifs (...) En aucun cas, il ne saurait faire subir des ambitions

²⁹⁰ Ph. Waquet, note sous Cass. soc. 14 nov. 2000 n° 09-42371, « Licenciement Clause d'objectifs Appréciation par le juge de leur caractère réaliste et de l'existence d'une faute du salarié » *Dr. Soc.*, 2001, p. 99.

²⁹¹ Nous verrons par la suite que dans certaines conditions la non-atteinte des objectifs peut être sanctionnée par un licenciement.

²⁹² V. Wauquier obs. sous Cass. soc. 2 juill. 2002, « La validité des clauses de variation de la rémunération » *D.*, 2003, p. 391.

²⁹³ Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43680, *Bull. civ.* V, n° 359.

²⁹⁴ M.-C. Escande-Varniol « Une rémunération "incitative", entre individualisation et partage du risque économique », *Sem. Soc. Lamy* 2013, n° 1576, p. 46.

²⁹⁵ V. Orif, « Rémunération et performance : les pouvoirs limités de l'employeur », *art. préc.*

de manière arbitraire²⁹⁶. » Le résultat doit donc être réalisable au regard du marché, d'un point de vue économique. Le distributeur aura un objectif en pourcentage de vente à atteindre, fixé en contemplation du marché. Par le biais de cette clause, il s'engage à maintenir ou à augmenter la part de marché du fournisseur. Le but est de parvenir à un coefficient déterminé de pénétration par rapport à la concurrence²⁹⁷ afin de maintenir un certain niveau de performance sur le marché au sein duquel opère le distributeur.

Une fois la clause d'objectif ou de rendement insérée dans le contrat, cette dernière met à la charge du débiteur de l'obligation soit, une obligation de moyen, soit une obligation de résultat²⁹⁸. La non-atteinte des objectifs va entraîner certains risques pour les débiteurs comme le licenciement ou la résiliation du contrat de distribution.

B : Les risques liés à la clause d'objectif

54. L'insertion d'une clause d'objectif dans un contrat va être à l'origine de certains risques, tels que le licenciement d'un salarié ou la perte d'exclusivité d'un distributeur **(1.)**. La clause d'objectif sera également une pression supplémentaire pour le salarié qui se doit d'être performant dans l'exécution de son travail. L'évaluation constante du salarié peut être à l'origine de risques psychosociaux **(2.)**.

²⁹⁶ D. Kerninon, « Les engagements d'objectifs dans les contrats de distribution automobile : obligation de moyens ou de résultats ? » *L.P.A* n° 154, 25 déc. 1991, p. 17.

²⁹⁷ Ph. Letourneau, « Contrats et obligations. – Classification des obligations. – Autres distinctions des obligations de moyens et des obligations de résultat » Fasc. 40, *J.-Cl. Civ. C.* art. 1136 à 1145, 22 sept. 2014, n° 89.

²⁹⁸ Sur la distinction entre l'obligation de moyen et de résultat, *Voy.* P. Jourdain, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP E* 2016, p. 1557. L'ordonnance ne reprend donc pas cette distinction mais elle ne la condamne pas non plus. Il semble que l'abandon de cette distinction entre ces deux obligations soit peu envisageable dans la mesure où elle reflète deux aspects de toute relation contractuelle : quels résultats promet-on et quels moyens aurait-on dû mettre en œuvre pour les produire correctement ? *in* Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoeffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ 9^{ème} éd., 2017, p. 536, n° 941.

1 : Les dangers encourus par les débiteurs d'obligations en cas de non atteinte des objectifs

55. La non-performance du distributeur. La sanction et les dangers encourus par les débiteurs d'obligations en cas de non atteinte des objectifs dépendent de la nature de l'obligation et de son intensité²⁹⁹. Lorsque le distributeur a un objectif contractuel à atteindre quelle va être la nature de l'obligation dont il est le débiteur ? Dans un contrat de distribution, la clause de rendement ou d'objectif s'analyse comme étant une obligation de faire. La non-atteinte des objectifs pourra être sanctionnée par la résiliation du contrat, voire l'octroi de dommages et intérêts³⁰⁰. Le distributeur s'il n'est pas performant peut également perdre son exclusivité géographique, ou entraîner une modification du secteur accordé, voire entraîner la résiliation de plein droit du contrat en cours d'exécution. Cependant, il convient de préciser que ces sanctions ne sont valides que lorsque l'atteinte des objectifs fixés est un élément essentiel du contrat³⁰¹. Il faut que la performance du distributeur qui passe par l'atteinte des objectifs soit une obligation essentielle du contrat.

Dans le contrat de distribution, la clause de rendement fait le plus souvent peser sur le débiteur une obligation du résultat³⁰². Ainsi la non-réalisation des objectifs entraîne la résiliation du contrat³⁰³. Cependant, les juges apprécient les termes de la clause afin de déterminer la nature de l'obligation. En effet, suivant les termes choisis par les parties la clause d'objectif sera plus ou moins rigoureuse. L'obligation peut être une simple obligation de moyen. Dans ce cas, le débiteur s'engage à faire ses meilleurs efforts³⁰⁴ pour parvenir au résultat fixé par la clause. Mais, suivant les termes de la clause, cette dernière peut faire peser une obligation de résultat sur le débiteur, qui peut être cependant atténuée par l'objectif à

²⁹⁹ La réforme n'a pas codifié la distinction entre l'obligation de résultat et de moyen. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que toutes les obligations sont équivalentes. En effet, selon leurs rédactions, selon le contrat et le contexte qui les entoure, l'intensité de l'obligation imposée au débiteur pourra varier et en conséquence la sanction en cas de non-respect de l'obligation dépendra de l'intensité de l'obligation.

³⁰⁰ J. Mestre et J.-C. Roda et *alii*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.* p. 714.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Sur l'obligation de résultat : le débiteur promet un résultat précis, le seul fait de ne pas avoir atteint ce résultat constitue l'inexécution de l'obligation, la faute du débiteur est établie, ce qui permet d'engager sa responsabilité contractuelle, voire de lui appliquer les sanctions prévues au contrat en cas de non-exécution de cette obligation : *V.* : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoeffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ 9^{ème} éd., 2017, p. 537, n° 946.

³⁰³ Cass. com. 29 nov. 1988, n° 87-11690.

³⁰⁴ En ce sens, on peut rapprocher les termes de cette clause de la clause de *best efforts*.

atteindre. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une obligation de « résultat suffisant³⁰⁵ » qui sera mise à la charge du débiteur. Par exemple, c'est la clause qui permet au concédant de résilier le contrat en cas de non-réalisation d'au moins 75% des objectifs quadrimestriels³⁰⁶. La Cour de cassation a validé cette clause. Elle estime que l'obligation est une obligation de résultat puisque la non-performance a entraîné la résiliation du contrat³⁰⁷. Cependant, il convient de remarquer que la nature de l'obligation ne dépend pas seulement des termes employés par les parties, les juges vont vérifier l'intention réelle des parties³⁰⁸. À défaut, lorsque la clause laisse place à l'interprétation quant à la nature de l'obligation, les juges auront tendance à l'analyser comme une obligation de moyen³⁰⁹, conformément à l'article 1190³¹⁰ du Code civil « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. »

56. La non-performance du salarié. En droit du travail, le régime et les conséquences de la non-atteinte des objectifs sont différents de celui de la distribution. En effet, parfois la clause d'objectif permet à l'employeur de faire varier la rémunération du salarié, et dans les cas extrêmes elle va permettre un licenciement³¹¹. L'hypothèse d'une rémunération fondée sur des objectifs est de plus en plus courante car elle permet de motiver le salarié à être performant dans l'exécution de la tâche qui lui a été confiée. Soit l'objectif va déterminer une partie variable du salaire³¹², soit l'objectif va permettre au salarié de toucher une prime suivant les objectifs atteints³¹³. Mais l'objectif peut également être le témoin de l'activité salariale. Autrement dit, si le salarié n'atteint pas ses objectifs il peut être

³⁰⁵ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, op. cit.*, p. 611.

³⁰⁶ M. Malaurie-Vignal, note sous Cass. com. 16 déc. 1997, n° 96-14515, « contrat de distribution », *LPA* 6 juill. 1998, p. 14.

³⁰⁷ Cass. com. 29 nov. 1988, n° 87-11690.

³⁰⁸ M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Traité des contrats, Les contrats de la distribution*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 1999, p. 601, n° 1129.

³⁰⁹ Cass. com. 19 nov. 1985, n° 84-13225.

³¹⁰ L'article 1190 remplace l'ancien article 1162 du Code civil qui prévoyait que « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » A présent il y a donc une distinction supplémentaire car le nouvel article distingue le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion.

³¹¹ Nous verrons que les cas de licenciement pour non-atteinte des objectifs par le salarié restent quand même très restreints.

³¹² « Si le salarié n'a pas atteint les objectifs fixés par son employeur, ce dernier peut alors refuser de lui verser cette prime ou cette part variable » de rémunération ; *in* Y. Aubrée, « Contrat de travail : clauses particulières », *Rép. Trav.* Janv. 2017, n° 110 à 115.

³¹³ Ph. Waquet, « Les objectifs » *art. prec.*, p. 120 et s.

contraint de quitter l'entreprise car la non-atteinte des objectifs peut constituer un licenciement pour cause réelle et sérieuse, mais seulement si une multitude de conditions sont réunies.

Comment la jurisprudence accueille-t-elle le licenciement fondé sur la non-performance, ou l'insuffisance professionnelle du salarié, en cas de non atteinte des objectifs ? Avant 1999, la non-réalisation des objectifs constituait une cause de licenciement. Or, la Cour de cassation n'admet pas que l'on puisse prévoir une cause automatique de licenciement au sein du contrat³¹⁴. En effet, le juge tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail³¹⁵ le pouvoir d'apprécier l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement³¹⁶. Dans un arrêt du 3 février 1999, la Cour de cassation pose le principe selon lequel « l'insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement³¹⁷. » Ainsi, le simple fait de ne pas atteindre les objectifs pour un salarié ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cependant, il faut tenir compte du fait que l'employeur, compte tenu de son pouvoir de direction, peut imposer des objectifs à atteindre au salarié. Or, il est nécessaire de concilier ce pouvoir avec celui d'appréciation du juge sur le caractère fautif du comportement du salarié, et si cette faute est suffisamment grave pour justifier le licenciement³¹⁸.

Cependant, certaines clauses par leur rédaction vont mettre à la charge du salarié une obligation de résultat. Dans ce cas précis, la non-atteinte des objectifs sera examinée comme une inexécution du contrat de travail pouvant justifier un licenciement. Ainsi, suivant leur rédaction certaines clauses d'objectifs peuvent imposer au débiteur de l'obligation une obligation de résultat. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation limite la portée de ces clauses et impose un certain nombre de conditions à respecter. Tout d'abord, elle vérifie que

³¹⁴ L'article L. 122.14-3 du Code du travail prévoit que « le juge à qui il appartient d'apprécier... le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur » interdit la clause résolutoire dans le contrat de travail et s'oppose à toute pré-constitution d'une cause de licenciement.

³¹⁵ Cet article prévoit qu'« en cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. En cas de recours portant sur un licenciement pour motif économique, l'employeur doit communiquer au juge tous les éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel en application des articles L. 321-2 et L. 321-4 ou, à défaut de représentants du personnel dans l'entreprise, tous les éléments qu'il a fournis à l'autorité administrative compétente en application de l'article L. 321-7 du présent code.

Si un doute subsiste, il profite au salarié. »

³¹⁶ Ph. Waquet, « Les objectifs » *art. prec.*, p. 122.

³¹⁷ Cass. com 3 fév. 1999, Bulletin 1999 V N° 56 p. 42.

³¹⁸ Ph. Waquet, obs. sous Cass. soc. 14 nov. 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 99.

les objectifs sont réalistes et raisonnables³¹⁹. Les objectifs imposés au salarié doivent donc être réalisables au regard du délai imparti au salarié, des moyens mis à disposition et de sa formation³²⁰. Ensuite, les critères et les modalités d'application des objectifs professionnels ne doivent pas être purement potestatifs. Ce qui exclut qu'ils puissent dépendre de la volonté d'une seule partie, à savoir l'employeur³²¹.

Ensuite, et surtout, elle impose une condition pour que la non-atteinte des objectifs puisse entraîner le licenciement. Le salarié ne peut être licencié que si les mauvais résultats lui sont imputables, par suite d'insuffisance professionnelle ou d'agissement fautif³²². Le fait de ne pas avoir à atteindre en soi les objectifs n'est pas constitutif d'une faute. Il faudra apporter la preuve que cette insuffisance professionnelle est la conséquence d'une faute imputable au salarié ou d'une insuffisance professionnelle qui pourra justifier le licenciement³²³.

Et enfin, la dernière condition impose que ces objectifs soient préalablement acceptés de manière explicite par le salarié. Ainsi, ce dernier doit avoir signé un contrat de travail qui mentionne son obligation de réaliser les objectifs, il doit également avoir paraphé la page sur laquelle ces objectifs sont définis³²⁴. À défaut de l'une de ces trois conditions la clause d'objectif sera inopposable au salarié, et la décision pour l'employeur de le licencier pour non-atteinte de ces objectifs sera considérée comme un licenciement abusif.

Cependant, même si la clause d'objectif respecte les conditions précédemment énumérées, l'employeur ne pourra légitimement lui reprocher une insuffisance de résultats au cours de l'exécution de sa prestation de travail qu'à deux conditions supplémentaires. D'une part, l'inexécution du salarié des objectifs contractuels qui lui ont été imposés doit lui être largement imputable, et son employeur doit en apporter la preuve. En effet, il doit être en mesure de le prouver, en ne se bornant pas seulement à démontrer, objectivement, l'insuffisance de résultats du salarié par rapport aux objectifs fixés dans son contrat de travail,

³¹⁹ Ch. Radé, obs. sous Cass. soc. 13 janv. 2009, *Dr. soc.* 2009, p. 611 : cet arrêt confirme une jurisprudence bien établie en droit du travail qui impose que les objectifs imposés au salarié soient raisonnables, réalistes, et compatibles avec le marché.

³²⁰ Par exemple, à propos d'un directeur de supermarché, la Cour de cassation a estimé que les objectifs professionnels étaient difficiles à atteindre compte tenu des conditions d'exploitation du magasin et de la faible marge de manœuvre dont il disposait : Cass. Soc. 17 déc. 1987, n° 84-45.382.

³²¹ S. Rozelier, « Conditions d'application d'un engagement unilatéral et contrôle du juge », *D.* 2001, p. 821.

³²² Ph. Waquet, obs. sous Cass. soc. 14 nov. 2000, Ders c/ SA Affichage Giraudy, « Licenciement. Clause d'objectifs. Appréciation par le juge de leur caractère réaliste et de l'existence d'une faute du salarié. » *Dr. Soc.* 2001, p. 99.

³²³ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, op. cit.*, p. 613.

³²⁴ Y. Aubrée, « Contrat de travail : clauses particulières », *art. prec.*

mais en établissant également que cette insuffisance de résultats a pour cause (subjective) une insuffisance professionnelle de ce salarié³²⁵. D'autre part, il est nécessaire de constater un écart significatif entre les résultats obtenus par le salarié et les objectifs contractuels. À ce titre, un écart dérisoire, entre les chiffres imposés au salarié et ceux effectivement réalisés par ce dernier, ne peut justifier un licenciement pour cause réelle et sérieuse³²⁶.

La jurisprudence semble donc imposer des conditions très strictes quant à la fixation des objectifs contractuels au sein des contrats de travail des salariés. Elle contrôle également avec beaucoup de précautions la mise en application de ces clauses pour fonder un licenciement. Il semble qu'elle recherche un certain équilibre entre la protection du salarié et la préservation du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, la contractualisation de la performance des salariés est possible, mais le juge apprécie souverainement leur application afin que ces clauses ne se transforment pas en clauses résolutoires.

Malgré le large contrôle exercé par les juges en matière de clauses d'objectifs dans les contrats de travail, elles restent un moyen de pression pour l'employeur qui use de son pouvoir de direction.

2 : Les clauses d'objectif, une pression supplémentaire pour les salariés pouvant être la cause de problèmes psychosociaux

57. Le système d'évaluation des performances du salarié. L'employeur dispose du pouvoir d'évaluer les performances de ses salariés. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue poser ce principe dans un arrêt du 10 juillet 2002³²⁷. Dans cet arrêt, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil et de l'ancien article L. 121-1 du Code du

³²⁵ « Si l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement, une cour d'appel qui constate d'une part, le caractère réaliste des objectifs fixés par l'employeur, et, d'autre part, que le fait de ne pas avoir atteint les objectifs résulte d'une insuffisance professionnelle du salarié, n'a pas à relever une faute du salarié pour décider que le licenciement a une cause réelle et sérieuse. » : Cass. Soc. 13 janv. 2004, n° 01-45931 ; « Constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement l'insuffisance de résultats dont une cour d'appel constate qu'elle résulte de la négligence du salarié dans sa mission de prospection. » : Cass. soc. 26 oct. 1999, n° 97-43613.

³²⁶ « Mais attendu qu'abstraction faite du motif surabondant tiré d'une renonciation de l'employeur à la clause d'objectif, la cour d'appel, qui a constaté que l'écart entre l'objectif fixé à la salariée par le contrat de travail pour l'année 1994 et les résultats obtenus par celle-ci était faible a, exerçant le pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, décidé que le licenciement ne procédait pas d'une cause sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé » : Cass. soc. 24 juin 2003, n° 01-41921.

³²⁷ J.-E. Tourreil note sous Cass. soc. 10 juill. 2002, n° Jurisdata 2002-186444, « À propos de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 2002. L'évaluation des salariés, à condition de les en informer au préalable, relève du pouvoir de l'employeur. », *JP soc. Lamy* 2002, n° 106, p. 25.

travail, elle vient affirmer tout d'abord que « l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail, le droit d'évaluer le travail de ses salariés³²⁸ » sous réserve « de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés³²⁹. » L'employeur a donc le pouvoir d'évaluer la performance de ses salariés dans l'exécution de leur travail s'ils sont informés qu'ils sont évalués. Cependant cette faculté d'évaluation des salariés reste très encadrée et contrôlée par les juges³³⁰. D'une manière plus générale, la jurisprudence consacre un devoir pour l'employeur de fournir des justifications concernant l'évaluation de ses salariés. En cas de contestation de l'évaluation par l'un des salariés, l'employeur se doit de fournir au juge tous les éléments qui lui permettront de vérifier que la procédure d'évaluation est régulière. C'est-à-dire qu'il devra prouver que l'évaluation a été faite sur des critères objectifs³³¹. Selon les articles L. 1222-2 et L. 1222-3 du Code du travail, ces critères ne peuvent avoir pour finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles, de plus, ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes³³². L'employeur doit également conserver la confidentialité de l'évaluation à l'égard des tiers³³³. Au-delà des textes, l'employeur se doit de respecter trois règles, qui lui sont imposées par les juges. Il doit respecter la « loyauté du procédé », le « respect de la dignité des personnes », et la « pertinence des méthodes »³³⁴.

En outre, il existe différentes techniques d'évaluation pour l'employeur. Par exemple, le salarié peut s'auto évaluer, ou être soumis à une évaluation par un supérieur hiérarchique. Mais les techniques d'évaluation des salariés sont bien souvent un préalable au classement des salariés dans des catégories essentiellement destinées à préparer des licenciements³³⁵. C'est ce

³²⁸ Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-42368.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ P. Adam, note sous Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 8 septembre 2011, *Fédération des Mines et de la métallurgie CDFD FGMM CFDT c. Syndicat professionnel CGT du groupe Hewlett Packard France*, n° 10-00567 et Toulouse, 4^e ch. soc., sect. 1, 21 septembre 2011, *Syndicat CGT Airbus Toulouse c. SAS S^{ie} Airbus Opérations*, n° 11-00604, *Rev. Trav.* 2011, p. 705 : « Attendu que sans entrer dans le détail de chacun des comportements issus des valeurs de l'entreprise (« The Airbus Way »), il apparaît que certains d'entre eux et notamment le premier (« agir avec courage ») dont la connotation morale rejaillit sur la sphère personnelle, sont trop imprécis pour établir une relation directe suffisante avec une activité professionnelle identifiable, nécessitent une appréciation trop subjective de la part de l'évaluateur et sont parfois éloignés de leur finalité consistant à mesurer les aptitudes professionnelles des salariés ; Que ces comportements ne peuvent donc pas constituer des critères pertinents de l'évaluation au sens de l'article L. 1222-3 du Code du travail et qu'en conséquence la procédure d'évaluation doit être suspendue »

³³¹ Ph. Waquet, « L'évaluation des salariés », *Sem. Soc. Lamy* 2003, n° 1126.

³³² Art. L. 1222-2 C. trav.

³³³ Art. L. 1222-3 C. trav.

³³⁴ Ph. Waquet, « L'évaluation des salariés », *art. préc.*

³³⁵ P.-Y. Verkindt « L'évaluation du salarié sous le regard du juge » *Dr. Soc.* 2009, p. 48.

que l'on appelle le *ranking*. C'est un mode de classement des salariés en catégories « dont la clef de répartition est l'appréciation de la performance individuelle par rapport aux objectifs fixés, mais aussi par rapport aux performances réalisées par les salariés exerçant une fonction comparable dans l'entreprise³³⁶. » Le *ranking* est une technique d'évaluation récemment importée des États-Unis. L'un des premiers arrêts à l'avoir admis en France est un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 13 novembre 2002³³⁷. En l'espèce, les syndicats d'une société contestaient le système d'évaluation mis en place par l'employeur. Le système en vigueur avait pour but d'augmenter la rémunération des salariés en fonction de leurs performances évaluées. Ils critiquaient cette technique qui avait pour but un gel des rémunérations « mais aussi le déclenchement d'un processus dit de *Managing low performance* (management des faibles performances) imposant aux salariés concernés de suivre un plan de remise à niveau³³⁸. » Leurs argumentations ont été rejetées par la Cour d'appel qui confirme le jugement du tribunal. Elle estime qu'aucun abus de la part de l'employeur n'a été commis. Il n'y a pas eu de dérive en ce qui concerne les critères employés et la finalité du classement. Cela étant, la Cour n'a pas validé le principe du *ranking* de manière générale³³⁹, elle l'a seulement admis en l'espèce.

Le *ranking* tend peu à peu à imprégner le droit du travail. Or, il diffère du *ranking* par quotas qui lui est illicite. Le *ranking* par quotas permet de prédéterminer le nombre de salariés à classer dans chaque niveau de performance³⁴⁰. Ce type de *ranking* est en soi illicite. C'est ce qu'est venu affirmer un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse de 2011³⁴¹. De même, dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a confirmé cette position en affirmant que le mode d'évaluation reposant sur la création de groupes affectés de quotas préétablis est illicite³⁴².

Il convient toutefois de distinguer deux situations celle des quotas impératifs et celle des quotas indicatifs. En soi, le *ranking* par quotas impératifs est illicite, en revanche les quotas indicatifs ne semblent pas interdits. La licéité de ces derniers est laissée à l'appréciation

³³⁶ F. Champeaux et S. Izard « Les quotas impératifs sont illicites » *Sem. Soc. Lamy* 2013, n° 1578.

³³⁷ CA Grenoble 13 nov. 2002, *RJS* 3/2003, n° 307, p. 211 ; *Semaine sociale Lamy* 2 déc. 2002, n° 1100, p. 17

³³⁸ J. Colonna, note sous CA Grenoble 13 nov. 2002, « Évaluation des compétences des salariés : la validité du *ranking* », *Dr. Soc.* 2003, p. 988.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ F. Champeaux et S. Izard « Les quotas impératifs sont illicites » *art. préc.*

³⁴¹ CA Toulouse, 21 sept. 2001, n° 11-00604.

³⁴² Cass. soc. 27 mars 2013 n° 11-26.539 (n° 577 FS-P+B), « Évaluation des salariés : utilisation du *ranking* par quotas », *D.* 2013, p. 926.

souveraine des juges du fond. Cependant, certains auteurs préfèrent attendre une confirmation de la Cour de la cassation³⁴³.

58. Les risques psychosociaux dus à une exigence de performance accrue. Au stade de la mise en œuvre, le dispositif d'évaluation des salariés va avoir des conséquences en ce qui concerne l'avenir du salarié au sein de l'entreprise. Les résultats obtenus vont animer les décisions de l'employeur en ce qui concerne l'évolution de la carrière du salarié, voir de son utilité dans l'entreprise. Suite à ces évaluations, le salarié risque d'être licencié pour insuffisance professionnelle. Ces méthodes ajoutent inévitablement une pression supplémentaire pour le salarié. Le *ranking* peut être un moyen de motiver les salariés, cependant cette méthode d'évaluation est susceptible d'avoir un impact sur la santé de ces derniers³⁴⁴. Une multitude de salariés clame leur stress au travail, c'est alors que les « risques psychosociaux » (RPS) font leur apparition. Les RPS selon Tom Cox et Amanda Griffiths sont des « risques professionnels qui mettent en jeu l'intégrité physique et la santé mentale des salariés, à l'interface de l'individu et de sa situation de travail. Ils mettent en jeu des aspects de l'organisation du travail et du management, du contexte social et environnemental, qui sont susceptibles de nuire au plan social, psychologique et physique³⁴⁵. » Les RPS peuvent se manifester à travers divers symptômes tels que l'anxiété, les troubles du sommeil, l'irritabilité, les palpitations, le stress, le surmenage, voir même le suicide. Cependant, ce thème à la mode doit être traité avec précaution. Le suicide dû au travail est inférieur au taux de suicide du fait de la vie courante³⁴⁶. L'origine de la cause du suicide reste très délicate à appréhender, et les conflits sociaux sont aujourd'hui de plus en plus dramatisés et judiciairisés³⁴⁷. La qualification de suicide du salarié en accident de travail reste avant tout une affaire à objectif pécuniaire puisqu'elle ouvre droit à une rente viagère au profit des ayants droit du salarié décédé³⁴⁸. Cependant, les RPS restent un problème bien réel aujourd'hui avec l'apparition de nouvelles méthodes d'organisation des salariés afin de les motiver. En effet, l'Organisation mondiale de la santé et l'Organisation internationale du travail reconnaissent que l'environnement psychosocial au travail et la nature même du

³⁴³ F. Champeaux et S. Izard « Les quotas impératifs sont illicites » *art. préc.*

³⁴⁴ P.-Y. Verkindt « L'évaluation du salarié sous le regard du juge » *Dr. Soc.* 2009, p. 48.

³⁴⁵ Définition retranscrite par L. Lerouge, « Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé » *Dr. Soc.* 2014, p. 152.

³⁴⁶ P. Morvan « La mode des risques psychosociaux » *Dr. Soc.* 2013, p. 965.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ P. Morvan « La mode des risques psychosociaux » *Dr. Soc.* 2013, p. 965.

travail influent considérablement sur la santé du salarié³⁴⁹. Il s'agit donc d'une problématique reconnue.

La recherche par l'employeur d'une performance accrue de ses salariés dans leur travail entraîne dans certains cas un RPS. Il faut parvenir à trouver un équilibre entre la recherche de la performance du salarié et un environnement de travail sain. Certaines nouvelles méthodes de travail n'y sont pas étrangères. Par exemple, le *benchmarking* sert à évaluer et mesurer en permanence les pratiques et les performances entre entreprises ou entre travailleurs. Ou encore le *lean management* qui a pour but de réduire le gaspillage qui pourrait nuire à l'efficacité et à la performance de l'entreprise. Ou encore le *ranking* qui sert à l'évaluation des salariés, et enfin le fait d'imposer des objectifs aux salariés. Toutes ces nouvelles méthodes mettent une pression supplémentaire sur le salarié, elles doivent être contrôlées par les juges afin que la recherche de la performance par les employeurs se fasse de manière raisonnable.

La contractualisation de performance n'implique pas seulement l'atteinte d'objectifs, elle conduit également à animer la dynamique contractuelle. Ainsi, grâce à l'insertion de certaines clauses la performance est au cœur de la dynamique contractuelle, notamment par l'association des cocontractants aux résultats financiers.

59. Conclusion de la section relative à la performance imposée aux débiteurs d'obligations. Grâce à la liberté contractuelle qui gouverne le droit des contrats français, les contractants ont le choix de contractualiser la performance. Ainsi, il est possible d'imposer des performances à atteindre aux débiteurs d'obligations. Tout d'abord, il est possible d'insérer des clauses qui vont permettre une meilleure exécution du contrat, il s'agit des clauses de « meilleure diligence », ou encore des clauses qui vont garantir directement la performance au sein des contrats de transfert d'entreprise. Ensuite, il est possible d'intégrer directement un objectif à atteindre, avec les moyens mis à disposition, en limitant les pertes au sein du contrat. Il s'agit alors des clauses d'objectifs, ou des clauses de rendement. Ces diverses clauses ont été étudiées dans la section précédente et il ressort de notre analyse que le fait pour les contractants de pouvoir contractualiser des objectifs de performance permet plus de prévisibilité au sein de la sphère contractuelle. Peu importe que les objectifs imposés

³⁴⁹ L. Lerouge, « Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé » *art. préc.*

soit quantitatifs ou qualitatifs, humains ou financiers, une obligation de les réaliser, ou de faire son possible pour s'en approcher, est alors imposée au débiteur de l'obligation. Ainsi, le contrat devient plus prévisible, la relation contractuelle se sécurise, et il est possible pour les parties de conclure des contrats compétitifs et d'imposer des objectifs correspondants au besoin du secteur dans lequel elles opèrent. La performance, intégrée au contrat en tant qu'objectif à atteindre, devient alors un atout considérable pour les parties au sein des contrats d'affaires.

Section 2 : La performance au cœur de la dynamique contractuelle

60. La performance imprègne peu à peu le champ contractuel en droit des affaires. Elle se retrouve au cœur de la dynamique contractuelle. Elle apparaît comme un but recherché par les parties, un objectif à atteindre. Par exemple, lorsque l'on associe le débiteur d'une obligation aux résultats financiers de l'opération (§1) ce dernier va être motivé par un désir de performance. C'est ce qui incite les contractants à être performants. Toujours dans une perspective de performance, la dynamique contractuelle sera maintenue lorsqu'il est prévu qu'un contrat s'adapte à certaines circonstances économiques afin de rester compétitif. Par le biais de certaines clauses comme les clauses de *benchmarking*, les contractants assurent plus de compétitivité au contrat et de performance sur le long terme (§2).

§1 : En vue d'une association des cocontractants aux résultats financiers

61. Afin de dynamiser le contrat, il est courant d'y insérer une clause qui associe le cocontractant aux résultats financiers. Ce type d'intéressement aux résultats permet au débiteur de donner le meilleur de lui-même. Plus il va réaliser de bons résultats, plus il va récupérer un pourcentage élevé. Il convient d'étudier les types de contrats concernés par ces clauses afin de voir dans quel cas ce type de clause est bénéfique (1), et de voir quelles sont les conséquences de ces clauses sur les résultats financiers et donc sur la performance financière du contrat (2).

A : L'incitation à la performance par l'association aux résultats financiers

62. Il existe différentes clauses qui associent les débiteurs d'obligations aux performances financières futures (1), mais quel sera le réel impact de ces clauses sur la performance des débiteurs d'obligations et sur la performance financière du contrat lui-même (2) ?

1 : Le prix de cession d'une société en fonction de ses performances futures : la clause d'earn out

63. **Le droit des sociétés et la création de valeur.** Lors de la création d'une société, la question de la création de valeur est au cœur des préoccupations des acteurs de la vie des affaires. Mais « que faut-il voir au-delà de l'entreprise ? Peut-être, est-ce la recherche de la valeur économique avec les trois questions permanentes et fondamentales qu'elle pose, à savoir, celle de sa création, de son contrôle et de son partage³⁵⁰. » En ce sens, la notion de valeur économique fait référence à la rentabilité financière de l'investissement qui est fait au sein de la société. Ainsi, le créateur de l'entreprise recherche la création de richesse, la rentabilité de son investissement en capital par la production de bénéfices³⁵¹. En effet, l'article 1832 du Code civil, dès son origine, définissait la société comme la mise en commun d'apports en vue de la production de bénéfices. Aujourd'hui encore, ce même article définit toujours la société comme la mise en commun d'apports « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. » Cet article illustre parfaitement la place centrale qu'occupe la création de valeur lorsqu'un contrat de société est conclu. L'objectif même de la création d'une société est donc de produire des bénéfices, d'être rentable, de limiter les pertes, tout en utilisant les moyens mis à disposition³⁵². Autrement dit, le but de la société est d'être performant aussi bien d'un point de vue économique, que social ou environnemental. C'est pourquoi lors d'une cession d'entreprise, la recherche de profit est essentielle. La société doit être appréciée à sa juste valeur, c'est pourquoi l'adaptation du prix de cession en fonction des performances futures de

³⁵⁰ Ch. Hannoun « Le droit des sociétés et la création de valeur », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 351.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² Cette vision de la société correspond finalement parfaitement à la définition générale de la performance retenue dans le cadre de notre étude.

l'entreprise semble être indispensable. En raison de la difficulté d'évaluer la valeur réelle d'une société, il existe bien souvent un réel déséquilibre entre le prix et sa contrepartie³⁵³. Ce déséquilibre peut être évité lors de la conclusion du contrat ou corrigé par sa révision en cours d'exécution, ou encore être fixé en fonction des performances futures de l'entreprise.

64. Fixation du prix en fonction des résultats futurs de la société. Afin d'adapter au mieux le prix à la valeur réelle de l'entreprise, lors d'une cession, les parties ont la possibilité d'insérer une clause de complément de prix. Tout d'abord, il existe la clause d'*earn out* qui « est la clause par laquelle les parties à une cession de droits sociaux décident que le prix, ou plus exactement une partie du prix, sera fonction des résultats futurs de la société³⁵⁴. » Ainsi le cédant continue, à travers cette clause, à tirer profit des performances de l'entreprise cédée. Autrement dit, le complément du prix dépendra donc des performances futures de l'entreprise. Ce type de clause est souvent mis en place pour une durée de deux ou trois ans en pratique. Elle permet d'alléger la charge du prix pour l'acheteur, en effet le vendeur peut espérer recevoir un complément du prix lié aux bonnes performances à venir de la société³⁵⁵. En effet, le cédant, bien qu'il ait quitté l'entreprise, va continuer à profiter de sa croissance en pouvant prétendre au versement du complément du prix³⁵⁶.

D'autres types de clauses permettent une association aux résultats. Par exemple, dans un contrat de bail commercial, dans certaines grandes surfaces notamment, il peut être prévu que le loyer soit indexé sur le chiffre d'affaires du locataire. Le locataire paiera un faible loyer le temps du lancement de son commerce et le bailleur est, grâce à cette clause, associé au développement des affaires de son locataire³⁵⁷. Cette clause crée une communauté d'intérêts entre le locataire et le bailleur, cependant elle pourrait être ainsi considérée comme une société créée de fait. Le bailleur serait alors tenu des dettes de son locataire.

Il existe également des clauses que l'on appelle les clauses de complément de prix. Dans ces clauses le complément du prix est lié à la performance financière du contrat. Ceci constitue un véritable facteur d'optimisation dans la mesure où elle incite le débiteur à

³⁵³ J. Ghestin et M. Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, 1990, p. 10.

³⁵⁴ J. Mestre, J-C. Roda et alii, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Les intégrales, Lextenso, 2011, p. 321.

³⁵⁵ F-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz préférence, 2010, p. 203, n° 42.33.

³⁵⁶ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, p. 189.

³⁵⁷ Y. Guyon, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, Tome I, Economica, 12^{ème} éd., 2003, p. 730, n° 675.

consacrer ses meilleurs efforts possible pour optimiser les performances du contrat³⁵⁸. Le complément du prix correspond alors à la performance du contractant dans l'atteinte de ses objectifs financiers. Dans l'ensemble, ce type de clause va faire varier le prix uniquement à la hausse, c'est-à-dire en cas de performance du contrat. Les clauses de complément de prix sont utilisées dans divers contrats. Par exemple, dans les contrats de transport spatial cette clause est largement répandue au vu de la performance et des connaissances techniques qui échappent aux parties³⁵⁹.

Ces différentes clauses qui associent les cocontractants aux performances vont directement les inciter à donner le meilleur d'eux-mêmes afin d'obtenir un intéressement aux résultats financiers. La performance reste le maître mot dans ce type de relation contractuelle.

2 : L'incidence de ces clauses sur la performance

65. Incitation des parties à être performantes. La clause d'*earn out* permet donc aux parties un intéressement à la réussite de l'entreprise, puisqu'une partie du prix va en dépendre. Ce type de clause se met en place très facilement dans les cessions de droits sociaux et présente de nombreux avantages. « Le cédant n'est pas payé à moitié d'un succès espéré, ce qui veut dire du côté du cessionnaire qu'il ne paye pas trop ni trop peu³⁶⁰. » Cette clause présente un réel avantage pour chacune des parties. Cependant, il convient de distinguer deux situations différentes. Dans un premier cas, les parties peuvent prévoir que le cédant garde une certaine participation au sein de la société³⁶¹. Ainsi, il continue d'exercer certaines fonctions et peut transmettre son savoir-faire, ses compétences et sa connaissance de l'entreprise à l'acquéreur. Dans ce cas, il semble que le cessionnaire profite de l'expérience du cédant afin de réaliser les meilleurs résultats possible, et de son côté, le cédant s'assure de tout faire afin que l'entreprise atteigne les résultats prévus, afin de pouvoir prétendre au complément du prix. Les deux parties prennent part à la performance de l'entreprise. Cette situation va permettre d'assurer la meilleure transition possible dans la direction de la société

³⁵⁸ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, op. cit., p. 260, n° 341.

³⁵⁹ L. Peyrefitte, P. Courbe, « Opérations de lancement dans l'espace extra-atmosphérique », in *Droit de l'espace*, 1993, Dalloz, p. 95 et s.

³⁶⁰ B. Dondero, note sous CA Versailles, 12^e ch., 2 oct. 2012, n°11/02711, « Le difficile combat du bénéficiaire d'un *earn out* pour faire valoir ses droits », *Bull. Joly. soc.*, avril 2013, n° 126, p. 259.

³⁶¹ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, op. cit., p. 257, n° 334.

cédée. Le cessionnaire aura intérêt à maintenir le cédant en fonction afin de s'assurer de la conservation de la clientèle³⁶². Ainsi, faire varier le prix en fonction des performances incite nécessairement le cessionnaire à participer à la bonne marche de l'entreprise, et donc l'incite à plus de performance dans l'exécution de sa mission.

En revanche, si le cessionnaire est seul gestionnaire de la société, le cédant sera certainement déçu si les résultats ne lui permettent pas d'obtenir le complément du prix³⁶³. Dans ce cas, le cessionnaire risque de faire en sorte de ne pas atteindre les résultats afin de ne pas verser le complément du prix³⁶⁴. En réalité, seul le cédant a intérêt à ce que la société obtienne les meilleurs résultats possible. En ce sens, on peut penser que les intérêts du cédant et du cessionnaire diffèrent. Cependant, il est important de souligner qu'ils sont tous deux à la recherche de l'amélioration des résultats de l'entreprise, et donc à la recherche de performance pour la société. Autrement dit, ils souhaitent améliorer les résultats tout en utilisant les moyens mis à disposition, en limitant au maximum les risques de pertes d'un point de vue financier et humain. Cependant, il convient de remarquer que le cédant a intérêt à rechercher une performance sur le court terme, alors que le cessionnaire souhaite une performance durable de la société.

66. Les indicateurs de performances à prendre en compte. La clause *d'earn out* permet une détermination du prix en fonction des performances futures de l'entreprise. Mais quels vont être les éléments à prendre en compte pour la détermination du prix ? Finalement ce type de clause incite-t-elle à la performance pour le cessionnaire ? Les parties sont libres de fixer les éléments à prendre en compte pour la détermination du prix. Le prix peut être indexé soit sur le chiffre d'affaires, soit sur le résultat avant impôt, soit sur le résultat courant avant impôt, ou encore sur l'excédent brut d'exploitation³⁶⁵. Le plus souvent, c'est le résultat avant impôt sur les bénéfices qui est pris en compte. Mais il est possible de retenir un autre indice. Par exemple, « le résultat courant avant impôt pour éviter la prise en compte des produits et charges exceptionnels, le résultat d'exploitation pour éviter

³⁶² W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, op. et loc. cit.*

³⁶³ B. Dondero, note sous CA Versailles, 12^e ch., 2 oct. 2012, n°11/02711, *art. prec.*

³⁶⁴ Le problème de la condition potestative sera étudié dans la suite des développements, dans les risques de dérives de ce type de clause (B.).

³⁶⁵ Les avantages et les inconvénients de chacun des éléments à prendre en compte dans la détermination du prix V. W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, p. 193.

la prise en compte des dotations, l'excédant brut d'exploitation pour éviter la prise en compte des dotations aux amortissements et les provisions d'exploitation si le dirigeant-cédant répugne à investir en raison des amortissements venant grever le résultat³⁶⁶. »

De plus, en ce qui concerne le mode de calcul du complément du prix, il convient de souligner que le cessionnaire se doit de faire preuve de bonne foi dans l'application de la clause. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation du 27 octobre 2009, la chambre commerciale a approuvé les juges du fond qui avaient retenu la faute du cessionnaire. En effet, ce dernier était débiteur d'un complément de prix, c'était donc à lui de justifier ne pas en devoir la partie variable. De plus, elle constate l'inexécution fautive de la part du cessionnaire dans l'accomplissement de ses obligations. En effet, le cessionnaire n'avait jamais contesté la base de calcul proposée par le cédant, de plus, elle relève que la formule de la clause d'*earn out* avait été appliquée sur des comptes manifestement inexacts³⁶⁷. Cet arrêt met en avant l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi pour le cessionnaire qui souhaiterait éviter de payer le complément du prix au cédant.

Cependant, les parties peuvent également choisir que la détermination du prix se fasse par des objectifs autres que financiers. Il est possible qu'elles prévoient que le complément du prix soit conditionné à la réalisation d'une opération. Par exemple, le complément du prix sera versé en cas de dépôt d'un brevet, ou de l'obtention d'une licence, ou encore de la signature de tel partenariat.

Enfin, il est primordial que les parties prévoient la désignation d'un tiers expert en cas de litige sur la détermination du prix, avec l'article 1592 du Code civil. Les parties doivent en effet se mettre d'accord sur les éléments comptables à utiliser pour la détermination du complément de prix. En principe, le vendeur prendra soin de vérifier la mise en œuvre de la formule calcul. Dans une affaire, il a ainsi été jugé que la stipulation faisant valider les résultats par le comptable ne signifie pas que le vendeur renonce à vérifier la pertinence des calculs³⁶⁸. Ce dernier doit rester très vigilant.

La clause d'*earn out*, parce qu'elle associe le prix aux performances, incite le cédant, s'il est cédant-dirigeant, à atteindre divers types d'objectifs par exemple l'accroissement des

³⁶⁶ J.-M. Moulin, *Le droit de l'ingénierie financière*, Lextenso éd., 2013, n° 429.

³⁶⁷ J.-P. Dom, note sous Cass. com. 27 octobre 2009, F-D, n° 08-70.102, Société Finex c/ Mme Naudet, « Défense du cédant bénéficiaire d'une clause d'*earn out* », *Rev. Soc.* 2010 p. 162.

³⁶⁸ H. Hovasse, obs. sous Caen 30 mars 2006, Schuller c/ SA Fimopart, *RJDA* 2007 n° 1108 ; *Dr. Soc.* 2007, n° 9.

performances financières de la société. Le cessionnaire quant à lui s'assure que la société qu'il a acquise soit en bonne voie de développement sur le long terme. Mais les clauses de complément de prix posent un certain nombre de problématiques que la jurisprudence tente de résoudre pas à pas.

B : Les risques de dérives de ce type de pratiques

67. Plusieurs problèmes se rencontrent notamment au travers des clauses *d'earn out*. Il y a en effet un risque d'indétermination du prix, puisque le prix va dépendre des résultats futurs de l'entreprise (1), mais il y a aussi un risque important que cette clause soit potestative puisqu'elle laisse le prix dépendre de l'action d'une des parties au contrat (2).

1 : Les risques d'indétermination du prix et le caractère léonin de ce type de clause

68. **Risque d'indétermination du prix.** Si une partie du prix reste à déterminer puisqu'elle va dépendre des performances futures de l'entreprise, existe-t-il un risque d'indétermination du prix dans les cessions accompagnées d'une clause *d'earn out* ? Selon l'article 1591 du Code civil « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. » Ainsi pour les rédacteurs du Code civil une indétermination du prix rend impossible toute exécution du contrat, car l'incertitude sur le prix pourrait faire naître une incertitude sur le consentement³⁶⁹. Or, cette exigence de détermination du prix présentait bien des inconvénients notamment pour les contrats à exécution successive. C'est en 1995 que la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par quatre arrêts en affirmant que l'ancien article 1129³⁷⁰ du Code civil n'est plus applicable en matière de prix. Ainsi, l'indétermination du prix n'affecte pas la validité du contrat pour les contrats à exécution successive, ou encore les contrats-cadres³⁷¹. De plus, le nouvel article 1164 alinéa 2 permet à présent au juge de contrôler les abus dans la fixation du prix³⁷².

³⁶⁹ J. Ghestin et M. Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, 1990, p. 16.

³⁷⁰ Ancien art. 1129 C. civ. « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. »

³⁷¹ J. Mestre obs. sous Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix. », *RTD civ.* 1996 p. 153.

³⁷² De plus, avec la réforme du droit des obligations la jurisprudence de 1995 a été consacrée au sein du nouveau Code civil par l'article 1164 alinéa 2 : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être

Cependant, dans le cadre d'un contrat de vente à exécution instantanée, le prix doit respecter l'article 1591 du Code civil ; il doit être sinon déterminé par les parties au moins déterminable. Pourtant, la Cour de cassation en 1998 est venue valider les clauses qui fixent un prix en fonction des performances futures de l'entreprise³⁷³. Mais les parties doivent rester prudentes lorsqu'elles décident d'insérer une clause de complément de prix. Elles devront donc prévoir sur quels éléments le prix sera calculé avec des critères financiers et comptables³⁷⁴. Le juge va exercer un contrôle quant à ce type de clause, car les modalités de calcul doivent être suffisamment précises si le contrat ne veut pas se voir encourir la nullité. Toujours est-il que pour prévenir toute condamnation, il est conseillé d'insérer au contrat la désignation d'un expert indépendant afin de fixer le prix en cas de litige avec l'article 1592 du Code civil.

69. Caractère léonin. L'article 1844-1 du Code civil prohibe les clauses léonines. Il prévoit que « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites. » Il est vrai qu'en pratique on rencontre rarement des clauses excluant de manière directe un associé de sa contribution aux dettes, ou de sa participation aux bénéfices, mais il existe des clauses plus subtiles dont l'effet indirect est de prémunir un associé contre les aléas de la vie sociale³⁷⁵. Ainsi, la clause de complément de prix a des risques de se voir requalifier en pacte léonin. Toutefois, c'est seulement si un prix plancher est prévu, dans le même temps où la partie variable du prix porte sur un solde de participation temporairement conservé par le cédant³⁷⁶. En effet, lorsque le cessionnaire s'engage à racheter le solde de la participation du cédant au prix fixé pour le premier transfert, la clause de complément de prix ne va jouer qu'en sa faveur pour justifier d'une éventuelle révision du prix à la hausse³⁷⁷. Dans ce cas précis, le cédant, encore associé, est protégé contre toute perte de valeur de ses titres liée aux

saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. » Le nouveau mécanisme instauré par la réforme permet donc de sanctionner les abus dans la fixation du prix.

³⁷³ B. Saintourens, note sous Cass. com. 10 mars 1998, « La diversité des experts désignés lors des transferts de droits sociaux », *Rev. Soc.* 1998, p. 541.

³⁷⁴ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, op. cit.*, p. 191.

³⁷⁵ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 23^{ème} éd., 2010, p. 71, n° 126.

³⁷⁶ J. Mestre et J-C. Roda et alii, *Les principales clauses des contrats d'affaires, op. cit.*, p. 325.

³⁷⁷ W. Dross, *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, op. et loc. cit.*

éventuels mauvais résultats de la société. Cependant, cette problématique a été réglée par la jurisprudence. La Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 22 février 2005 que n'est pas léonine une promesse d'achat à un prix minimum limitée dans le temps, dès lors que le bénéficiaire reste en dehors de cette promesse, soumis à l'aléa social, et donc au risque de dépréciation des titres³⁷⁸. Il semble donc que rares soit les cas où la clause de complément de prix pourra être assimilée à une clause léonine, tant qu'il y a bien une limite de temps ceci ne devrait pas poser de problème. Les parties doivent donc prévoir impérativement à quel moment le complément du prix sera versé au cédant et suivant quelles conditions.

Les risques d'indétermination du prix et de requalification en clause léonine sont des risques qui peuvent être contrôlés par les parties elles-mêmes, puisqu'elles vont pouvoir éviter ces dangers dès la conclusion du contrat. En revanche, d'autres dangers peuvent venir salir la clause de complément de prix qui doit être exécutée de bonne foi. En effet, il y a un risque de potestativité.

2 : La potestativité

70. La clause d'earn out, créance à terme ou sous condition ? Il convient de déterminer la qualification dont relève la clause d'*earn out* afin d'en étudier plus spécifiquement son régime. Cette clause est-elle une créance à terme ou sous condition ? La Cour de cassation a répondu à cette question dans un arrêt du 20 septembre 2011³⁷⁹. Dans cet arrêt, les parties avaient convenu que le cédant aurait droit à un complément du prix à l'occasion d'une cession d'actions. Ce complément du prix était subordonné au franchissement d'un seuil de 44 millions de francs par la capacité d'autofinancement moyenne, sur les exercices 1998, 1999 et 2000. L'administration fiscale avait notifié un redressement au cédant pour n'avoir pas déclaré la créance résultant du supplément de prix dans l'assiette de l'impôt sur la fortune pour les années 1998 et 1999. La Cour d'appel a considéré que la créance au titre de complément de prix avait un caractère certain, dans la

³⁷⁸ G. Kessler, note sous Cass. com. 22 fév. 2005, n° 02-14392, « La validité des promesses unilatérales d'achat d'actions à prix plancher », *D.* 2005, p. 973.

³⁷⁹ Cass. com. 20 septembre 2011, n° 10-17555, non publié au bulletin.

convention des parties, et qu'elle constituait donc une obligation à terme du cessionnaire³⁸⁰. Dès lors, elle aurait dû être prise en compte dans le patrimoine taxable du cédant. La Cour de cassation n'était pas du même avis et a censuré cette décision. Elle estime qu' « en statuant ainsi, alors que l'existence de l'obligation au paiement étant subordonnée à la réalisation d'une capacité d'autofinancement supérieure au seuil fixé, événement incertain quant à sa réalisation, la créance de complément de prix était affectée d'une condition et non d'un terme³⁸¹ ». La clause d'*earn out* est donc une créance sous condition. Dès lors, peut-elle être assimilée à clause conclue sous une condition potestative ?

71. Le risque de potestativité dans la mise en œuvre de la clause. Selon l'article 1304-2 du Code civil « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause. ³⁸²» La clause d'*earn out* fait dépendre des performances futures de l'entreprise le complément du prix. Or, les performances futures de l'entreprise vont dépendre de la gestion et des choix faits par le cessionnaire. Le cessionnaire étant devenu gérant de la société, ce dernier participe à la fixation ultérieure du complément du prix³⁸³. Le complément du prix va donc dépendre de l'une des parties, en l'espèce le cessionnaire. Ainsi, il se peut qu'il y ait des abus et que le cédant se soit privé de percevoir le complément du prix du fait de la mauvaise gestion du cessionnaire. De la même manière, il faut éviter de prévoir que le jeu de la clause sera conditionné au fait que le cédant soit toujours en fonction lors de la date prévue pour le complément du prix. En effet, si le cessionnaire a la qualité d'actionnaire majoritaire, il peut obtenir librement la révocation du cédant pour échapper au jeu de la clause³⁸⁴. Il est donc fort probable que l'acquéreur se voit attribuer un droit potestatif. De même lorsque l'acquéreur est un groupe de société, « il est (en son) pouvoir de minorer les performances prises en compte pour le calcul du prix (...), et il se peut qu'il ait les moyens de le faire sans porter atteinte à ses intérêts : investissements qui obèrent les résultats à court terme, *management fees* ou transfert d'une partie de l'activité à

³⁸⁰ A. Constantin, « Mobilisation des droits sociaux : précisions sur le régime des clauses de complément de prix dans les cessions de droits sociaux, dites clauses d'*earn out* », *RTD com.* 2012, p. 129.

³⁸¹ Cass. com. 20 septembre 2011, n° 10-17555, non publié au bulletin.

³⁸² L'ancien article 1170 définissait la condition potestative et l'ancien article 1174 condamnait par la nullité la condition potestative contractée par celui qui s'oblige.

³⁸³ C. Aubert de Vincelles « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006 p. 2629.

³⁸⁴ Cass. com. 19 janv. 2010, n° 08-19376.

d'autres sociétés du groupe³⁸⁵. » C'est pourquoi la jurisprudence a toujours subordonné la validité de ce type de clause au fait que les éléments de calcul du prix soient indépendants de la seule volonté des parties, ou encore que le critère de détermination du montant du prix échappe à l'arbitraire de l'une des parties³⁸⁶.

72. La perte de chance d'obtenir le complément du prix. C'est dans un arrêt de 2011 que la Cour de cassation semble admettre que la clause d'*earn out* peut être annulée sur le fondement de la condition potestative³⁸⁷. Dans cet arrêt, une société a acquis, en 2003, auprès de quatre actionnaires la totalité des actions composant le capital de la société cédée. Il était prévu un éventuel complément de prix payable trois mois après la clôture de l'exercice 2006, qui serait déterminé en fonction du chiffre d'affaires et du résultat d'exploitation afférent à cet exercice. Le cessionnaire refuse de verser le complément du prix au vu des résultats insuffisants de l'activité de la société. La Cour de cassation retient la faute du cessionnaire puisque ce dernier avait changé le périmètre d'activité de la société cédée. En effet, la Cour de cassation vient poser un principe fort dans cet arrêt. Elle retient que « le cessionnaire, en souscrivant à une clause d'*earn out*, prend nécessairement l'engagement implicite vis-à-vis des cédants de conserver un périmètre sensiblement constant d'activités et de personnes y affectées pour l'exploitation jusqu'au terme fixé par la clause³⁸⁸. » En manquant à cette obligation, le cessionnaire avait donc fait perdre de manière fautive, une chance significative aux cédants de percevoir un complément du prix. Cet arrêt vient donc poser une nouvelle obligation pour le cessionnaire afin d'éviter au mieux les risques de potestativité que peut poser la clause de complément du prix. En effet, même si ce type de clause fait dépendre une partie du prix des performances futures de l'entreprise, il va de soi qu'en réalité elle fait dépendre le prix de la gestion et des choix du cessionnaire au sein de l'entreprise. Ainsi, le risque de potestativité reste quand même assez fort dans ce type de clause.

Certaines clauses prévoient l'association des contractants aux performances financières, d'autres font dépendre l'issu du contrat des performances futures de la société,

³⁸⁵ F.-D. Poitral, « Cessions d'entreprise : les conventions de *earn out* » *JCP E* 1999, p. 18.

³⁸⁶ A. Constantin, « Mobilisation des droits sociaux : précisions sur le régime des clauses de complément de prix dans les cessions de droits sociaux, dites clauses d'*earn out* », *RTD com.* 2012, p. 129.

³⁸⁷ J. Mestre et J.-C. Roda et *alii*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, p. 325.

³⁸⁸ A. Couret, note sous CA Paris P. 5, ch. 9, 15 sept. 2011, n° 07/02102, SA Aedian, « L'*earn out* et la perte de chance d'obtenir le complément de prix », *Bull. Joby Soc.* 01 janvier 2012, n° 1, p. 27.

mais la performance au-delà de sa contractualisation nourrit le champ contractuel de bien des manières, notamment par la recherche constante de compétitivité et de rentabilité par les acteurs du droit économique.

§2 : En vue d'une compétitivité du contrat sur le long terme

73. Il existe différents types de clauses qui vont permettre à un contrat à exécution successive de s'adapter aux circonstances économiques afin de rester compétitif sur le long terme. Aujourd'hui, il paraît essentiel que le contrat puisse s'adapter aux changements de situation des parties, afin de procurer aux cocontractants des avantages concurrentiels sur le long terme, et donc de rester performant de manière durable. Mais comment concilier ce besoin d'adaptation du contrat aux circonstances avec les principes qui animent le droit des contrats tels que l'intangibilité, la force obligatoire du contrat, ou encore la théorie de l'imprévision ? Nous verrons qu'il est à présent possible, sous certaines conditions, pour les parties d'adapter le contrat afin qu'il demeure compétitif **(A)**, et que la renégociation du contrat va parfois s'imposer aux parties lorsqu'elle sera prévue au sein d'une clause contractuelle **(B)**.

A : Adaptation du contrat et performance

74. Lorsque l'on évoque la performance d'un contrat, il faut l'entendre au sens économique du terme pour les parties. La performance d'un contrat en droit des affaires correspond à l'atteinte d'un résultat qui renvoie à son efficience, à sa rentabilité, et à sa capacité à rester compétitif sur le long terme. Ainsi, en ce qui concerne les contrats à exécutions successives, ces derniers ont parfois besoin d'une renégociation par rapport à la prestation ou le prix afin de pouvoir rester performants sur le long terme. À ce titre, il convient de se demander si la théorie de l'imprévision en droit des contrats ne serait pas un frein à la performance des contrats dans certains cas ? **(1)** C'est dans cette optique que la renégociation des termes contractuels paraît essentielle pour une adaptation du contrat moralement obligatoire et économiquement utile **(2)**.

1 : La révision du contrat pour imprévision admise en droit européen, vers un contrat compétitif pour les parties

75. La théorie du « fondement contractuel » en droit allemand. La théorie du « fondement contractuel » (de l'Allemand *Geschäftsgrundlage*) est un principe qui a été consacré par la jurisprudence allemande. Elle a pour but de permettre la révision du contrat pour imprévision. La jurisprudence a bâti cette théorie sur le terrain de la bonne foi, avant d'être officiellement reprise dans la récente réforme du droit des obligations par le législateur allemand. Ainsi, le §313 du BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, le Code civil allemand) constitue la base légale de cette théorie qui peut être traduite ainsi :

« Perturbation du fondement du contrat

- 1) Lorsque les circonstances constituaient le fondement du contrat ont radicalement changé après la conclusion de celui-ci, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou du moins ne l'auraient pas conclu dans les mêmes conditions si elles avaient agi en connaissance de cause et que, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et plus spécialement à la répartition contractuelle ou légale des risques, l'exécution du contrat initial ne peut pas être imposée à l'une des parties, une adaptation du contrat peut être demandée.
- 2) Est assimilé à un changement de circonstances le fait que les considérations essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées.
- 3) Lorsque l'adaptation du contrat est impossible à réaliser ou qu'elle ne peut être imposée à l'une des parties, la partie défavorisée peut déclarer le contrat résolu. La résolution est remplacée par la résiliation lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive³⁸⁹. »

La révision du contrat pour imprévision est donc admise en droit allemand. De plus, il convient de remarquer qu'elle est admise de manière très large. En effet, le droit allemand ne précise pas quel type de contrat est concerné par cette révision ni quel type de changement de circonstances est susceptible d'entraîner la révision du contrat. Ainsi, les parties à un contrat peuvent obtenir une révision du contrat, demander une renégociation, voire une résolution. Cette théorie constitue un réel avantage pour les parties dans un contrat à exécution successive. Elles pourront adapter les termes du contrat, à leurs besoins, aux

³⁸⁹ P. Ancel et R. Wintgen « La théorie du « fondement contractuel » (*Geschäftsgrundlage*) et son intérêt pour le droit français » *RDC* 1^{er} juillet 2006, n° 3, p. 897.

circonstances économiques, à la concurrence. Cette faculté de révision permet aux parties d'avoir un contrat performant et efficient sur le long terme.

76. La renégociation possible sur le plan européen. La plupart des pays connaissent un régime de révision du contrat pour imprévision tels que l'Italie, la Grèce, les Pays-Bas, ou encore la Grande-Bretagne³⁹⁰. On retrouve également cette tolérance du côté des textes européens, qui refusent la révision autoritaire du contrat, mais obligent les parties à une renégociation sous certaines conditions en vue d'une adaptation du contrat³⁹¹. Par exemple, dans les Principes Unidroit, l'article 6-22 dispose qu'il y a une obligation de renégociation lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué³⁹². On retrouve dans ce texte l'influence du droit allemand, même si la conception de l'imprévision semble surtout de nature économique, et donc concerne sans doute pour une grande partie les contrats à exécution successive. Il est vrai que le droit allemand présente l'avantage d'appréhender toutes les autres situations visées par la notion de « fondement contractuel ».

2 : Le refus de l'admission de la théorie de l'imprévision avant l'ordonnance du 10 février 2016

77. Les fondements prétoriens du refus de la théorie de l'imprévision. Contrairement au droit allemand, le droit civil français, avant l'ordonnance du 10 février 2016, en principe n'acceptait pas la révision du contrat pour imprévision³⁹³, et ce depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne* de 1876³⁹⁴. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait refusé de réviser le contrat pour imprévision³⁹⁵. En réalité, c'était surtout la volonté pour la

³⁹⁰ P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munk, *Les obligations*, Lextenso, 5^{ème} éd., 2013, p. 372, n° 757.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² P. Ancel et R. Wintgen « La théorie du « fondement contractuel » (*Geschäftsgrundlage*) et son intérêt pour le droit français » *Art. prec.*

³⁹³ Sur l'imprévision

³⁹⁴ Cass. civ., 8 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876.I.193 ; Grands arrêt, n° 165.

³⁹⁵ En l'espèce, le problème qui se posait était de savoir si le propriétaire d'un canal d'irrigation pouvait exiger des riverains une réévaluation de la redevance d'arrosage que ceux-ci lui devaient. Sachant que le montant de cette redevance avait été fixé trois siècles auparavant. La Cour d'appel avait fait droit à sa demande, mais la Cour de cassation est venue censurer cette décision sur le fondement de l'article 1134 (ancien) du Code civil.

jurisprudence judiciaire française de montrer qu'elle refuse au juge tout pouvoir de réviser le contrat pour tenir compte des nouvelles circonstances³⁹⁶. À l'origine, le droit civil français estimait que lorsque les parties avaient conclu un contrat, elles acceptaient automatiquement les risques qui s'y rattachaient. Le contrat devait ainsi être perçu en droit français comme « un acte de prévision³⁹⁷ ». Il semble que « le contrat offre aux parties contractantes de s'approprier le futur : la prévision serait de l'essence du contrat³⁹⁸. »

Qu'en est-il lorsque de nouvelles circonstances menacent l'équilibre contractuel ou mettent en péril la survie du contrat ? La question semblait timidement évoquée jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016. Il était évoqué par certains auteurs l'admission de la révision du contrat pour les contrats à exécution successive ou échelonnée, dans le cas où il adviendrait que « par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt³⁹⁹ » pour une partie. Ainsi, le juge aurait-il le pouvoir de remédier au déséquilibre qui pourrait survenir entre les prestations réciproques des deux parties⁴⁰⁰ ?

78. Un premier pas vers la réforme : l'avant-projet de réforme de la Chancellerie, vers une adaptation du contrat afin de maintenir un certain niveau de performance pour les parties. Avant l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016 et de sa ratification, c'est l'avant-projet de réforme de la Chancellerie du 25 février 2015, qui a été le premier à évoquer l'idée d'une possible adaptation du contrat en cours d'exécution. Il s'agissait, à l'époque, de l'article 1196 de l'avant-projet de réforme. Ce dernier prévoyait que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la négociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la*

³⁹⁶ A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 234, n° 293.

³⁹⁷ H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 642.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ P. Ancel et R. Wintgen « La théorie du « fondement contractuel » (*Geschäftsgrundlage*) et son intérêt pour le droit français » *RDC* 1^{er} juillet 2006, n° 3, p. 897.

⁴⁰⁰ Sur ce point *V.* M.-E. Pancrazi, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1999, p. 361. L'auteur aborde la question de la révision judiciaire d'un contrat devenu déséquilibré.

date et aux conditions qu'il fixe. » Cet article admettait la révision du contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

B : Vers une adaptation du contrat moralement obligatoire et économiquement utile

79. En vue de la compétitivité du contrat, il est donc parfois utile de l'adapter aux circonstances économiques, cette adaptation apparaît comme étant moralement obligatoire et économiquement utile. À ce titre le législateur, le juge et les parties prévoyaient déjà, avant la réforme du droit des contrats, quelques exceptions au problème de l'imprévision (1.). Aujourd'hui, avec l'introduction du nouvel article 1195 du Code civil le droit civil admet enfin, sous certaines conditions, la révision du contrat pour imprévision (2.).

1 : Des exceptions de plus en plus nombreuses au problème de l'imprévision

80. Il est indispensable que le contrat s'adapte aux circonstances qui l'entourent. C'est pourquoi les exceptions au principe de l'interdiction d'imprévision sont de plus en plus nombreuses. Le législateur prévoit en effet des exceptions à ce principe pour certains types de contrats (a.), le juge en prévoit également (b.), et il est également possible de prévoir des clauses contractuelles afin de prévoir la révision du contrat (c.).

a. Les exceptions prévues par le législateur pour certains types de contrats avant la révision du Code civil

81. **Une adaptation du contrat afin de permettre le maintien de sa compétitivité sur le marché.** Le contrat pour être en adéquation avec les besoins des deux parties va parfois avoir besoin d'être révisé, renégocié, afin de rester performant. C'est-à-dire que le contrat doit pouvoir être évolutif afin de rester compétitif sur un marché qui se veut de plus en plus exigeant. Les besoins de révision d'un contrat sont parfois la clé de sa performance d'un point de vue économique, dans les relations d'affaires. C'est pourquoi le droit civil français prévoyait, déjà avant la réforme, des exceptions et palliatifs au problème de l'imprévision. En premier lieu, pour les contrats à durée indéterminée, la partie

désavantagée aura la possibilité de résilier de manière unilatérale le contrat⁴⁰¹. À ce titre, elle pourra proposer d'en conclure un nouveau sur des bases rééquilibrées. Cependant nous ne sommes toujours pas dans un cas de révision du contrat afin que ce dernier réponde aux besoins de compétitivité des parties, mais simplement dans un lien contractuel nouveau adapté aux besoins des parties.

En second lieu, dans les contrats à exécution successive, l'équilibre contractuel peut être mis en péril par la survenance d'une circonstance nouvelle, voire le contrat peut voir sa cause disparaître. On parle ici de caducité du contrat⁴⁰², mais toujours pas de révision du contrat.

En troisième lieu, il existe des lois qui vont permettre aux parties de renégocier le contrat. Par exemple c'est le cas pour le loyer d'un bail commercial qui peut être révisé tous les trois ans, il s'agit de la révision légale triennale⁴⁰³. Ces cas de révision du contrat restent assez restreints. Il existe également des types de contrat qui du fait de leur spécificité dérogeaient déjà à l'interdiction de la révision du contrat pour imprévision. Par exemple, on peut citer la révision du contrat d'auteur pour imprévision prévue par l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle⁴⁰⁴, ou encore la révision des libéralités pour imprévision prévue à l'article 900-2 du Code civil⁴⁰⁵.

Avant la réforme du droit des obligations, la révision du contrat pour imprévision se fait donc très rare et le législateur ne prévoit pas réellement d'exceptions à l'ancien refus de révision pour imprévision du droit civil.

b. Les exceptions envisagées par les juges et la doctrine avant la réforme

82. Les possibilités offertes aux juges avant la réforme du droit des obligations. L'obligation de renégociation peut puiser sa source dans l'obligation de bonne foi posée par l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil, et nouvel article 1104 du Code civil. En effet, la bonne foi implique souvent pour les parties un devoir d'initiatives, c'est-à-dire qu'elles doivent collaborer, coopérer, prendre des initiatives nécessaires afin de permettre une exécution efficace du contrat⁴⁰⁶. Ainsi, les parties vont collaborer et s'il le faut

⁴⁰¹ A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 251, n° 312.

⁴⁰² A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 235, n° 294.

⁴⁰³ Art. L145-38 du C. com.

⁴⁰⁴ J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, PUAM, 2015, n° 177.

⁴⁰⁵ J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait, op. cit.*, n° 178.

⁴⁰⁶ P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munk, *Les obligations*, Lextenso, 5^{ème} éd., 2013, p. 379, n° 764.

renégocier le contrat lorsque sa révision est moralement essentielle à la survie du lien contractuel et à son équilibre.

83. Le concept de « gestion contractuelle » fondé sur le principe de bonne foi. Le concept de gestion contractuelle est une marche de manœuvre offerte aux parties afin de faire en sorte que les effets de l'exécution du contrat soient les plus conformes possible à la stratégie du contrat⁴⁰⁷. Il s'agit donc d'un ajustement des prestations en fonction des attentes des parties, de l'économie du contrat voulue par les parties. En effet, dans un environnement économique changeant, la performance économique du contrat se trouve soumise à de nombreux aléas conjoncturels⁴⁰⁸. Ces aléas, les parties ne peuvent pas toujours les anticiper au moment de la conclusion du contrat. C'est pourquoi il est parfois utile de réviser le contrat afin de lui permettre de maintenir un certain niveau de performance. Ainsi, les juges se fondent souvent sur le concept de bonne foi afin d'inviter les parties à agir en fonction d'impératif de « gestion contractuelle »⁴⁰⁹. La révision du contrat est parfois utile lorsque d'un point de vue économique, le coût du contrat aux conditions de départ devient supérieur à l'accroissement global qui résulte de la poursuite du contrat à des conditions nouvelles. Ainsi, en se fondant sur la bonne foi et la loyauté, la révision du contrat s'impose aux parties afin de garantir une optimisation du contrat⁴¹⁰. En effet, il y a des cas où la révision du contrat pour imprévision se pose, car elle va créer un déséquilibre entre les parties qui va menacer la survie du contrat⁴¹¹. Cependant certains auteurs dénoncent un paradoxe : « la révision du contrat est en réalité demandée, non pas pour cause d'imprévision, mais parce que l'équilibre des prestations qui existait au jour de la conclusion du contrat s'est trouvé rompu en cours d'exécution⁴¹². » C'est donc lorsqu'il y a un déséquilibre survenu après coup, que la révision du contrat peut être envisagé afin de permettre la poursuite d'une performance économique du contrat.

⁴⁰⁷ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010, p. 218, n° 271.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op.cit.*, p. 218, n° 271.

⁴¹⁰ Le juge exerce un contrôle des comportements contractuels en se fondant sur des principes comme la loyauté : M. Lamoureux, *L'aménagement de pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006, p. 595 et s.

⁴¹¹ P. Catala « La renégociation des contrats » in M. Germain, J. Foyer, *Mélanges offerts à Paul Didier*, Etudes de droit privé, Economica, 2008, p. 91.

⁴¹² Ripert et Boulanger cité par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, n° 298.

D'autres auteurs, comme le professeur Hervé Lécuyer, prônent une adaptation du contrat de manière unilatérale afin de la rendre conforme aux attentes du créancier⁴¹³. Il s'agit là aussi d'une décision de modification du contrat pour le faire échapper à l'anéantissement qui le menace. À ce propos, il évoque le fait que le débiteur pourrait exécuter, non pas l'obligation initialement prévue au contrat, mais celle « raisonnablement attendue par le créancier », ce qui reviendrait donc à reconnaître au débiteur une faculté d'adaptation unilatérale du contrat aux attentes raisonnables du créancier⁴¹⁴. Il faudrait donc la réunion de deux conditions afin de pouvoir réviser le contrat ; un déséquilibre significatif et un comportement de bonne foi.

Sur ce point, la thèse solidariste préconise une intervention accrue du juge lorsqu'il y a une situation d'inégalités entre les parties à un contrat⁴¹⁵. Les solidaristes vont ainsi à l'encontre du droit traditionnel français qui refuse la révision pour imprévision⁴¹⁶ et limite l'immixtion du juge dans le contrat. C'est avant tout les parties qui sont à l'origine des termes du contrat et le juge ne doit intervenir dans leurs relations que très rarement. En effet, le droit français considère le contrat comme un « acte de prévision » dont la force obligatoire oblige les parties à respecter la parole donnée et les prévisions des contractants ne doivent pas être déjouées⁴¹⁷.

84. Vers un contrat évolutif en fonction des circonstances économiques. Cependant, il existe des cas où le juge a admis, au nom du principe de bonne foi, la révision judiciaire du contrat. Il s'agit notamment des deux célèbres arrêts *Huard*⁴¹⁸ et *Chevassus-Marche*⁴¹⁹ rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation. En 1992, dans l'arrêt *Huard*, il s'agissait d'un accord de distribution exclusif dans lequel le distributeur a assigné le fournisseur en paiement de dommages et intérêts. La Cour de cassation relève

⁴¹³ H. Lécuyer, « La modification unilatérale du contrat », in Ch. Jamin, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 47.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Y. Lequette « Bilan des solidarismes contractuels » in M. Germain, J. Foyer, *Mélanges offerts à Paul Didier*, Etudes de droit privé, Economica, 2008, p. 245.

⁴¹⁶ La révision pour imprévision était refusée en droit français depuis 1876 : Cass. Civ., 8 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876.I.193 ; Grands arrêts, n° 165.

⁴¹⁷ H. Lécuyer « Le contrat, acte de prévision » *art. prec.*

⁴¹⁸ J. Mestre, obs. sous Cass. com. 3 nov. 1992, « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! » *RTD civ.* 1993, p. 124.

⁴¹⁹ P.-Y. Gautier, obs. sous Cass. com. 24 nov. 1998, « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial ? », *RTD civ.* 1999, p. 646 ; J. Mestre obs. sous Cass. Com. 24. nov. 1998, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel » *RTD civ.* 1999, p. 98.

dans cet arrêt que le fournisseur devait rechercher avec son distributeur un moyen de se maintenir sur le marché et de répondre à la concurrence⁴²⁰. En d'autres termes, il pèse sur le fournisseur une obligation de loyauté consistant à maintenir dans son réseau le distributeur en tenant compte des changements de circonstances économiques. Ceci implique donc de tenir compte de l'évolution du marché et de permettre au distributeur de pratiquer des prix concurrentiels. Dans cet arrêt les juges ont donc suggéré aux parties une renégociation du contrat. L'exigence de bonne foi a donc obligé l'une des parties à modifier, en cours d'exécution, un système de prix pourtant librement fixé par les parties, ou du moins fixer de manière conventionnelle⁴²¹. En l'espèce, c'est donc la libération des prix et la concurrence accrue qui ont impliqué la renégociation du contrat, afin que ce dernier conserve un certain équilibre et soit performant d'un point de vue économique pour les parties.

De plus, il convient de remarquer comme ont pu le souligner certains auteurs⁴²² qu'en réalité la rentabilité constituait le véritable nœud de cette affaire. En effet, le préambule du contrat de distribution prévoyait que la société devait faire bénéficier le distributeur de diverses aides « dans la limite d'une rentabilité acceptable ». À ce titre la Cour de cassation relève que « l'arrêt ne dit pas que la société BP était tenue d'intégrer M. Huard dans son réseau « en lui assurant une rentabilité acceptable »⁴²³ ». En réalité, les juges du fond ont procédé au rééquilibrage du contrat sous le signe de la bonne foi, comme nous l'avons vu précédemment. Ils ont été approuvés par la Cour de cassation. Ainsi, la question qui peut se poser est de savoir si cela ne revient pas à affirmer en réalité que le fournisseur de bonne foi est celui qui permet à son distributeur d'avoir une activité rentable⁴²⁴? Et donc d'être performant d'un point de vue économique.

Sept ans après cet arrêt, toujours dans le domaine de la distribution, mais cette fois-ci à propos d'un mandat, la révision du contrat pour changement des circonstances économiques se trouve réaffirmée. En effet, dans l'arrêt *Chevassus-Marche* il semble que la bonne foi donne à nouveau naissance à un droit à la concurrence. Dans cet arrêt la chambre commerciale vient affirmer que la révision de la loi contractuelle est possible en cours

⁴²⁰ J. Mestre, obs. sous Cass. com. 3 nov. 1992, « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », *art. prec.*

⁴²¹ J. Mestre, obs. sous Cass. com. 3 nov. 1992, « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », *art. prec.*

⁴²² M. Oudin, « La rentabilité, une notion juridique en construction », in O. Sabard, J. Bourdoiseau et *alii*, *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz 2014, p. 165.

⁴²³ Cass. com. 3 nov. 1992, n°90-18547, Bull. 1992 IV n° 338 p. 241.

⁴²⁴ M. Oudin, « La rentabilité, une notion juridique en construction », *art. prec.*

d'exécution, si les conditions financières initialement fixées par la loi contractuelle ne permettent plus au mandataire de rester compétitif au regard des circonstances nouvelles qui entourent son action, et donc l'exécution du contrat de mandat⁴²⁵. Il semble donc que la chambre commerciale, au nom de la performance économique du contrat, sur le fondement de la bonne foi, offre la possibilité aux parties de renégocier le contrat lorsque ce dernier n'est plus compétitif pour les contractants.

La première chambre civile semble du même avis que la chambre commerciale, cependant elle souhaite opérer une distinction importante dans un arrêt en date du 16 mars 2006. Elle estime en l'espèce que le demandeur mettait en cause un déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat, ce qui ne peut conduire à la renégociation du contrat en cours d'exécution⁴²⁶. La distinction opérée par la première chambre civile est très importante puisqu'elle retient que le « déséquilibre structurel du contrat », c'est-à-dire celui qui existe dès le départ, ne peut justifier une rupture unilatérale avant le terme et doit être supporté jusqu'au bout⁴²⁷. Il faut comprendre que dans ce cas, elle n'admet pas une renégociation du contrat en cours d'exécution. En l'espèce, il était donc impossible de reprocher aux contractants leur refus de renégocier les termes du contrat au mépris de leur obligation de loyauté. En revanche, s'il survient « une modification imprévue des circonstances économiques » on suppose que la première chambre civile adoptera la même solution que la chambre commerciale.

Des solutions semblables ont été rendues par la Cour d'appel de Paris⁴²⁸ et de Nancy⁴²⁹. Dans ces arrêts, il ne s'agissait pas cependant de la renégociation du contrat, mais du juge qui a invité les parties à procéder à la négociation d'un avenant au contrat afin de s'adapter aux changements de circonstances économiques⁴³⁰. La question posée dans ces arrêts est de savoir s'il y a matière à révision lorsqu'en cours d'exécution un événement extérieur imprévu⁴³¹ vient procurer à l'une des parties un gain supplémentaire lié à l'activité

⁴²⁵ J. Mestre, obs. sous Cass. com. 24. nov. 1998, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel » *RTD civ.* 1999, p. 98.

⁴²⁶ J. Mestre, obs. sous Cass. civ 1^{er} 16 mars 2004, « Il ne faut pas confondre « déséquilibre structurel » et « modification imprévue des circonstances économiques », *RTD civ.* 2004, p. 290.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ J. Robert, note sous Paris, 28 sept. 1976, EDF c/ Shell Française, *JCP* 1978, II., 18810.

⁴²⁹ O. Cachard, note sous Nancy, 26 sept. 2007, SAS Novacarb c/ SNC Socoma, *RDLC* 2008, p. 49, n° 2969.

⁴³⁰ B. Fages, obs sous Nancy, 26 sept. 2007, SAS Novacarb c/ SNC Socoma, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », *RTD civ.* 2008, p. 295.

⁴³¹ Un changement de législation fiscale, instauration d'une zone franche, attribution d'une subvention...

qu'elle exerce en vertu du contrat ⁴³²? D'après la jurisprudence, il semble que tout dépende du type de contrat et du déséquilibre qu'il crée entre les parties par rapport à l'activité exercée⁴³³. Cependant, il a fallu attendre la réforme du droit des obligations pour répondre à cette question de manière tranchée.

c. La possible contractualisation de la révision du contrat pour imprévision

85. La renégociation conventionnelle, un mécanisme stratégique utile aux cocontractants. Les parties peuvent prévoir la renégociation du contrat à l'avance par une clause de renégociation. Mais la révision de contrat ne se fera que dans les cas prévus spécifiquement par la clause, ce qui est très restrictif et ne permet pas de prévoir une renégociation en cas d'imprévision.

En effet, il existe des situations où les parties ont prévu dès le départ des obligations de renégociations en cas de changement de circonstances au sein du contrat. Lorsque les parties auront prévu une clause de renégociation, elles auront l'obligation de revoir les termes du contrat. C'est un moyen pour les parties de se ménager un pouvoir de révision du contrat afin de l'adapter aux circonstances économiques. Ainsi, au lieu de résilier le contrat qui ne leur conviendrait plus, elles vont en renégocier les termes. Elles se doivent de respecter certaines conditions qui varient selon le type de clause. Cela peut concerner une adaptation du prix, voir de la prestation essentielle. Les parties peuvent alors insérer des clauses d'adaptation qui vont faire du contrat un acte de prévision, en étant un contrat évolutif. Ainsi, le contrat reste compétitif, rentable et donc performant sur le long terme.

Les clauses de renégociation sont très présentes dans les contrats conclus sur le long terme, en effet les parties auront besoin de renégocier le contrat afin que ce dernier reste compétitif et rentable. « La clause de renégociation est celle par laquelle les parties prévoient que, en présence de certains faits qu'elles caractérisent, elles s'efforceront de se mettre d'accord pour modifier la teneur des obligations prévues par le contrat en cours. Le but de la clause de renégociation est donc de maintenir le contrat, mais sur des bases renouvelées. ⁴³⁴»

⁴³² B. Fages, obs sous Nancy, 26 sept. 2007, SAS Novacarb c/ SNC Socoma, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », *art. prec.*

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, 2010, n° 43.09.

Ces clauses de renégociation peuvent porter sur le prix, le délai, la quantité du bien à livrer ou encore sa qualité ou sa spécificité⁴³⁵. Il est vrai que ce type de clause est essentiel pour les parties à un contrat à l'heure actuelle, cela permet en effet d'éviter de faire naître un déséquilibre contractuel entre les droits et obligations des parties⁴³⁶. Par exemple en ce qui concerne le prix la clause d'adaptation est la plus courante, il s'agit de la clause d'échelle mobile ou encore d'indexation, le prix varie selon un indice prédéterminé à l'avance de manière contractuelle. La clause de renégociation portant sur le prix permet ainsi de remédier à l'automatisme de ce dernier et permet donc au contrat de rester équilibré pour les parties, compétitif et rentable.

En ce qui concerne la clause de renégociation portant sur la spécificité d'un produit, cette dernière est très fréquente dans les contrats de transfert de technique ou de commercialisation⁴³⁷. En effet, dans ce type de contrat il peut arriver que la technologie évolue et la renégociation du contrat devient alors primordiale pour les contrats s'ils veulent rester performants par rapport à leurs concurrents.

86. La clause de *hardship* permettant la compétitivité du contrat sur le long terme. La clause de *hardship* est la clause qui correspond le plus à une clause de renégociation. Elle se définit comme « celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie, si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur.⁴³⁸ » La formulation des clauses de *hardship* varie selon le type de contrat. Il convient de préciser qu'elles doivent être précises sinon elles risquent d'être la source d'incertitude pour les parties⁴³⁹.

87. La clause d'offre concurrente et la clause du client le plus favorisé qui garantissent l'intérêt stratégique du contrat. Parmi les clauses de renégociation permettant une performance sur le long terme pour les parties, on compte les clauses d'offre

⁴³⁵ Ch. Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », Colloque d'Aix-en-Provence, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141 et s.

⁴³⁶ A. Bénabent, *Droit des obligations, op. et loc.*, p. 375, n° 762.

⁴³⁷ Ch. Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », Colloque d'Aix-en-Provence, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141 et s.

⁴³⁸ B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI*, 1974, p. 794 et s.

⁴³⁹ B. Fages et J. Mestre, *Droit du contrat*, Lamy, 2015, n° 348-29.

concurrente ainsi que les clauses du client le plus favorisé. La clause d'offre concurrente permet une adaptation du contrat à la situation du marché, ainsi ce type de clause garantit l'intérêt stratégique du contrat⁴⁴⁰. Le but est d'assurer un certain niveau de compétitivité et d'en garantir l'efficacité⁴⁴¹ stratégique pour les parties. Elle permet de prévoir une renégociation du contrat en fonction des données de la concurrence. Elle engage son débiteur à aligner son offre sur celle d'un tiers qui serait plus intéressante pour son contractant⁴⁴². Si l'offre se révèle plus avantageuse que le contrat en cours d'exécution, soit le vendeur accepte d'aligner ses conditions sur l'offre concurrente, soit, dans le cas contraire, l'acheteur peut contracter avec le tiers. Cependant, la mise en pratique de ce type de clause est assez délicate puisqu'il est difficile d'apprécier ce qu'est une offre plus favorable⁴⁴³. En effet cela va dépendre de divers paramètres tels que le prix, la qualité, les délais de livraison, les garanties... De plus, la mise en œuvre de ces clauses peut devenir délicat, car il se trouve que la description et la preuve de l'offre concurrente sont parfois peu compatibles avec le secret des relations d'affaires⁴⁴⁴. La clause d'offre concurrente reste un moyen efficace de garantir l'efficacité du contrat et sa rentabilité, puisque l'acheteur aura la possibilité de conclure aux conditions les plus avantageuses en fonction de ses attentes. L'insertion d'une telle clause dans un contrat permet de garantir la performance stratégique et financière du contrat.

Il en va de même pour les clauses du client le plus favorisé, c'est la clause qui impose à une partie de faire bénéficier son client des conditions plus avantageuses qu'il pourrait conclure ultérieurement avec un autre client, pendant la durée du contrat. Par exemple, il s'agit du cas où un fournisseur s'engage à faire bénéficier à son client des conditions les plus favorables qu'il est susceptible de conclure postérieurement avec d'autres clients⁴⁴⁵. Pour un fournisseur, il s'agit de lier son contrat aux évolutions du marché lorsque la nouvelle offre accordée par ce dernier est significative de l'état du marché⁴⁴⁶.

⁴⁴⁰ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op. cit.*, p. 287, n° 404.

⁴⁴¹ Voir A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op. cit.*

⁴⁴² A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op. loc. cit.*

⁴⁴³ Ch. Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », Colloque d'Aix-en-Provence, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, *art. prec.*, p. 148, n° 23.

⁴⁴⁴ B. Fages et J. Mestre, *Droit du contrat*, n° 348-25.

⁴⁴⁵ C. Asfar Cazenave, « L'anticipation des risques par l'entreprise », Colloque la Rochelle, Les stratégies d'anticipation des risques dans contrats internationaux, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2014.

⁴⁴⁶ A.-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op. cit.*, p. 291, n° 409.

88. La mise en œuvre contestée de ces clauses. Il convient de préciser que ce type de clause posait problème au regard du droit des obligations⁴⁴⁷ et du droit de la concurrence. Au regard du droit des obligations, il se pose la question de la validité de cette clause lorsqu'elle est conclue par un client qui se trouve dans une situation de faiblesse ou d'infériorité par rapport à son cocontractant⁴⁴⁸. Par exemple, si la clause conduisait le fournisseur à vendre à perte, il serait possible d'invoquer un manquement à l'exigence de bonne foi. De même, la théorie de l'abus de droit peut également être un moyen de protéger le fournisseur contre l'application d'une telle clause, surtout si cette dernière conduit le fournisseur à des difficultés financières⁴⁴⁹. De même, la clause du client le plus favorisé peut poser problème au regard du droit de la concurrence. Par exemple, au regard des pratiques restrictives de concurrences avec l'article L 442-6, II du code de commerce qui dispose que « sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel (...) de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ». Cette clause peut également être contestée si elle crée un déséquilibre significatif⁴⁵⁰ entre les droits et obligations des parties. C'est le cas si « la clause est insérée dans des contrats types proposés par le client uniformément à l'ensemble des fournisseurs sans ménager de place pour la négociation et sans l'assortir d'une contrepartie au bénéfice des fournisseurs, le caractère déséquilibré est nécessairement renforcé.⁴⁵¹»

Au regard du droit de la concurrence, ce type de clause peut poser problème, car elles peuvent avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché. En effet, ces clauses peuvent avoir pour objet de modifier artificiellement la variation des prix, tout en faisant obstacle au jeu des mécanismes de marché au regard de l'article L420-1 2° du Code de commerce. De même sur le plan communautaire, certaines décisions ont considéré que ces clauses peuvent limiter la liberté de contracter avec des tiers. Par exemple, dans la décision *Prayon* de la Commission européenne du 14 décembre 1982, il a été retenu que le bénéficiaire de la clause demeure lié

⁴⁴⁷ Avant l'intervention de la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016.

⁴⁴⁸ Ch. Aronica, « La clause du client le plus favorisé », *AJ Contrats d'affaires concurrence distribution*, 2014, p. 69.

⁴⁴⁹ D. Mazeaud, note sous Cass. com. 24 nov. 1998, n° 96-18357, Defrénois 1999, p. 371.

⁴⁵⁰ Article 1171 C. civ prohibe à présent « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ».

⁴⁵¹ Ch. Aronica, « La clause du client le plus favorisé », *AJ Contrats d'affaires concurrence distribution*, 2014, p. 69.

au fournisseur et va jusqu'à l'empêcher de traiter avec des tiers à de meilleures conditions⁴⁵². Ces clauses de renégociations font débat en pratique et font l'objet d'un contrôle au cas par cas pour apprécier l'effet concurrentiel du dispositif. Cependant, ces clauses restent très utiles en pratique et sont fortement utilisées pour les contrats à long terme, notamment dans le domaine de la grande distribution où les contractants doivent faire face à toujours plus de concurrence.

2. L'admission au sein du nouveau Code civil de la théorie de la révision du contrat pour imprévision en faveur d'un contrat performant sur le long terme

89. La codification de la théorie de l'imprévision au sein du nouveau Code civil. L'ordonnance du 10 février 2016, à présent ratifiée, a introduit dans le Code civil la possibilité, sous certaines conditions, de réviser le contrat en cours en cas de circonstances imprévisibles. L'article 1195 prévoit donc que « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. » Cet article est une avancée primordiale en droit civil et plus particulièrement pour les contrats d'affaires. En effet, le fait d'admettre la possibilité pour les parties de renégocier leur contrat afin de l'adapter aux circonstances économiques et qu'aucune des parties ne subissent un éventuel déséquilibre financier, est une avancée pour la vie contractuelle des affaires⁴⁵³. Le contrat prend une dimension plus économique et la

⁴⁵² Décision *Prayon* 82/866/CEE de la Commission européenne du 14 déc. 1982 relative à l'application de l'article 85 du Traité CEE.

⁴⁵³ L'esprit sous-jacent de la réforme serait en effet de prôner l'équilibre et l'efficacité du contrat. « C'est manifestement le souci de l'équilibre contractuel qui sous-tend le plus fortement l'ordonnance. L'équilibre du contenu du contrat est visé à premier titre, au travers de la sanction de l'abus de dépendance et des clauses abusives, et garanti dans la durée par la consécration de la révision contractuelle ou judiciaire du contrat pour imprévision. » *in*. H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.* 2016, p. 247.

renégociation permettra aux parties de maintenir les relations d'affaires qu'elles entretiennent sur le long terme.

La renégociation du contrat permet plus de flexibilité, de garantir un contrat compétitif et rentable sur le long terme. Elle participe donc directement de la performance économique du contrat. Et le fait pour le juge de pouvoir renégocier le contrat pourrait s'analyser comme une invitation à préserver la rentabilité du contrat pour les parties. Ainsi, cette invitation à renégocier peut s'analyser en réalité en une invitation pour le juge à maintenir la performance du contrat d'un point de vue économique⁴⁵⁴.

90. Les conditions nécessaires pour la révision du contrat. Il y aurait donc deux conditions cumulatives. La première condition concerne la nature du changement qui devra être imprévisible, et ce au moment de la conclusion du contrat. C'est-à-dire que cela ne pouvait être prévu au moment où les parties ont conclu le contrat. La seconde concerne les conséquences du changement de circonstances⁴⁵⁵. En effet, le changement de circonstances doit rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour la partie qui n'avait pas prévu d'en assumer le risque. Le changement de circonstances doit donc créer un déséquilibre économique entre les deux parties.

Dans l'hypothèse où ces deux conditions sont remplies, l'une des parties pourra demander une renégociation à son cocontractant, et en cas d'échec ou de refus les parties bénéficieront alors de deux options. La première possibilité qui s'offre à elles est de mettre fin au contrat par le jeu de la résolution. La seconde option qui s'offre à elles est de demander au juge de renégocier lui-même le contrat. Cependant, la condition posée en l'espèce n'est pas moindre puisque les parties doivent convenir de faire appel au juge d'un commun accord. Si aucun accord n'est trouvé entre les parties dans un délai raisonnable, le juge peut, cette fois-ci à la demande d'une des parties seulement, réviser le contrat ou y mettre fin dans les conditions qu'il fixe⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ En ce sens, la performance d'un point de vue économique serait le fait de maintenir un certain équilibre contractuel entre les droits et obligations des parties, de maintenir la rentabilité du contrat tout en s'adaptant aux changements de circonstances économiques, de permettre aux parties de pouvoir atteindre leurs objectifs tout en limitant les pertes.

⁴⁵⁵ Sur la notion de « circonstances ». Le terme circonstances paraît « justifier des exclusions analogues à celles qu'emportait la défunte condition d'extériorité en matière de force majeure » *in* Ph. Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* hors-série 2016, p. 38.

⁴⁵⁶ Le pouvoir donné au juge par ce nouvel article est une innovation majeure en droit des contrats et le fait de l'inviter à prendre en considération des préoccupations économiques afin d'adapter le contrat aux

Ce nouvel article introduit bien la révision pour imprévision dans le Code civil français, cependant on peut craindre qu'en pratique sa mise en œuvre ne soit quelque peu chimérique. En effet, seront certainement rares les cas où les parties arriveront à se mettre d'accord pour mettre le sort de leur relation contractuelle entre les mains du juge, qui sera chargé de renégocier le contrat à leur place. On peut même se demander si cela ne va à l'encontre du principe de la non-immixtion du juge dans les relations d'affaires⁴⁵⁷. Il est également important de préciser que cet article est à combiner avec les exigences de bonne foi. En effet, le législateur est parti du postulat que les parties exécuteraient le contrat de bonne foi, qu'éventuellement elles tenteraient une renégociation de bonne foi, et c'est seulement en cas d'échec que le juge interviendrait. Cependant, on peut se demander si un contractant de mauvaise foi n'aurait pas intérêt à faire échouer toutes éventuelles renégociations afin d'obtenir la fin de la relation contractuelle ?

91. Conclusion de la section relative à la performance au cœur de la dynamique contractuelle. En matière de contrats d'affaires, l'essence même du contrat et la motivation des contractants résident certainement dans l'aspect économique des opérations qu'elles concluent. En effet, bien souvent les motivations des contractants sont de nature financière dans le monde des affaires, même s'il convient de rappeler que le contrat ne peut être vu comme un instrument économique avant d'être perçu comme un instrument juridique. Les parties à un contrat vont donc utiliser les mécanismes juridiques à leur disposition afin d'atteindre les performances souhaitées. Par exemple, les parties peuvent choisir d'associer le débiteur d'une obligation aux résultats financiers, c'est le cas notamment lors d'une cession de société lorsqu'il est inséré une clause d'*earn out* dans le contrat de cession. Cette clause permet en effet d'associer le cédant aux résultats futurs de l'entreprise, autrement dit le cédant reste associé aux performances futures de la société. Dans ce cas, il

nouvelles circonstances est également une grande avancée en droit civil. V. N. Rontchevsky, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats » *AJCA* 2016, p. 112.

⁴⁵⁷ A ce propos, le projet de loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 a fait naître des désaccords entre les deux chambres notamment à propos de la théorie de l'imprévision. Le Sénat était fermement opposé à l'introduction de cette théorie en droit civil V. F. Chénéde, « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ Contrat* 2018, p. 25.

« Pour le rapporteur du projet de loi, F. Pillet, les dispositions relatives à la révision judiciaire pour imprévision portent, en effet, « une atteinte disproportionnée au principe de la force obligatoire du contrat et altèrent gravement l'image du droit français » (séance du 1^{er} févr. 2018). » in X. Delpech, « « Réforme de la réforme » du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision » *AJ Contrats* 2018, p. 52.

Finalement l'article 1195 du Code civil n'a pas été modifié et a été ratifié comme rédigé initialement.

s'agit bel et bien d'un intéressement aux performances financières de la société. Cet intéressement permet un certain maintien des performances sur le long terme. Un autre mécanisme juridique nous est apparu essentiel à la compétitivité du contrat. En effet, le nouveau Code civil admet à présent la révision du contrat pour imprévision, ce mécanisme prévoit l'adaptation du contrat lorsqu'un changement significatif des circonstances intervient. Il s'agit d'une réelle avancée pour les parties au sein des contrats d'affaires. En effet, cette possible adaptation du contrat permet aux parties de rester compétitives dans un monde où la concurrence est de plus en plus accrue avec la mondialisation. Le droit français se devait de réagir face à la trop grande rigidité des contrats français afin de rester un droit attractif⁴⁵⁸. Ce nouveau mécanisme facilite grandement les relations contractuelles, car la conjoncture actuelle, avec la mondialisation et les évolutions technologiques constantes, ne permettait plus au contrat français de rester compétitif et attractif. Ainsi, nous sommes à présent, à travers ces divers mécanismes, en présence d'un contrat qui peut être prévisible, compétitif, et évolutif pour les parties. Un droit des contrats performant, pour un contrat performant, apportant des performances financières sur le long terme.

92. Conclusion du chapitre relatif à la performance, un élément saisi par le contrat. La performance est un acteur majeur de la vie des affaires de par son importance croissante au sein des contrats d'affaires. La contractualisation de la performance est une étape importante en droit des affaires, plus précisément en matière contractuelle. En effet, elle permet d'assurer plus de prévisibilité, de dynamisme, et de stratégie aux acteurs de la vie des affaires. La performance peut se définir comme un objectif à atteindre avec des moyens et des méthodes efficaces, tout en limitant les pertes financières et les effets néfastes pour l'environnement. Autrement dit, il faut percevoir la performance non seulement comme un résultat à atteindre, mais également comme une utilisation efficace des moyens mis à disposition et une limitation des pertes, peu importe qu'elles soient humaines, environnementales, ou financières. Ainsi, une fois les performances à atteindre identifiées par les parties à un futur contrat, il est possible pour elles, à travers divers outils juridiques, de contractualiser ces résultats à atteindre. Il est donc possible de contractualiser la performance au sein de clauses contractuelles diverses. Les outils contractuels vont permettre de contractualiser les performances recherchées afin de garantir un résultat. D'une

⁴⁵⁸ N. Rontchevsky, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats » *art. prec.*

part, les parties à un contrat doivent identifier les performances qu'elles souhaitent réaliser à travers l'opération contractuelle. Il convient alors d'identifier clairement les types de performances recherchés, à savoir si elles sont financières ou non financières, et de les quantifier. En effet, il est toujours préférable de chiffrer les performances à atteindre afin d'être le plus précis possible, pour que le débiteur de l'obligation cible les objectifs qu'il doit atteindre. À ce titre, les clauses d'objectifs ou de rendement sont très utiles pour contractualiser les performances à atteindre. Mais d'autres outils contractuels existent afin de contractualiser la performance, de manière plus indirecte. C'est le cas des outils contractuels facteur de différenciation. En effet, le fait d'adopter par le biais d'outils contractuels une certaine politique de différenciation durable permettra aux acteurs de la vie des affaires de rester compétitifs.

Ainsi, objectifs de performance et recherche de compétitivité demeurent possibles grâce aux outils contractuels à disposition des parties au sein des contrats d'affaires. L'obligation de performance reste une notion primordiale en droit des affaires qui a besoin d'être contractualisée à travers des garanties et des clauses d'objectifs.

Chapitre 2 : La performance, un enjeu saisi par le juge

93. La référence à la performance dans la sphère contractuelle amène à s'interroger sur la prise en compte par le juge de cette notion. La performance économique, sociale ou environnementale est un enjeu important en droit des affaires qui doit être saisi et apprécié par le juge. Elle devient un véritable critère d'appréciation de la licéité d'un comportement. À ce titre, la performance doit servir de tuteur aux comportements des acteurs de la vie des affaires. Il peut s'agir du comportement d'une société vis-à-vis de l'environnement, du comportement d'un constructeur vis-à-vis de la performance énergétique, ou encore du comportement du franchiseur envers son réseau de franchise. Le juge utilise la performance et elle devient un véritable critère d'appréciation judiciaire. En effet, les juges, non seulement ont le pouvoir de prononcer des sanctions à l'égard des contractants qui ne respectent pas leurs objectifs de performance, mais en plus, les juges peuvent prononcer une sanction à l'égard du contrat lui-même lorsque celui-ci n'est pas performant pour les parties.

94. Il convient donc de reconnaître que le juge à l'heure actuelle, prend en compte directement la performance pour apprécier la validité de certains comportements, même pour les sanctionner. Les juges ont le pouvoir de prononcer la nullité de certains contrats pour défaut de performance. Mieux encore, en droit de l'environnement, les juges et le législateur considèrent que la performance énergétique entre directement en compte pour apprécier la licéité d'un comportement. Il est vrai que la performance environnementale a un rôle de plus en plus important pour les entreprises, ce rôle ne doit pas être négligé et les entreprises se doivent d'être respectueuses de l'environnement sous peine de sanction. Ainsi, la reconnaissance du préjudice écologique, la performance énergétique des bâtiments, ou encore la responsabilité sociale des entreprises, autant de notions qui participent à la reconnaissance progressive de la performance environnementale par les juges.

La performance, quelle que soit, sa forme est un enjeu qui doit être saisi par le juge, tant elle a d'importance à l'heure actuelle. Elle sert de critère d'appréciation de la licéité d'un comportement à travers les notions de rentabilité, de viabilité économique, d'énergie et d'environnement. Ainsi, la performance environnementale devient un véritable critère d'appréciation de la licéité d'un comportement (**section1**), sans oublier la performance

économique qui a été reconnue à plusieurs reprises comme l'essence même des contrats de distribution notamment (**section2**).

Section 1 : La performance environnementale, critère d'appréciation de la licéité d'un comportement

95. Les juges appréhendent la performance afin d'apprécier la licéité d'un comportement. À ce titre, il convient d'étudier dans quels cas les juges se réfèrent directement à la performance afin d'apprécier un comportement. Sur ce point, il existe deux phénomènes importants dans l'appréciation de la performance par les juges. Il convient de distinguer la performance économique de la performance environnementale, qui feront toutes deux l'objet d'une étude approfondie afin de comprendre comment elles sont appréhendées par le juge et deviennent de véritables critères d'appréciation judiciaire. Pour commencer, il convient d'étudier la prise en compte de la performance environnementale par les juges, qui doit rester au cœur des préoccupations des acteurs de la vie des affaires. Ainsi, les juges, les autorités, le législateur doivent y être très attentifs et garantir son respect sur le long terme. C'est dans cette optique que le juge a adopté une reconnaissance progressive de la performance environnementale (§1), et qu'il la consacre enfin avec l'affaire *Erika*, et l'intègre au sein du Code civil (§2).

§1 : Les prémices de la reconnaissance de la performance environnementale

96. La performance environnementale s'impose peu à peu aux acteurs de la vie des affaires qui se doivent d'adopter un comportement responsable et respectueux de l'environnement (**A.**). Depuis l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du Code de l'environnement, le droit de l'environnement s'est vu codifier ce qui a abouti à une prise de conscience des entreprises privées d'être respectueuses de l'environnement. En effet, en 2002, pour la première fois des entreprises privées participent au sommet mondial pour le développement durable, à Johannesburg, dès lors leur responsabilité peut être engagée sur des questions environnementales. On assiste alors à la naissance de garanties environnementales contractuelles et la sanction en cas de manquement à ces dernières (**B.**).

A : Un comportement responsable et respectueux de l'environnement

97. Le manquement à la performance environnementale. Le dommage écologique a été évoqué pour la première fois afin d'évoquer la particularité du préjudice indirect causé par une atteinte à l'environnement⁴⁵⁹. Il s'agit donc du dommage causé par l'homme à l'environnement. Ainsi, lorsqu'une entreprise a un comportement qui cause un préjudice à l'environnement, elle manque à son devoir général de performance environnementale. En effet, le dommage écologique, ou le préjudice écologique résulte d'un défaut de performance environnementale. La performance environnementale peut alors se définir comme le respect pour les acteurs de la vie des affaires de l'environnement, et plus précisément, le fait d'adopter un comportement responsable et respectueux de l'environnement. La performance environnementale consiste à ne pas porter atteinte à l'écosystème.

98. Le manquement à la performance environnementale à travers le dommage causé à l'environnement. La doctrine s'est longtemps interrogée sur le fait de savoir si le dommage écologique est un dommage causé à l'homme ou à l'environnement. Pour certains auteurs, le dommage écologique est celui causé aux personnes de manière indirecte⁴⁶⁰. Pour d'autres auteurs, il s'agit du dommage causé par l'homme à l'environnement. Dans ce cas, il s'agit d'une responsabilité par ricochet puisque c'est l'homme qui subira à contre coup le dommage directement causé à l'environnement. C'est pourquoi certains auteurs comme F. Caballero préconisent la reconnaissance d'un dommage direct à l'environnement, pris en sa qualité de victime du trouble. Cet auteur pose ainsi la définition suivante : « est dommage écologique tout dommage causé directement au milieu pris en tant que tel indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens⁴⁶¹ ». Ainsi, il y aura réparation du préjudice causé à l'homme par l'intermédiaire du milieu s'il est possible d'établir le caractère personnel, direct et certain du préjudice⁴⁶². La reconnaissance du préjudice écologique a donc été progressive, ce qui est sans doute dû au fait que le droit de l'environnement lui-même est un droit très récent, ses sources sont

⁴⁵⁹ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011, p. 1052, n° 1255.

⁴⁶⁰ P. Girod, *La réparation du dommage écologique*, LGDJ, 1974, p. 13.

⁴⁶¹ F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981, p. 293.

⁴⁶² A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, p. 210, n° 302.

notamment jurisprudentielles en droit international et européen⁴⁶³. Sa codification en droit interne date de l'ordonnance du 18 septembre 2000 et la reconnaissance du préjudice écologique date de 2010 suite au naufrage de l'Erika.

B : La sanction du manquement aux obligations contractuelles de performance environnementale

99. La possibilité de mettre en place des garanties environnementales contractuelles. La donnée environnement est un nouveau risque à prendre en compte par les parties à un contrat et par les entreprises. En effet, les potentiels dommages causés à l'écosystème doivent être appréhendés et prévus par les entreprises et les contractants, car ils peuvent être la conséquence directe de pertes financières importantes. Le contrat est alors un instrument de gestion des risques par le biais d'obligation de performances environnementales imposées aux parties⁴⁶⁴. Notamment il existe des clauses de garantie de passif environnementale ayant pour objet de répartir la charge du coût lié à la découverte d'une pollution⁴⁶⁵. Il est en effet possible lors d'une cession de droits sociaux de prévoir une garantie de passif qui portera sur les risques environnementaux. Ainsi pour se protéger des risques liés à une exploitation passée, il est désormais admis que les industriels fassent appel à des garanties environnementales contractuelles. Elles sont communément négociées dans le cadre d'une cession de droits sociaux, même si le contexte juridique, l'identification des risques et l'évaluation du coût restent encore très incertains⁴⁶⁶. À ce titre, l'une des premières décisions relative au risque environnemental dans les cessions de droits sociaux a été rendu par la Cour d'appel de Paris le 5 mars 2004⁴⁶⁷. Dans cette décision les juges du fond admettent la garantie du cédant pour non-respect des règles environnementales. À ce titre, il convient de remarquer qu'entre la réglementation de plus en plus contraignante en matière

⁴⁶³ F.-G. Trébulle, « Droit de l'environnement », *D.* 2010, p. 2468.

⁴⁶⁴ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377.

⁴⁶⁵ M.-P. Blin-Franchomme, *Sites et sols pollués*, Litec, coll. Débats, 2010.

⁴⁶⁶ L. Mitrovic, « La maîtrise du risque environnemental dans les cessions de droits sociaux », *D.* 2002, p. 2666.

⁴⁶⁷ Paris, 25^e ch. B, 5 mars 2004, *Consorts Vendrand c/ CGEA Onyx*.

de protection de l'environnement et son application de moins en moins laxiste, on peut s'attendre à une utilisation accrue de ce type de clauses⁴⁶⁸.

100. Le manquement à une obligation de performance environnementale sanctionné par le juge. Ainsi, les obligations de performance environnementale insérées dans un contrat rentrent dans le champ de la force obligatoire du contrat et pourront faire l'objet de sanctions en cas de manquement à l'une d'elles. Cependant, le juge vérifiera que le manquement à une obligation de performance environnementale contractuelle fasse l'objet d'une inexécution suffisamment grave pour entraîner l'anéantissement du contrat⁴⁶⁹. Dans un arrêt du 13 décembre 2011, la Cour de cassation refuse de prononcer la résolution du contrat. Dans cet arrêt, le vendeur souhaitait prévenir les risques de pollution que pourrait subir son exploitation agricole, mais il n'avait pas été démontré que l'activité de tri du sous-acquéreur était créatrice de risques, sa violation n'était pas suffisamment grave pour conduire à l'anéantissement du contrat⁴⁷⁰. Cependant, dans une autre décision du 10 décembre 2012⁴⁷¹, la Cour de cassation a qualifié de grave le comportement du contractant de ne pas respecter son obligation d'information envers le créancier en ce qui concerne les modalités d'éliminations des déchets à l'occasion d'un contrat d'enlèvement des déchets⁴⁷². Cette solution est bien la preuve que les juges sanctionnent les atteintes à une obligation contractuelle de performance environnementale. Ces clauses qui imposent un certain comportement environnemental sont aujourd'hui très présentes dans les contrats liant producteurs et fournisseurs.

⁴⁶⁸ C. Champaud et D. Danet, Obs. sous Paris, 25^e ch. B, 5 mars 2004, « Garantie de passif. Cession de droits sociaux. Non-respect des règles environnementales. Évaluation du préjudice. Garantie du cédant (oui) », *RTD com.* 2004, p. 525.

⁴⁶⁹ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *art. préc.*

⁴⁷⁰ M. Boutonnet, « Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle », *D.* 2012, p. 790.

⁴⁷¹ Civ. 3^e, 1^{er} déc. 2010, n° 09-16.516, *JCP E* 2011. 1786, chron. F. G Trébulle.

⁴⁷² M. Boutonnet, « Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle », *art. préc.*

§2 : La consécration de la performance environnementale, un véritable critère d'appréciation judiciaire à travers la reconnaissance du préjudice écologique par les juges

101. Dans son célèbre arrêt du 25 septembre 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation est venue reconnaître l'existence du préjudice écologique à l'occasion du naufrage de l'*Erika* (A.). La reconnaissance de l'autonomie de ce préjudice écologique pur a amené les rédacteurs de la réforme du Code civil à introduire dans ce dernier la réparation du préjudice écologique (B.).

A : La reconnaissance par la Cour de cassation du préjudice écologique

102. L'affaire Erika. En 1999, le naufrage du pétrolier Erika a suscité d'importants dommages causés à l'environnement que l'on peut qualifier de catastrophe écologique. Ce naufrage a suscité un contentieux hors norme afin de réparer les préjudices causés. Il convient de procéder à un bref rappel des faits avant de se pencher sur la question du préjudice écologique et de la solution retenue par les différentes juridictions. Le navire pétrolier « Erika » âgé de 24 ans transportait plus de 30 000 tonnes de fioul lourd. Ce dernier s'est brisé en deux le 12 décembre 1999 au large de la Bretagne du Sud, dans la zone économique exclusive française. La cause du naufrage a été attribuée, après expertise, à une insuffisance de la structure du navire dû notamment à une importante corrosion de la coque⁴⁷³. Tout d'abord, la Cour d'appel de Paris le 30 mars 2010 retient la culpabilité de Total comme décideur pour non-respect d'un engagement volontaire⁴⁷⁴. De plus, les juges retiennent également le préjudice à l'environnement en le qualifiant de préjudice objectif autonome. En revanche, les juges du fond n'ont pas retenu la responsabilité de Total en dépit de sa culpabilité. La Cour d'appel et le tribunal distinguent donc d'une part, le préjudice écologique du préjudice moral subi par les associations (notamment l'atteinte à leur image), et d'autre part, le préjudice résultant d'atteintes à des intérêts collectifs catégoriels tels que les professionnels, les consommateurs, les habitants⁴⁷⁵. Ces décisions marquent une forte

⁴⁷³ P. Delebecque, « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime, ou de droit civil ? », *D.* 2012, p. 2711.

⁴⁷⁴ L. Neyret, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civiles et pénales », *D.* 2010, p. 2238.

⁴⁷⁵ P. Jourdain, note sous Cass. crim. 25 septembre 2012, n°10-82838, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *D.* 2013, p. 119.

avancée de la cause environnementale à travers la prise en compte des préjudices écologiques.

103. Le préjudice écologique, un préjudice objectif autonome. Il reste à savoir ce que regroupe cette notion de préjudice écologique. A l'origine, elle était définie par M. Despax comme « tout dommage au milieu naturel qui n'ouvre pas droit à réparation⁴⁷⁶ », aujourd'hui la notion de préjudice écologique est définie comme un dommage causé à « l'environnement, dans ses éléments inappropriés ou inappropriables ⁴⁷⁷ ». Ainsi le dommage écologique est un dommage à part entière indépendamment de ses répercussions sur les personnes et leurs patrimoines. Le préjudice écologique est un préjudice qui peut très bien n'avoir aucune conséquence sur l'homme, mais simplement sur l'environnement lui-même, par exemple la disparition d'une espèce animale ne faisant l'objet d'aucune exploitation par l'homme. Selon L. Neyret⁴⁷⁸, le préjudice écologique doit s'analyser comme un préjudice objectif autonome. En effet, dans l'arrêt de la Cour d'appel, on peut relever différentes formules qui permettent d'attester la volonté des juges de voir le préjudice écologique comme un préjudice autonome, par exemple, le fait d'employer la formule d'« atteinte à l'environnement naturel », ou encore de parler de « préjudice écologique pur », ou de caractériser le préjudice de manière plus précise par « la souillure de la mer et du rivage », « la mort des oiseaux marins », et la pollution de l'estran »⁴⁷⁹.

La Cour de cassation dans un arrêt en date du 25 septembre 2012, a maintenu les solutions retenues par la Cour d'appel, à l'exception de celles qui concerne la société Total. Les juges du fond avaient déclaré Total comme non responsable du préjudice écologique. En revanche, la chambre criminelle a considéré Total comme affréteur et condamne la société à payer solidairement avec le propriétaire, le gestionnaire du navire et la société de classification⁴⁸⁰. En effet, Total a commis une faute de « témérité », qui est une faute inexcusable⁴⁸¹. Le point le plus important de la solution de la Cour de cassation est qu'elle consacre la notion de préjudice écologique qui se définit comme « l'atteinte directe ou indirecte portée à

⁴⁷⁶ M. Despax, *La pollution des eaux et ses problèmes juridiques*, Librairies techniques, 1968, n° 43.

⁴⁷⁷ M.-J. Littmann-Martin et C. Lambrechts, « La spécificité du dommage écologique », in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, 1992, p. 45 s.

⁴⁷⁸ L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006.

⁴⁷⁹ L. Neyret, « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civiles et pénales », *art. prec.*

⁴⁸⁰ P. Delebecque, « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime, ou de droit civil ? », *art. prec.*

⁴⁸¹ P. Jourdain, note sous Cass. crim. 25 septembre 2012, n°10-82838, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *art. prec.*

l'environnement⁴⁸² », et considère justifiées les indemnités allouées en réparation de ce préjudice. Cependant suite à cette solution innovante, plusieurs questions restent en suspens comme le fait de savoir qui peut demander réparation du préjudice écologique, en l'espèce les associations et la collectivité territoriale⁴⁸³. Et également, la question de savoir en quoi consiste le préjudice écologique, qui semble devoir s'analyser comme un préjudice « pur » qui affecte la nature, indépendamment des répercussions qu'il peut avoir sur l'homme⁴⁸⁴. Se pose enfin la question de savoir comment évaluer le préjudice écologique afin de savoir comment les juges vont fixer le montant des dommages et intérêts. Tant de questions qui nécessitent l'intervention du législateur afin d'encadrer le droit commun de la responsabilité civile.

B : La reconnaissance par le Code civil de la réparation du préjudice écologique

104. Un premier pas dans la codification du préjudice écologique au sein du Code de l'environnement. La reconnaissance du préjudice écologique pur soulève donc diverses questions que la jurisprudence et le législateur ont tenté de résoudre. En effet, il peut se poser la question de savoir comment vont être appliqués les principes du droit commun de la responsabilité civile à ce nouveau type de préjudice. À ce titre, il convient de relever la difficulté d'identifier le caractère personnel du préjudice écologique, car la protection des ressources naturelles relève de l'intérêt général et non pas d'un intérêt particulier⁴⁸⁵. C'est pourquoi dans un premier temps c'est le législateur européen qui est intervenu afin d'instituer un régime spécifique de réparation du préjudice écologique pur à travers la directive 2004/35/CE du 21 mai 2004. Transposé en droit français par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 et par le décret n° 2009-468 du 23 avril 2009, ce régime se trouve désormais intégré dans le code de l'environnement aux articles L. 160-1 et suivants et R. 161-1 et suivants. Ce régime impose notamment une réparation en nature avec une remise à l'état initial du milieu naturel. Plus récemment, dans un arrêt de la chambre criminelle du 22 mars 2016⁴⁸⁶, cette dernière fournit un nouveau témoignage de la reconnaissance du préjudice écologique par les juges et de la nécessité de sa réparation. La Cour de cassation affirme dans

⁴⁸² Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82938.

⁴⁸³ P. Jourdain, note sous Crim. 25 septembre 2012, n°10-82838, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *art. prec.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ V. Ravit, « Réflexion sur le terrain du préjudice écologique « pur » », *D.* 2012, p. 2675.

⁴⁸⁶ Cass. crim. 22 mars 2016, n° 13-96.650.

cet arrêt que les juges du fond ne pouvaient refuser pour « des motifs pris de l'insuffisance ou de l'inadaptation du mode d'évaluation proposé par la LPO⁴⁸⁷ », d'ordonner la réparation du préjudice écologique dont ils avaient « implicitement reconnu l'existence »⁴⁸⁸.

105. Une avancée majeure grâce à l'intégration dans le Code civil du préjudice écologique. Dans un second temps, en raison de l'inefficacité de la loi relative à l'environnement de 2008, la loi du 8 août 2016⁴⁸⁹ pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a été adoptée afin d'introduire dans le Code civil la réparation du préjudice. Ainsi le législateur propose une définition générale du préjudice qui englobe le préjudice écologique, ensuite il évoque la question de la réparation en nature de ce préjudice, voire la réparation en dommages et intérêts⁴⁹⁰. À présent dans le livre III du Code civil, dans le sous-titre II la responsabilité extracontractuelle, le chapitre III intitulé la réparation du préjudice écologique, les articles 1246 à 1252 du code civil introduisent la notion et le régime applicable au préjudice écologique. Le Code civil consacre une obligation de réparation du préjudice écologique⁴⁹¹ inspirée grandement de la jurisprudence qui reste à l'origine de la reconnaissance de ce préjudice. Ainsi, le Code civil reconnaît une nouvelle obligation de performance environnementale à travers la reconnaissance du préjudice écologique qui oblige son auteur à réparation. En cas de manquement à l'obligation de performance environnementale, toute personne sera tenue de réparer le préjudice causé à l'environnement. En effet, selon l'article 1246 du Code civil « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». De plus, le Code civil apporte une définition très générale du contenu du préjudice écologique, ce qui ouvre un champ d'application très large pour cette nouvelle action. Le préjudice écologique est défini comme « une atteinte non négligeable⁴⁹² aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux

⁴⁸⁷ LPO : Ligue pour la protection des oiseaux.

⁴⁸⁸ A.-S. Epstein, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.* 2016, n° 1236.

⁴⁸⁹ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

⁴⁹⁰ L. Neyret, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *D.* 2012, p. 2673.

⁴⁹¹ L. De Redon, « La loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages définitivement adoptée au Parlement et publiée au Journal officiel », *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 10, Octobre 2016, alerte 318.

⁴⁹² « Atteinte non négligeable » est une formule qui se rapproche des termes employés par la Cour de cassation en 2012 dans l'affaire Erika. Le législateur a donc voulu rester dans la lignée de la jurisprudence qui est venue reconnaître le préjudice écologique, tout en précisant le contenu et la définition de cette nouvelle notion.

bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement.⁴⁹³ Il convient de remarquer que le préjudice non seulement concerne toute atteinte directe à l'environnement à travers la notion d'écosystèmes, mais également toute atteinte indirecte à l'environnement en précisant que la réparation concerne également toute atteinte « aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». L'obligation de réparation du préjudice écologique est donc une obligation générale avec un champ d'application très large qui concerne les dommages causés à l'environnement et aux bénéfices que l'homme aurait pu tirer de l'environnement. Le Code civil vient également préciser la manière dont doit s'effectuer la réparation du préjudice causé à l'environnement. Cette dernière doit s'effectuer en priorité en nature sauf si cela est impossible, la réparation se fera en dommages et intérêts⁴⁹⁴. Cette logique de remise en l'état de l'environnement s'inscrit dans le prolongement des propos du doyen Carbonnier, il s'agirait de faire en sorte que « la pollution d'un écosystème, la destruction de la faune et de la flore semblent n'avoir été qu'un mauvais rêve ! »⁴⁹⁵.

Le Code civil a fait un grand pas en avant avec l'introduction et donc la reconnaissance officielle par le législateur du préjudice écologique. Ce qui s'inscrit, de manière plus générale, dans la reconnaissance d'une obligation de performance environnementale qui pèse à présent de manière officielle sur les acteurs de la vie des affaires, et surtout sur les entreprises d'une importance telle qu'elles sont susceptibles d'avoir un impact négatif sur l'environnement. C'est un nouveau risque juridique à prendre en compte, cependant il reste encore quelques incertitudes qui entourent cette obligation de réparation du préjudice écologique, et notamment l'évaluation du préjudice qui semble encore très délicate et incertaine. Il est vrai que les dommages écologiques ne datent pas d'aujourd'hui, mais ils ont pendant longtemps été ignorés. Or, actuellement, la mise en évidence de leur gravité incite à les considérer comme de véritables dommages⁴⁹⁶.

De même, le récent rapport en date du 8 octobre 2018 du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ne fait que confirmer les inquiétudes quant au réchauffement climatique, ce qui ne fait qu'illustrer la nécessité d'introduire les préoccupations environnementales au sein de notre système juridique. Il est nécessaire que la performance environnementale soit dressée au même rang que la performance économique.

⁴⁹³ Article 1247 du Code civil.

⁴⁹⁴ Article 1249 du Code civil.

⁴⁹⁵ L. Neyret, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *art. prec.*

⁴⁹⁶ M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005, n° 416.

106. Conclusion de la section relative à la performance environnementale comme critère d'appréciation saisi par les juges. La reconnaissance de la performance environnementale a été progressive en droit français. Elle peut se définir comme le fait d'adopter un comportement responsable et respectueux de l'environnement. Un premier pas a été franchi lorsque le législateur a codifié le droit de l'environnement avec le Code de l'environnement en 2000. Il s'agissait d'un premier pas vers la reconnaissance de la performance environnementale. Ensuite, les entreprises privées ont participé pour la première fois au sommet mondial pour le développement durable à Johannesburg en 2002. Ceci a démontré la volonté des entreprises privées d'intégrer le facteur environnement au sein de la sphère privée. La performance environnementale a pris peu à peu une place très importante pour certaines entreprises et contractants responsables. Il a donc été possible de contractualiser les performances environnementales à atteindre, notamment dans des contrats de cession d'entreprises. Ainsi, de plus en plus des garanties de performances environnementales ont été intégrées au champ contractuel dans les contrats d'affaires. Les juges ont donc été enclins à sanctionner la non-atteinte de ces garanties, en allant jusqu'à prononcer l'anéantissement du contrat par la résolution. Mais la reconnaissance par les juges de la performance environnementale a été marquée par l'affaire *Erika* où la chambre criminelle a reconnu pour la première fois l'existence d'un préjudice écologique en 2012. Et enfin, la dernière étape en date a été bien entendu la codification au sein du Code civil aux articles 1246 à 1252 de ce même préjudice écologique.

Ainsi, la garantie de performance environnementale, la sanction par les juges en cas de non-respect de l'environnement, la reconnaissance par le législateur et par les juges du préjudice écologique, tant d'avancées qui traduisent une volonté des acteurs de la vie des affaires, du législateur et du juge de prendre en compte l'environnement et d'adopter un comportement responsable et respectueux. La performance environnementale est une obligation en devenir.

Section 2 : La performance économique reconnue par les juges comme l'essence du contrat

107. Après la performance environnementale qui prend une importance considérable au sein de sphère contractuelle, il convient d'étudier une facette plus pécuniaire et plus ancienne de la performance, il s'agit de la performance de type économique au sein du contrat. En effet, dans beaucoup de contrats synallagmatiques conclus à titre onéreux, la performance économique, financière, ou encore la rentabilité ou la viabilité économique sont des éléments qui fondent bien souvent l'essence même du contrat. C'est pourquoi, dans certains types de contrats, l'information précontractuelle sur les performances économiques attendues est essentielle à la formation du contrat (§1), mais elle est également essentielle pendant son exécution où elle est indispensable à son économie (§2).

§1 : L'information sur les performances économiques attendues, essentielle à la formation du contrat

108. Il convient d'étudier l'étendue de l'obligation précontractuelle d'information qui peut porter sur les performances économiques et financières attendues. Tout d'abord, cette obligation d'information est apparue en droit spécial comme pouvant porter sur les performances futures du contrat conclu. Cette obligation est d'ailleurs codifiée notamment en droit commercial, ou en droit de la consommation (**A.**), mais plus récemment, le législateur est allé encore plus loin en codifiant dans le nouveau Code civil une obligation générale d'information précontractuelle (**B.**). À ce titre, il convient de se demander si la performance économique entre dans le champ d'application de ce nouvel article.

A : Une obligation d'information précontractuelle en droit spécial, au service des performances futures du contrat

109. L'utilité de la performance dans le contrat. Le plus souvent, les parties lorsqu'elles concluent un contrat ont pour objectif un certain degré de performance d'un point de vue financier. Cette performance peut être reconnue dans les contrats d'affaires comme l'essence même du contrat. C'est pourquoi une obligation d'information

portant sur les performances prévisionnelles du contrat paraît essentielle dans la vie des affaires. Cette notion de performance plus économique que juridique semble s'intégrer dans le droit des contrats et dans l'économie même du contrat. La jurisprudence tend plus fréquemment à s'y référer directement ou indirectement.

110. Obligation d'information au service de la performance en droit de la consommation. Le Code de la consommation reconnaît une obligation générale d'information qui pèse sur le vendeur professionnel à l'égard du consommateur. Cette obligation est codifiée aux articles L111-1⁴⁹⁷ et suivants du Code de la consommation. Cette obligation d'information englobe un devoir de conseil, de mise en garde et de renseignement selon les besoins du client. La jurisprudence renforce sans cesse cette obligation du vendeur dans le but de protéger le consommateur.

On peut parler d'une obligation d'information au service de la performance du contrat conclu par les parties. Lorsque l'on se place du côté du consommateur, un contrat performant est un contrat qui satisfait pleinement ses besoins, avec un produit ou service de qualité adapté à ses attentes. Ainsi, plus le vendeur sera renseigné sur les besoins du consommateur, plus le contrat aura des chances de correspondre aux attentes du client et donc d'être performant. De même, plus le vendeur mettra en garde et s'informerera sur la situation de son client, plus le contrat a des chances d'être performant pour le contractant.

111. Mise en œuvre de l'obligation d'information. La Cour de cassation a commencé à admettre la nécessité de performance du contrat dans les relations entre professionnels et consommateurs. Cependant elle ne fait pas directement référence à la notion de performance. Par exemple, dans une affaire de 2010⁴⁹⁸, plus connue sous le nom de l'affaire des piscines, elle a une fois de plus renforcé l'obligation d'information en opérant

⁴⁹⁷ Art. L. 111-1 du Code de la consommation : « I. - Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.

II. - Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat.

III. - En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations. »

⁴⁹⁸ Ph. Malinvaud, note sous Cass. civ. 1^{er}, 28 octobre 2010, n° 09-16913, RDI 2010, p. 616.

un « forçage⁴⁹⁹ » de contrat pour en déduire une obligation de se renseigner sur les besoins du consommateur et ce « afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue ». Ce besoin d'adéquation à l'utilisation voulue par le consommateur fait indirectement référence à la notion de performance. Si la chose ne correspond pas à l'utilisation qui est prévue, le contrat ne risque pas de satisfaire le client, il ne sera pas performant. En l'espèce les carreaux que le professionnel avait livrés au client étaient défectueux, un expert ayant pu constater que les « désordres étaient liés à l'incompatibilité entre la terre cuite et le traitement de l'eau de la piscine ».

Dans un arrêt plus récent, les juges du fond se sont référés directement à la notion de « performance exigée par le contrat⁵⁰⁰ ». En l'espèce, une société avait commandé une installation pour les besoins de son activité. La société, ayant acquis le produit, invoqua que l'installation ne répondait pas à ses besoins. Elle assigna le fournisseur en résolution de la vente. Les juges du fond prononcèrent la résolution de la vente aux torts partagés des parties. En effet, l'installation en cause correspondait aux dispositions contractuelles sans correspondre aux attentes de l'acquéreur. Les juges du fond précisèrent que la société défenderesse ne pouvait soutenir que « l'installation devait atteindre les performances exigées par ce contrat ». La Cour de cassation prononça un arrêt de cassation partielle aux motifs que la société venderesse aurait dû se renseigner sur les besoins de l'acheteur. Cette dernière était la seule fautive de ce manque de performance du contrat. La nullité resta donc acquise.

112. Obligation d'information au service de la performance en droit commercial. La Loi du 31 décembre 1989 dite loi Doubin institue au sein du droit commercial, pour certains types de contrats, une obligation d'information précontractuelle. Cette obligation permet aux acteurs de la vie des affaires de s'engager en connaissance de cause, en effet elle porte essentiellement sur la rentabilité passée de l'activité en cause, et sur les chiffres prévisionnels que le contractant peut espérer réaliser. Ainsi, cette obligation touche directement à la performance puisqu'elle porte sur la rentabilité de l'activité. L'article L. 330-3 du Code de commerce dispose que « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue,

⁴⁹⁹ Sur la notion de « forçage » de contrat par le juge *V. M. Lamoureux, L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006, p. 498.

⁵⁰⁰ Cass. com. 6 septembre 2011 n° 10-17.966, Sté BPE lecieux c/ Sté Sandvik Mining and Construction France.

préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. » Cet article concerne donc essentiellement le contrat de franchise et le contrat de concession, mais également bon nombre de contrats de licence de marque, de location-gérance, d'agences commerciales, etc.⁵⁰¹. L'obligation d'information est de type précontractuel puisqu'elle est imposée « préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt des deux parties ». Le contenu de cette obligation est précisé par décret et porte notamment sur « l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. » Ainsi en précisant directement que l'obligation porte sur l'expérience, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, il convient de constater qu'elle est directement en lien avec l'état des performances passées de l'activité, mais aussi des perspectives d'évolutions, et des prévisions sur le chiffre d'affaires, qui renvoient directement aux performances futures et espérées par celui qui conclut le contrat en cause. En ce qui concerne les éléments prévisionnels à fournir par le franchiseur au franchisé, ces derniers sont bien souvent très optimistes et soumis à l'aléa commercial, ce qui donne naissance à bons nombres de contentieux afin d'en apprécier les contours. Tout d'abord, la jurisprudence considère que le franchiseur est soumis à une obligation de moyen en ce qui concerne les éléments prévisionnels à fournir⁵⁰². Ainsi, on ne saurait faire grief au franchiseur d'avoir commis des erreurs d'estimation non fautives⁵⁰³, la loi lui impose d'être « sincère » sur les informations qu'il fournit, mais il ne peut pas pour autant lire l'avenir. Sur l'avenir, le franchiseur a parfaitement le droit de garder le silence, ce qui est préférable pour lui, car s'il fournit des prévisions au franchisé les tribunaux auront tendance à retenir contre lui tout ce qu'il aura pu transmettre sur l'avenir de l'activité au franchisé. En effet, la jurisprudence sanctionne le franchisé qui a pris l'initiative de remettre une étude de marché ou des prévisionnels lorsque ceux-ci s'avèrent, en définitive, en décalage avec la réalité⁵⁰⁴. Ainsi, la loi Doubin n'impose pas une exactitude parfaite des prévisions et des informations

⁵⁰¹ Y. Marot, « Prolongements de l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 février 1998 sur l'information précontractuelle en matière de contrat de franchise », *D.* 1999, p. 431.

⁵⁰² L. Leveneur, note sous Cass. com. 19 mai 1992, *JCP éd. E* 1993.II.387.

⁵⁰³ CA Paris, 22 sept. 1992, *Marie c/ Sté Athlete's Foo* : dans cet arrêt les juges ont relevé que les prévisions transmises au franchisé ne pouvait pas prévoir les changements dans les conditions d'ouverture du centre commercial dans lequel le franchisé s'était installé.

⁵⁰⁴ Par ex., Paris, 1^{er} déc. 1999, *Juris-Data*, n° 117888 ; 18 sept. 1996, n° 022995.

que le franchiseur transmet au franchisé, mais une sincérité et une bonne foi dans les études et prévisions qu'il va lui transmettre. Il y a cependant un contentieux important dans lequel les juges ont engagé la responsabilité contractuelle, voire délictuelle, des franchiseurs pour avoir fourni des informations, prévisions, ou études préalables inexacts, dépourvues de sincérité, ou encore exagérément optimistes⁵⁰⁵.

L'obligation précontractuelle d'information est présente en droit spécial, mais depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, l'article 1112-1 du nouveau Code civil innove en imposant, en droit commun, un devoir général d'information en matière précontractuelle

B : La codification d'un devoir général d'information précontractuelle prévu par l'article 1112-1 Code civil

113. L'obligation précontractuelle d'information dans le Code civil. La codification à l'article 1112-1 de l'obligation précontractuelle d'information est une des innovations majeures de la réforme du Code civil. Comme l'explique le rapport au président de la République, les auteurs de la réforme ont jugé « opportun de consacrer dans le Code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre dans les relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général.⁵⁰⁶ » L'article 1112-1 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. » L'article se compose de six alinéas portant chacun sur l'existence, l'étendue, la preuve, l'impérativité et la sanction⁵⁰⁷. Cet article expose également des conditions cumulatives essentielles à sa mise en œuvre. Si l'on interprète le texte de manière stricte, la première condition tient au fait que l'obligation d'information n'existe à la charge d'une partie que s'il est établi que l'autre se trouve dans une situation d'ignorance légitime ou de

⁵⁰⁵ V. les différents arrêts traités par : D. Ferrier, « Responsabilité du franchiseur qui manque à son obligation précontractuelle d'information en fournissant des renseignements inexacts dans l'étude de marché », *D.* 1995, p. 75.

⁵⁰⁶ Rapport au président de la République : JO, 11 fév. 2016.

⁵⁰⁷ B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *BJS.* n° 9, p. 529.

confiance légitime⁵⁰⁸. La deuxième condition tient au fait que la partie a l'obligation d'informer son futur contractant seulement si elle a connaissance de l'information en question⁵⁰⁹. La troisième implique que seule soit communiquée l'information « déterminante⁵¹⁰ » qui a un « lien direct et certain » avec « *le contenu contractuel ou la qualité des parties* ». Enfin, la quatrième et dernière condition est qu'aucune information n'est due sur « l'estimation de la valeur de la prestation ». Cette dernière condition n'est pas sans rappeler le refus d'admettre l'erreur sur la valeur⁵¹¹ en droit civil. À ce titre, il convient de rappeler que le simple fait qu'il y ait une erreur sur la valeur ne suffit pas à justifier la nullité du contrat ; sinon ce serait admettre la rescision pour lésion généralisée⁵¹². Cependant lorsqu'il existe une erreur sur la valeur qui porte également sur la substance même du contrat, l'erreur redevient un vice du consentement.

114. Le lien entre l'exigence de bonne foi et l'obligation précontractuelle d'information. Selon la jurisprudence *Baldus* de 2000⁵¹³ et sa confirmation dans un autre arrêt en 2007⁵¹⁴, l'acquéreur n'est pas tenu d'une obligation d'information sur la valeur du bien acquis au profit du vendeur. Cette jurisprudence est conservée au sein du deuxième alinéa de l'article 1112-1 du Code civil qui dispose que « *ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.* » Si un acheteur réalise une mauvaise affaire, le vendeur n'a donc pas l'obligation de lui révéler qu'il fait une erreur sur la valeur du bien vendu, si le prix proposé est supérieur à la valeur réelle du bien. Il s'agit d'admettre que dans la vie des affaires certains réalisent de bonnes affaires et d'autres de mauvaises, il s'agit de la loi de l'offre et de la demande, le droit ne souhaite pas s'immiscer au sein des relations d'affaires. Ainsi, selon l'alinéa 3 de l'article 1112-1 du Code civil, le contenu de l'obligation précontractuelle d'information porte sur les informations « *qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Toutes les informations détenues par l'une des parties en lien direct et nécessaire avec le contenu contractuel et la qualité des parties doivent être transmises, seules sont exclues du devoir d'information les informations relatives à la

⁵⁰⁸ B. Fages, « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *art. prec.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ Art. 1112-1 C. civ.

⁵¹¹ J. Ghestin et Y.-M. Serinet, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Sept. 2016, n° 43 et s.

⁵¹² L. Aynes, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munch, *Les obligations*, Lextenso, 5^{ème} éd., 2013, n° 555, p. 252.

⁵¹³ J. Mestre, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, Clin c/ M^{me} Natali, inédit, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées... », *RTD civ.* 2000, p. 566.

⁵¹⁴ S. Bigot de la Touanne, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, *D. actu.* 5 mars 2007.

valeur. La réforme a donc une réelle volonté d'équilibre d'information, la transparence est très présente dans la réforme grâce au devoir général d'information qui est lui-même renforcé grâce à l'exigence de bonne foi en matière précontractuelle⁵¹⁵. Sur ce point, il convient de remarquer que la bonne foi perd une partie de son intérêt avec la reconnaissance dans un texte spécial de l'obligation générale d'information, qui est initialement rattachée par la jurisprudence à la bonne foi⁵¹⁶.

115. L'articulation entre le dol par réticence et le manquement à l'obligation d'information. Non seulement l'obligation d'information se rattache à l'exigence de bonne foi, mais le fait de manquer à ce devoir général d'information peut être rattaché à la réticence dolosive. En effet, le dernier alinéa de l'article 1112-1 du Code civil prévoit qu'« outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. » Ainsi, le manquement à l'obligation d'information précontractuelle entraîne la responsabilité civile délictuelle de son auteur, de plus la nullité du contrat pourra être demandée si elle a entraîné un vice du consentement. Selon l'article 1137 du Code civil « le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. » Ainsi, le fait de dissimuler une information lors de la phase précontractuelle à son contractant, peut ouvrir la possibilité pour la victime de la réticence d'engager une action en nullité pour réticence dolosive. Cependant, il est toutefois nécessaire que les conditions de mise en œuvre d'une action sur le fondement du dol soient remplies. L'information non révélée doit avoir un caractère déterminant pour la victime du dol, et l'auteur doit avoir dissimulé intentionnellement cette information. Ainsi, une action en responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1112-1 du Code civil pourra s'accompagner d'une demande de nullité du contrat sur le fondement de l'article 1137 du Code civil. En conclusion, le manquement intentionnel à l'obligation précontractuelle d'information remplit

⁵¹⁵ Selon l'article 1104 du Code civil « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

⁵¹⁶ H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.* 2016, p. 247.

nécessairement les conditions pour une action sur le fondement du dol⁵¹⁷. Dans un arrêt de 2005, la chambre commerciale est venue dire que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci⁵¹⁸ ». Il est donc possible de cumuler les deux actions si le caractère intentionnel et déterminant est présent.

116. La nature de l'obligation d'information. L'article 1112-1 du Code civil se veut très général dans ses termes, la volonté des rédacteurs de la réforme est de promouvoir plus de transparence entre les parties au cours de la phase précontractuelle. Ainsi, l'article impose à chacune des parties de fournir un échange d'informations en toute bonne foi et transparence. Il s'agit de généraliser l'obligation précontractuelle d'information qui doit se voir comme un complément aux obligations spéciales d'informations. Cependant, en pratique, la généralité de ce texte fait naître diverses inquiétudes pour les praticiens qui devront déterminer à l'avance quelles informations leurs clients sont tenus de fournir, en déterminant quelles sont les informations déterminantes pour leurs cocontractants⁵¹⁹. Ainsi, le spectre très large de cette disposition pourrait faire naître de nouvelles pratiques rédactionnelles.

Afin d'apporter plus de précisions sur l'étendue de cette nouvelle obligation d'information, il convient de préciser qu'elle se trouve à présent bilatéralisée. En effet, le contenu va dépendre non seulement de la situation du débiteur de l'obligation, mais également de celle du créancier. Du côté du débiteur il faut que ce soit une information connue. Selon certains auteurs comme le Professeur Mustapha Mekki⁵²⁰, il faut constater que l'ordonnance ne fait plus référence à ce devoir de connaissance. Ainsi la compétence du débiteur, en raison de son expertise, de son expérience, ne devrait pas rentrer en ligne de compte. Il faut également comprendre que « le débiteur n'a plus à s'informer pour

⁵¹⁷ B. Fages, « Réticence dolosive ou manquement à l'obligation précontractuelle d'information ? », *RTD Civ.* 2008. 476.

⁵¹⁸ B. Fages et J. Mestre, obs. sous Com. 28 juin 2005, n° 03-16.794, « Où, à l'inverse, réticence dolosive et obligation d'information sont nettement distinguées », *RTD Civ.* 2005, p. 591.

⁵¹⁹ Colloque 2016 – *Le droit des sociétés et la réforme du droit des obligations*, Dir. J. Heinich et V. Thomas, Université de Bourgogne, 16 oct. 2016.

⁵²⁰ M. Mekki, « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 43-44, 28 Oct. 2016, act. 1155.

informer.⁵²¹ » Ensuite, il faut vérifier la condition selon laquelle l'information doit être communiquée si elle a un caractère déterminant. Ce même auteur voit cette exigence comme une restriction du champ d'application de cette obligation, cependant, les praticiens semblent inquiets quant aux difficultés à déterminer quelles informations seront considérées comme déterminantes⁵²².

Il convient à présent de s'interroger sur la nature, objective ou subjective, du devoir d'information de l'article 1112-1 du Code civil. L'information doit-elle être objective, autrement dit la réalité s'impose à l'esprit en dehors de toute interprétation personnelle, ou au contraire l'information doit-elle prendre en compte les opinions et les intentions de chacun, et donc être subjective⁵²³. Il paraît difficile d'imposer aux parties un devoir d'information si large qu'elles seraient dans l'obligation de révéler leurs intentions futures en lien avec la conclusion du contrat. La jurisprudence ne fournit pour le moment aucun exemple quant à l'interprétation du texte. Cependant, une telle extension a déjà été admise, notamment dans un arrêt du 12 février 2013⁵²⁴. Dans cet arrêt, la Cour régulatrice a estimé que le cédant qui n'informe pas le cessionnaire de ce qu'il avait l'intention de rester que quelques mois au sein de l'entreprise cédée, alors qu'il savait que son maintien dans la société était la condition pour laquelle l'acquéreur avait acheté ses parts, commet une réticence d'informations dolosive.

En outre, dans un arrêt plus récent du 24 mai 2016⁵²⁵, la Cour de cassation invite à s'interroger sur le fait de savoir si une partie doit révéler son opinion en ce qui concerne la validité du contrat objet de la transaction. Dans cet arrêt, la Caisse des Dépôts et consignations avait conclu plusieurs contrats de prêt de titres avec une société de gestion d'actifs financiers, elle a eu connaissance, par une note interne de ses services, du fort risque d'annulation desdits contrats. Cette dernière n'a pas informé son cocontractant de ces risques et a continué d'exécuter le contrat. Très vite un litige naît du défaut de paiement par la société de gestion, un protocole d'accords est conclu entre les deux parties. Cependant, un peu plus tard, la société de gestion a fini par assigner la Caisse des Dépôts et consignation en annulation des contrats pour réticence dolosive. La question qui se pose est de savoir si un

⁵²¹ M. Mekki, « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *art. prec.*

⁵²² Colloque 2016 – Le droit des sociétés et la réforme du droits des obligations, Dir. J. Heinich et V. Thomas, Université de Bourgogne, 16 oct. 2016.

⁵²³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Anthologie du droit, n° 171.

⁵²⁴ T. Massart, note sous Cass. com. 12 fév. 2013, « Réticence dolosive du cédant sur ses intentions » *Rev. Soc.*, 2013, p. 547.

⁵²⁵ B. Bouloc, obs. sous, Cass. com. 24 mai 2016, n° 14-25921, « Prêt de titres », *RTD com.* 2016, p. 539.

contractant, en cours de pourparlers transactionnels, doit révéler l'opinion qu'il se fait de la validité du contrat objet de la transaction en cours. Les juges d'appel avaient retenu la réticence dolosive à l'encontre de la Caisse. La Cour de cassation a censuré la décision des juges d'appel aux motifs que « la Caisse des Dépôts et consignations, qui était en pourparlers transactionnels, n'était pas tenue de communiquer à ses partenaires une note interne analysant les aspects juridiques de l'opération en cause. » Qu'en est-il de la portée de cette solution, doit-on y voir une diminution de la bonne foi ou encore une diminution de l'exigence de l'obligation d'information ? En réalité, la solution ne porte pas réellement sur l'obligation d'information, mais plus sur une opinion. En effet, la Cour de cassation pose le principe selon lequel le dol ne peut être constitué par une dissimulation intentionnelle d'une analyse juridique. Or, comme le relève très justement le Professeur Hugo Barbier, cette analyse juridique doit être vue comme une opinion et non comme une information⁵²⁶. Cette opinion est née des informations dont disposaient les deux parties, et même si elle était révélée au contractant, cela ne changerait rien à sa mauvaise représentation. Ainsi, il n'est pas souhaitable de trop généraliser la notion d'information au risque de dériver vers une exigence de transparence absolue comprenant les intentions et les opinions des parties. La transparence précontractuelle n'est pas souhaitable, car « à obliger à dévoiler les pensées de l'un, on épuiserait la volonté de l'autre. Le contrat est une rencontre d'arrière-pensées disait Paul Valéry, qu'il le reste !⁵²⁷ »

117. L'obligation d'information sur les performances. Les performances d'un contrat dépendent du type de contrat. Ces performances peuvent porter aussi bien sur les performances financières futures d'un contrat, que sur de la livraison d'une chose conforme, ou encore de la réalisation d'une opération ou d'un ouvrage. La question qui peut se poser en pratique est donc de se demander si l'article 1112-1 du Code civil, qui impose une obligation générale d'information précontractuelle, peut inclure une obligation d'information sur les performances attendues du contrat. Il convient dans cette analyse de mettre de côté les contrats pour lesquels il existe déjà une obligation spéciale

⁵²⁶ H. Barbier, note sous Cass. com. 24 mai 2016, n° 14-25921, « Que doit-on entendre par « information » lors de l'application du devoir général d'information et de la sanction du dol par dissimulation intentionnelle ? », *RTD civ.* 2016, p. 843.

⁵²⁷ H. Barbier, note sous Cass. com. 24 mai 2016, n° 14-25921, *art. prec.*

d'information⁵²⁸. L'article du Code civil prévoit que l'obligation ne peut porter sur la valeur du contrat⁵²⁹, ainsi il n'existe pas d'obligation d'informer sur les performances financières⁵³⁰ à venir d'un contrat. De la même manière, en principe, un contrat ne peut être annulé pour une erreur sur la valeur⁵³¹, l'article 1112-1 du Code civil, ne peut obliger un contractant à révéler à son futur cocontractant qu'il s'apprête à faire une mauvaise affaire. Ainsi, si un contractant fait une mauvaise appréciation économique du futur contrat, l'autre partie n'est en principe pas forcée de l'informer.

Il convient également de relever que l'article précise que c'est seulement « celle des parties qui connaît une information » qui est dans l'obligation de la communiquer. Ainsi, l'obligation porte seulement sur les informations connues, et non sur des intuitions, ou des suppositions. L'obligation ne peut donc inclure d'informer son futur partenaire sur les performances futures éventuelles du contrat en cause, et ce, peu importe le type de contrat, et donc de performance. Informer sur les performances futures serait donc bien trop risqué pour un cocontractant, qui ne peut, par principe, informer sur une donnée aléatoire.

Cependant, si la performance est l'objet même du contrat, et qu'elle est déterminante, il faut en revenir à l'obligation spéciale d'information en matière de contrat de franchise dans lesquels le défaut de performance peut alors entraîner la nullité du contrat en cause. En effet, dans les contrats de distribution, la performance fait partie intégrante de l'économie du contrat, c'est pourquoi la jurisprudence leur reconnaît un régime particulier.

§2: La performance économique et l'économie de contrat

118. La reconnaissance de l'importance de la performance au sein des contrats d'affaires. La jurisprudence est de plus en plus encline à reconnaître la performance comme un élément essentiel des contrats des contrats d'affaires et notamment

⁵²⁸ Nous ne traitons que l'obligation générale d'information. En effet, les articles de droits spéciaux tels que L. 330-3 du Code commerce et L111-1 du Code de la Consommation, ont déjà été traités au : 1 : Une obligation d'information pré-contractuelle en droit de la consommation ainsi qu'en droit commercial, au service des performances futures du contrat.

⁵²⁹Art. 1112-1 al.2 C. civ. « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. »

⁵³⁰ Le terme de performance financière renvoie en l'espèce non pas à la simple valeur mais à la rentabilité et au profit futur généré par le contrat.

⁵³¹ Art. 1136 C. civ. « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

des contrats de distribution. Le contrat, s'il n'a aucune chance d'être performant d'un point de vue financier pour l'une ou l'autre des parties, n'a pas de raison d'être conclu, la nullité peut alors se voir prononcer. Pour prononcer cette dernière, il faudra se fonder sur l'une des causes de nullité du droit commun des contrats⁵³². Ainsi, la jurisprudence a admis, de manière un peu détournée, la nullité du contrat pour défaut de performance. Elle va se fonder notamment sur l'erreur substantielle **(A.)** ou encore sur le défaut de cause⁵³³ **(B.)**. La performance économique est la raison d'être du contrat de distribution.

A : L'erreur sur la performance admise au sein des contrats d'affaires

119. L'erreur sur la performance va être admise à travers l'erreur sur les qualités substantielles du contrat. De ce fait, il est nécessaire que la performance du contrat soit considérée comme un élément essentiel du contrat par les parties. Nous verrons que la jurisprudence admet l'erreur sur la viabilité économique du contrat **(1.)**, mais également l'erreur sur la rentabilité du contrat **(2.)**.

1 : L'admission de l'erreur sur la viabilité économique du contrat.

120. L'erreur sur la substance. Selon l'article 1132 du Code civil « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. » Ainsi pour entraîner la nullité du contrat pour vice de consentement, l'erreur invoquée doit porter sur la substance même du contrat. La substance s'entend de manière subjective et psychologique⁵³⁴, elle est la qualité substantielle de la chose objet du contrat. Ainsi, elle sera entendue comme la chose essentielle, la qualité qui a poussé les parties à contracter, elle est la cause impulsive et déterminante du contrat⁵³⁵.

⁵³² L. Aynes, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munch, *Les obligations*, Défrénois, 5ème éd., 2011, p. 245 et s.

⁵³³ Nous allons en l'espèce étudier les arrêts qui sanctionnent par la nullité d'un contrat dépourvu de cause. Cependant, il est à noter que la notion de cause a été supprimée par l'ordonnance du 10 février 2016. Les nouveaux articles ne font plus la distinction entre la cause et l'objet du contrat, il est à présent fait référence à une notion plus générale à savoir « le contenu » contractuel. Il convient de préciser que cela n'a pas d'impact sur notre démonstration qui est de démontrer que dans certains contrats la performance économique fait partie intégrante de la cause du contrat, et donc à présent du contenu du contrat qui se doit d'être « licite et certain » selon le nouvel article 1128 C. civ.

⁵³⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Quadriga, 1ère éd., 2004, p. 1990 et s.

⁵³⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. et loc. cit.*

121. L'erreur d'appréciation économique. L'erreur d'appréciation économique⁵³⁶ est normalement indifférente et ne peut entraîner la nullité du contrat. Il s'agit de l'erreur sur la valeur ou encore de l'erreur sur la solvabilité du cocontractant. Ce type d'erreur est supporté par celui qui la commet. Celui qui prend la décision de contracter va assumer les risques liés au contrat. On pourrait donc penser que l'erreur sur la performance financière du contrat, c'est-à-dire sur la rentabilité du contrat, serait refusée. Cependant même si l'erreur sur l'appréciation économique n'est pas admise, l'erreur sur la viabilité du contrat semble être retenue par la jurisprudence. C'est pourquoi au sein des contrats de distribution, la jurisprudence admet de manière classique l'erreur sur la rentabilité dans le domaine de la franchise par lequel « le franchisé cherche à réaliser des bénéfices à partir de l'exploitation commerciale du concept qui lui a été transmis par le franchiseur⁵³⁷ ». Ceci pourrait alors permettre aux parties de faire annuler le contrat si elles ont commis une erreur portant sur la performance financière de ce dernier. La viabilité de l'opération économique portée par le contrat s'entend comme la performance économique de l'opération contractuelle.

122. L'erreur sur la viabilité économique du contrat. L'erreur sur la valeur peut devenir un vice du consentement si elle porte sur les qualités substantielles⁵³⁸. Ainsi, une erreur substantielle sur la valeur est susceptible d'entraîner la nullité du contrat. En effet, il est possible de rapprocher l'erreur sur la viabilité économique de l'erreur sur la valeur. Si le contrat est non viable d'un point de vue économique, c'est qu'il ne dégagera aucun profit et n'aura donc aucune valeur. Ainsi, en annulant le contrat pour absence de profit cela peut permettre de contourner l'erreur sur la valeur, qui n'est pas admise dans notre droit civil. Cependant, il faut, lorsque les parties ont conclu le contrat, qu'elles aient érigé la viabilité économique du contrat comme un élément essentiel.

La viabilité économique du contrat sous-entend que le contrat soit rentable pour les parties et que l'objet du contrat soit réalisable. L'opération contractuelle doit être rentable, l'objectif financier doit être atteint en limitant les pertes, et en utilisant les moyens mis à disposition. Par exemple, si l'objet du contrat est la cession d'une entreprise et que cette

⁵³⁶ J. Ghestin, « Erreur », *Rep. civ.* Juill. 2017, n° 329 et s.

⁵³⁷ S. Lequette, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, Paris II, préf. C. Brenner, Economica, 2012, spéc. n° 136.

⁵³⁸ L. Aynes, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munch, *Les obligations*, Défrénois, 5ème éd., 2011, p. 252.

dernière est manifestement non viable, l'objet ne pourra être réalisé et l'erreur pourra être retenue. En effet, si les parties concluent un contrat dans le but de réaliser un objet, qui s'avère par la suite irréalisable, il est alors souhaitable de voir la nullité du contrat prononcée.

123. Illustration jurisprudentielle. Par exemple, l'erreur sur la consistance de l'actif d'une société peut vicier une cession de droits sociaux. À ce titre, il se pose la question de savoir si la valeur des parts sociales ne constitue pas en elle-même une de leurs qualités substantielles⁵³⁹? Elle sera constitutive d'une erreur sur la valeur des titres, mais aussi d'une erreur sur leur utilité⁵⁴⁰. L'utilité des titres sociaux est la réalisation de l'objet social.

Dans un arrêt plutôt ancien, mais important la chambre commerciale⁵⁴¹ s'est posée la question de savoir si ce n'est pas la « fin du martyre pour les cessionnaires déçus ?⁵⁴² ». En l'espèce, le cessionnaire avait cédé les actions d'une société à deux personnes physiques. La société, dont les actions étaient cédées, avait pour objet l'exploitation de carrières. Cette dernière avait vendu son fonds de commerce peu de temps avant. Cette vente fut conclue avant la cession de ses actions, mais sous condition suspensive qui s'était réalisée après. Les acheteurs, ayant appris la vente du fonds de commerce, agirent en annulation de la cession pour erreur. Les juges du fond accueillirent leur demande. Ils estimèrent que les acheteurs ne pouvaient pas raisonnablement acquérir des actions d'une société privée de l'essentiel de ses actifs et de la possibilité de réaliser l'objet social⁵⁴³. Un pourvoi fut formé par les vendeurs qui invoquèrent que la cession portait sur les actions et non sur les actifs et le fonds de commerce. Ils mirent en avant que les actions objet du contrat étaient toujours présentes, même si elles ne dégageaient plus d'actif et que le fonds de commerce avait été vendu.

Il convient en l'espèce de se demander si l'erreur substantielle sur la viabilité du contrat pouvait être admise. Il faut examiner si la cession des actions est une opération viable pour les acheteurs et si leur utilité est toujours présente après la cession du fonds.

⁵³⁹ A. Viandier et J.-J. Caussain, obs. sous CA Lyon, 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 1993, *JCP* 1994, n° 3795 ; CA Versailles, 30 sept. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 95 ; Cass. Com. 28 juin 1994, *RJDA*, n° 69, p. 54.

⁵⁴⁰ L. Aynes, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munch, *Les obligations, op. et loc. cit.*

⁵⁴¹ Cass. com. 1^{er} oct. 1991 n°89-13.967, Publié au Bulletin.

⁵⁴² A. Viandier, obs. sous Cass. com 1^{er} octobre 1991 ; SNC Quille c. Cts Gasquet, *JCP E.* n° 22, 27 Mai 1992, II 21860 ; P. Le Cannu, note sous Cass. com., 1^{er} oct. 1991, *Defrénois* 1992, art. 35256, p. 578 ; J. Mestre, obs. sous Cass. com 1^{er} octobre 1991, *RTD civ.* 1992, p. 80 ; H. le Nabasque, obs. sous Cass. Com 1^{er} octobre 1991, *Dr. sociétés* 1992, n° 12.

⁵⁴³ P. Didier, note sous Cass. com. 1^{er} octobre 1991, *Rev. Sociétés* 1992, p. 497.

La Cour de cassation, sur ce moyen, avait rejeté le pourvoi des vendeurs. Elle estima que les juges du fond avaient légalement justifié leur décision concernant la nullité de la cession des actions, en se fondant sur l'erreur substantielle de la chose vendue et donc des actions objet de la cession. En l'espèce, l'erreur portait sur la possibilité qu'avait la société de réaliser son objet social et donc de conduire une activité économique, tout en ayant vendu son fonds de commerce. L'erreur avait été retenue en se fondant sur l'utilité qu'avaient les acheteurs d'acquiescer ces actions⁵⁴⁴. L'utilité faisait partie en l'espèce des qualités substantielles, à savoir la destination des actions, la faculté qu'elles offraient de gérer une entreprise⁵⁴⁵. La jurisprudence rappelle sans cesse que lorsqu'une qualité de la chose qui fait l'objet du contrat est entrée dans le champ contractuel, l'erreur qui la concerne est une erreur sur la substance⁵⁴⁶. Cette jurisprudence se rattache à celle qui admet la possibilité d'annuler la cession de droits sociaux lorsqu'il existe une impossibilité pour la société de poursuivre l'activité économique⁵⁴⁷. Le même raisonnement a été adopté par la chambre commerciale dans un arrêt plus récent en date de 2015⁵⁴⁸. Dans cet arrêt, la cession des titres portait sur la totalité du capital, le prix s'élevait à 430 000 €. Deux mois après la cession, la cessation des paiements était intervenue. En l'espèce, c'était la réticence dolosive des cédants qui avait conduit le cessionnaire à « une erreur substantielle sur la rentabilité de la société ». La Cour de cassation a retenu le dol, mais au-delà, il convient de remarquer que la cession aurait également pu être annulée sur le fondement de l'erreur sur la viabilité économique de la société, dès lors que l'impossibilité de réaliser l'objet social aurait été rapportée⁵⁴⁹.

Ainsi, il est possible de se dire victime d'une erreur sur la viabilité économique si l'on constate après l'achat d'une société que cette dernière n'est pas viable. Cette jurisprudence a fait évoluer la notion d'erreur vers une vision plus économique, et s'inscrit dans la lignée de la

⁵⁴⁴ Dans un autre arrêt, la Cour de cassation évoque le problème de l'erreur dans les cessions de parts sociales. Dans cet arrêt elle refuse d'évoquer l'erreur sur la valeur et retient l'erreur des cessionnaires sur les qualités substantielles : « Une cour d'appel, ayant relevé que la cession des parts sociales n'avait eu pour objet que le transfert, à l'insu des cessionnaires, d'une société déjà privée de l'essentiel de son actif et devenue dans l'impossibilité manifeste de réaliser son objet social, de poursuivre une activité économique et donc d'avoir une rentabilité, a pu en déduire que l'erreur des cessionnaires portait sur les qualités substantielles des parts sociales et non sur leur valeur. » V. J. Mestre, obs. sous Cass. com. 7 fév. 1995, n° 93-14257, *RTD civ.* 1995, p. 878 ; A. Couret, note sous Cass. Com. 7 fév. 1995, n° 93-14257, *Bull. joly* 1995, p. 407.

⁵⁴⁵ A. Viandier, obs. sous Cass. com 1^{er} octobre 1991 ; SNC Quille c. Cts Gasquet, *art. prec.*

⁵⁴⁶ R. Blasselle, « L'erreur vice du consentement dans les cessions de droits sociaux », *D.* 1996, p. 50.

⁵⁴⁷ J. Mestre, obs. sous Cass. com 1^{er} octobre 1991, *RTD civ.* 1992, p. 80.

⁵⁴⁸ B. Lecourt, note sous Cass. com. 12 mai 2015, n° 14-12473, *Rev. Sociétés* 2015, p. 720.

⁵⁴⁹ B. Lecourt, note sous Cass. com. 12 mai 2015, n° 14-12473, *art. prec.*

jurisprudence précédente⁵⁵⁰. En effet, l'erreur sur la viabilité sera retenue lorsqu'au moment de l'acquisition la société était dans une situation économique telle qu'elle ne pouvait poursuivre son objet social. Dans ce cas précis, le vice affecte directement les parts objets du contrat et donc les titres cédés. « Sans doute, ne sont-ils (les titres) pas directement l'objet de la convention, mais dire qu'il y a erreur sur la substance des actions lorsque la société a cédé son actif social, ce qui la met dans l'impossibilité de réaliser son objet social et la prive de toute rentabilité, n'est-ce pas admettre à certains égards que l'objet de la convention n'est pas seulement les titres, mais également et peut-être avant tout le patrimoine social que la détention des titres permet de contrôler et d'utiliser ?⁵⁵¹ » Cet arrêt est donc très intéressant en ce qu'il fait une dissociation juridique entre la société et les parts représentatives de son capital⁵⁵². Il admet que la nullité d'un contrat peut être prononcée si le contrat n'est pas viable économiquement. Ce type d'erreur renvoie directement à la notion de performance économique au sein du contrat qui peut être assimilé à la viabilité économique, voir à la rentabilité économique de ce dernier.

124. L'utilité du contrat. L'erreur sur la viabilité économique du contrat s'appuie donc sur l'utilité du contrat. Si le contrat n'a aucune utilité, le consentement est vicié. L'utilité fait ici partie intégrante de ce que l'on peut appeler la performance financière attendue du contrat. En effet, le contrat pour être performant doit avant tout avoir un objet qui doit être utile s'il veut générer des profits et une activité économique viable. Ainsi, dans certains arrêts, le fait que la situation d'une entreprise soit irrémédiablement compromise, paraît affecter l'utilité même des droits sociaux cédés⁵⁵³. Ceci a pu permettre l'annulation de la cession desdits droits sociaux⁵⁵⁴. Cependant selon certains auteurs⁵⁵⁵, on ne peut pas parler d'erreur sur la valeur, si la valeur des biens transmis est négative dès la cession et impose au cessionnaire d'engager des moyens coûteux nécessaires au redressement.

Le fait que la jurisprudence admette l'erreur sur la viabilité économique ou encore, sur l'utilité même du contrat, laisse penser que la jurisprudence reconnaît pleinement que le

⁵⁵⁰ P. Le Cannu, note sous CA Bordeaux, 2^e ch., 11 juill. 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 593 ; J. Ghestin, *Droit civil, Formation du contrat*, 3^e éd., n° 512 ; Cass. Com., 23 janv. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 23.

⁵⁵¹ G. Virassamy, note sous Cass. com 1^{er} octobre 1991, *D.* 1992, p. 190.

⁵⁵² J. Mestre, « Erreur sur la substance : risque d'éboulement d'une maison et cession d'actions d'une société dépouillée de son fonds de commerce », *RTD civ.* 1992, p. 80.

⁵⁵³ A. Viandier, obs. sous Cass. com 1^{er} octobre 1991 ; SNC Quille c. Cts Gasquet, *art. prec.*

⁵⁵⁴ Cass. 1^{er} civ. 23 mai 1977 : *Bull. civ.* I, n° 244, *in* A. Viandier, obs. sous Cass. Com 1^{er} octobre 1991 ; SNC Quille c. Cts Gasquet, *art. prec.*

⁵⁵⁵ G. Virassamy, note sous Cass. com 1^{er} octobre 1991, *art. prec.*

contrat doit être performant d'un point de vue économique pour être valable. La performance fait alors partie intégrante des contrats d'affaires. D'autant plus que la jurisprudence admet également l'erreur sur la rentabilité du contrat.

2 : L'admission de l'erreur sur la rentabilité économique

125. La rentabilité du contrat. La rentabilité désigne la capacité à produire un profit, un bénéfice appréciable, elle se pare au surplus d'une dose de subjectivisme, la définition de la rentabilité pourra varier suivant les parties au contrat. C'est pourquoi, il est plus facile d'identifier l'absence de rentabilité que de mesurer le moment à partir duquel le contrat devient rentable. Pour admettre l'erreur sur la rentabilité, les juristes se baseront sur la non-rentabilité tandis que les économistes sur le « résultat net/ capitaux propres, l'excédent brut d'exploitation/ actif économique ou encore résultat d'exploitation/ chiffre d'affaires hors taxes⁵⁵⁶ ».

126. L'erreur sur la rentabilité. Comme vu précédemment, l'erreur sur la valeur n'est en principe pas admise sauf dans certains cas où elle porterait sur les qualités substantielles. L'erreur peut être invoquée si elle porte sur la rentabilité économique de l'activité faisant l'objet du contrat ou du contrat lui-même. Encore faut-il que pour les parties, la rentabilité soit érigée au rang d'élément essentiel du contrat. Dans les contrats d'affaires, si en l'absence de rentabilité le contrat n'a plus d'intérêt pour le cocontractant, l'objet du contrat ne se réalise pas, la nullité pourra être demandée pour erreur sur les qualités substantielles.

127. Vers une erreur sur l'absence de performance. En l'espèce, c'est la non-rentabilité qui sera mise en avant. Le fait que la jurisprudence⁵⁵⁷ soit de plus en plus encline à admettre ce type d'erreur, portant sur la rentabilité, est favorable à l'intégration de la performance au contrat. Dans ce cas, la performance du contrat renvoie à la notion de rentabilité économique et à la viabilité économique de l'opération qui fait l'objet du contrat.

⁵⁵⁶ N. Dissaux, obs. sous Cass. com 4 octobre 2011, *D.* 2011, p. 3052.

⁵⁵⁷ H. Barbier, « L'erreur sur la rentabilité économique », *RTD Civ.* 2014, p. 109 ; Cass. com. 10 déc. 2013, n° 12-23890, inédit ; Cass. com. 10 déc. 2013, n° 12-23115, inédit ; Paris, 12 sept. 2013, n° 11/19074 ; Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23337, *Rev. Sociétés* 2013, p. 683, obs. S. Prévost.

Ainsi, si une entreprise n'est pas performante, elle ne sera en principe pas rentable⁵⁵⁸ d'un point de vue économique et les acquéreurs de cette dernière pourront demander l'annulation du contrat pour erreur sur la rentabilité. À travers l'erreur sur la rentabilité, on se tourne vers une protection de la performance qui devient en quelque sorte une garantie pour les acquéreurs. Cependant, elle n'est pas reconnue automatiquement par les juges du fond.

128. L'admission de l'erreur substantielle sur la rentabilité. L'erreur sur les qualités substantielles est souvent invoquée par les requérants dans le domaine des cessions de contrôle de sociétés. Nous allons ici nous intéresser à un arrêt de la chambre commerciale du 7 février 1995⁵⁵⁹. En l'espèce, des associés avaient cédé plus des trois quarts des parts d'une société pour le prix d'un franc. Les cessionnaires s'étaient engagés à garantir aux cédants des sommes qui pourraient leur être réclamées pour avoir cautionné des dettes de la société auprès de la BNP et d'une autre société. Neuf mois plus tard, la société cédée fut mise en redressement judiciaire. La BNP et l'autre société poursuivirent les cédants en leur qualité de caution. Ces derniers assignèrent les cessionnaires en paiement des sommes dues et de dommages-intérêts. Les cessionnaires conclurent reconventionnellement, pour ne pas payer, à la nullité de la cession pour erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue. La Cour d'appel accueillit leur demande en constatant la nullité de la cession des parts de la société. Les cédants formèrent un pourvoi en faisant valoir que les juges du fond avaient violé l'ancien article 1110⁵⁶⁰ du Code civil en admettant l'erreur sur la valeur des parts sociales acquises.

La chambre commerciale rejeta leur pourvoi aux motifs que « l'arrêt ayant relevé que la cession des parts sociales n'avait eu pour objet que le transfert à l'insu des cessionnaires, d'une société déjà privée de l'essentiel de son actif et devenue dans l'impossibilité manifeste

⁵⁵⁸ La notion de rentabilité renvoie en l'espèce à la performance économique d'une entreprise c'est-à-dire à l'atteinte des objectifs financiers avec les moyens mis à disposition tout en limitant les pertes au maximum. Nous ne faisons pas référence en l'espèce à la rentabilité dans un sens comptable mais plutôt en essayant d'appliquer la définition juridique que nous avons retenue dans le cadre de notre étude.

⁵⁵⁹ Cass. Com. 7 février 1995 n°93-14.257, Inédit.

⁵⁶⁰ Ancien art. 1110 C. civ. : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

de réaliser son objet social, de poursuivre une activité économique et donc d'avoir une rentabilité⁵⁶¹ ».

Les juges du fond ne s'étaient pas fondés sur l'erreur sur la valeur des parts sociales, mais sur la substance même de ces dernières. Cette solution se rapproche de celle de 1991⁵⁶², mais ici, la perte de l'actif était purement d'origine économique⁵⁶³ et ne résultait pas de la vente du fonds de commerce postérieure à la cession comme dans l'arrêt de 1991. En effet, la perte d'actif résultait ici des difficultés de la société ayant entraîné le redressement de celle-ci. De plus, la cession avait été faite pour un franc, les acquéreurs ne pouvaient pas s'attendre à ce que l'entreprise cédée soit rentable⁵⁶⁴. Mais l'erreur fut tout de même admise, « une erreur qui, *via* l'impossibilité manifeste pour les parts cédées de permettre la réalisation de l'objet social, fait expressément référence à la poursuite d'une activité économique et même à la notion de rentabilité!⁵⁶⁵ » Même si les acquéreurs ne pouvaient s'attendre légitimement, compte tenu des circonstances, à obtenir une société rentable et performante, les juges ont intégré la performance au contrat avec la notion de rentabilité érigée en élément essentiel du contrat. Cette jurisprudence permet de faire un pas de plus vers l'admission de l'erreur sur la valeur⁵⁶⁶ donc indirectement sur l'intégration de la performance au contrat.

129. L'admission de l'erreur sur la valeur à travers la rentabilité. La chambre commerciale a admis plus récemment l'annulation d'un contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité de l'activité économique⁵⁶⁷. Ceci laisse penser que la jurisprudence fait un pas de plus vers l'erreur sur la valeur, mais surtout, un pas de plus vers l'importance de la performance dans les contrats d'affaires, et plus particulièrement au sein des contrats de distribution. En effet, dans ce type de contrat la valeur, la viabilité économique et la rentabilité sont bien souvent des éléments substantiels du contrat.

En l'espèce, l'erreur sur la rentabilité, dans un contrat de franchise, concernait un écart important entre les résultats obtenus et les prévisions que le franchiseur avait transmis en amont au franchisé. En effet, le franchisé s'était retrouvé en liquidation judiciaire et le liquidateur poursuivait l'annulation du contrat de franchise. Ce dernier demanda des

⁵⁶¹ Cass. com. 7 février 1995 n°93-14257, Inédit.

⁵⁶² Cass. com. 1er octobre 1991 n°89-13967, Bull.1991 IV N° 277 p. 192.

⁵⁶³ J. Mestre, obs. sous Cass. com. 7 février 1995, *RTD Civ.* 1995 p. 878.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

⁵⁶⁵ R. Blasselle, « L'erreur vice du consentement dans les cessions de droits sociaux », *D.* 1996, p. 50.

⁵⁶⁶ J. Mestre, obs. sous Cass. com. 7 février 1995, *art. prec.*

⁵⁶⁷ Cass. com. 4 octobre 2011 n° 10-20956, Inédit.

dommages et intérêts pour information précontractuelle inexacte. Il se fonda sur l'erreur du franchisé qui avait cru pouvoir obtenir un certain résultat. La Cour d'appel de Paris rejeta l'action en nullité en estimant que le consentement était suffisamment protégé et que le franchisé devait lui-même apprécier la valeur et les résultats possibles à réaliser. La chambre commerciale cassa l'arrêt d'appel en admettant l'erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité de l'entreprise. L'erreur fut retenue indépendamment de l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur. Il suffisait que l'erreur soit déterminante des engagements du franchisé⁵⁶⁸. L'erreur fut admise de manière assez souple puisque la rentabilité de l'activité ne sera jamais assurée et dépendra de certains facteurs plus ou moins aléatoires. La performance même de l'activité resta aléatoire, mais la Cour de cassation admit quand même que le consentement du franchisé pût être vicié concernant la rentabilité de l'entreprise.

Ceci nous montre l'importance de la performance pour les juges dans le contrat, elle semble faire partie de l'économie qui entoure le contrat.

B : L'économie du contrat au sein des contrats de distribution : une performance essentielle au contenu du contrat

130. La performance comme étant la cause du contrat. Il convient de souligner que la notion de cause a été supprimée par la réforme du Code civil⁵⁶⁹ et remplacée par « un contenu licite et certain⁵⁷⁰ ». Cependant, il est essentiel de revenir sur la cause afin de comprendre pourquoi la performance a été considérée par la jurisprudence comme étant la cause des contrats de distribution. La cause était essentielle à la validité du contrat. Elle n'était pas clairement définie par le Code civil, mais en pratique elle devait exister et être licite⁵⁷¹. La cause était considérée comme le contrepoids de l'obligation, elle était l'élément qui justifiait la force obligatoire de l'obligation et donc du contrat⁵⁷². Un contrat sans cause encourait la nullité, tout comme aujourd'hui un contrat sans « contenu licite et certain ».

⁵⁶⁸ N. Dissaux, obs. sous Cass. com. 4 octobre 2011, *D.* 2011, p. 3052 ; T. Genicon, obs. Cass. com. 4 octobre 2011, n°10-20.956, *RDC* 1^{er} janv. 2012 n° 1, p. 64.

⁵⁶⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵⁷⁰ Art. 1128 C. civ. « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain. »

⁵⁷¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Quadrige, 1ère éd., 2004, p. 2017 et suivantes.

⁵⁷² L. Aynes, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munch, *Les obligations*, Défrénois, 5ème éd., 2011, p.303 et s.

Depuis quelques années, l'absence de cause est définie de manière plus large, par référence à l'« économie du contrat »⁵⁷³. L'absence de cause peut résulter de l'absence de contrepartie ou encore de l'absence d'intérêt pour l'un des cocontractants. La cause est donc la raison, le pourquoi, qui pousse une personne à conclure un contrat. On peut même dire qu'elle est l'intérêt du contractant au contrat, et plus particulièrement, dans notre cas de l'intérêt économique⁵⁷⁴ du contrat. D'ailleurs, dans le projet Catala, le terme « intérêt » avait été préféré au terme de « cause » dans le nouveau projet de la chancellerie. Aujourd'hui, il est fait référence au contenu contractuel et non plus à la cause du contrat. Cependant, même si le terme change la notion et les effets restent les mêmes, un contrat dépourvu de cause ou dépourvu de contenu est un contrat qui encourt la nullité.

Ainsi, le contenu contractuel est la raison qui amène à contracter, tout comme la cause était la raison pour laquelle les parties donnaient leur consentement pour conclure un contrat. Ainsi, la raison d'être du contrat en droit des affaires peut être par exemple, la rentabilité future d'une activité, une contrepartie financière contre un service, la réalisation de profit, l'acquisition d'une société en bonne santé financière, l'embauche d'un salarié compétent. Ce sont autant de raisons qui touchent à la performance, qu'elle soit économique, financière ou salariale. C'est bien souvent la performance qui pousse à contracter et si cette dernière fait ensuite défaut, il pourrait être envisageable d'annuler le contrat pour défaut de cause, et donc pour défaut de contenu certain. Le défaut de performance d'un contrat de distribution pourrait donc aboutir à une nullité du contrat pour défaut de contenu certain, encore faut-il bien sûr, que la performance économique soit directement liée au contenu du contrat.

Même si la notion de cause a disparu ses fonctions et ses effets demeurent, un contrat dont le contenu ne sera pas déterminé ou illicite encourt la nullité. En effet, selon l'article 1162 du Code civil « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Or, il convient de souligner que le « but » renvoie ainsi nécessairement aux mobiles déterminants que les juges étaient traditionnellement amenés à sonder au titre du contrôle de la licéité de la cause⁵⁷⁵. De plus, l'article 1169 du Code civil dispose qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire

⁵⁷³ J. Ghestin, « Erreur », *Rep. civ.* Juill. 2017, n° 333 et s.

⁵⁷⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op.cit.*, p. 2017 et s.

⁵⁷⁵ N. Dissaux, *Contrat : Formation, Rep. de droit civil*, Avril 2017, n° 161 et s.

ou dérisoire » n'est pas sans rappeler la définition de la cause retenue par certains auteurs⁵⁷⁶. Cet article n'est également pas sans rappeler les arrêts qui ont prononcé la nullité d'un contrat de franchise économiquement non viable pour défaut de cause.

131. L'admission de défaut de cause des contrats économiquement non viables. L'absence de cause pour contrat économiquement non viable fut prononcée pour la première fois dans un célèbre arrêt « Club vidéo » de 1996⁵⁷⁷. En l'espèce, des époux avaient conclu un contrat de création d'un « point club vidéo » et de location de cassettes. La cause du contrat était la location de cassette vidéo destinée à une exploitation commerciale, or celle-ci s'était révélée impossible en l'absence de clientèle dans un petit village rural⁵⁷⁸. Les juges du fond avaient prononcé la nullité du contrat pour défaut de cause, l'exploitation de l'activité étant vouée à l'échec. Les vendeurs formèrent un pourvoi en invoquant que la cause de leur engagement était seulement la mise à disposition de cassettes. La première chambre civile rejeta leur pourvoi aux motifs que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible. Cette impossibilité entraîna l'absence de cause du contrat pour absence de contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes.

Plus récemment, dans un arrêt de la chambre commerciale du 18 mars 2014⁵⁷⁹, une position différente a été adoptée. En l'espèce, il s'agissait d'une licence d'exploitation de marque concédée en contrepartie d'une redevance annuelle par un pourcentage sur le chiffre d'affaires. Les juges du fond avaient estimé que la cause du contrat devait s'apprécier au jour de la conclusion du contrat, et que la rentabilité du contrat ne pouvait en faire partie, car susceptible de changements au fil de l'exécution du contrat. Le pourvoi relevait que la disparition de « la cause d'un engagement à exécution successive en cours d'exécution du contrat entraîne sa caducité ; que l'évolution des circonstances économiques peut déséquilibrer l'économie générale du contrat⁵⁸⁰ ». En effet, en l'espèce il y avait eu un changement des circonstances économiques s'accompagnant d'une chute des ventes dans le

⁵⁷⁶ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, 2006, LGDJ.

⁵⁷⁷ P. Reigné, obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, « club vidéo », *D.* 1997 p. 500 ; Ph. Delebecque obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, Defrénois 1996, p. 1015 ; J. Mestre, obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, *RTD civ.* 1996, p. 901 ; J. F. Labarthe, obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, *CP* 1997. I. 4015, n° 4.

⁵⁷⁸ L. Aynes, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munch, *Les obligations, op et loc.cit.*

⁵⁷⁹ Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, « Cause du contrat : disparition de la rentabilité économique », *D.* 2014, p. 1915.

⁵⁸⁰ Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, « Cause du contrat : disparition de la rentabilité économique », *D.* 2014, p. 1915 ; D. Mazeaud, « À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile... », *D.* 2014, p. 1915.

secteur en question ; la grande distribution. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, et estime que la cause du contrat constitue une des conditions de la formation du contrat, qui s'apprécie donc au moment de sa conclusion. De plus, elle relève que la cause du contrat « résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat⁵⁸¹ ».

132. Défaut de cause pour défaut de performance. L'absence de cause peut donc être prononcée pour absence de contrepartie. La contrepartie est de pouvoir exploiter une activité commerciale viable et rentable. On peut en déduire que la contrepartie réside dans la performance de l'exploitation de l'activité. Les juges ont donc retenu le défaut de cause pour défaut de contrat performant. Mais cet arrêt de 1996 rompt avec la notion de cause classiquement retenue. En effet, des mobiles concrets peuvent être pris en compte, mais seulement si ces derniers ont été intégrés au champ contractuel⁵⁸². En l'espèce, il semble que ces mobiles concrets n'aient pas eu besoin d'être intégrés au contrat pour être retenus. La notion de cause se voit élargie avec cette solution. Ici, la contrepartie du prix était la location de cassette qui était belle et bien remplie. Cependant, les juges du fond, suivi par la Cour de cassation, sont allés plus loin en prenant en considération le fait que le contrat ne soit pas économiquement viable malgré la mise à disposition des cassettes. La conception objective de la cause est ici écartée⁵⁸³. En l'espèce, la cause du contrat n'était pas la location de cassette vidéo, mais la sous-location de ces cassettes à de potentiels clients, cette dernière étant inexistante faute de clientèle. La cause était impossible, le contrat était donc économiquement non viable. Une éventuelle performance était impossible dans ce contexte.

Cette extension de la notion de cause fut possible en se référant à l'économie du contrat. Cette dernière prend de l'importance et les juges y font de plus en plus référence, comme c'est le cas en l'espèce⁵⁸⁴. En se référant à l'économie du contrat⁵⁸⁵, les juges ont voulu ici y intégrer la notion de performance comme si cette dernière était essentielle au contrat et faisait partie intégrante de son économie.

⁵⁸¹ D. Mazeaud, « À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile... », *art. prec.*

⁵⁸² P. Reigne, Obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, « club vidéo », *D.* 1997 p. 500.

⁵⁸³ P. Reigne, Obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, « club vidéo », *D.* 1997 p. 500.

⁵⁸⁴ J. Mestre, « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996 p. 901.

⁵⁸⁵ Lorsque les juges rétablissent l'équité au sein du contrat en se fondant sur l'économie du contrat. En l'espèce, sans performance économique le contrat n'avait plus de raison d'être pour les parties. A travers l'économie du contrat, ou l'obligation essentielle, le juge garde un moyen de contrôle sur le contrat. M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006, p. 586.

133. Limite. Cependant, plusieurs années après, la Chambre commerciale est venue prendre ses distances avec cette notion économique de la cause. Tout d'abord, dans un arrêt de 2007⁵⁸⁶ où elle est venue affirmer que « l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en raison de l'absence de contrepartie réelle ». Cette position fut réaffirmée dans un arrêt plus récent du 9 juin 2009⁵⁸⁷. En l'espèce, le contrat dépassait les moyens financiers du locataire et le contrat ne pouvait être exécuté selon l'économie voulue par les parties. Ici, la Cour de cassation refusa d'avoir une lecture trop économique de la chose et estima qu'il y avait bien une contrepartie. En effet, on ne pouvait reprocher au bailleur de ne pas avoir vérifié que le locataire aurait une utilisation profitable et rentable. Ainsi, elle rappela dans son attendu que « la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre ». Dans cette affaire, la Chambre commerciale a semble-t-il voulu mettre un frein au défaut de cause pour défaut de rentabilité⁵⁸⁸. En effet, le juge ne peut pas prononcer la nullité de tous les contrats non rentables et non performants. Il l'admet seulement si l'économie du contrat, voulue par les parties, s'avère impossible.

Malgré cette nuance nécessaire de la Haute Cour, on ne pourrait exclure la notion de performance du contrat, cette dernière se révèle même nécessaire aux relations contractuelles.

134. Conclusion de la section relative à la performance économique reconnue par les juges. La performance économique est une performance de type financier qui englobe à elle seule les notions de rentabilité financière, de compétitivité, et de viabilité économique. À ce titre, il convient de souligner que la performance économique prend une place considérable au sein des contrats d'affaires. En effet, la rentabilité financière et la viabilité économique des opérations sont essentielles pour les cocontractants lorsqu'il s'agit des contrats d'affaires. Les relations d'affaires sont dominées par un désir de conquête du marché, et par un besoin de rentabilité. Ainsi, lorsque les parties vont conclure un contrat pour organiser leurs relations d'affaires, il est souhaitable que la performance économique soit érigée en principe directeur. Les performances économiques et financières apparaissent comme des vecteurs qui guident les acteurs de la vie des affaires, c'est pourquoi il était très

⁵⁸⁶ Cass. com. 27 mars 2007 n°06-10.452, Inédit in S. Amrani-Mekki, B. Fauvarque-Cosson, « Droit des contrats », *D.* 2007, p. 2966.

⁵⁸⁷ Cass. com. 9 juin 2009 n°08-11.420, Inédit, in D. Mazeaud, « À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile... », *art. préc.*

⁵⁸⁸ B. Fages, obs. sous Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RTD civ.* 2009, p. 719.

important d'en dresser un état des lieux et d'étudier comment les juges appréhendent ces notions. Dans un premier temps, il faut se placer en amont de la conclusion du contrat, c'est-à-dire que les performances économiques doivent intervenir dès la phase de la conclusion du contrat. Il est nécessaire que les futures parties au contrat échangent des informations précises et sincères en ce qui concerne les performances économiques et financières futures des opérations. Le Code civil a codifié il y a peu une obligation précontractuelle d'information qui s'impose à présent de manière générale à tous les contrats en droit civil avec l'article 1112-1. Ainsi, cet article dispose que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. » Cette dernière condition qui concerne l'estimation de la valeur de la prestation n'empêche pas autant le refus d'inclure les performances financières et économiques dans l'obligation précontractuelle d'information. En effet, lorsque les performances économiques et financières font partie de l'essence même du contrat et sont déterminantes de l'engagement des parties, il convient de les inclure dans le contenu de cette nouvelle obligation précontractuelle. Ainsi, dans un contrat de distribution, par exemple, une information sincère sur les performances économiques futures du contrat semble essentielle afin de remplir l'obligation de l'article 1112-1 du Code civil. Dans un second temps, il convient de préciser que la performance financière irrigue le contrat pendant son exécution. Ainsi, les juges ont admis à plusieurs reprises la nullité d'un contrat pour erreur sur la viabilité économique, ou sur la rentabilité économique, ou encore pour défaut de cause des contrats non économiquement viables. Les juges ont donc admis pour certains contrats, notamment des contrats de distribution, que les performances économiques sont essentielles à la survie juridique de ces derniers et à leur fonctionnement.

135. Conclusion du chapitre relatif à la performance un enjeu saisi par les juges. La performance est un enjeu important pour les acteurs de la vie des affaires. Les juges, mais aussi le législateur, comme nous l'avons vu, tiennent aujourd'hui compte de cette notion. Sans pour autant essayer de juridiciser la performance, notre droit tente peu à peu de l'intégrer et de se l'approprier. Nous avons étudié deux pans de la performance afin de démontrer son importante grandissante dans notre droit des affaires. Tout d'abord, nous

avons étudié la performance environnementale qui s'est parfaitement intégrée dans notre paysage juridique. En effet, aujourd'hui, il est important que les acteurs de la vie des affaires aient un comportement respectueux de l'environnement. Ils se doivent d'adopter des comportements responsables, de développer les innovations en matière de développement durable et de recyclage des déchets. La jurisprudence, et à présent le législateur, dans la réforme récente du Code civil ont su tenir compte de l'environnement. La reconnaissance du préjudice écologique, ou encore la sanction de la méconnaissance de certaines garanties de performances environnementales ou énergétiques font aujourd'hui de l'environnement une priorité. Le fait de prévoir à présent des sanctions pour les entreprises qui ne remplissent pas leurs obligations de performance environnementale permet une reconnaissance totale par notre système juridique de ce type de performance. Ensuite, nous avons étudié la performance économique qui est elle aussi à présent un enjeu saisi par les juges. Les juges en prononçant par exemple la nullité d'un contrat pour erreur sur la rentabilité économique de celui-ci, implique nécessairement la reconnaissance par les juges de l'importance de la performance économique dans certains types de contrats. Et même si généralement il s'agit de contrats de distribution, il est possible d'imaginer que d'autres types de contrats conclus à titre onéreux puissent être touchés par ce phénomène. Ce phénomène implique en effet de reconnaître la performance économique et financière comme faisant partie intégrante du contrat. Au sein des contrats d'affaires, bon nombre de contractants recherchent la rentabilité, l'efficacité, et la compétitivité, ainsi on peut voir la performance de type économique comme étant l'essence même des contrats qui entourent la vie des affaires.

136. Conclusion du titre relatif aux différentes manifestations de la performance. La performance est une notion économique qui imprègne de plus en plus notre système juridique, notamment notre droit des affaires. Nous avons donc étudié les différentes manifestations de la performance en droit économique. Même si cette notion ne peut se juridiciser totalement, il est important de souligner qu'elle fait partie de notre paysage juridique et qu'elle produit des effets juridiques à l'égard des parties qui l'intègrent au sein du champ contractuel. La performance qu'elle soit économique, sociale, ou environnementale, si elle est identifiée en amont par les parties à un contrat, peut être contractualisée. La contractualisation de la performance est relativement fréquente en droit des affaires, car elle apporte une certaine prévisibilité sur les résultats à atteindre, et une sécurité juridique quant aux conséquences juridiques qu'elle peut produire si les objectifs ne

sont pas respectés. La performance peut donc être vue comme une obligation qui s'impose aux parties, dans le cas où elle a été, en amont, intégrée au champ contractuel. Si la performance se perçoit comme une obligation qui s'impose aux parties dans certains cas, elle doit nécessairement produire des effets juridiques. À ce titre, non seulement la performance est prise d'assaut par les parties qui peuvent choisir de la contractualiser, mais les juges seront également contraints de lui reconnaître des effets juridiques. Si elle est perçue comme une obligation, le manquement à ces obligations de performance doit nécessairement être sanctionné par les juges, soit par la nullité du contrat, soit par une sanction pécuniaire, soit par le non-versement d'une prime.

TITRE 2 : L'OBLIGATION DE PERFORMANCE À TRAVERS LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS

137. Le contrôle des rémunérations des dirigeants et sa réglementation semblent essentiels au regard des récentes affaires⁵⁸⁹ qui dénoncent le caractère excessif de ces dernières par rapport aux services rendus. Une vague législative est venue encadrer ces rémunérations. Elle a été initiée par la loi Breton du 26 juillet 2005 sur la confiance et la modernisation de l'économie pour les sociétés admises sur un marché réglementé. Deux ans plus tard, la loi TEPA⁵⁹⁰ est venue modifier le régime des rémunérations des dirigeants en ce qui concerne les salaires, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé. Les personnes visées par cette nouvelle réglementation sont les présidents, directeurs généraux, ou encore les directeurs généraux délégués pour les rémunérations qu'ils perçoivent au sein des sociétés concernées au sens de l'article L. 233-16 du Code commerce. Les rémunérations concernées sont les salaires, indemnités ou avantages dus ou susceptibles d'être dus en raison de la cessation des fonctions de la personne en question. La loi TEPA instaure trois principes nouveaux à savoir l'accentuation de l'information sur les rémunérations autorisées, l'interdiction de certaines rémunérations et la réglementation des versements.

138. Enfin, plus récemment la loi Sapin II⁵⁹¹ est la dernière réforme en date apportant plusieurs innovations en matière de contrôle des rémunérations. Cependant les contraintes imposées par cette loi restent cantonnées aux sociétés anonymes cotées. Dans le cadre de notre étude, il convient donc d'analyser de manière approfondie les apports de ces différentes réformes et de faire un tour d'horizon de la législation en matière de fixation de la rémunération des dirigeants. Les performances financières, boursières, sociales, et environnementales sont au cœur du sujet. En effet, il pèse sur les dirigeants une obligation de résultat qui porte directement sur leurs performances, et sur leur capacité à atteindre les objectifs fixés, ainsi que sur celles de la société. À travers le système de fixation de la rémunération des dirigeants indexée sur leurs performances, il pèse sur eux de manière

⁵⁸⁹ L'affaire Vivendi et l'affaire Carrefour vues précédemment.

⁵⁹⁰ Art. 17 de la loi n°2007-1223 du 21 août 2007.

⁵⁹¹ LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

indirecte une réelle obligation de performance qui conditionne l'octroi de leurs rémunérations. Cependant, ce nouveau système d'indexation sur les performances du dirigeant pose divers problèmes notamment sur le fait de savoir quel type de performance il faut prendre en compte, celle du dirigeant lui-même, celle de la société. Ou encore, comment réussir à évaluer la performance d'un dirigeant, faut-il se fonder sur les résultats financiers et la valeur boursière de la société, ou faut-il également prendre en compte des critères sociaux et environnementaux, par exemple le respect de l'environnement, l'innovation de la société quant au développement durable, ou encore son respect du droit du travail, sa capacité à créer de l'emploi durable... Tant de questionnements qui méritent des éclaircissements.

139. L'étude de l'obligation de performance qui pèse sur les dirigeants de sociétés passe nécessairement par l'étude des critères de rémunérations. D'une part, il convient d'étudier la vague de réformes survenues depuis 2005 jusqu'à aujourd'hui, ce qui amène à penser que l'on se dirige enfin vers une législation efficace en matière de rémunération de dirigeants (**Chap. 1**). Et d'autre part, la nouvelle réglementation mise en place permettra peut-être une rémunération en adéquation avec les performances réelles du dirigeant, et donc aboutira peut-être enfin à une véritable obligation de performance des dirigeants sociaux motivée par leurs rémunérations (**Chap. 2**).

Chapitre 1 : La détermination de la rémunération des dirigeants

Chapitre 2 : L'obligation de performance des dirigeants déterminante de leur rémunération

Chapitre 1 : La détermination de la rémunération des dirigeants

140. Il convient de faire une distinction entre la rémunération des dirigeants en raison de leur fonction d'administrateur et des règles particulières qui gouvernent la rémunération des fonctions de direction. La rémunération des fonctions d'administrateurs ne sera pas étudiée, car il convient de s'intéresser aux fonctions dont la rémunération est fixée en fonction des résultats obtenus et des performances. Les administrateurs ont en effet une rémunération fixe avec l'octroi de jetons de présence, et ils ne peuvent recevoir d'autres rémunérations de la part de la société. Il s'agit d'une disposition d'ordre public et toute clause contraire sera réputée non écrite, et toute décision contraire sera nulle⁵⁹².

Il sera donc étudié dans ce titre les rémunérations des fonctions de direction qui peuvent être immédiates, dans le sens où elles seront concomitantes aux fonctions exercées, elles peuvent également être différées, prenant effet lors de la cessation des fonctions de direction. D'une part, il convient de dresser un état des lieux des diverses rémunérations au sein des différentes sociétés (**section 1**), et d'autre part, il sera utile de souligner la complexité du système actuel, avec l'enchevêtrement des différentes sources qui posera parfois difficulté en pratique (**section 2**). En effet, il existe un droit dur et un droit souple auxquels les sociétés ont le choix de se conformer pour la fixation des rémunérations de dirigeants de sociétés anonymes admises sur un marché réglementé.

Section 1 : État des lieux de la fixation des rémunérations au sein des différentes sociétés

141. La rémunération au sein des sociétés anonymes a un régime tout particulier qu'il convient d'analyser de manière autonome (**§1**). En effet, si la loi du 24 juillet 1966 a indiqué des règles portant sur la rémunération des dirigeants sociaux dans les sociétés anonymes, elle a en revanche occulté les autres formes de société (**§2**), sauf en ce qui concerne la rémunération des gérants de sociétés en commandite par actions.

⁵⁹² Art. L. 225-44 du Code de commerce dispose : « Sous réserve des articles L. 225-21-1, L. 225-22, L. 225-23, L. 225-27 et L. 225-27-1, les administrateurs ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles prévues aux articles L. 225-45, L. 225-46, L. 225-47 et L. 225-53.

Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle. »

§1 : La rémunération des dirigeants au sein des sociétés anonymes

142. La rémunération des dirigeants au sein des sociétés anonymes se compose de plusieurs éléments qui peuvent se regrouper en deux catégories. D'une part, les rémunérations immédiates versées pendant l'exercice des fonctions du dirigeant **(A.)**, et d'autre part les rémunérations différées, versées lors de la cessation des fonctions du dirigeant **(B.)**.

A : Les rémunérations immédiates

143. Compétence exclusive du conseil d'administration ou de surveillance. Seul le conseil d'administration est compétent pour fixer la rémunération de son président, ou de son administrateur délégué⁵⁹³, il est également seul compétent pour fixer la rémunération du directeur général et du directeur général délégué⁵⁹⁴. Cette règle de principe est d'ordre public et ne supporte aucune exception⁵⁹⁵. C'est donc l'entier conseil qui est compétent, à ce titre, le président du conseil, qui est un administrateur comme un autre, prend donc part au vote en ce qui concerne sa rémunération. De plus, l'article L. 225-37 du Code de commerce va encore plus loin, car il prévoit que la voix du président sera prépondérante si ce dernier préside la séance. Le président du conseil dispose donc de large pouvoir en ce qui concerne la fixation de sa rémunération immédiate, d'autant plus qu'en principe il fixe l'ordre de jour, c'est donc à lui que revient le soin de mettre sa rémunération à l'ordre du jour, en plus de participer au vote⁵⁹⁶. Cela peut aboutir à des abus, à la fixation de rémunérations excessives, que le juge a le pouvoir de contrôler⁵⁹⁷, même si ce dernier ne peut se substituer au conseil d'administration⁵⁹⁸. De même, dans les sociétés anonymes à directoire, le conseil de surveillance fixe la rémunération des membres du directoire⁵⁹⁹,

⁵⁹³ Art. L. 225-47 C. com. « Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération dans les conditions prévues à l'article L. 225-37-2. »

⁵⁹⁴ Art. L. 225-53 C. com. « Le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués dans les conditions prévues à l'article L. 225-37-2. »

⁵⁹⁵ M. Boizard, obs. sous Cass. com. 24 oct. 2000, n° 98-18367, *Bull. civ IV*, n° 166 « Le conseil d'administration est compétent pour supprimer une rente viagère qu'il avait décidé d'octroyer au P-DG » *D.* 2000, p. 434.

⁵⁹⁶ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017, n°7 et s.

⁵⁹⁷ Cf. §2 : L'intervention du juge dans le contrôle des rémunérations excessives, n° 146 et s.

⁵⁹⁸ Lyon, 9 janv. 1998, *JurisData* n° 043498.

⁵⁹⁹ Art. L. 225-63 C. com. « L'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire dans les conditions prévues à l'article L. 225-83-2. »

détermine également la rémunération du président et du vice-président du conseil de surveillance⁶⁰⁰.

144. Les composantes de la rémunération. Le dirigeant mandataire social dispose en principe d'une rémunération immédiate, et d'une rémunération différée. Sa rémunération peut donc comporter plusieurs éléments différents, sans compter les rémunérations exceptionnelles pouvant être accordées dans des circonstances particulières. En principe, la base de la rémunération est constituée d'une part fixe, que le conseil détermine sur une base annuelle. Ensuite, elle peut se compléter avec une rémunération dite variable à travers des « bonus » accordés au dirigeant en fonction de critères définis en amont⁶⁰¹. Des avantages à l'arrivée du dirigeant au sein de la société, s'il est recruté à l'extérieur, peuvent lui être octroyés en guise de prime de bienvenue, que l'on appelle en principe les « golden hello »⁶⁰². Il est également possible de prévoir des avantages en nature comme l'usage personnel d'une voiture de fonction, d'un chauffeur, d'un logement de fonction... Il peut aussi être prévu au bénéfice du dirigeant une rémunération en titres de la société avec l'octroi de stock-options ou l'attribution d'actions gratuites, ce type de rémunération a pour but d'aligner les intérêts du dirigeant avec ceux des actionnaires pour plus de performance du dirigeant dans l'exercice de ses fonctions⁶⁰³. En effet, ce dernier se voit directement associé aux résultats boursiers de la société, il est ainsi sans doute plus soucieux de la réussite de la société et de son bon fonctionnement. Dans ce cas la performance du dirigeant est directement associée à la performance financière de l'entreprise. Les actionnaires et associés ne peuvent prétendre à une rémunération que si un bénéfice est réalisé par la société. Il paraît alors simple et séduisant d'assimiler le dirigeant au statut des actionnaires et associés, et ainsi de ne lui verser tout ou partie de sa rémunération qu'en cas de succès de l'entreprise. Le dirigeant et l'attribution de stock options relèvent de cette logique; or le dirigeant actionnaire peut profiter d'une plus-value par la revente de ses

⁶⁰⁰ Art. L. 225-81 C. com. « Le conseil de surveillance élit en son sein un président et un vice-président qui sont chargés de convoquer le conseil et d'en diriger les débats. Il détermine, s'il l'entend, leur rémunération dans les conditions prévues à l'article L. 225-82-2.

A peine de nullité de leur nomination, le président et le vice-président du conseil de surveillance sont des personnes physiques. Ils exercent leurs fonctions pendant la durée du mandat du conseil de surveillance. »

⁶⁰¹ P. Durand-Barthez, *Le guide de la gouvernance des sociétés*, Dalloz, 2016-2017, p. 301 et s., n° 171.12.

⁶⁰² M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 25^{ème} éd., 2012, n°558.

⁶⁰³ B. Dondero, « La rémunération des dirigeants sociaux », in MAGNIER (V.) *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, Préf. Ph. Marini, LGDJ, 2010, p. 111 et s.

titres, et cette plus-value dépendra du cours de l'action de la société, mais ce n'est pas nécessairement lié aux bons résultats de la société⁶⁰⁴.

En dernier lieu, le dirigeant peut se voir accorder des rémunérations différées comme des indemnités de fin de mandat ou un régime de retraite supplémentaire. Ces éléments de la rémunération feront l'objet ci-dessous d'une étude spécifique, car ils disposent d'un régime et d'une nature particulière.

145. La nature institutionnelle de la rémunération des dirigeants mandataires sociaux. Depuis l'arrêt Motte, il a été posé les principes de hiérarchie et de spécialisation des organes des sociétés anonymes⁶⁰⁵. À ce titre, « la société anonyme étant une société dont les organes sont hiérarchisés, et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale, il n'appartient pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration⁶⁰⁶». Si l'on se fonde sur les compétences du conseil d'administration et du conseil de surveillance, qui sont chargés de nommer et de fixer le montant des rémunérations des dirigeants sociaux, l'assemblée générale ne dispose pas de compétence pour intervenir dans la fixation du montant des rémunérations de ses dirigeants sociaux. Il n'appartient pas à cette dernière d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration⁶⁰⁷. Cette conception posée par l'arrêt Motte permet d'asseoir la nature institutionnelle de la rémunération des dirigeants de société anonyme, et de la faire échapper au contrôle des conventions réglementées. En effet, la procédure des conventions réglementées s'applique en principe pour toutes conventions qui ne sont pas interdites ou libres, en revanche cette procédure ne s'applique pas en cas de fusion entre sociétés, elle ne joue pas non plus pour les rémunérations du président et des directeurs généraux fixées par le conseil ni pour les jetons de présence des administrateurs déterminés quant à eux par l'assemblée générale des actionnaires⁶⁰⁸. Cette exclusion de la procédure des conventions réglementées pour la fixation des rémunérations s'explique donc par le fait qu'elles ont un caractère institutionnel et qu'elles ne procèdent pas d'une convention. En effet, ce principe a été affirmé dans un arrêt de 2010, selon lequel la

⁶⁰⁴ B. Dondero « La rémunération des dirigeants sociaux », *art. prec.*

⁶⁰⁵ P. Le Cannu, « Rémunération des dirigeants de sociétés anonymes et contrôle des conventions », *BJS.*, 1^{er} juil. 1996, n° 7-8, p. 567.

⁶⁰⁶ D. Bastian, note sous Cass. civ. 4 juin 1946, *JCP* 1947, II, 3518 ; E. Barbry note sous Cass. civ. 4 juin 1946, *S.* 1947.1.153.

⁶⁰⁷ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés, op. et loc. cit.*

⁶⁰⁸ Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., 2017, p. 494.

détermination de la rémunération du gérant d'une SARL par l'assemblée ne procède pas d'une convention⁶⁰⁹. Ce principe, en l'espèce, posé à l'égard d'une société à responsabilité limitée s'applique pour tous les types de sociétés, il s'agit donc d'un principe applicable pour les sociétés anonymes.

Il ne faut toutefois pas oublier les hypothèses dans lesquelles la procédure des conventions réglementées reste applicable en matière de rémunération. Il en va ainsi des rémunérations exceptionnelles, ou excessives, de l'octroi de pension de retraite, ou encore des indemnités de départ⁶¹⁰.

B : Les rémunérations différées

146. Parmi les rémunérations versées lors de la cessation des fonctions du dirigeant il peut recevoir un complément de retraite **(1.)** voire des indemnités de départ **(2.)**. Chacune de ces rémunérations différées a une nature et un régime bien particulier. Il convient de préciser qu'il sera étudié dans une section à part le régime spécial aux sociétés cotées.

1 : Le complément de retraite.

147. La nature du complément de retraite. La société est bien souvent comparée à une démocratie, dont l'assemblée générale serait l'organe souverain⁶¹¹. Ainsi, « l'associé est citoyen de cette cité qu'est la société ⁶¹²», mais en pratique bien des difficultés surviennent quant à la répartition des pouvoirs entre citoyens et gouvernants. En effet, suivant les types de sociétés, soit les actionnaires participent effectivement à la direction de la société, soit ils en sont écartés au profit des dirigeants qui prennent le pouvoir⁶¹³. Ainsi, quel est l'organe compétent pour fixer le complément de retraite accordé au dirigeant lorsque ce

⁶⁰⁹ M. Rousille, note sous Cass. com. 4 mai 2010, n° 09-13.205, « Procédure d'attribution de la rémunération du gérant : inapplicabilité du régime des conventions réglementées », *Dr. Sociétés*, n° 7, Juillet 2010, comm. 139.

⁶¹⁰ Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., 2017, p. 491 et s. ; V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, op. et loc. cit.

⁶¹¹ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, op. et loc. cit.

⁶¹² M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 25^{ème} éd., 2012, n° 639, p. 114.

⁶¹³ Y. Guyon, *Droit des affaires*, tome I, Economica, 1990, n° 298, p. 278.

dernier quitte ses fonctions, l'assemblée générale ou le conseil d'administration ? Autrement dit quelle est la nature du complément de retraite, institutionnel ou conventionnel ? La rémunération fixe a une nature institutionnelle, et non pas conventionnelle. On peut donc se demander si le complément de retraite doit s'analyser comme un élément de la rémunération fixe ou comme une convention conclue entre le dirigeant et la société et être confrontée au contrôle des conventions réglementées. La Cour de cassation est venue trancher la question qui faisait débat en estimant que la pension de retraite complémentaire doit s'analyser comme un complément de rémunération, ou un accessoire de la rémunération⁶¹⁴. Elle a pu affirmer à plusieurs reprises le caractère institutionnel du complément de retraite, et ce depuis la loi du 24 juillet 1966 en son article 110⁶¹⁵. Analysé comme un complément de rémunération ayant une nature institutionnelle, le complément de retraite sera fixé par la compétence exclusive du conseil d'administration, selon l'article L. 225-47 du Code de commerce. Le conseil d'administration dispose donc d'une compétence exclusive, la Cour de cassation a estimé à plusieurs reprises que les comités *ad hoc* de rémunérations, ou encore que « la rémunération allouée au président, notamment sous la forme d'un complément de retraite, doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités, et la confirmation, par simple référence, à une décision prise par deux administrateurs même mandatés à cet effet, ne peut suppléer à la décision du conseil d'administration.⁶¹⁶ » Les comités de rémunération n'ont donc d'aucune manière possible un pouvoir de décision sur les compléments de rémunération⁶¹⁷. Cependant, encore faut-il que le complément de retraite respecte certaines conditions afin de pouvoir garder sa nature institutionnelle.

⁶¹⁴ L. Boy, « La nature juridique de la retraite allouée par la société anonyme à son ancien président, du point de vue du droit commercial, du droit fiscal et du droit social », *Dr. soc.* 1980, n° 413.

⁶¹⁵ Art. 110 : « Le conseil d'administration élit parmi ses membres, un président qui est, à peine de nullité de la nomination [*sanctions*], une personne physique. Il détermine sa rémunération.

Le président est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite. »

⁶¹⁶ P. Le Cannu, note sous Cass. com. 11 oct. 2005, n° 02-13520, « Décision d'allouer un complément de retraite au président du conseil d'administration : les contraintes de la comitologie, et l'obligation de justifier l'avantage », *RTD Com.* 2006, p. 132.

⁶¹⁷ A. Lienhard, « Complément de retraite du dirigeant : de la rigueur dans la forme comme sur le fond », *D.* 2005, p. 2743.

148. Les trois conditions pour que la pension de retraite s'analyse comme un complément de rémunération. Il faut retenir que le complément de retraite s'analyse comme un complément de rémunération dès lors qu'il remplit trois conditions, et ce depuis l'arrêt UBP contre Lebon de 1987⁶¹⁸. « L'avantage consenti est la contrepartie de services particuliers rendus par le dirigeant à la société pendant l'exercice de ses fonctions ; en ce sens, il ne peut être une libéralité (condition de causalité) ; il est proportionné à ses services (condition de proportionnalité) ; il ne constitue pas une charge excessive pour la société (condition de modération)⁶¹⁹. » Plusieurs arrêts viennent apporter des précisions concernant ces différentes conditions qui doivent être remplies cumulativement. Dans un arrêt de 2005, la Cour de cassation vient préciser qu'« en se fondant sur l'absence de faute grave du dirigeant, sans caractériser les services rendus par ce dirigeant qui seraient de nature à justifier l'octroi d'un complément de retraite, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.⁶²⁰ » Par rapport au critère selon lequel le complément de retraite doit être justifié par les services du dirigeant rendus à la société, il convient de noter que le seul fait pour ce dernier de ne pas avoir commis de faute grave ne suffit pas à justifier l'allocation de la retraite complémentaire. De même, depuis le célèbre arrêt Carrefour, toujours sur le caractère justifié du complément de retraite, la Cour de cassation va encore plus loin en estimant que « si le bilan de l'action de M. X de 1992 à 2005 était positif, il n'était pas pour autant établi que les services dont il se prévalait, qui avaient été rendus par lui dans l'exercice de ses fonctions de président du conseil d'administration de la société Carrefour, justifiaient l'allocation d'une rémunération venant s'ajouter à celle qu'il avait perçue au titre de ses fonctions.⁶²¹ » Ainsi, un bilan positif et donc une société performante d'un point de vue financier ne suffit pas à rapporter la preuve du caractère justifié du complément de retraite⁶²². De plus, le caractère justifié du complément de rémunération passe également par

⁶¹⁸ Y. Guyon, note sous Cass. com. 3 mars 1987, *Rev. Sociétés*, 1987, p. 266.

⁶¹⁹ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés, op. et loc. cit.*

⁶²⁰ P. Le Cannu, note sous Cass. com. 11 oct. 2005, n° 02-13520, « Décision d'allouer un complément de retraite au président du conseil d'administration : les contraintes de la comitologie, et l'obligation de justifier l'avantage », *RTD Com.* 2006, p. 132.

⁶²¹ B. Dondero et P. Le Cannu, note sous Cass. com. 10 nov. 2009, n° 08-70302, « La preuve du caractère justifié d'un complément de retraite incombe à son bénéficiaire » *RTD Com.* 2010, p. 150 ; A. Lienhard, obs. Sous Cass. com. 10 nov. 2009, n° 08-70302, « Complément de retraite du dirigeant : justification des services rendus » *D.* 2009, p. 2805.

⁶²² Depuis cette affaire très médiatique de 2009, il convient de préciser que plusieurs réformes sont intervenues afin de soumettre à la procédure des conventions réglementées les compléments de rémunérations des dirigeants de sociétés cotées. Le régime particulier des sociétés cotées et des critères de performance sera étudié ci-après n° 155.

les services particuliers rendus à la société par le dirigeant concerné. Pour exemple, il a été admis qu' « eu égard aux sacrifices patrimoniaux qu'il avait consentis pour la transmission de cette entreprise et la sauvegarde de sa situation de trésorerie et que le montant de la pension était raisonnable eu égard aux ressources de la société ; que la cour d'appel a ainsi précisé quels avaient été les services particuliers rendus par l'ancien dirigeant de cette société et apprécié le montant de l'avantage accordé ainsi que la charge qu'il constituait pour l'entreprise.⁶²³ » De même, dans un arrêt plus récent du 11 octobre 2005, la Cour de cassation revient sur les trois critères, à savoir la justification par les services rendus à la société pendant l'exercice des fonctions, la proportion à ces services et enfin la charge non excessive pour la société. En l'espèce, c'est le premier critère qui posait problème. Dans cet arrêt, la Cour de cassation donne un exemple concret en estimant « qu'il n'était pas davantage démontré que l'option alors prise par ce dirigeant en faveur d'importants investissements industriels et d'une diversification à l'échelle internationale des produits de la société se serait révélée contraire aux intérêts commerciaux et financiers à moyen et long terme de la société⁶²⁴ ». En l'espèce pour apprécier les services rendus du dirigeant pendant son mandat, la Cour régulatrice prend en compte les intérêts commerciaux et financiers sur un moyen et long terme, ce qui sera très certainement un bon indice à retenir pour apprécier la performance du dirigeant et évaluer son action au sein de la société.

149. Le régime des conventions réglementées applicable si les conditions ne sont pas remplies. Si les trois conditions vues précédemment ne sont pas remplies, ou que l'une d'elles fait défaut, le complément de retraite ne peut plus être analysé comme un complément de rémunération. Ainsi, il perd son caractère institutionnel afin de basculer vers un caractère conventionnel soumis à une procédure particulière. Ainsi, elle « doit être considérée, non pas comme la rémunération des services particuliers, mais comme une indemnité versée à l'intéressé pris en tant que simple administrateur. L'attribution de cette pension constitue une convention conclue entre la société et l'un des administrateurs et doit donc être soumise, après autorisation du conseil d'administration, à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires statuant sur un rapport spécial du commissaire aux

⁶²³ J.-P. Legros, note sous Cass. com 22 janv. 1991, « La décision d'accorder un complément de retraite », *Rev. Sociétés*, 1992, p. 61.

⁶²⁴ A. Lienhard, « Complément de retraite du dirigeant : de la rigueur dans la forme comme sur le fond », *D.* 2005, p. 2743.

comptes⁶²⁵ » selon l'article L. 225-38 du code de commerce. La loi a mis en place un dispositif complexe qui se déroule en six étapes afin de valider les conventions réglementées. L'intéressé est d'abord tenu d'informer le conseil d'administration dès qu'il en a connaissance, la convention est donc soumise à l'accord préalable du conseil d'administration, ensuite les conventions conclues et autorisées lors de précédents exercices sont examinées par le conseil d'administration et communiquées au commissaire aux comptes⁶²⁶. Le président du conseil donne un avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées dans un délai d'un mois à partir de la conclusion des conventions. Le commissaire aux comptes dépose un rapport spécial à l'assemblée, qui doit permettre d'avoir une information objective et complète aux actionnaires⁶²⁷. Et enfin, après audition du rapport spécial du commissaire aux comptes, l'assemblée générale statue sur les conventions. Dans ce dernier cas, l'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité⁶²⁸.

2 : Les indemnités de départ

150. La licéité des parachutes dorés. Le terme de parachute doré est emprunté au droit anglo-saxon « *golden parachute* ». Aux États-Unis, ce terme est apparu au début des années 80, pendant la crise, les chasseurs de têtes étaient chargés de recruter des dirigeants afin de redresser les entreprises. Les futurs dirigeants recrutés avaient alors pour missions de restructurer les sociétés, ces derniers devaient également être prêts à en assumer les conséquences quitte à « sauter » à tout moment⁶²⁹. Dès lors, la contrepartie de cette prise de risque ne pouvait qu'être financière, de ce fait pour attirer les candidats suffisamment compétents et prêts à assumer les risques, il était nécessaire de leur offrir des garanties financières sous forme d'indemnité forfaitaire équivalente à une ou plusieurs années de salaire⁶³⁰. Il est donc né la pratique des « *golden parachute* », ainsi que des « *golden bello* », ces dernières sont des primes versées en guise de bienvenue au dirigeant. Pour exemple, en 2002,

⁶²⁵ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés, op. et loc. cit.*

⁶²⁶ Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., 2017, p. 491 et s.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ J. El Ahdab, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée », *Rev. Sociétés* 2004, p. 18.

⁶³⁰ *Ibid.*

c'est de cette façon que l'ex PDG de Compaq, M. Capellas, a fini par accepter, moyennant une indemnité de départ de plus de quinze millions de dollars, l'offre « amicale » de fusion lancée par C. Fiorina, dirigeante de Hewlett-Packard ; s'inspirant de cette technique, les sociétés françaises se sont parfois montrées trop généreuses, comme dans le cas de l'OPA de Total sur Elf et du départ du président de celle-ci⁶³¹. En principe, ces indemnités de départ sont donc licites, seule une limite est imposée pour les sociétés anonymes non cotées.

151. Ne pas porter atteinte au principe de la révocation *ad nutum*. Dans les sociétés non cotées, la jurisprudence a admis à plusieurs reprises la licéité des parachutes dorés, si et seulement si, ils ne portent pas atteinte au principe de révocation *ad nutum*. En effet, le grand principe qui encadre la révocation des dirigeants de sociétés anonymes est qu'ils peuvent être révoqués à tout moment⁶³² par l'assemblée générale⁶³³. Cette révocation à tout moment peut intervenir sans préavis, sans indemnité, et sans qu'il soit nécessaire de donner un motif à cette révocation. La seule règle à respecter est que l'intéressé doit avoir connaissance des motifs de sa révocation avant qu'il ne soit procédé au vote⁶³⁴. Cette règle de révocation *ad nutum* est une règle d'ordre public, aucune disposition statutaire ou conventionnelle ne peut donc y déroger. Ainsi, dans les sociétés non cotées, la jurisprudence tend à ne prononcer la nullité des conventions prévoyant des indemnités de départ que si, par leurs conséquences financières importantes, elles dissuadent les actionnaires d'exercer leur faculté de révocation⁶³⁵. Pour exemple, la Cour de cassation estime, dans un arrêt de 1992, qu'« en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la convention litigieuse n'avait pas pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation *ad nutum* d'un directeur général de société anonyme, compte tenu des conséquences financières importantes que la révocation de M. pouvait entraîner pour F., président du conseil d'administration de la société C. et associé majoritaire et président de la société B., elle-même associée majoritaire de la société C., la cour d'appel n'a pas donné de

⁶³¹ J. El Ahdab, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée », *Rev. Sociétés* 2004, p. 18.

⁶³² B. Saintourens, « Président du Conseil d'administration », *Rep. dr. sociétés*, mai 2016, n° 35 et s.

⁶³³ Art. L. 225-18, al. 2 C. com.

⁶³⁴ Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., 2017, p. 491 et s.

⁶³⁵ Cass. com 15 nov. 2011, n° 09-15238, Cass. com. 4 juin 1996, aff. Mesly d'Arloz, n° 94-15238.

base légale à sa décision.⁶³⁶ » Il y a donc nullité des conventions qui prévoient une indemnité de départ trop importante pour la société, et mettant ainsi en péril le principe de la révocation *ad nutum*. De plus, l'octroi de parachutes dorés excessifs pour la société pourrait également être sanctionné sur le terrain fiscal par la théorie de l'acte anormal de gestion, ou sur le plan pénal par l'infraction d'abus de biens sociaux, ou encore en cas de procédure collective de la société, par une action en responsabilité pour insuffisance d'actifs⁶³⁷.

§2 : La rémunération des dirigeants des autres types de sociétés

152. Il sera étudié la rémunération des dirigeants des sociétés par actions **(A.)**, de la société à responsabilité limitée **(B.)**, mais aussi de la société en nom collectif **(C.)**, ainsi que de la société civile **(D.)**.

A : La rémunération des dirigeants des autres sociétés par actions

153. Une liberté statutaire renforcée en matière de rémunération au sein des SAS. Tout d'abord, il convient de rappeler que la liberté gouverne les SAS⁶³⁸, et que les statuts fixent librement les conditions dans lesquelles la société est gouvernée⁶³⁹. Les associés ont donc une liberté totale dans la désignation des organes qui la dirige. L'organisation de la SAS se fait par voie statutaire. La seule obligation qui s'impose aux associés est de désigner un président selon les conditions prévues dans les statuts. Ainsi, selon l'article L. 227-6 du Code du commerce dispose que :

« La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait

⁶³⁶ Y. Guyon, obs. sous Cass. com. 2 juin 1992, « Nullité des conventions qui font obstacle à la révocation *ad nutum* d'un directeur général », *Rev. Sociétés* 1992, p. 750 ; D. Danet et C. Champaud « Dirigeants sociaux. Révocabilité « ad nutum », Clause limitative, Nullité » *RTD Com.* 1993, p. 521.

⁶³⁷ Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz 21^{ème} éd., 2017-2018, p. 491 et s.

⁶³⁸ Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales, op. cit.*, p. 778 et s.

⁶³⁹ Art. L. 227-5 C. com.

cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article.

Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers. »

Ce principe de liberté statutaire renforcée au sein de la SAS pose tout de même un certain nombre de difficultés, notamment vis-à-vis de la nature de la rémunération du dirigeant.

154. La fixation de la rémunération prévue dans les conditions statutaires. Les statuts prévoient le mode de désignation du dirigeant au sein des SAS, il n'y a pas de restriction particulière. Ainsi, il en va de même en ce qui concerne la rémunération des dirigeants. À ce titre, il est en principe prévu au sein des statuts les conditions de la fixation de leurs rémunérations. Les statuts fixent librement la rémunération, le mode de calcul, ou encore ils indiquent l'organe compétent pour fixer le montant de la rémunération⁶⁴⁰. Il est également possible de prévoir que la rémunération fera l'objet d'une décision collective des associés, ou qu'elle sera fixée par un comité indépendant. Dans ces derniers cas, il est préférable que les statuts prévoient les règles de majorité pour l'assemblée, ou encore la compétence et l'indépendance du comité dans le cadre de la désignation d'un comité de rémunération. Il se pose alors la question de la nature de la rémunération du dirigeant de SAS, est-elle institutionnelle comme pour les SA, ou au contraire, du fait du caractère conventionnel fort de la SAS, la nature de la rémunération du dirigeant bascule-t-elle dans le domaine conventionnel ?

155. La rémunération du dirigeant de SAS et les conventions réglementées. Il convient donc de s'interroger sur le fait de savoir si la fixation de la rémunération du dirigeant de SAS doit respecter la procédure des conventions réglementées⁶⁴¹. Cette question est d'autant plus délicate lorsqu'il est prévu dans les statuts que la rémunération est fixée par une décision collective des associés. C'était le cas dans un arrêt en date de 2014⁶⁴², en l'espèce, une décision collective d'associés avait fixé la

⁶⁴⁰ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017, n° 93 et s.

⁶⁴¹ Art. L. 225-10 et s. C. com.

⁶⁴² Cass. com. 4 novembre 2014, n° 13-24889.

rémunération du dirigeant d'une SAS, et l'un des associés, qui n'avait certainement pas du voter en faveur de cette résolution, conteste la décision devant les juges, et demande remboursement du montant de la rémunération. Il invoque que l'octroi de cette rémunération constitue une convention réglementée, et qu'il est prévu dans les statuts que la rémunération du dirigeant devait être fixée lors de sa nomination, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁶⁴³. La Cour de cassation a estimé dans des termes très clairs, contrairement à la Cour d'appel de Bastia⁶⁴⁴, que : « qu'il résultait des statuts de la société Asiadollar que la rémunération de son président devait être fixée par une décision collective des associés prise à la majorité simple, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire d'autre recherche, que la société Grand Sud n'était pas fondée à se prévaloir de l'inobservation des dispositions de l'article L. 227-10 du code de commerce ». Ainsi, la fixation de la rémunération du dirigeant de la SAS ne devait pas faire l'objet d'un contrôle par la procédure des conventions réglementées. La Cour de cassation explique sa solution en rappelant que c'est dans les statuts que la question trouve sa réponse naturellement. En effet, ce n'est pas parce que les statuts prévoient un vote par une décision collective qu'implicitement il s'agit de la procédure des conventions réglementées. Dans plusieurs arrêts la Cour de cassation éclaire le lecteur quant à la procédure à respecter pour la fixation de la rémunération du dirigeant au sein des SAS. En revanche, les magistrats du quai de l'horloge se gardent de prendre clairement position sur la nature de la rémunération, ils s'abstiennent en effet de toute formule sur la nature institutionnelle, ou conventionnelle, comme avait pu le faire la Cour de cassation à propos de la SARL⁶⁴⁵.

⁶⁴³ P. Le Cannu, note sous Cass. com. 4 novembre 2014, n° 13-24889, « SAS. Rémunération du président et conventions réglementées », *RTD com.* 2015, p. 117.

⁶⁴⁴ M. Caffin-Moi, note sous Cour d'appel de Bastia (ch. civ. B), 24 juillet 2013, n° 11/00755, *Sarl Grand sud Investissements c/ SAS S^{ie} d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar*, « Rémunération du dirigeant de SAS : quid de la procédure d'approbation des conventions ? » *Rev. Sociétés* 2014, p. 47. « La cour d'appel, dans cet arrêt du 24 juillet 2013, écarte la procédure d'approbation des conventions, au terme d'une motivation discutable. Elle énonce d'abord que « l'attribution d'une rémunération aux dirigeants de SAS est de nature purement contractuelle et il convient dès lors de s'en rapporter aux statuts de la société » (...) Elle énonce ensuite que la procédure de l'article L. 227-10 a « vocation à s'appliquer en l'absence de dispositions relatives à cette question dans les statuts de la société ». Autrement dit, la prévision ou le défaut de prévision contractuelle du mode de détermination de la rémunération entraînerait l'éviction ou l'application de la procédure d'approbation, et ce, apparemment, quelle que soit la modalité de fixation effectivement utilisée. ».

⁶⁴⁵ L. Godon, note sous Cour d'appel de Paris (ch. 05-08), 1^{er} juillet 2014, n° 14/04237, *SAS Stef Logistique Nemours* et Cour de cassation (com.), Cass(F-P+B), *S^{ie} Grand Sud investissement c/ S^{ie} d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar*, « Condition juridique des dirigeants de SAS : la liberté statutaire confortée », *Rev. Sociétés* 2015, p. 108.

B : La rémunération du gérant de la société à responsabilité limitée

156. La fixation de la rémunération du gérant dans les SARL. La loi n'impose rien aux associés pour la fixation de la rémunération du gérant de la société à responsabilité limitée⁶⁴⁶. Cependant l'article L. 223-18 du Code de commerce prévoit que la rémunération du gérant doit être prévue soit par les statuts, soit par une décision collective des associés, cette disposition s'applique même si la SARL ne se compose que de deux associés⁶⁴⁷. En effet, dans un arrêt de 2012, la Cour de cassation a pu affirmer pour la première fois de manière si claire que « peu importe que la SARL ne soit composée que de deux époux associés égaux, la rémunération du gérant est déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés⁶⁴⁸. » En pratique, le mode de calcul est prévu par les statuts de la société, les statuts prévoient que la fixation de la rémunération soit prise par une décision collective des associés prise à la majorité⁶⁴⁹. La fixation de la rémunération se fait alors à la majorité.

157. Fondement de la rémunération du gérant. Dans un arrêt de 1992, la Cour de cassation s'est prononcée sur le fondement de la rémunération du gérant. Selon cet arrêt, « le gérant d'une SARL conserve son droit à la rémunération lorsqu'un administrateur provisoire, désigné par décision judiciaire, l'a déchargé des tâches qu'il effectuait au sein de la société. Au premier abord, la décision peut surprendre⁶⁵⁰. » Mais la Cour de cassation affirme que « les règles relatives au contrat de travail ne sont pas applicables à la rémunération allouée au gérant d'une société à responsabilité limitée à raison de son mandat social », et détermine ainsi le fondement de la rémunération du dirigeant qui se veut institutionnel et non contractuel⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ Rien n'a été prévu dans les lois du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mars 1967.

⁶⁴⁷ A. Lecourt, note sous Cass. com 25 septembre 2012, F-P+B, n° 11-22.754, *Raffoux c/ Garreau*, « Fixation de la rémunération du gérant de SARL par stipulation statutaire ou par décision collective des associés : passage obligé », *Rev. Sociétés* 2013, p. 224.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017, n° 101 et s.

⁶⁵⁰ Y. Guyon, note sous Cass. com. 21 avril 1992, « Maintien de la rémunération des dirigeants lorsque la société est placée sous administration provisoire », *Rev. Sociétés* 1992, p. 485.

⁶⁵¹ Il convient de préciser que la rémunération du gérant est due tant qu'aucune décision la révoquant n'est intervenue. La révocation de sa rémunération ne peut résulter que d'une décision collective des associés. J. Heinich, note sous Cass. com., 21 juin 2017, *JCP G* n° 36, 4 sept. 2017, 895.

158. Quant au vote du gérant sur sa rémunération. De même, dans un arrêt plus récent, la Haute Cour est venue affirmer de manière très claire le fondement et donc la nature de la rémunération du gérant, elle en précise également la mise en œuvre quant au fait de savoir si le gérant peut prendre part au vote sur sa rémunération. Ainsi, dans un arrêt de 2010, la Cour affirme que « la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote.⁶⁵² » Ainsi, le gérant associé, fût-il majoritaire, peut prendre part au vote en ce qui concerne sa rémunération. Cependant, en cas d'abus et de rémunération excessive pour la société il existe divers recours afin de rétablir l'injustice. Tout d'abord, il est possible d'invoquer un abus de majorité si les conditions sont remplies⁶⁵³, ensuite il est également possible de faire valoir la nullité de la société pour perte d'*affectio societatis*, et enfin il sera possible d'invoquer un abus de biens sociaux⁶⁵⁴ commis par le gérant associé majoritaire⁶⁵⁵.

C : La rémunération du gérant de société en nom collectif

159. Liberté dans la fixation de la rémunération du gérant de SNC. Les textes ne prévoient aucune restriction quant à la fixation de la rémunération du gérant de SNC. Plusieurs possibilités s'offrent ainsi aux associés, soit ils peuvent prévoir un mode de calcul ou un montant pour la rémunération déterminée par les statuts, soit la rémunération sera fixée par une décision collective, soit par un acte ultérieur⁶⁵⁶. Il va de soi qu'en pratique, afin d'éviter une modification statutaire, les associés prévoient que la rémunération du gérant sera fixée par une décision collective. Selon l'article L. 221-6 du Code de commerce, en principe la décision sera prise à l'unanimité des associés, toutefois, selon le même texte « les statuts peuvent prévoir que certaines décisions soient prises à une majorité qu'ils fixent ». La rémunération du gérant ne connaît donc pas de limitation quant à sa procédure de fixation,

⁶⁵² A. Couret, note sous Cass. com. 4 mai 2010, « Le gérant associé d'une SARL peut voter sur sa propre rémunération », *Rev. Sociétés* 2002, p. 222 ; A. Lienhard obs. sous Cass. com. 4 mai 2010, « Rémunération du gérant de SARL : participation au vote », *D.* 2010, p. 1206.

⁶⁵³ L'abus de majorité est défini comme « la résolution d'une assemblée d'actionnaires prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser des membres de la majorité au détriment de membres de la minorité » : Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz 21^{ème} éd., 2017-2018, p. 760, n° 664.

⁶⁵⁴ Art. L. 241-3, 4° C. com.

⁶⁵⁵ B. Bouloc, note sous Cass. crim. 15 oct. 1998, « Abus des biens et défaut partiel d'enregistrement comptable » *Rev. sociétés* 1999, p. 184.

⁶⁵⁶ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017, n° 101 et s.

tout comme elle n'en connaît pas quant à sa forme. Ainsi, il est possible de prévoir soit une rémunération fixe versée mensuellement, soit une rémunération variable indexée sur le chiffre d'affaires ou proportionnelle aux bénéfices, enfin, soit il est possible de cumuler les deux et de prévoir une part de la rémunération fixe et une part variable⁶⁵⁷.

D : La rémunération du gérant au sein des sociétés civiles

160. Aucune disposition ne prévoit la rémunération du dirigeant au sein des sociétés civile. Dans ce type de société, aucune disposition ne traite de la rémunération du gérant. Les fonctions de gérant sont même dans certains cas gratuites dans les petites sociétés si l'associé exerce les fonctions de gérant⁶⁵⁸. Leur rémunération peut être prévue dans les statuts, ou sera fixée par une décision collective.

161. Conclusion de la section relative à l'état des lieux des rémunérations au sein des sociétés. Un état des lieux des rémunérations des dirigeants dans les différents types de sociétés était nécessaire afin de pouvoir étudier la performance comme standard juridique des rémunérations. Il a donc été analysé comment se fixe la rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions, dans les sociétés à responsabilité limitée, dans les sociétés en commandite simple, ainsi que dans les sociétés civiles. Cependant, la rémunération des dirigeants de sociétés admises sur un marché réglementé n'a pas été traitée volontairement et fera l'objet d'une étude plus approfondie ci dessous. En effet, c'est au sein des sociétés cotées que la performance devient un standard pour fixer le montant des rémunérations, de plus c'est au sein de ces sociétés que l'on rencontre le plus souvent le problème des rémunérations excessives. La performance sera alors un moyen d'encadrer les rémunérations où elle va devenir un indice directeur pour ces dernières.

⁶⁵⁷ A. Bougnoux, « Fasc. G-50 : SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF. – Gérance et contrôle de gestion. – Nomination. Cessation de fonctions. Pouvoirs. Rémunération. Responsabilité. – Commentaires », *Jurisqueur Notarial Formulaire*, 18/02/2015.

⁶⁵⁸ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017, n° 101 et s.

Section 2 : Les limites d'un système performant avec l'enchevêtrement des sources

162. La rémunération des dirigeants de sociétés cotées connaît des sources diverses issues du droit dur et du droit souple (§1), de plus le juge exerce un rôle actif dans le contrôle des rémunérations excessives des dirigeants (§2).

§1 : Une réglementation entre droit souple et droit dur

163. L'enchevêtrement des diverses sources qui fixent la rémunération des dirigeants de sociétés cotées pose problème quant à l'identification de la norme applicable. Entre droit souple et droit dur, les praticiens rencontrent un véritable problème d'identification de la norme applicable. *Hard law* et *soft law* seront tantôt en conflit (A.), tantôt en harmonie (B.). Ainsi, l'enchevêtrement des sources auquel sont confrontées les sociétés cotées est une des limites du système performant de la réglementation dans la fixation des rémunérations.

A : Des normes en conflit

164. Constat sur la rémunération globale annuelle moyenne du directeur général des sociétés cotées, les limites d'un système performant. Pour les très grandes sociétés⁶⁵⁹, la rémunération globale annuelle moyenne du « premier dirigeant » a été multipliée par 2,5 ou 3 entre 1995 et 2015, à noter que la progression essentielle a été enregistrée entre 1995 et 2005. La rémunération globale annuelle se situe entre 3 et 4 millions d'euros en 2015⁶⁶⁰, elle décroît très rapidement en fonction de la taille de la société. Il est également à noter que la part variable de la rémunération a augmenté. Et dernier constat, qui est plus positif que les derniers, les éléments de rémunération dus à l'occasion de la cessation des fonctions, type indemnités de départ ou retraites supplémentaires, se sont stabilisés, voire ont décliné sur les dernières années, du fait de la réglementation et de la *soft law*⁶⁶¹. Malgré les progrès du Code de commerce et des codes de gouvernance, l'enchevêtrement

⁶⁵⁹ CAC 40.

⁶⁶⁰ Proxinvest, *La rémunération des dirigeants des sociétés du SBF 120*, 9 nov. 2016 : La rémunération moyenne des présidents exécutifs du SBF 120 a atteint 3,5 millions (soit une hausse de 20%) et celle des présidents exécutifs du CAC 40, 5 millions (soit une hausse de 18%), cinq d'entre eux recevant plus de 10 millions d'euros.

⁶⁶¹ Tous les chiffres donnés au n° 152 sont issus de Ph. Merle et A. Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., 2017, n° 171.21.

des sources qui encadrent la rémunération des dirigeants est peut-être la réelle difficulté. En effet, les entreprises face à la multiplication de la réglementation du droit dur et à la prolifération de recommandations des codes de gouvernance auront parfois des difficultés à identifier les normes applicables.

165. Une réglementation entre *hard law* et *soft law*. Il convient de s'interroger sur la performance d'un système où les sociétés cotées ont non seulement un droit dur à respecter, mais également, quand elles ont choisi de s'y soumettre, un droit souple à suivre. Comment articuler droit souple et droit dur ? Et également, pour les cas où elles choisissent de se conformer au droit souple, quel droit souple choisir ? En effet, il existe plusieurs codes de gouvernances et recommandations qui peuvent être choisis par les sociétés cotées. En ce qui concerne les sociétés non cotées, il a été étudié précédemment que les rémunérations des dirigeants sociaux, peu importe le type de société, sont peu encadrées par la loi. Le droit dur quant à lui, se caractérise par un principe de non-réglementation⁶⁶² de la rémunération des dirigeants sociaux. Pour les sociétés cotées, le droit dur se veut de plus en plus contraignant, sans pour autant trop interférer dans la vie de la société. En effet, la société et son dirigeant peuvent librement convenir du montant qui sera attribué à ce dernier au titre de sa rémunération. En effet, la loi n'impose aucun plafond. Ainsi, pour les sociétés cotées, la loi pose tout de même quelques contraintes comme l'interdiction de rémunérations non soumises à des conditions de performance, ou encore l'introduction par la loi Sapin 2 d'un *say on pay* contraignant⁶⁶³. Cependant, il convient de remarquer que la plupart des manuels de droit sociétés se réfèrent au droit souple et à des dispositions contenues dans des codes de gouvernement d'entreprise plutôt qu'au droit dur et au Code de commerce⁶⁶⁴. Cela met en lumière un phénomène important en ce qui concerne le droit des sociétés modernes, où à côté des règles classiques émises par les lois et règlements, prospère un corps de normes souples⁶⁶⁵ élaborées par des professionnels du droit, pour des professionnels du droit. On assiste en effet à une émergence de ces codes de bonnes conduites, appelés codes de

⁶⁶² B. Dondero, « La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants ! », *Gaz. Pal.* 6 oct. 2012, n° 280, p. 7.

⁶⁶³ Ces dispositifs seront étudiés ci-après, en l'espèce il s'agit simplement d'évoquer les différentes sources de la réglementation pour la fixation des rémunérations des dirigeants.

⁶⁶⁴ V. par ex. A. Couret, B. Zabala, A. Charvériat, *Sociétés commerciales*, Mémento Francis Lefebvre, 2015, n° 41043 et 42570 ; P. Didier, *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Tome 2, Economica, 2011, n° 1287 s. ; V. Magnier, « Gouvernance des sociétés cotées », *Rép. Dr. des sociétés*, Dalloz, 2014, n° 59 ; P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 18^e éd., 2015, n° 59.

⁶⁶⁵ C. Thibierge, « Le droit souple », *RTD civ.* 2003, p. 599.

gouvernance d'entreprise, qui renvoient ainsi au phénomène plus global de montée en puissance de la *soft law*. Ces règles rencontrent un franc succès du côté des sociétés, car elles se caractérisent par « leur absence de force apparente⁶⁶⁶ », et ne peuvent être sanctionnées par les juges étatiques.

En France, il n'existe pas de code de référence officiel. Les sociétés peuvent donc librement opter pour le code de leur choix. Il existe deux types de codes en France, les codes AFEP-MEDEF et Middlenext⁶⁶⁷, tous deux émanant d'associations de professionnels. Le premier constitue le code de référence « officieux⁶⁶⁸ », ce dernier publie un certain nombre de recommandations destinées aux entreprises cotées qui ont décidé de s'y conformer. Le second, il se présente plus comme « un complément d'autres codes⁶⁶⁹ », il s'adresse plus à des sociétés de petites et moyennes tailles. Le droit souple est donc un droit non contraignant. Le droit dur s'y réfère tout de même notamment au sein de l'article L. 225-37 alinéa 7 du Code de commerce qui prévoit comment les sociétés cotées ayant adhéré à un code de gouvernance doivent s'y soumettre. Cet article consacre le principe « se conformer ou s'expliquer », issu du principe britannique « *comply or explain* »⁶⁷⁰. Il prévoit que « lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise.⁶⁷¹ » Les entreprises doivent donc faire une référence au code de bonne conduite auquel elles souhaitent se soumettre, et doivent donner les détails qui permettent une consultation de ce code par les actionnaires, et présenter les justifications concernant la mise à l'écart des

⁶⁶⁶ J.-M. Jacquet, « L'émergence du droit souple », in *Mélanges à la mémoire du professeur Bruno Opettit*, Litec, 2009, p. 331, n° 16.

⁶⁶⁷ Dans le cadre de notre étude nous nous intéresserons d'avantage au Code AFEP/MEDEF qui concerne les « grandes entreprises » et entreprises cotées. Le Code Middlenext encadre de manière beaucoup moins stricte la rémunération des dirigeants et fait preuve de singularité et n'impose pas un vote des actionnaires tant que la loi ne l'impose pas : J. Heinich, « Nouvelle version du code de gouvernement d'entreprise Middlenext », *Dr. sociétés* n° 2, fév. 2017, comm. 28.

⁶⁶⁸ V. Magnier et Y. Paclot, « Les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées », *Études et commentaires*, n° 13, D. 2009, p. 1027.

⁶⁶⁹ Editio du Code Middlenext.

⁶⁷⁰ B. Poulle, « L'apparition du principe 'se conformer ou s'expliquer' en droit français », *RTDF* 2008, n° 1.

⁶⁷¹ L. 225-37 al. 7 C. com.

dispositions non retenues⁶⁷². Cependant, ce n'est pas parce que le droit souple n'a pas un caractère contraignant qu'il y a une absence totale de sanction. Le droit souple s'inscrit en effet dans un processus d'autorégulation, et se fonde sur une sanction par le marché⁶⁷³. La sanction sera donc de nature économique, par exemple cela peut se matérialiser dans une cession massive des titres de la société entraînant une chute corrélative du cours de la bourse⁶⁷⁴. L'efficacité de cette sanction a-juridique n'est plus à démontrer⁶⁷⁵.

Ainsi, en raison de la multitude de recommandations à connaître, à respecter, et part un droit dur qui se veut de plus en plus contraignant, il se pose la question de savoir si le droit souple et le droit dur doivent substituer en matière de rémunération des dirigeants ? Ou au contraire sont-ils complémentaires et essentiels pour les sociétés cotées ?

B : Des normes en harmonie

166. Les carences du droit dur. Il convient d'observer un silence originel des textes sur l'encadrement des rémunérations des dirigeants sociaux. À l'origine, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales était silencieuse sur la rémunération des dirigeants. Cette carence était sans doute volontaire de la part du législateur afin de respecter un principe de non-immixtion de ce dernier, comme du juge, dans la vie des affaires. Cependant depuis les années 2000, les rémunérations excessives des dirigeants des entreprises du CAC 40 notamment font polémiques, il s'agit d'un problème très médiatisé, les gouvernements successifs n'ont donc pas pu rester silencieux sur la question plus longtemps. C'est ainsi, que se sont succédé les réformes à commencer par la loi Breton de 2005, ensuite la loi TEPA de 2007, ou encore la loi Macron de 2015, et pour finir la loi Sapin II de 2016. On assiste alors à une succession de réformes afin d'encadrer au mieux les rémunérations des dirigeants de sociétés admises sur des marchés réglementés. Cependant, les lacunes du droit souple sur la question sont encore véritablement présentes. Tout

⁶⁷² V. Magnier, « Le principe se conformer ou s'expliquer, une consécration en trompe-l'œil ? », *JCP. E* n° 23, 5 juin 2008, act. 280.

⁶⁷³ C. Granier, « L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux » *Rev. Sociétés* 2016, p. 207.

⁶⁷⁴ A. Couret, « Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots », *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara*, ANSA, 2013, p. 127.

⁶⁷⁵ C. Granier, « L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux » *Art. prec.*

d'abord, il convient d'observer une absence de plafonnement des rémunérations en droit français ni de dispositifs faisant directement référence au montant de la rémunération⁶⁷⁶. En 2012, un plafonnement⁶⁷⁷ des rémunérations des dirigeants avait vu le jour pour les entreprises publiques, mais une telle mesure ne s'est jamais concrétisée pour les entreprises privées. En effet, la société privée est une personne juridique qui doit pouvoir rester libre de rémunérer ses mandataires comme elle l'entend. Sans pour autant plafonner les rémunérations, il pourrait alors être envisagé une solution moins radicale comme celle de proposer à l'assemblée des actionnaires d'instaurer, si elle le souhaite, un ratio maximum entre les rémunérations les plus élevées et les plus basses servies dans l'entreprise⁶⁷⁸.

Outre le plafonnement des rémunérations, le législateur français a préféré prôner la lutte contre l'opacité des rémunérations, en érigeant un principe de transparence sur le sujet⁶⁷⁹. En effet, la déclaration publique des montants des rémunérations permettrait une autorégulation de la part de ces derniers, au risque de ne pas être approuvés par les actionnaires voire même par l'opinion publique⁶⁸⁰.

Cependant, il convient de remarquer que le droit dur connaît ses limites. En effet, les exigences de transparences n'ont pas eu l'effet escompté⁶⁸¹, et le caractère parcellaire de l'action législative, cantonnée à certains éléments de rémunération, reste frappant⁶⁸².

167. Le code AFEP/MEDEF, entre performance et gouvernance. C'est ainsi que le droit souple vient compléter et renforcer le droit dur en matière de rémunération des dirigeants. En effet, le droit souple est un véritable instrument juridique. Le code AFEP/MEDEF, par exemple, a réussi à acquérir une véritable juridicité et sert, tout autant que le droit dur, si ce n'est plus, à réglementer et encadrer les rémunérations excessives des dirigeants. En effet, toutes les entreprises du CAC 40 et SBF 120 déclarent adhérer à ce

⁶⁷⁶ B. Dondero, « La rémunération des dirigeants sociaux », in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la dir. de V. Magnier, LGDJ, 2010, p. 111, n° 8.

⁶⁷⁷ Un plafond brut de 450 000 euros est institué par le décret n° 2012-915 du 26 juillet 2012 relatif au contrôle de l'État sur les rémunérations des dirigeants d'entreprises publiques (JO 27 juill. 2012, p. 12283).

⁶⁷⁸ B. Dondero, « Rémunération des dirigeants : annoncer, consulter ... légiférer ? », *Gaz. Pal.* 6 oct. 2012, n° 280, p. 3.

⁶⁷⁹ Sur la transparence des rémunérations : Rapport Vienot II paru en 1999 et mené sous l'impulsion du MEDEF, puis le législateur est intervenu : Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁶⁸⁰ A. Viandier, « L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux », *JCP E* 2013, n° 29, p. 1416, n° 3.

⁶⁸¹ P. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit.*, n° 440.

⁶⁸² C. Granier, « L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux » *art. préc.*

code, et il existe un lien certain entre performance et gouvernance, car ce code permet de concilier au mieux « efficacité de la gestion, sécurité des actionnaires et pérennité de l'entreprise⁶⁸³. » L'efficacité de ce code serait d'autant plus accrue si ses recommandations avaient pour objectif principal d'améliorer les performances des sociétés en garantissant la défense de l'intérêt social avant tout⁶⁸⁴. Quant à la juridicité de ce code, elle n'est plus à démontrer si l'on met de côté le caractère sanctionnateur, comme le disait Oppetit « la juridicité ne peut être subordonnée à l'existence d'une sanction coercitive sous peine de se confondre avec la force : il est des règles non sanctionnées ou ineffectives, en droit international, en droit constitutionnel ou même en droit privé, qui restent des règles de droit⁶⁸⁵. »

168. Droit souple et droit dur en harmonie. Le droit souple et le droit dur se servent mutuellement et se complètent, bien souvent le droit souple vient compléter le droit dur, il va là où le droit dur ne peut légiférer. Ainsi, le législateur n'interfère pas de manière excessive au sein de la vie des sociétés, et les entreprises ont le choix d'adhérer à des codes de conduites afin d'encadrer leur comportement sur le marché. Soit, le droit souple vient compléter des dispositions législatives existantes, dans ce cas la recommandation faite par le droit souple n'existerait pas sans le droit dur. Soit, au contraire, le droit souple adopte un temps d'avance sur le droit dur en faisant des recommandations innovantes que le droit dur n'aurait pas pu adopter. Dans ce dernier cas, le droit souple propose des mesures sur des terrains inexplorés du droit dur. Par exemple, les codes de gouvernance énoncent des principes directeurs⁶⁸⁶ devant guider les conseils d'administration ou de surveillance pour la fixation des rémunérations, chose que n'a pas faite le législateur. Soit, enfin, le droit souple sert de « droit test » au droit dur. En effet, l'introduction du mécanisme du « *say on pay* » consultatif dans le Code AFEP/MEDEF en 2012, a fini par inspirer le législateur dans la récente loi Sapin 2 où ce mécanisme a été codifié. Le « *say on pay* » fait désormais partie du droit dur⁶⁸⁷. Le droit souple avait donc adopté un mécanisme innovant de contrôle des rémunérations des dirigeants par les actionnaires, ce mécanisme a été mise en pratique et efficace, le législateur s'est donc inspiré du droit souple afin d'adopter le même mécanisme.

⁶⁸³ Y. Paclot, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. Sociétés* 2011, p. 395.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ B. Oppetit, *Le droit hors de la loi*, Droits, 1989, p. 49.

⁶⁸⁶ Art. 24.1.2 Code AFEP/MEDEF, révisé en 2016.

⁶⁸⁷ Art. L. 225-37-2, L. 225-82-2 et L. 225-100 du C. com.

Nous verrons également dans le chapitre suivant que le législateur est allé encore plus loin que le droit souple, car le mécanisme du « *say on pay* » codifié est un mécanisme contraignant, alors que le droit souple avait opté pour un mécanisme consultatif.

Mis à part le droit dur et le droit souple, l'intervention du juge joue également un rôle important dans le contrôle des rémunérations des dirigeants.

§2 : L'intervention du juge dans le contrôle des rémunérations excessives

A : L'abus de pouvoir du dirigeant dans la fixation de sa rémunération en cas de mise en péril des performances de l'entreprise

169. Les pouvoirs du dirigeant sur sa propre rémunération et le respect des performances de la société. L'abus de pouvoir ou encore le délit d'abus de biens sociaux du dirigeant sont deux comportements qui se confondent, ayant les mêmes sanctions et les mêmes conditions de mise en œuvre. Ils sont constitués lorsque le dirigeant a agi dans un intérêt personnel contraire à l'intérêt social de la société. Dans le cadre de la fixation de sa rémunération, il est donc fréquent d'évoquer la question de l'abus de pouvoir de la part du dirigeant qui peut être amené, de manière directe ou indirecte, à fixer lui-même sa rémunération. Ainsi, les juges sont souvent amenés à se prononcer sur la question de l'appréciation de la rémunération du dirigeant. Ils vont alors contrôler le montant de la rémunération accordée au dirigeant en proportion avec les moyens financiers de la société. L'attribution d'un certain montant au dirigeant ne doit pas mettre en péril la société et donc ne pas freiner la performance de cette dernière. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 19 mai 2011, il était question des pouvoirs du PDG sur sa propre rémunération et de l'abus qu'il peut en faire⁶⁸⁸. En l'espèce, le PDG d'une société anonyme avait usé de son pouvoir et son influence afin de faire avaliser sa rémunération par le conseil d'administration, par le biais d'un changement des membres du comité de rémunération⁶⁸⁹. De tels agissements, combiné avec la recherche d'un intérêt personnel du dirigeant, « ont

⁶⁸⁸ P. Le Cannu, note sous CA Versailles 9^e ch. corr., 19 mai 2011, n° 10/01523, Z, « Les pouvoirs du PDG sur sa propre rémunération, et l'abus qu'il peut en faire » *Rev. Sociétés* 2012, p. 99.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

constitué des actes contraires et déviants par rapport au pouvoir légal qui lui avait été confié dans l'intérêt social⁶⁹⁰. » Ainsi, la Cour d'appel avait retenu que ces actes devaient être constitutifs d'un abus de pouvoir selon l'article L. 242-5 du Code de commerce. Cependant, il convient d'observer que la Cour d'appel ne donne pas les éléments qui sont contraires à l'intérêt social de la société, sans doute que la rémunération était une charge excessive pour la société mettant en péril ses performances financières.

170. L'atteinte aux performances financières de la société. De même, dans un arrêt plus récent de 2016⁶⁹¹, la Cour de cassation se prononce sur la constitution d'un abus de biens sociaux par le directeur administratif d'une coopérative. En l'espèce, commet un abus de biens sociaux le directeur administratif, considéré comme le dirigeant de fait, qui perçoit un salaire excessif, dépassant les possibilités financières de la société. En effet, le salaire perçu par le dirigeant mettait en péril les performances financières de la société compte tenu d'une prime exceptionnelle sur l'activité. L'intéressé critiquait cette solution, car selon lui sa rémunération avait été prévue au sein de son contrat de travail, et n'avait donc pas été à l'origine de l'abus de biens sociaux, cette critique n'a pas été accueillie par la Cour de cassation⁶⁹². Il avait en effet déjà été admis dans un arrêt précédent que l'excès dans la rémunération d'un dirigeant constitue un abus si elle dépasse les capacités financières de la société⁶⁹³. De plus, dans l'arrêt précédent, la Cour de cassation était venue affirmer que le préjudice résultant de l'infraction ne pouvait être supérieur à l'excès de rémunération perçue⁶⁹⁴.

171. Un abus constitué en cas d'atteinte aux performances financières de la société. Il convient de déduire de ces solutions que l'abus de pouvoir du dirigeant social, dans la fixation de sa rémunération, ne sera pas retenu, si son salaire ne porte pas atteinte à la situation financière, et donc aux performances financières de la société. En effet,

⁶⁹⁰ CA Versailles 9^e ch. corr., 19 mai 2011, n° 10/01523, Z.

⁶⁹¹ Cass. crim. 7 décembre 2016, n° 15-86731.

⁶⁹² B. Bouloc, note sous Cass. crim. 7 décembre 2016, n° 15-86731, « Abus de biens sociaux : rémunération excessive et détermination du préjudice », *Rev. Sociétés* 2017, p. 167.

⁶⁹³ B. Bouloc, note sous Cass. crim. 30 sept. 1991, « Rémunérations et charges excessives constitutives d'un abus de biens sociaux », *Rev. Sociétés* 1992, p. 356.

⁶⁹⁴ B. Bouloc, note sous Cass. crim. 7 décembre 2016, n° 15-86731, « Abus de biens sociaux : rémunération excessive et détermination du préjudice » *art. prec.* ; Là aussi, cette solution avait déjà été consacrée dans un arrêt du 1^{er} juin 2016 *in* B. Bouloc, obs. sous Cass. crim. 1^{er} juin 2016, « Action civile (droit à indemnisation) : office du juge dans l'évaluation du préjudice », *D.* 2016, p. 1257

dans un autre arrêt de 2016, la Cour de cassation estime que même si le dirigeant a fait preuve d'un optimisme excessif et a omis d'adapter sa rémunération au risque d'une évolution défavorable à la société, l'arrêt a retenu que cette circonstance n'a pas eu d'incidence sensible sur les comptes de la société et n'a pas contribué aux difficultés de l'entreprise⁶⁹⁵. Cette solution est assez laxiste, même si rien dans le code AFEP MEDEF n'oblige le dirigeant à adapter sa rémunération au risque d'une évolution défavorable pour la société, ainsi, l'excès de rémunération ne saurait être fautif dans les sociétés dont le total du compte de résultat est sans commune mesure avec le montant de la rémunération du dirigeant⁶⁹⁶. Cette solution de comparer la rémunération du dirigeant aux performances de la société est récurrente, dans un arrêt du 31 mai 2016, la Chambre commerciale avait également reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la rémunération du dirigeant n'était pas « manifestement excessive au regard de la situation financière de la société⁶⁹⁷. »

B : La rémunération excessive du dirigeant constitutive d'une faute de gestion au regard des performances financières de la société

172. La faute de gestion et ses éventuelles conséquences sur la performance financière de la société. L'article L. 225-251 du Code commerce prévoit la responsabilité envers la société anonyme de ceux qui commettent une faute de gestion. Ainsi, « les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage⁶⁹⁸. » En effet, depuis la loi du 24 juillet 1966, la responsabilité du dirigeant ne peut être engagée que dans certains cas délimités par la loi, elle se limite à trois hypothèses : les

⁶⁹⁵ Cass. com. 20 sept. 2016, n° 14-22189.

⁶⁹⁶ D. Schmidt, note sous Cass. com. 20 sept. 2016, n° 14-22189, « Rémunération du dirigeant majoritaire et abus de minorité » *Rev. Sociétés* 2017, p. 27.

⁶⁹⁷ Cass. com. 31 mai 2016, n° 14-24779.

⁶⁹⁸ Art. L. 225-251 C. com.

infractions au droit des sociétés, la violation des statuts et les fautes de gestion⁶⁹⁹. La question s'est posée de savoir qui est responsable en cas de faute de gestion le dirigeant ou la société elle-même ? Plusieurs arrêts ont répondu à cette question en affirmant que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement ⁷⁰⁰», ainsi, « la seule constatation d'un fait délictuel ou quasi délictuel imputable à une société n'implique pas nécessairement une faute personnelle du dirigeant social⁷⁰¹. » Il faudra donc constater que le dirigeant a commis une faute personnelle dans la gestion de la société afin de pouvoir engager sa responsabilité sur le fondement d'une faute de gestion.

La faute de gestion peut se définir comme tout comportement décisionnel contraire à l'intérêt social de la société⁷⁰². Il convient de noter que la faute de gestion n'est pas définie de manière précise par le législateur, ainsi c'est la doctrine et la jurisprudence qui ont posé les bases de la définition. La définition et les conditions retenues sont assez larges, par exemple le fait de se référer à la notion d'intérêt social⁷⁰³ démontre bien une volonté de retenir un champ d'application large pour la faute de gestion. Ainsi, l'appréciation de la faute de gestion s'apprécie au cas par cas en fonction de la conduite du dirigeant, la Cour de cassation contrôle son comportement, il doit être prudent, diligent, et actif⁷⁰⁴. « La portée du contrôle du juge a été précisée par un arrêt récent de la Cour d'appel de Versailles⁷⁰⁵. Le juge ne doit pas, lors de la mise en cause de la responsabilité des administrateurs, juger de l'opportunité des décisions de gestion, mais apprécier ces décisions en fonction de la régularité du processus qui a conduit à leur adoption, de leur caractère anormal au moment où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute société et du contrôle incombant au conseil d'administration⁷⁰⁶. » Par exemple la rémunération excessive du dirigeant peut constituer une faute de gestion si elle a mis en péril la situation financière de la société et n'était pas proportionnée aux résultats de cette dernière.

⁶⁹⁹ L. Maxence, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? » *Bull. Joly sociétés* 1^{er} déc. 2003, n° 12, p. 1231.

⁷⁰⁰ B. Petit et Y. Reinhard, « Responsabilité civile des dirigeants » *RTD com.*, 1997, p. 282, spéc. II A.

⁷⁰¹ Y. Chartier, note sous Cass. com. 4 juin 1991, « La responsabilité du gérant en cas de fait délictuel ou quasidélictuel imputable à une société » *Rev. Sociétés* 1992, p. 55.

⁷⁰² S. Hadji-Artinian, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001, n° 876.

⁷⁰³ L'intérêt social une notion très vaste V. A. Pirovano, « La " boussole " de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? » *D.* 1997, p. 189.

⁷⁰⁴ F. Cherchouly-Sicard, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, thèse, Paris II, 1982.

⁷⁰⁵ Y. Guyon, obs. sous CA Versailles, 17 mars 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 828.

⁷⁰⁶ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017, n° 256.

En effet, si en principe la rémunération du dirigeant est librement fixée, elle doit quand même être accordée en fonction de l'intérêt social de la société. C'est-à-dire qu'elle doit être proportionnée aux résultats et aux capacités de l'entreprise, à défaut, la rémunération excessive sera constitutive d'une faute de gestion⁷⁰⁷. En effet, il n'est pas rare d'observer des dirigeants s'accorder sur des rémunérations excessives alors que la société qu'ils dirigent est en insuffisance d'actifs. Il n'est pas rare non plus que des dirigeants obtiennent du conseil d'administration une augmentation importante de leur rémunération, alors que la rentabilité de l'entreprise s'effondre et qu'aucune contrepartie ne justifie une telle augmentation⁷⁰⁸. Dans ces cas, l'attribution d'une rémunération excessive signifie qu'elle est excessive en proportion des performances économiques de la société, et qu'elle doit être sanctionnée par les juges.

173. Illustration jurisprudentielle. Dans un arrêt de la chambre commerciale en date du 31 mai 2016, une illustration est fournie quant à la rémunération excessive du dirigeant comme faute de gestion. En l'espèce, il s'agit d'une société placée en redressement, puis finalement en liquidation judiciaire. Trois ans plus tard, après la liquidation, le liquidateur assigne le dirigeant de la société en paiement de l'insuffisance d'actif social. Cette action fut rejetée devant la Cour d'appel qui estime qu'il n'était pas établi que la rémunération perçue par le dirigeant et les avantages en nature dont il disposait, étaient hors de proportion avec les salaires versés aux cadres de l'entreprise et n'étaient pas en adéquation avec les responsabilités exercées par le dirigeant⁷⁰⁹. La Cour d'appel avait donc écarté toute faute de gestion commise par le dirigeant, car il avait agi sous le contrôle des organes de la procédure collective. Or, la Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement et censure l'arrêt de la Cour d'appel pour violation de l'article L. 651-2 du Code de commerce⁷¹⁰. Le pourvoi est donc accueilli au motif « qu'en se déterminant ainsi, sans

⁷⁰⁷ A. Martin-Serf, note sous Cass. com. 31 mai 2016, « Fautes de gestion : rémunérations et avantages en nature manifestement excessifs octroyés aux dirigeants sociaux », *Revue des procédures collectives* n° 6, Novembre 2016, comm. 200.

⁷⁰⁸ A. Martin-Serf, note sous Cass. com. 31 mai 2016, « Fautes de gestion : rémunérations et avantages en nature manifestement excessifs octroyés aux dirigeants sociaux », *Art. prec.*

⁷⁰⁹ T. Favario, obs. sous Cass. com. 31 mai 2016, « La rémunération excessive du dirigeant, faute de gestion typique », *Bull. Joly sociétés* 2016, n° 05, p. 340.

⁷¹⁰ L. 651-2 C. com. : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

rechercher, comme elle y était invitée, si la rémunération que M. D. s'était octroyée n'était pas manifestement excessive au regard de la situation financière de la société, la cour d'appel, qui s'est prononcée par un motif inopérant, a privé sa décision de base légale⁷¹¹ ».

Il est possible de remarquer que, comme pour l'abus de biens sociaux ou l'abus de pouvoir vu précédemment, une fois encore la faute de gestion du dirigeant sera caractérisée si, et seulement si, la rémunération est excessive au regard de la situation financière de la société. Ainsi, en cas d'atteinte, ou de mise en péril de la performance financière de la société, le dirigeant pourra être sanctionné sur le fondement de la faute de gestion. Encore faudra-t-il apporter la preuve que la rémunération du dirigeant était manifestement excessive au regard de la situation financière de l'entreprise.

174. L'appréciation de l'excès de la rémunération. Un excès naît d'une disproportion entre deux termes, en l'espèce entre la rémunération et les résultats sociaux de l'entreprise. Le caractère excessif de la rémunération n'a pas posé difficulté en l'espèce. En revanche, les juges du fond et la Cour de cassation n'étaient pas en accord quant aux éléments à comparer avec le montant de la rémunération. Fallait-il apprécier le caractère excessif de la rémunération au regard des salaires des cadres de la société et au regard des responsabilités du dirigeant en son sein, ou au contraire fallait-il apprécier le caractère excessif de la rémunération au regard de la situation financière de la société ? La Cour d'appel avait choisi de suivre l'argumentation du dirigeant en adoptant le premier raisonnement. Cependant, la Cour de cassation a censuré les juges du fond en estimant ce motif inopérant et a privilégié une appréciation de l'excès au regard de la situation financière de la société. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation estime que « la disproportion, le caractère manifestement excessif des rémunérations et autres avantages doivent apparaître en fonction des résultats et capacités financières de l'entreprise, au vu des comptes sociaux notamment⁷¹². » L'excès de la rémunération doit être mis en balance avec les résultats financiers de l'entreprise, ce qui signifie que la rémunération si elle est excessive eu égard des performances financières de la société, peut constituer une faute de gestion de la part du dirigeant. Conformément à ce raisonnement, la rémunération est mise en

Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée. »

⁷¹¹ Cass. com . 31 mai 2016, n° 14-24779.

⁷¹² A. Martin-Serf, note sous Cass. com . 31 mai 2016, « Fautes de gestion : rémunérations et avantages en nature manifestement excessifs octroyés aux dirigeants sociaux », *Art. prec.*

corrélation avec les résultats sociaux de l'entreprise, et cela revient à traiter le dirigeant comme un quasi-associé supportant l'aléa de l'entreprise⁷¹³. Si l'on accepte de voir le dirigeant comme une nouvelle sorte d'actionnaire, il s'agirait d'un actionnaire apportant son industrie, il paraît alors logique que cet actionnaire reçoive une partie du bénéfice⁷¹⁴. Ce raisonnement peut être critiqué, car la rémunération du dirigeant devrait s'apprécier en fonction de ses compétences, et de ses propres performances quant à la gestion de la société, et non pas en fonction des performances financières de la société. Un dirigeant peut être performant et mériter une rémunération élevée, pour autant la société n'aura peut-être pas de bons résultats financiers. À l'inverse, une société en bonne santé financière peut être dirigée par un dirigeant incompetent. Ainsi, la corrélation entre performance de la société et performance du dirigeant n'est pas toujours avérée. En revanche, il faut s'accorder sur le fait que lorsque l'octroi d'une rémunération excessive a contribué à une défaillance financière de la société⁷¹⁵, la faute de gestion doit être caractérisée. De même, si la rémunération s'analyse en une captation de fonds normalement destinés au désintéressement des créanciers, la faute de gestion devra également être caractérisée. Toutefois, dans un autre arrêt du 27 janvier 2015⁷¹⁶, la Cour de cassation a estimé que l'exercice d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif exigeait que la faute de gestion du dirigeant ait contribué à l'insuffisance d'actifs de la société apparue avant la fin de ses fonctions de dirigeant⁷¹⁷. Cependant, il s'agit d'un arrêt d'espèce non publié au bulletin, cette solution est donc isolée pour l'instant.

175. L'imputation de l'excès de la rémunération. La faute de gestion peut donc se caractériser par l'octroi d'une rémunération excessive par le dirigeant. Cependant, une question reste en suspend quant à l'imputation de l'excès de la rémunération. En effet, le fait d'accorder et le fait de recevoir une rémunération excessive sont deux actes différents⁷¹⁸. La faute de gestion réside en principe dans le fait d'accorder la rémunération excessive et non pas dans le fait de la recevoir. Un dirigeant qui aurait simplement accepté une rémunération excessive au regard de la situation financière de la société commet-il une faute

⁷¹³ T. Favario, obs. sous Cass. com. 31 mai 2016, « La rémunération excessive du dirigeant, faute de gestion typique », *art. prec.*

⁷¹⁴ B. Dondero, note sous Cass. com. 3 décembre 2013, « Des rémunérations excessives peuvent constituer une faute de gestion », *Gaz. Pal.* Du 4 au 6 mai 2014, n° 126.

⁷¹⁵ Cass. com. 3 déc. 2013, n° 12-19881.

⁷¹⁶ Cass. com. 27 janv. 2015, n° 13-12430.

⁷¹⁷ V. Magnier, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017, n° 89.

⁷¹⁸ T. Favario, obs. sous Cass. com. 31 mai 2016, « La rémunération excessive du dirigeant, faute de gestion typique », *art. prec.*

de gestion à proprement parler, ou au contraire faut-il engager plutôt la responsabilité de l'organe compétent ayant fixé le montant de sa rémunération. Sur ce point l'arrêt du 31 mai 2016, précédemment cité, énonce simplement que « la rémunération que M. X s'était octroyé (...) ». Cette formulation n'apporte guère de précisions quant à la forme de la société, ou quant aux fonctions occupées par M. X. Ce manque de précision est sans doute volontaire de la part de la Cour de cassation, car selon le moyen annexé, il s'agit d'une société anonyme, on suppose que M. X en était le président du conseil d'administration, voire peut être le directeur général. En principe, c'est donc au conseil d'administration de fixer la rémunération de son président ou du directeur général. La rémunération jugée excessive aurait sans doute dû être imputée au conseil d'administration, non pas au dirigeant lui-même qui n'a pas fixé le montant de sa rémunération, mais l'a simplement acceptée et perçue. La Cour de cassation a, en l'espèce, admis une faute de gestion de la part du dirigeant qui a simplement accepté une rémunération jugée excessive au regard de la situation financière de la société⁷¹⁹.

176. Conclusion de la section relative aux limites d'un système performant avec l'enchevêtrement des sources. La rémunération des dirigeants se voit encadrer par un certain nombre de normes. Tout d'abord, le droit souple impose aux sociétés cotées un certain nombre de recommandations à respecter, publiées au sein des codes de gouvernance. Cependant, il s'agit d'un droit non contraignant, faisant appel à l'autorégulation des sociétés. En effet, les sociétés peuvent d'opter pour le code de leur choix, et ensuite au sein du code elles ont la possibilité d'appliquer ou de ne pas appliquer telles ou telles recommandations, à condition d'expliquer pourquoi elles ont écarté les règles en question. Ainsi, lorsqu'une société ne se réfère pas à un code de gouvernance élaborée par les organisations représentatives des entreprises ou ne se réfère qu'à certaines dispositions d'un tel code, le rapport annuel du conseil d'administration ou de surveillance doit expliquer aux actionnaires pourquoi⁷²⁰. C'est donc une multitude de recommandations que les sociétés en question sont censées respecter et connaître.

⁷¹⁹ Sur l'appréciation de la faute de gestion du dirigeant : J. Heinich, obs. sous CA Paris, ch. 5-8, 10 août 2017, *Rev. Sociétés* n° 3, mars 2018, comm. 49 ; obs. sous Cass. com. 5 avr. 2018, *Rev. Sociétés* n° 6, juin 2018, comm. 104.

⁷²⁰ I. Parachkevova, « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées : de la morale à la réforme », *R.I.D.E.* 2010/2, T. XXIV, n° 2.1 et s.

Ensuite, en plus du droit souple, elles se doivent également de respecter le droit dur, à savoir le droit positif en vigueur. La législation pour les sociétés non cotées en termes de rémunération est très peu contraignante, en revanche pour les sociétés admises sur des marchés réglementés le Code de commerce encadre et impose de plus en plus de contraintes, comme il sera étudié ci-dessous, avec l'adoption d'un *say on pay* contraignant.

En matière de rémunération, les sociétés cotées doivent faire face à un enchevêtrement des sources qui sera parfois difficile d'identifier et d'appliquer. Entre le droit souple et le droit dur, les réglementations et les recommandations en vigueur doivent être identifiées et appliquées par les acteurs de la vie des affaires. Le droit dur s'impose directement aux sociétés, quant au droit souple il fait appel à l'auto régulation des sociétés. La rémunération des dirigeants pour les sociétés cotées se situe entre régulation et réglementation⁷²¹. Cet enchevêtrement des sources sera parfois un obstacle pour les sociétés qui auront des difficultés à identifier les recommandations ou les articles du Code de commerce qui leur sont applicables.

Enfin, le juge dispose également d'un pouvoir de sanction en ce qui concerne les rémunérations. Avec des délits comme l'abus de pouvoir, l'abus de biens sociaux, ou encore la faute de gestion, il est possible pour le juge de sanctionner les rémunérations excessives des dirigeants en engageant leur responsabilité.

Cependant, il convient de remarquer que le dirigeant peut s'analyser comme un créancier social, il agit dans l'intérêt de la société, et il est rémunéré en fonction des bénéfices de la société⁷²², puisque nous l'avons vu l'excès de la rémunération s'apprécie en fonction de la situation financière de la société. Mais cette idée de rapprocher les dirigeants des associés n'est pas nouvelle. Par exemple, l'attribution d'actions gratuites au dirigeant relève de cette idée : le dirigeant est rémunéré si la société réalise un enrichissement. De plus, l'apparition des critères de performances exigés pour les rémunérations de sociétés cotées confirme cette théorie.

177. Conclusion du chapitre relatif à une législation performante des rémunérations des dirigeants. Après avoir dressé un état des lieux nécessaire de la législation en ce qui concerne les rémunérations des dirigeants, plusieurs éléments peuvent

⁷²¹ J.-P. Colson, « Le gouvernement d'entreprise et les nouvelles régulations économiques », *LPA* 2001, n° 166, p. 4.

⁷²² B. Dondero, note sous Cass. com. 3 décembre 2013, « Des rémunérations excessives peuvent constituer une faute de gestion », *art. préc.*

ressortir de notre étude. Dans les sociétés non cotées, la fixation des rémunérations, des dirigeants sociaux exerçant des pouvoirs de direction, n'est que très peu encadrée par le législateur, et ce peu importe le type de société. Ce manque de législation en la matière s'explique sans doute par le fait que les excès de rémunération, qui peuvent parfois choquer le grand public, se produisent essentiellement au sein des sociétés cotées. Cependant, il était tout de même nécessaire de réaliser cet état des lieux en différenciant les sociétés anonymes et autres types de sociétés afin de mieux comprendre par la suite les différences avec la réglementation qui entoure les sociétés cotées. Un premier constat peut être fait pour les entreprises non cotées, il existe une multitude de formes de rémunérations. En effet, elle peut se composer d'un élément fixe, d'éléments variables, d'un complément de retraite, et d'indemnités de départ. Le principe qui entoure la fixation de ces rémunérations dans les entreprises non cotées est la liberté. Ainsi, il n'est pas difficile d'imaginer que dans les entreprises cotées tous ces éléments de rémunérations mis bout à bout forment au total des sommes astronomiques versées aux dirigeants. Ainsi, le droit dur et le droit souple viennent encadrer la fixation des rémunérations, mais nous avons vu que ce n'est pas toujours évident pour les sociétés d'identifier la norme applicable avec cet enchevêtrement des sources dont fait preuve l'encadrement des rémunérations.

Le législateur a pris le parti d'encadrer les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées. Le principe qui gouverne est alors celui de la performance qui va servir de tuteur aux rémunérations. Elle apparaît même comme un véritable standard juridique pour les rémunérations.

Chapitre 2 : L'obligation de performance des dirigeants déterminante de leur rémunération

178. Performance et rémunération des dirigeants doivent être en lien direct, c'est pourquoi il est opportun d'approfondir l'étude des rémunérations des dirigeants de sociétés anonymes cotées. Entre droit dur et droit souple, les sociétés admises sur un marché réglementé se doivent de respecter bon nombre de principes directeurs pour fixer la rémunération de leurs organes de direction. La performance apparaît comme le socle fondateur des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées, il s'agit un standard juridique en matière de rémunération (**section 1**). Autre mécanisme nouveau et important le « *say on pay* » codifié par la loi Sapin II, apparaît également comme une évolution importante dans le contrôle des rémunérations (**section 2**). À ce titre, il est nécessaire d'examiner le devenir de ces mécanismes et les difficultés qu'ils peuvent poser en pratique. Le standard de performance comme critère de rémunération mérite des précisions, et le mécanisme du « *say on pay* » mérite quant à lui un examen approfondi vis-à-vis de son devenir et de sa mise en pratique.

Section 1 : La performance, standard juridique de rémunération

179. La performance est depuis quelques années déjà le principe fondateur à respecter en matière de fixation des rémunérations de dirigeants de sociétés cotées⁷²³. Mais quels sont véritablement les critères de performance à prendre en compte afin de contrôler les rémunérations excessives (**§1**), la rémunération doit être cohérente vis-à-vis des performances du dirigeant (**§2**).

§1 : Les critères de performance à prendre en compte pour la fixation des rémunérations

180. La performance est encore une notion conceptuelle que ni les textes ni la jurisprudence ne définissent clairement. Les entreprises, actuellement, sont totalement libres de choisir les indicateurs de performance à prendre en compte pour fixer la rémunération de leurs dirigeants. Soit la rémunération peut être indexée sur les performances

⁷²³ Art. L. 225-42-1, al. 2, C. com.

de la société elle-même **(A.)**, soit elle peut être appréciée en fonction des performances du dirigeant et en fonction du travail qu'il a fourni pour atteindre les résultats qui lui étaient fixés **(B.)**.

A : Une rémunération indexée sur les performances de la société

181. Les rémunérations non soumises à des conditions de performances sont interdites pour certains types de sociétés, et pour certaines formes de rémunérations **(1.)**. Par performance de la société, plusieurs types de performances peuvent être entendues, tout d'abord les performances économiques, à savoir les performances financières et boursières de la société **(2.)**, et ensuite les performances juridiques de la société **(3.)**.

1 : Les rémunérations interdites

182. **Les rémunérations interdites, non soumises à des conditions de performances.** Le dispositif de la loi Breton imposait pour les rémunérations différées qu'elles respectent la procédure des conventions réglementées. Mais aujourd'hui, ce dispositif paraît insuffisant au regard de l'ampleur que peuvent prendre ces types de rémunérations, qui sont sans commune mesure avec la performance du dirigeant ou la situation de l'entreprise⁷²⁴. La loi TEPA a mis en place un régime des rémunérations interdites visé par les articles L. 225-42-1⁷²⁵ et L. 225-90-1, alinéa 1, du Code de commerce. Selon l'article L. 225-42-1 alinéa 2 du Code commerce « Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités, avantages et droits conditionnels octroyés au président, au directeur général ou aux directeurs généraux délégués au titre d'engagements de retraite mentionnés au premier alinéa du présent article dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée. » Cependant, dans cet article sont uniquement visés les éléments de rémunération « susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces

⁷²⁴ D. Vidal, « Les modifications apportées par l'article 17 de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé », *Bull. Joby Société* 1er novembre 2007 n° 11, p. 1147.

⁷²⁵ Art. L. 225-42-1, al. 2 C. com.

fonctions, ou postérieurement à celles-ci, ou des engagements de retraite à prestations⁷²⁶ ». Il convient donc de souligner que les conditions de performance s'imposent tout d'abord seulement aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, et ensuite que l'exigence de performances est imposée seulement pour les indemnités et avantages dus à raison de la cessation ou du changement des fonctions du bénéficiaire. L'exigence de performance n'est donc pas une condition généralisée en matière de rémunération, même si l'introduction dans les rémunérations des dirigeants d'une corrélation avec la réalisation de performances économiques, voire sociales, paraît aujourd'hui de plus en plus inévitable⁷²⁷.

Ces articles prévoient donc que les rémunérations non soumises à des conditions de performances sont interdites. Dans la mise en œuvre de ce principe entre rémunération permise et interdite, il faut mettre en place une ligne de partage définie par une référence. Il faut que les performances de l'entreprise et celles du bénéficiaire soient appréciées au regard de cette référence⁷²⁸. Ainsi, les performances à prendre en compte doivent être précisées, dans les textes actuels nul ne sait quels critères de performances il faut prendre en compte pour fixer les compléments de rémunérations. Faut-il prendre en compte les performances du dirigeant ou bien celles de l'entreprise ? Faut-il se baser sur les performances économiques et sur la performance boursière de la société ? Ou au contraire faut-il prendre en compte d'autres types de performances non financières comme la performance sociale ou environnementale ?

2 : Rémunération et performances économiques de l'entreprise

183. L'exigence d'une corrélation avec les performances de l'entreprise. Tout d'abord la performance peut se rapporter directement à celle de l'entreprise. En principe, la définition retenue dans le cadre de notre étude, définit la performance d'une manière générale comme un objectif à atteindre avec des moyens et des méthodes efficaces, tout en limitant les pertes financières et les effets néfastes d'un point de vue social et environnemental. Il faut donc analyser l'atteinte d'objectifs à l'aide des moyens

⁷²⁶ Art. L. 225-42-1 al. 1 C. com.

⁷²⁷ M. Albouy, « Rémunération des dirigeants et performances financières », *Analyse financière*, 2004, n° 10.

⁷²⁸ D. Vidal, « Les modifications apportées par l'article 17 de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé », *art. prec.*

mis à disposition, c'est-à-dire au sein de l'entreprise, avec les moyens financiers et humains dont elle dispose. Cette atteinte d'objectifs doit se combiner avec une limitation des pertes, ce qui signifie en l'espèce que l'atteinte des performances financières ne devra pas se faire au détriment de l'emploi, ou au détriment de l'environnement, ou de l'innovation. Ainsi, la performance de l'entreprise peut se définir comme « son aptitude à répondre à des besoins solvables sur son marché selon des modalités financières qui assurent sa pérennité, la rémunération de ses partenaires et son développement⁷²⁹ ». La rémunération du dirigeant dépendra donc de ce critère de performance de l'entreprise, ce critère est significatif puisqu'il permet d'évaluer la compétence du dirigeant au regard de la gestion qu'il fait de la société. En outre, toujours au niveau des performances de l'entreprise, il sera pris en compte les performances financières, mais aussi les performances opérationnelles de la société. Pour la performance financière, on fera référence à la gestion de la société, mais aussi à sa position sur le marché financier⁷³⁰. En ce qui concerne les performances opérationnelles, on prendra en compte divers critères tels que l'environnement de l'entreprise et son bien-être, parmi lesquels on retrouve notamment la maintenance, la technologie, la recherche, la production, la gestion, le contrôle, la communication⁷³¹. Ceci va permettre d'évaluer les qualités de management du dirigeant. Ainsi, il apparaît nécessaire pour évaluer les performances d'une entreprise de prendre en compte tout d'abord ses performances financières, ensuite il paraît également essentiel de prendre en compte les performances juridiques de l'entreprise, et enfin de ne pas oublier les critères environnementaux et sociaux.

184. Les performances boursières et financières de l'entreprise. La prise en compte de la performance de l'entreprise passe par plusieurs critères. Tout d'abord, il faut prendre en compte un critère quantitatif qui correspond aux performances financières, et ensuite il ne faut pas oublier tenir compte de critères quantitatifs qui renvoient aux performances non financières de la société⁷³². Pour les entreprises cotées, il va de soi que la performance financière passe par l'étude des indicateurs boursiers et comptables. Mais il est vrai qu'aucune indication n'est donnée quant aux critères financiers à prendre en compte, ni

⁷²⁹ D. Vidal, « Les modifications apportées par l'article 17 de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé », *art. préc.*

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² M. Storck, « La politique de rémunération des sociétés de gestion d'OPCVM », *Bull. Joly Bourses* 01/03/2015, n° 3, p. 128.

au sein des codes de gouvernances, ni par l'AMF. La performance, en effet, peut prendre les traits de plusieurs ratios, de plusieurs indicateurs financiers, et dans l'esprit du public elle devient synonyme de création de valeur actionnariale⁷³³. Cependant, les indicateurs de performances financiers sont très peu encadrés. En effet, ces indicateurs ne sont régis ni par les normes comptables ni par le régulateur boursier. C'est donc la pratique qui les a consacrés en retenant une multitude de critères tels que le ROE (rentabilité des fonds propres), ou le ROCE (rentabilité du capital investi), ou encore les indicateurs de flux comme l'EBITDA (earning before interest, taxes, depreciation and amortization) et l'EBIT (earnings before interest, taxes)⁷³⁴. Ainsi, l'AMF a publié une recommandation relative aux indicateurs financiers à communiquer pour les entreprises cotées. En effet, les opérateurs financiers doivent communiquer une information « exacte, précise et sincère ». Or ces informations portant sur les indicateurs financiers de la société ne font pas l'objet d'encadrement précis par la loi. Ainsi, les débiteurs d'informations peuvent choisir à leur guise les indicateurs de leurs choix, et disposent donc d'une marge de manœuvre non négligeable. À ce titre, ils peuvent notamment jouer sur les calendriers et présenter les chiffres les plus avantageux, à savoir des opérations faites en fin d'année pour embellir les états financiers⁷³⁵. Ainsi, l'AMF dans ses recommandations insiste sur le fait que les informations financières communiquées doivent être « exactes, précises, et sincères », cette recommandation laisse tout de même en suspens la précision des indicateurs de performance, qui reste encore très conceptuels. L'analyse financière d'une entreprise résulte d'un jugement global sur la performance financière à court et long terme. Il existe trois grands types d'indicateurs. À savoir des indicateurs d'activité, de flux et des indicateurs financiers⁷³⁶. La performance financière peut alors se mesurer sur le revenu d'exploitation avant impôts, charges, amortissements et provisions⁷³⁷. Cet indicateur va mesurer la capacité de l'entreprise à se financer sans faire appel à des fonds extérieurs⁷³⁸. Cependant « un indicateur clé pour l'appréciation de la performance d'une entreprise en général ou

⁷³³ M. Pariente, « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 805.

⁷³⁴ M. Teller, « Les indicateurs de performance dans la communication des sociétés cotées », *Bull. Joly Bourses* 01/04/2011, n° 4, p. 294.

⁷³⁵ M. Teller, « Les indicateurs de performance dans la communication des sociétés cotées », *Bull. Joly Bourses* 01/04/2011, n° 4, p. 294.

⁷³⁶ A. Couret, J. Devez et *alii*, *Lamy droit du financement*, 2012, Partie 1, Division 2, Chapitre 4.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ *Ibid.*

l'évaluation de ses actions en particulier est le résultat par action⁷³⁹ ». La valeur de l'action indique la performance de l'entreprise. La performance financière, dans son sens premier, relève plus de l'économie et de la gestion que du droit. Cependant, elle reste essentielle aujourd'hui, dans un droit des affaires qui accorde de plus en plus d'importance au profit.

En conclusion, chaque société sera maître de ses choix en matière d'indicateurs financiers de performances. Dans le cadre de la rémunération des dirigeants indexés sur les performances financières de la société, l'entreprise devra les définir clairement par avance, afin de pouvoir les appliquer lors de la fixation de la rémunération. Le fait de se référer à la performance boursière, ou aux performances financières et comptables de la société ne suffit sans doute pas pour fixer une rémunération des dirigeants juste. Selon le Code Afep/Medef, point 23.2.3 la partie variable de la rémunération récompense « la performance du dirigeant et le progrès de l'entreprise sur la période considérée. Le cours de la bourse ne doit pas constituer le seul critère de cette performance. » Le fait de se référer au cours de la bourse de la société n'est pas un indicateur suffisant pour fixer la rémunération du dirigeant.

185. La performance et la compétitivité de l'entreprise. Pour évoquer la performance d'un point de vue économique, il convient d'établir l'importance de l'économie dans le droit. En effet il s'agit ici d'une « ouverture à l'interdisciplinarité de plus en plus manifeste en droit⁷⁴⁰ ». Comme a pu l'observer le professeur Oppetit, le droit est une matière qui prend en compte les facteurs économiques et inversement l'économie intègre dans ses concepts des phénomènes juridiques⁷⁴¹. Ce rapprochement entre ces deux matières que sont l'économie et le droit s'illustre à travers différentes situations. Cette interdépendance entre les deux disciplines est frappante dans le Traité de l'Organisation en Afrique du droit des Affaires de 1993, qui instaure un droit des affaires qui répond à des fins purement économiques ; ce droit a donc su combiner impératif juridique et stratégique⁷⁴². En outre, cette rencontre entre ces deux disciplines est également présente dans notre droit interne. La jurisprudence reconnaît une obligation d'information aux sociétés concernant leur situation économique, elles doivent informer leurs cocontractants des difficultés économiques qu'elles peuvent rencontrer. À ce titre, la chambre commerciale dans un arrêt du 7 mars 2000⁷⁴³, a

⁷³⁹ A. Couret, J. Devez et *alii*, *Lamy droit du financement*, 2012, Partie 1, Division 2, Chapitre 4.

⁷⁴⁰ A-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2010, p. 24.

⁷⁴¹ B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1^{er} éd., 1998, p. 169 et s.

⁷⁴² A-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op et loc.cit.*

⁷⁴³ Cass. com. 7 mars 2000 n° 97-15396, Inédit.

estimé que la société contractante qui rencontre des difficultés économiques, en l'espèce une mise en redressement judiciaire, voit peser sur elle une obligation de renseignement sur sa propre situation⁷⁴⁴. La chambre commerciale a intégré l'économie de l'entreprise dans le schéma contractuel, en obligeant les cocontractants à communiquer sur l'état de leurs performances financières. Il existe d'autres moyens moins économiques de mesurer la performance d'une entreprise sur le marché, c'est sa faculté à être compétitive. Ainsi, la rémunération du dirigeant pourrait être indexée par rapport à la compétitivité de l'entreprise qui est un indicateur directement en lien avec l'action du dirigeant au sein de l'entreprise. Si cette faculté est remplie, l'entreprise va retirer des bénéfices de sa position concurrentielle sur le marché. Pour se faire, on peut se référer aux prix que pratique l'entreprise sur un marché. Plus les prix seront compétitifs, plus l'entreprise va attirer les consommateurs et plus elle réalisera de bénéfices. Pour illustrer cette performance à travers l'avantage concurrentiel on peut s'appuyer sur l'exemple des comparateurs de prix, ou comme l'a écrit Christophe Collard dans son article sur la performance juridique « Qui-est-le-plus-performant-du-point-de-vue-juridique.com ? ⁷⁴⁵ » Cette formule reprend d'une manière parodique, mais peut-être plus réaliste, celle du comparateur de prix sur internet lancé par les Centres E. Leclerc en mai 2006, « *quistlemoinscher.com* ». En effet, la publicité comparative est autorisée et réglementée aux articles L. 121-8 et suivants du code de la consommation. Elle est licite si elle n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur, elle doit porter sur des biens ou services ayant les mêmes objectifs et répondant aux mêmes besoins pour les consommateurs et enfin la publicité doit se baser sur des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des produits⁷⁴⁶. Les pratiques réprimées sont visées à l'article L. 121-9 du code de la consommation⁷⁴⁷. Peut-être pouvons-nous alors parler de comparateur de performance lorsque l'on parle de comparateur de prix ? En effet,

⁷⁴⁴ A-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires op.cit.*, p. 25.

⁷⁴⁵ C. Collard, « Performance juridique et avantage concurrentiel, ch. n°2 : le cas des centres E. Leclerc », *LPA* 23 juill. 2007 n° 146, p 6.

⁷⁴⁶ Art. L. 121-8 C. Conso.

⁷⁴⁷ Art. L. 121-9 C. Conso : « Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ; Entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent ; Engendrer de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent ; Présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé. »

le fait que les distributeurs aient une marge de manœuvre assez grande sur les prix⁷⁴⁸ incite ces derniers à être le plus compétitifs possible pour être le plus performant. Ainsi on retrouve cette bataille sur le terrain de la communication et plus précisément sur « la comparaison des perspectives respectives des différentes enseignes sur le thème des prix (les plus) bas⁷⁴⁹ ».

186. Les performances juridiques de l'entreprise. La performance se situe donc entre le droit et l'économie, ainsi la performance juridique de l'entreprise ne pourrait-elle pas influencer directement sur la performance financière de cette dernière ? Ainsi, la rémunération du dirigeant indexée sur les performances de l'entreprise doit, dans un certain sens, tenir compte également du respect des normes juridiques de la société. Le droit est un outil au service de la vie sociale et économique⁷⁵⁰, le droit apparaît alors comme un outil au service de la performance. La volonté de performance fonde le bon fonctionnement de la société et de sa capacité à faire naître des avantages concurrentiels. La performance puise ses racines dans des fondements juridiques forts, tels que la liberté contractuelle ou encore la liberté d'entreprendre. Le droit va permettre aux cocontractants d'imposer leur volonté et d'obtenir les résultats qu'ils souhaitent atteindre. Par exemple, au sein des contrats de distribution qui servent à organiser l'entreprise sous forme de réseau, l'entreprise est à même de choisir et contrôler ses partenaires, ses distributeurs, ses fournisseurs. À travers ces contrats l'entreprise s'organise sur le long terme. « De fait, le droit est au service de l'économie, comme l'économie a besoin du droit⁷⁵¹ ». Le droit va permettre l'organisation et l'atteinte d'objectifs pour les entreprises grâce à l'utilisation de divers mécanismes issus du droit des contrats. Ainsi à travers l'utilisation du droit, l'entreprise s'organise, par cette organisation elle est devient compétitive et peut donc atteindre un certain niveau de performance d'un point de vue économique et financier.

⁷⁴⁸ Sous réserve de l'interdiction de prix minimal de revente imposé et de la revente à perte.

⁷⁴⁹ C. Collard, « Performance juridique et avantage concurrentiel, ch. n°2 : le cas des centres E. Leclerc », *art. préc.*

⁷⁵⁰ A-J. Kerhuel, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, *op.cit.*, p. 21.

⁷⁵¹ *Ibid.*

3 : Rémunération et performance juridique de l'entreprise

187. Les mécanismes juridiques facteurs de performance pour la société. La rémunération du dirigeant étant indexée sur les performances de la société, il convient de ne pas laisser de côté la performance juridique de la société, qui sera dans bien des cas facteur de performance financière pour cette dernière. Parmi les mécanismes juridiques qui sont facteurs de performance, on compte par exemple les brevets, marques, dessins et modèles, ainsi que les contrats. Cependant, être titulaire de brevets ou avoir recours à des contrats de distribution sélective ne suffit pas à assurer un avantage concurrentiel. Pour qu'il y ait performance, il faut également que la société réussisse à manipuler ses divers mécanismes juridiques dans le but de créer un avantage concurrentiel et de gérer les risques externes⁷⁵². Pour illustrer cette performance juridique et stratégique on peut citer l'exemple d'*Apple* qui est connu pour sa « capacité à conserver le fruit de ses innovations⁷⁵³ » à travers des stratégies commerciales et juridiques comme la technique de la distribution sélective⁷⁵⁴. *Apple* ne souhaite pas que des entreprises spécialisées profitent de ses succès commerciaux. Ainsi avec l'utilisation que l'entreprise fait du droit, elle protège sa performance et garde ses avantages concurrentiels. *Apple* se sert du droit de la propriété intellectuelle pour « assurer le contrôle étroit de son écosystème numérique⁷⁵⁵ ». C'est ainsi que toute innovation est protégée par un « champ de mines ⁷⁵⁶ » de brevet, dessins et modèles. De plus, pour éviter toute intrusion d'un partenaire non sélectionné, l'entreprise se sert également de l'action en contrefaçon. C'est autant d'outils juridiques qui sont au service de la société et de son dirigeant afin d'atteindre un certain de niveau de compétitivité et donc de performance économique et financière.

⁷⁵² C. Collard, « Performance juridique et avantage concurrentiel, ch. n°2 : le cas des centres E. Leclerc », *art. prec.*

⁷⁵³ Ch. Roquilly, « Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 4 », *LPA* 31/03/2008, n° 65, p. 7.

⁷⁵⁴ D. Danet, « Performance juridique et performance globale de l'entreprise », in C. Roquilly, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011.

⁷⁵⁵ D. Danet, « Performance juridique et performance globale de l'entreprise », in C. Roquilly, *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011.

⁷⁵⁶ D. Danet, « Performance juridique et performance globale de l'entreprise », *art. prec.*

B : Une rémunération indexée sur les performances du dirigeant dans sa gestion de la société

188. L'exigence d'une corrélation avec les performances du bénéficiaire. Ensuite, ce sont les performances du dirigeant lui-même qui peuvent être prises en compte. À ce titre on retiendra que ses propres performances seront proportionnelles aux performances financières de la société et aux performances opérationnelles. En effet la performance du dirigeant va se répercuter directement sur la performance même de l'entreprise, sur son chiffre d'affaires, sur sa faculté à produire, innover et investir. Encore faut-il savoir quels critères retenir. En effet, la loi ne donne qu'une indication très générale : appréciation en fonction des performances du bénéficiaire appréciées au regard de celles de la société. Le ministre de l'Économie⁷⁵⁷ avait donné quelques exemples de critères : emploi, retour sur investissement, ratios financiers, cours de la bourse, recours à l'investissement extérieur. Le rapporteur du Sénat avait également donné les indices à prendre en compte, comme l'évolution de la cotation de la bourse, les ratios financiers, la réalisation d'objectifs commerciaux, ou encore la situation de l'emploi au sein de la société⁷⁵⁸. Ainsi, en pratique le recours à des critères financiers est bien entendu l'option dominante. Toutefois, il est possible d'envisager d'autres critères non financiers qui intègrent davantage le long terme⁷⁵⁹. On pourrait donc envisager de combiner l'exigence de performances financières avec l'exigence de performances non financières. Par exemple, on pourrait également prendre en compte les performances sociales de la société, comme l'hygiène, la sécurité, l'environnement, ou encore le bilan social. Il convient donc pour le bien de l'entreprise sur le long terme de prendre en compte aussi bien des critères économiques et sociaux. En effet, la seule performance boursière de l'entreprise ne peut suffire à être prise en compte pour le calcul de la rémunération des dirigeants, il convient d'intégrer des indices sociaux afin d'apprécier la performance de l'action du dirigeant dans son ensemble. Dans tous les cas, les critères de performances retenus doivent être prédéfinis à l'avance et non découler de manière empirique d'une sorte de satisfaction anticipée⁷⁶⁰. Enfin, il faudra que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance constate la

⁷⁵⁷ Ass. Nat., 2^{ème} séance du 13 juillet 2007.

⁷⁵⁸ Rapport Philippe Marini au nom de la commission des Finances du Sénat, n° 404, p. 183.

⁷⁵⁹ A. Couret, « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », *Dr. Social* 2008, p. 521.

⁷⁶⁰ A. Couret, « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », *art. prec.*

réalisation des performances requises, afin d'autoriser le versement des sommes prévues au titre de la rémunération.

189. Les rémunérations autorisées indexées sur la performance. Ainsi les rémunérations qui rempliront ces critères de performances vont être autorisées, mais elles seront encadrées par diverses formalités. Cependant, la somme de la rémunération reste tout de même à la discrétion des entreprises et aucun plafond n'est pour l'instant prévu⁷⁶¹, les abus restent encore possibles même si le législateur et la *soft law* ont pour but de limiter les excès. Au titre des modalités de transparence prévues par la loi on trouve des règles de publicité de l'autorisation donnée par le conseil d'administration⁷⁶². De plus l'approbation de l'assemblée générale fait l'objet d'une autorisation spécifique pour chaque bénéficiaire, à chaque renouvellement de mandat⁷⁶³. Enfin, selon l'article L. 225-90-1 alinéa du Code de commerce, aucun versement de la rémunération ne peut intervenir avant que le conseil d'administration ne constate que les conditions prévues ont été respectées. Cette décision sera ensuite rendue publique et en cas de méconnaissance d'une des formalités, elle sera nulle de plein droit.

On peut alors considérer que l'on assiste à une moralisation de la rémunération des dirigeants avec ce critère de performance et sa surveillance à travers ce contrôle.

190. Les critiques du système actuel du critère de performance. Le critère de performance pour les rémunérations des dirigeants est aujourd'hui présent aussi bien dans le droit dur que dans le droit souple. Il s'agit en réalité que d'une exigence de contrepartie de la part du dirigeant afin de justifier sa rémunération. Cependant ce critère est difficilement saisissable, il est conceptuel, et ne reflète pas toujours une contrepartie réelle de la part du dirigeant. En effet, la société peut avoir atteint ses objectifs et satisfaire la condition de performance, sans pour autant que ses résultats s'expliquent par la bonne office du dirigeant⁷⁶⁴. À l'inverse, les résultats peuvent ne pas avoir été atteints, alors que le

⁷⁶¹ Un plafond a été prévu en 2012, mais seulement pour les entreprises publiques. En effet, le décret n° 2012-915 du 26 juillet 2012 relatif au contrôle de l'État sur les rémunérations des dirigeants d'entreprises publiques a prévu un plafond brut annuel fixé à 450 000 euros pour les dirigeants d'entreprises publiques. Rien n'a cependant été décidé quant aux entreprises privées.

⁷⁶² Art. L. 225-42-1 et L. 225-90-1, al. 3, C. com.

⁷⁶³ Art. L. 225-42-1 et L. 225-90-1, al. 4, C. com.

⁷⁶⁴ B. Dondero, « La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants ! », *Gaz. Pal.* 06/10/2012, n° 280, p. 7.

dirigeant n'a pas démerité, et a fait tout ce qui était en son pouvoir pour hisser la société au seuil de performance souhaité⁷⁶⁵. Ainsi, le critère de performance, même s'il est devenu primordial pour fixer les compléments de rémunération des dirigeants, doit tout de même être manipulé avec précaution. Dans une recommandation de la Commission européenne en date du 30 avril 2009, relative aux rémunérations des administrateurs des sociétés cotées, cette dernière énonce que « les critères de performance devraient promouvoir la viabilité à long terme de la société et inclure des critères non financiers qui présentent de l'intérêt pour la création de valeur à long terme par la société, tel que le respect des règles et des procédures en vigueur⁷⁶⁶. »

Au vu de ses diverses pistes de réflexion quant aux indicateurs de performance à prendre en compte pour fixer les compléments de rémunération des dirigeants, il semble que la performance fasse référence, en pratique, bien souvent à des critères uniquement financiers. Le mieux serait de combiner une approche qui prenne en compte les performances personnelles du dirigeant dans sa gestion de la société, avec les performances de la société elle-même.

Dans la version mise à jour de novembre 2016, le Code Afep/Medef, apporte tout de même certaines précisions quant aux critères de performance à prendre en compte. Tout d'abord, au sein de l'article 24.1.1 il est prévu que « la rémunération de ces dirigeants doit être compétitive, adaptée à la stratégie et au contexte de l'entreprise et doit avoir notamment pour objectif de promouvoir sa performance et sa compétitivité sur le moyen et long terme⁷⁶⁷. » Ainsi, non seulement la rémunération est fixée en fonction des performances, mais en plus elle doit permettre un maintien des performances financières et de la compétitivité de l'entreprise, c'est-à-dire tenir compte de la situation financière de la société, la rémunération ne doit pas mettre en péril la situation financière de la société. Ensuite, l'article 24.1.2 précise que « les critères de performance utilisés doivent correspondre aux objectifs de l'entreprise, être exigeants, explicites, et autant que possible pérennes⁷⁶⁸ ». Une fois encore, un lien doit être fait entre rémunération et situation financière de la société, cet article précise également

⁷⁶⁵ B. Dondero, « La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants ! », *Gaz. Pal.* 06/10/2012, n° 280, p. 7.

⁷⁶⁶ Recommandation de la Commission européenne du 30 avril 2009, Art. 3.2.

⁷⁶⁷ Art. 24.1.1 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep/Medef, version mise à jour de novembre 2016.

⁷⁶⁸ Art. 24.1.2 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep/Medef, version mise à jour de novembre 2016.

que les critères de performances doivent être clairs et précis. L'article 24.3.2 explique quant à lui les performances auxquelles il convient de se référer à savoir celle du dirigeant, mais également des progrès réalisés par l'entreprise, il convient donc d'utiliser des critères qui font refléter les performances personnelles du dirigeant et les performances réalisées par l'entreprise. Il est également précisé dans cet article que le conseil doit définir des critères précis et préétabli, avec des objectifs à atteindre, de plus un examen régulier de ces critères doit être effectué. De plus, cet article prévoit aussi les critères quantifiables et qualitatifs à prendre en compte au titre des rémunérations. Ainsi, les critères quantitatifs ne sont pas nécessairement financiers, il est précisé que si le cours de la bourse est retenu comme critère il ne doit pas constituer le seul critère de performance⁷⁶⁹. Quant aux critères qualitatifs ils doivent être précis et une limite doit être fixée, ainsi le « le maximum de la rémunération variable doit être déterminé sous forme d'un pourcentage de la rémunération fixe et être d'ordre de grandeur proportionné à cette partie fixe⁷⁷⁰. » Il est également précisé au sein de l'article 24.3.3 que les conditions de performance peuvent être internes à l'entreprise et, ou, relatives, ce qui signifie qu'elles peuvent être mises en lien avec la performance d'autres entreprises, d'un secteur de référence. Enfin, en ce qui concerne les rémunérations relatives au départ du dirigeant il est prévu à l'article 24.5.1 que les conditions de performance doivent être appréciées sur deux exercices au moins, elles doivent être exigeantes, et n'autoriser l'indemnisation du dirigeant qu'en cas de départ contraint, et donc non volontaire de ce dernier⁷⁷¹.

En juin 2018, le code Afep-Medef, dans sa dernière modification, a adopté une **recommandation innovante et prometteuse** en matière de rémunération des dirigeants. En effet, il est indiqué que la rémunération doit intégrer un ou plusieurs critères liés à la responsabilité environnementale et sociale de l'entreprise⁷⁷². Cette disposition encourageante fait écho au § 1.1 qui indique que le Conseil d'administration « s'attache à promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et

⁷⁶⁹ Art. 24.3.2 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep/Medef, version mise à jour de novembre 2016.

⁷⁷⁰ Art. 24.3.2 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep/Medef, version mise à jour de novembre 2016.

⁷⁷¹ Art. 24.5.1 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep/Medef, version mise à jour de novembre 2016.

⁷⁷² C. Coupet, « Révision du code Afep-Medef » *Dr. sociétés* n° 10, oct. 2018, comm. 167.

environnementaux de ses activités »⁷⁷³. La prise en compte progressive de critères environnementaux et sociaux à côté des critères financiers et économiques devrait permettre d'aboutir progressivement vers un équilibre durable sur le long terme dans la gestion des sociétés. **Il est important que les critères de rémunération des dirigeants se fondent sur les performances économiques, sociales, et environnementales de la société.**

En résumé, il pourrait être opportun d'analyser les performances financières de la société, avec l'atteinte de résultats financiers fixés en amont, tout en tenant compte des décisions sociales⁷⁷⁴ et de la démarche environnementale⁷⁷⁵ de la société. Dans le même temps, il conviendrait aussi de vérifier que le dirigeant a été performant d'un point de vue personnel ; c'est-à-dire que le dirigeant a mis en œuvre tous les moyens mis à sa disposition par la société pour atteindre les résultats demandés, tout en limitant au maximum les pertes sociales et financières⁷⁷⁶.

§2 : Vers une performance qui rime avec cohérence

191. La performance dans le code de gouvernance Afep/Medef révisé.

La rédaction est simplifiée pour aboutir à des normes de portée plus générale et supprimer les redondances. Le code énumère les principes de rémunération pour les dirigeants mandataires sociaux non exécutifs qui, à ce titre, ont été renforcés. Dans la nouvelle version du Code, les principes ne diffèrent guère de ceux exprimés dans la précédente version. Seule modification, dans l'intitulé le principe du *benchmark*, devient « comparabilité », et dans leur contenu, les principes restent les mêmes, mais ont vu leur contenu simplifié, leur champ d'application élargi, afin de leur donner plus de force⁷⁷⁷. Ces principes concernent l'attribution d'une rémunération variable, et précise que l'attribution d'actions de

⁷⁷³ C. Coupet, « Révision du code Afep-Medef » *Dr. sociétés* n° 10, oct. 2018, comm. 167.

⁷⁷⁴ Par exemple en tenant compte de la sauvegarde de l'emploi, de la création d'emploi, de l'embauche en CDI, et de la réduction de la précarité.

⁷⁷⁵ Par exemple en tenant compte du recyclage des déchets, de l'utilisation des énergies renouvelables, de l'innovation en matière de nouvelles technologies respectueuses de l'environnement.

⁷⁷⁶ Cette dernière proposition serait sans doute difficile à mettre en œuvre, mais tout de même pas impossible. En effet, selon quels critères doit-on apprécier l'action du dirigeant au sein de la société ? Peut-être serait-il utile de mettre en place une évaluation anonyme du dirigeant sur sa gestion sociale, économique et environnementale de la société, qui serait remplie par les salariés, les actionnaires et les administrateurs.

⁷⁷⁷ B. Fages, Synthèse des réponses à la consultation publique du 24 mai 2016 relative à la révision du code de gouvernance d'entreprise des sociétés cotées, 24 nov. 2016.

performances est déconseillée, si elles ont lieu elles doivent faire l'objet d'une motivation par le conseil d'administration ou par le comité de rémunération. Sur les rémunérations variables annuelles, le code clarifie les notions de critère de performance et d'objectifs. Ainsi, il convient de ne plus confondre objectifs et performances ; les objectifs permettent l'évaluation de la performance pour chaque critère. De plus, il est proposé de distinguer les critères qualitatifs et les critères quantifiables (plutôt que quantitatifs), en précisant que ces derniers ne sont pas nécessairement financiers. Quant aux rémunérations variables pluriannuelles, il est apparu plus pertinent de les soumettre à des principes généraux communs qui sont au nombre de 6 et figurent à l'article 24.1.2.

Les rémunérations exceptionnelles font l'objet d'une attention toute particulière. À ce titre, le code rappelle que seules des circonstances particulières peuvent donner lieu à une rémunération particulière. Leur versement doit donc être motivé par le conseil et il est mentionné trois critères à respecter, à savoir leur importance pour la société, l'implication qu'elles exigent, les difficultés qu'elles présentent⁷⁷⁸. Enfin, en ce qui concerne les indemnités de prise de fonctions des dirigeants mandataires sociaux exécutifs, elles doivent faire l'objet de transparence et doivent être explicitées, et leur montant doit être rendu public⁷⁷⁹.

192. Les 6 principes généraux applicables à la détermination des rémunérations. Selon l'article 24.1.2, le conseil d'administration ou les comités de rémunérations doivent respecter 6 principes généraux pour la fixation des rémunérations des dirigeants mandataires sociaux exécutifs. Il en résulte une obligation d'exhaustivité, d'équilibre, de comparabilité, de cohérence, d'intelligibilité, et de mesure dans leur fixation⁷⁸⁰. Le premier principe énoncé est l'exhaustivité, c'est-à-dire que « la détermination d'une rémunération doit être exhaustive. L'ensemble des éléments de la rémunération doit être retenu dans l'appréciation globale de la rémunération ». Ce premier critère suppose plus de transparence au sein de la rémunération des dirigeants et précise que pour apprécier la cohérence de la rémunération avec la situation de l'entreprise, tous les éléments de la rémunération doivent être pris en compte, pour une appréciation plus globale.

⁷⁷⁸ Art. 24.3.4 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep/Medef, version mise à jour de novembre 2016.

⁷⁷⁹ Art. 24.4 Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep/Medef, version mise à jour de novembre 2016.

⁷⁸⁰ Ch. Cardon, et Q. Durand, « Révision du code AFEP-MEDEF : clarification et précisions des recommandations sur la gouvernance et sur la rémunération des dirigeants », *BJS* 31/12/2016, n° 12, p. 531.

Le deuxième critère à prendre en considération est celui de l'équilibre entre les éléments de la rémunération. Ainsi, « chaque élément de la rémunération doit être clairement motivé et correspondre à l'intérêt social de l'entreprise. » Ce deuxième critère impose au conseil d'administration, ou au comité de rémunération de mettre en balance les éléments de la rémunération, et leur montant global, avec l'intérêt social⁷⁸¹ de la société qui ne saurait se confondre avec l'intérêt des parties qui la compose. Le code de gouvernance recommande également qu'il soit fait un équilibre entre la rémunération fixe et les éléments de rémunérations variables. Aux articles 23 et suivants, il est indiqué que la rémunération fixe doit être stable pour une période déterminée, et que sa progression soit « liée à des événements affectant l'entreprise ».

Le troisième critère est la comparabilité⁷⁸², le terme anciennement retenu dans l'ancien code « *benchmark* » expliquait que la rémunération devait « être appréciée dans le contexte d'un métier et du marché de référence européen ou mondial ». Cependant, la prise en compte de cet élément était dangereuse, car il pouvait permettre de justifier bien des dérives, en effet, les salaires des dirigeants français étant bien moindre que ceux de leurs concurrents américains⁷⁸³. À présent, le principe retenu est donc celui de comparabilité c'est-à-dire que « cette rémunération doit être appréciée dans le contexte d'un métier et du marché de référence. Si le marché est une référence, il ne peut être le seul, car la rémunération d'un dirigeant mandataire social est fonction de la responsabilité assumée, des résultats obtenus et du travail effectué. Elle peut aussi dépendre de la nature des missions qui lui sont confiées ou des situations particulières (par exemple redressement d'une entreprise en difficulté). » Le code précise de manière claire que la rémunération doit refléter l'action du dirigeant au sein de la société, son implication, et ses objectifs atteints. Ce principe de comparabilité est utile dans le cadre de l'appréciation de la rémunération par rapport aux critères de performance. L'action du dirigeant doit être appréciée dans sa globalité.

Le quatrième critère est l'intelligibilité des règles. Ces dernières doivent « être simples, stables et transparentes. Les critères de performance utilisés doivent correspondre aux objectifs de l'entreprise, être exigeants, explicites et autant que possible pérennes. » Ce principe revêt une double action, il porte non seulement sur l'intelligibilité des règles du

⁷⁸¹ Sur ce point : V. J.-P. Bertrel, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595 ; A. Pirovano, « La boussole de la société - Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, p. 189 ; Ph. Bissara, « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999, p. 5 ; C. Bailly-Masson, « L'intérêt social, une notion fondamentale », *Petites affiches*, 9 nov. 2000, p. 6.

⁷⁸² Anciennement dénommé « *benchmark* ».

⁷⁸³ A. Couret, « Réforme du code Afep-Medef », *BJS* 01/01/2017, n° 1, p. 15.

Code, mais également sur l'intelligibilité des critères adoptés par les sociétés au cas par cas⁷⁸⁴. Ainsi, le Code invite les sociétés à expliquer les critères qu'elles retiennent pour apprécier la validité des rémunérations de leurs dirigeants, lesquels « doivent correspondre aux objectifs de l'entreprise, être exigeants, explicables, et autant que possible pérennes ».

Le cinquième principe à prendre en compte est la mesure, c'est-à-dire que « la détermination des éléments de la rémunération doit réaliser un juste équilibre et prendre en compte à la fois l'intérêt social de l'entreprise, les pratiques du marché, les performances des dirigeants, et les autres parties prenantes de l'entreprise. »

Le sixième et dernier critère est la cohérence. La cohérence est un principe qui en pratique est un peu oublié si l'on en croit les affaires récentes. Par exemple la rémunération versée à Michel Combes lors de son départ d'Alcatel : « bien que réduit de moitié pour atteindre tout de même 13,7 millions d'euros, ce « parachute doré » inclut une clause de non-concurrence conclue fin juillet 2015, date à laquelle il était connu que cet ancien dirigeant rejoindrait Altice... une entreprise non concurrente d'Alcatel⁷⁸⁵. » Ainsi, en moins de 10 ans 25 millions d'euros ont été versés au dirigeant d'Alcatel, alors que l'entreprise était fortement endettée depuis 2008 et en perte totale de compétitivité dans son secteur. Malheureusement, Alcatel n'est pas le seul exemple, Lafarge ou encore Sanofi sont également cités par l'AMF.

Ainsi, le Code a pour souhait de réduire ces incohérences et recommande que la rémunération du dirigeant mandataire social « doit être déterminée en cohérence avec celle des autres dirigeants et des salariés de l'entreprise. » Le code recommande, sans pour autant imposer un plafonnement, de respecter un principe de cohérence entre les rémunérations au sein d'une même entreprise. Il s'agit sans doute d'un des critères les plus significatifs au regard de la lutte contre les rémunérations abusives. Ce critère permet en effet de lutter contre les inégalités de salaires trop importantes qu'il peut y avoir entre le salaire moyen des salariés de l'entreprise et celui des dirigeants. Les écarts de salaire doivent ainsi respecter ce principe de cohérence. À ce titre, les États-Unis ont franchi un pas, à partir de 2017, les sociétés cotées américaines devront publier un ratio qui va permettre de comparer annuellement le salaire médian pratiqué dans la société avec la rémunération totale versé à

⁷⁸⁴ V. Magnier, « Retour sur la rémunération des dirigeants de sociétés cotées : comment introduire cohérence et mesure ? » *D.* 2016, p. 212.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

son dirigeant⁷⁸⁶. L'adoption d'une mesure similaire au sein du code Afep/Medef serait souhaitable afin de faire au mieux appliquer le principe de cohérence tel qu'il y est défini.

193. Conclusion de la section relative à la performance comme standard juridique des rémunérations. La performance apparaît bel et bien comme un standard⁷⁸⁷ juridique pour les rémunérations des dirigeants de sociétés. Elle se doit d'englober des critères financiers et non financiers, et ne doit pas oublier de prendre en compte la responsabilité sociale des entreprises. La performance doit être envisagée sur le long terme, et tenir compte des différentes parties prenantes de la société. Ainsi, il est essentiel de combiner les critères de performances avec d'autres critères tels que la transparence, l'information, et la cohérence. En effet, la rémunération doit être en relation directe avec les performances du dirigeant et de la société, mais elle doit également être cohérente et tenir compte de la situation financière, sociale, et du secteur de l'entreprise. Tous ces principes ont vocation à s'appliquer de manière générale à tous les éléments de rémunérations aussi bien les rémunérations fixes, que les rémunérations variables, ou exceptionnelles. La cohérence est un principe qui se doit d'irriguer toutes les formes de rémunérations et toutes les formes de sociétés. La question reste de savoir quel serait l'outil le plus efficace afin de faire appliquer ce principe de cohérence. Peut-être que la solution a été apportée par la loi Sapin II avec l'introduction d'un *say on pay* contraignant au sein du droit français des sociétés. Ainsi la politique de rémunération soumise au vote des actionnaires pourrait sonner le glas des excès de rémunération.

Section 2 : Le devenir du « *say on pay* » instauré par la loi Sapin II

194. Le code de gouvernance Afep Medef a instauré en 2013 le concept d'un vote consultatif des actionnaires concernant le montant de la rémunération du dirigeant. Ce concept du « *say on pay* » vient tout juste d'être codifié par la loi « Sapin 2 » qui est allée encore plus loin que le droit souple puisque le législateur a opté pour un vote contraignant des actionnaires. Il peut donc être utile d'examiner ce l'introduction de ce nouveau mécanisme en droit français, qui constitue une avancée majeure dans le contrôle des

⁷⁸⁶ V. Magnier, « Retour sur la rémunération des dirigeants de sociétés cotées : comment introduire cohérence et mesure ? » *D.* 2016, p. 212.

⁷⁸⁷ Ch. Bahurel et *alii*, « Les standards juridiques », *Rev. De droit d'Assas* n° 9, fev. 2014.

rémunérations (§1), pour ensuite se demander si l'introduction du « *say on pay* » contraignant au sein du Code de commerce mettra enfin un terme aux rémunérations excessives et incohérentes des dirigeants (§2) ?

*§1 : Une avancée majeure du droit français avec l'introduction d'un say on pay
contraignant par la loi « Sapin 2 »*

195. L'introduction d'un *say on pay* contraignant fait de la France le pays le plus strict d'Europe en matière de rémunération. Il convient donc d'en étudier les origines (A.), puis la procédure qui se fait en deux temps (B.).

A : Les origines de l'introduction du *say on pay* en droit français

196. L'affaire Renault, l'affaire polémique. Il faut souligner qu'à l'origine aucune réglementation en ce qui concerne la rémunération n'était prévue dans la loi Sapin 2. C'est un événement d'ordre médiatique qui a incité le législateur à intervenir. Il s'agit de l'affaire se rapportant à la rémunération du dirigeant de Renault. En effet, depuis la loi du 24 juillet 1966, il est prévu que c'est au conseil d'administration ou au conseil de surveillance dans les sociétés anonymes, de fixer la rémunération des dirigeants. Or, ces dernières années, les rémunérations excessives, versées à certains dirigeants, au regard notamment des résultats obtenus, ont ému l'opinion publique plus d'une fois. Le législateur est intervenu peu à peu tout d'abord pour améliorer l'information des actionnaires⁷⁸⁸, ensuite en exigeant le respect de la procédure des conventions réglementées pour certaines rémunérations, et enfin en imposant le respect de critères de performance⁷⁸⁹. Cependant, le législateur n'avait encore jamais remis en cause la compétence du conseil pour fixer les rémunérations. Seul le code de gouvernance Afep/Medef avait introduit en juin 2013 le mécanisme du *say on pay*⁷⁹⁰ consultatif. Le *say on pay* conduit ainsi à ce qu'une résolution sur les rémunérations soit proposée au vote des actionnaires. Le code prévoyait donc un vote des actionnaires sur les rémunérations individuelles dues ou attribuées au titre de l'exercice clos à chaque dirigeant

⁷⁸⁸ Art. L. 225-102-1 C. com.

⁷⁸⁹ Art. L. 225-42-1 et L. 225-90-1 C. com.

⁷⁹⁰ Art. 24.3, introduit le 16 juin 2013 dans le code AFEP/MEDEF.

mandataire social⁷⁹¹. C'est la société Pernod Ricard, dont l'exercice s'était clos le 30 juin 2013, qui avait été la première entreprise française à appliquer le *say on pay* lors de son assemblée du 6 novembre 2013 ; une résolution distincte avait été adoptée pour les trois principaux dirigeants du groupe⁷⁹². La France avait donc fait le choix de ne pas légiférer sur la question du *say on pay* et de tout miser sur l'autorégulation des sociétés cotées. Les recommandations de la *soft law* ont conduit à un bon nombre d'améliorations à travers la diffusion des bonnes pratiques, mais n'ont tout de même pas suffi à endiguer l'octroi de certaines rémunérations parfois jugées excessives⁷⁹³. Il a fallu attendre mai 2016, pour la première fois en France, des actionnaires ont émis un vote consultatif défavorable sur la rémunération du président-directeur général de la société Renault, et ce vote ne fut pas suivi d'effets⁷⁹⁴. En l'espèce, 54,12%⁷⁹⁵ des actionnaires avaient eu recours à un vote négatif concernant la rémunération du dirigeant. Dans un pareil cas, le code Afep/Medef prévoit que « le conseil, sur avis du comité des rémunérations, délibère sur ce sujet lors d'une prochaine séance et publie immédiatement sur le site Internet de la société un communiqué mentionnant les suites qu'il entend donner aux attentes exprimées par les actionnaires lors de l'assemblée générale⁷⁹⁶. » Le communiqué suivant fut publié : « Le comité des rémunérations et le conseil d'administration de Renault se sont réunis, hors la présence du président-directeur général, afin de prendre connaissance du détail du vote exprimé et de délibérer définitivement sur cette question, conformément au code AFEP-MEDEF. Sur proposition de son comité des rémunérations, le conseil d'administration de Renault a approuvé le maintien de la rémunération décidée pour le président-directeur général pour l'année 2015.⁷⁹⁷ » Bien entendu, cette mesure fut jugée insuffisante puisque la rémunération a été maintenue. Par lettre du 19 mai 2016 adressée au président-directeur général de Renault, le Haut Comité de gouvernement d'entreprise a demandé que le conseil de Renault se réunisse « d'ici

⁷⁹¹ F. Belot et E. Ginglinger, « Rendre des comptes de la rémunération des dirigeants, qu'attendre du *say on pay* ? », in B. Pras et Ph. Zarlowski, *L'accountability ou l'obligation de rendre des comptes*, La revue française de gestion, Lavoisier 2013, p. 47-71.

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ B. Saintourens et Ph. Emy, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *Rev. Sociétés* 2017, p. 131.

⁷⁹⁴ B. François, « Rémunération des dirigeants : publication du décret d'application de la loi « Sapin 2 » », *Rev. Sociétés* 2017, p. 257.

⁷⁹⁵ F. Aggeri, « Gouvernance : les leçons de la controverse sur la rémunération de Carlos Ghosn », *La Tribune*, 12 mai 2016.

⁷⁹⁶ Art. 24.3, introduit le 16 juin 2013 dans le code AFEP/MEDEF.

⁷⁹⁷ V. l'exposé sommaire de l'amendement n° AS9 présenté par M. Charroux, AN, 13 mai 2016.

quelques semaines au plus tard » et « annonce des mesures significatives ». Il a souligné que le code AFEP-MEDEF érige la « mesure », comme un principe, et que la rémunération doit aussi tenir compte autant que possible « des réactions des autres parties prenantes de l'entreprise, et de l'opinion générale. Ce dernier objectif n'a pas été atteint.⁷⁹⁸ »

C'est ainsi que la polémique éclata, constatant un échec de l'autorégulation et du *say on pay* consultatif. Ainsi, le législateur décida de prendre les mesures nécessaires et d'introduire un *say on pay* contraignant, et non plus consultatif, au sein du Code de commerce avec la loi « Sapin 2 ».

197. L'introduction du *say on pay* par la loi « Sapin 2 ». La loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique apporte une réelle innovation en imposant un vote par l'assemblée générale des actionnaires sur les « principes de rémunération », mais également sur les éléments de rémunérations versés⁷⁹⁹. La loi « sapin 2 » durcit considérablement la procédure d'approbation des rémunérations des dirigeants des sociétés cotées, sans considération de taille, en donnant un véritable droit de veto aux actionnaires, en deux temps, qui imposera désormais un dialogue accru avec les marchés et les agences de conseil de vote⁸⁰⁰. À ce titre plusieurs articles sont introduits au sein du Code de commerce. Tout d'abord, l'article L. 225-37-2 selon lequel « les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature, attribuables aux présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, en raison de leur mandat, font l'objet d'une résolution soumise au moins chaque année à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires dans les conditions prévues à l'article L. 225-98 et au deuxième à avant-derniers alinéas du présent article. » Cet article requiert également l'approbation de l'assemblée générale pour toute modification de ces éléments de rémunération ainsi qu'à chaque renouvellement du mandat exercé par les personnes visées par l'article. De même, la loi introduit également l'article L. 225-82-2 qui prévoit des règles équivalentes applicables aux

⁷⁹⁸ Cette lettre confidentielle fut publiée par le journal Les Échos V. M. Amiot, Rémunération : le rappel à l'ordre du patronat français à Carlos Ghosn, 26 mai 2016, in B. François « Rémunération des dirigeants : le projet de loi Sapin 2 impose un *say on pay vote* contraignant » *Rev. sociétés* 2016, p. 473.

⁷⁹⁹ J. De Calibiac, « Rémunération des dirigeants : l'obsession de la performance », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1764, 10 avril 2017.

⁸⁰⁰ Ph. Portier, « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées dans la loi Sapin 2 », *BJS* n° 01, p. 81.

sociétés anonymes dotées d'un conseil de surveillance. Ensuite, l'article L. 225-100 prévoit que lorsque l'assemblée a délibéré sur les principes et les critères de l'article L. 225-37-2 et L. 225-82-2, elle statue également sur les éléments de rémunération et avantages de toute nature attribués au titre de l'exercice antérieur pour les dirigeants. Ainsi, les éléments de rémunérations variables et exceptionnels ne peuvent être versés à l'intéressé qu'à l'issue d'un vote favorable de l'assemblée générale. La loi « sapin 2 » impose donc un vote en deux temps aux actionnaires qui permet un plus grand contrôle des rémunérations. Encore faut-il que les actionnaires soient correctement éclairés sur les bilans et actions des dirigeants mandataires sociaux de la société.

B : Le *say on pay* introduit par la loi « Sapin 2 » une procédure contraignante en deux temps

198. Le vote *ex-ante* de la politique de rémunération. Dans un premier temps, l'assemblée générale va délibérer sur les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments composant la rémunération des dirigeants. Ainsi, les actionnaires doivent se prononcer au moins une fois par an afin d'approuver les principes et critères des rémunérations en question. Il s'agit bien d'un vote préalable (*ex-ante*) qui apparaît indispensable au versement de toute rémunération préalable⁸⁰¹. De ce point de vue, les actionnaires semblent donc avoir un pouvoir de décision total dans la politique de rémunération des dirigeants, mais en réalité le conseil d'administration n'est pas totalement dessaisi de tout pouvoir puisque c'est à lui que revient la charge de préparer les projets de résolution soumis à l'assemblée dans un rapport joint au rapport de gestion. Ce rapport détaille les éléments de rémunération, précise que les rémunérations exceptionnelles et variables sont soumises à l'approbation des éléments de rémunération de la personne concernée⁸⁰². Et bien que la loi ne le précise pas, il semble opportun, afin d'éviter le risque de rejet global de la résolution, de présenter à l'assemblée une résolution pour chaque dirigeant⁸⁰³. En ce qui concerne l'accès à l'information des actionnaires, il est recommandé aux sociétés, dont la résolution fait référence à un document présentant les éléments de

⁸⁰¹ B. Saintourens et Ph. Emy, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *Rev. Sociétés* 2017, p. 131.

⁸⁰² B. François, « Loi Sapin 2 : adoption d'un *say on pay* contraignant », *Rev. Sociétés* 2017, p. 59.

⁸⁰³ J. Mestre et *alii*, *Lamy sociétés commerciales*, 2017, n° 3954.

rémunération, d'indiquer une référence précise afin de faciliter, pour les actionnaires, un accès facile à ces informations. Il est aussi préférable de distinguer en détail chacun des critères utilisés pour la fixation des rémunérations, en précisant s'il s'agit d'un critère qualitatif ou quantitatif⁸⁰⁴.

De plus, une nouvelle résolution devra être présentée devant l'assemblée en cas de modification des éléments de rémunérations précités et à chaque renouvellement de mandat. Cependant, la loi jette un trouble en ce qui concerne la fréquence des assemblées appelées à se prononcer sur ces problématiques. Elle indique que l'approbation des actionnaires est requise en cas de modification des éléments de rémunérations et à chaque renouvellement de mandat. Or, une question demeure, la nomination d'un nouveau dirigeant nécessite-t-elle aussi un nouveau vote⁸⁰⁵ ? La loi n'indique rien sur ce point, mais il semble que cette nomination, au même titre, qu'un renouvellement de mandat nécessite également un nouveau vote. Ainsi, l'assemblée générale doit se réunir sur ces questions de rémunération au moins une fois par an, alors même que la politique en vigueur d'une année sur l'autre serait la même, et parfois plus en cas de modification des éléments, de renouvellement de mandat ou encore de nomination de nouveaux dirigeants⁸⁰⁶.

En cas de rejet par l'assemblée générale de la politique de rémunération, les textes prévoient que les principes et critères précédemment approuvés continuent de s'appliquer. En effet, « Si l'assemblée générale n'approuve pas la résolution, les principes et critères précédemment approuvés dans les conditions prévues aux trois premiers alinéas du présent article continuent de s'appliquer. En l'absence de principes et critères approuvés, la rémunération est déterminée conformément à la rémunération attribuée au titre de l'exercice précédent ou, en l'absence de rémunération attribuée au titre de l'exercice précédent, conformément aux pratiques existant au sein de la société.⁸⁰⁷ » Autrement dit, en l'absence d'une politique de rémunération précédemment approuvée, la rémunération sera déterminée conformément à celle attribuée au titre de l'exercice précédent, et dernier cas, lorsqu'aucune rémunération n'a été attribuée précédemment, la rémunération est déterminée en fonction

⁸⁰⁴ Ph. Portier, « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées dans la loi Sapin 2 », *BJS* n° 01, p. 81.

⁸⁰⁵ B. Saintourens et Ph. Emy, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *art. préc.*

⁸⁰⁶ B. Saintourens et Ph. Emy, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *art. préc.*

⁸⁰⁷ Art. L. 225-37-2 al. 4 C. com.

des « pratiques existant au sein de la société⁸⁰⁸ ». Il est certain que le conseil d'administration ne pourra pas appliquer les résolutions rejetées en cas de non-approbation de l'assemblée, en cas de non-respect de la décision de l'assemblée générale, il faudra restituer les sommes⁸⁰⁹.

199. Le vote *ex post* de la politique de rémunération. La loi « Sapin 2 » prévoit un second vote de la part de l'assemblée générale des actionnaires qui est contraignant également conformément à l'article L. 225-100 du Code de commerce. Selon les alinéas 10 et 11 de cet article :

« Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, lorsqu'une assemblée générale a statué sur des principes et critères dans les conditions prévues aux articles L. 225-37-2 ou L. 225-82-2, l'assemblée générale statue sur les éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature versés ou attribués au titre de l'exercice antérieur par des résolutions distinctes pour le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, le directeur général, les directeurs généraux délégués, ou pour le président du directoire et les autres membres du directoire ou le directeur général unique.

Les éléments de rémunération variables ou exceptionnels dont le versement a été conditionné à l'approbation par une assemblée générale ordinaire, dans les conditions prévues aux mêmes articles L. 225-37-2 ou L. 225-82-2, attribués au titre de l'exercice écoulé au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, au directeur général, au président du directoire ou directeur général unique, aux directeurs généraux délégués ou aux autres membres du directoire ne peuvent être versés qu'après approbation de la rémunération par une assemblée générale des éléments de rémunération de la personne concernée dans les conditions prévues au dixième alinéa du présent article. »

Ainsi, lorsqu'une assemblée a statué sur la politique des rémunérations, elle se prononce également sur les éléments fixes, variables et exceptionnels qui compose la rémunération globale et les avantages de toute nature versés ou attribués au titre de l'exercice antérieur, il s'agit donc d'un mécanisme de *say on pay ex post*⁸¹⁰. Il s'agit en l'espèce d'un vote annuel qui

⁸⁰⁸ Art. L. 225-37-2, al. 3 et 4 et Art. L. 225-82-2, al. 3 et 4 du C. com.

⁸⁰⁹ B. Saintourens et Ph. Emy, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *art. préc.*

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ B. François, « Rémunération des dirigeants : publication du décret d'application de la loi « Sapin 2 » » *Rev. Sociétés* 2017, p. 257.

devra faire l'objet d'une résolution distincte. En ce qui concerne les éléments de rémunérations variables ou exceptionnels dont le versement a été conditionné, lors du *say on pay ex ante*, à l'approbation par une assemblée générale ordinaire, ces derniers ne pourront être versés ou attribués qu'après l'approbation de cette dernière. Ce vote est donc un vote contraignant, mais qui intervient après attribution des rémunérations, à l'exception bien entendu des rémunérations variables ou exceptionnelles qui sont conditionnées en principe à la réalisation de certains critères qu'il convient de vérifier. Ainsi, la formule qui a été retenue par le législateur pose de manière très nette la primauté de l'assemblée en matière de rémunérations, en effet, la proposition initiale prévoyait qu'en l'absence d'approbation de l'assemblée, le conseil d'administration aurait la possibilité de présenter une nouvelle proposition lors de la prochaine assemblée, le projet n'indiquait pas ce qu'il advenait en cas de nouvelle désapprobation par les actionnaires⁸¹¹. Cette pratique n'est toutefois pas nouvelle puisque le Code de gouvernance Afep/Medef⁸¹² organisait déjà une telle consultation des actionnaires sur la rémunération de l'année écoulée. Toutefois, le législateur est allé encore plus loin, puisqu'il a tenu à imposer un caractère contraignant au vote des actionnaires, ce qui n'est pas le cas dans le Code de gouvernance. Sur ce point, le législateur a donc pris la mesure des limites de « l'autorégulation » puisque le versement des « éléments de rémunération variables ou exceptionnels » est expressément subordonné à leur approbation par un vote des actionnaires⁸¹³. Ainsi, en cas de vote négatif les éléments de rémunération variables ou exceptionnels ne pourront être versés au dirigeant, et les éléments fixes de rémunération restent quant à eux par conséquent acquis au dirigeant⁸¹⁴. Et les sommes versées sans attendre l'accord de l'assemblée devront être restituées. A contrario, il sera impossible de revenir sur le versement des rémunérations fixes.

Cependant le législateur n'a pas rédigé un texte parfait et par exemple n'a pas précisé certains détails. En effet, un problème survient à première vue il s'agit de savoir si dans l'hypothèse d'un actionnaire majoritaire, également dirigeant, ce dernier sera-t-il exclus de vote ? L'article L. 225-100 ne prévoit pas cette hypothèse, et rien ne semble interdire au dirigeant

⁸¹¹ B. François, « Loi Sapin 2 : adoption d'un *say on pay* contraignant », *Rev. Sociétés* 2017, p. 59.

⁸¹² Il est important de préciser que la révision récente du code Afep-Medef précise, suite à l'introduction du *say on pay* dans le Code de commerce, que la procédure souple envisagée par le code ne s'applique qu'aux sociétés qui n'entrent pas dans le champ d'application du cadre législatif, c'est-à-dire aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. C. Coupet, « Révision du code Afep-Medef », *Dr. sociétés* n° 10, oct. 2018, comm. 167.

⁸¹³ J. De Calibiac, « Rémunération des dirigeants : l'obsession de la performance », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1764, 10 avril 2017.

⁸¹⁴ J. Mestre et *alii*, *Lamy sociétés commerciales*, 2017, n° 3954.

actionnaire majoritaire de pouvoir fixer sa propre rémunération, ce qui est regrettable pour le moment. De plus, en principe, ce nouveau vote concerne tous les dirigeants visés par la délibération préalable, à l'exception des membres du conseil de surveillance. La loi ajoute également qu'une résolution spéciale sera nécessaire pour chaque dirigeant, en revanche elle n'indique pas qu'une résolution pourra être votée pour chaque élément spécifique de rémunération, mais elle ne l'interdit pas non plus.

200. Le champ d'application. Le premier vote des actionnaires exclut des administrateurs du champ de la réforme, alors même que les membres du conseil de surveillance⁸¹⁵ figurent au sein des articles L. 225-37-2 et L. 225-82-2 du Code de commerce. En ce qui concerne les rémunérations visées, le texte évoque en principe la rémunération totale et les avantages de toute nature attribuables aux mandataires sociaux concernés, ce qui laisse une appréciation très large de ces notions. Toutefois, la référence au mandat concerné rétrécit le champ d'application de la règle. En effet, un salaire versé par une filiale, dès lors qu'il n'est pas perçu au titre du mandat de président du directoire, pourrait-il faire l'objet d'une information aux termes de l'article L. 225-102-1⁸¹⁶, mais sans vote aux termes de l'article L. 225-37-2 ? Le doute semble subsister s'agissant des rémunérations attribuables à raison d'autres fonctions dans le groupe⁸¹⁷. Le décret d'application⁸¹⁸ de l'article 161 de la loi « Sapin 2 » apporte quand même quelques précisions en adoptant une liste plutôt extensive des rémunérations visées. Ainsi, il entre dans le champ de la procédure, outre les rémunérations précitées, celle que la Code Afep/Medef qualifie de « rémunération de long terme », les jetons de présence, les indemnités d'arrivée et les indemnités de départ, les indemnités de non-concurrence, les retraites chapeaux, les rémunérations dues au titre d'un contrat conclu avec la société ou avec une société du groupe, et le texte ajoute « tout autre élément de rémunération attribuable en raison du mandat⁸¹⁹ »⁸²⁰.

⁸¹⁵ En revanche, les membres du conseil de surveillance sont visés par l'article L. 225-100 C. com. pour le vote des actionnaires concernant l'approbation *a posteriori*.

⁸¹⁶ En effet, le texte précise que « Il indique également le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 ou de la société qui contrôle, au sens du même article, la société dans laquelle le mandat est exercé. »

⁸¹⁷ Ph. Portier, « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées dans la loi Sapin 2 », *BJS* n° 01, p. 81.

⁸¹⁸ Décret n° 2017-340 du 16 mars 2017 relatif à la rémunération des dirigeants et des membres des conseils de surveillance des sociétés anonymes cotées.

⁸¹⁹ Art. R. 225-29-1 et R. 225-56-1 C. com.

⁸²⁰ C. Coupet, « Say on pay : adoption du décret d'application », *Droit des sociétés* n° 5, mai 2017, alerte 19.

§2 : Le say on pay sonne-t-il le glas de la fin des rémunérations excessives ?

201. Les problèmes pratiques de la loi « Sapin 2 ». La réforme opérée par la loi « Sapin 2 » bouleverse le système de détermination des rémunérations et fait basculer notre système juridique dans le champ contractuel à l'image du droit des sociétés britannique⁸²¹. Ainsi, en pratique cette réforme apporte des changements importants. Tout d'abord, il est à noter que l'on risque d'assister à un renforcement de l'influence des agences de conseil de vote⁸²². En effet, aux États-Unis par exemple, on assiste à un dialogue croissant avec les agences de vote en amont de la publication du rapport sur les rémunérations, mais également des modifications opérées au niveau du système des rémunérations lui-même lorsqu'un avis défavorable de certaines agences est émis⁸²³. Ainsi, même si ces agences de vote auront un effet modérateur dans la fixation des rémunérations, il est à noter que les motivations des agences ne sont pas toujours structurellement corrélées à l'intérêt social des sociétés, et elles adoptent parfois des conceptions dogmatiques, non plus seulement sur le terrain de la transparence ou de l'efficacité, mais également sur celui du montant même des rémunérations⁸²⁴. Ainsi, selon Proxinvest, agence française de conseil de vote, la rémunération maximale socialement acceptable ne devrait pas dépasser 240 SMIC, soit environ 4,8 millions d'euros⁸²⁵. Une autre considération d'ordre pratique mérite d'être soulignée en ce qui concerne l'entrée en vigueur de la réforme. La loi prévoit que les articles étudiés précédemment seront applicables à compter de l'assemblée générale ordinaire statuant sur le premier exercice clos après la promulgation de la présente loi. Les entreprises ayant clôturé leur exercice le 31 décembre 2016 devront donc appliquer ce nouveau régime dès leurs AGO 2017. Cependant, même si les règles posées par la réforme sont claires, cela laisse très peu de temps aux sociétés cotées pour s'organiser, et ce notamment en matière

⁸²¹ Dans le *Companies Act* de 1982 les rémunérations des dirigeants administrateurs étaient déjà fixées par les actionnaires.

⁸²² Ph. Portier, « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées dans la loi Sapin 2 », *BJS* n° 01, p. 81.

⁸²³ D. Whissel « *Responding to a Negative Say-on-Pay Outcome* » Harvard Law School, Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 27 oct. 2016.

⁸²⁴ Ph. Portier, « Rémunération des dirigeants : crise morale, une gouvernance dépassée » contribution au *Rapport moral sur l'argent* de 2010, *Revue économique et financière*, 2010.

⁸²⁵ P.-H. Leroy, « Rémunération incontrôlées, les bases financières de l'effet de cliquet », in *Rapport moral sur l'argent dans le Monde*, 2010.

d'information des actionnaires, et dans la rédaction des rapports imposée par loi devant être présentée à l'assemblée générale ordinaire.

Les entreprises de conseil de vote ont donc un rôle informatif très fort, mais leur contribution à la valeur de l'entreprise n'est pas mesurable, de plus, il faudra faire très attention aux conflits d'intérêts, dans la mesure où certaines de ces entreprises conseillent les investisseurs, en émettant des recommandations de vote, mais également les entreprises, sur les modalités de rémunérations des dirigeants⁸²⁶.

202. La conformité avec le droit européen. Les textes européens⁸²⁷ prévoit également un vote *ex ante* sur la politique de rémunération des dirigeants tous les 3 ans, et non pas annuellement comme l'impose à présent le droit français avec la loi « Sapin 2 ». Si cette politique est rejetée par les actionnaires, la société peut tout de même, en retravaillant le projet et pendant une période ne pouvant excéder un an jusqu'à l'adoption du projet, rémunérer les dirigeants conformément à la politique existante. Le droit européen prévoit également un vote *ex post* annuel sur les rémunérations accordées à chaque dirigeant, mais ce vote reste consultatif, contrairement au droit français. En effet, le texte européen prévoit qu'en cas de vote négatif, la société doit expliquer dans le rapport suivant si elle a tenu compte du vote et de quelle manière. Le droit français se montre donc plus strict que le droit européen, puisqu'il prévoit deux votes annuels contraignants. Cependant, la France reste en conformité avec le droit européen, car la directive sera *a minima*, c'est-à-dire que les états membres seront libres d'adopter une politique plus stricte à l'égard des politiques de rémunération des entreprises cotées⁸²⁸. En revanche, le droit français devra certainement faire un effort de clarification en ce qui concerne le contenu de la politique de rémunération. En effet, il est précisé dans les textes européens que « la politique est claire, compréhensible et conforme à la stratégie économique, aux objectifs, aux valeurs et aux intérêts à long terme de l'entreprise et comprend des mesures visant à éviter des conflits d'intérêts ». La politique de rémunération des entreprises cotées devra donc établir des critères clairs et précis pour la

⁸²⁶ F. Belot et E. Ginglinger « Rendre des compte de la rémunération des dirigeants, qu'attendre du say on pay ? », in B. Pras et Ph. Zarlowski, *L'accountability ou l'obligation de rendre des comptes*, La revue française de gestion, Lavoisier 2013, p. 47-71.

⁸²⁷ Proposition de directive modifiant la directive n° 2007/36 en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et la directive n° 2013/34 en ce qui concerne certains éléments de la déclaration d'entreprise, COM (2014), 213 final, 9 avr. 2014 ; V. également Amendements du Parlement européen du 8 juillet 2015.

⁸²⁸ B. Lecourt, « Vote des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : conformité du droit français aux futures exigences européennes ? » *Rev. Sociétés* 2017, p. 118.

fixation de la rémunération fixe et variable, et expliquer en quoi elle contribue aux intérêts et à la viabilité à long terme de la société, autrement dit en quoi elle contribue aux performances de cette dernière. Les textes européens vont encore plus loin en ce qui concerne les rémunérations variables, la politique doit déterminer les critères de performances financiers et non financiers, y compris la prise en compte de programmes relatifs à la responsabilité sociale de l'entreprise et des résultats obtenus⁸²⁹. Ainsi, comme l'appréciation des performances doit se faire sur la durée, cela implique un versement variable et différé de la rémunération, les critères doivent être prédéterminés et mesurables.

Ainsi, le droit français est conforme aux textes européens s'agissant du vote des actionnaires sur la politique de la rémunération, en revanche, il ne l'est pas en ce qui concerne le contenu de la politique de rémunération, et sur les explications à fournir aux actionnaires sur les critères à prendre en compte pour apprécier la validité des rémunérations.

203. Les arguments contre le *say on pay*. Les problèmes pratiques que risque de poser le mécanisme du *say on pay* sont dus au problème de savoir si les actionnaires sont compétents et disposeront-ils de suffisamment d'information afin de se prononcer de manière pertinente sur la politique des rémunérations. Il est vrai que les administrateurs sont plus compétents et informés des besoins de la société, de ses performances à réaliser sur le long terme, des objectifs à atteindre, et des actions du dirigeant. Le conseil paraît sur ce point plus compétent à se prononcer sur les objectifs et sur les performances du dirigeant, et ainsi plus compétent pour voter la politique de rémunération applicable au sein de la société. Ainsi, les actionnaires peuvent-ils mener à bien cette mission précieuse qui leur a été confiée ? Pour un petit actionnaire, il est vrai que les coûts liés à la collecte de l'information en termes de temps et d'effort sont très largement supérieurs aux gains potentiels. Le risque est que ce type d'actionnaire minoritaire adopte un comportement passif, la conséquence étant un manque d'information lors de l'expression du vote à l'assemblée générale⁸³⁰. Plusieurs études montrent que dans les pays où le *say on pay* a été adopté, les résolutions concernant la politique de rémunération des dirigeants recueillent un taux d'approbation

⁸²⁹ B. Lecourt, « Vote des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : conformité du droit français aux futures exigences européennes ? » *Rev. Sociétés* 2017, p. 118.

⁸³⁰ F. Belot et E. Ginglinger « Rendre des compte de la rémunération des dirigeants, qu'attendre du *say on pay* ? », in B. Pras et Ph. Zarlowski, *L'accountability ou l'obligation de rendre des comptes*, La revue française de gestion, Lavoisier 2013, p. 47-71.

quasi systématique⁸³¹. On peut alors se demander si le conseil n'est-il pas en réalité plus informé et donc plus compétent pour prendre des décisions de qualité ? Ensuite, il existe également un risque que le pouvoir conféré aux actionnaires ne tombe entre les mains d'acteurs défendant leurs intérêts plutôt que ceux de la société, sont visés en l'espèce les fonds de pension syndicaux et publics.

Il convient de dresser un bilan de l'introduction du *say on pay* contraignant au sein du Code de commerce. En effet, ce mécanisme a été mis en œuvre lors des assemblées 2018. Les actionnaires ont pris part au vote pour la première fois sur les rémunérations déjà octroyées. Or, selon le cabinet Capitalcom, les premiers résultats sont en hausse par rapport à 2017. Le *say on pay ex ante* s'élèverait à 89,17% contre 87,70% en 2017, et le *say on pay ex post* ressortirait à 88,53% contre 86,63 en 2017⁸³². Selon Capitalcom, ces chiffres pourraient s'expliquer par les bons résultats financiers obtenus par les sociétés en 2017, mais également par « un important effort de pédagogie et de transparence des entreprises ⁸³³ ». De plus, il convient de remarquer que de plus en plus de sociétés (67%) prennent en compte des critères extra-financiers dans la détermination des rémunérations variables des dirigeants⁸³⁴. Ce constat démontre bien la nécessité d'appréhender la performance sous toutes ses formes. Les performances économiques, sociales et environnementales doivent être prises en compte dans les critères de rémunération des dirigeants. Le bilan des efforts du droit souple combinés à ceux du droit dur semble tendre vers un bilan plutôt positif.

Enfin, l'actualité législative mérite d'être évoquée en ce qui concerne la loi PACTE adoptée par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018. Il s'agit de la loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises qui annonce une refonte d'ampleur de la rémunération des dirigeants afin de permettre « de traiter de façon technique et cohérente l'ensemble des dispositions concernant la rémunération de tous les dirigeants »⁸³⁵. L'article 66 de la loi PACTE évoque la question des rémunérations. Le critère de performance est encore très

⁸³¹ F. Belot et E. Ginglinger « Rendre des compte de la rémunération des dirigeants, qu'attendre du *say on pay* ? », in B. Pras et Ph. Zarlowski, *L'accountability ou l'obligation de rendre des comptes*, La revue française de gestion, Lavoisier 2013, p. 47-71.

⁸³² Capitalcom, *Bilan des assemblées générales du CAC 40*, 13^{ème} éd., 2018, p. 1.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ B. François, « Projet de loi PACTE : nouvelle réforme annoncée de la rémunération des dirigeants », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 614.

⁸³⁵ *Ibid.*

présent, et la loi prend le soin de préciser que la performance doit être envisagée sur le moyen et long terme. Les nouvelles dispositions de la loi auront pour objectif de permettre de traiter de façon technique et cohérente l'ensemble des dispositions concernant la rémunération de tous les dirigeants. En principe la loi PACTE devrait se saisir du problème de l'articulation entre le *say on pay ex post* de la loi « Sapin 2 » et la procédure des conventions réglementées de l'article L. 225-42-1 du Code de commerce. En effet, actuellement, il est possible qu'une rémunération soit approuvée par la procédure de la convention réglementée, mais désapprouvée lors du *say on pay ex post*. La loi PACTE devrait également permettre la transposition de la Directive UE n° 2017/828 du 17 mai 2017 qui doit être effectuée avant le 10 juin 2019. Une nouvelle exigence devra être notamment intégrée lorsque la société octroie une rémunération variable. La politique de rémunération mise en œuvre devra établir des critères clairs, détaillés, et variés pour l'attribution des rémunérations. Ces critères devront indiquer les performances financières et non-financières, et expliquer en quoi ces éléments contribueront à la stratégie commerciale de la société, aux intérêts et à la pérennité à long terme de l'entreprise⁸³⁶. La nouveauté par rapport au droit français actuel est que les performances devront être appréciées sur le long terme. Enfin, il semble que le but soit d'unifier le régime applicable aux rémunérations des dirigeants avec un vote contraignant ex ante qui couvrira l'ensemble des rémunérations. En revanche, la périodicité du *say on pay ex ante* devrait être remise en cause. Et enfin, le nouveau texte conserverait un vote *ex post* contraignant, qui devrait être assorti d'une sanction « efficace » mais l'application du non-versement de la partie variable de la rémunération ne serait pas possible en ce qui concerne les administrateurs⁸³⁷.

204. Conclusion de la section relative au devenir du *say on pay* instauré par la loi « Sapin 2 ». L'introduction du mécanisme du *say on pay* en France met l'accent sur l'évolution de la gouvernance des sociétés. Le fait que les actionnaires participent directement à la mise en place de la politique des rémunérations des dirigeants sociaux avec un vote contraignant est un immense pas en avant dans la lutte contre les rémunérations excessives. Il a été vu que ce système n'a pas que des avantages, mais il convient d'observer qu'il s'agit tout de même d'une avancée considérable si les actionnaires prennent leur mission

⁸³⁶ B. François, « Projet de loi PACTE : nouvelle réforme annoncée de la rémunération des dirigeants », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 614.

⁸³⁷ *Ibid.*

au sérieux et sont informés correctement. Dans les pays où un mécanisme similaire a été adopté, les résolutions proposées aux assemblées sont le plus souvent adoptées à de très fortes majorités. Cependant, il est à espérer que les actionnaires, en cas de rémunération manifestement excessive, ne correspondant aux services rendus, sanctionneront comme il se doit le dirigeant. Sur ce point, on peut espérer que les actionnaires prendront en compte les performances de l'entreprise sur le long terme ce qui devrait sensibiliser les dirigeants dans leur gestion de la société. De plus, on peut espérer grâce à l'amélioration de la gouvernance et à un dialogue renouvelé entre actionnaires, administrateurs et dirigeants, que le *say on pay* pourrait avoir un effet positif directement sur la valeur des entreprises.

205. Conclusion de chapitre relatif à la performance des dirigeants au sein des sociétés. Il était important de consacrer un chapitre à la rémunération des dirigeants au sein des sociétés cotées. En effet, entre le droit souple et le droit dur, et avec la réforme toute récente apportée par la loi « Sapin 2 » il était nécessaire de clarifier l'étendue de la réglementation en la matière. Au sein des sociétés cotées, le législateur est intervenu afin de promouvoir des rémunérations qui correspondent aux actions des dirigeants. Non seulement la rémunération doit répondre à des critères de performances, mais elle doit également motiver les dirigeants à être performant dans leur gestion de la société. La performance est un véritable standard juridique en matière de rémunération des sociétés cotées. En effet, les rémunérations doivent correspondre aux performances personnelles du dirigeant, c'est-à-dire à sa gestion de la société, aux actions qu'il a menées au cours de son mandat social. Mais la rémunération doit correspondre aux performances de la société elle-même, d'un point de vue financier, social, voire environnemental. Enfin, il ne faut pas non plus mettre de côté les performances juridiques de l'entreprise dans l'appréciation des éléments de rémunération des dirigeants. Ainsi, la performance du dirigeant est liée à celle de l'entreprise, et il convient de respecter un principe de cohérence entre la rémunération et l'action du dirigeant, ainsi que les moyens financiers de l'entreprise. Il faut en effet que la performance rime avec cohérence, et il convient toujours de mettre en relation la rémunération du dirigeant avec les moyens financiers de la société, mais aussi de prendre en compte ses performances personnelles. Il ne faut plus aboutir à des situations où un dirigeant n'a pas atteint les objectifs qui lui ont été demandés, mais reçoit tout de même une rémunération importante du fait de la très bonne situation économique du secteur d'activité de l'entreprise. Ou à l'inverse, des cas où le dirigeant a atteint les résultats souhaités, et a tout

mis en œuvre pour exécuter ses missions, mais ne reçoit pas une rémunération à la juste mesure de son action, car la société est en déficit. Il faut donc prendre en compte la performance personnelle du dirigeant et la mettre en balance avec les performances financières de l'entreprise.

206. Conclusion du titre relatif à l'obligation de performance à travers les rémunérations des dirigeants. L'obligation de performance s'impose donc aux dirigeants de sociétés à travers leur rémunération qui sont en principe fixés en fonction de critères spécifiques de performances. Même si le législateur impose que les rémunérations doivent répondre à des critères de performances, il n'est pas précisé quels critères sont à prendre en compte pour l'appréciation des rémunérations. C'est pourquoi la performance au sein des rémunérations a fait l'objet de notre étude. La performance à prendre en compte sera donc non seulement celle du dirigeant, mais aussi celle de l'entreprise. De plus, il convient également de préciser quel type de performance est à prendre en compte. En effet, les entreprises devront faire un effort de clarification et de transparence dans les critères qu'elles souhaitent imposer aux dirigeants. À ce titre, il n'est pas conseillé de se référer uniquement au critère financier, ou boursier de la société, il faut également prendre en compte sa compétitivité, sa position sur le marché, mais aussi sa politique sociale et environnementale. Ainsi, pour apprécier l'action du dirigeant à sa juste valeur au sein de la société et afin de pouvoir fixer sa rémunération en fonction il faut prendre en compte les performances financières, sociales et environnementales qu'il a permis à l'entreprise de réaliser. Ensuite, en plus de ce critère de performance à respecter dans la fixation des rémunérations, le législateur avec la loi « Sapin 2 » a prévu d'introduire un *say on pay* contraignant au sein des sociétés cotées. Ce nouveau mécanisme, tout comme les critères de performance, a pour but de lutter contre les rémunérations excessives des dirigeants sociaux d'entreprises cotées. La France est à présent le pays avec la législation la plus stricte d'Europe en matière de réglementation des rémunérations avec le fait d'imposer un vote des actionnaires *ex ante* et *ex post* à valeur contraignante. Les actionnaires ont à présent les pleins pouvoirs pour fixer la rémunération des dirigeants, c'est à eux que revient à présent la mission périlleuse d'examiner si les critères de performances pré requis sont remplis.

207. Conclusion de la partie relative à l'obligation de performance. La performance qu'elle soit de type financier, économique, social ou environnemental peut

s'analyser comme une obligation qui s'impose aux parties à un contrat, à une société, au dirigeant, ou à un salarié. La performance est un enjeu qui est saisi tantôt par les parties à un contrat, tantôt par les juges, tantôt par le législateur. L'obligation de performance est permise notamment par la liberté contractuelle grâce à laquelle elle peut faire l'objet d'une contractualisation et ainsi produire des effets juridiques. Les parties peuvent donc choisir de l'intégrer au champ contractuel. De même, par conséquent, les juges vont se saisir de cette obligation et sanctionner les manquements aux obligations de performance, ou encore en apprécier leur validité. Le législateur s'est également saisi de cette notion économique qui pouvait apparaître comme une notion insaisissable par le droit. Ainsi, notamment, le législateur a utilisé le concept de performance afin de lutter contre les rémunérations excessives des dirigeants sociaux. Il s'est également saisi de la performance environnementale afin d'imposer des normes environnementales aux entreprises. Autant de manifestations de la performance qui irrigue aujourd'hui notre système juridique et démontre un croisement nécessaire entre le droit et l'économie. Notre système juridique actuel en ce qui concerne le droit des affaires doit prendre en compte divers éléments tels que l'économie, l'environnement, mais aussi le respect des normes sociales. Ce constat s'intègre parfaitement à la nécessité de reconnaître la performance comme un concept juridique à part entière, la performance étant au croisement de ces divers éléments.

DEUXIÈME PARTIE

LA PERFORMANCE SOURCE D'OBLIGATIONS

208. La performance peut faire l'objet d'une obligation au sens juridique du terme, à travers notamment la contractualisation, mais la performance peut en elle-même devenir source d'obligations. C'est ce qui sera étudié dans cette seconde partie. En effet, lorsqu'un certain degré de performance économique est atteint par un opérateur cette situation de performance fait naître certaines obligations particulières. Un opérateur performant d'un point de vue économique sera en effet susceptible d'avoir des effets néfastes sur le marché, ou encore sur l'environnement. C'est ainsi que le droit a besoin d'intervenir afin de pouvoir réguler et encadrer les comportements des opérateurs performants. Au sein de la première partie, il a été étudié les différentes manifestations de la performance au sein du droit des affaires. Il ressort de notre étude que la performance peut être perçue comme une obligation contractuelle ou non contractuelle. En effet, cette dernière est appréhendée par les parties à un contrat, par le juge, ou encore par le législateur comme une obligation à atteindre. Les contours de cette obligation particulière ont été étudiés au sein de la première partie. Il convient à présent d'en définir un régime propre au sein du droit des affaires et de voir comment le droit encadre la performance une fois que cette dernière est atteinte. Nous verrons qu'il est utile que le droit des affaires intervienne comme un régulateur de la performance. Un opérateur économique performant se verra donc imposer des obligations qui découlent de sa situation de performance afin de préserver un certain équilibre sur le marché, de préserver l'environnement, ou encore les parties prenantes.

209. Mais comment le droit des affaires et le droit économique vont-ils accueillir la performance ? Le droit économique peut se définir comme « l'ensemble des notions et raisonnements propres par lesquels le droit intervient dans le fonctionnement collectif de l'économie, comme il le fait à travers le droit de la concurrence, le droit de la faillite ou le droit des sociétés, l'étrangeté s'accroît parce qu'il est un mixte nécessaire entre du droit et de l'économie⁸³⁸. » Ainsi, le droit économique aura pour mission d'imposer un certain nombre d'obligations aux opérateurs performants afin de préserver un marché, l'environnement, l'économie, la société, ou encore un groupe de sociétés. Il est vrai qu'à

⁸³⁸ M.-A. Frison-Roche, *Les grandes questions du droit économique*, Puf, 2005, p. 2.

force de rechercher une performance financière accrue, les opérateurs économiques doivent être encadrés afin de promouvoir une performance collective sur le long terme.

210. À l'aune du capitalisme actuel, où l'entrepreneur a certainement pour objectif principal, celle de réaliser du profit⁸³⁹, le droit se doit d'intervenir afin d'imposer aux entrepreneurs performants, sur un marché donné, le respect des autres concurrents, le respect de l'environnement, et la promotion d'une performance sur le long terme bénéfique au plus grand nombre. Il convient en effet de freiner l'esprit commercial qui se caractérise essentiellement comme la conquête du profit, où le but suprême de la vie peut alors se résumer à l'acquisition de la richesse⁸⁴⁰. La puissance de l'argent dominerait alors la société tout entière. *Pecuniae obediunt omnes*. Cependant, avec la conjoncture actuelle, qui tente toujours de faire face à la crise de 2008, quel est l'avenir du capitalisme ? Le système du capitalisme se fonde en principe sur l'idéologie du libéralisme ; qui estime que les libertés économiques⁸⁴¹ sont nécessaires pour assurer un développement économique et que le rôle de l'État doit être limité⁸⁴². Cependant il ne faut pas non plus prôner l'ultralibéralisme. En effet, le marché, sans aucune régulation et totalement livré à lui-même, peut voir naître des dysfonctionnements. Ainsi, le marché peut parfois être défaillant s'il est totalement libre, c'est pour cela qu'il convient de privilégier un capitalisme qui soit régulé. Ainsi, dans tout système de marché, l'État a un rôle de régulation pour protéger les intérêts publics, et son rôle sera de venir corriger les manques et les défaillances du marché⁸⁴³. C'est avec cette même idée qu'il convient d'imposer aux opérateurs performants des obligations qui vont naître à cause de leur propre performance, afin de protéger le marché. À ce titre, il doit exister un lien étroit entre la puissance économique et le droit, le droit vient se dresser contre la puissance économique afin d'en limiter les effets néfastes. Il faut en l'espèce s'attarder sur la notion de faiblesse, qui même si elle est contraire à la puissance sera dans tous les cas présente dès lors qu'il y a puissance⁸⁴⁴. Il y a toujours un puissant parce qu'il existe des faibles. Ainsi, la lutte contre les effets de la puissance économique passe forcément par la protection des plus faibles. Cette protection des économiquement faibles se fait par une

⁸³⁹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1951, p. 329.

⁸⁴⁰ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.*, p. 340.

⁸⁴¹ Les libertés économiques sont en l'espèce le libre échange et la liberté d'entreprendre.

⁸⁴² J.-J. Lambin, *Quel avenir pour le capitalisme ?* Dunod, 2011, p. 9.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996, p. 40.

protection préventive et collective ou répressive et individuelle⁸⁴⁵. La performance d'un puissant doit donc être régulée afin de protéger les plus faibles, c'est en ce sens qu'elle peut devenir sources d'obligations, à travers cette idée de protection.

211. C'est à travers cette idée d'encadrement de la puissance économique en protégeant les plus faibles, ou l'environnement que la performance comme source d'obligations sera étudiée. Ainsi, le fait pour une société d'atteindre un certain degré de performance fait peser sur elle un certain nombre d'obligations comportementales (**Titre 1**), mais au-delà de ces obligations, le droit peut également exiger d'elle l'attente légitime d'un maintien des performances (**Titre 2**).

Titre 1 : La performance source d'obligations comportementales

Titre 2 : L'obligation de maintenir la performance

⁸⁴⁵ J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations, op. et loc. cit.*

Titre 1 : La performance source d'obligations comportementales

212. Une entreprise performante, voire sur performante sur un marché va nécessairement se voir imposer un certain nombre d'obligations. Il sera nécessaire d'étudier quelles sont les entreprises performantes sur un marché, afin de pouvoir identifier celles à qui il est nécessaire d'imposer des obligations. Ainsi le droit économique aura un rôle de régulateur pour les entreprises performantes afin de promouvoir une performance globale sur le long terme. Sa mission sera d'encadrer les comportements afin de ne pas aboutir à des situations où la puissance économique écrase la concurrence. Ainsi, le fait d'acquérir un certain degré de performance pour une entreprise, ou pour un groupe, sera source d'obligations comportementales afin de promouvoir le respect du marché (**Chapitre 1**), mais également afin de s'assurer du respect de l'environnement (**Chapitre 2**). Il s'agit bel et bien d'approfondir quelles sont les conséquences juridiques qui s'imposent à une entreprise performante au sein de ce premier titre. Ainsi, seule la performance de l'entreprise sera étudiée dans les développements qui vont suivre. En effet, c'est à l'entreprise que le droit impose des obligations particulières en cas d'atteinte d'un certain degré de performance économique.

Chapitre 1 : Le respect du marché

Chapitre 2 : Le respect de l'environnement

Chapitre 1 : Le respect du marché

213. Le droit intervient en tant que régulateur des comportements pour les entreprises performantes. Le but est d'éviter les risques d'abus et les effets néfastes pour le marché des concurrents. Le droit de la concurrence apparaît alors comme un véritable contre-pouvoir afin d'assurer une performance collective sur le long terme. Il convient également d'appréhender la gouvernance des entreprises qui elle aussi facilite la régulation de la performance avec notamment une transparence, dans les relations d'entreprise, plus poussée. De plus, avec l'instauration de règles d'ordre disciplinaires, des comités de contrôle vont assurer un contrôle de la performance en amont et en aval des abus. C'est ainsi que les opérateurs performants se voient imposer de plus en plus d'obligations afin d'assurer un respect global du marché. En premier lieu, cette régulation se manifeste en interne à travers la gouvernance d'entreprise (**Section 1**), puis dans un second temps, par des obligations externes à l'entreprise afin de promouvoir le marché des concurrents (**Section 2**).

Section 1 : La performance, source d'obligations interne au service de la dynamique contractuelle

214. La performance sera source d'obligations internes pour les entreprises afin de servir la dynamique contractuelle et de promouvoir le marché. Il convient dans un premier temps d'identifier les entreprises visées (§1.), c'est-à-dire de se demander quelles entreprises sont suffisamment importantes sur le marché et performantes, afin de se voir imposer des obligations supplémentaires par rapport aux autres entreprises (§2.).

§1 : Les entreprises performantes

215. Afin de comprendre les obligations qui peuvent s'imposer à des opérateurs économiques ayant une position performante, et d'étudier pourquoi la performance peut être source d'obligations, il convient de délimiter le champ de notre étude au sein de ce titre. En effet, la performance est source d'obligations pour une entreprise en position de performance. Ainsi, il convient de délimiter ce que recouvre la notion

d'entreprise (**A.**), mais également de comprendre et de délimiter dans quelles situations une entreprise est performante (**B.**).

A : La notion d'entreprise

216. L'entreprise une notion délaissée par le législateur. Le législateur ne définit pas l'entreprise. Cependant, il est important pour le droit des affaires, et plus particulièrement pour le droit économique de prendre en compte cette entité. Ainsi, le législateur a recourt à la notion d'entreprise, il s'y réfère fréquemment, cependant il n'en donne pas pour autant de définition, et la notion d'entreprise reste encore aujourd'hui très abstraite. Le fait pour le législateur de s'y référer marque sa volonté de privilégier une appréhension concrète et économique plutôt que juridique et abstraite de l'outil de production⁸⁴⁶. C'est pourquoi nous avons choisi d'employer le terme entreprise à la place de société pour évoquer la performance. Nous étudierons dans cette seconde partie la performance de l'entreprise, ou l'entreprise dite performante afin de rester dans le domaine économique et d'étudier comment le droit appréhende ce phénomène d'un point de vue juridique. L'entreprise « est avant tout une unité patrimoniale qu'il convient d'isoler au sein de la masse partageable, et cette unité objet de l'attribution préférentielle doit être recherchée dans un lien d'affectation et de complémentarité économique bien plutôt que dans une qualification juridique commune ou partagée⁸⁴⁷. » Or, le droit ne peut saisir une réaliste que s'il l'insère d'abord dans une forme juridique. Par exemple, le droit connaît le mariage, qui est la forme ordinaire de la famille, mais pour autant le droit ne définit pas directement la notion de famille si celle-ci ne s'est pas insérée dans une structure juridique⁸⁴⁸. On retrouve le même raisonnement pour l'entreprise à travers la notion de société⁸⁴⁹ qui est clairement définie par le Code de commerce qui donne les éléments qui la constituent, mais pour autant la société se différencie de la notion d'entreprise. Tout d'abord, car la société a la personnalité morale, alors que l'entreprise n'est pas reconnue directement en tant que personne juridique. Ainsi, la notion de personnalité morale⁸⁵⁰ est ce qui à la fois fait obstacle à la rencontre du droit et de

⁸⁴⁶ C. Brenner, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Avril 2015, n° 168.

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ M.-A. Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique*, Quadriga, PUF, janv. 2005, p. 84.

⁸⁴⁹ Voir sur ce point : Th. Massart, « contrat de société », *Rep. sociétés*, avril 2006, actu. Oct. 2016.

⁸⁵⁰ A. Constantin, *Droit des sociétés*, mémentos Dalloz, 6^{ème} éd., 2014, p. 41 et s.

la notion d'entreprise, et ce qui constitue la passerelle entre les deux⁸⁵¹. En effet, il est possible de considérer que la société c'est simplement le nom que le droit donne à l'entreprise. Et ensuite, car la notion d'entreprise est une notion avant tout plus économique que juridique, alors que la société est purement d'origine juridique, car elle est avant tout considérée comme un contrat⁸⁵².

217. Comment définir l'entreprise ? Ainsi, comment peut-on définir la notion d'entreprise ? Faut-il la considérer comme la réunion de différents moyens à travers un capital, du matériel, et une force humaine, pour la réalisation d'un certain but ; ou au contraire faut-il l'appréhender comme un nœud de contrats⁸⁵³ ? Une entreprise est avant tout une entité unitaire, *de jure* ou *de facto*, dotée d'une direction autonome, qui exerce une activité de caractère économique dans un but lucratif, à titre onéreux et de manière durable, c'est la définition que retient notamment la Cour de Justice des Communautés européennes⁸⁵⁴. La Cour de justice s'est longtemps contentée de désigner l'entreprise comme une « unité économique ». Mais avec l'arrêt Höfner du 23 avril 1991, la Cour de justice a adopté une définition, au travers du droit de concurrence, qui a vocation à s'appliquer aujourd'hui : « Dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement⁸⁵⁵ ». Ainsi, l'entreprise est une notion qui regroupe une activité économique, c'est à ce jour la définition retenue par l'ensemble de la doctrine⁸⁵⁶.

218. Les éléments qui constituent l'entreprise. L'entreprise est constituée de divers éléments. Le droit du travail, notamment, retient qu'il faut la réunion de trois éléments afin de constituer une unité économique qui forme une entreprise. Ainsi, il faut la réunion d'un « personnel salarié, placé sous l'autorité du chef d'entreprise et travaillant avec

⁸⁵¹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951, n° 122 et s.

⁸⁵² Th. Massart, « contrat de société », *art. prec.*

⁸⁵³ M.-A. Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique*, Quadrige, PUF, janv. 2005, p. 84.

⁸⁵⁴ V. CJCE, 12 juill. 1984, Hydrotherm c/ Compact, aff. 170/83, Rec. 2999, et les conclusions de l'avocat général G. Tesauo dans CJCE, 19 janv. 1994, SAT Fluggesellschaft, aff. C-364/92, Rec. I. 43

⁸⁵⁵ CJCE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90.

⁸⁵⁶ A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2012, n° 24 et s. ; L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2015, n° 901 et s. ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006, n° 41.

lui à la poursuite d'une activité commune⁸⁵⁷. » Cependant, en droit économique ou du point de vue du droit commercial, le personnel salarié n'est pas forcément un élément essentiel. Pour le droit du travail, l'entreprise existe dès lors qu'il y a au moins l'existence d'un salarié, or en droit commercial ou économique il est vrai que l'élément essentiel reste sans doute la poursuite d'une activité économique. Cette dernière se caractérise tant par la poursuite d'un objectif commun, que par la mise en œuvre d'un certain nombre de moyens placés au service de cette fin. Quant à la notion de chef d'entreprise, elle représente une idée de hiérarchie importante au sein de l'entité économique. Ainsi, le droit ne donne pas de définition de la notion d'entreprise, mais il dresse un faisceau d'indices, et dresse une liste d'éléments qui la caractérise, cependant si l'on exige la réunion de tous les éléments, on en revient alors à la notion de société... On peut tout de même observer que d'une manière générale que l'entreprise est⁸⁵⁸ : une activité économique, un ensemble de moyens affectés à l'activité, un centre de décisions et de pouvoir, une organisation complexe, une communauté humaine organisée, un « actionnariat », un centre d'intérêt, un objet d'organisation juridique.

B : La définition d'une entreprise performante

219. L'actionnariat salarié et la performance des entreprises. Il convient de déterminer quelles entreprises sont considérées comme performantes. En effet, toutes les entreprises qui réalisent des bénéfices ne sont pas performantes, il faut donc déterminer les différents critères à prendre en compte. La première question qui peut être soulevée est de savoir si l'actionnariat salarié⁸⁵⁹ doit être un moyen pris en compte dans l'évaluation de la performance d'une société, ou encore l'actionnariat salarié peut être un moyen d'accroître les performances d'une entreprise. L'indice IAS, développé par Euronext, révèle que les entreprises ayant mis en place ce système surperforment d'un point de vue boursier les

⁸⁵⁷ L. Rozès, *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mars 2012, n° 18 et s.

⁸⁵⁸ J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, p. 157-166.

⁸⁵⁹ « Depuis 1970, le législateur n'a eu de cesse de multiplier les incitations en direction des salariés afin qu'ils participent au capital de leur société. L'actionnariat des salariés peut se réaliser de plusieurs façons : les options de souscription ou d'achat d'actions instituées par la loi no 70-1322 du 31 décembre 1970, l'émission ou l'achat en Bourse d'actions réservées instituées par la loi no 73-1196 du 27 décembre 1973 ; une autre loi no 80-834 du 24 octobre 1980 a institué une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales ; enfin, le plan d'épargne d'entreprise mis en place en 1986, et réaménagé par la loi no 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise, est certainement une modalité intéressante. » in A. Lecourt, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, avr. 2017, n° 233.

autres entreprises. L'indice IAS est composé de l'ensemble des valeurs du SBF 250 ayant un actionnariat salarié significatif, c'est-à-dire celles dont 3 % au moins du capital en actions est détenu par plus d'un quart des salariés⁸⁶⁰. Les entreprises prises en considération par cet indice « *surperformant* » les entreprises du CAC 40, du SBF 250 et du SBF 120.

Se fonder sur l'indice boursier comme seul indicateur de performance d'une entreprise ne suffit donc pas, et la participation des salariés s'analyse bien souvent comme un facteur de réussite de l'entreprise. Ainsi, par le biais de cet actionnariat des salariés, il est alors envisageable de faire converger les intérêts des actionnaires et des salariés. Il est important qu'une entreprise performante intègre les salariés aux actionnaires, car bien souvent en pratique, il est observé que les actionnaires peuvent prendre des décisions pouvant nuire aux salariés et les salariés adopteront des comportements nuisibles aux intérêts des actionnaires. De surcroît, dans ce système, comme les salariés gardent leurs actions pendant un minimum de 5 années, ceci permet aux entreprises d'échapper aux éventuelles OPA⁸⁶¹.

Ce système permet donc de faire converger les intérêts des différentes parties prenantes, ce qui va être facteur de performance pour la société. En effet, le fait pour les salariés d'être également actionnaires les incite nécessairement à accroître leur productivité de travail et leur création de valeur pour l'entreprise. L'association au capital peut indéniablement inciter les actionnaires salariés à accroître leur productivité puisque, hormis la performance boursière de leur titre, les salariés peuvent bénéficier du fruit de leurs efforts par le biais de l'intéressement financier, ainsi que des avantages fiscaux et sociaux qui leur sont accordés s'ils conservent leurs titres dans la durée⁸⁶². D'un point de vue plus général, l'intérêt de l'actionnariat salarié est triple puisqu'il apporte la paix sociale, favorise l'augmentation des revenus de l'entreprise, et stimule la compétitivité de l'entreprise⁸⁶³.

220. Les entreprises dites « cruciales ». Une entreprise performante est donc une entreprise qui fait appel à l'actionnariat salarié, qui est compétitive, et est ancrée dans la mondialisation⁸⁶⁴. Mais une entreprise qui renvoie plus à une notion économique que

⁸⁶⁰ Ch. Roquilly et A. Bruder, « Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 6 Actionnariat salarié et surperformance des entreprises », *LPA*, 06 juill. 2009 n° 133, p. 6.

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ A. Lecourt, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, avr. 2017, n° 234.

⁸⁶⁴ Les entreprises performantes sont aujourd'hui des entreprises ancrées dans la mondialisation mais, comme le relève certains auteurs, « la question n'est plus de leur performance : la question est celle de

juridique se constitue le plus souvent par un groupe réunit autour d'une activité économique, dont le but est de rechercher des bénéfices tirés de cette activité économique⁸⁶⁵. Afin de cibler au mieux les entreprises performantes, il convient sans doute de reprendre le terme et la définition posés par Marie-Anne Frison-Roche lorsqu'elle évoque les entreprises dites « cruciales » dans le cadre de son étude sur les entreprises régulées. En effet, il est clair que le constat selon lequel la performance est source d'obligations renvoie nécessairement au raisonnement selon lequel une entreprise dite « cruciale » a besoin d'être régulée et doit se voir imposer des obligations particulières qui ne s'imposent pas aux entreprises en position minoritaire sur un marché donné, dans un souci d'éthique⁸⁶⁶ et d'équité économique⁸⁶⁷. Selon Marie-Anne Frison-Roche, les entreprises « cruciales » se définissent selon deux manières, d'une façon négative, lorsque l'entreprise si elle est défailante fait s'effondrer le marché, et d'une façon positive, lorsque l'action d'une entreprise fait évoluer le secteur dans lequel elle opère pour le bien public, notamment futur⁸⁶⁸. À ce titre, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles une entreprise sera considérée comme étant « cruciale ».

Tout d'abord, lorsqu'une entreprise occupe tout l'espace elle doit être considérée comme étant « cruciale »⁸⁶⁹. Il convient de faire référence en l'espèce aux entreprises qui possèdent un monopole sur un marché donné. Selon la loi de finances du 2 juillet 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, qui instaure le contrôle des abus de position dominante, le monopole est défini à travers l'article 59 bis qui précise que cela concerne les entreprises, ou groupe d'entreprise « occupant sur un marché intérieur une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique »⁸⁷⁰. Parmi les situations de monopole, il faut bien entendu distinguer les monopoles d'État comme la SNCF, et les monopoles économiques

l'acceptabilité collective de cette performance⁸⁶⁴. » in H. Juvin, « Les nouveaux paradigmes de la mondialisation : nouvel ordre mondial, nouveau désordre juridique », *RDAI* oct. 2007, n° 5, p. 587.

⁸⁶⁵ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 1^{er} éd. 2011, p. 102.

⁸⁶⁶ D. Poracchia et T. Granier « Des relations entre éthique et droit financier », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013.

⁸⁶⁷ Ph. Laurent « La recherche de l'équité dans la politique communautaire de concurrence », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, Droit et gestion de l'entreprise*, Vuibert Gestion, Novembre 1993, p. 183.

⁸⁶⁸ M.-A. Frison-Roche, « les entreprises « cruciales » et leur régulation » in A. Supiot, *L'entreprise dans un monde sans frontière*, Coll. Les sens du droit, Dalloz 2015, p. 251.

⁸⁶⁹ M.-A. Frison-Roche, « Réguler les « entreprises cruciales » », *D.* 2014, p. 1556.

⁸⁷⁰ M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz Précis, 2006, p. 6.

naturels, c'est-à-dire les entreprises en charge d'une infrastructure essentielle, comme les entreprises du secteur aérien⁸⁷¹.

Ensuite, sont considérées comme « cruciales » les entreprises qui ont vocation à conquérir un espace crucial. À ce titre Marie-Anne Frison-Roche donne souvent l'exemple du cas Google, qui selon elle, pourra vendre le futur quand il aura le monopole et pourra construire le marché de la connaissance de l'avenir de chacun⁸⁷².

Ainsi, selon cette auteure, les « entreprises cruciales » se divisent en deux catégories. Tout d'abord, les entreprises négativement cruciales « les banques et les établissements financiers sont des entreprises cruciales, identifiées sous le terme d'«entreprises systémiques». Cela renvoie à une définition négative : en effet, leur faillite particulière entraîne la défaillance des autres établissements, puis la déconfiture du système financier dans son entier, lequel fait s'écrouler l'économie⁸⁷³. » Et ensuite, les entreprises positivement cruciales qui sont celles « dont la présence est requise pour que l'espace « fonctionne comme il convient qu'il fonctionne »⁸⁷⁴. »

Une entreprise est performante dès lors qu'elle atteint une certaine importance sur un marché donné, et à partir du moment où ses décisions auront un impact, positif ou négatif, sur ses concurrents. Le fait d'être en situation de performance pour une entreprise performante, ou dite « cruciale » sera source d'obligations comportementales pour la société. Ainsi si une entreprise occupe tout l'espace sur un marché donné, ou qu'elle détient un monopole ou a pour projet de le devenir, elle se devra de respecter certaines obligations essentielles à la bonne marche de la concurrence, du marché, et à la survie des entreprises minoritaires sur un marché.

§2 : Les obligations internes des entreprises « cruciales »

221. La performance des sociétés admise aux négociations sur un marché réglementé, ou dites « sociétés cotées »⁸⁷⁵. Il est vrai que la performance financière d'une société ne suffit pas à la rendre performante, mais les sociétés cotées vont

⁸⁷¹ M.-A. Frison-Roche, « Réguler les « entreprises cruciales » », *art. prec.* Elle donne l'exemple de la société de droit privé des Aéroports de Paris.

⁸⁷² M.-A. Frison-Roche, « les entreprises « cruciales » et leur régulation » in A. Supiot, *L'entreprise dans un monde sans frontière*, Coll. Les sens du droit, Dalloz 2015, p. 256.

⁸⁷³ M.-A. Frison-Roche, « Réguler les « entreprises cruciales » », *art. prec.*

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ Le terme société cotée sera préféré pour des raisons de commodité.

être considérées dans notre étude comme des entreprises performantes. En effet, ces entreprises sont admises sur des marchés réglementés. Un marché réglementé⁸⁷⁶ « d'instruments financiers est un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, d'une manière qui aboutit à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché⁸⁷⁷. » Les critères pour qu'une société soit admise sur un marché réglementé vont dépendre du marché. En France, par exemple le marché d'Euronext Paris est le marché des « grandes entreprises », françaises ou étrangères, disposant d'une capitalisation boursière d'environ 1 milliard d'euros⁸⁷⁸. Les critères sont en général d'ordre financier, ou visent les entreprises à forte croissance, c'est pourquoi les sociétés cotées seront considérées au sein de notre étude comme étant des sociétés performantes. Nous verrons qu'il s'impose à ces sociétés des obligations particulières.

L'organisation de ces sociétés cotées est prise en charge par une entreprise de marché, en France il s'agit d'Euronext⁸⁷⁹. L'entreprise de marché est une société commerciale qui est en charge de l'organisation et de l'exploitation d'un marché réglementé, elle a pour mission de prévenir et d'anticiper les effets potentiellement dommageables pour le bon fonctionnement du marché et pour les entreprises et acteurs du marché concerné⁸⁸⁰. Ainsi, l'entreprise de marché établit des règles de marché qui assurent une négociation équitable et ordonnée sur le marché, et fixent des critères en vue de l'exécution efficace des ordres⁸⁸¹. L'entreprise de marché fixe également les conditions d'admission aux négociations, les dispositions d'organisation des transactions, les conditions de suspension des négociations des instruments financiers, les dispositions relatives à l'enregistrement et à la publicité des négociations. Ces règles sont approuvées par l'Autorité des marchés financiers⁸⁸². Ainsi, ces entreprises admises sur des marchés réglementés doivent être *de facto* considérées comme des entreprises performantes d'un point de vue financier. En effet, ces entreprises sont d'une importance financière et économique telle qu'elles font l'objet d'une réglementation toute

⁸⁷⁶ Art. L. 421-1 C. Mon. Fin.

⁸⁷⁷ Le « marché réglementé », *Fiche d'orientation*, Dalloz, Avril 2017.

⁸⁷⁸ F. M. Laprade, « Admission sur Euronext Paris et radiation », *Rép. Sociétés*, sept. 2012, actu. Janv. 2017.

⁸⁷⁹ A. Couret, H. Le Nabasque et *alii*, *Droit financier*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2012, p. 39, n° 47.

⁸⁸⁰ A. Couret, H. Le Nabasque et *alii*, *Droit financier*, *Op. cit.*, p. 34, n° 39 et s.

⁸⁸¹ Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, Coll. Corpus, 2^{ème} éd., 2002, p. 522, n° 601 et s.

⁸⁸² Art. L. 421-10 C. Mon. Fin.

particulière. L'idée de performance comme source d'obligations s'illustre parfaitement avec l'exemple des sociétés cotées.

Le contexte international actuel de crise économique a conduit à un très large développement de la régulation des marchés financiers, et donc d'une régulation des entreprises admises sur ce type de marché. Les entreprises cotées sont des entreprises performantes auquel il s'impose un certain nombre d'obligations particulières qui s'explique par le fait qu'il est nécessaire d'encadrer et de réguler les marchés financiers afin d'en assurer une pérennité sur le long terme. C'est pour ces raisons que les entreprises cotées se voient imposer un certain nombre d'obligations par le Code monétaire et financier, mais aussi par le droit souple qui intervient à travers bon nombre de recommandations, et enfin avec une autorité indépendante administrative l'autorité des marchés financiers. La régulation des marchés financiers permet la protection des actionnaires minoritaires et la protection de la sécurité et de la transparence du marché. À ce titre, la régulation financière, et plus concrètement l'autorité des marchés financiers⁸⁸³, a pour mission de s'immiscer dans le fonctionnement interne du droit des sociétés, par exemple du fonctionnement des conseils d'administration⁸⁸⁴.

Ainsi les entreprises cotées en interne se doivent de mettre en place des mesures comme la mise en place de comité ou de contrôle interne.

222. Les apports du rapport Bouton et la gouvernance des sociétés performantes. Les excès et les dérives de la performance des entreprises vont conduire le législateur vers un nouveau mode de gouvernance de l'entreprise. En effet, à la suite de nombreux scandales financiers⁸⁸⁵ le groupe de travail dirigé par Daniel Bouton a rédigé un nouveau rapport sur le gouvernement des entreprises cotées, rendu public le 23 septembre 2002. Ce rapport écarte la possibilité d'une nouvelle réglementation et préfère multiplier les suggestions. Il s'agit d'un droit souple non contraignant qui s'impose aux sociétés cotées. Les auteurs se prononcent vers un approfondissement de la logique du gouvernement d'entreprises telle qu'elle a été développée dans les précédents rapports. Les mots d'ordre sont « autorégulation des marchés, transparence, indépendance de certains acteurs⁸⁸⁶ ». Ce

⁸⁸³ Autorité publique indépendante introduite par loi LSF du 1^{er} août 2003.

⁸⁸⁴ M.-A. Frison-Roche, *Les grandes questions du droit économique*, Puf, 2005, p. 300.

⁸⁸⁵ Les affaires Enron et Worldcom aux États-Unis et l'affaire Vivendi Universal en France.

⁸⁸⁶ A. Couret, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », *B.J.S* 1er nov. 2002 n°11 p. 1126.

rapport tente de faire des propositions pratiques que les entreprises cotées pourront mettre en œuvre pour améliorer leur contrôle interne. Le raisonnement du rapport s'articule autour de trois parties, à savoir « Améliorer encore les pratiques du gouvernement d'entreprise », « Confronter l'indépendance des commissaires aux comptes » et « information financière, normes et pratiques comptables ». D'une part, le rapport est dédié au conseil d'administration à ses membres et son fonctionnement et ensuite il encourage la création de comités de contrôle interne à l'entreprise. En effet, il encourage les entreprises à mettre en place de ces comités, tels que des comités de comptes, de rémunérations et des nominations. Même si en pratique les entreprises du CAC 40 possèdent déjà des comités, le rapport préconise de les diversifier pour éviter qu'un seul n'assume toutes les fonctions. Le but sera de renforcer dans les sociétés cotées, les contre-pouvoirs et prévoir des comités et des administrateurs indépendants⁸⁸⁷. À ce titre, l'Autorité des marchés financiers relève que 43% des sociétés ont mis en place un comité d'audit et 40% un comité de rémunérations⁸⁸⁸.

223. Les contrôles internes pour assurer la conformité réglementaire des entreprises performantes. En outre depuis les années 2000, les faillites inattendues de certaines grosses entreprises françaises ont mis en relief la nécessité de mettre en place des contrôles internes au sein des entreprises. Le but de ces contrôles est de prévenir les abus de performances et les dérives, mais également de mettre en place un système d'alerte pour la prévention des défaillances dans les entreprises. En effet, le contrôle interne vise à s'assurer de la conformité des activités de l'entreprise avec les lois et règlements en vigueur, mais aussi de veiller à l'application des instructions et orientations fixées par la direction générale, et enfin de s'assurer de la fiabilité des informations financières⁸⁸⁹. Ces contrôles vont permettre de maîtriser les activités de la société et de prendre en compte les risques qui y sont liés, qu'ils soient financiers, opérationnels ou de conformité⁸⁹⁰. Ainsi depuis une vingtaine d'années les sociétés françaises, dont les titres sont admis sur un marché réglementé, ont mis en place des contrôles internes avec notamment des comités *ad hoc*⁸⁹¹. En France, on les rencontre sous le terme générique de comité des comptes, plus connu sous le nom de comité d'audit. À la vue de l'importance des contrôles internes dans la gestion des risques, le

⁸⁸⁷ I. Arnaud-Grossi, « Nouvelles recommandations sur le gouvernement d'entreprise : le rapport Bouton », *RLDA* 2002 n° 54 du 11/2002.

⁸⁸⁸ J. Colbeaux, *Lamy Droit du Dirigeant d'Entreprise*, 2005, n° 220-7.

⁸⁸⁹ F. Barrière, obs. sous Cass. soc 8 déc. 2009, *Rev.soc.* 2010 p. 483.

⁸⁹⁰ F. Barrière, obs. sous Cass. soc 8 déc. 2009, *art. prev.*

⁸⁹¹ C. Ganay D'Indy et L. Engel, « Les comités d'audit », *B.J.S* 1 juill. 2003 n° 7, p. 723.

législateur a voulu rendre ces contrôles obligatoires avec l'ordonnance n°2008-1278 du 8 décembre 2008. Ces comités ont certaines particularités qui les rendent indépendants et performants pour le contrôle interne de l'entreprise. En effet, ces comités d'audit sont laissés hors de portée du spectre légal. Les entreprises peuvent décider de leur composition, de leurs attributions ou encore de leur fonctionnement⁸⁹². De plus, les comités d'audit sont une simple émanation du conseil d'administration, ils ont vocation à fournir un travail préparatoire afin d'aider le Conseil dans sa mission de gestion et dans ses prises de décision⁸⁹³, cette vocation purement consultative est exprimée dans l'article 90 du décret n°67-236 du 23 mars 1967. Ces contrôles internes demeurent sous la dépendance des organes collégiaux de la société et même si leur fonction n'est que consultative, leur importance n'en est pas moins grande.

Ce nouveau mode de gouvernance des entreprises in fine va servir à la performance des entreprises. En effet, le fait de tenter de mettre en place une prévention dans les abus de la performance, va permettre à l'entreprise d'avoir une organisation plus transparente, d'éviter de commettre des abus dans la fixation des rémunérations, et donc va favoriser sa performance.

224. Les alertes professionnelles au sein des entreprises performantes.

En plus des comités de contrôle interne, qui limitent les risques et régulent la performance, il existe aussi des alertes professionnelles. La doctrine les définit comme « un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet : des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires (...) qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise ; des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnelle au but recherché ; des atteintes à la santé physique et mentale des salariés⁸⁹⁴ ». Ces alertes mises en place par les sociétés sont appelées les *whistleblowing*. En effet ces alertes sont issues du droit américain avec la loi Sarbanes-Oxley de 2002⁸⁹⁵. Ce dispositif d'alerte s'applique à certaines sociétés françaises si elles sont des filiales de sociétés

⁸⁹² C. Ganay D'Indy et L. Engel, « Les comités d'audit », *B.J.S* 1 juill. 2003 n° 7, p. 723.

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ P.-H. Antonmattei et Ph. Vivien, « Chartres d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspective. Rapport au ministère délégué à l'emploi », *Doc. Fr.*, 2007, p. 35, Cité par F. Barrière, obs. sur Cass. soc 8 déc. 2009, *Rev.soc.* 2010 p. 483.

⁸⁹⁵ F. Barrière, obs. sur Cass. soc 8 déc. 2009, *Rev.soc.* 2010 p. 483.

américaines, on peut citer par exemple la société Total ou encore la société Veolia Environnement. En France, il existe des systèmes d'alerte similaires dans leur fonctionnement par exemple pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, ou les sociétés de gestion de portefeuilles⁸⁹⁶. Ces alertes permettent un certain contrôle dans la gestion de l'entreprise pour tendre vers la performance de ces dernières et signaler les risques de non-conformité et les éventuels abus. À ce titre, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 », affirme le statut des lanceurs d'alerte en France. Ce dispositif s'impose aux « grandes » entreprises employant plus de 50 salariés. Le lanceur d'alerte est désormais défini par la loi comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ⁸⁹⁷».

225. Conclusion de la section relative à la performance source d'obligations en interne afin de promouvoir le marché. Les entreprises performantes ou dites cruciales englobent les entreprises qui sont admises sur un marché réglementé, ou les entreprises qui sont en situation de monopole ou qui ont pour projet de le devenir, et qui occupent tout l'espace. Ces entreprises performantes d'un point de vue financier, économique et boursier doivent respecter un certain nombre de règles en interne relatives à leur gestion. Le droit souple et les recommandations en matière de gouvernance d'entreprise s'imposent à ces entreprises performantes qui se doivent de respecter des obligations qui leur sont propres. C'est en ce sens que la performance est source d'obligations. Le fait pour une société d'être dans une situation de performance, sur un marché donné, lui impose de respecter un certain nombre d'obligations qui lui sont propres.

La performance d'une société ne doit pas être condamnée, au contraire, mais lorsqu'elle atteint un niveau tel qu'elle devient néfaste pour les autres concurrents il faut lui

⁸⁹⁶ F. Barrière, obs. sur Cass. soc 8 déc. 2009, *Rev.soc.* 2010 p. 483.

⁸⁹⁷ A. Lecourt, « Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 », *RTD com.* 2017, p. 101.

imposer des règles particulières qu'elle se doit de respecter afin de promouvoir une performance collective et durable.

Section 2 : La performance source d'obligations externes afin de promouvoir le marché des concurrents

226. Les entreprises en situation de performance vont se voir imposer des obligations particulières par le droit de la concurrence. Ces dernières sont susceptibles d'avoir des effets néfastes sur le marché des concurrents et pour les consommateurs. En effet, de par leur position dominante, ou en raison de leur puissance économique elles peuvent produire des effets néfastes et le droit se doit de venir les réguler. Ces entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents, vont se livrer à une compétition économique visant à gagner des parts de marchés et à gagner les faveurs de la clientèle⁸⁹⁸. Il s'agit du jeu de la concurrence, pourtant les entreprises sont parfois amenées à commettre des abus, même si elles respectent les règles du jeu. Ces abus auront des effets anticoncurrentiels et seront néfastes pour le marché et les consommateurs. C'est ainsi que le droit de la concurrence⁸⁹⁹ vient contrôler les abus de performance et imposer des obligations particulières aux entreprises en situation de performance. À ce titre, des autorités sont chargées du contrôle de la concurrence, parmi elles on compte la DGCCRF⁹⁰⁰ et l'Autorité de la concurrence⁹⁰¹. Cette dernière a une compétence contentieuse pour connaître des pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles elle pourra prononcer une sanction sous forme d'amende, d'injonction ou d'astreinte.

Ainsi, d'une part, il convient d'étudier les cas où une entreprise performante, notamment une entreprise en position dominante doit faire l'objet d'une régulation par le droit de la concurrence, ainsi la performance individuelle devient source d'obligations afin d'assurer la protection du marché (§1). Et d'autre part, il convient d'étudier les cas où la réunion de plusieurs entreprises à travers une concentration, ou une entente devra faire également l'objet d'une régulation. Il s'agit en l'espèce de se préoccuper de la performance

⁸⁹⁸ Voir « concurrence », G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, éd. 2011.

⁸⁹⁹ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Sirey, 7^{ème} éd., 2017, D. Mainguy, J.-L. Respaud, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2006, M. Malaurie Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7^{ème} éd.

⁹⁰⁰ Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

⁹⁰¹ Anciennement Conseil de la concurrence.

collective de plusieurs entreprises et d'étudier les obligations qui s'imposent à ces entreprises, dans un même but de respect et de protection du marché des concurrents (§2).

§1 : La performance individuelle source d'obligations

227. Une entreprise en position dominante est une entreprise performante d'un point de vue économique. Cette situation de position dominante sera contrôlée, et si besoin, sanctionnée par le droit de la concurrence. Ce droit apparaît alors comme un instrument régulateur des performances individuelles des entreprises, au service de la performance collective du marché. Il existe des situations où il devient nécessaire que le droit de la concurrence intervienne, la performance individuelle doit être régulée, la performance doit nécessairement devenir source d'obligations **(A.)**. La performance individuelle est encore une fois source d'obligations afin de réguler, notamment, les performances excessives des entreprises en position dominante **(B.)**.

A : la régulation source d'obligations pour les entreprises performantes

228. **Des liens étroits entre droit de la concurrence et performance.** C'est bien le droit qui permet au marché de perdurer et de s'équilibrer, ainsi, de ce point de vue, le droit de la concurrence et la performance sont liés par des liens étroits. En effet, le droit de la concurrence veille au bon fonctionnement du marché, il veille à son équilibre, et pour cela, il régule et impose un certain nombre d'obligations aux entreprises dont les parts de marchés sont dominantes sur un marché donné. Le droit européen de la concurrence a une double mission ; il assure l'ouverture des marchés et veille à leur bon fonctionnement, le droit de la concurrence interne veille également au bon fonctionnement du marché, mais il a une dimension plus vaste puisqu'il intègre également les règles de la concurrence déloyale et celles relatives à la protection des concurrents⁹⁰². « La concurrence récompense l'entreprise la plus performante, la plus innovante et dont les produits offerts sont les plus en adéquation avec la demande. À l'inverse, les entreprises non adaptées disparaissent. En cela, l'élimination des concurrents moins performants permet à l'entreprise de devenir monopolistique : la concurrence a tué la concurrence. Le droit de la concurrence, en posant des limites à l'usage

⁹⁰² M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européenne*, Sirey, 7^{ème} éd., 2017, p. 42, n° 110.

par les entreprises de leur pouvoir de marché, fournit au marché une sorte de seconde nature, qui l'empêche de se dévorer lui-même⁹⁰³. » C'est dans ce sens que les entreprises performantes, c'est-à-dire celles ayant un pouvoir de marché important, vont se voir réguler par le droit de la concurrence et se voir imposer des obligations. Performance et concurrence sont donc étroitement liées, la performance est régulée par le droit de la concurrence, et la concurrence se crée par la recherche de performance. La régulation du marché par le droit de la concurrence impose donc des obligations nécessaires aux opérateurs performants.

229. Le seuil de sensibilité. Il convient de souligner qu'il ne s'agit cependant pas de démontrer que toute situation de performance pour une entreprise mérite régulation. En effet, le droit de la concurrence applique la théorie du seuil de sensibilité qui consiste à sanctionner le comportement d'une entreprise performante seulement si le marché est sensiblement atteint par leur comportement. Même si une entreprise performante adopte un comportement répréhensible s'il n'est pas constaté une atteinte au marché ou aux concurrents, le droit de la concurrence ne sanctionnera pas ce comportement. En effet, le droit de la concurrence est un droit objectif qui ne se préoccupe en rien des intentions, qu'elles soient coupables ou non, des entreprises performantes en cause⁹⁰⁴. L'exigence d'un seuil de sensibilité est donc essentielle en droit de la concurrence pour certaines sanctions, c'est le cas pour les ententes et l'abus de position dominante, et depuis la loi « Galland » du 1^{er} juillet 1996 cette règle vaut également pour la pratique des prix abusivement bas⁹⁰⁵. Ainsi, les pratiques anticoncurrentielles peuvent dans certains cas être justifiées et ainsi échapper à toutes sanctions. Ces justifications trouvent leur source dans la jurisprudence avec la règle de raison, qui semble cependant avoir été abandonnée depuis une jurisprudence européenne de 2001⁹⁰⁶, ou dans la loi avec les exemptions de l'article L420-4 du Code de commerce⁹⁰⁷. En

⁹⁰³ M.-A. Frison-Roche, *Les grandes questions du droit économique, op. cit.*, p. 358.

⁹⁰⁴ M.-C. Boutard-Labarde et R. Saint-Esteben, « Réflexions sur le seuil de « sensibilité » en droit de la concurrence », *JCP, éd. E*, 1989, II, 15406, p. 69-71.

⁹⁰⁵ Art. L.420-1 à L.420-7 C. com.

⁹⁰⁶ À partir des années 70 la Cour de Justice a reconnu ce que l'on appelle la règle de raison, c'est-à-dire qu'une restriction de concurrence peut être justifiée par la reconnaissance d'un impératif, mais dans un arrêt du Tribunal de première instance du 18 septembre 2001, *Métropole télévision*, l'application de la règle de raison a été formellement condamnée par le tribunal. Cette justification n'a plus vocation à s'appliquer en droit européen. V. J.-B. Blaise, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, actu. Avril 2016, n° 545 et s. ; J.-B. Blaise, « Chronique de droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, 2002, p. 339.

⁹⁰⁷ L'exemption peut être fondée sur le progrès économique qui suppose « un avantage social par la création ou le maintien d'emplois ainsi qu'un avantage pour les consommateurs puisqu'il faut que ces pratiques réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux

revanche, ce seuil de sensibilité ne s'applique pas pour les autres sanctions du droit de la concurrence, il s'agit des interdictions *per se*. Ces interdictions visent des comportements qui sont interdits en eux-mêmes, peu importe leur impact sur le marché puisqu'ils visent à la protection des concurrents et non pas à la protection du marché. Ainsi, une entreprise performante, en position dominante, ne peut commettre d'atteintes au marché sous peine d'être sanctionnée par le droit de la concurrence. Il s'agit donc d'une obligation négative à respecter pour un opérateur économique détenant une part importante du marché. L'objectif étant la protection et l'équilibre du marché, le droit de la concurrence impose aux opérateurs performants certaines interdictions de pratiques anticoncurrentielles, ce qui, implicitement, est source d'obligations pour les entreprises.

Ainsi, notamment avec la sanction de l'abus de position dominante le droit de la concurrence régule les comportements des entreprises performantes. Il s'agit d'une régulation de la performance excessive lorsque cette dernière a un impact négatif sur le marché.

B : L'abus de position dominante et la régulation d'une performance excessive

230. La position dominante assimilée à l'état de performance d'une entreprise. Il convient dans un premier temps de démontrer que la performance d'une entreprise se traduit bien souvent par la position dominante de cette dernière sur un marché donné. Il s'ensuit de cette position de dominance des règles à respecter afin de ne pas commettre d'abus au risque de se voir sanctionner par le droit des pratiques anticoncurrentielles. La performance d'une entreprise sur un marché lui impose donc de ne pas abuser de cet état de performance afin de ne pas nuire au marché. La position dominante se définit comme « le fait de jouer un rôle directeur sur le marché, c'est-à-dire dans le fait de pouvoir s'abstraire des contraintes du marché et d'obliger les concurrents à s'aligner sur son propre comportement. La position dominante n'implique donc pas nécessairement une situation de monopole ou de domination absolue, elle suppose seulement de pouvoir se détacher des contraintes du marché⁹⁰⁸ ». Plusieurs éléments doivent être réunis afin de constater la position dominante d'une entreprise : l'entreprise ou un groupe d'entreprises doit être sur un marché pertinent en situation de domination. Ainsi, l'entreprise est

entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. » in M. Menjucq, *Droit commercial et des affaires*, Gualino, 10^{ème} éd., 2017, p. 183, n° 362.

⁹⁰⁸ J. Mestre et M-E. Pancrazi, *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, *op.cit.*, p. 105 et s.

considérée comme prépondérante sur un marché ce qui lui permet de ne plus se soucier des contraintes du marché et a le pouvoir d'obliger ses concurrents à s'aligner sur elle⁹⁰⁹. Non seulement l'entreprise en position dominante jouit d'une indépendance de comportement par rapport à ses concurrents, mais en plus, elle est en mesure d'exercer un pouvoir sur eux⁹¹⁰. L'appréciation de la position dominante d'une entreprise se fait à partir d'un faisceau d'indices qui prend en compte les parts de marché et celles de ses principaux concurrents, mais aussi des éléments qui peuvent être de nature à donner un avantage concurrentiel à l'entreprise concernée, par exemple son appartenance à un groupe puissant, ou encore la détention d'une avance technologique majeure⁹¹¹. Le critère principal de la position dominante reste toutefois celui de la part de marché détenue par l'entreprise en question. La détention d'une très forte part de marché suffit à apporter la preuve de la position dominante de l'entreprise, il n'existe pas de chiffre précis, mais en général lorsque la part de marché dépasse les 80%, la position dominante de l'entreprise sera présumée⁹¹². Cependant, la part de marché est un critère qui doit être complété par d'autres indices. L'Autorité de la concurrence examine également la structure du marché c'est-à-dire l'intensité de la concurrence sur le marché, également la structure de l'entreprise, c'est-à-dire l'ensemble des éléments quantitatifs propres à l'entreprise comme une supériorité » de gestion⁹¹³. Ensuite, il convient de tenir compte de son comportement et de ses performances financières. Par exemple, il faut prendre en compte sa capacité à augmenter ses prix sur un marché en régression, ou sa capacité à maintenir une part de marché importante durant plusieurs années, en dépit du niveau des prix supérieurs à celui des concurrents⁹¹⁴. Par exemple, la société Sanofi-Aventis était en position dominante sur le marché français du clopidogrel délivré aux médecins en ville. Le clopidogrel est une molécule commercialisée notamment par Sanofi sous le nom de Plavix. Elle a été condamnée par l'Autorité de la concurrence à hauteur de 40,6 millions d'euros pour abus de position dominante caractérisé par des comportements systématiques visant à dénigrer ses concurrents auprès des professionnels de la santé⁹¹⁵.

⁹⁰⁹ D. Mainguy, J.-L. Respaud, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, p. 281.

⁹¹⁰ J.-B. Blaise, R. Desgorces, *Droit des affaires*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2015, p. 425, n° 799.

⁹¹¹ Autorité de la concurrence, 14 mai 2013, Sanofi, n° 13-D-11.

⁹¹² J.-B. Blaise, R. Desgorces, *Droit des affaires, op., cit.*, p. 425, n° 802.

⁹¹³ L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence*, Lawlex/Bruylant, 2015, p. 1445, n° 814.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ L. Constantin, obs. sous Autorité de la concurrence, 14 mai 2013, Sanofi, n° 13-D-11., *D. Actu.* 27 mai 2013.

Il convient donc de constater que le fait pour une entreprise de détenir un monopole, ou de détenir le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective, constitue pour elle un état de performance. De plus, cet état de performance est maintenu même en cas de baisse de ses parts de marchés tant qu'elle reste le leader sur un marché donné⁹¹⁶.

En droit européen, l'abus de position dominante est défini par l'article 102 du TFUE⁹¹⁷ de la manière suivante : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci⁹¹⁸. » L'interdiction ne concerne donc pas la position dominante en elle-même, mais le fait d'abuser de cette position, il faut donc constater en premier lieu un abus avant de constater une atteinte au marché. Le même article dresse une liste non limitative des comportements pouvant constituer un abus de position dominante tels que le fait « d'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, d'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, ou encore de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats⁹¹⁹. »

En droit interne l'abus de position dominante est sanctionné à l'article L.420-2 du Code de commerce⁹²⁰. Cet article fait la distinction entre l'abus de dépendance économique et l'abus de position dominante. Cependant, ni l'article L.420-2 du Code de commerce ni l'article 102 TFUE, ne donnent de définition de l'abus, ils se contentent de donner des

⁹¹⁶ V. Selinsky, note sous Cons. Conc., déc. N° 05-D-70, 19 déc. 2005, *Rev. Lamy conc.* 2006, n° 427.

⁹¹⁷ TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

⁹¹⁸ Art. 102 TFUE.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ Art. L.420-2 C. com. : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L.442-6 ou en accords de gamme. »

exemples d'abus. Ces exemples fournissent un guide assez précis et il est possible de classer les différents cas d'abus en deux catégories. Dans certains cas « l'abus se présente comme un acte anormal par rapport à celui qu'imposerait un régime de concurrence normal⁹²¹ », et dans d'autres cas, « l'acte est abusif parce qu'il modifie les conditions de concurrence. » De plus en 1979 l'arrêt Hoffman-La Roche⁹²² est venu donner une définition de l'abus de position dominante avec le respect de trois conditions, à savoir une position dominante, un abus et un effet anticoncurrentiel. La position dominante d'une entreprise s'apprécie souvent au regard des parts de marché détenues par elle. Ainsi, la position dominante se retrouve dans la capacité de l'entreprise à être compétitive. À ce titre nous allons étudier deux exemples d'abus de position dominante, qui sont significatifs du besoin de régulation de la performance si cette dernière veut rester bénéfique pour le marché et les opérateurs économiques.

231. La pratique des ciseaux tarifaires. Il convient d'étudier dans un premier temps la pratique des ciseaux tarifaires comme exemple d'abus de position dominante. Cette pratique concerne les marchés régulés lorsqu'une entreprise propose des prix excessifs à ses concurrents dans le but de restreindre la concurrence. La pratique des prix abusifs peut concerner les cas où l'entreprise en position dominante pratique des prix excessivement bas⁹²³ ou élevés⁹²⁴. Par exemple dans une affaire concernant le secteur de la téléphonie en 2010⁹²⁵, France Télécom devait donner son accord pour que les autres opérateurs utilisent la boucle en cuivre, nécessaire pour accéder au marché en cause, les autorités de la concurrence ont obligé France Télécom à contracter avec ses concurrents pour ne pas leur bloquer l'accès au marché. Cependant France Télécom a exigé des redevances en contrepartie de quoi il devait s'occuper d'entretenir le réseau. Or en 2010 la Cour de justice a condamné France Télécom pour abus de position dominante, car l'entreprise avait entravé l'accès de nouveaux entrants au marché de l'Internet par le fait

⁹²¹ J.-B. Blaise, R. Desgorces, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 427, n° 805.

⁹²² CJCE, 13 février 1979 : Rec. CJCE, p. 461.

⁹²³ CJCE, 11 avril 1989, aff. 66-86, LawLex 024020 : « Le caractère abusif d'une pratique de tarifs excessivement réduits émanant d'un transporteur aérien en position dominante s'apprécie au regard de l'ensemble de ses coûts à long terme, des besoins des consommateurs, de la nécessité d'une rémunération satisfaisante du capital, des tarifs pratiqués par d'autres transporteurs exploitant la liaison et de la nécessité d'empêcher tout dumping » in L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, op. cit.*, p. 307, *infra* n° 1418.

⁹²⁴ Ph. Delannay, obs. sous CJCE 14 fév. 1978, aff. 27-76, LawLex024112, *RTD europ.* 1978, p. 294.

⁹²⁵ CJUE, 14 oct. 2010, Deutsche Telekom c/ Commission, aff. C-280/08.

d'avoir augmenté le montant des redevances et en diminuant les prix pour les consommateurs, ce qui avait entraîné une diminution de la marge de bénéficiaires de ses concurrents. La Cour adopte une vision sur le long terme pour ce type de pratique. En effet, France Télécom aurait pu éliminer tous ses concurrents s'il avait pratiqué cet abus plus longtemps. De plus, même si la baisse des prix était favorable au consommateur, sur le long terme cette pratique aurait abouti à une augmentation des prix, une fois les concurrents évincés. En l'espèce, la Cour de justice a sanctionné l'entreprise pour avoir abusé de sa performance, car elle détenait un avantage matériel par rapport à ses concurrents, et elle en a abusé pour tenter d'éliminer la concurrence. Ainsi, une entreprise en position dominante a l'obligation de ne pas commettre d'abus de son état de performance afin de ne pas nuire au marché et de ne pas commettre de pratiques qui soient anticoncurrentielles⁹²⁶.

232. La théorie des infrastructures essentielles. Ensuite, il convient d'évoquer la théorie des infrastructures essentielles. Par exemple lorsqu'une entreprise va se servir de sa position dominante comme technique d'éviction de ses concurrents, la théorie des infrastructures essentielles va apporter un remède adéquat. Cette théorie des infrastructures essentielles est aussi connue sous le nom des facilités essentielles. Elle est utilisée lorsqu'une entreprise dispose d'un monopole sur une infrastructure quelconque et dans le même temps exploite un service à partir de cette infrastructure. L'abus sera alors constitué soit par un refus injustifié d'accès à l'installation, soit par un prix non proportionné, non orienté vers les coûts et non transparent ou discriminatoire⁹²⁷. Les entreprises qui seront alors tentées de conserver ces avantages concurrentiels pour conserver leur position dominante et leur performance acquise vont être obligées de faire de leur exploitation privative une exploitation collective, pour éviter le cloisonnement du marché. Une entreprise performante, parce qu'elle détient un monopole sur une infrastructure, aura donc l'obligation de partager cet avantage concurrentiel avec ses concurrents. Par exemple, c'est le cas d'un aéroport, dont une société détient le monopole d'exploitation⁹²⁸. Cette société occupe alors une position dominante sur le marché des infrastructures aéroportuaires, elle va abuser de sa position si elle refuse l'accès de l'aéroport à d'autres

⁹²⁶ Pour d'autres exemples de pratique des ciseaux tarifaires en droit français : V. E. Chevrier, obs. sous Cass. com. 17 janv. 2012, n° 11-13067, *D. actu.*, 27 janv. 2010 ; Cass. com. 12 mai 2015, n° 14-10792, *D. actu.*, 2015, p. 1149 ; Cass. com. 17 janv. 2012, n° 11-13067, *D. actu.* 2012, p. 277.

⁹²⁷ M. Depince, J.-L. Respaud et D. Mainguy, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, p. 288.

⁹²⁸ R. Bout, M. Bruschi et alii, *Lamy Droit économique*, 2012, n° 1559.

entreprises. Ainsi elle va profiter de sa position dominante, ce qui se répercutera très certainement sur ces tarifs. Une fois de plus avec cet avantage qui va accentuer la performance de l'entreprise il est utile que le droit de la concurrence vienne contrôler les abus de position dominante et impose des obligations de partage des infrastructures aux entreprises.

Une fois encore, ces exemples d'abus de position dominante caractérisés démontrent bien qu'une entreprise performante a l'obligation d'adopter un comportement qui ne soit pas anticoncurrentiel afin d'assurer le respect du marché. La performance est bel et bien un état source d'obligations pour l'entreprise.

§ 2 : La performance collective source d'obligations

233. La performance peut être détenue individuellement par une entreprise en position dominante, ou elle peut être détenue collectivement par un groupe d'entreprises⁹²⁹. Les concentrations d'entreprises doivent faire l'objet d'un contrôle par les autorités de la concurrence. Ces dernières peuvent avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché, leur performance sera contrôlée par une autorisation préalable. Ainsi, la performance collective sera également source d'obligations, autrement dit, une fois encore plusieurs entreprises qui agissent ensemble sur un marché déterminé, ne peuvent adopter un comportement susceptible de nuire au marché. La performance collective sera donc également source d'obligations afin de contrôler les concentrations **(A.)**, et les ententes **(B.)**.

A : Le contrôle des concentrations, la performance collective source d'obligations de déclarations

234. Au titre du contrôle des concentrations il convient d'étudier le domaine d'application et les objectifs recherchés par le droit de la concurrence au regard de régulation de la performance des entreprises **(1.)**, et également d'étudier comment le droit de la concurrence met en œuvre la procédure du contrôle des concentrations d'entreprises performantes **(2.)**.

⁹²⁹ M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2015, p. 533, n° 543.

1 : Le domaine d'application du contrôle des concentrations et les objectifs au regard de la régulation de la performance

235. Les objectifs du contrôle des concentrations. Notre droit a instauré en 1977 le contrôle des concentrations d'entreprises qui constituait une menace sérieuse pour la large concurrence⁹³⁰. Même si la concentration d'entreprises permet aux entreprises nationales de s'unir pour faire face à une concurrence mondiale très rude, les concentrations ont besoin d'être contrôlées face aux dangers qu'elles peuvent représenter pour le marché. En effet, la multiplication des opérations de concentrations a conduit le législateur à réformer ces modalités de contrôle avec la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations d'entreprises. Et plus récemment avec la loi du 9 décembre 2004 qui est venue rendre obligatoires les notifications de projet de concentrations au ministre de l'Économie⁹³¹. Mais depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, qui a modifié les articles L. 430-3 et L. 430-4 du Code de commerce, l'opération ne doit plus être notifiée au ministre de l'Économie, mais directement à l'Autorité de la concurrence qui décide du refus ou de l'acceptation de la concentration⁹³². L'intervention du ministre n'est toutefois pas supprimée, mais résiduelle, ce dernier peut intervenir dans le seul cas où un motif d'intérêt général est en cause, autre que le maintien la concurrence. La loi du 4 août 2008 a été complétée par les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence du 16 décembre 2009 et du 10 juillet 2013.

236. Le domaine d'application territoriale des règles de contrôle. Les concentrations lorsqu'elles touchent au domaine communautaire vont se voir appliquer le droit de l'Union européenne, ce dernier se substitue à la réglementation interne. Le droit interne ne s'applique seulement si la concentration produit un effet en France et si elle n'a pas de dimension communautaire⁹³³. En effet, comme a pu le souligner le Conseil de la concurrence « les règles du droit national relatives au contrôle des concentrations, d'une part, ne distinguent pas selon que les parties à l'acte sont régies, pour leur constitution et leur

⁹³⁰ J. Mestre et M-E. Pancrazi, *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 27ème éd., 2006, p. 113 ; R. Plaisant, J. Lassier et J. Epstein, « Le contrôle des concentrations en France : la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 », *D*, 1978, chron. 99 ; Ch. Gavalda, « Le contrôle des concentrations d'entreprises selon la loi française n° 77-806 du 19 juillet 1977 », *Rev. Sociétés*, 1979, p. 473 ; G. Lyon-Caen, « Le contrôle des concentrations : étude de la loi française et de la proposition européenne », *RTD eur.*, 1979, p. 440.

⁹³¹ J. Mestre et M-E. Pancrazi, *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, *op. et loc. cit.*

⁹³² D. Mainguy, M. Depince, et J-L. Respaud, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, p. 313.

⁹³³ D. Mainguy, M. Depince, et J-L. Respaud, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, p. 313.

fonctionnement, par le droit français ou par un autre droit national, ni selon qu'elles sont implantées ou non sur le territoire français, d'autre part, s'appliquent dès lors que l'opération est susceptible de produire des effets sur le marché français⁹³⁴ ».

237. Le domaine d'application matériel des règles de contrôle. Le droit interne fixe des seuils d'application des règles de contrôle à l'article L430-2 du Code de commerce. En effet, il est important de préciser que le contrôle des concentrations s'effectue seulement si les entreprises en cause dépassent un certain seuil. Les entreprises qui opèrent une concentration doivent avoir une certaine dimension sur le marché pour que le contrôle leur soit applicable, ainsi, les petites concentrations bénéficient en quelque sorte d'une présomption d'innocuité et échappent à la réglementation⁹³⁵. Ces seuils ont été uniformisés avec le droit de l'Union européenne et se basent uniquement sur le chiffre d'affaires et non plus sur les parts de marchés comme c'était le cas avant la loi de 2001. Ces seuils fixés en fonction du chiffre d'affaires peuvent toutefois ne pas être significatifs dans certains cas. Il existe des opérations portant sur le rachat d'une entreprise dont le chiffre d'affaires est relativement bas, et pourtant décisif sur la concurrence : par exemple, l'acquisition de Whatsapp par Facebook en 2014 ne relevait pas du contrôle des concentrations, car le chiffre d'affaires mondial de Whatsapp était peu important⁹³⁶. Or cette opération avait bel et bien une réelle incidence sur le marché, car les clients de Whatsapp pouvaient bénéficier de l'attractivité de Facebook avec ses millions de consommateurs. Il a été proposé de mettre en place des seuils fondés sur la valeur des actifs comme aux États-Unis, et non plus sur le chiffre d'affaires⁹³⁷. Selon l'article L430-2 du Code de commerce, on compte deux catégories de seuils que l'on appelle « le grand seuil » et « le petit seuil »⁹³⁸. Le premier se réfère au chiffre d'affaires mondial supérieur à 150 millions d'euros et le second au chiffre d'affaires réalisé en France par deux au moins des entreprises supérieures à 50 millions d'euros. Avec ces seuils qui se réfèrent au chiffre d'affaires des entreprises, soumises au contrôle des concentrations, on peut remarquer que ce sont les entreprises performantes qui sont visées. En effet, le fait que les seuils soient fixés à un niveau assez élevé nous montre bien que les entreprises visées par ce contrôle sont des entreprises performantes par leur chiffre d'affaires, qui sont

⁹³⁴ Avis Cons. Conc., avis, n° 00-A-27, 28 nov. 2000, Acquisition par Saint-Gobain Pipelines de Biwater industries, Rapp. Cons. Conc. Pour 2000, p. 1315.

⁹³⁵ P. Arhel, « Concentration », *Rep. droit com.*, Dalloz, fév. 2017.

⁹³⁶ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européenne*, *op. cit.*, p. 351.

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ D. Mainguy, M. Depince, et J-L. Respaud, *Droit de la concurrence*, *op.cit.*, p. 316 et s.

susceptibles de commettre des abus de leur performance en s'unissant à d'autres, dans le but d'être les plus compétitives possible. Il est alors naturel que le droit de la concurrence exerce un contrôle sur ces concentrations, et impose aux entreprises qui souhaitent s'unir un contrôle. La performance collective devient alors source d'obligations à travers des obligations de déclarations.

2 : La mise en œuvre de la procédure du contrôle des concentrations

238. Les opérations de contrôle concernées. Les concentrations devant faire l'objet d'un contrôle sont définies à l'article L.430-1 du Code de commerce. Selon l'article 39 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : « La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante ». En premier lieu, il faut qu'il s'agisse d'une opération emportant un transfert de propriété ou de jouissance⁹³⁹. Cette dernière peut résulter d'une fusion ou d'une prise de contrôle⁹⁴⁰. Il est indifférent qu'il s'agisse d'une fusion acquisition dans laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule, ou d'une fusion absorption par laquelle une société absorbe une ou plusieurs sociétés qui vont disparaître⁹⁴¹. Enfin il peut s'agir d'une simple prise de participation dans une autre société. Lorsque ces prises de contrôle ont lieu, c'est parce que « l'union fait la force ». Mais ces concentrations devront faire l'objet de contrôle, car si pour elles ces opérations sont bénéfiques dans un souci de performance, elles peuvent avoir des effets anticoncurrentiels sur le marché. En effet, ces concentrations peuvent provoquer une restriction de concurrence néfaste pour les autres concurrents ou même se répercuter sur l'emploi en entraînant des licenciements massifs suite à ces fusions. En second lieu, la création d'une filiale commune par plusieurs sociétés peut également être constitutive d'une concentration devant être autorisée par l'Autorité de la concurrence⁹⁴². L'entreprise commune est généralement une société créée par deux entreprises concurrentes en vue de

⁹³⁹ L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, op. cit.*, p. 1711, n° 990 et s.

⁹⁴⁰ J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 469, n° 889 et s.

⁹⁴¹ D. Mainguy, M. Depince, et J.-L. Respaud, *Droit de la concurrence, Op. et loc. cit.*

⁹⁴² L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, op. cit.*, p. 1711, n°992.

réaliser une opération, une tâche commune dans le domaine de la recherche ou de la production⁹⁴³. Ainsi, selon l'article L.430-1 du Code de commerce : « La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article. » Cependant le Conseil de la concurrence a estimé dans un avis⁹⁴⁴ que la souscription d'actions à l'occasion de l'augmentation de capital d'une société ne constituait pas un transfert de jouissance ou de propriété devant faire l'objet d'un contrôle.

239. La prise de contrôle d'une entreprise indépendante. Lorsqu'une entreprise prend le contrôle d'une entreprise indépendante, il faut qu'il y ait l'exercice d'une influence déterminante pour que l'opération soit une concentration au regard du droit de la concurrence. On considère qu'il faut une influence durable et stratégique⁹⁴⁵. À ce titre, depuis quelques années on a vu se développer des opérations de concentrations dans le secteur de la grande distribution avec la création de super centrales de référencement dont le poids économique qu'elles génèrent les rend suspectes⁹⁴⁶. Ce phénomène est contrôlé avec grande attention par l'Autorité de la concurrence. Le Conseil de la concurrence, qui a été remplacé par l'Autorité de la concurrence, a rendu un avis en mai 2000⁹⁴⁷ sur cette question concernant l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès. En ce qui concerne la nature de cette opération, le Conseil a retenu que « l'opération a donné lieu à la fusion des deux entreprises et à la disparition de la structure juridique de Promodès ; qu'ainsi, et en tout état de cause, l'opération constitue une concentration au sens de l'article » 39 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. De plus, le seuil des chiffres d'affaires a été franchi suite à cette opération. En tout état de cause, le Conseil a considéré que la société Carrefour a acquis par cette opération une position prééminente susceptible de porter atteinte à la concurrence dans les zones qu'elle cite dans la décision.

Dans une décision plus récente de 2016, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le groupe Altice et SFR groupe dans sa décision n° 16-D-24. Cette décision est un peu particulière, car les entreprises en question avaient formulé une demande d'autorisation pour leur concentration, qui avait d'ailleurs été acceptée par l'Autorité de la concurrence. En effet,

⁹⁴³ J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 469, n° 892.

⁹⁴⁴ Cons. Conc., avis, 94-A-13, 3 mai 1994, Société Omnicom : Rec. Lamy, n°586.

⁹⁴⁵ D. Mainguy, M. Depince, et J.-L. Respaud, *Droit de la concurrence, op. et loc. cit.*

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ Cons. Conc., avis, n°00-A-06, 3 mai 2000, Promodès-Carrefour.

le groupe avait notifié à l'Autorité sa volonté de prendre le contrôle du groupe SFR et du groupe OTL qui détenait la marque Virgin Mobile. Les deux opérations ont été autorisées la même année par deux décisions, l'une du 30 octobre 2014 concernant SFR (Décis. n° 14-DCC-160) et l'autre du 25 septembre 2014 (Décis. n° 14-DCC-179) concernant Virgin Mobile. Cependant, l'Autorité, alertée par les concurrents, a pu constater plusieurs comportements démontrant un rapprochement particulièrement fort de la part des entreprises engagées dans l'opération de concentration bien avant le prononcé des autorisations requises⁹⁴⁸. L'Autorité de la concurrence a donc condamné les entreprises concernées à hauteur de 80 millions d'euros sur le fondement de l'article L.430-8, II, du Code de commerce pour avoir réalisé une opération de concentration alors que la procédure d'autorisation était en cours. Cette décision démontre bien la rigidité de l'Autorité de la concurrence sur la question des concentrations en condamnant des sociétés alors même que ces dernières avaient obtenu les autorisations demandées. La demande d'autorisation afin d'obtenir l'accord de l'Autorité de la concurrence pour une concentration d'entreprises performantes, démontre parfaitement que la performance sera à nouveau source d'obligations afin de protéger les atteintes au marché.

240. Une atteinte au marché nécessaire. Ces décisions démontrent bien qu'avant d'interdire une concentration l'Autorité de la concurrence doit examiner son effet sur le marché, si la pratique s'avère être anticoncurrentielle elle sera prohibée. C'est la dernière condition pour que la concentration soit interdite. Pour ce faire, l'Autorité devra procéder à la mesure de l'atteinte à la concurrence causée par le renforcement ou la création d'une position dominante sur un marché pertinent⁹⁴⁹. Les autorités de la concurrence vont rechercher si le marché est ou non concentré. À ce titre, l'autorité prend en compte la part de marché du nouvel ensemble, les parts de marché des concurrents présents sur le marché, les avantages économiques résultant de la concentration, et enfin l'existence ou l'absence de concurrents potentiels⁹⁵⁰. Mais cette mesure devra être mise en balance avec la contribution au progrès économique. Ceci va servir à vérifier que la concentration est nécessaire au regard des objectifs poursuivis. En effet, le contrôle des concentrations protège le marché, mais il

⁹⁴⁸ L. Constantin, « Altice écope de 80 millions d'euros pour concentration anticipée », *D. Actu.*, 18 nov. 2016.

⁹⁴⁹ L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, op. cit.*, p. 1731, n° 1003 et s.

⁹⁵⁰ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européenne, op. cit.*, p. 357, n° 853.

ne doit pas empêcher toute performance des entreprises, il sera alors pris en compte divers critères comme l'amélioration de la production ou encore de la distribution.

Le contrôle des concentrations n'est qu'un des moyens qu'a le droit de la concurrence pour contrôler les performances des entreprises nuisibles au marché et à la concurrence.

B : Les ententes, la régulation d'une performance collective

241. L'entente, un état de performance susceptible de produire des effets néfastes. Le droit des ententes se retrouve à l'article 101 du TFUE en droit de l'Union européenne et à l'article L.420-1⁹⁵¹ du Code de commerce en droit interne. L'entente se caractérise par un accord, une convention entre des opérateurs économiques, elle peut résulter d'une simple action de concert, elle peut être apparente ou occulte. Elle se définit comme toute pratique entre entreprises en vue d'exercer une action commune sur le marché, cette action commune peut porter sur les prix, la répartition des marchés, le contrôle de la production ou encore sur les débouchés ou les investissements⁹⁵². Le fait pour plusieurs entreprises de « s'unir » et de s'entendre sur une stratégie commune a pour but premier d'établir un état de performance en leur permettant de détenir un avantage concurrentiel non négligeable par rapport à leurs concurrents. Par exemple avec une entente sur le prix, ou le fait de limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, ou encore de répartir les marchés et les sources d'approvisionnement.

Les ententes permettent ainsi d'acquérir une certaine position de performance sur un marché en contrôlant par exemple les prix et permettent ainsi aux entreprises d'être performantes sur un marché sans laisser le libre jeu de la concurrence opéré. Cette situation peut ainsi s'analyser comme un état de performance acquis par la « triche ». Cependant, toutes les ententes ne sont pas condamnées. En effet, l'entente ne sera répréhensible que si elle porte atteinte au marché, tout comme l'abus de position dominante. D'une part, il faudra

⁹⁵¹ Art. L. 420-1 C.com. : « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

⁹⁵² Voir « entente », G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, éd.2011.

tenir compte de la nature des produits ou services et savoir si la clientèle dispose d'une faculté de substitution, qui lui donne accès à un libre marché, un libre choix⁹⁵³. Et d'autre part, il faudra envisager le marché géographique⁹⁵⁴. Le secteur géographique indique si le consommateur peut s'adresser à un autre fournisseur pas trop éloigné, si ce n'est pas le cas, l'entente sera sanctionnée, car elle aura un effet néfaste sur le marché et ainsi que pour les consommateurs. Une entente peut donc avoir des effets restrictifs de concurrence néfastes pour le consommateur. Dans un tel cas, plusieurs entreprises décident de s'unir, par exemple, sur un prix, ce qui aura pour effet d'empêcher l'abaissement des prix de revient, de vente et de revente. Le droit de la concurrence a donc pour mission d'intervenir et de sanctionner ces comportements afin de protéger les consommateurs et le marché des abus de performance provoqués par les ententes. L'entente sur les prix implique ainsi un tarif commun que chaque membre de l'entente devra respecter sous peine de sanction⁹⁵⁵. L'entente cherche à obtenir une performance sans risque concurrentiel. La performance acquise par une entente entre plusieurs entreprises est source d'obligations négatives puisque les ententes font l'objet d'interdictions.

242. Les interdictions des restrictions horizontales. Parmi les restrictions horizontales, c'est-à-dire les ententes qui découlent d'accords mis en œuvre par des entreprises situées au même stade du processus économique, autrement dit entre concurrents⁹⁵⁶, il existe différentes formes d'ententes. L'article L. 420-1 du Code de commerce a établi une liste non limitative d'accords ou de pratiques susceptibles de restreindre la concurrence, qui a, au fil des années, été complétée par la jurisprudence. Désormais, parmi les ententes horizontales, sont vues comme des restrictions de concurrence les ententes sur les prix, les ententes de répartition de marché, les boycotts, les soumissions concertées, les échanges d'informations, les accords de commercialisation, de normes ou de certification, ou de limitation de production, ou encore les ententes par groupements d'entreprises⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Y. Guyon, *Droit des affaires, Droit commercial général des sociétés*, Tome I, Economica, 12^{ème} éd., 2003, n° 877.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ Cass. com. 14 janvier 1992, n° 89-20576, Bull.civ n° 15 p. 11.

⁹⁵⁶ L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, op. cit.*, p. 1341, n° 742.

⁹⁵⁷ L. Vogel, *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence, op. cit.*, p. 1242, n° 743 et s.

243. L'interdiction des restrictions par l'objet. Les restrictions par l'objet sont les plus néfastes pour la concurrence. Par exemple, dans l'affaire Pierre Fabre du 13 octobre 2011⁹⁵⁸, la société en question avait inséré dans ses contrats de distribution une clause interdisant la revente de produit sur Internet. La clause était rédigée de la façon suivante : « Le distributeur agréé doit justifier de la présence physique et permanente dans son point de vente, et pendant toute l'amplitude horaire d'ouverture de celui-ci, d'au moins [un pharmacien] [...]. Le distributeur agréé doit s'engager à ne délivrer les produits [...] que dans un point de vente matérialisé et individualisé [...] ». Pour la Cour de justice, qui ne faisait là que reprendre l'appréciation de l'Autorité, « [c]es exigences exclu [aient] *de facto* toute forme de vente par Internet ». Or il est interdit d'interdire sauf si la clause est objectivement justifiée par un intérêt quelconque, par exemple pour des raisons de santé publique ou d'ordre public. La Cour a considéré qu'en l'espèce, la société Pierre Fabre ne justifiait pas, par un objectif légitime, l'interdiction imposée à ses distributeurs, concernant toutes les formes de vente par Internet de ses produits. La clause rentre dans la catégorie des clauses noires au sens du règlement d'exemption du 20 avril 2010. La Cour de justice précise également qu'Internet est un mode de commercialisation, mais ce n'est pas un point de vente. La seule solution restante pour les laboratoires est alors de refuser les distributeurs exclusivement Internet pour risque de parasitisme entre les revendeurs Internet et non-Internet. Ces derniers supportent en effet, des coûts que les revendeurs Internet ne supportent pas. Par la suite, sur la base de la réponse de la Cour, l'Autorité a prononcé la condamnation de Pierre Fabre à 17 000 € d'amende, et lui impose de modifier ses contrats de distribution sélective, afin d'autoriser à ses distributeurs, le recours à la vente par Internet. Cette condamnation fut, pour cette raison, confirmée par la juridiction de renvoi⁹⁵⁹.

La performance individuelle que les entreprises vont mettre en commun pour s'entendre sur les prix, l'objet, doit être contrôlée par les autorités de la concurrence. Le droit de la concurrence permet d'éviter que cette performance collective ne devienne anticoncurrentielle, et impose donc l'interdiction de certaines ententes sous peine de sanctions.

⁹⁵⁸ E. Chevrier, obs. sous CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (Sté) c/ Président de l'Autorité de la concurrence*, pt. 13, D. 2011, p. 2590 ; D. Ferrier, « Concurrence – Distribution, janvier 2011 - décembre 2011 » D. 2012, p. 577 ; J.-B. Blaise, « Chronique Droit européen de la concurrence, Art. 101 TFUE et relations verticales » *RTD Eur.* 2012, p. 442.

⁹⁵⁹ Paris, 31 janv. 2013, *Pierre Fabre*, p. 12.

§3 : Lorsque la performance collective justifie une pratique anticoncurrentielle

244. Pratiques non soumises à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, une exemption fondée sur la performance économique. Les pratiques anticoncurrentielles étudiées ci-dessus peuvent être exemptées de sanctions dans les conditions de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Cet article prévoit que ne sont pas soumises à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles celles: « 1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ; 2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.- Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III.- Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 420-2-1 et L. 420-2-2 les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

Certaines catégories d'accords ou de pratiques, certains accords ou certaines pratiques, notamment lorsqu'ils ont pour objet de favoriser l'apparition d'un nouveau service, peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions mentionnées au premier alinéa du présent III, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence et pour une durée ne pouvant excéder cinq ans. »

Cet article qui prévoit d'exempter de sanctions certaines pratiques est intéressant au regard de notre étude dans la mesure où il prend en compte des considérations économiques afin

d'accorder l'immunité à certaines pratiques. La performance d'une entreprise n'est alors plus source d'obligations, elle devient source d'exemption. En effet, si la pratique en cause a pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création et le maintien d'emploi, elle se trouve justifiée pour atteindre cet objectif de progrès, et sera donc exemptée.

245. Les conditions prévues à l'article L. 420-4 du Code de commerce afin de pouvoir bénéficier de l'exemption. Quatre conditions doivent être réunies pour accorder une exemption fondée sur le progrès économique tel que le prévoit le 2° de l'article L. 420-4 du Code de commerce : la réalité du progrès économique, le caractère indispensable et adapté des pratiques en cause pour l'obtenir, l'existence d'un bénéfice pour les consommateurs et l'absence d'élimination de toute concurrence⁹⁶⁰. Chacune de ces quatre conditions doit être remplie pour que le bénéfice d'une exemption individuelle soit possible. S'agissant de la charge de la preuve, elle incombe aux auteurs de la pratique anticoncurrentielle⁹⁶¹. Il appartient aux auteurs de démontrer que ces actions comportent des avantages économiques, et que ceux-ci sont suffisants pour compenser les atteintes de ces pratiques à la concurrence⁹⁶².

Le législateur prend le soin de préciser que sont visées par l'exemption les pratiques qui « ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois ». Cette précision peut surprendre, car progrès économique ne rime pas forcément avec progrès social et le droit de la concurrence n'a pas pour habitude de « venir au secours des faibles ⁹⁶³», c'est pourtant grâce à cet article que les distributeurs d'essence ont pu être protégés contre les prétentions des sociétés pétrolières⁹⁶⁴. Le 2° de l'article L. 420-4 du Code commerce permet donc d'accorder une exemption de sanctions lorsque les pratiques en cause permettent le progrès économique ou social. L'exemption se trouve alors justifiée lorsque la pratique a pour effet de produire une performance d'un point de vue social ou économique.

⁹⁶⁰ S. Cholet, obs. sous Aut. conc. n° 13-D-14 du 11 juin 2013, *RLC*, oct.-déc. 2013. 32.

⁹⁶¹ B. Bouloc, obs. sous Cass. com. 6 nov. 1990 *Bull. civ.* IV, n° 266, *RTD Com.* 1991, p. 431.

⁹⁶² G. Dufour-Raffier, « l'exemption individuelle des pratiques anticoncurrentielles en droit européen et français: quelle conception de l'intérêt général? », *Dr. adm.* 2016. *Étude 10*.

⁹⁶³ A. Pirovano, « Droit de la concurrence et progrès social », *D.* 2002, p. 62.

⁹⁶⁴ F. Pérochon, « L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil... du 29 sept. 1987 », *Cab. dr. entr.* 1987, n° 6.

V. Jurisprudence en matière d'indétermination du prix : L. Aynès, note sous Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, *D.* 1996, p.13.

246. L'exemption fondée sur des motifs tirés de l'efficacité économique. De même le III du même article prévoit que « ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 420-2-1 et L. 420-2-2 les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte. » La recherche de performance économique combinée avec l'existence d'un bénéfice pour le consommateur permet alors une fois encore d'accorder une exemption de sanction aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Le législateur se réfère en l'espèce à « l'efficacité économique » que produit la pratique afin de justifier cette exemption. L'efficacité économique peut désigner dans ce contexte la maximisation du surplus de productivité global, qui correspond à la somme pondérée ou non du surplus des consommateurs et des profits de l'industrie, ou seulement de celui des consommateurs⁹⁶⁵. Pour le droit communautaire de la concurrence, peu importe qu'il s'agisse des ententes ou des concentrations entre entreprises, la recherche d'efficacité économique désigne la maximisation du surplus global. La condition à respecter est l'existence d'un bénéfice pour les consommateurs. C'est dans ce contexte que l'efficacité économique à laquelle se réfère l'article L. 420-4 du Code de commerce fait directement écho, par rapport à notre étude, à la performance économique. Les pratiques anticoncurrentielles si elles permettent la performance économique des acteurs seront alors exemptées de toutes sanctions dans les conditions prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce. Cette justification économique est liée à l'acceptation de l'idée que si la concurrence est présumée être le moyen le plus pertinent pour assurer l'efficacité du système économique, dans certaines circonstances des restrictions de concurrence peuvent se révéler plus performantes que le seul jeu des mécanismes concurrentiels⁹⁶⁶.

247. Conclusion de la section relative à la performance source d'obligations externes afin de promouvoir le marché des concurrents. Une entreprise lorsqu'elle est en situation de monopole sur un marché, et qu'elle a le pouvoir de se détacher des règles du marché de par sa position est une entreprise en situation de performance. En effet, cette entreprise parce qu'elle détient un monopole et qu'elle est en position dominante sur un marché donné est considérée comme étant performante sur un marché au regard de

⁹⁶⁵ R. Kovar, « Politique de concurrence », *Rep. dr. europ.*, août 2005, n° 59.

⁹⁶⁶ R. Kovar, « Politique de concurrence », *art. prec.*, n° 60.

ses concurrents. C'est pourquoi une entreprise en position dominante sur un marché est assimilée à une entreprise performante selon notre axe d'étude. Cette entreprise performante va être nécessairement régulée car de par sa position dominante elle est susceptible d'adopter un comportement nocif pour le marché des concurrents. Cette situation de performance individuelle de l'entreprise, sur un marché donné, sera donc bien souvent source d'obligations pour l'entreprise qui ne peut nuire au marché, et ne peut être à la recherche effrénée de performance financière au détriment des concurrents les plus faibles. C'est pourquoi le droit de la concurrence intervient et régule la performance des entreprises afin de limiter les effets néfastes. Ainsi, la performance devient, au regard du droit de la concurrence, source d'obligations. D'une manière générale ces obligations peuvent se regrouper sous une catégorie à travers des obligations négatives, à savoir l'obligation de ne pas adopter un comportement anticoncurrentiel, ou l'obligation de ne pas nuire au marché, ou encore l'obligation de ne pas commettre d'abus de l'état de performance. Par exemple, dans le cadre de l'abus de position dominante, sanctionné par le droit de la concurrence lorsqu'il y a une atteinte au marché, la pratique des ciseaux tarifaires impose à l'entreprise une obligation de ne pas contracter avec les concurrents pour ne pas bloquer l'accès au marché, ou encore, dans le cadre de la théorie des infrastructures essentielles, l'entreprise en situation de position dominante a l'obligation de partager avec ses concurrents l'exploitation privative d'une structure essentielle. De même, dans le cadre du regroupement de plusieurs entreprises adoptant des pratiques susceptibles de nuire au marché, la concentration d'entreprises est susceptible d'une obligation de déclaration, voire d'interdiction.

248. Conclusion du chapitre relatif au respect du marché. Une entreprise en position dominante, ou en situation de monopole, ou ayant le pouvoir d'imposer ses propres règles sur un marché est considérée comme une entreprise performante. Le simple fait pour une entreprise d'avoir un chiffre d'affaires très élevé et d'être en excellente santé financièrement ne suffit pas pour que l'entreprise soit considérée comme performante, il faut qu'elle soit en position dominante sur un marché donné. En effet, une société peut très bien connaître une baisse de son chiffre d'affaires, mais rester en position de monopole sur un marché, ou inversement, une entreprise peut connaître une très forte croissance, mais pour autant ne pas être le leader sur le marché. Ainsi, il convient de se référer au droit de la concurrence et à la définition qu'il retient de l'entreprise en position dominante, pour apprécier sa performance. Une fois l'entreprise performante identifiée, il convient de lui

imposer des obligations afin de ne pas aboutir à des situations dans lesquelles elle pourrait porter atteinte au marché des concurrents. C'est ainsi que le droit de la concurrence impose un certain nombre d'obligations aux entreprises en situation de performance sur un marché. Une entreprise performante a donc une obligation générale de respecter le marché sur lequel elle opère afin de ne pas adopter de comportements anticoncurrentiels.

Cependant, le respect du marché, même s'il est essentiel pour une entreprise performante, n'est pas le seul à l'origine d'obligations. Le respect de l'environnement occupe également une place prépondérante dans les considérations actuelles, et une entreprise performante se doit également de le respecter.

Chapitre 2 : Le respect de l'environnement

249. Les entreprises performantes d'un point de vue économique, ou encore les grandes entreprises en raison de leur taille et de leur importance sur un marché, sont plus susceptibles d'avoir un impact négatif sur l'environnement que les petites entreprises. Il est indispensable de garder à l'esprit que performance financière et performance environnementale doivent aller dans le même sens et non dans des sens contraires. La recherche de création de valeur et la conquête des marchés ne doivent pas se faire au détriment des objectifs environnementaux. Une entreprise performante par sa puissance économique devra rester vigilante et respecter différentes obligations environnementales. Il s'impose à ce type d'entreprise des obligations particulières en termes d'environnement tout simplement car elles sont susceptibles de produire d'avantages d'effets néfastes pour l'environnement par rapport à des petites et moyennes entreprises. C'est pourquoi il doit s'imposer à elle des obligations d'informations, de gestion environnementale, et de loyauté environnementale. La Code de commerce vise directement les entreprises concernées qui sont les entreprises cotées ou les « grandes entreprises » dont « le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État⁹⁶⁷ ». Une entreprise performante, à laquelle il s'impose des obligations environnementales, sera une entreprise admise sur un marché réglementé, ou une entreprise ayant un chiffre d'affaires important et un nombre de salariés conséquent. Plus précisément, « pour les

⁹⁶⁷ Art. L. 222-102-1 C. com.

exercices ouverts après le 31 décembre 2011, les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.⁹⁶⁸ » Seront également concernées les entreprises qui, même si elles ne remplissent pas ces conditions, veulent avoir une démarche volontairement respectueuse de l'environnement. Ces entreprises parce qu'elles recherchent une performance environnementale auront un certain nombre d'obligations à respecter également. Ainsi, que la recherche d'une performance environnementale soit volontaire, contractuelle, ou imposée par la loi, elle impliquera un certain nombre d'obligations à respecter pour les entreprises. Dans certains cas, la recherche de performance environnementale sera source d'obligations (**section 1**), et dans d'autres cas, c'est la performance économique qui sera directement source d'obligations environnementales (**section 2**).

Section 1 : La performance environnementale source d'obligations

250. La donnée environnementale est une préoccupation qui intéresse de plus en plus les entreprises. Elles la prennent en compte de manière volontaire car elles sont soucieuses de respecter l'environnement. La quête de performance environnementale pour une entreprise sera nécessairement source d'obligations normatives (§1) qui se compléteront par des obligations contractuelles (§2) afin de gérer au mieux les éventuelles atteintes à l'environnement.

§1 : La performance environnementale source d'obligations normatives

251. La quête de performance environnementale impose aux entreprises de respecter certaines obligations. Parmi les obligations imposées par le législateur au titre des obligations environnementales, il est possible de les classer en deux catégories. La

⁹⁶⁸ Art. 1 Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

performance environnementale impose des obligations d'informations environnementales (A.) et des obligations de loyauté environnementales (B.).

A : La performance environnementale source d'obligations d'information

252. La performance environnementale source d'obligations négatives.

Le législateur impose différents types d'obligations aux opérateurs économiques. Parfois, il s'agit d'obligations négatives de protéger l'environnement, par exemple l'obligation de ne pas causer d'atteintes à l'environnement naturel. Ces obligations négatives ne seront pas étudiées de manière approfondie en l'espèce, mais il convient tout de même d'en citer les principales. C'est le cas en responsabilité civile avec la condamnation possible en réparation du préjudice écologique, qui a été reconnue dans l'affaire Erika⁹⁶⁹, étudiée précédemment. C'est également le cas, en droit de la responsabilité pénale avec la sanction du crime de terrorisme écologique⁹⁷⁰, ou encore de crime de guerre par attaque délibérée de l'environnement⁹⁷¹. Enfin, en droit administratif de l'environnement, la loi pose toute une série d'obligations négatives à travers des interdictions concernant les espèces animales, ou végétales dont la conservation se voit justifiée par la préservation de la diversité biologique⁹⁷². Cependant à côté de ces obligations qui visent à ne pas porter atteinte à l'environnement, il convient de s'attarder sur les obligations législatives positives qui intéressent d'avantages notre étude afin de démontrer que la quête d'une performance environnementale est source d'obligations pour les opérateurs économiques, et donc qu'ils se doivent d'adopter un comportement actif avec le respect d'obligations.

253. La performance environnementale source d'une obligation d'information issue du droit commun des contrats. Avant d'étudier les différents domaines dans lesquels l'obligation d'information environnementale joue un rôle, il convient dans un premier temps d'en étudier les fondements. En effet, c'est sans aucun doute vers le

⁹⁶⁹ Sur l'affaire Erika *V.* Ph. Delebecque, « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.* 2012, p. 2711 ; G. Trébulle, « Droit de l'environnement », *D.*2010, p. 2468 ; V. Ravit « Réflexion sur le terrain du préjudice écologique « pur » », *D.* 2012, p. 2675 ; M. Massé, « Chronique de droit pénal international », *RCS* 2013, p. 447 ; G. Roujou de Boubée « Droit pénal, novembre 2011- octobre 2012 », *D.* 2012, p. 2917.

⁹⁷⁰ Art. 421-1-1 C. pén.

⁹⁷¹ Art. 461-28 C. pén.

⁹⁷² Art. L. 110-1 C. envir.

droit des contrats qu'il faut se tourner pour étudier les prémices de l'obligation d'information environnementale. Cette dernière trouve son origine dans une obligation générale d'information qui immerge à présent le droit des contrats tout entier. Dans un premier temps, c'est une obligation pré contractuelle qui avait été retenue par les juges en droit civil des contrats⁹⁷³. Puis, cette obligation d'information d'origine jurisprudentielle a été consacrée et codifiée au sein du nouveau Code civil⁹⁷⁴, par la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁷⁵. Il convient de rappeler que l'article 1112-1 du Code civil dispose que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. » La consécration d'une obligation générale d'information en droit civil des contrats permet ainsi de pouvoir engager la responsabilité, voire de faire annuler le contrat en cas de manquement au devoir d'information. L'article énonce que le contenu de cette obligation d'information dépendra du contrat en question, et de la volonté des parties. Il convient de préciser que l'obligation d'information porte uniquement sur les éléments déterminants du consentement des parties. Ainsi, on ne peut que conseiller aux parties de préciser, en amont de la conclusion du contrat, les éléments qui pour elles sont déterminants de leurs consentements. Toutefois, une remarque est à noter, hormis les informations portant sur « l'estimation de la valeur de la prestation », toute information, sans limites, peut entrer en considération si elle est déterminante du consentement. Ainsi, peu importe que l'information porte sur l'objet essentiel du contrat, ou qu'elle soit accessoire à ce dernier. Il convient donc de souligner que

⁹⁷³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., n° 265 ; M. Boutonnet, « L'information environnementale » in M.-P. Blin-Franchomme, *Sites et sols pollués*, Litec, coll. Débats, 2010, p. 203.

⁹⁷⁴ *V. supra* n° 90.

⁹⁷⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

L'obligation d'information environnementale peut être déterminante du consentement de l'une des parties et tombe ainsi sous l'égide de l'article 1112-1 du Code civil. Le fait de pouvoir retrouver l'obligation d'information environnementale au sein du droit des contrats manifeste la volonté de protéger l'environnement, notamment en voulant réduire les rejets de gaz à effet de serre. La protection de l'environnement, à travers l'obligation d'information, devient ainsi un élément déterminant du consentement des parties⁹⁷⁶.

L'obligation générale d'information environnementale peut donc intégrer le champ contractuel et pré contractuel, cependant il existe une multitude de cas spéciaux pour lesquels le législateur a souhaité imposer une obligation spéciale d'information environnementale, notamment dans les relations avec les consommateurs.

254. L'obligation d'information environnementale destinée à la protection de l'intérêt des parties. Toujours en matière contractuelle, il existe des domaines où l'obligation d'information environnementale est imposée expressément par le législateur. L'obligation d'information porte alors sur la prévention et la protection de l'environnement, c'est-à-dire qu'elle porte sur les risques environnementaux que peut comporter la transaction⁹⁷⁷. Tout d'abord en matière immobilière, en ce qui concerne le contrat de vente ou le contrat de bail, les obligations d'informations sont de plus en plus nombreuses. Par exemple, il existe les obligations issues du dossier de diagnostic technique, auxquelles vont s'ajouter les obligations relatives à la performance énergétique, celles relatives aux installations classées⁹⁷⁸, ou encore celles relatives aux risques industriels et technologiques qui imposent un régime spécifique autour des installations dangereuses, ou nucléaires, ou encore relatives aux transports de produits chimiques et radioactifs⁹⁷⁹. À ce titre, le législateur impose par exemple, aux vendeurs d'immeubles d'informer les acheteurs de l'existence de termites, de plomb, d'amiante⁹⁸⁰. L'obligation d'information environnementale relève à la fois du droit des contrats, mais également du droit de l'environnement. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 12

⁹⁷⁶ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377.

⁹⁷⁷ M. Boutonnet, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *D.* 2014, p. 1335.

⁹⁷⁸ R. Romi, *Droit de l'environnement*, Lextenso 7^{ème} éd., 2010, p. 471 et s.

⁹⁷⁹ P.-A. Guillot, *Droit de l'environnement*, Ellipses 2^{ème} éd., 2010, p. 2014 et s.

⁹⁸⁰ F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2010, n° 216.

janvier 2005⁹⁸¹ qui en donne un exemple topique. En l'espèce, une commune a acquis un terrain sur lequel avait été exploitée une décharge, dont l'activité avait cessé. Peu après la vente, la commune demande la résolution de la vente pour manquement à l'obligation d'information exigée par l'article L. 514-20 du code de l'environnement qui, non seulement, dans son alinéa 1er, oblige le vendeur à informer l'acheteur de l'existence de ce type d'installation, par écrit, et en prévoit également la sanction encas de non-respect. La Cour d'appel avait refusé d'accorder la demande de résolution de la vente sur le fondement de cet article. Selon les juges du fond, cet article impose une information écrite, mais ils considèrent que son défaut n'a pas à être sanctionné si l'acheteur connaît l'information⁹⁸². Cette interprétation de l'article était surprenante et la Cour de cassation n'a pas manqué de sanctionner le raisonnement des juges du fond. En effet, c'est exactement la solution inverse que donne la Cour de cassation au visa de l'article L. 514-20 du code de l'environnement, le juge affirme, dans ses motifs, « qu'en statuant ainsi, alors que la venderesse s'était abstenue d'informer par écrit l'acquéreur à l'occasion de la vente, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». La position adoptée par la Cour de cassation fait une application très stricte de la législation relative à l'obligation d'information environnementale en droit des contrats. Cependant, le droit des contrats n'est pas le seul à exiger une information environnementale précise et écrite, c'est pourquoi il convient également d'évoquer les nombreuses obligations d'informations à destination des consommateurs.

255. L'obligation d'information environnementale destinée aux consommateurs. La quête de performance environnementale est source d'obligations d'informations pour les acteurs de la vie des affaires qui souhaitent exercer leur activité économique tout en étant respectueux de l'environnement. Les contrats à destination du consommateur final se doivent de respecter les obligations environnementales imposées par le législateur. Ce type d'obligations d'informations à destination des consommateurs doit être précis et technique et doit fournir une information afin de préciser la nature écologique du produit. Divers domaines sont alors concernés, par exemple pour la vente de certains immeubles il faudra fournir l'information de leur performance énergétique sous la forme de

⁹⁸¹ G. Trébulle, obs. sous Cass. 3^e civ., 12 janv. 2005, *Commune de Dardilly*, Pourvoi n° 03-18.055, sous « Précisions sur l'obligation d'information pesant sur le vendeur d'un ancien site industriel », *RDI* 2005, p. 104.

⁹⁸² M. Boutonnet, note sous Cass, 3^e civ., 12 janv. 2005, « Installation classée et obligation d'information dans le contrat de vente », *D.* 2005, p. 2513.

l'étiquetage d'un « diagnostic performance énergétique »⁹⁸³. Dans le domaine de la location, il y a le même type d'obligation concernant la communication des informations favorisant les économies d'énergie pour le locataire et le propriétaire⁹⁸⁴. De même dans le domaine de la vente d'électroménager ou alimentaire, le législateur impose une obligation d'information destinée au consommateur final en ce qui concerne le bilan carbone ou d'autres indications relatives à l'impact environnemental du produit⁹⁸⁵.

256. L'obligation d'information environnementale destinée à la protection de l'entreprise et de ses partenaires. Cependant, les produits à destination des consommateurs finaux ou encore les immeubles ne sont pas les seuls à être soumis à ces obligations d'informations environnementales. Il existe aussi ce type d'obligation dans les rapports entre l'entreprise et ses prestataires. Par exemple, un bilan environnemental est exigé en cas d'ouverture d'une procédure collective touchant des installations classées pour la protection de l'environnement⁹⁸⁶. Ce document consiste à identifier les pollutions éventuelles et les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises⁹⁸⁷.

Après l'obligation d'information environnementale, il convient à présent d'étudier la quête de performance environnementale par les entreprises qui devient source d'une obligation de loyauté environnementale.

B : La performance environnementale source d'obligations de loyauté

257. L'obligation de loyauté à travers l'exigence de bonne foi. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'ancien article 1134 alinéa 3 relative à l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi, a été remplacé par le nouvel article 1104 du Code civil. La bonne foi, dans l'ancien article, visait uniquement la période relative à l'exécution du contrat, or, le nouvel article 1104 du Code civil dispose que « les contrats doivent être négociés, formés et

⁹⁸³ Art. L. 134-1 CCH.

⁹⁸⁴ Art. L. 125-9 C. env.

⁹⁸⁵ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *art. prec.*

⁹⁸⁶ B. Rolland, « Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial », *JCP E* 2004.

⁹⁸⁷ M. Boutonnet, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *art. prec.*

exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. » La bonne foi innerve à présent toute la période contractuelle. La bonne foi est exigée dès la période de négociation du contrat, en passant par la phase pré contractuelle et l'exécution du contrat, jusque dans la période post contractuelle⁹⁸⁸. Les contractants doivent donc être de bonne foi pendant toute la période contractuelle, ils se doivent d'adopter un comportement conforme à l'exigence de bonne foi qui entoure le droit des contrats. Cette exigence implique elle-même différentes exigences telles que le devoir de loyauté à travers un devoir de persévérance, de vigilance, de transparence, et de fidélité, mais aussi un devoir de coopération qui se manifeste à travers l'idée de faciliter l'exécution du contrat, ou l'exigence de proportionnalité, ou encore le fait de ne pas se contredire au détriment d'autrui⁹⁸⁹.

258. La performance environnementale source d'une obligation de loyauté environnementale. Ainsi, l'exigence de bonne foi de l'article 1104 du nouveau Code civil doit conduire les contractants à des comportements qui répondent au principe de loyauté. Les conventions doivent être négociées et exécutées de manière loyale. Dans ce sens, l'obligation de loyauté implique des exigences à respecter telles que la vigilance, la transparence, la proportionnalité. Mais qu'en est-il de la l'obligation de loyauté environnementale ? Les professionnels et les consommateurs ont de plus en plus la volonté d'intégrer la notion d'environnement au sein de leurs relations. Les consommateurs sont de plus en plus nombreux à se soucier de l'impact qu'ils peuvent avoir sur l'environnement. C'est pourquoi la quête d'une performance environnementale, qui s'inscrit dans une volonté de réduire au maximum les effets néfastes pour l'environnement, est source d'une obligation de loyauté environnementale. En effet, le droit de l'environnement existe à travers différents principes généraux. Ainsi, la structuration du droit de l'environnement se fait autour du respect du principe de prévention, de précaution, et le principe pollueur-payeur⁹⁹⁰. Le point commun de ces différents principes est qu'ils font chacun appel à la loyauté des professionnels et des consommateurs. En effet, la quête de performance environnementale impose de respecter un principe général de loyauté environnementale. Il s'agit d'une obligation comportementale qui passe notamment par la transparence, comme nous avons

⁹⁸⁸ Ph. Letourneau, M. Poumarède, « Bonne foi », *Rép. Dr. Civ.* Janv. 2017.

⁹⁸⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 4^{ème} éd. mise à jour, juill. 2016, p. 109, n° 88 et s.

⁹⁹⁰ Pour plus de détails sur ces principes généraux du droit de l'environnement, V. A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, p. 66 et s. ; R. Romi, *Droit de l'environnement*, Lextenso 7^{ème} éd., 2010, p. 111 et s.

pu le voir à travers l'obligation d'information environnementale, mais aussi à travers la vigilance de chacun quant à son impact environnemental avec notamment le respect du principe de précaution et de prévention, ou encore à travers la délivrance d'informations honnêtes délivrées notamment aux consommateurs⁹⁹¹. Ainsi, il existe différents exemples dans lesquels l'obligation de loyauté trouve sa source dans le respect des normes environnementales, on assiste alors à une performance environnementale qui devient source d'obligation de loyauté.

259. Une obligation de loyauté environnementale entre concurrents. La performance environnementale sera source d'une obligation de loyauté, c'est ce qu'est venue affirmer la Cour de cassation dans un arrêt du 21 janvier 2014⁹⁹². Le devoir de loyauté en matière environnementale s'impose entre concurrents, c'est ce que semble affirmer la chambre commerciale au sein de cet arrêt. Le principe de la liberté de la concurrence est corrigé par l'obligation de loyauté qui trouve sa source dans le respect des normes environnementales⁹⁹³. Dans les rapports entre professionnels concurrents, la Cour de cassation admet que le non-respect du droit de l'environnement par une entreprise puisse justifier une action en justice de la part d'une société concurrente sur le fondement de la concurrence déloyale⁹⁹⁴. En l'espèce il s'agissait d'une société qui exploitait un broyeur pour lequel elle avait obtenu une autorisation administrative, cette dernière décide d'intenter une action en justice contre une société concurrente, installée à proximité, qui exerçait la même activité et qui, contrairement à elle, n'avait pas obtenu les autorisations administratives requises pour ce type d'activité. La société estimait que la société concurrente se rendait coupable d'un acte de concurrence déloyale. Les juges du fond ont accueilli la demande de dommages et intérêts sur le fondement de la concurrence déloyale. La chambre commerciale a approuvé cette décision en relevant que la société concurrente « avait apporté une distorsion dans le jeu de la concurrence afférente au marché des activités de stockage de véhicules hors d'usage » et que « la qualification de concurrence déloyale ne suppose pas que les faits incriminés aient procuré un profit à leur auteur »⁹⁹⁵. Ainsi, le manquement à l'obligation de loyauté pour non-respect des normes environnementales peut être considéré

⁹⁹¹ Le principe de précaution pourrait renforcer dans certains cas les obligations d'information : M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005, n° 910.

⁹⁹² Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-25443.

⁹⁹³ M. Boutonnet, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *art. prec.*

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-25443, JurisData : 2014-000659.

comme une atteinte à la concurrence. D'autres arrêts avaient déjà été rendus, même s'ils sont assez rares, en matière de non-respect de la loyauté environnementale entre concurrents. Par exemple, la cour d'appel de Riom⁹⁹⁶ avait retenu que la violation d'exigences environnementales par l'exploitant d'une carrière est « une conduite hautement préjudiciable dans la mesure où elle constitue un acte de concurrence déloyale vis-à-vis des exploitants qui respectent la législation en vigueur et où elle bafoue les règles élémentaires qui visent à protéger l'environnement bien commun à tous les hommes ».

L'arrêt du 21 janvier apporte cependant plus de précision, d'où son importance, car il répond à la question de la possibilité « d'accueillir directement les actions d'industriels respectueux de leurs obligations contre des concurrents dont la déloyauté est signalée par la violation du droit de l'environnement⁹⁹⁷ ». En admettant la possibilité de fonder une action en concurrence déloyale sur le non-respect de l'obligation de loyauté environnementale, fondée en l'espèce sur la non obtention d'autorisations requises par le droit de l'environnement pour exploiter une activité, il faut comprendre que la loyauté environnementale est plus que jamais une obligation à respecter pour les entreprises. Ces dernières se doivent d'être performantes d'un point de vue environnemental.

260. Une obligation de loyauté environnementale entre professionnels et consommateurs. Dans les rapports entre professionnels et consommateurs, l'obligation de loyauté environnementale sert également à corriger des comportements fautifs qui sont destinés à induire en erreur les consommateurs. En effet, il n'est pas rare que les professionnels aient recours à des pratiques destinées à tromper le consommateur, notamment avec des mentions environnementales qui peuvent l'induire en erreur du type « pesticide biodégradable » ou encore « voiture écologique »⁹⁹⁸. Cette pratique très répandue est présentée sous le vocable anglo-saxon de *greenwashing*⁹⁹⁹, qui peut se traduire en français comme « l'écoblanchiment », elle désigne le fait de donner une image respectueuse de l'environnement à des produits qui ne le sont pas, ou très peu. Il est vrai qu'aujourd'hui, les consommateurs sont de plus en plus à la recherche de produits dits « verts », et les entreprises ont ainsi adapté leur communication à cette nouvelle tendance propice au respect

⁹⁹⁶ CA Riom, 19 avr. 2006, n° 06/00041.

⁹⁹⁷ F.-G. Trébulle, obs. sous Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-25443, *Envir.* 2014, n° 4, p. 1.

⁹⁹⁸ M. Boutonnet, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *art. prec.*

⁹⁹⁹ Pratique condamnée sur le fondement de l'art. L. 352-4 C. env. « Est interdite toute forme de publicité directe ou indirecte présentant un véhicule en situation d'infraction aux dispositions du présent chapitre. »

de l'environnement. L'environnement devient alors un outil de marketing très fort pour les entreprises. Cependant, de nouvelles dérives sont à craindre vis-à-vis des consommateurs comme le démontre cette pratique dite du *greenwashing*. À ce titre, la société Monsanto a été condamnée pour pratique commerciale trompeuse dans l'affaire de l'herbicide Roundup. La société présentait son produit comme biodégradable, et éludait le « danger potentiel du produit par l'utilisation de mots rassurants » et induisait ainsi « le consommateur en erreur »¹⁰⁰⁰. De même, dans une condamnation en référé, un constructeur automobile a, pour la première fois au civil, été condamné pour *greenwashing*. Il s'agissait du constructeur automobile Toyota qui a été condamné à retirer les affiches publicitaires qui présentaient ses 4x4 en milieu naturel hors des voies de circulation¹⁰⁰¹. C'est l'association France nature environnement qui a déposé plainte contre cette publicité, en reprochant au constructeur de s'être rendu coupable de *greenwashing* à travers le visuel de ses publicités. Le juge des référés a accueilli favorablement la demande de l'association en considérant que la pratique litigieuse était un trouble manifestement illicite¹⁰⁰². Il s'agit de la première condamnation au civil d'un constructeur automobile fondée sur la pratique du *greenwashing*. Il est vrai que jusqu'ici, les pratiques publicitaires qui présentaient des véhicules en milieu naturel hors des voies de circulation avaient été sanctionnées sur le plan pénal¹⁰⁰³. Le juge s'appuie sur la décision qui avait été précédemment rendue par le jury de déontologie publicitaire, qui estimait que la publicité « en laissant croire que la possession de ce type de véhicules vaut permis de tout faire dans la nature » cette dernière fait « à l'évidence la promotion de comportements contraires à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles »¹⁰⁰⁴. Il convient de remarquer l'importance de cette décision qui souligne le fait que le juge peut fonder sa décision sur les usages, et que ce jugement marque une reconnaissance de la déontologie en matière de développement durable dans la sphère judiciaire.

¹⁰⁰⁰ B. Bouloc, obs. sous Cass. crim. 6 oct. 2009, pourvoi n° 08-87757, *RTD com.* 2010, p. 218.

¹⁰⁰¹ J.-V. Borel, « Publicité et environnement : première condamnation en référé d'un constructeur automobile pour *greenwashing* », *JCP* n° 46, 12 nov. 2012, p. 1210.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ J.-V. Borel, note sous TGI Nanterre, ord. réf., 23 oct. 2012, n° 12/01457, *Environnement* n° 12, déc. 2012, comm. 85.

¹⁰⁰⁴ M.-P. Blin- Franchomme, « Le « marché de la consommation durable » : regards sur la loyauté des pratiques commerciales », *CCC* n° 12, déc. 2012, étude 13.

261. La performance environnementale source d'obligations normatives. La performance est source d'obligations relatives au respect de l'environnement. Ainsi, la recherche de performance environnementale sera source d'obligations qui s'imposent aux parties à un contrat, ou encore aux entreprises. Parmi ces obligations il existe des obligations issues directement de la législation. Tout d'abord, l'obligation d'information qui a été généralisée en droit commun des contrats par la réforme du droit des contrats, donne naissance à une obligation d'information plus spécifique où le droit des contrats se combine avec le droit de l'environnement et donne naissance à une obligation d'information environnementale. Il existe une obligation d'information environnementale qui vise à la protection des intérêts des parties par exemple en matière immobilière lorsque le législateur impose une information relative à la performance énergétique du bien vendu, ou loué. De même, il existe une obligation d'information qui touche à l'environnement et vise à protéger les intérêts des consommateurs. Dans ce cas, le législateur impose des informations à fournir au consommateur final afin que ce dernier soit informé de l'impact qu'aura le produit qu'il achète sur l'environnement. Ensuite, parmi les obligations environnementales imposées par le législateur il y a également une obligation de loyauté. À ce titre, l'obligation de loyauté environnementale, à travers la bonne foi, s'impose dans divers domaines. Par exemple entre concurrents le non-respect de l'obligation de loyauté environnementale peut fonder une action en concurrence déloyale, ou encore dans les relations entre professionnels et consommateurs les entreprises se doivent de respecter cette obligation notamment dans leur démarche publicitaire et ne doivent pas utiliser l'environnement comme un argument de vente lorsque celui-ci n'est pas respecté.

Tous ces exemples d'obligations environnementales normatives seront nécessairement complétés par des clauses contractuelles spécifiques en fonction des contrats, du secteur d'activité et de la volonté des parties.

§2 : la performance environnementale source d'obligations contractuelles

262. La performance environnementale est donc source d'obligations normatives qui peuvent également être complétées par des obligations contractuelles imposant notamment des obligations relatives à la gestion environnementale. En effet, en matière contractuelle on observe depuis un certain nombre d'années une multiplication des clauses qui tendent à gérer les risques environnementaux. La performance environnementale

en matière contractuelle impose des obligations visant à prévenir la gestion des risques environnementaux **(A.)**, qui se traduit plus précisément par une obligation de gestion environnementale **(B.)**.

A : La performance environnementale à travers la gestion des risques environnementaux

263. L'effet complétif du contrat : précisions contractuelles. La performance est source d'obligation en matière environnementale. Ces obligations sont principalement d'origine normative, cependant il est parfois nécessaire de renforcer les obligations législatives, ou de les compléter, en passant par la sphère contractuelle. Le contrat permet d'individualiser, mais aussi de préciser la nature des engagements pris par les parties¹⁰⁰⁵. En matière environnementale, il est essentiel pour les parties à un contrat de pouvoir insérer dans la sphère contractuelle des éléments imposant aux parties des obligations afin d'encadrer au mieux le risque environnemental. En effet, le risque environnemental, ou le passif environnemental étant difficilement prévisible et identifiable, l'introduction de certains éléments à la convention, permet de limiter les risques entre les parties, voir avec les tiers¹⁰⁰⁶. Le contrat permet donc d'aller au-delà des exigences légales et sera bien utile pour les parties en ce qui concerne la prévision des risques, le partage de responsabilité, et la réparation des dommages éventuels causés à l'environnement.

264. L'effet informatif du contrat. En matière environnementale, il est vrai que les sources du droit sont diverses, entre le droit souple et le droit dur, et qu'il peut être utile pour les parties d'utiliser la sphère contractuelle afin de préciser les normes applicables à la relation contractuelle. En effet, le droit de l'environnement entre ses sources légales, les codes de bonnes conduites, le droit français et européen, les parties à un contrat auront parfois des difficultés à identifier les normes qui leur seront applicables. C'est pourquoi le contrat peut également avoir une simple fonction informative en précisant au sein d'une clause les textes applicables et l'existence de principes¹⁰⁰⁷. Ces clauses informatives auront pour effet de sensibiliser et de responsabiliser les parties à un contrat. Elles ne vont pas

¹⁰⁰⁵ M. Mekki, « Contrat de devoir de vigilance », *RLDA* mai 2015, n° 104, p. 86.

¹⁰⁰⁶ M. Mekki, « Vente d'un site pollué et passif environnemental Petit guide-âne adressé au notaire », *JCP N* 2015, n° 29, p. 1131.

¹⁰⁰⁷ M. Mekki, « Contrat de devoir de vigilance », *art. préc.*

directement créer d'obligations, mais auront tout de même un effet normatif puisqu'elles se réfèrent à des textes légaux.

265. Le contrat comme instrument de gestion des risques. Le contrat peut servir aux parties à identifier les risques potentiels environnementaux, une fois identifiés et contractualisés, il convient de prévoir comment gérer ces risques. Le contrat apparaît alors comme un instrument de gestion des risques environnementaux. Ainsi, en matière d'obligation environnementale, il convient de souligner que les parties à un contrat peuvent insérer des clauses qui prévoient une obligation de gestion environnementale à la charge des parties. C'est toujours à travers la recherche de performance environnementale que des obligations, cette fois-ci contractuelles, vont naître à la charge des parties. Les obligations d'informations environnementales s'accompagnent ainsi d'obligations de gestion environnementale. Ces obligations de gestion contractuelle auront alors une double fonction¹⁰⁰⁸. Certaines obligations de gestion environnementale auront pour but la prévention, et d'autres auront pour finalité la réparation. En matière de prévention, le but de ce type de clause est d'éviter la réalisation du risque environnemental¹⁰⁰⁹. Par exemple dans certains contrats de vente ou de location il est prévu une clause qui interdit l'exercice de telle ou telle activité polluante, ou encore des clauses qui prévoient l'élimination des déchets sur le site en question. En matière de réparation, les clauses prévoient la prise en charge matérielle du risque environnemental avec par exemple des clauses de garantie de passif¹⁰¹⁰. Il existe également des clauses qui précisent la nature écologique du produit et ont ainsi pour but d'imposer un comportement écologique au contractant. Les différentes clauses de gestion environnementales qu'elles soient de nature à prévoir les risques ou à les réparer sont des clauses facultatives. Il s'agit donc d'une initiative volontaire et non contraignante pour les parties. Cependant, une fois la clause insérée au sein du contrat, l'obligation de gestion environnementale devient impérative.

266. La contractualisation au sein des rapports entre producteurs et fournisseurs. Quantitativement, 62 % des entreprises du secteur automobile exigent contractuellement de leurs fournisseurs un système de management environnemental

¹⁰⁰⁸ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales en droit des contrats », *in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G. J. Martin*, LGDJ, 2013, p. 57.

¹⁰⁰⁹ M. Boutonnet, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *art. prec.*

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

certifié¹⁰¹¹, et 56 % des entreprises du secteur financier intègrent des clauses de responsabilité sociale et environnementale dans leurs contrats¹⁰¹². Qualitativement, il convient de relever également quelques illustrations relatives à des secteurs spécifiques susceptibles d'avoir des effets néfastes sur l'environnement. Par exemple, dans le bâtiment, certains grands groupes imposent des obligations environnementales relatives à la qualité des biens acquis auprès des fournisseurs¹⁰¹³, ou des équipementiers prévoient une clause consacrée à l'environnement stipulant que le fournisseur qui contracte avec l'entreprise s'engage à prendre des dispositions propices au respect de la réglementation environnementale¹⁰¹⁴, ou encore un grand groupe de l'industrie métallurgique impose aux fournisseurs de transmettre des informations environnementales à l'acheteur¹⁰¹⁵, de même un groupe leader dans l'industrie nucléaire impose à ses fournisseurs le respect d'un engagement en faveur du développement durable et précise que cet engagement « fait partie intégrante de la relation contractuelle »¹⁰¹⁶.

267. La contractualisation du droit de l'environnement. Grâce à la liberté contractuelle, les parties à un contrat peuvent si elles le souhaitent contractualiser des obligations environnementales. Ces obligations environnementales peuvent avoir pour objet la prévention de risques environnementaux, la réparation de dommages fait à l'environnement, ou encore simplement l'information de la législation concernant l'environnement applicable au contrat. Il existe en effet divers contrats au sein desquels il paraît essentiel, voire indispensable d'insérer des clauses relatives à la gestion environnementale. Les obligations contractuelles relatives à l'environnement vont dépendre du type de contrat, de l'objet, des parties et également du secteur d'activité concerné. La nécessité d'intégrer une obligation environnementale au contrat dépend dans un premier

¹⁰¹¹ V. clause CGA de BMW : « Les fournisseurs sont tenus de mettre en place un système de management environnemental totalement fonctionnel, certifié selon les standards ISO 14001, EMAS ou tous certificats équivalents », p. 22 du rapport ORSE.

¹⁰¹² V. BNP, in Rapport sur la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise en 2008 : « Les affaires juridiques du groupe exercent une veille sur l'évolution de la législation et la réglementation environnementale. Des clauses contractuelles mentionnant la responsabilité sociale et environnementale des fournisseurs sont systématiquement incluses aux contrats », p. 14 du rapport ORSE.

¹⁰¹³ Art. 29 CGA Eiffage.

¹⁰¹⁴ Art. 21 CGA Bosh.

¹⁰¹⁵ V. CGA Arcelor Mittal in étude *benchmark* sur la communication des entreprises du CAC 40 relative aux achats responsables, janv. 2010, ORSE., p. 11.

¹⁰¹⁶ Exemples in M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *art. prec.*

temps de l'objet du contrat. En effet, ces obligations sont présentes au sein des contrats qui intègrent dans leur objet une dimension environnementale, c'est le cas dans les contrats d'achats et de consommation dits « durables ». Par exemple, au sein d'un contrat d'entreprise une clause peut prévoir la fixation de critères environnementaux à respecter liés à la dépense énergétique de l'immeuble¹⁰¹⁷, ou dans un contrat de bail il est possible d'insérer une annexe environnementale¹⁰¹⁸. Dans un second temps, les clauses environnementales peuvent être insérées dans des contrats en raison de leur nature. Il s'agit des contrats faisant partie d'un ensemble contractuel plus large, c'est le cas par exemple des contrats cadres ou de partenariats qui prévoient eux-mêmes des clauses comportant des obligations environnementales. Par exemple au sein des contrats de la grande distribution il est fréquent de retrouver des clauses qui imposent le respect d'une chartre environnementale, les parties sont alors obligées de respecter l'environnement sur le moyen ou long terme, et il convient d'intégrer lors de la conclusion des différents contrats servant l'opération, des obligations environnementales. Il est essentiel que les obligations de gestion environnementale soient présentes pendant tout le cycle de production d'un produit ou d'un bien, et qu'elle persiste jusque dans les contrats de distribution, et ce peu importe que des sous-traitants, ou des fournisseurs se situent à l'étranger.

Ainsi, il convient d'étudier des exemples plus concrets de clauses de gestion environnementale afin de constater que la performance environnementale est source d'obligation contractuelle de gestion environnementale.

B : La performance environnementale source d'obligations contractuelles de gestion environnementale

268. Clause de dépollution. Le contrat permet donc d'aller au-delà des obligations légales environnementales. L'exemple le plus flagrant est sans doute celui du droit applicable aux sites pollués pour lesquels il paraît indispensable de prévoir au sein du contrat directement une clause de dépollution. Les parties peuvent s'engager à une totale « dépollution » du site. Le problème de la dépollution se pose lors de la vente d'un terrain ou

¹⁰¹⁷ H. Périnet-Marquet, « La grenellisation du droit de la construction », in *Grenelle 2, Impacts sur les activités économiques*, Lamy Axe droit, 2011, p. 55.

¹⁰¹⁸ Art. L. 125-9 C. env.

d'un immeuble. Il est alors possible pour le vendeur d'un site pollué d'imposer directement ou indirectement sa dépollution à l'acquéreur par le biais de multiples techniques contractuelles¹⁰¹⁹ : clauses informatives, de garantie de passif environnemental, d'exonération de garantie contre les vices cachés relatifs à la pollution, d'obligation contractuelle de dépollution, ou encore d'exonération de responsabilité¹⁰²⁰. Le but de ces clauses, qui ont pour objet la dépollution, est de faire assumer les obligations de dépollution à l'acquéreur. Plusieurs arrêts se sont prononcés sur la force contractuelle de cette obligation de dépollution. À ce titre, la troisième chambre civile s'est prononcée sur la question dans un arrêt du 29 février 2012. En l'espèce, il s'agissait d'un couple qui a vendu à une SCI un ensemble d'immeubles. Ces derniers ont été détruits et remplacés par des immeubles à usage d'habitation. Dans le contrat de vente, une clause précisait que les biens vendus avaient fait l'objet d'une dépollution par une société spécialisée¹⁰²¹. Il était également précisé à l'acte qu'une poche de pollution résiduelle pouvait exister, mais que cette dernière disparaîtrait progressivement et naturellement. Or au cours de la construction, l'acquéreur découvre l'existence d'une couche de pollution résiduelle qui ne s'est pas résorbée avec le temps, nécessitant même des travaux de dépollution complémentaires¹⁰²². L'acquéreur a assigné le vendeur en paiement des coûts supplémentaires dus à la dépollution.

La Cour d'appel a estimé que « le vendeur avait fourni à l'acquéreur tous les éléments relatifs à l'état des travaux de dépollution et des mesures prises pour la réhabilitation du site d'où il ressortait qu'il avait été mis un terme aux sources de pollution et à l'extension de celle-ci, mais que subsistait une pollution résiduelle qui devait être éliminée progressivement et naturellement, que le vendeur n'avait pris aucun engagement personnel de dépollution du site et que l'acquéreur, qui avait connaissance avant de signer l'acte de vente de l'état des travaux qui avaient été exécutés, ainsi que de leurs limites, ne pouvait pas reprocher au vendeur la découverte, au cours des travaux de construction, d'une nouvelle poche de contamination résiduelle aux hydrocarbures nécessitant une opération complémentaire

¹⁰¹⁹ M. Mekki et M. Boutonnet, « Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière », *D.* 2013, p. 1290, M. Mekki, « Les sites pollués, quelle stratégie contractuelle », *JCP N*, 2014.

¹⁰²⁰ Sur ces clauses *V.* Développement durable, Un défi pour le droit, 104^e Congrès notaires de France, mai 2008, ACNF, spéc. L'approche contractuelle de la pollution des sols, p. 513 et s.

¹⁰²¹ M. Boutonnet, note sous Cass. 3^{ème} civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108, *Environnement* 2012, n° 6, comm. 56.

¹⁰²² L. Leveneur, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108, *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 117.

de dépollution.¹⁰²³ » Cependant, la Cour de cassation a rendu un arrêt de cassation au visa de l'article 1603 du Code civil aux motifs « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que l'acte de vente mentionnait que l'immeuble avait fait l'objet d'une dépollution, ce dont il résultait que le bien vendu était présenté comme dépollué et que les vendeurs étaient tenus de livrer un bien conforme à cette caractéristique, la cour d'appel a violé le texte susvisé. ¹⁰²⁴»

En principe, selon l'article L. 511-1 du Code de l'environnement la loi met alors à la charge du dernier exploitant l'obligation administrative de remettre le site dans l'état qui était le sien avant l'exploitation polluante. Cette obligation est imposée et contrôlée par le préfet. Or en l'espèce, le dernier exploitant avait rempli cette obligation de dépollution, la question n'est donc plus de nature administrative, mais de nature contractuelle. La question qui se pose est alors celle de savoir si une fois le terrain vendu, n'étant pas totalement dépollué, l'acquéreur pouvait se prévaloir à l'encontre du vendeur d'un défaut de conformité ? La Cour de cassation répond par l'affirmative et choisit d'interpréter de manière très stricte la clause de dépollution. En effet, le terrain n'était pas totalement dépollué, or, le vendeur s'était contractuellement engagé à livrer un site dépollué¹⁰²⁵. La même solution a été adoptée dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Les faits étaient similaires et la Cour a considéré, « au regard des stipulations prévues par les parties, que l'absence de pollution importante du terrain objet de la vente et la destination des parcelles spécifiquement convenue par les parties sont entrées dans le champ contractuel. En conséquence, l'acquéreur, qui a dû engager des frais de dépollution après la conclusion du contrat de vente immobilière, du fait de la non-conformité de la chose promise, doit être indemnisé par le vendeur¹⁰²⁶. » Ces différents arrêts démontrent parfaitement l'importance que les juges souhaitent accorder à ces clauses de dépollution. En cas de non-respect de ces obligations contractuelles de dépollution, il faut donc fonder son action sur le défaut de conformité de la chose vendue qui se sanctionne par l'octroi de dommages et intérêts.

269. Clause de garantie de passif. Les risques environnementaux sont donc davantage appréhendés par le droit des contrats et par les parties qui tendent de plus en plus à contractualiser le risque environnemental. En effet, les dégâts potentiels qu'une entreprise

¹⁰²³ Cass. 3^{ème} civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108.

¹⁰²⁴ Cass. 3^{ème} civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108.

¹⁰²⁵ M. Mekki, note sous Cass. 3^{ème} civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108, *RDC* 2012, p. 1306.

¹⁰²⁶ S. Dupouy et L. Fériel, note sous CA Aix-en-Provence, ch. 1 B, 16 mai 2013, n° 2013/318, *Environnement* n° 8-9, Août 2013, comm. 67.

peut causer à l'environnement sont susceptibles de produire des conséquences financières non négligeables. La découverte d'une pollution peut avoir de lourdes conséquences financières pour une entreprise, il est alors souhaitable d'intégrer au contrat des clauses qui prévoient la gestion du risque environnemental. La pratique voit se développer des clauses de garantie de passif¹⁰²⁷ environnemental qui auront pour objet de répartir la charge du coût lié à la découverte d'une pollution¹⁰²⁸. La clause de garantie de passif peut viser les conséquences de pollution révélées après la cession, mais dont la cause est antérieure à la cession. Il est donc utile de préciser la nature des dommages qui pourront faire l'objet d'une indemnisation par le cédant telle que la mise aux normes des installations, la réparation des équipements, les frais de démontage, ou encore la décontamination¹⁰²⁹. Cette précision est d'autant plus utile que la clause de garantie de passif environnementale est une clause qui vient compléter une obligation légale existante. Ces clauses sont nommées des clauses *secundum legem*¹⁰³⁰. En revanche lorsqu'elles ont pour objet la création d'une obligation afin de combler l'absence d'obligation légale, il s'agit des clauses *praeter legem*¹⁰³¹. Afin de rédiger une clause de passif environnemental, les rédacteurs doivent se montrer très prévoyants et doivent identifier les risques potentiels afin de garantir au mieux le passif environnemental. Tout d'abord en termes de temps, en principe la durée de la garantie est calculée en fonction des prescriptions légales. Cependant, en pratique la clause est limitée à trente ans et elle stipule que la garantie est illimitée lorsque la pollution est le résultat de la violation de la réglementation en vigueur¹⁰³². Ensuite, il convient au rédacteur de la clause de fixer le montant de la garantie, en principe il est conseillé de prévoir un ajustement du montant sur la durée, avec un plafond dégressif dans le temps¹⁰³³. Enfin, quant à l'objet matériel de la clause de garantie de passif environnemental, il convient de prévoir une clause très précise car tout ce qui n'est pas prévu expressément au sein de la clause ne sera pas prix

¹⁰²⁷ Sur les clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux, P. Mousseron et *alii*, « Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux », *BJS* oct. 2009, p. 892, n° 181 et s.

¹⁰²⁸ M.-P. Blin-Franchomme, Sites et sols pollués, op. et loc. cit.

¹⁰²⁹ B. Lecourt, « Clauses de garantie dans les cessions de droit sociaux », *RDS* sept. 2006, actu. 2017, n° 65.

¹⁰³⁰ M. Mekki, « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide-âne » *RDC* 2015, n° 3, p. 578.

¹⁰³¹ M. Mekki, « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide-âne » *art. prec.*, M. Mekki, « La vente d'un bien pollué et les risques environnementaux », *RDC* 2014/1, p.105.

¹⁰³² G. Goffaux-Callebaut, *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, coll. PU de Sceaux, 2008, n° 488 et s.

¹⁰³³ Par rapport à la clause d'ajustement du montant de la garantie *V* C. Hausmann et P. Torre, *Les garanties de passif*, EFE, 2007, n° 100.

en compte dans la garantie. Un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes en date du 15 mai 2008, illustre de manière topique l'interprétation stricte que retiennent les juges en matière d'objet de la clause¹⁰³⁴. Dans cet arrêt, le cédant d'un camping s'engageait à garantir la conformité des installations avec les dispositions réglementaires et législatives en vigueur, relatives à l'hygiène, la sécurité, la salubrité, et l'environnement. Or, le cessionnaire souhaitait faire valoir le dysfonctionnement du système d'évacuation des eaux usées, qui n'entrait pas dans le champ de la garantie de passif¹⁰³⁵. La demande du cessionnaire fut rejetée aux motifs que la garantie de passif devait s'interpréter strictement et ne prévoyait pas la garantie du dysfonctionnement invoqué.

270. Clause de résolution. La quête de performance impose des obligations environnementales aux entreprises. Une fois encore ces obligations sont issues de la rencontre entre le droit civil des obligations et le droit de l'environnement. Une autre illustration du croisement entre droit civil et droit de l'environnement a fait l'objet d'un arrêt du 13 décembre 2011¹⁰³⁶, dans lequel, une fois encore, une clause imposait une obligation négative relative au respect de l'environnement. La recherche de performance environnementale est à nouveau source d'obligations contractuelles, et cet arrêt invite également à se poser la question de savoir quel type de sanctions peuvent être envisagées en cas de méconnaissance d'une obligation contractuelle relative à la protection de l'environnement.

En l'espèce, une société civile immobilière a vendu à une commune une parcelle de terrain. L'acte de vente contenait une clause qui stipule que la vente s'effectuait sous la condition que l'acquéreur n'installe pas ou n'y laisse pas installer des industries ayant pour objet le recyclage de toutes sortes de déchets, à l'exclusion des déchets verts. Or la commune a cédé le terrain à un syndicat intercommunal qui s'est vu autorisé par un arrêté préfectoral à exploiter un centre de tri transit de matériaux recyclables issus de la collecte sélective des déchets ménagers. Le vendeur décide alors d'invoquer la clause de résolution du contrat de vente, l'octroi de dommages et intérêts et la responsabilité du notaire. En l'espèce, la responsabilité du notaire était demandée car ce dernier aurait dû veiller à ce que l'obligation,

¹⁰³⁴ CA Nîmes, 15 mai 2008, n° 06/1456.

¹⁰³⁵ M. Mekki, « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide-âne » *art. prec.*

¹⁰³⁶ Cass. 3^{ème} civ., 13 déc. 2011, n° 10-27.305, « Obligation environnementale contractuelle : portée et sanction », *D.* 2012, p. 790.

de ne pas installer des industries ayant pour objet le recyclage, incombe également aux sous-acquéreurs.

Les juges du fond rejettent la demande de responsabilité du notaire, en revanche ils estiment qu'il y a un bien eu un manquement aux obligations contractuelles puisque la clause contenue dans l'acte de vente n'a pas été respectée. Cependant, ils estiment que le manquement à l'obligation contractuelle n'est pas suffisamment grave pour entraîner la résolution de la vente, et ils prononcent simplement des dommages et intérêts.

Quant à la Cour de cassation, elle confirme que « le manquement de la commune à ses obligations contractuelles n'était pas d'une gravité telle qu'il justifie la résolution de la vente ». Constituant une simple faute contractuelle, le non-respect de la clause ne peut conduire qu'à l'obtention de dommages-intérêts. Mais l'arrêt est malgré tout cassé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, le notaire ayant « manqué à son obligation d'informer les parties sur les implications des actes qu'elles signaient » et n'ayant pas « rédigé une constitution de servitude inattaquable »¹⁰³⁷.

271. La performance environnementale source d'obligations contractuelles imposées par les parties. Ainsi, à côté des obligations environnementales contractuelles destinées à réduire les risques de coûts financiers encourus en cas de découverte de pollution, il existe également des obligations contractuelles environnementales qui visent à la protection directe de l'environnement telles les obligations d'information environnementale légales concernant la dépense énergétique d'une activité ou d'un produit et les obligations imposant au débiteur, par exemple un fournisseur, un comportement écologique, par le biais d'une clause contractuelle¹⁰³⁸. Le manquement à une obligation contractuelle environnementale telle qu'une obligation de dépollution ou une obligation de garantie se sanctionne en principe par des dommages et intérêts. En effet, ces clauses environnementales sont en principes des clauses accessoires au contrat et ne peuvent entraîner la résolution du contrat. Même lorsque l'obligation environnementale est incluse dans une clause de résolution, les juges admettent rarement la résolution et accorde simplement des dommages et intérêts sauf peut-être en cas de manquement grave mettant en

¹⁰³⁷ M. Boutonnet, note sous Cass. 3^{ème} civ., 13 déc. 2011, n° 10-27.305, *D.* 2012, p. 790.

¹⁰³⁸ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *art. préc.*

péril le contrat tout entier. Cependant, on peut penser qu'il en va différemment des contrats ayant pour objet principal la protection de l'environnement.

272. Conclusion de la section relative à la performance environnementale source d'obligations. La recherche de performance environnementale impose aux parties des obligations particulières. Certaines obligations trouvent leurs sources dans les textes de loi, par exemple l'obligation d'information environnementale ou encore l'obligation de loyauté environnementale. D'autres obligations trouvent leurs sources directement dans des clauses contractuelles. Les obligations environnementales légales se trouvent renforcées et précisées au sein de clauses contractuelles. Les obligations contractuelles sont de plus en plus fréquentes en pratique, en effet, les parties sont de plus en plus enclines à vouloir faire rentrer des considérations d'ordre environnemental au sein du champ contractuel. Ainsi, le fait d'adopter un comportement « green » pour les entreprises, les consommateurs, les fournisseurs, ou les distributeurs est d'avantage recherché à l'heure actuelle.

Il paraît même envisageable de reconnaître une obligation générale environnementale¹⁰³⁹. Cette reconnaissance, en attendant l'action du législateur, est déjà en marche par la voie contractuelle et par les juges qui sont de plus en plus enclins à sanctionner le manquement à l'obligation environnementale par des dommages et intérêts.

Section 2 : La performance économique source d'obligations environnementales

273. La recherche de performance environnementale impose des obligations aux entreprises et aux contractants, mais parfois c'est le fait pour une société d'être dans une situation de performance économique et financière qui sera source d'obligations relatives à la protection de l'environnement. Dans certains cas prévus par la loi, c'est la performance économique d'une entreprise qui sera sources pour cette dernière d'obligations environnementales (§1), et dans d'autres cas il convient d'étudier que la recherche de

¹⁰³⁹ M. Boutonnet, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *art. prec.* ; M. Boutonnet, « Des obligations environnementales en droit des contrats », *in* Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G. J. Martin, LGDJ, 2013, p. 57 ; M. Boutonnet, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *art. prec.*

compétitivité pour une entreprise passe par le respect de certaines normes environnementales relatives à la conception, et à la fabrication des produits (§2).

§1 : La performance d'une entreprise source d'obligations environnementales

274. Une entreprise performante, qu'il s'agisse d'une entreprise cotée, d'une entreprise dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires, ou encore d'une entreprise employant un nombre de salariés suffisamment important se voit imposer par la loi des obligations environnementales. Ces obligations portent principalement sur l'information environnementale. Ainsi, le *reporting social* est à présent imposé aux sociétés performantes, autrement dit aux « grandes entreprises ¹⁰⁴⁰» (A.), il conviendra à ce titre d'étudier la portée et le contrôle de cette nouvelle obligation d'information environnementale imposée aux sociétés cotées (B.).

A : L'obligation de déclaration de performance extra-financière imposée aux « grandes entreprises »

275. **La reconnaissance progressive d'une obligation d'information environnementale pour les sociétés performantes.** Les considérations environnementales, la responsabilité sociale des entreprises, le développement durable ont pris ces dernières années une place considérable en termes de gestion des sociétés. Le législateur est intervenu à ce titre afin d'introduire en droit français une obligation de *reporting social* pour les sociétés cotées. Il est imposé aux sociétés de publier des données concernant les questions environnementales et sociales ainsi que des données concernant le respect des droits de l'homme et la lutte contre la corruption¹⁰⁴¹. Ceci révèle une forte perméabilité du législateur au contexte socioéconomique du début du XXI^e siècle. Le législateur a commencé par imposer aux sociétés cotées la publication de rapport de gestion financier, mais le *reporting* extra financier, portant sur des questions sociales et environnementales, s'est également développé depuis les années 2000.

¹⁰⁴⁰ Décret 2017-1265 du 9-8-2017 : JO 11 texte n° 25.

¹⁰⁴¹ J. Heinich, « L'obligation d'information des sociétés : les ordonnances de l'été », *Dr. sociétés* n° 10, oct. 2017, comm. 163.

Le législateur est en effet intervenu avec la loi n° 2001-420 portant sur les nouvelles régulations économiques (NRE) en 2001, pour les sociétés cotées, qui ont à présent une obligation de *reporting* social et environnemental, dans leurs rapports annuels¹⁰⁴². Elle est entrée en vigueur à la suite d'un décret du 20 février 2002 et s'applique depuis le 1^{er} janvier 2003. Ce décret a été lui-même modifié récemment par la loi « Pénicaud 2 » du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. L'article 84 de ce décret prévoit que la déclaration de performance extra-financière des entreprises devra contenir les mesures prises en faveur des travailleurs handicapés qui figure à l'article L. 225-102-1-III du Code de commerce¹⁰⁴³. Ainsi, l'article L. 225-102-1, III. du Code de commerce dispose notamment que « dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité, la déclaration mentionnée aux I et II présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, ainsi que, pour les sociétés mentionnées au 1^o du I, les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption. La déclaration peut renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance prévu au I de l'article L. 225-102-4.

La déclaration comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et de la lutte contre le gaspillage alimentaire, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés et aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées. »

Cet article est issu de l'article 116 de la loi NRE et précise les conditions dans lesquelles le rapport de gestion doit inclure les informations sociales et environnementales. À ce titre, cet article a introduit la considération environnementale en droit des sociétés¹⁰⁴⁴.

Ensuite, après l'introduction de ce nouvel article en 2001, le cadre réglementaire a évolué avec l'adoption de la loi Grenelle II¹⁰⁴⁵ qui a imposé aux entreprises de plus de 500

¹⁰⁴² C. Malecki, « Les informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.* 2003, p. 818.

¹⁰⁴³ B. François, « Dossier actualité », *Rev. Sociétés* oct. 2018, n° 10, p. 549.

¹⁰⁴⁴ C. Gavalda, « Le secret des affaires », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 263 et s. ; Y. Paclot, « Les diverses facettes du secret des affaires », *Droit et Patrimoine* mars 2002, p. 70.

salariés d'inclure, dans leur rapport annuel, de nouvelles informations portant sur « leurs engagements sociétaux en faveur du développement durable »¹⁰⁴⁶ et a étendu le dispositif aux grandes entreprises non cotées ainsi qu'aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux compagnies financières. Il est en effet prévu d'élargir progressivement le champ d'application de *reporting* social de 2011 à 2014.

Enfin, plus récemment l'article L. 225-102-1 du Code de commerce a été modifié par une ordonnance prise sur l'habilitation de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté¹⁰⁴⁷. Cette ordonnance transpose la directive européenne 2014/95 du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières par les grandes entreprises, et prévoit l'obligation d'intégrer ces informations dans une « déclaration de performance extra-financière » à insérer dans le rapport de gestion¹⁰⁴⁸. L'ordonnance apporte peu de changement en ce qui concerne le contenu de la déclaration introduit dans le rapport de gestion, cependant elle introduit une nouveauté notable qui consiste à ne pas imposer cette obligation à toutes les sociétés cotées.

Ainsi, l'introduction d'une obligation de délivrer une information relative aux données environnementales a été introduite progressivement en droit français depuis 2001. Cette nouvelle exigence de transparence était nécessaire car le droit des sociétés se devait d'intégrer des préoccupations d'ordre environnemental. Il est important de pouvoir imposer des obligations légales environnementales à des sociétés susceptibles de produire des effets néfastes pour l'environnement à cause de leur position sur un marché.

276. Les sociétés performantes concernées. Avant la loi du 12 juillet 2010, seules les sociétés cotées étaient visées par l'obligation d'information environnementale à insérer au sein du rapport de gestion. Or, la loi de 2010 avec l'article L. 225-102-1 du Code de commerce étend le champ d'application de cette obligation de déclaration de performance extra-financière insérée au sein du rapport de gestion. En effet, l'article prévoit que cette obligation s'applique non seulement aux sociétés cotées, mais également « lorsque le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État¹⁰⁴⁹ ». Les seuils sont fixés par l'article 2 du décret n° 2012-557 du 24 avril

¹⁰⁴⁵ L. n° 2010-788, 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement.

¹⁰⁴⁶ Art. L. 225-102-1 C. com.

¹⁰⁴⁷ BRDA 4/17 inf. 9.

¹⁰⁴⁸ Ord. 2017-1180 du 19-7-2017 : JO 21 texte n° 13.

¹⁰⁴⁹ Art. L. 225-102-1 C. com.

2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale. Cet article prévoit : « Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.¹⁰⁵⁰ »

Cependant, l'ordonnance de 2017 modifie quelque peu le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière imposée aux grandes entreprises. En effet, actuellement, les informations sociales et environnementales doivent figurer dans le rapport de gestion de toutes les sociétés cotées et des sociétés anonymes (SA) ou en commandite par actions non cotées de grande taille. Ces dernières seront toujours concernées par la nouvelle obligation déclarative. En revanche, la nouveauté réside dans le fait que toutes les sociétés cotées ne seront pas concernées, il s'agit de réduire le champ d'application aux seules sociétés de grandes tailles. Ainsi, des seuils sont institués pour les sociétés cotées : ne seront plus soumises à la déclaration que celles dont, d'une part, le total de bilan excédera 20 millions d'euros ou dont le chiffre d'affaires net excédera 40 millions d'euros et qui, d'autre part, emploieront un nombre moyen de salariés permanents supérieur à 500 au cours de l'exercice¹⁰⁵¹.

La déclaration de performance extra-financière s'appliquera aussi, sans condition de seuil, aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple dont l'ensemble des parts sont détenues par des sociétés revêtant l'une des formes suivantes ou par des sociétés de droit étranger d'une forme juridique comparable : SA, société en commandite par actions, SARL ou société par actions simplifiée¹⁰⁵². La loi de 2010 avait souhaité élargir le champ d'application de l'article aux filiales des sociétés concernées. Ainsi, la société qui établit des comptes consolidés devra fournir des informations qui portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales ou les sociétés qu'elle contrôle¹⁰⁵³. Le décret de

¹⁰⁵⁰ Art. 2 Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

¹⁰⁵¹ Art. L. 225-102-1, I et R 225-104 modifiés C. com.

¹⁰⁵² Art. L. 221-7, al. 4 modifié C. com.

¹⁰⁵³ P. Le Cannu et B. Dondero, « Le développement des informations sociales et environnementales du rapport de gestion », *art. prec.*

2017¹⁰⁵⁴ est venu ajouter, qu'elles soient cotées ou non, les sociétés établissant des comptes consolidés devront publier une déclaration consolidée de performance extra-financière lorsque le total du bilan ou du chiffre d'affaires et le nombre de salariés de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de consolidation excéderont les seuils indiqués à l'article L. 225-102-1, II du Code de commerce.

Ainsi, il est possible d'affirmer, au vu des critères retenus, que l'obligation de transparence en matière sociale et environnementale s'impose aux sociétés dites performantes, ou comme l'ont relevé certains auteurs, elle s'impose « aux grandes sociétés¹⁰⁵⁵ ». Il est donc utile de retenir un champ d'application large des sociétés considérées comme étant performantes dans le cadre de notre étude afin de démontrer que ces sociétés sont directement visées par ces obligations environnementales. En l'espèce, les sociétés visées sont les sociétés admises sur un marché réglementé qui sont considérées comme des « grandes sociétés » selon les seuils retenus par le décret de 2017, et les sociétés qui dépassent un certain seuil de chiffre d'affaires, et un nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. C'est donc, d'une manière générale, les sociétés de grandes tailles qui sont concernées par ces déclarations de performance extra-financière, quand bien même elles ne seraient pas cotées.

Il paraît en effet essentiel de réserver cette obligation d'information complémentaire aux sociétés d'une certaine importance de par leur chiffre d'affaires, et leur le nombre de salariés qu'elles emploient. Ce raisonnement peut s'expliquer par le fait que les sociétés performantes, d'une part, sont susceptibles de produire plus d'effets néfastes sur l'environnement qu'une société de moindre importance d'un point de vue économique et concurrentiel. Ce phénomène s'explique par le fait qu'une grande société est susceptible de rejeter plus de déchets, d'être plus polluante pour l'environnement, de rejeter plus de gaz à effet de serre, d'exercer une activité à risque pour l'environnement, par rapport à une société qui exerce son activité à une petite échelle, qui emploie peu de salariés, et réalise un chiffre d'affaires moindre. Et d'autre part, les grandes sociétés se doivent de se plier à cette information car les actionnaires, les consommateurs, les salariés doivent être informés de l'impact environnemental et social de la société en cause.

¹⁰⁵⁴ Décret 2017-1265 du 9-8-2017 : JO 11 texte n° 25.

¹⁰⁵⁵ P. Le Cannu et B. Dondero, « Le développement des informations sociales et environnementales du rapport de gestion », *art. prec.*

Cependant, certaines critiques peuvent être faites, les critères retenus par le décret risquent de concerner par mégarde toutes les sociétés anonymes, cotées ou non, ainsi que les SCA et SE. C'est toute une catégorie de société qui risque de devoir faire appel à un organisme tiers indépendant pour procéder à la vérification des informations extra-financières fournies. Il semble que le législateur n'ait pas souhaité englober autant de sociétés et pourtant l'ensemble des sociétés anonymes se trouvent soumises à cette obligation et devront faire appel à la vérification par un tiers indépendant, ce qui reste tout de même très contraignant¹⁰⁵⁶. De plus, le texte est applicable également à toute une série d'entités qui n'ont pas nécessairement la forme de sociétés anonymes : établissements de crédit, entreprises d'investissement et compagnies financières, mutuelles, coopératives. Il convient également de remarquer que le texte figure dans un chapitre relatif aux sociétés anonymes, ce qui signifie que le texte concerne également les sociétés en commandite par actions et les sociétés européennes, mais pas les SAS, du fait de l'exclusion prévue par l'article L. 227-1 C. com. Cela signifierait qu'une SARL ou une SAS de grande taille devrait faire figurer dans son rapport de gestion les informations requises par l'article L. 225-102-1 du code de commerce. Il n'est pas certain que ce soit l'intention du législateur¹⁰⁵⁷. Le champ d'application de l'obligation se veut donc très large, cependant il paraît important de limiter tout de même cette exigence de transparence aux sociétés performantes ayant un impact conséquent sur l'environnement afin de pouvoir contrôler au mieux pour les actionnaires notamment l'impact environnemental et social de ces sociétés. C'est pourquoi l'apport principal du décret de 2017 qui consiste à réduire le champ d'application de l'obligation aux sociétés cotées de grande taille, et non plus à toutes les sociétés cotées sera sans doute le bienvenu en pratique.

277. Le contenu de l'obligation de déclaration extra-financière.

L'obligation de faire figurer des données environnementales dans le rapport annuel de gestion, des sociétés concernées figure à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce. L'article 148-3, du décret du 20 février 2002, détaille le contenu de l'obligation d'information environnementale sous neuf points qui sont :

¹⁰⁵⁶ P. Le Cannu et B. Dondero, « Le développement des informations sociales et environnementales du rapport de gestion », *art. prec.*

¹⁰⁵⁷ P. Le Cannu et B. Dondero, « Le développement des informations sociales et environnementales du rapport de gestion », *art. prec.*

- « 1° - La consommation de ressources en eau, matières premières et énergie avec, le cas échéant, les mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables, les conditions d'utilisation des sols, les rejets dans l'air, l'eau et le sol affectant gravement l'environnement et dont la liste sera déterminée par arrêté des ministres chargés de l'environnement et de l'industrie, les nuisances sonores ou olfactives et les déchets ;
- 2° - Les mesures prises pour limiter les atteintes à l'équilibre biologique, aux milieux naturels, aux espèces animales et végétales protégées
- 3° - Les démarches d'évaluation ou de certification entreprises en matière d'environnement ;
- 4° - Les mesures prises, le cas échéant, pour assurer la conformité de l'activité de la société aux dispositions législatives et réglementaires applicables en cette matière ;
- 5° - Les dépenses engagées pour prévenir les conséquences de l'activité de la société sur l'environnement ;
- 6° - L'existence au sein de la société de services internes de gestion de l'environnement, la formation et l'information des salariés sur celui-ci, les moyens consacrés à la réduction des risques pour l'environnement ainsi que l'organisation mise en place pour faire face aux accidents de pollution ayant des conséquences au-delà des établissements de la société ;
- 7° - Le montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, sauf si cette information est de nature à causer un préjudice sérieux à la société dans un litige en cours ;
- 8° - Le montant des indemnités versées au cours de l'exercice en exécution d'une décision judiciaire en matière d'environnement et les actions menées en réparation de dommages causés à celui-ci ;
- 9° - Tous les éléments sur les objectifs que la société assigne à ses filiales à l'étranger sur les points 1° à 6° ci-dessus. »

Le fait d'intégrer directement la donnée environnementale au droit des sociétés est une innovation majeure qui permettra certainement une prise de conscience générale des sociétés concernées par ces obligations afin de les inciter à adopter des comportements respectueux de l'environnement. Cette mesure participe directement au fait que la performance d'une société soit source d'obligations environnementales.

Cependant, certaines critiques peuvent être faites quant à l'article 148-3 du décret de 2002. Tout d'abord, concernant la consommation, il est dommage que l'article ne fasse pas référence au droit des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) qui

fournit d'ores et déjà un régime juridique de protection de l'environnement éprouvé¹⁰⁵⁸. Ainsi, il reste certains cas non prévus par le décret qui restent dans le flou juridique. En effet, soit l'entreprise rentre dans le cas où elle présente « des dangers ou inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publique, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique », et elle relève alors des articles L. 511-1 et suivants du code de l'environnement, soit ce n'est pas le cas, et il est possible de s'interroger sur l'utilité de l'obligation d'information environnementale¹⁰⁵⁹.

Cependant, le décret préconise l'intégration de la donnée environnementale par la prévention et impose aux sociétés dites performantes des obligations spécifiques en matière environnementale et sociale. En ce qui concerne les données environnementales, il est possible de distinguer les obligations en deux catégories. Tout d'abord, l'obligation porte sur les données comptables. Conformément aux règles comptables, les obligations environnementales devront être comptabilisées, ainsi les informations comptables relatives aux provisions pour risque environnemental seront plus aisées à vérifier¹⁰⁶⁰. Ensuite, l'obligation porte sur des données plus générales qui comprennent les « mesures prises pour prévenir les conséquences de l'activité de la société sur l'environnement » ou encore « les mesures prises pour limiter les atteintes à l'équilibre biologique, aux milieux naturels, aux espèces animales et végétales protégées ». Cependant, le décret ne fournit que des indicateurs d'application générale qui manque peut-être de précisions suivant le secteur d'activité de l'entreprise. Il est vrai que les termes du décret ne permettent pas d'apprécier nettement l'impact de l'activité de l'entreprise sur l'environnement. En effet, les mêmes indicateurs s'appliquent indifféremment à des secteurs tels que la chimie, les assurances, la grande distribution, dont les conséquences sociales et environnementales sont très différentes¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁸ Y. Jégouzo et F.-G. Trébulle, « Obligation de faire figurer des données environnementales dans le rapport annuel des sociétés cotées », *RDI* 2002, p. 367.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Il s'agit des informations comptables relatives aux provisions pour risque environnemental prévues par les articles D. 148-3, 7°, qui traite des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, et D. 148-3, 8°, qui évoque « le montant des indemnités versées au cours de l'exercice en exécution d'une décision judiciaire en matière d'environnement et les actions menées en réparation de dommages causés à celui-ci ».

¹⁰⁶¹ C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.* 2003, p. 818.

Les données environnementales et sociales que doit contenir la déclaration sont précisées au sein de l'article R. 225-105 du Code de commerce. Cet article issu du décret du 9 août 2017 impose aux sociétés concernées de déclarer notamment leur politique générale d'environnement, les mesures de prévention concernant la pollution, la gestion des déchets, l'utilisation durable des ressources, les mesures prises pour lutter contre le changement climatique, les mesures concernant la protection de la biodiversité, ou encore l'engagement de la société en faveur du développement durable. Cet article énonce également diverses informations sociales à déclarer comme l'organisation du travail de la société, la santé et la sécurité des travailleurs, ou encore l'égalité de traitement entre les salariés mise en place au sein de la société.

Toutes ces données environnementales et sociales qui doivent être mentionnées au titre de l'obligation de déclaration de performance extra-financière sont primordiales pour la promotion de la performance sociale et environnementale au sein des « grandes entreprises ».

En ce qui concerne la déclaration des actions menées et des orientations prises par la société et ses filiales ou les sociétés qu'elle contrôle pour prendre en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, le décret de 2017 se veut plus précis quant aux informations à fournir. À l'avenir, la déclaration de performance extra-financière devra présenter le « modèle d'affaires de la société » ou, le cas échéant, de l'ensemble de sociétés pour lesquelles la société établit des comptes consolidés. En outre, pour chaque catégorie d'information mentionnée à l'article L 225-102-1, III la déclaration devra indiquer¹⁰⁶² :

- une description des principaux risques liés à l'activité, y compris, lorsque cela s'avérera pertinent et proportionné, les risques créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services ;

- une description des politiques appliquées incluant, le cas échéant, les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre pour prévenir, identifier et atténuer la survenance de ces risques ;

- les résultats de ces politiques, incluant des indicateurs clés de performance.

Si la société n'applique pas de politique en ce qui concerne un ou plusieurs de ces risques, la déclaration devra comprendre une explication claire et motivée des raisons le justifiant.

¹⁰⁶² Art. R. 225-105, I modifié C. com.

De plus, le décret de 2017 est venu modifier le régime de la publication. En effet, outre l'insertion de la déclaration de performance dans le rapport de gestion, celle-ci devra être mise à la libre disposition du public et rendue aisément accessible sur le site internet de la société dans un délai de huit mois à compter de la clôture de l'exercice et pendant une durée de cinq ans.

Mais quelle sera donc la portée de ces nouvelles obligations d'informations environnementales, et comment leur contrôle va-t-il s'effectuer ?

B : La portée et le contrôle de ces nouvelles obligations d'informations environnementales

278. L'appréciation de la qualité des informations fournies. L'obligation de *reporting social* qui s'impose à présent aux entreprises performantes, c'est-à-dire aux entreprises cotées, ou aux entreprises dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires ou un certain seuil de salariés, les oblige à communiquer dans le rapport de gestion, mais aussi aux différentes parties prenantes des informations environnementales de qualité. En effet, il est possible que l'entreprise communique un indicateur, mais ne transmette pas aux parties prenantes des informations de qualité, c'est-à-dire précises, honnêtes, pertinentes et fiables à la réalité. Une entreprise peut se contenter d'énoncer les valeurs environnementales qu'elle promeut sans pour autant mentionner d'actions spécifiques de sa part visant à atteindre les objectifs spécifiques qu'elle s'est fixée¹⁰⁶³. Il est vrai qu'avec l'imprécision et le caractère parfois général du décret il est possible pour les entreprises d'embellir la réalité de leur action environnementale. Soit elles peuvent délivrer des informations partielles, qui laissent penser qu'elle respecte la réglementation en vigueur sans pour autant avoir informé sur les mesures réellement prises pour respecter la réglementation environnementale. Soit elles peuvent délivrer des informations imprécises ou trop générales, qui laissent part à une certaine subjectivité, ou encore elles peuvent livrer des informations trop valorisantes par rapport à la réalité en délivrant des actions promotionnelles, ou publicitaires qui ne correspondent pas à la réalité¹⁰⁶⁴. Ainsi si l'entreprise manque de données cela peut la conduire à donner des informations trop floues, ou trop générales, ou encore cela peut les inciter à ne

¹⁰⁶³ M. Julien, et E. Mazuyet, « Les obligations des entreprises en matière de *reporting social* », *RDT* 2015, p. 234.

¹⁰⁶⁴ M. Julien, et E. Mazuyet, « Les obligations des entreprises en matière de *reporting social* », *art. prec.*

communiquer qu'une partie de leurs actions, ou les inviter au *greenwashing*¹⁰⁶⁵, ou encore l'absence ou le manque d'actions spécifiques en matière environnementale peut inciter l'entreprise à communiquer des informations mensongères afin d'éviter toute mauvaise publicité. En effet, l'entreprise dans ce cas précis va préférer publier une information très générale ou partielle, en se référant à un catalogue de bonnes intentions¹⁰⁶⁶, plutôt que de ne fournir aucune information.

279. Les acteurs du contrôle du *reporting social*. Dans un premier temps, le contrôle de la qualité de ces informations sociales et environnementales se fera par le commissaire aux comptes qui a un rôle assez restreint, mais qui a tout de même un droit de regard sur les informations inscrites dans le rapport de gestion. Depuis la loi NRE, la mission de contrôle du commissaire aux comptes s'est restreinte. En effet, ce dernier exerce un contrôle sur les informations qui figurent dans le rapport de gestion, mais selon la norme d'exercice professionnel 9510 il n'a pas à vérifier les informations relatives à la responsabilité sociale des entreprises¹⁰⁶⁷. Cependant, à la lecture des informations environnementales et sociales qui doivent à présent figurer dans le rapport, il exerce tout de même un contrôle quant à la sincérité des informations, et a le devoir de relever les informations qui lui paraissent manifestement incohérentes¹⁰⁶⁸. Il transmettra ces observations au conseil d'administration et éventuellement au comité d'audit. Il doit également vérifier que le rapport satisfait bien à toutes les exigences légales et réglementaires, et si tel n'est pas le cas il le signalera dans son rapport. Cependant, il convient de relever une difficulté à cette nouvelle mission de contrôle du commissaire aux comptes qui lui impose désormais un contrôle de ces informations environnementales et sociales, le commissaire aux comptes sera bien seul dans cette mission de vérification. En effet, sa mission de vérification de concordance et de sincérité des informations sera difficile à cause du niveau hautement technique des

¹⁰⁶⁵ B. François, « *Reporting RSE* : commentaire du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 », *Rev. soc.* 2012, p. 607.

¹⁰⁶⁶ A. Sandrin-Deforge, « *Reporting* environnemental : du régime « NRE » au régime « Grenelle 2 », *BDEI* 2012, p. 40.

¹⁰⁶⁷ Norme d'exercice professionnel, « Travaux du commissaire aux comptes relatifs au rapport de gestion et aux autres documents adressés aux membres de l'organe appelé à statuer sur les comptes en application de l'article L. 823-10 du code de commerce », NEP-9510, homologuée par arr. du 3 nov. 2009, JO n° 0275 du 27 nov. 2009, spéc. § 14.

¹⁰⁶⁸ B. François, « *Reporting RSE* : commentaire du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 », *art. prec.*

informations qu'il se doit de contrôler, par exemple le taux de rejet dans l'air ou l'eau¹⁰⁶⁹. Ou encore comment pourra-t-il apprécier des données plus complexes encore comme celles portant sur le maintien de la biodiversité, ou encore le respect par les filiales des conventions fondamentales de l'OIT¹⁰⁷⁰? Ces questionnements doivent à présent être écartés car le décret de 2017 est venu réduire de manière drastique le rôle du commissaire aux comptes. Ces derniers doivent attester que la déclaration de performance figure bien dans le rapport de gestion. En revanche, ils n'auront plus à attester de l'exactitude et de la sincérité des informations mentionnées dans la déclaration¹⁰⁷¹, cette mission étant à présent dévolue uniquement à l'organisme tiers.

Dans un second temps, selon l'article L. 225-102-1 du code de commerce, le décret précise, dans un nouvel article R. 225-105-2, les modalités du contrôle par un organisme tiers indépendant (OTT). Cependant, le décret de 2017 réduit le champ d'application de cette mesure difficile à mettre en œuvre pour toutes les sociétés concernées. Alors que, actuellement, toute société tenue de mentionner des informations sociales et environnementales dans le rapport de gestion doit les faire vérifier par un organisme tiers indépendant, à l'avenir, seules seront soumises à cette obligation les sociétés les plus importantes, et donc les plus performantes, à savoir celles dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires net excédera 100 millions d'euros et dont le nombre de salariés sera supérieur à 500¹⁰⁷². C'est le directeur général ou le président du directoire qui procède à la désignation de l'organisme. Ce dernier est choisi parmi les organismes accrédités à cet effet par le Comité français d'accréditation (COFRAC) ou par tout autre organisme d'accréditation signataire de l'accord de reconnaissance multilatérale établi par la coordination européenne des organismes d'accréditation, l'OTT est nommé pour une durée ne pouvant excéder six exercices¹⁰⁷³. Toutefois, ce mode de désignation peut être critiqué. Le fait de laisser le choix de l'OTT au directeur général ou au président du directoire, lesquels ont une responsabilité directe dans l'élaboration de l'information soumise à vérification, peut s'analyser comme un

¹⁰⁶⁹ C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *art. préc.*

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ C. com. art. L. 823-10, al.4 nouveau.

¹⁰⁷² C. com. art. L. 225-102-1, V et R 225-105-2, II modifiés.

¹⁰⁷³ D. Barlow, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale » *D.* 2012, p. 1502.

manquement au principe voulant que le contrôlé ne choisisse pas son contrôleur¹⁰⁷⁴. Une désignation par l'assemblée générale eût été préférable afin d'éviter tout soupçon de connivence¹⁰⁷⁵. Une fois désignée, la mission de l'organisme est de remettre un rapport qui comporte une attestation relative à la présence dans le rapport de gestion de toutes les informations prévues par les textes, ainsi qu'un avis sur la sincérité de celles-ci et sur les explications données par la société concernant l'absence de certaines informations, ainsi que les diligences mises en œuvre par le vérificateur pour accomplir sa mission¹⁰⁷⁶. L'avis transmis a pour objet de se prononcer sur la sincérité des informations, ainsi que sur les explications fournies en cas d'omission, il doit donc être motivé par l'OTI. En revanche, le décret n'apporte pas d'information quant à la méthode de communication du rapport à ses destinataires. Il convient donc de se référer aux textes en vigueur qui prévoient qu'il est « transmis à l'assemblée générale [...] en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire¹⁰⁷⁷ ».

Enfin, l'arrêté du 14 septembre 2018 procède à des ajustements nécessaires et fixe les conditions dans lesquelles cet organisme délivre l'attestation concernant la présence de toutes les informations prévues à l'article R. 225-105 du Code de commerce, ainsi que l'avis motivé portant sur la sincérité des informations et les explications relatives, le cas échéant, à l'absence de certaines d'entre elles¹⁰⁷⁸.

280. Les sanctions du manquement à l'obligation d'information environnementale. Dans un premier temps, la loi Grenelle 2 n'avait pas prévu de sanctions spécifiques au manquement aux obligations d'information environnementale des sociétés performantes, il convenait donc d'étudier les sanctions civiles et pénales qui peuvent s'appliquer en l'espèce. Parmi les sanctions civiles, tout d'abord, en cas d'omission du

¹⁰⁷⁴ V. sur ce point les modalités de désignation des commissaires aux comptes, à l'art. L. 823-1 c. com., ainsi que les exigences posées par la directive n° 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, dont l'art. 37 prévoit l'obligation faite aux Etats membres d'assurer la désignation du contrôleur légal des comptes par l'assemblée générale des actionnaires ou, à défaut, par tout système permettant d'« assurer l'indépendance du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit par rapport aux membres exécutifs de l'organe d'administration ou à l'organe de direction de l'entité contrôlée », ce qui n'est nullement prévu en l'espèce.

¹⁰⁷⁵ D. Barlow, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale » *art. prec.*

¹⁰⁷⁶ B. François, « Reporting RSE : commentaire du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 », *art. prec.*

¹⁰⁷⁷ D. Barlow, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale » *art. prec.*

¹⁰⁷⁸ B. François, « Dossier actualité », *Rev. Sociétés* oct. 2018, n° 10, p. 549.

rapport de gestion l'article L225-121 alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit la nullité des délibérations prises en assemblée. De plus, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire de communiquer ces informations¹⁰⁷⁹. En revanche, il est vrai qu'aucune sanction n'est prévue en cas d'informations mensongères ou inexactes, il s'agit là d'une véritable lacune du législateur. Même si pour les sociétés cotées l'AMF a fait des recommandations en la matière¹⁰⁸⁰, pour les sociétés non cotées aucune sanction réelle n'est prévue. Ce manquement du législateur ne peut inciter les entreprises concernées par l'obligation de *reporting environnemental* à communiquer des informations sincères et véritables. Ceci pourrait être un véritable frein à la transparence et à la bonne foi en matière environnementale pour les entreprises performantes. Enfin parmi les sanctions pénales, l'article L465-2, alinéa 2, du Code monétaire et financier prévoit, pour les sociétés cotées, le délit de diffusion de fausse information qui est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 € dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif admis sur un marché réglementé, « de nature à agir sur les cours »¹⁰⁸¹.

Le silence des textes quant à une sanction spécifique en cas de manquement à l'obligation d'information sociale et environnementale, amène à se poser la question de savoir s'il serait possible pour un actionnaire d'engager la responsabilité du dirigeant¹⁰⁸². L'engagement de la responsabilité civile du dirigeant pourrait être envisagé en cas de faute de gestion ou d'omission d'une information obligatoire¹⁰⁸³. Cependant, pour engager ce type de

¹⁰⁷⁹ V. l'article L225-102-1, alinéa 10, qui renvoie à l'article L225-102, alinéas 3 et 4 du C. com.

¹⁰⁸⁰ Sur ce point, l'AMF a un véritable pouvoir de contrôle des informations fournies, elle peut ordonner à ces vérificateurs de publier des informations rectificatives, elle peut mener à la connaissance du public certaines informations primordiales, et elle dispose d'un pouvoir de sanction en cas de diffusion de fausses informations : C. mon. fin., art. L. 621-15 et RG AMF, art. 632-1 : « En cas de manquement de diffusion de fausse information, l'AMF peut infliger aux contrevenants une sanction pécuniaire dont le montant pourra atteindre 100 000 000 € ou, si des profits ont été réalisés, le décuple du montant de ceux-ci. »

¹⁰⁸¹ B. François, « *Reporting RSE : commentaire du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012* », *art. prec.*

¹⁰⁸² C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *art. prec.*

¹⁰⁸³ J.-J. Daigre, « Entreprise en difficulté : personnes morales et dirigeants » *Rép. Dr. sociétés*, décembre 1996 (actualisation : avr. 2018)

responsabilité civile l'actionnaire devra être en mesure d'apporter la preuve qu'il a subi un préjudice, ce qui paraît difficile à mettre en œuvre en pratique. Enfin, d'une manière plus radicale, on peut envisager qu'il n'est pas impossible que les actionnaires, en cas d'informations erronées, décident de révoquer *ad nutum* le ou les dirigeants en cause.

Cependant, le décret de 2017 a introduit une sanction particulière au sein de l'article L. 225-102-1, VI qui prévoit qu'en l'absence de déclaration de performance dans le rapport de gestion, tout intéressé pourra demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire de communiquer les informations manquantes. S'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure seront à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire. Cependant, le décret n'a pas introduit de sanction spécifique en cas d'inexactitudes des mentions de la déclaration de performance.

281. La portée de l'introduction du *reporting social* pour les sociétés performantes. Plusieurs remarques peuvent être apportées quant à l'introduction du *reporting social* en droit des sociétés. Tout d'abord, il s'agit d'un renforcement de l'écart qui se creuse entre les différences de régime qui animent les sociétés cotées et non cotées. D'une manière plus générale, on peut constater qu'il existe une réelle différence notamment en ce qui concerne l'obligation de transparence entre les sociétés performantes et les autres, c'est-à-dire entre les grandes sociétés et les petites sociétés. Pourquoi ne pas imposer ces obligations d'informations environnementales et sociales à toutes les sociétés ? Cette différence de traitement entre les sociétés performantes et les autres s'explique sans doute par le fait que le législateur ne veut pas asphyxier les petites et moyennes entreprises avec des obligations à respecter qui sont bien souvent coûteuses pour les sociétés. Cette obligation de transparence ne s'impose qu'aux sociétés performantes car ce sont elles qui sont le plus susceptibles d'avoir un impact négatif sur la concurrence, sur l'environnement, ou encore sur les consommateurs. Cependant, il faut bien reconnaître que l'importance du contenu des informations sociales et environnementales opère une véritable mise à nu des grandes sociétés qui éradiquent la notion même de secret des affaires, pourtant nécessaire à la compétitivité.

C. Le devoir de vigilance imposé aux entreprises performantes

282. Le champ d'application du devoir de vigilance. Toujours selon l'idée qu'il s'impose aux entreprises performantes des obligations particulières, il est essentiel d'évoquer la loi du 27 mars 2017 qui introduit au sein de notre droit un devoir de vigilance. Cette notion de devoir fait référence à l'éthique et à la morale dont doit faire preuve l'entreprise¹⁰⁸⁴. La loi de 2017 a certainement choisi le terme de devoir afin d'insister sur le fait que le devoir de vigilance imposé à certaines sociétés ne doit pas être moralement neutre et doit contribuer à une certaine idée de justice sociale¹⁰⁸⁵. Ainsi, le devoir de vigilance a pour objet de lutter contre des comportements contraires à l'éthique et à la morale tels que : la lutte contre le blanchiment de capitaux, la lutte contre la concurrence déloyale, la lutte contre le travail dissimulé, la lutte contre la corruption, ou encore la lutte contre les drames humains et écologiques. Ce devoir général de vigilance, qui s'impose aux très grandes sociétés mères et donneuses d'ordre, implique un certain nombre d'obligations. En vertu de notre étude sur la performance des entreprises sources d'obligations, il convient de se poser la question de savoir quelles sociétés sont concernées par ce nouveau devoir. Il semble en effet que ce devoir, tout comme l'obligation de déclaration extra-financière étudiée précédemment, s'impose aux très grandes entreprises, et donc aux entreprises performantes de par leur taille. L'article L. 225-102-4 alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit que le devoir de vigilance s'impose à « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle. »

Le champ d'application de ce texte se fait une fois encore par rapport à la taille de la société et s'impose aux très grandes sociétés mères, cotées ou non, et aux très grandes entreprises donneuses d'ordre. Il s'agit donc d'imposer un devoir de vigilance aux sociétés

¹⁰⁸⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001, p. 94 et s.

¹⁰⁸⁵ B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, t. 576, 2017.

considérées comme étant performantes du point de vue de leur taille. Ce champ d'application se justifie par le fait qu'elles sont susceptibles de produire des effets néfastes d'un point de vue social et environnemental du fait de leur taille et de leur importance sur un marché.

Il convient tout de même de souligner les lacunes de l'article quant à la délimitation du champ d'application. En effet, selon le texte il semble que le seuil des 10 000 salariés n'a vocation à s'appliquer que si des filiales d'une société mère française sont implantées à l'étranger. Mais quid d'une société étrangère qui aurait des filiales étrangères, dont une située en France, et dont l'effectif global atteindrait le seuil des 10 000 salariés ? La filiale étrangère devrait-elle alors établir un plan de vigilance ? Cette question n'est pas tranchée par le texte¹⁰⁸⁶. On peut également regretter que le législateur n'ait imposé qu'un seuil de salariés, et non un seuil concernant le chiffre d'affaires comme il l'a fait pour les obligations de déclarations de performances extra financières avec la récente loi Sapin 2.

283. Le contenu du devoir de vigilance qui s'impose aux entreprises performantes. Parce que les grandes entreprises sont de véritables pouvoirs privés économiques¹⁰⁸⁷, le législateur leur confie le soin de surveiller les conditions de réalisation de leurs activités. C'est ainsi que la loi sur le devoir de vigilance, qui s'inscrit dans la même lignée que la loi Sapin 2, a pour ambition de prévenir « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». Il pèse donc sur les grandes entreprises un devoir particulier de vigilance de fait de la position qu'elles occupent sur un marché et de l'influence qu'elles peuvent avoir sur les marchés financiers, sur l'environnement, sur la lutte contre le blanchiment, la corruption et le terrorisme. On peut percevoir la rançon d'un « *big is beautiful* » car la charge supportée par les grandes entreprises et d'autant plus importante qu'elles atteignent une certaine taille¹⁰⁸⁸. Le devoir de vigilance va donc inciter les grandes entreprises à une obligation de surveillance. Cependant, on peut s'interroger, comme l'on fait certains auteurs¹⁰⁸⁹, sur une éventuelle obligation de réaction de la part des entreprises visées. Si la surveillance vient à échouer, l'entreprise aura-t-elle l'obligation de réagir en prenant des

¹⁰⁸⁶ B. Parrance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 18/04/2017, n° 15, p. 16.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸⁸ J.-B. Tap, « Le devoir de vigilance, un nouvel horizon », *RJ. Com.*, 2018, n°1, Conférence de droit et commerce, 4 déc. 2017.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

mesures appropriées ? La loi reste très floue quant à une obligation de réaction de la part des acteurs économiques, et se contente d'énoncer un devoir de vigilance. En effet, lorsque la surveillance aura échoué, il sera nécessaire de sanctionner. Ainsi, il faudra d'abord surveiller, ensuite agir, et enfin sanctionner¹⁰⁹⁰. La surveillance se fait grâce à l'élaboration d'un plan de vigilance en association avec les parties prenantes de la société. Le contenu de ce plan est fixé par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce : « Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

- 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
- 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
- 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. »

Il est très clair que la loi Sapin 2, comme la loi relative au devoir de vigilance s'inscrit dans une logique de prévention des risques pour les « grandes » entreprises qui ont des comportements susceptibles d'avoir des effets néfastes de par leur taille. Il s'agit d'une logique de responsabilisation¹⁰⁹¹ des entreprises performantes. La performance de ces entreprises est donc source d'obligations non négligeables¹⁰⁹², destinées à prévenir les risques et à prévenir les « atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé, et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ J.-B. Tap, « Le devoir de vigilance, un nouvel horizon », *art. prec.*

¹⁰⁹¹ X. Boucobza et Y.-M. Serinet, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.* 2017, p. 1619.

¹⁰⁹² Il convient d'ajouter que les directeurs généraux de SA et SAS ainsi que le Président de SAS de « grande taille » sont également soumis à des obligations particulières dans le cadre de la loi Sapin 2 : ils doivent mettre en place des mesures anti-corruption. J. Heinich, « Mesures anti-corruption : les dirigeants concernés par l'ANSA », *Dr. Sociétés* n° 6, juin 2018, comm. 106 ; « Loi Sapin 2 : création d'une obligation de vigilance anticorruption dans les grandes sociétés et groupe de sociétés », *Dr. Sociétés* n° 2, fév. 2017, comm. 26.

¹⁰⁹³ C. Malecki, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? » *Bull. Joby. Soc.* 01/05/2017, n° 5, p. 298.

284. Les sanctions envisagées en cas de non-respect du plan de vigilance. En principe, il est prévu à la suite de l'élaboration du plan de vigilance, la société doit bien évidemment le respecter. Si la société ne satisfait pas au plan de vigilance, elle sera mise en demeure de respecter les obligations prévues au titre du plan. Si elle n'y satisfait pas dans un délai de trois mois, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre de les respecter, le président du tribunal pouvant être saisi aux mêmes fins, en statuant en référé. En dernier recours, il est également possible de faire un recours sur le fondement du droit commun de la responsabilité sur les articles 1240 et 1241 du Code civil. Ces derniers permettent de sanctionner les manquements au plan de vigilance en obligeant son auteur « à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter »¹⁰⁹⁴.

La performance est source d'obligations environnementales et sociales, mais il convient de souligner également que la recherche de performance pour une entreprise passe également par le respect de certaines normes environnementales. En effet, la recherche de compétitivité se fera dans certains cas à travers le respect de normes qui touchent à l'environnement.

§2 : La recherche de compétitivité à travers le respect de normes environnementales

285. De nos jours, le respect des normes environnementales est nécessaire pour les entreprises qui souhaitent avoir une meilleure image auprès du grand public, et auprès des consommateurs. Le fait pour une entreprise d'orienter sa politique intérieure vers la protection de l'environnement et le respect de normes environnementales est nécessaire dans sa recherche de compétitivité et sera pour elle un avantage concurrentiel non négligeable. Il existe donc une conciliation possible entre la protection et la sauvegarde de l'environnement et la recherche de compétitivité et de profits économiques pour les entreprises **(A.)**. L'illustration de cette corrélation entre environnement et compétitivité s'illustre à travers divers concepts émergents tels que l'éco-innovation pour une éco-performance, ou encore l'éco-conditionnalité avec la conception de produits et services respectueux de certaines normes environnementales **(B.)**.

¹⁰⁹⁴ X. Boucobza et Y.-M. Serinet, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *art. prec.*

A : Une conciliation possible entre environnement et compétitivité

286. Le concept de développement durable : la croissance économique et la sauvegarde de la planète. Alors que certaines normes et obligations environnementales sont imposées aux entreprises performantes, il convient de constater que certaines entreprises adoptent une démarche volontaire de respect et de protection de l'environnement. Cependant, cette démarche volontaire n'est pas totalement désintéressée car le respect de l'environnement sera bien souvent source d'atouts pour l'entreprise à travers des retombées économiques bénéfiques pour l'entreprise. Ainsi, environnement et compétitivité, environnement et recherche de profit, environnement et avantage concurrentiel, sont parfois conciliables. C'est ce que démontre le développement des concepts tels que le développement durable ou la responsabilité sociale des entreprises. Le concept de développement durable a été présenté par la Commission Brundtland comme « un développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre les capacités des générations futures de répondre aux leurs ». Il ressort de cette définition une idée d'équité intergénérationnelle¹⁰⁹⁵. L'idée principale est donc d'allier le développement et l'avenir des générations futures, le développement durable renvoie bien évidemment à la préservation de l'environnement pour les futures générations, sans pour autant freiner le développement économique des générations présentes. Cette idée de conciliation entre l'environnement et le développement économique est apparue à travers le concept de développement durable. Ainsi, le développement durable doit être à la fois économiquement efficace, socialement équitable et écologiquement tolérable¹⁰⁹⁶. Il s'agit de concilier les trois piliers du développement durable à savoir sa dimension économique, sociale et environnementale. Le social doit être un objectif, l'économie un moyen et l'environnement une condition. Dès ce rapport il était possible de constater les liens étroits qui unissent l'économie et l'environnement. En effet, le rapport établit que c'est la croissance économique qui est nécessaire pour assurer la « sauvegarde » de la planète, et il tente de trouver un équilibre entre développement économique et protection de l'environnement¹⁰⁹⁷. La croissance économique et la protection de l'environnement ne sont pas des objectifs

¹⁰⁹⁵ Y. Petit, « Environnement », *RDI*, actu. Janv. 2017, n° 79.

¹⁰⁹⁶ Rapport Brundtland publié par la Commission Mondiale sur l'Environnement et le développement des Nations Unies, « Our Common future », 1987

¹⁰⁹⁷ M. Bedjaoui, *L'humanité en quête de paix et de développement*, Cours général de droit international public RCADI, t. 325, p. 188, 2006.

inconciliables. Selon certains économistes, qui dénoncent le « paradigme de la croissance », la croissance serait alors, selon ce modèle, le moteur des politiques d'environnement au même titre que des politiques sociales¹⁰⁹⁸. La protection de l'environnement doit se faire en participant à la croissance, mais encore faut-il que la société génère de la richesse pour prendre en charge la qualité de l'environnement, et à l'inverse un environnement dégradé peut directement nuire au développement économique.

Or plusieurs études démontrent que la croissance économique ne favorise pas la protection de l'environnement¹⁰⁹⁹. Il s'agit des travaux du Club de Rome qui ont marqué une première étape dans le sens de l'abandon du paradigme de la croissance. Le rapport Meadows de 1972 fait la promotion d'un état d'équilibre assuré par la croissance zéro de la population et du capital¹¹⁰⁰.

Mais plutôt que de stopper la croissance, ne vaut-il pas mieux s'efforcer de la réorienter pour la rendre soutenable ? Cette autre possibilité s'élabore autour de la notion de développement durable¹¹⁰¹. Le concept de développement durable vient lui-même du concept d'écodéveloppement qui est apparu dès 1972. L'écodéveloppement se définit par certains auteurs comme « l'harmonisation des objectifs sociaux et économiques du développement avec une gestion écologiquement prudente des ressources et du milieu¹¹⁰² ».

287. Le développement durable appliqué aux entreprises : la responsabilité sociale des entreprises. Quel va être l'impact de l'écodéveloppement et donc du développement durable sur les entreprises ? En effet, la question de la relation entre croissance économique et protection de l'environnement concerne directement les acteurs majeurs de la croissance, à savoir les entreprises. C'est ainsi qu'est apparu le concept de la responsabilité sociale des entreprises qui consiste à prôner l'idée selon laquelle l'entreprise doit se préoccuper de l'homme et de l'environnement. La RSE se présente alors comme un concept qui désigne l'intégration volontaire de préoccupations sociales et environnementales aux activités commerciales des entreprises et dans leurs relations avec les parties

¹⁰⁹⁸ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., sept. 2011, p. 189, n° 219.

¹⁰⁹⁹ H. Kempf, « La croissance contre l'environnement ? » *Le monde* 27-28 mai 2001 ; S. Kauffmann « Comment croître sans polluer la planète ? » *Le monde* 13 fév. 2007.

¹¹⁰⁰ D. Meadows, *Halte à la croissance*, (*The limits to growth*), Rapport commandé par le Club de Rome, oct. 1972.

¹¹⁰¹ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., sept. 2011, p. 189, n° 219.

¹¹⁰² Définition donnée par Sachs en 1980 in J.-Ph. Waaub, « Croissance économique et développement durable : vers un nouveau paradigme du développement » in J. Prades, J.-G. Vaillancourt et R. Tessier, *Environnement et développement*, Montréal, Fides, 1991, p. 57.

prenantes¹¹⁰³. Il s'agit donc d'une démarche volontaire qui vient accroître les normes sociales et environnementales qui s'imposent aux entreprises, en plus de la législation applicable. En 2011, la RSE apparaît comme la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société. Il faut allier la recherche du profit à une démarche éthique¹¹⁰⁴. Les règles de droit ne suffisent pas à moraliser les comportements économiques. L'objectif poursuivi est double, il s'agit d'améliorer l'implication et l'efficacité des salariés et l'objet sera d'éviter des situations pouvant exposer la responsabilité de l'entreprise¹¹⁰⁵. Ainsi, la RSE s'analyse comme un standard. En effet, un standard se définit « pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé¹¹⁰⁶ ». À partir du moment où une entreprise accepte d'adhérer à une démarche de « Responsabilité sociale des entreprises », elle accepte de se soumettre à des contraintes plus strictes que celles qui résultent de la loi, et définit les normes auxquelles elle se réfère¹¹⁰⁷. Elle manifeste donc sa volonté de se placer sur un terrain différent du droit commun.

Cependant, même s'il s'agit de se soumettre volontairement à des normes supplémentaires, cela ne signifie pas que la méconnaissance de ces normes ne sera pas sanctionnée. En effet, celui qui revendique le fait de se soumettre à des règles particulières en matière sociale et environnementale ne se place plus sous l'égide du bon professionnel normalement diligent, mais se situe volontairement à un degré d'exigence renforcé dont il faut tenir compte : la violation des obligations souscrites dans ce cadre devra nécessairement être sanctionnée alors même que le droit commun conduirait à l'excuser¹¹⁰⁸. Le fait de se soumettre volontairement à des règles particulières, dont le non-respect, n'entraînerait ni conséquence ni sanction, ne serait d'aucune efficacité. Ainsi, il apparaît que, dans le cadre contractuel ou délictuel, la faute de l'entreprise manquant à ses engagements pourra être sanctionnée. Le fait que la faute puisse résulter de la violation des règles volontairement acceptées de la « Responsabilité sociale des entreprises » permettra de sanctionner toute

¹¹⁰³ D. Poracchia et T. Granier « Des relations entre éthique et droit financier », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 335 et s.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ F.-G. Trébulle « Quel droit pour la RSE ? », in F.-G. Trébulle et O. Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises*, Economica, 2011, p.3.

¹¹⁰⁶ Voir « standard », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, éd. 2011.

¹¹⁰⁷ F.-G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprises et éthique environnementale », *Rép. Soc.*, mars 2003.

¹¹⁰⁸ F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, spéc. p. 524.

discordance importante entre le discours et la réalité¹¹⁰⁹. En se soumettant volontairement aux règles de la RSE, l'entreprise se soumet donc volontairement à des obligations renforcées, c'est-à-dire que l'appréciation de la faute devra se faire en fonction de la législation applicable, mais aussi en fonction des règles de la RSE acceptées par l'entreprise. C'est l'entreprise elle-même qui change le modèle de référence auquel son comportement doit être comparé pour apprécier l'existence d'une faute. Mais encore faut-il que cette faute cause un dommage pour que la responsabilité de l'entreprise puisse être engagée.

288. L'environnement au service de la compétitivité des entreprises.

Le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises, autant de concepts qui s'attachent aujourd'hui à démontrer les bénéfices de l'intégration des préoccupations écologiques dans l'activité de l'entreprise. Différents avantages pourront alors découler des initiatives environnementales des entreprises comme les économies de matières et d'énergie, la réduction des coûts de traitement des contaminants et des frais d'enfouissement des déchets, l'amélioration de l'image de l'entreprise, l'amélioration des procédés, ou encore les innovations technologiques. Quels que soient les exemples et les approches retenues, les enjeux environnementaux apparaissent de plus en plus comme un moyen d'améliorer la productivité et la compétitivité de l'entreprise¹¹¹⁰. Cette perspective de conciliation entre compétitivité et démarche écologique est souvent appelée « l'hypothèse de Porter », ce dernier a été l'un des pionniers¹¹¹¹ dans la remise en cause traditionnelle du lien négatif entre environnement et économie. « Selon Porter, le développement de la réglementation environnementale appelle au contraire des dépenses et des transformations susceptibles d'alourdir les coûts. Cependant, la réponse à ces contraintes entraîne également des efforts d'innovation afin d'améliorer les procédés, d'utiliser de façon plus efficiente les intrants et de trouver de nouveaux débouchés pour les sous-produits de la production. Exemples à l'appui, Porter estime que les bénéfices résultant de ces mesures excèdent en définitive le plus souvent leurs coûts. De fait, le renforcement des contraintes réglementaires dans certains pays, loin de freiner la compétitivité des entreprises par rapport à des concurrents qui ne

¹¹⁰⁹ F.-G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprises et éthique environnementale », *art. prec.*

¹¹¹⁰ O. Boiral, *Concilier environnement et compétitivité, ou la quête de l'éco-efficience*, Lavoisier, 2005, p. 10.

¹¹¹¹ Il a été le premier à affirmer cette théorie en 1991, puis il a été suivi par d'autres auteurs tels que Porter et van der Linde en 1995, ou plus récemment par S. Ambec et P. Lanoie, *Performance environnementale et économique de l'entreprise*, *Economie et Prévision*, Vol. 190, n° 4, 2009.

sont pas soumis aux mêmes normes, la stimule et tend à améliorer la position concurrentielle des firmes les moins polluantes sur les marchés internationaux.¹¹¹² »

Mais les entreprises ont-elles en pratique appliqué cette théorie ? Et dans l'affirmative quelle politique ont-elles adoptée afin de prendre en compte des problématiques écologiques au service de leur croissance économique ?

B : L'éco-performance des entreprises

289. Les risques encourus par l'entreprise qui ne respecte pas l'environnement. Il existe une réelle relation de cause à effet entre le respect de l'environnement pour l'entreprise et sa performance financière et économique. L'entreprise a donc tout intérêt à respecter l'environnement et à adopter une démarche écologique. Une entreprise doit adopter une politique favorisant le développement durable, sinon elle pourrait ne pas être performante suivant son secteur. En effet, par exemple on peut relever que le rapport mis en ligne par la Norges Bank Investment Management, fonds souverain norvégien, insiste sur ses attentes en matière de gestion de l'eau par les entreprises dans lesquelles il investit. Ainsi, il est très significatif que pour bon nombre de secteurs dans lesquels l'eau est une ressource importante, la Norges Bank Investment Management insiste sur le fait que la gestion responsable de l'eau doit être analysée comme une performance des sociétés¹¹¹³. L'initiative norvégienne est d'autant plus intéressante qu'elle arrive à un moment où certaines sociétés sont mises en cause par des campagnes associatives pour les pollutions aquatiques provenant de leurs sous-traitants. Par exemple, c'est le cas d'Apple qui a été mis en cause par un rapport publié le 31 août 2011 par l'Institute of Public & Environmental Affairs : *The other side of Apple II : pollution spreads through Apple's supply chain*¹¹¹⁴. Si les faits de pollution évoqués dans ce rapport sont confirmés et donnent lieu à des poursuites, les conséquences pourraient être désastreuses pour la société¹¹¹⁵. En effet,

¹¹¹² O. Boiral, *Concilier environnement et compétitivité, ou la quête de l'éco-efficience*, *op. cit.* p. 11.

¹¹¹³ F.-G. Trébulle, « Incidence du développement durable en matière bancaire et financière. - (mai 2010 - juin 2011) » *RD banc. fin* n° 1, Janv. 2012, étude 3.

¹¹¹⁴Source : <https://www.greenit.fr/sites/greenit.fr/files/IPE-TheOtherSideOfApple-Report-IT-V-Apple-II.pdf>

¹¹¹⁵ F.-G. Trébulle, « Incidence du développement durable en matière bancaire et financière. - (mai 2010 - juin 2011) », *art.prec.*

aujourd'hui la pollution faite par une entreprise peut avoir des conséquences désastreuses pour elle, tout d'abord d'un point de vue financier à travers du point de vue des actionnaires et des investisseurs, mais également en termes d'image et de réputation auprès des consommateurs. La performance ne passe plus essentiellement par la rentabilité de l'entreprise, elle passe aussi par le respect de l'environnement de la part de l'entreprise. C'est ce que nous montre ce rapport sur la gestion de l'eau dans les entreprises concernées. La pollution ou le développement durable sont des notions qui à l'heure actuelle doivent devenir des préoccupations primordiales pour les entreprises, pour elle-même et pour leur réputation. Par exemple, il apparaît à présent sur les produits à consommer les émissions de gaz à effet de serre ce qui témoigne de l'importance de cette gestion de la pollution. La performance globale d'une entreprise doit prendre en compte sa capacité à appréhender le développement durable, à limiter la pollution, à effectuer des économies d'eau, de papier, par sa faculté à recycler les déchets, mais aussi par le fait de limiter l'émission de gaz à effet de serre.

290. Le coût de l'action contre le coût de l'inaction. Les entreprises sont donc amenées aujourd'hui à adopter une politique qui prend en compte le facteur environnemental. En effet, nous avons vu qu'il existe un lien certain entre croissance économique et considérations d'ordre écologique, nous allons donc étudier des cas où l'entreprise gagne à investir et à innover en matière environnementale. Ainsi, parfois le coût de l'action sera largement avantageux face au coût que peut avoir l'inaction en matière de gestion environnementale. Aujourd'hui il n'est pas rare, et il est même courant de voir la responsabilité des entreprises engagée sur le terrain environnemental. Les exemples sont innombrables tels que « les marées noires (de l'Amoco Cadiz à l'Erika) l'épizootie de fièvre aphteuse, le Coca Cola en provenance d'une usine belge (dont il semble d'ailleurs en réalité qu'il n'avait rien de particulièrement nocif) les rillettes infectées par la listériose, les infections nosocomiales, les catastrophes chimiques de Seveso (1976) et Bophal (1984), nucléaire de Tchernobyl (1986), l'encéphalite spongiforme bovine et le prion liés à l'alimentation du bétail à l'aide de farines animales, le poulet à la dioxine, le sang contaminé par le virus du sida ou de l'hépatite, tout ceci pêle-mêle, dans le désordre spatial et temporel d'une énumération loin d'être exhaustive¹¹¹⁶ » des catastrophes générées par l'activité de l'entreprise. Il est important aujourd'hui que les entreprises adoptent une démarche responsable sous peine de voir leur

¹¹¹⁶ V. Larribau-Terneyre, « Les risques de l'entreprise : de la responsabilité à la défaillance » *Rev. Soc.* 2001, p. 271.

responsabilité civile, voire pénale engagée. Ainsi, les précautions qu'elles prendront afin de prévenir les risques de dommages auront pour but de limiter les coûts en termes de réparation de ces dommages. Il faut donc éviter l'engagement de leur responsabilité en prévenant le risque, et le dommage. En matière environnementale, les principes de prévention et de précaution impulsés par le droit international de l'environnement s'inscrivent donc dans la démarche du développement durable et seront favorables aux entreprises. Le but est de prôner l'idée selon laquelle « il vaut mieux prévenir que guérir ». La réception de ces principes a notamment été faite à l'occasion de la loi Barnier du 2 février 1995 qui reconnaît à le « droit de chacun à un environnement sain et le devoir de chacun de contribuer à la protection de l'environnement ». Cette loi a permis d'introduire le principe de prévention et le principe de précaution¹¹¹⁷ en droit français. Le droit de l'environnement s'inspire donc du principe de précaution selon lequel « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ne doit par retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable¹¹¹⁸ », mais également du principe d'action préventive et de correction, du principe du pollueur-payeur et du principe de participation¹¹¹⁹. Tous les principes communautaires ont donc été repris par la loi Barnier de 1995. Les accidents environnementaux causés par les entreprises sont donc fréquents, et présentent un coût financier non négligeable, c'est pourquoi les principes de prévention et de précaution s'imposent à présent à elles.

Les entreprises ont tout intérêt à respecter les normes environnementales qui s'imposent à elles, d'autant que le risque de devoir faire face à la réparation de dommages environnementaux s'accroît un peu plus encore avec l'action en justice possible des associations. En effet, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt important en la matière en date du 8 juin 2011¹¹²⁰. Elle s'est prononcée sur l'action en justice d'associations de protection de l'environnement pour un manquement à la réglementation commis par une entreprise, alors même que l'installation en question avait été remise en conformité lorsque les associations ont agi en justice. Il convient de se demander sur quel fondement juridique s'est fondée la Cour de cassation afin de reconnaître l'intérêt à agir des

¹¹¹⁷ Sur la généralité du principe de précaution : M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005, n° 104 et s.

¹¹¹⁸ Art. 200-1 C. rur.

¹¹¹⁹ V. Larribau-Terneyre, « Les risques de l'entreprise : de la responsabilité à la défaillance » *art. prec.*

¹¹²⁰ G. Forest, obs. sous Cass. com. 3^{ème} civ. 8 juin 2011, n° 10-15.500, *D.* 2011, p.1691.

associations, qui a priori n'ont subi aucun dommage direct. En l'espèce, la Direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement (DRIRE), devenue depuis la DREAL, avait constaté des manquements à la réglementation des installations classées pour l'environnement (ICPE) commis par une société exploitant des dépôts de produits pétroliers. Alors que la société avait procédé à la restructuration de son exploitation et avait démantelé les cuvettes de rétention et les installations non conformes, deux associations de protection de l'environnement ont intenté une action sur le fondement de l'article L. 142-2 du Code de l'environnement pour obtenir réparation du préjudice moral qu'elles avaient subi du fait de l'atteinte aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre¹¹²¹. La Cour de cassation retient que la cour d'appel en a exactement déduit que « le non-respect des dispositions de l'arrêté préfectoral pris au titre de la réglementation des installations classées, en ce qu'il était de nature à créer un risque de pollution majeure pour l'environnement, et notamment pour les eaux et les sols, portait atteinte aux intérêts collectifs que les associations avaient pour objet de défendre, et que cette seule atteinte suffisait à caractériser le préjudice moral indirect de ces dernières ». De plus, la Cour d'appel a retenu « à bon droit que la circonstance que l'infraction qui en était à l'origine ait cessée à la date de l'assignation demeurait sans conséquence sur l'intérêt des associations à agir pour obtenir la réparation intégrale du préjudice subi. » La solution peut paraître surprenante et sévère à l'égard de l'entreprise. En effet, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un préjudice moral indirect au bénéfice des associations alors même que l'infraction avait cessé à la date de l'action en justice, et qu'aucun dommage n'avait été causé à l'environnement. D'une part, la Cour de cassation s'est fondée sur la jurisprudence antérieure qui reconnaît aux associations un intérêt à agir afin de défendre les intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social. C'est donc la spécificité de l'objet social qui caractérise alors le préjudice personnel et direct de l'association qui fonde l'intérêt à agir¹¹²². D'autre part, quant à l'infraction qui avait cessé au moment de l'action en justice des associations, la troisième chambre civile juge que le préjudice moral est caractérisé ici par la preuve de l'atteinte aux intérêts collectifs que les associations avaient pour objet de défendre. C'est donc en l'espèce la violation de la réglementation environnementale qui avait créé un risque de réalisation d'un dommage à l'environnement, risque qui caractérisait l'atteinte portée aux intérêts de l'association dont

¹¹²¹ B. Parance, « Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral », *D.* 2011, p. 2635.

¹¹²² *Ibid.*

l'objet est la protection de l'environnement¹¹²³. La solution de la Cour de cassation même si elle trouve sa justification a sans doute un caractère purement politique qui se justifie par la spécificité du droit de l'environnement. La Haute Cour adopte ainsi une position très sévère vis-à-vis des entreprises au regard du respect des normes environnementales. Cette position a pour but d'inciter les entreprises à prendre les principes de prévention et de précaution très au sérieux au risque de devoir verser des dommages et intérêts conséquents alors même que le risque de dommage a cessé au moment de l'action en justice. Les entreprises ne doivent pas prendre le risque d'exposer l'environnement à des dangers irrémédiables. Ainsi, le simple fait pour une entreprise de créer un risque de réalisation d'un dommage à l'environnement peut être sanctionné.

« L'une des raisons qui font que les nouvelles estimations des coûts de l'application des politiques climatiques et environnementales et de leurs effets sur la compétitivité sont plus propices à une politique environnementale ambitieuse est que le « coût de l'inaction » est de plus en plus souvent pris en compte dans l'analyse coût bénéfice des options et des stratégies politiques, en tant que pendant au « coût de l'action ». ¹¹²⁴ »

291. Vers une éco-performance des entreprises. Les acteurs de la vie des affaires et plus précisément les entreprises sont incités par le législateur à prendre en compte la donnée environnementale. Les entreprises sont également incitées à prendre en compte les données environnementales et sociales par les codes de gouvernance. La révision récente du code AFEP-MEDEF dans son § 1.1 indique toujours que le Conseil d'administration « agit en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise » et ajoute désormais : « il s'attache à promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités »¹¹²⁵. **Cette nouveauté s'inscrit dans la même optique que notre étude qui consiste à prendre en compte la performance sur le long terme en tenant compte des données économiques, sociales, et environnementales.** Les entreprises, guidées par le droit de l'environnement, adoptent une démarche qui tend à leur performance environnementale et énergétique. Ces dernières sont directement incitées par le législateur qui a mis en place des mécanismes avantageux pour

¹¹²³ B. Parance, « Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral », *D.* 2011, p. 2635.

¹¹²⁴ S. Faucheux, « Les éco-innovations, un levier pour la compétitivité des entreprises », in E. Fabry et D. Tresallet, *Environnement et compétitivité : une stratégie globale pour l'Europe*, Etude publiée par Fondation pour l'innovation politique, 2008, p. 52.

¹¹²⁵ C. Coupet, « Révision du code AFEP-MEDEF », *Dr. sociétés* n° 10, oct. 2018, comm. 167.

l'entreprise respectueuse de l'environnement. Notamment en droit positif français il a été introduit pour la première fois dans une recommandation du Conseil de l'OCDE du 26 mai 1972, le principe pollueur payeur¹¹²⁶. Ce principe signifie que le coût de la pollution doit être supporté par son auteur et non par la société. Ainsi, en imputant le coût de la pollution au pollueur directement, on procède à l'internalisation des coûts induits par la pollution¹¹²⁷, la taxe d'ordures ménagères étant un exemple parmi d'autres. Avec les taxes, la régulation publique intervient sur la variable « prix », tandis qu'avec les marchés de droit elle intervient sur la variable « quantité »¹¹²⁸. Parmi les taxes imposées aux entreprises en termes de fiscalité environnementale on compte les taxes classiquement liées au principe pollueur payeur notamment en ce qui concerne la politique de l'eau. À ce titre la loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux, introduit un système de redevance, grâce à ces redevances l'agence financière des bassins a pu financer des travaux améliorant la qualité ou la quantité de la ressource eau. C'est également le cas des taxes relatives à la lutte contre le bruit et la pollution de l'air. Il est également apparu l'écotaxe qui consiste à taxer tout ce qui, dans la production et les échanges, contribue à la pollution de l'air, de la terre, de l'eau ou des océans, ainsi que tout ce qui aggrave l'effet de serre, en particulier le gaz carbonique en provenance de l'énergie fossile (pétrole, charbon, gaz)¹¹²⁹. Autant de taxes qui ne peuvent qu'inciter les entreprises à être respectueuses de l'environnement, toujours dans une démarche d'analyse coût-avantage en faveur de l'environnement. De même, en matière agricole, toujours dans le but d'inciter l'entreprise à adopter une démarche responsable, il a été introduit le concept de conditionnalité. Il s'agit de l'obtention d'aide d'État subordonnée à des conditions d'ordre principalement environnemental. C'est ce qui s'appelle l'éco-conditionnalité, il s'agit dans ce cas de conditionner les aides agricoles du FEOGA au respect de certaines méthodes respectueuses de l'environnement¹¹³⁰. Ces conditions sont imposées aux producteurs qui seront sanctionnés en cas de non-respect, ces dispositions s'appliquent depuis une réforme de 2003. Le règlement horizontal applicable depuis le 1^{er} janvier 2000¹¹³¹ aux États membres avait introduit l'éco-conditionnalité dans son article 3. Cet article prévoit

¹¹²⁶ Définition et fonction du principe pollueur-payeur : M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005, n° 34.

¹¹²⁷ Y. Petit, « Environnement », *RD eur.*, actu. Sept. 2017, n° 128.

¹¹²⁸ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, n° 156 et s., p. 128 et s.

¹¹²⁹ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, n° 156 et s., p. 128 et s.

¹¹³⁰ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, n° 234 et s., p. 201 et s.

¹¹³¹ Règl. n° 1259/1999 du Conseil, 17 mai 1999, JOCE, n° L 160, 26 juin, établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la PAC.

que « les États membres prennent les mesures environnementales qu'ils considèrent appropriées [...]. Ces mesures peuvent consister : - à subordonner les aides à des engagements agro-environnementaux, - en des exigences environnementales générales - en des exigences environnementales spécifiques constituant une condition d'octroi des paiements directs ». En France, les ministères de l'Agriculture et de l'Environnement ont défini des principes et des mesures applicables au titre de l'éco-conditionnalité. Ceci devrait permettre de renforcer la cohérence entre les politiques agricoles et environnementales, et d'inciter les agriculteurs à appliquer progressivement des pratiques culturales plus respectueuses de l'environnement¹¹³².

Ainsi, avec les normes fiscales qui permettent d'inciter les entreprises à adopter une démarche qui s'inscrit dans le développement durable, il s'est développé des méthodes permettant d'évaluer la performance environnementale de l'entreprise. C'est le cas de l'éco-audit qui va ainsi permettre de mesurer la performance écologique et environnementale de l'entreprise. Le but est de procéder à une évaluation systématique et périodique des installations des entreprises et de leurs équipements, afin d'estimer leurs incidences sur l'environnement, de projeter la réduction des pollutions, d'économiser les ressources naturelles¹¹³³, et de pouvoir anticiper les éventuelles taxes et indemnités à payer en vertu du principe pollueur payeur.

Dans une même logique d'incitation au respect de l'environnement, il existe aujourd'hui un système français de management environnemental et d'audit, il s'agit d'une participation volontaire de l'entreprise, qui correspond à un système de *soft law*. En France 33 entreprises sont certifiées EMAS¹¹³⁴ en 1999. La révision du système avec le règlement de 2009 a pour objectif de renforcer son attractivité grâce à des mesures d'incitation financières et fiscales, d'assistance technique, de flexibilité réglementaire, de communication notamment avec l'apparition d'un logo EMAS¹¹³⁵. Les entreprises peuvent également choisir de se soumettre à la norme ISO 14001, norme européenne, qui introduit des principes de management environnemental visant à améliorer le respect de l'environnement, en fonction des catégories de normes. Cependant il faudrait sans doute élargir la réglementation EMAS,

¹¹³² Y. Petit, « Agriculture », *RD eur.*, actu. Août 2018, n° 327.

¹¹³³ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, n° 156 et s., p. 128 et s.

¹¹³⁴ Norme issue du droit souple imposée en droit interne et qui s'oppose à la norme ISO qui est une norme communautaire. La norme française est quand même plus rigoureuse, la certification EMAS demande le respect de la réglementation avant de pouvoir être enregistré. Or dans le cadre de la norme ISO c'est seulement un objectif.

¹¹³⁵ A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, *op. et loc. cit.*

voire l'harmoniser avec la norme ISO. De plus, ces normes devraient avoir un caractère obligatoire pour les entreprises exerçant des activités à risques, ou encore pour les grandes entreprises, comme c'est le cas avec les obligations de déclaration de performance extra-financières.

Avec l'introduction de ces normes environnementales, le principe pollueur payeur, les écotaxes, ou encore l'attribution de labels écologiques, les entreprises ont vite fait le lien entre performance environnementale et économique. En effet, bien souvent le fait de respecter ces diverses normes, voire de s'y soumettre volontairement, aura des bénéfices financiers pour l'entreprise. Le fait d'associer les performances environnementales et écologiques aux performances économiques et financières amène les entreprises à investir dans l'innovation afin de tendre vers ce que l'on peut appeler l'éco-performance.

L'éco-performance s'inscrit directement dans le mouvement du développement durable, et de la responsabilité sociale des entreprises. En effet, l'éco-performance est le fait pour une entreprise de se soumettre volontairement aux normes environnementales, énergétiques, et écologiques, et d'investir dans les éco-innovations¹¹³⁶ qui seront facteurs de compétitivité pour l'entreprise. L'éco-performance est donc le fait pour une entreprise d'être performante d'un point de vue environnemental ce qui sera un levier pour sa performance économique.

C'est dans cette démarche de recherche de l'éco-performance que se sont développées des nouvelles méthodes de conception des produits au sein des entreprises comme en témoigne le concept d'éco-conception. Elle consiste en l'intégration des aspects environnementaux dans la conception et le développement des produits et services¹¹³⁷. L'éco-conception fait partie conjointement de la stratégie environnementale et de la stratégie produite de l'entreprise. Elle s'intègre pleinement au processus de développement et de design des produits et services. Elle a un impact identifié et mesuré sur la performance environnementale des produits et services qui sont mis sur le marché par l'entreprise et

¹¹³⁶ Les éco-innovations, il s'agit de dispositifs ajoutés aux procès ou aux produits existants, de manière à réduire les dommages environnementaux liés à la production ou à la consommation. Celles-ci constituent une véritable opportunité, bien sûr pour lutter contre le réchauffement climatique, mais aussi du point de vue de la compétitivité, des emplois et des nouveaux métiers. Ses débouchés sont à rechercher à travers toutes les branches de l'industrie et des services, au point que certains qualifient son potentiel de croissance « de plus forte opportunité économique du XXIème siècle » in S. Faucheux, « Les éco-innovations, un levier pour la compétitivité des entreprises », in E. Fabry et D. Trésaillé, *Environnement et compétitivité : une stratégie globale pour l'Europe*, Etude publiée par Fondation pour l'innovation politique, 2008, p. 59 et s.

¹¹³⁷ C. Jouanno, *La gestion environnementale, Levier de performance pour l'entreprise*, Ordre des experts-comptables, Dunod, 2008, p. 203 et s.

contribue à la performance environnementale globale de l'entreprise¹¹³⁸. « L'éco-conception consiste à intégrer la protection de l'environnement dès la conception des biens ou services. Elle a pour objectif de réduire les impacts environnementaux des produits tout au long de leur cycle de vie : extraction des matières premières, production, distribution, utilisation et fin de vie. Elle se caractérise par une vision globale de ces impacts environnementaux : c'est une approche multi étapes, qui prend en compte les diverses étapes du cycle de vie, et multicritères, prenant en compte les consommations de matière et d'énergie, les rejets dans les milieux naturels, les effets sur le climat et la biodiversité.¹¹³⁹» D'un point de vue réglementaire, c'est la directive n° 2005/32 du 6 juillet 2005, qui a établi un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'éco-conception applicable aux produits consommateurs d'énergie¹¹⁴⁰. De plus, l'article 15 de la directive CE n°2009/125 du Parlement européen et de Conseil du 21 octobre 2009 établit un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'éco-conception applicables aux produits liés à l'énergie. En droit français, le terme d'éco-conception n'a pas été intégré comme on pourrait le penser dans le Code de l'environnement, et est très peu présent en droit positif, seul, mais le Code de la consommation au sein de l'article R. 412-54 prévoit : «Lorsqu'un produit entre dans le champ d'application des mesures d'exécution prises par la Commission européenne en application de l'article 15 de la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'éco-conception applicables aux produits liés à l'énergie, (...) les règles de définition des catégories de produits utilisés pour l'élaboration de la déclaration environnementale de ce produit respectent ces mesures d'exécution ou actes délégués. »

Il est peut-être regrettable que ce concept qui prône la conception de produits respectueux de l'environnement soit si peu développé en droit français. Il sera peut-être souhaitable de prôner l'éco-conception auprès des entreprises au même titre que l'éco-conditionnalité, par exemple en prévoyant des aides d'État ou une fiscalité avantageuse pour les entreprises qui ont pour objectif de réduire les impacts environnementaux des produits tout au long de leur cycle de vie. Ces mesures seraient certainement favorables à l'éco-innovation.

¹¹³⁸ C. Jouanno, *La gestion environnementale, Levier de performance pour l'entreprise*, Ordre des experts-comptables, Dunod, 2008, p. 203 et s.

¹¹³⁹ Source : <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/leco-conception-des-produits>

¹¹⁴⁰ Directive n° 2005/32 du 6 juillet 2005, relative aux produits consommateurs d'énergie et modifiant la directive n° 92/42 et les directives n°96/57 et 2000/55, JOUE n° L. 191 du 22 juillet 2005.

Cette performance environnementale permet à l'entreprise d'acquérir des avantages concurrentiels eux-mêmes facteurs de performance financière et économiques pour l'entreprise.

292. Conclusion de la section relative à la performance économique source d'obligations environnementales. Une entreprise performante d'un point de vue économique, c'est-à-dire les « grandes entreprises », va être soumise à des obligations particulières. Parmi les entreprises concernées, il y a les entreprises admises sur un marché réglementé, les entreprises essentielles sur un marché donné, ou encore les entreprises qui atteignent un certain chiffre d'affaires, ou dépassent un certain seuil de salariés. Ces entreprises, parce qu'elles sont d'une importance telle, sont susceptibles de produire des effets néfastes sur l'environnement notamment. Le droit positif, accompagné du droit souple, est intervenu afin d'imposer des obligations environnementales particulières à ce type d'entreprises. À ce titre, il a été introduit une obligation de déclaration de performances extra-financières qui s'impose aux « grandes entreprises », par la loi du 27 janvier 2017, ou encore un devoir de vigilance impliquant un certain nombre d'obligations à la charge des entreprises performantes. Après avoir étudié dans la première section que la recherche de performance environnementale sera source d'obligations, pour en arriver à la seconde section qui démontre l'importance d'imposer des obligations spécifiques aux entreprises performantes, on ne peut que remarquer les liens qui relient la performance économique et la performance environnementale. La performance environnementale d'une entreprise est bien souvent créatrice de performance de type économique et financière. D'où l'intérêt de démontrer dans le dernier paragraphe que la recherche de compétitivité d'une entreprise peut se faire à travers le respect des normes environnementales. Il existe donc une conciliation possible entre environnement et compétitivité de l'entreprise, afin de pouvoir aboutir à terme à une éco-performance des entreprises.

293. Conclusion du chapitre relatif au respect de l'environnement. La recherche de performance par l'entreprise doit passer par le respect de l'environnement. En effet, afin de répondre à la définition de la performance qui est d'atteindre un objectif avec des moyens et des méthodes efficaces, tout en tenant compte des données sociales et environnementales, il est donc nécessaire que la recherche de performance par l'entreprise passe par le respect des normes environnementales et écologiques. Le respect de

l'environnement est donc une donnée primordiale pour l'entreprise. Les entreprises qui souhaitent s'inscrire dans ce mouvement environnemental doivent respecter un certain nombre d'obligations telles que les obligations d'informations environnementales, les obligations de loyauté environnementale, mais aussi les obligations contractuelles qui permettent une meilleure gestion des risques environnementaux, ou encore les clauses de gestion environnementale comme les clauses de dépollution, ou encore de garantie de passif environnemental. Il existe divers moyens pour une entreprise d'atteindre la performance environnementale, tout comme parfois c'est directement la performance économique qui deviendra elle-même source d'obligations environnementales. Le fait d'imposer aux entreprises performances des obligations environnementales particulières, qui ne s'imposent qu'à elles seules, est un très bon exemple qui permet de défendre l'idée selon laquelle la performance sera source d'obligations.

294. Conclusion du titre relatif à la performance source d'obligations comportementales. La performance semble être largement source d'obligations. Dans ce titre il était naturellement question d'étudier la performance de l'entreprise et de démontrer que le fait pour elle d'être performante allait être source d'obligations particulières. Une entreprise performante par sa taille, par son chiffre d'affaires, ou encore par sa position dominante sur un marché sera dans l'obligation d'adopter un certain comportement responsable. À ce titre, le droit positif impose aux entreprises performantes des obligations comportementales. Il existe en effet un certain besoin de réguler les entreprises cruciales sous peine de craindre la recherche constante de profit sur le court terme des entreprises sans se soucier des éventuels effets néfastes sur le marché, ou sur l'environnement. Il paraissait donc essentiel d'étudier les obligations qui s'imposent aux entreprises performances en passant par le droit de la concurrence et par le droit de l'environnement.

Titre 2 : L'obligation de maintenir la performance

295. La performance comme source d'obligations a tout d'abord posé le problème de savoir si une entreprise, ou un opérateur économique de manière plus générale a des obligations particulières qui lui incombent, du fait de sa performance économique. Il a donc été étudié, dans un premier titre, que la situation de performance financière et économique d'une entreprise était source d'obligations comportementales afin d'assurer le respect du marché des concurrents et le respect de l'environnement. Toujours dans cette optique de performance comme étant source d'obligations, il convient de se demander si le fait pour un opérateur d'avoir atteint un certain niveau de performance économique ne contraint pas ce dernier à maintenir ce niveau de performance ? Une entreprise, un franchisé, ou encore un salarié, peuvent-ils être contraints de maintenir les performances qu'ils ont acquises ? Une fois ce niveau de performance atteint, qu'il s'agisse de performance économique, ou non économique, le débiteur a-t-il l'obligation de maintenir ses performances antérieures ? Ainsi, serait-il possible d'envisager une obligation de maintien de ses performances antérieures dans le futur ? L'admission d'une telle obligation permettrait d'envisager la performance sur le long terme, mais poserait le problème de la nature et de la sanction de ce type d'obligation toutefois très contraignant. Dans un premier temps, il conviendra de constater que les juges sont parfois enclins à reconnaître de manière implicite l'obligation de maintenir une performance sur le long terme du fait de la nature du contrat et des obligations imposées aux débiteurs (**Chap. 1**). Et dans un second temps, il conviendra de constater qu'il existe déjà à travers des clauses contractuelles, une obligation explicite de maintenir la performance sur le long terme (**Chap. 2**).

Chapitre 1 : L'obligation implicite d'un maintien de la performance

Chapitre 2 : L'obligation explicite d'un maintien de la performance sur le long terme

Chapitre 1 : L'obligation implicite d'un maintien de la performance

296. L'obligation implicite d'un maintien de la performance peut être déduite par les juges du comportement antérieur du contractant en vertu du principe de cohérence. Les juges vont apprécier de manière plus stricte le manquement à une obligation si le débiteur avait pour habitude d'être performant dans l'exécution de son obligation. Il s'agit donc dans ce premier chapitre d'étudier différents exemples dans lesquels les juges ont déduit une obligation implicite de maintenir les performances passées. Il convient donc d'étudier le comportement contractuel antérieur du débiteur de l'obligation afin d'en déduire une obligation de maintien des performances sur le long terme. Il est possible de penser qu'un débiteur d'obligations qui avait pour habitude d'être performant dans l'exécution de son obligation aura une obligation de le rester. Cette obligation de maintien des performances antérieures peut se justifier par le principe de cohérence. Les juges exigent souvent le maintien des performances du débiteur d'obligations qui avait pour habitude de l'être, notamment à travers l'appréciation de la résolution unilatérale (**Section 1**). Cette exigence d'obligation se retrouve également dans les réseaux de distribution, où la performance est vue comme l'essence même du contrat (**Section 2**).

Section 1 : Le maintien des performances du débiteur d'obligations

297. L'obligation de maintenir les performances pour un débiteur peut être déduite par les juges des performances antérieures du débiteur. Il y a des situations où les juges vont apprécier le comportement du débiteur d'une obligation en fonction de ce qu'il a accompli par le passé. Si le débiteur avait pour habitude d'être performant dans l'accomplissement de ses obligations, les juges apprécieraient certainement plus sévèrement son comportement en cas par exemple de manquement contractuel. D'une certaine manière, la sanction du manquement au maintien des performances pourrait être la résolution unilatérale du contrat (**§1**), c'est en effet ce qu'il ressort de plusieurs exemples jurisprudentiels où les juges ont apprécié de manière très stricte la gravité du manquement contractuel pouvant justifier la résolution unilatérale¹¹⁴¹ (**§2**).

¹¹⁴¹ La résolution unilatérale permet aux parties d'évincer le juge du prononcé de l'anéantissement du contrat, notamment lorsque le contrat est inexécuté. La résolution unilatérale permet aux parties

§1 : Sanction du manquement au maintien des performances : la résolution unilatérale

298. Le manquement au maintien des performances peut être sanctionné par la résolution unilatérale qui sera appréciée en fonction des performances antérieures du débiteur **(A.)**. Cette solution se justifie en se fondant sur le principe de cohérence exigé du comportement du contractant pendant l'exécution du contrat **(B.)**.

A : Fonction : sanctionner le manquement contractuel

299. **Le manquement à une obligation contractuel et le manquement à une obligation de maintien de la performance.** Selon l'article 1194 du Code civil, les parties, une fois le contrat conclu, s'obligent à faire tout ce qui est exprimé au sein du contrat. Le contrat crée alors un certain nombre d'obligations entre les parties. Et selon l'article 1103 du Code civil « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait ». Le contrat oblige donc les parties à des obligations qui devront être respectées sous peine de sanction. En cas de manquement à une exécution contractuelle l'article 1217 prévoit les possibilités qui s'offre à la partie lésée par l'inexécution contractuelle, il prévoit que :

« La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

Il existe donc cinq possibilités qui s'offrent à la partie victime de l'inexécution contractuelle. Cependant, dans l'hypothèse selon laquelle un contractant performant par le passé cesse de l'être dans le futur, la sanction la plus adéquate du manquement à l'obligation du maintien des performances pour l'avenir serait sans doute la résolution unilatérale du

d'apprécier librement l'inexécution contractuelle : M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006, p. 255 et s.

contrat. En effet, un contrat qui est, lors de sa conclusion, exempt de tout vice, qui a un objet certain et déterminé et qui est conclu par des personnes capables sera un contrat valable au regard du droit commun des contrats et ne pourra être annulé. En revanche, c'est lors de l'exécution du contrat, peu importe qu'il soit conclu à durée déterminée ou indéterminée, que des difficultés peuvent survenir. Par exemple, lorsque l'une des parties n'exécute pas ou plus ses obligations contractuelles. Si le contrat a été conclu avec un débiteur d'obligations qui avait pour habitude d'être performant, d'un point de vue technique ou financier, son cocontractant attend de lui qu'il le reste. À ce titre, un contractant performant dans l'exécution de ses obligations par le passé a une obligation implicite de le rester dans le futur. Si cette hypothèse est admise, il semble que la sanction la plus adéquate soit la résolution unilatérale du contrat. En effet, lorsqu'une partie n'obtient pas satisfaction du contrat, elle peut craindre que le contrat ne lui apporte que des déboires, même en recourant à l'exécution forcée, car cette dernière prend du temps et retarde d'autant l'exécution du contrat¹¹⁴². C'est pour cette raison que le contractant peut préférer l'anéantissement du contrat pour repartir ailleurs sur de « nouvelles bases » : c'est l'objet même de la résolution pour inexécution. Ainsi, si le débiteur de l'obligation cesse d'être performant, il est fort possible que le contrat soit dénué de tout objet pour le créancier. Il faudra cependant supposer que le manquement à l'obligation porte sur une obligation principale et essentielle pour le créancier.

300. La résolution unilatérale du contrat pour inexécution contractuelle : une admission progressive. Avant la réforme de 2016, la loi permettait déjà dans certains cas de droit spécial la résolution unilatérale sans recours préalable au juge. C'était le cas pour l'assureur en cas de non-paiement des primes¹¹⁴³, pour le vendeur d'objets mobiliers en cas de non-retirement¹¹⁴⁴, et pour les parties à un contrat de travail au moyen d'une prise d'acte de la rupture imputable à l'autre¹¹⁴⁵. En matière commerciale, c'est la jurisprudence *Tocqueville* qui a été fondatrice de l'admission de la résolution unilatérale. Dans cet arrêt, même en l'absence de clause résolutoire ou d'intervention du juge, la Cour de cassation a admis qu'une partie pouvait de sa propre initiative rompre avant son terme un

¹¹⁴² A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 307, n° 384.

¹¹⁴³ Art. L. 113-3 C. assur.

¹¹⁴⁴ Art. 1657 C. civ.

¹¹⁴⁵ Régime instauré par la jurisprudence *V.* Cass. soc. 12 oct., 19 oct. et 16 nov. 2004, *Bull. civ.*, *V.*, n° 249, 263 et 287.

contrat à durée déterminée en cas de « comportement grave » de son contractant¹¹⁴⁶. Dans cet arrêt la Cour de cassation estime que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ». À la suite de cette solution innovante qui avait été prise concernant un contrat à durée déterminée, il s'est alors posé la question de savoir si cette solution s'appliquait également aux contrats conclus à durée indéterminée. La Cour de cassation a apporté une réponse dans un arrêt rendu le 28 octobre 2003, dans lequel elle affirme que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non ¹¹⁴⁷ ». La jurisprudence a reconnu la possibilité pour une partie, victime d'un manquement contractuel suffisamment grave, de prononcer la résolution unilatérale du contrat à ses risques et périls. En effet, il est précisé « à ses risques et périls » car la résolution unilatérale fera l'objet d'un contrôle *a posteriori* par le juge qui appréciera le bien-fondé de la résolution si les faits invoqués présentent une gravité suffisante pour justifier de la résolution du contrat¹¹⁴⁸.

Il faudra attendre la réforme de 2016 pour que la résolution unilatérale soit codifiée au sein du Code civil. L'article 1224 énonce que « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. » De plus, l'article 1226 ajoute que « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. » L'article 1226 prévoit que la régularité de la décision du créancier qui agit à ses risques et périls fera l'objet d'un contrôle par le juge. La réforme de 2016 a donc codifié la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, sans préciser si la résolution unilatérale est possible pour les contrats à durée déterminée ou à durée indéterminée¹¹⁴⁹. Il faut certainement en conclure que la résolution est possible, peu importe

¹¹⁴⁶ Ch. Jamin, note sous Cass. civ. 1^{er} 13 octobre 1998, *Grands arrêts*, n° 180, *D.* 1999, p. 197 ; D. Mazeaud, obs. sous Cass. Civ. 1^{er} 13 octobre 1998, *Défrénois*, 1999, p. 374 ; N. Rzepecki, note sous Cass. Civ. 1^{er} 13 octobre 1998, *JCP* 1999. II.10133.

¹¹⁴⁷ L. Aynès, obs. sous Cass. civ. 1^{er} 28 oct. 2003, *RDC* 2004, p. 273.

¹¹⁴⁸ L. Aynès, Ph. Malaurie et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *Défrénois*, *op. cit.*, p. 510, n° 892.

¹¹⁴⁹ Précision terminologique : résolution ou résiliation ? Le terme résolution désigne un anéantissement du contrat qui a donc des effets rétroactifs. Mais pour les contrats à exécution successive, il arrive que l'anéantissement du contrat laisse subsister certaines périodes écoulées et ne prenne effet qu'à partir d'une certaine date. Il convient alors de parler de résiliation, qui provoque l'anéantissement du contrat seulement pour l'avenir, contrairement à la résolution qui provoque l'anéantissement rétroactif du contrat. La réforme de 2016 a choisi d'écarter le plus souvent la rétroactivité et a privilégié les cas de résiliation, mais

le caractère déterminé ou indéterminé du contrat. Le juge sera donc en charge de contrôler les abus. Le juge peut être saisi à tout moment d'une contestation et l'auteur de la résolution « doit alors prouver la gravité de l'exécution¹¹⁵⁰ ». Si la résolution n'est pas justifiée, son auteur engagera sa responsabilité et s'expose à payer des dommages et intérêts. De plus, la victime de la résolution peut également solliciter devant le juge, si elle demeure possible, l'exécution forcée du contrat et donc la poursuite du contrat.¹¹⁵¹

301. La sanction du manquement au maintien des performances par la résolution unilatérale. L'obligation de performance financière, environnementale, ou sociale peut être introduite dans certains types de contrats au nom du principe de la liberté contractuelle. Les parties peuvent à ce titre décider d'aller encore plus loin et exiger une obligation d'un maintien des performances postérieure à l'exigence de l'obligation de performance. Il paraît donc possible de sanctionner le manquement au maintien des performances au même titre que le manquement à une obligation de performance. Un manquement contractuel, quel qu'il soit peut toujours être sanctionné sous l'égide de l'article 1217 du Code civil. Et plus particulièrement, un manquement contractuel suffisamment grave peut entraîner la résolution unilatérale du contrat prévu à l'article 1224 du Code civil. Ce dernier subordonne en effet la résolution à une « inexécution suffisamment grave », sans pour autant donner de définition ou de critères pour situer ce seuil de gravité. Il faut sans doute considérer qu'il s'agit des cas où la satisfaction attendue par l'autre partie est anéantie ou compromise par ce manquement, dans les autres cas une réduction du prix ou des dommages et intérêts pourrait suffire¹¹⁵². On peut certainement considérer que dans des contrats où la performance, financière ou non, fait partie essentielle de la satisfaction attendue par l'autre partie, le manquement à une obligation de performance, voire le manquement au maintien des performances pourrait alors entraîner la résolution unilatérale du contrat.

Il convient cependant de se demander sur quel fondement un maintien des performances pourrait être exigé de la part du débiteur de l'obligation ?

les a malencontreusement fait entrer sous le vocable générique de résolution, ce qui a obscurci la matière d'un point de vue terminologique. *V.* sur ce point A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 308, n° 386.

¹¹⁵⁰ Art. 1226 al. 4 C. civ.

¹¹⁵¹ Ph. Stoffel-Munck, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale » *Dr. Et patr.*, 2004, p. 70, n° 126.

¹¹⁵² A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 310, n° 390.

B : Condition : l'exigence de cohérence dans le comportement du débiteur

302. Le principe de cohérence consacré par la jurisprudence. C'est vers la jurisprudence et la doctrine qu'il faut se tourner, et non vers les textes, afin d'étudier le principe de cohérence qui entoure le droit des contrats. La doctrine a affirmé à plusieurs reprises l'existence de ce principe¹¹⁵³ lui-même issu du principe de bonne foi, et inspirée du principe de *l'estoppel* qui consacre le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui¹¹⁵⁴. Depuis, la jurisprudence s'est prononcée sur l'application de ce principe à diverses reprises et dans différents domaines. La contradiction brutale du négociateur qui rompt les pourparlers après avoir laissé croire qu'il poursuivrait la négociation entraîne-t-elle sa responsabilité pour manquement au principe de cohérence au sein de la période pré-contractuelle¹¹⁵⁵, ou encore, la prérogative contractuelle invoquée à contretemps est ordinairement paralysée¹¹⁵⁶. C'est vers un arrêt du 28 janvier 2009¹¹⁵⁷ qu'il faut réellement se tourner pour percevoir l'attachement de la Cour de cassation au principe de cohérence en droit des contrats. Par cet arrêt c'est la première fois que la Cour de cassation fait apparaître en toutes lettres dans sa motivation le principe de cohérence contractuelle et qu'elle précise son support textuel¹¹⁵⁸. Dans cet arrêt, elle censure la Cour d'appel, au visa de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil relatif à la bonne foi contractuelle, « qui avait refusé de considérer comme fautif le fait qu'un assureur se soit, dans un premier temps, prévalu de la nature décennale de désordres afin d'exiger de son assuré le versement de primes majorées, pour, dans un second temps, contester devant les juges du fond la garantie correspondante et lui voir substituer une garantie moins onéreuse pour lui ¹¹⁵⁹». Mais cette argumentation n'avait pas suffi à convaincre la Cour de cassation qui s'est fondée sur le principe de la bonne foi afin de condamner le comportement de l'assureur et d'en appeler à une certaine

¹¹⁵³ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, n° 12, p. 615 ; B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 644.

¹¹⁵⁴ M. Behar-Touchais, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001.

¹¹⁵⁵ J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. com. 26 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 80, et 85 ; D. Mazeaud, obs. sous Cass. com. 26 nov. 2003, *RDC* 2004, p. 257.

¹¹⁵⁶ Par ex., à propos de la clause résolutoire, P. Rémy, obs. sous civ. 3^e, 8 avr. 1987, n° 85-17.596, *RTD civ.* 1988, p. 146 ; Y. Picod, note sous Civ. 3^e, 8 avr. 1987, *JCP* 1988. II. 21037.

¹¹⁵⁷ P. Malinvaud, obs. sous civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, *RDI* 2009, p. 254.

¹¹⁵⁸ D. Mazeaud, note sous civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, *RDC* 2009, n° 3, p. 999.

¹¹⁵⁹ B. Fages, Obs. sous Civ. 3^e, 28 janv. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 317.

cohérence des attitudes. La Cour relève ainsi dans son attendu qu' « en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la (compagnie d'assurance) s'était prévalu de la nature décennale des désordres pour exiger de son assureur le versement de primes majorées, puis avait contesté devant les juges du fond la garantie correspondante pour lui voir substituer la « garantie de performance » moins onéreuse pour elle, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé. » La Cour de cassation a considéré en l'espèce que l'assureur avait manqué de cohérence dans son comportement envers l'assuré et avait manqué à son devoir de bonne foi. Le principe de cohérence est ainsi affirmé de manière claire et précise par la Cour de cassation¹¹⁶⁰, cependant, ce principe reste pour le moment dénué d'autonomie conceptuelle et se trouve placé sous le prisme du devoir de bonne foi. Ainsi, dans l'esprit de la Cour de cassation il semble que le principe de cohérence ne soit qu'une déclinaison du devoir de bonne foi¹¹⁶¹.

303. Le principe de cohérence, principe oublié de la réforme ? La réforme de 2016 a souhaité consacrer deux principes forts du droit des contrats : la liberté contractuelle et la bonne foi. Cependant, les rédacteurs de la réforme n'ont pas introduit le principe de cohérence au sein du code civil, pourtant affirmé à de nombreuses reprises par la Cour de cassation dans divers domaines du droit des contrats. Le terme de cohérence n'apparaît qu'à l'article 1189 du Code civil selon lequel : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci. » L'emploi du terme cohérence n'est donc employé que par rapport à l'interprétation du contrat et de ses clauses, mais n'est pas utilisé en tant que principe qui doit s'appliquer aux relations contractuelles. Ainsi, il faut se tourner vers la bonne foi et l'article 1103 du Code civil qui prévoit que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi. » Cependant au-delà du principe de bonne foi consacré par la réforme on peut regretter que le législateur n'ait pas précisé la nature, les contours, et les sanctions applicables à la bonne foi. Le législateur est resté flou pour permettre aux juges d'interpréter la bonne foi de la manière la plus large possible. La question qui reste donc en suspens est celle de savoir s'il faut

¹¹⁶⁰ Voir sur ce point d'autres arrêts qui confirment l'affirmation de la reconnaissance par la Cour de cassation : D. Houtcieff, note sous Ass. Plen. 27 fév. 2009, *D.* 2009, p. 1245 ; X. Delpech, obs. sous Ass. Plen. 27 fév. 2009, *D.* 2009, p. 723 ; B. Fages, obs. sous Cass. com., 20 sept. 2011, *RTD Civ.* 2011, p.760.

¹¹⁶¹ D. Mazeaud, note sous civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, *art. prec.*

envisager la consécration d'un principe de cohérence. L'article 6 du projet de François Terré proposait l'introduction d'un tel principe : « une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légalement fondé. » Le même principe existe également dans les Principes UNIDROIT et les principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée¹¹⁶². Cependant le législateur n'a pas consacré l'autonomie de ce principe, même si selon certains auteurs¹¹⁶³ la cohérence aurait mérité de l'être. Par exemple selon Mustapha Mekki, « la bonne foi est un fondement malmené lorsqu'il est utilisé comme fondement du principe de cohérence. La cohérence dépasse l'aspect moral de la bonne foi. Le principe de cohérence repose sur une approche souvent objective de la situation indépendamment du comportement loyal ou déloyal. Dans ces conditions, il serait opportun de consacrer un principe de cohérence, dont le champ d'application ne cesse de s'étendre notamment dans des hypothèses à mi-chemin entre le droit substantiel et le droit processuel.¹¹⁶⁴ »

Nous devons donc nous référer à la bonne foi pour fonder le principe de cohérence sous l'égide de l'article 1104 de Code civil. Cet article prévoit tout de même une application de la bonne foi pendant l'exécution du contrat ce qui pourra permettre d'exiger un comportement cohérent de la part du débiteur d'obligation tout au long de la phase contractuelle.

304. Le maintien des performances du débiteur qui avait l'habitude d'être performant : l'exigence de cohérence dans le comportement du débiteur. La bonne foi doit être respectée pendant l'exécution du contrat, tout comme la cohérence. Il paraît donc possible d'envisager l'exigence d'un comportement performant tout au long de l'exécution contractuelle à l'égard du contractant qui avait l'habitude d'être performant. Ce comportement s'inscrit en effet directement dans l'exigence d'un comportement cohérent des contractants pendant l'exécution du contrat. Cependant, il est nécessaire de préciser que le maintien des performances passées pour le futur ne sera exigé que dans la mesure du possible. Il est par exemple envisageable d'imposer cette exigence de cohérence dans le comportement du contractant si les circonstances économiques restent inchangées, c'est-à-

¹¹⁶² M. Mekki, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels » *RDC* 2015, n° 3, p. 651.

¹¹⁶³ Voir sur ce point : D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001 ; M. Mekki, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels » *art. préc.*

¹¹⁶⁴ M. Mekki, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels » *art. préc.*

dire si l'état du marché permet la réalisation des mêmes performances que dans le passé, ou encore si le maintien des performances n'est plus possible à cause d'un élément qui échapperait au contrôle des parties susceptible de modifier l'économie du contrat.

*§2 : L'appréciation stricte de la résolution unilatérale au regard des performances
passées*

305. L'appréciation par les juges de la résolution peut se faire au regard des performances antérieures. Il s'agit d'une position sévère de la Cour de cassation à l'égard des débiteurs qui ont pour habitude d'être performants **(A.)** que de prononcer la résolution du contrat **(B.)**.

A : La sévérité de la solution à l'égard du débiteur habituellement performant

306. La sévérité de l'appréciation des performances techniques à l'occasion de la résolution unilatérale. L'article 1224 du Code civil subordonne donc la résolution unilatérale à une « inexécution suffisamment grave » sans pour autant donner de critères pour situer ce seuil de gravité. Il faudra sans doute considérer qu'il s'agit des cas où la satisfaction essentielle attendue par l'autre partie est anéantie ou compromise par ce manquement¹¹⁶⁵. Ainsi, pour apprécier la satisfaction essentielle attendue par l'autre partie, il faut se tourner vers les performances passées du débiteur. Il paraît donc fort probable que les juges, lors du contrôle de la gravité du comportement, apprécient la validité de la résolution unilatérale au regard des performances antérieures du débiteur¹¹⁶⁶. Si le débiteur avait l'habitude d'être performant, d'un point de vue technique, financier, ou encore sportif, les juges seraient sans doute plus sévères dans l'appréciation du manquement contractuel, et seront plus enclins à valider la résolution unilatérale. Cette sévérité peut se justifier dans le cas où le contrat a été conclu dès l'origine en vertu des performances passées du contractant. Si les performances passées du débiteur apparaissent comme déterminantes, du consentement du contractant, le manquement à ces performances lors de l'exécution du contrat, sera donc considéré comme suffisamment grave pour justifier la résolution

¹¹⁶⁵ A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 310, n° 390.

¹¹⁶⁶ B. Fages, obs. sous civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.113, inédit, *RTD civ.* 2009, p. 119.

unilatérale du contrat par le créancier. La sévérité de la solution en matière de résolution unilatérale à l'égard des débiteurs habituellement performants peut se vérifier notamment dans le cadre d'un contrat conclu en fonction des performances techniques d'un produit.

C'est le cas de l'arrêt rendu par la chambre commerciale du 30 juin 2009¹¹⁶⁷. En l'espèce, une société de parfum avait confié la réalisation d'outillage et la fabrication de capots de flacons à une société spécialisée. Le parfum qui devait être commercialisé était un parfum haut de gamme dont le flacon devait répondre à un certain standing. Le débiteur avait été choisi pour la réalisation des flacons aux vues de ses performances précédentes d'un point de vue technique. Selon le contrat ce dernier s'engageait à délivrer un produit conforme aux règles de l'art pour ce type de fabrication. De plus, le prix élevé du flacon exigeait la délivrance d'un produit exempt de tout vice. En effet, le flacon de 100 millilitres était de 70 euros. Cependant, la société constatait que les capots des flacons présentaient un défaut, elle avait donc prononcé la résolution unilatérale du contrat. Suite à la résolution, la société chargée de la fabrication des flacons souhaitait obtenir le paiement d'une facture impayée et des dommages et intérêts.

La Cour d'appel a rejeté la demande de dommages et intérêts. Un pourvoi a été formé au moyen qu'un contrat peut être unilatéralement rompu par une des parties si la gravité du comportement de l'autre le justifie, que les juges du fond ont relevé que les pièces commandées ont été commercialisées sans difficulté par le contractant, de ce fait la gravité du comportement ne pouvait être caractérisée¹¹⁶⁸. La rupture unilatérale du contrat ne pouvait être justifiée en l'espèce selon le pourvoi. En effet, le pourvoi met en évidence que les pièces livrées, malgré leur défaut de fabrication, ont toutes été utilisées pour l'habillage de flacons qui ont tous été proposés à la vente et vendus. De plus, la société de parfum ne soutient ni ne démontre qu'elle a dû pratiquer des prix de vente minorés pour les flacons atteints des défauts relatifs à l'habillage plastique et que dès lors, elle ne justifie d'aucun préjudice pour la commercialisation du parfum. Et enfin, étant donné qu'elle a normalement vendu les parfums, elle ne peut justifier avoir subi un préjudice relatif au trouble commercial, à la perte de marge, à l'image et la réputation. La société qui a formé le pourvoi souhaité démontrer que la résolution unilatérale ne pouvait être justifiée car aucun manquement

¹¹⁶⁷ P. Grossier, obs. sous Cass. com. 30 juin 2009, n° 08-14.944, JCP 2009. I. 273, n° 33.

¹¹⁶⁸ B. Fauvarque-Cosson, obs. sous Cass. com. 30 juin 2009, *D.* 2009, p. 233.

suffisamment grave ne pouvait être invoqué, en effet le défaut des produits n'avait eu aucune conséquence négative pour le créancier¹¹⁶⁹.

Cependant, la Cour de cassation n'était pas de cet avis et a rejeté le pourvoi. Elle estime qu' « après avoir relevé le caractère visible des défauts qui affectaient l'habillage en plastique d'un flacon de parfum diffusé à un prix qui exigeait un produit sans défaut, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir la gravité du comportement de la société Mbf plastiques, a pu en déduire que la rupture unilatérale du contrat était justifiée ; que le moyen n'est pas fondé¹¹⁷⁰ ». La Cour de cassation justifie sa solution car selon elle le prix élevé du flacon justifiait une obligation de délivrer un produit conforme aux règles de l'art, et donc un produit sans défaut. De plus, le débiteur s'était engagé à perfectionner ses produits, et à les livrer sans défaut. La Cour de cassation a rendu une solution plutôt sévère à l'égard du débiteur et a approuvé la résolution unilatérale d'un contrat qui pourtant, malgré le manquement contractuel, a pu s'exécuter correctement. En effet, le défaut des flacons n'avait eu aucune incidence sur la vente des parfums qui s'était vendus au prix convenu.

D'une part, la Cour de cassation semble adopter une appréciation sévère à l'égard des débiteurs d'obligations performants dans le passé. Le prix du flacon justifiait la livraison d'un produit sans défaut, ce qui n'a pas été le cas, et même si les flacons ont été commercialisés, elle approuve la rupture unilatérale du contrat¹¹⁷¹. On peut donc supposer que la Cour de cassation adopte une position plus stricte de la résolution unilatérale au regard des débiteurs qui s'engagent à être performants.

D'autre part, la Cour de cassation fait une réelle distinction entre l'absence de préjudice subi par le créancier, et la justification de la résolution unilatérale. L'appréciation de la gravité du manquement contractuel se détache du préjudice. Le manquement contractuel même s'il n'a eu aucune conséquence négative pour le créancier peut tout de même lui permettre de prononcer la rupture unilatérale du contrat. Il faut noter que la jurisprudence de la chambre commerciale tend à se développer en matière de résolution unilatérale, mais il s'agit d'arrêt inédit pour le moment¹¹⁷².

307. La sévérité de l'appréciation des performances sportives à l'occasion de la résolution unilatérale. La Cour de cassation adopte la même sévérité à

¹¹⁶⁹ A. Bénabent, *Droit des obligations, op. loc. cit.*

¹¹⁷⁰ P. Grossier, obs. sous Cass. com. 30 juin 2009, n° 08-14.944, *art. prec.*

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² J. Ghestin, « Droit des contrats » *JCP E.* n° 39, Sept. 2009, p. 273, n° 33.

l'égard de l'appréciation d'un manquement contractuel en ce qui concerne des performances sportives. Dans un arrêt du 5 novembre 2008¹¹⁷³, elle approuve la résolution unilatérale d'un contrat pour défaut de performance. En l'espèce, le propriétaire d'un cheval de course a conclu un contrat d'association avec un entraîneur, aux termes duquel ce dernier entraînerait le cheval à ses frais moyennant un partage des gains en cas de victoire du cheval. Or le propriétaire du cheval a mis fin au contrat, et l'entraîneur l'assigne devant un tribunal de grande instance pour faire juger que la rupture de contrat était abusive et obtenir l'indemnisation de son préjudice. Cependant, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, rejettent les demandes de l'entraîneur. La Cour régulatrice considère alors « que la comparaison des performances du cheval avant le contrat d'association en cause, pendant la période d'exécution de ce contrat et postérieurement à sa rupture, de même que l'attestation de Mme Z... établissait que M. Y... avait été dans l'incapacité de développer les qualités du cheval qu'il était chargé d'entraîner et de *driver*, nuisant en cela à la carrière de l'animal et aux intérêts du propriétaire, la cour d'appel a caractérisé un comportement grave de l'entraîneur justifiant la rupture du contrat à durée déterminée ; qu'elle n'était dès lors pas tenue de procéder à une vérification d'écriture que seule, la prise en compte d'une rupture amiable contestée par M. Y... aurait rendu nécessaire ; que le moyen n'est pas fondé¹¹⁷⁴ ».

Le propriétaire du cheval avait souhaité mettre fin au contrat pour défaut de performances sportives du cheval de course en question. Selon le propriétaire, l'entraîneur avait donc commis un manquement grave à son obligation qui consistait à entraîner correctement le cheval afin d'assurer la continuité de ses performances passées. La Cour de cassation valide ce raisonnement et considère que le cheval n'était plus performant en comparaison des performances accomplies avant le contrat d'association et que l'entraîneur avait donc failli à son obligation de développer les qualités du cheval. La Cour procède à une comparaison des résultats avant/pendant/après¹¹⁷⁵. Un entraîneur qui prend en charge un cheval de course performant dans le passé a une obligation de maintenir, voire d'améliorer, les performances sportives de l'animal. Le fait de manquer à cette obligation suffit à caractériser un comportement grave de l'entraîneur justifiant la rupture unilatérale du contrat. La Cour avait relevé que la comparaison des performances du cheval avant et après la conclusion du contrat, de plus, l'attestation fournie par un tiers, qui établissait que

¹¹⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.113, inédit.

¹¹⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.113, inédit.

¹¹⁷⁵ B. Fages, obs. sous Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.113, inédit, *RTD civ.* 2009, p. 119.

« l'entraîneur avait été dans l'incapacité de développer les qualités du cheval qu'il était chargé d'entraîner et de *driver*, nuisant en cela à la carrière de l'animal et aux intérêts du propriétaire », était de nature à prouver le manquement à l'obligation essentielle de l'entraîneur. Ce manquement s'est caractérisé en l'espèce par un bilan des performances avant/pendant/après. Comme le relève le professeur Bertrand Fages, il s'agit là d'un raisonnement dont bien des plaideurs pourraient s'inspirer, même en dehors du cercle équestre, « où la bonne exécution du contrat se mesure à l'aune des performances accomplies...¹¹⁷⁶»

La Cour de cassation apprécie de manière très stricte en l'espèce le manquement contractuel justifiant la résolution unilatérale du contrat. En effet, en principe l'entraîneur a l'obligation d'entraîner le cheval, il s'agit d'une obligation de moyen car la victoire et les performances sportives ne peuvent être assurées. Or, en adoptant cette position, la Cour de cassation met à la charge de l'entraîneur d'un cheval performant, avant la conclusion du contrat, une obligation de performance résultat dont le simple manquement pourrait suffire à justifier la résolution du contrat. La Cour de cassation apprécie de manière plus stricte le manquement contractuel d'un débiteur qui a l'habitude d'être performant.

B : Résolution du contrat en cas de non maintien des performances antérieures

308. Lorsqu'un débiteur atteint un certain niveau de performance, ce dernier a-t-il l'obligation de le rester ? Dans certains cas, la réponse est positive, c'est ce que l'on peut observer des arrêts précédents¹¹⁷⁷. Les juges ont pris la liberté de déduire du comportement d'un débiteur qu'il lui incombe une obligation implicite de maintenir les performances acquises dans le passé, voir de faire mieux. Les juges, pour apprécier un manquement contractuel, vont tenir compte, dans certains cas, des performances passées afin d'apprécier les performances futures attendues du contractant. C'est par ce raisonnement qu'ils ont admis la résolution unilatérale du contrat pour manquement à une obligation. Nous avons vu l'exemple relatif aux performances techniques d'un produit, ou encore l'exemple relatif aux performances sportives d'un cheval de course, où les juges apprécient le comportement du contractant en fonction de ses performances passées, et

¹¹⁷⁶ B. Fages, obs. sous Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.113, inédit, *RTD civ.* 2009, p. 119.

¹¹⁷⁷ Cass. com. 30 juin 2009, n° 08-14.944 ; Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.113, inédit.

donc en fonction des performances attendues par le créancier. Cependant, il est certainement possible de pouvoir admettre la même solution dans un contrat qui met en cause des performances financières, ou des performances sociales, salariales, ou encore environnementales.

309. Les conditions requises pour le maintien des performances antérieures. En effet, à partir du moment où l'obligation contractuelle porte sur des performances quantifiables, il sera possible d'adopter le même raisonnement. Il faudra dans un premier temps, constater l'existence de performances accomplies dans le passé par le débiteur. Ensuite, dans un second temps, il faut que le contrat en cause soit conclu en fonction des performances passées du débiteur, c'est-à-dire que le créancier a choisi ce débiteur parce qu'il a été performant dans le passé. On peut donc supposer que ce raisonnement ne peut s'appliquer qu'aux contrats conclus *intuitu personae*. C'est seulement si ces deux premières conditions sont remplies que la résolution unilatérale pourra être justifiée en cas de non maintien des performances. Le juge pourra en effet fonder sa solution sur le principe de cohérence qui s'applique pendant l'exécution contractuelle, voire sur la bonne foi. La conséquence du manquement au maintien des performances pourra donc se traduire par la résolution unilatérale du contrat.

310. Conclusion de la section relative au maintien des performances du débiteur d'obligations. Dans le cas où un débiteur d'obligations ne maintiendrait pas ses performances, la sanction envisagée pourrait être la résolution unilatérale du contrat. Le but serait de sanctionner un manquement contractuel jugé suffisamment grave. Ce manquement contractuel serait un manquement au maintien des performances antérieures, qui serait lui-même déduit du comportement antérieur du débiteur de l'obligation. Cette obligation implicite de maintenir la performance est envisageable sur le fondement de l'exigence de cohérence dans le comportement du débiteur. En vertu de cette exigence, les juges seraient plus enclins à apprécier de manière stricte la résolution unilatérale du contrat au regard des performances passées. La sévérité de la solution trouve sa justification dans le fait que le débiteur avait pour habitude d'être performant. Plusieurs exemples démontrent qu'un débiteur performant par le passé, aura donc une obligation de maintenir ces performances dans le futur. C'est le cas par exemple, d'un fabricant qui avait pour habitude de livrer un produit exempt de tout vice, ce dernier aura une obligation de maintenir ses performances

techniques sous peine de voir son contrat résolu. Ou encore, un cheval de course qui avait pour habitude d'être performant, si son nouvel entraîneur n'est pas capable de maintenir, voire de développer les performances sportives du cheval, le contrat pourra également être résolu. En cas de manquement à cette obligation de maintien des performances, la résolution unilatérale pourra être prononcée. La sévérité de cette solution fait naître une obligation de résultat de maintenir les performances antérieures pour certains types de contrats.

La nullité du contrat comme sanction au non maintien des performances peut par exemple être envisagée dans les contrats de distribution.

Section 2 : Le maintien des performances dans les réseaux de distribution

311. Le maintien des performances financières dans les contrats de distribution¹¹⁷⁸ est un élément important qui est déterminant du consentement des parties. La performance, nous l'avons déjà étudié, est l'essence même du contrat de franchise qui en cas de non rentabilité ou non-viabilité économique encourt la nullité. Il était important de reprendre l'exemple des contrats de distribution¹¹⁷⁹, et plus précisément du contrat de franchise afin d'étudier l'obligation de maintenir les performances antérieures. En effet, dans un contrat de franchise, tout d'abord le franchiseur assure en principe un certain niveau de rentabilité au franchisé pendant toute l'exécution du contrat. Et ensuite, le franchisé lui-même se voit imposer des objectifs financiers à atteindre pendant toute l'exécution du contrat. C'est pourquoi la performance est au cœur de la franchise, et l'obligation de maintien des performances se manifeste parfaitement à travers ce type de contrat, aussi bien pour le franchiseur qui doit assurer la performance de son réseau, que pour le franchisé qui doit atteindre un certain niveau de rentabilité. La sanction du manquement au maintien des performances pourra être la nullité du contrat (§1), et contribuer à la reconnaissance d'une exigence implicite d'un maintien des performances du réseau de distribution (§2).

¹¹⁷⁸ Sur la notion de réseau *cf.* F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 08/2017, p. 93 et s.

¹¹⁷⁹ Sur le droit de la distribution et plus spécifiquement la franchise *cf.* F. Buy, M. Lamoureux, J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 08/2017, p. 66 et s.

§1 : Sanction du manquement au maintien des performances : la nullité du contrat de distribution

312. En cas de non maintien des performances la nullité du contrat de distribution peut-elle être envisagée ? Dans l'affirmative, sur quel fondement la nullité du contrat pourrait être obtenue ? Tout d'abord, il peut être envisagé de prononcer la nullité pour erreur sur qualités essentielles d'une personne, en vertu de la nature du contrat et des performances attendues du réseau **(A.)**. Mais également parce que la performance est un élément déterminant pour la conclusion du contrat, le manquement au maintien de cette performance pourra entraîner la nullité du contrat pour erreur **(B.)**.

A : La fonction : sanctionner l'erreur sur les qualités essentielles d'une personne

313. **Le contrat de franchise un contrat conclu *intuitu personae*.** Dans un premier temps, il convient d'étudier la nature du contrat de franchise afin de pouvoir en dégager un régime applicable quant à l'éventuelle sanction du manquement au maintien des performances du franchiseur. Le contrat de franchise ou franchisage¹¹⁸⁰ est une technique de distribution fortement intégrée dont le ciment principal est fondé par le savoir-faire commercial du franchiseur, sous la bannière de sa marque¹¹⁸¹. La franchise permet donc à des personnes qui n'ont aucune expérience des affaires de prendre la responsabilité d'une entreprise en s'affiliant à un réseau¹¹⁸². Le contrat de franchise est donc un contrat synallagmatique conclu à titre onéreux entre deux personnes indépendantes, et il s'agit d'un contrat commercial qui suppose une collaboration étroite entre les parties¹¹⁸³. La définition du contrat de franchise a notamment été prononcée dans un célèbre arrêt *Pronuptia* par la Commission européenne en 1986. Elle donne dans cet arrêt une définition assez précise de la franchise : « une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant

¹¹⁸⁰ Franchisage est le terme officiel pour désigner le contrat de franchise par la doctrine : Ph. Le Tourneau, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2003 ; J.-M. Leloup, *La franchise*, 3^{ème} éd. Delmas, 2000 ; N. Dissaux et R. Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle, entre réalité et illusion*, L'Harmattan, 2009 ; F. Simon, *Théorique et pratique de la franchise*, éd. Joly, 2009.

¹¹⁸¹ J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., p. 599, n° 11620.

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 985, n° 970.

rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès¹¹⁸⁴. » C'est en général la définition posée par l'arrêt Pronuptia qui demeure la référence, mais la doctrine a quand même joué un rôle majeur dans l'élaboration de la notion de contrat de franchise. Selon le Professeur Philippe Le Tourneau, le franchiseur, « qui a mis au point et expérimenté un concept substantiel, identifié et réitérable, à même de générer un flux d'activité économique¹¹⁸⁵ » permet aux franchisés « qui s'affilient au réseau et en deviennent un des maillons » de bénéficier « notamment du savoir-faire, des signes de ralliement de clientèle et de l'assistance continue et individualisée du franchiseur. » Selon le Professeur Didier Ferrier, la franchise est un contrat ayant pour finalité « la réitération d'une réussite commerciale¹¹⁸⁶ », expérimentée par le franchiseur au profit des franchisés¹¹⁸⁷. De ces définitions, il ressort de manière assez claire que le contrat de franchise est un contrat conclu *intuitu personae*. Il est bilatéral, puisqu'il concerne à la fois le franchiseur, et le franchisé. La Cour de cassation a affirmé cette bilatéralité en considérant que toute stipulation contraire dans le contrat de franchisage précisant que l'*intuitu personae* ne concerne que la personne du franchisé et non celle du franchiseur est nulle¹¹⁸⁸. En effet, dans le contrat de franchisage chacune des parties conclut en considération de l'autre. En pratique, c'est la personne du franchisé qui est généralement déterminante de son choix par le franchiseur ; en revanche, pour le franchisé, ce qui est déterminant c'est **la personne morale détentrice d'un savoir-faire performant** et d'une marque ou d'une enseigne réputée : l'intuitu est alors *firmae* ou *societatis*¹¹⁸⁹.

314. L'obligation d'information pré-contractuelle du franchiseur. Le

contrat de franchise est donc un contrat conclu en fonction de la personne du franchisé et du franchiseur. Dans le cadre de notre étude ce qui nous intéresse ce sont les qualités du franchiseur qui se doit d'être performant du point de vue de son réseau à l'égard du franchisé. Il convient donc de se pencher sur les informations pré-contractuelles que doit

¹¹⁸⁴ CJCE, 28 janv. 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84.

¹¹⁸⁵ Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage – Variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage » Fasc.n° 1045, in *J. Cl. Contrats – Distribution*, 2016, n° 6.

¹¹⁸⁶ D. Ferrier, *Droit de la distribution*, 6^{ème} éd., Litec, 2012, n° 670.

¹¹⁸⁷ A. Riéra, *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, LGDJ, 2014, n° 13.

¹¹⁸⁸ M. Malaurie-Vignal, note sous Cass. com. 24 nov. 2009, *Contrats, conc. Consom.* 2010, comm. 42.

¹¹⁸⁹ Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage – Variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage » *art. prec.*, n° 8.

fournir le franchiseur au franchisé afin que ce dernier puisse s'engager en toute connaissance de cause. Le franchisé a besoin de connaître les perspectives qui s'offrent à lui avant de conclure le contrat. C'est pourquoi, la loi dite loi « Doubin¹¹⁹⁰ » devenu l'article L. 330-3 du Code de commerce prévoit que :

« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. »

Cette obligation d'information précontractuelle pèse sur le franchiseur car les dangers du franchisage reposent en effet sur le risque de tromperie. C'est pour cette raison que le législateur a souhaité codifier avec la loi Doubin cette obligation d'information. Le législateur est allé très loin dans le contenu de cette obligation d'information alors même qu'il s'agit d'un contrat conclu avec un autre professionnel¹¹⁹¹.

Mais quel est alors le contenu de cette obligation précontractuelle d'information ? C'est l'article R. 330-1 et suivant du Code de commerce qui précise une liste, non limitative, de six séries d'éléments obligatoires. À ce titre, il convient de préciser que pour les renseignements purement objectifs tels que l'état du réseau ou les résultats passés, il pèse sur le franchiseur une obligation de résultat. En revanche, l'obligation est simplement de moyens pour les éléments prévisionnels tels que la présentation de l'état général et local du marché et des perspectives de son développement¹¹⁹². Cette différence s'explique étant donné l'aléa qui entoure toute prévision.

Ainsi, le franchiseur devra fournir des informations relatives à l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, il devra également faire une présentation de l'état général et local du marché. En revanche, si le franchiseur a l'obligation de fournir une présentation de l'état

¹¹⁹⁰ Loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989.

¹¹⁹¹ J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, PUAM, 2015, n° 87 et s.

¹¹⁹² Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage – Variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage » *art. prec.*, n° 92.

général et local du marché, une étude du marché local en vue de l'implantation d'un établissement n'est pas exigée, et il n'est pas tenu de lui transmettre des comptes prévisionnels qui, en principe élaboré sur la base de l'étude du marché local, sont destinés à fixer des perspectives de chiffres d'affaires¹¹⁹³.

Il convient de préciser que le franchiseur aurait même tout intérêt à se taire, car les tribunaux ont tendance à retenir contre lui tout ce qu'il pourra dire sur l'avenir. Dans un arrêt du 11 février 2003, le franchisé avait demandé la nullité du contrat en soutenant que son consentement avait été vicié par la fourniture d'une information défectueuse, et il avait été suivi par les juges du fond. Or l'information concernée n'était pas exigée par la loi. La Chambre commerciale rejette le pourvoi formé au motif que, même si la loi n'oblige pas le franchiseur à fournir une étude de marché local, l'arrêt a fait une « exacte application » de l'article L. 330-3 du Code de commerce en retenant que, dans le cas où l'information serait volontairement donnée, le texte met à sa charge une présentation sincère du marché local¹¹⁹⁴.

Si le franchiseur remet au franchisé volontairement une étude du marché local ou des comptes prévisionnels, il doit le faire en étant sincère, car la jurisprudence sanctionne le franchiseur qui a pris le soin de communiquer une étude qui ne correspond pas à la réalité. En remettant des comptes prévisionnels ou une étude de marché à son futur franchisé, le franchiseur prend ainsi le risque d'engager sa responsabilité et d'exposer le contrat à une annulation sur le fondement du dol.

B : Condition : la performance comme élément déterminant

315. Les éléments déterminants pour le franchisé. Du fait de la nature du contrat de franchise, qui est un contrat conclu *intuitu personae*. Il convient de relever que, pour le franchisé, le choix du franchiseur, et donc du réseau, est déterminant de son consentement. C'est pourquoi nous avons étudié les différentes informations que la loi impose de fournir par le responsable du réseau afin que le franchisé s'engage en toute connaissance de cause. Le franchisé souhaite en effet intégrer un réseau de distribution car il souhaite profiter du savoir-faire performant du franchiseur¹¹⁹⁵, et de son enseigne ; il recherche donc avant tout le profit et la performance en concluant le contrat de franchise.

¹¹⁹³ R. Loir, « L'information du franchisé sur le futur », *D.* 2012, p. 1425.

¹¹⁹⁴ H. Kenfack, « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », *D.* 2003, p. 2304.

¹¹⁹⁵ Ph. Le Tourneau et M. Zoïa, « Franchisage – Variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage » *art. prec.*, n° 8.

Comme nous l'avons vu, selon le Professeur Didier Ferrier, la franchise est un contrat ayant pour finalité « la réitération d'une réussite commerciale ¹¹⁹⁶», expérimentée par le franchiseur au profit des franchisés. Il est donc normal que le franchisé souhaite conclure le contrat de franchise car il espère pouvoir profiter d'une certaine performance commerciale et financière. La performance du réseau de distribution et du savoir-faire sont des éléments qui déterminent son consentement.

316. La nullité du contrat de franchise pour défaut de maintien des performances. La question qu'il convient de se poser est sans doute celle de savoir si un franchisé qui ne profite pas de la performance du réseau attendu peut demander la nullité du contrat, voir engager la responsabilité du franchiseur ? Le franchiseur ne peut jouir d'une immunité totale car il se doit d'assurer la réitération d'une réussite commerciale. Il est à la tête du réseau dont il assure la discipline, l'homogénéité, la promotion et la défense. Ce dernier est susceptible d'engager sa responsabilité s'il manque à ses obligations.

Il convient de relever dans un premier temps qu'il existe différents moyens afin d'engager la responsabilité du franchiseur vis-à-vis du franchisé. Si l'activité du franchisé est gravement déficitaire, plusieurs possibilités s'offrent à lui. Ce déficit du franchisé peut-il être rattaché à un manquement du franchiseur à ses obligations et justifier réparation ? Deux situations doivent être distinguées, selon que le franchiseur commet une faute avant la conclusion du contrat ou lors de son exécution¹¹⁹⁷. La première hypothèse concerne le manquement au devoir d'information précontractuel que nous avons déjà étudié précédemment. Et la seconde, qui concerne la phase d'exécution du contrat, permet d'engager la responsabilité du franchiseur en cas d'absence de transmission d'un savoir-faire, d'une marque et le défaut d'assistance¹¹⁹⁸. En effet, le franchiseur s'oblige en principe à réaliser une étude d'emplacement du futur magasin, il s'oblige à communiquer son savoir-faire et à l'entretenir de manière à valoriser la franchise¹¹⁹⁹. De plus, il s'engage à fournir assistance technique et commerciale à son partenaire. En effet, il pèse sur le franchiseur une exigence de réussite commerciale pendant toute la durée du contrat, dont il doit s'acquitter par l'actualisation de son savoir-faire, de ses capacités et de sa technique, en vérifiant que son

¹¹⁹⁶ D. Ferrier, *Droit de la distribution, op. et loc. cit.*

¹¹⁹⁷ N. Dissaux, « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJ contrats d'aff.* 2014, p. 60.

¹¹⁹⁸ O. Deschamp et J.-L. Fourgoux, « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis des franchisés : revue pratique de la jurisprudence récente », *AJ contrats d'aff. conc. distrib.*, 2014, p. 56.

¹¹⁹⁹ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, p. 990, n° 973.

assimilation se trouve convenablement réalisée par le franchisé¹²⁰⁰. Aux vues de toutes ces obligations qui pèsent sur le franchiseur pendant l'exécution du contrat, on peut en conclure qu'il pèse sur lui **une obligation de maintenir, d'assurer les performances commerciales et financières qu'il a présentées au franchisé avant la conclusion du contrat**. Le franchiseur s'il manque à l'une de ses obligations pourra engager sa responsabilité commerciale, voire entraîner la résolution unilatérale du contrat qui pourra être demandée par le franchisé en cas de manquement suffisamment grave du franchiseur¹²⁰¹.

Dans un second temps, il convient de relever qu'il est possible pour un franchisé d'obtenir la nullité du contrat en invoquant un vice du consentement¹²⁰². Il convient en l'espèce de se demander si le franchiseur performant dès l'origine a une obligation de garantir cette performance pour le franchisé qui intègre son réseau ? Et dans le cas où il ne serait pas en mesure de maintenir ses performances pour en faire profiter le franchisé, ce dernier pourrait-il obtenir la nullité du contrat pour erreur sur la personne du franchiseur, voir pour dol ? Le franchisé souhaite intégrer le réseau de franchisage afin de pouvoir profiter du succès et des performances fournies par le franchiseur. Si ce dernier, pendant l'exécution du contrat ne lui fournit pas ce succès commercial qui a été déterminant de son consentement, le franchisé pourra alors envisager d'intenter une action pour erreur sur la personne du franchiseur, notamment à travers l'erreur sur les qualités substantielles du savoir-faire, ou l'erreur sur les qualités de la marque, ou encore erreur sur la notoriété ou l'expérience du franchiseur. Le franchisé peut donc invoquer l'erreur sur la personne du franchiseur, autrement dit une erreur fondée sur sa notoriété et son expérience. Mais la propre expérience du franchisé dans le même secteur d'activité peut alors lui être opposée et caractériser une erreur inexcusable de sa part¹²⁰³. De plus, si l'erreur du franchisé sur la personne du franchiseur a été provoquée, le franchisé pourra tenter d'invoquer un dol. La tromperie en matière de franchise peut aussi être sanctionnée par l'annulation du contrat pour dol et une condamnation à des dommages-intérêts envers le franchisé. Un franchiseur engage sa responsabilité en faisant état d'une chaîne de magasins alors qu'il n'existait que trois boutiques, et fournissait comme « *articles dégriffés de luxe* » des produits

¹²⁰⁰ D. Ferrier, obs. sous Douai 6 sept. 2007, *D.* 2008, p. 2198.

¹²⁰¹ D. Ferrier, obs. sous Cass. com. 4 nov. 1986, *D.* 1988 Somm. 22 ; L. Leveneur, obs. sous Cass. Com. 9 mars 1993, *CCC* 1993, p. 107.

¹²⁰² *V. supra* : Nous avons étudié dans la première partie de notre étude la nullité du contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité économique, ou encore pour défaut de cause du fait de la non viabilité économique du contrat, nous ne reviendrons pas sur ces points.

¹²⁰³ K. Laurent, obs. sous CA Aix-en-Provence, 8^e ch., 30 nov. 1995, *Bull. Aix* 1995/266, n° 2.

démodés et de fin de séries¹²⁰⁴. Il faut cependant apporter la preuve du caractère déterminant de l'erreur, et de manœuvres dolosives ayant provoqué l'erreur lors de la conclusion du contrat¹²⁰⁵. Cependant, le plus souvent les juges se fondent sur un manquement à l'obligation précontractuelle d'information pour engager la responsabilité du franchiseur, plutôt que de prononcer la nullité du contrat pour erreur sur la personne du franchiseur¹²⁰⁶. En effet, le franchiseur n'a qu'une obligation de moyen et non de résultat de faire profiter de sa réussite commerciale au franchisé. La nature de l'obligation se justifie en l'espèce par le fait que le franchiseur ne peut pas garantir totalement le succès au franchisé. Il existe tout de même une part d'aléa du marché car le franchisé agit seul dans l'exercice de son activité même s'il est assisté et aidé par le franchiseur.

Peut-on déduire de ces solutions qu'il pèse une véritable obligation de maintien des performances du franchiseur à l'égard des franchisés, à travers son obligation d'assistance et de réitération de son succès commercial ?

§2 : L'exigence implicite d'un maintien des performances du réseau

317. Pourquoi est-il possible de déduire une obligation de maintenir les performances du réseau dans les contrats de distribution ? Le franchiseur est censé être performant dès l'origine, notamment par son savoir-faire **(A.)**, ce qui permet d'en déduire une obligation implicite de maintenir ses performances au sein de son réseau **(B.)**.

A : Un franchiseur performant à l'origine

318. L'exigence d'un réseau de distribution performant dès l'origine.
La question qu'il convient de se poser est de savoir si pour créer un réseau de franchise, le franchiseur doit disposer d'un réseau performant dès l'origine ? Pour répondre à cette problématique, il convient de rappeler les éléments nécessaires à la constitution d'un réseau de franchise. Le contrat de franchise est le contrat par lequel deux personnes juridiquement

¹²⁰⁴ CA Paris, ch. 4, sect. A, 2 mars 1982, n° RG : I/1091, SARL de Marketing et Diffusion c/ SARL Giselli, majoration de la clause pénale stipulée au profit du franchisé et indemnisation des pertes d'exploitation du franchisé et des frais d'aménagement de son magasin.

¹²⁰⁵ Cass. com. 30 mai 2012, n° 11-19594.

¹²⁰⁶ J.-J. Burst, note sous Colmar, 9 juin 1982, *D.* 1990, p. 232.

indépendantes s'engagent à collaborer. Au cours de cette collaboration, le franchiseur met à disposition du franchisé ses signes distinctifs et un savoir-faire original, éprouvé et constamment perfectionné, moyennant une rémunération et l'engagement du franchisé de les utiliser selon une technique commerciale uniforme avec l'assistance du franchiseur, et sous son contrôle¹²⁰⁷. Les éléments essentiels à la constitution d'un contrat de franchise sont tout d'abord la mise à disposition de signes notoires de ralliement de la clientèle comme la marque, l'enseigne, ou encore le nom commercial, ensuite, la transmission d'un savoir-faire secret, substantiel, et identifié en vue de réitérer la réussite industrielle, ou commerciale du franchiseur, et enfin la délivrance d'une assistance technique ou commerciale permanente au profit de franchisé¹²⁰⁸. Ces trois éléments sont donc les éléments essentiels qui doivent être présents pour permettre la conclusion d'un contrat de franchise. Le franchiseur doit donc disposer dès l'origine de signes notoires de ralliement de la clientèle, ce qui signifie qu'il doit disposer d'une marque, ou d'une enseigne identifiable pour la clientèle, sa clientèle doit exister dès la conclusion du contrat de franchise. Son succès doit être avéré et correspondre à une clientèle dès l'origine. De plus, le savoir-faire reste le point central du contrat de franchise, ce dernier doit être secret, substantiel et identifié afin de pouvoir être correctement transmis au franchisé par le franchiseur. En effet, le savoir-faire représente une réelle valeur économique, son possesseur souhaite en principe s'en réserver l'usage privatif dont les autres seraient exclus, mais souhaite également pouvoir commercialiser ce savoir-faire en le communiquant à autrui contre une rémunération¹²⁰⁹. En cela, le contrat de franchise permet la commercialisation du savoir-faire du franchiseur, le franchisé qui en principe ne possède pas d'expérience pourra profiter du savoir-faire du franchiseur contre rémunération. Le savoir-faire dans le contrat de franchise doit être substantiel et identifié dès la conclusion du contrat¹²¹⁰. La franchise est donc la réitération d'un succès commercial expérimenté au préalable par le franchiseur. Tout l'intérêt du contrat de franchise pour le franchisé est de pouvoir profiter du succès commercial et de la performance commerciale et financière du franchiseur. Le franchiseur doit donc être performant dès l'origine afin de faire partager, contre rémunération, les performances de son réseau.

¹²⁰⁷ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, 23^{ème} éd. Dalloz 2016, n° 966, p. 516.

¹²⁰⁸ N. Dissaux, « Franchise », *Rép. de Droit Com.* 2015.

¹²⁰⁹ J. Schmidt Szalewski, « Savoir-faire », *Rep. de Droit com.* 2009, n° 19.

¹²¹⁰ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, *op. et loc. cit.*

319. Les critères à prendre en compte pour évaluer la performance d'un réseau de distribution ? La performance du franchiseur se traduit par son succès commercial qui sera lui-même facteur de performance financière. Ce succès commercial se mesure à travers la renommée de la marque, ou de l'enseigne, à travers la clientèle, et également à travers la qualité du savoir-faire transmis. En toute hypothèse, le franchisé est censé bénéficier d'un privilège, lequel réside dans l'avantage concurrentiel issu de l'expérience du franchiseur. Celui-ci a essayé un concept et, fort de sa réussite, propose à d'autres entrepreneurs de faire la même chose¹²¹¹. L'évaluation de la performance d'un réseau de franchisage peut sans doute s'illustrer à travers la transmission des informations préalables à la conclusion du contrat imposées par l'article L. 330-3 du Code de commerce. Cette exigence d'informations précontractuel sert à indiquer au futur franchisé les éléments dont il a besoin pour s'engager en toute connaissance de cause. Dans un autre sens, ces informations sont aussi l'occasion de mesurer les performances du franchiseur, c'est-à-dire d'avoir une vue d'ensemble du réseau de distribution, de la renommée de la marque, de la réussite des autres membres du réseau notamment avec la communication des chiffres d'affaires. En effet, le franchiseur doit fournir des informations telles que l'ancienneté et l'expérience du réseau, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, ou encore l'importance du réseau d'exploitation¹²¹²... autant d'éléments qui permettent d'apprécier la performance du réseau de franchise.

Il semble donc que le franchiseur soit un contractant performant dès l'origine du fait de son succès commercial, de sa marque, de son savoir-faire original, et de sa clientèle acquise, mais peut-on en déduire pour autant que le franchiseur a une obligation de maintien de ses performances vis-à-vis du franchisé ?

B : Une obligation implicite de maintenir ses performances au sein de son réseau

320. Les obligations du franchiseur. Le franchiseur dispose-t-il d'une obligation de maintenir les performances qu'il a promises au franchisé une fois le contrat conclu ? Doit-il assurer au franchisé les performances financières qu'il lui a laissé espérer par la conclusion du contrat ? Pèse-t-il sur le franchiseur une obligation de réitération de son

¹²¹¹ N. Dissaux, « L'essai en matière de franchise », *RTDCom.* 2015, p. 403.

¹²¹² H. Kenfack, « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », *art. prec.*

succès commercial envers le franchisé ? Dans l'affirmative, quelle serait donc la nature de cette obligation ? Il convient afin de répondre à ses questions d'étudier les obligations essentielles du franchiseur, qui seront parfois complétées par des dispositions contractuelles spécifiques. Tout d'abord, le franchiseur a une obligation de transmission de son savoir-faire qui doit se faire tout au long de l'exécution du contrat afin de permettre au franchisé d'acquiescer et de conserver un avantage concurrentiel¹²¹³. Ensuite, il doit mettre à disposition du franchisé des signes distinctifs afin de lui faire profiter d'une dynamique collective sous la bannière d'une série de signes distinctifs comme la marque et l'enseigne. Le franchiseur se doit également de maintenir l'image du réseau et doit veiller à ce qu'une certaine discipline soit respectée au sein du réseau afin de ne pas nuire à la dynamique. En principe, il doit également une égalité de traitement entre tous les membres de son réseau afin d'assurer une certaine homogénéité pour les franchisés. Et enfin, il pèse sur lui une obligation d'assistance. Cette dernière mérite d'être développée, le franchiseur est tenu d'apporter assistance à son franchisé. C'est d'ailleurs fort opportunément que la Cour d'appel de Paris a rappelé que « l'assistance donnée à son franchisé est une des obligations essentielles du franchiseur indépendamment de toute stipulation contractuelle spécifique¹²¹⁴ ». C'est la jurisprudence qui est venue préciser le contenu de cette obligation qui doit être entendu de manière assez large. Le franchiseur doit notamment assister le franchisé pour le démarrage de son activité, ou encore lorsqu'il rencontre des difficultés¹²¹⁵. En principe, l'obligation d'assistance est donc de nature commerciale et technique, et elle se doit d'être exécutée tout au long de l'exécution du contrat¹²¹⁶. Cependant, cette obligation reste une obligation de moyen : le franchisé devra prouver le manquement du franchiseur afin d'obtenir la résiliation du contrat et/ou une indemnisation de son préjudice¹²¹⁷.

321. L'exigence d'un maintien de ses performances justifiée par la nature du contrat de franchise. De toutes ces obligations qui s'appliquent pendant la durée du contrat on peut en déduire une obligation de maintien des performances à l'égard du franchiseur. En effet, le franchiseur dispose dès l'origine d'un réseau performant du fait de son expérience, de sa renommée, de sa marque, de son savoir-faire, et de l'étendue de son

¹²¹³ D. Ferrier, « L'obligation du franchiseur de transmettre son savoir-faire : éléments constitutifs » *D.* 1992, p. 391.

¹²¹⁴ Paris, ch. 5, sect. A, 5 juill. 2006, *Juris-Data* n° 2006-312416.

¹²¹⁵ Cass. com. 8 janv. 2002, n° 98-19526, *Com.* 5 déc. 2000, n° 98-16524.

¹²¹⁶ N. Dissaux, « Franchise », *Rép. de Droit Com.* 2015.

¹²¹⁷ J. Mestre, note sous Paris, 24 avr. 1989, *RTD civ.* 1989, p. 747.

réseau. Son réseau de franchise est performant d'un point de vue commercial, financier, concurrentiel. La performance initiale du réseau de franchise est un élément déterminant du consentement du franchisé lorsqu'il intègre le réseau. Il est donc logique pour le franchisé de continuer de profiter de la réussite commerciale du franchiseur pendant l'exécution du contrat. À travers les obligations de transmission du savoir-faire, de mise à disposition de la marque, de maintien de l'image du réseau, ou encore à travers l'obligation d'assistance du franchisé, il ressort de ces diverses obligations une obligation plus générale qui peut s'analyser en une obligation de maintien des performances pendant toute la durée du contrat. Cette exigence de performance générale tout au long de l'exécution du contrat de franchise a déjà été approuvée de manière implicite par les juges lorsque ces derniers prononcent la nullité de contrat de franchise pour erreur sur la rentabilité ou défaut de cause pour contrat non économiquement viable.

Il est également possible de renforcer cette exigence à travers des clauses contractuelles qui viendraient finalement transformer ses obligations de moyens qui s'imposent au franchiseur en obligation de résultat. Prenons l'exemple de la clause intitulée « chiffre d'affaires non atteint » qui peut être rédigée de la manière suivante : « Chacune des parties pourra résilier le présent contrat sans indemnités si, deux années de suite, le CA réalisé par le Franchisé est inférieur à 80 % du CA qui correspond au minimum de chiffres d'affaires tel qu'il a été proposé par le Franchisé et accepté par le Franchiseur. La partie qui souhaite résilier le contrat en application de la présente clause devra le faire par courrier avec accusé de réception adressé à l'autre partie. La résiliation prendra effet 3 mois à compter de l'envoi de ce courrier¹²¹⁸. » Cette clause peut s'analyser comme une clause de résiliation pour manque de performance. Il convient de remarquer que cette dernière est stipulée au bénéfice des deux parties. En principe, ce type de clause d'objectifs, ou de quota, de pénétration de marché ou de rendement sont souvent source d'obligations pour le franchisé et servent au franchiseur à assurer la performance du réseau et de ses membres. Cependant, dans le cas où de telles clauses prévoient qu'en cas de non atteinte des objectifs les deux parties ont la faculté de pouvoir résilier le contrat sans indemnités, il est possible d'analyser ses clauses en faveur du franchisé et non pas seulement en faveur du franchiseur. En effet, ces clauses réservent alors le droit au franchisé, s'il n'atteint pas les performances qu'il espérait du réseau de franchise, de pouvoir résilier le contrat sans avoir à payer

¹²¹⁸ N. Dissaux, « L'essai en matière de franchise », *art. prec.*

d'indemnité. On peut en déduire qu'en cas de manquement du franchiseur au maintien des performances de son réseau à l'égard de son franchisé, la sanction sera la résiliation du contrat.

Ce type de clause qui tend finalement à imposer aux débiteurs d'obligations de maintenir leurs performances pourrait permettre de tendre à une obligation explicite d'un maintien des performances.

322. Conclusion de la section relative au maintien des performances dans les réseaux de distribution. Le contrat de franchise, tout comme les contrats de distribution, est un contrat conclu *intuitu personae*, il est possible d'obtenir la nullité du contrat en invoquant une erreur sur la personne. L'erreur sur la personne est envisageable dans le contrat de franchise car le franchiseur est détenteur d'un savoir-faire et d'une marque qu'il a l'obligation de transmettre au franchisé. Le franchisé quant à lui compte sur la performance du réseau, à travers la marque et le savoir-faire, afin de tirer profit du contrat de franchise. Le franchisé choisit d'intégrer le réseau en fonction de ses performances. Peut-on envisager d'invoquer la nullité du contrat pour erreur sur la personne du franchiseur, si ce dernier ne parvient plus à maintenir ses performances ? Il semble que la réponse soit affirmative dans la mesure où le franchisé a l'obligation de maintenir ses performances commerciales et financières, telles que présentées au franchisé avant la conclusion du contrat. De plus, il pèse sur le franchiseur une obligation d'assistance du franchisé et une obligation de réitération de son succès commercial envers le franchisé. Ces deux obligations ne font que consolider l'idée selon laquelle il pèse sur le franchiseur une obligation de maintenir les performances au sein de son réseau de distribution. À travers les obligations de transmission du savoir-faire, de mise à disposition de la marque, de maintien de l'image du réseau, ou encore à travers l'obligation d'assistance du franchisé, il ressort de ces diverses obligations une obligation peut être plus générale qui finalement peut s'analyser en une obligation de maintien des performances pendant toute la durée du contrat.

323. Conclusion du chapitre relatif à l'obligation implicite d'un maintien de la performance. Après l'étude de ces divers exemples, il semble qu'il soit possible de déduire du comportement contractuel d'un débiteur une obligation de maintien des ses performances. Pour ce faire, il faut analyser les performances antérieures du débiteur

d'obligations, et en vertu du principe de cohérence, en déduire qu'il se doit de continuer de l'être. Les juges à l'occasion de différents arrêts ont affirmé l'exigence d'un maintien des performances antérieures qui peut être sanctionné soit par la nullité soit par la résolution unilatérale dans le cas où le manquement à cette obligation serait suffisamment grave. En effet, nous avons vu que les juges seront plus sévères dans l'appréciation de la gravité d'un manquement pouvant justifier une résolution unilatérale à l'égard des débiteurs d'obligations qui avaient pour habitude d'être performants.

Le maintien de la performance peut donc être exigé de manière implicite par la simple déduction du comportement antérieur du contractant. Mais il est également possible, pour plus de sécurité juridique, d'affirmer cette obligation de manière explicite directement dans un contrat.

Chapitre 2 : L'obligation explicite d'un maintien de la performance sur le long terme

324. Après l'étude de l'obligation implicite d'un maintien de la performance sur le long terme, qui est bien souvent déduite par les juges du comportement antérieur des contractants, il convient de se demander s'il est possible d'intégrer directement au champ contractuel cette obligation ? La contractualisation d'une obligation de maintenir sa performance est-elle envisageable ? Dans l'affirmative, peut-elle être intégrée dans n'importe quel type de contrat, et de quelle nature sera cette obligation ? L'existence dans certains types de contrats d'une exigence de maintenir les performances antérieures semble pouvoir être envisagée, cependant il faut être vigilant quant à la rédaction de la clause qui prévoit ce type d'obligation. Tout d'abord, il faudra être vigilant suivant le type de contrat dans lequel sera intégrée une telle clause. Par exemple, en droit de la consommation ou en droit du travail ce type de clause pourrait être prohibée du fait d'une exigence irréaliste. Ensuite, ce type de clause devra respecter le droit commun des contrats et être censuré par le nouvel article 1171 du Code civil qui prohibe les clauses abusives¹²¹⁹ en droit commun dans les contrats d'adhésion. Autant de difficultés qu'il sera nécessaire d'affronter afin de pouvoir envisager une obligation explicite d'un maintien de la performance, qu'elle soit de nature financière ou non financière. Pour ce faire, il convient d'étudier la possible contractualisation de l'obligation de maintien des performances (**Section 1**), afin d'en déduire les conditions applicables à ces clauses de maintien des performances antérieures (**Section 2**).

Section 1 : La possible contractualisation de l'obligation de maintien des performances

325. La possibilité de contractualiser l'obligation de maintenir les performances antérieures semble d'ores et déjà possible. En effet, il existe un certain nombre d'exemples qui imposent ce type d'obligation aux contractants qui ont pour habitude d'être performants, d'un point de vue financier, technique, ou encore d'un point de vue sportif. Il conviendra donc d'étudier ces illustrations afin de pouvoir répondre à la question de savoir si

¹²¹⁹ Le Professeur Marie Lamoureux avait déjà, dans sa thèse, étudié le développement de la lutte contre les clauses abusives en France et en droit comparé. Le nouvel article 1171 du Code civil ne fait que confirmer cette tendance. V. M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006, p. 543 et s.

ce type d'obligation pourrait se généraliser en droit commun des contrats. Tout d'abord, il semble possible de prévoir une clause résolutoire¹²²⁰ qui prévoit pour les parties la possibilité de sanctionner le manquement au maintien des performances sur le long terme (§1). Ensuite, il paraît essentiel d'étudier l'exemple des clauses libératoires permises dans les contrats de travail des sportifs et entraîneurs professionnels, qui semble être l'exemple le plus topique en matière de maintien des performances (§2).

§1: La clause résolutoire : la possibilité pour les parties de prévoir la sanction au manque de performances sur le long terme

326. La clause résolutoire en droit commun des contrats. La résolution du contrat peut être obtenue de deux manières pour le contractant. Tout d'abord, il est possible en cas de manquement contractuel suffisamment grave de demander la résolution du contrat devant le juge pour la partie lésée. Il s'agit de la résolution unilatérale prévue aux articles 1217 et 1226 du Code civil. Ensuite, il est également possible pour les parties d'insérer dès la conclusion du contrat, une clause qui prévoit qu'à la réalisation d'une condition le contrat sera résolu de plein droit. Il s'agit en l'espèce de la clause résolutoire. Ces deux possibilités offertes au créancier se retrouvent à l'article 1224 du Code civil qui dispose que « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. » La mise en œuvre de la clause résolutoire est prévue spécifiquement à l'article 1225 du Code civil qui prévoit que « la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire. »

L'insertion d'une clause résolutoire est permise en vertu du principe de la liberté contractuelle qui entoure le droit commun des contrats. Ce type de clause peut être très utile d'un point de vue pratique pour les parties car elle leur permet de prévoir elles-mêmes la sanction de l'inexécution du contrat, sans avoir à recourir au juge. Les parties au contrat ont

¹²²⁰ Sur la possibilité pour les contractants d'évincer le juge du prononcé des sanctions à travers la clause résolutoire : M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006, p. 247 et s.

donc la possibilité non seulement de prévoir le montant des dommages et intérêts en cas de manquement contractuel à travers une clause pénale, mais elles peuvent également prévoir une clause résolutoire qui viendra sanctionner les manquements qu'elles redoutent¹²²¹.

La rédaction des clauses résolutoires doit respecter un certain formalisme. Elles doivent être nécessairement expresse, et ne peuvent être tacites. Elles doivent être dénuées de toute équivoque et viser expressément les manquements susceptibles d'entraîner la résolution de plein droit du contrat¹²²².

327. La licéité de la clause résolutoire. En principe, les clauses résolutoires sont licites et les parties sont libres de prévoir les conditions dans lesquelles le contrat sera résolu de plein droit. Cependant, le législateur, ou parfois la jurisprudence sont venus interdire, ou limiter la stipulation de ces clauses dans certains domaines. On peut citer, parmi les interdictions, les clauses abusives qui sont inscrites dans la liste noire ou la liste grise des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation. À ce titre, la clause ayant pour objet ou pour effet de « reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non professionnel ou au consommateur » est interdite. Ou encore, dans la liste des clauses grises, sont présumées abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable » et de « soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ». On retrouve d'autres interdictions selon les domaines comme l'interdiction d'insérer une clause résolutoire dans les baux à terme, elle est également interdite en droit des assurances, ou en matière de procédures collectives où est interdite toute clause prévoyant la résolution au cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire d'une partie, et enfin dans les contrats de travail où elles sont réputées non écrites et sont contraires à l'ordre public¹²²³.

328. La mise en œuvre de la clause. Contrairement à la résolution unilatérale, la clause résolutoire ne joue qu'en cas de manquement contractuel fautif¹²²⁴. De plus, la clause résolutoire de plein droit est complètement indépendante de la gravité

¹²²¹ C. Chabas, « Résolution-Résiliation », *RDC* sept. 2017, n° 116.

¹²²² A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.* p. 313, n° 398.

¹²²³ C. Chabas, « Résolution-Résiliation », *RDC* sept. 2017, n° 122 à 127.

¹²²⁴ C. Paulin, *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, LGDJ 1996, t. 258, n° 68 et s. ; n° 77 et s.

objective de l'inexécution¹²²⁵. Lorsque le créancier constate le manquement à une obligation contractuelle, il dispose d'un droit d'option entre l'invocation de la clause résolutoire, la résolution judiciaire, et l'exécution forcée. Il convient de préciser que le fait pour lui de faire jouer la clause résolutoire ne lui empêche pas d'agir ultérieurement en exécution forcée. Les conditions pour faire jouer la clause résolutoire sont de constater la réalisation de la condition, et donc le manquement prévu par la clause, ensuite le jeu de la clause est subordonné à une mise en demeure, c'est seulement si elle reste infructueuse que la résolution sera acquise¹²²⁶. La clause résolutoire entraîne donc en principe une résolution de plein droit ce qui a pour effet de retirer au juge son pouvoir d'appréciation¹²²⁷. Le juge va simplement vérifier qu'il y a eu une inexécution contractuelle et interpréter la clause. Bien entendu, le juge doit constater que l'inexécution correspond à une obligation prévue par la clause résolutoire. L'interprétation des clauses résolutoires se fait de manière très stricte par les tribunaux, en témoigne un arrêt de 1999 qui concernait un contrat de vente moyennant une rente viagère, qui comportait une clause prévoyant que le créancier « aura le droit de faire prononcer la résiliation de la vente si bon lui semble autorise seulement le recours à la résolution judiciaire, et déroge à l'article 1978 ; mais elle n'est pas une clause résolutoire de plein droit.¹²²⁸ » Si la clause se borne à prévoir la résolution en cas d'inexécution, les tribunaux décident qu'elle doit s'analyser comme un simple rappel de la résolution judiciaire, et non pas comme une clause résolutoire.

Si toutes ces conditions sont réunies, le jeu de la clause résolutoire entraîne la résolution du contrat de plein droit, et même de toutes les conventions conclues entre les parties si la clause l'avait prévu¹²²⁹.

329. La clause résolutoire : serait-elle appropriée au manquement du maintien des performances ? Il semble donc que ni la jurisprudence ni le Code civil n'imposent de limite quant au contenu de la clause résolutoire si ce n'est qu'il doit être dénué de toute équivoque et viser expressément les manquements susceptibles d'entraîner la

¹²²⁵ J. Borricand, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD civ.* 1957, p. 433 ; B. Teyssié, « Les clauses de résiliation et de résolution », *cab. dr. entr.* 1980, p. 13 et s.

¹²²⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.* p. 508, n° 888.

¹²²⁷ Cass. 1^{er} civ., 25 nov. 1986, *Bull. civ.*, n° 279 : « les juges perdent leur pouvoir d'appréciation lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause résolutoire (...) et en ce cas ils sont tenus de constater la résolution intervenue. »

¹²²⁸ L. Leveneur, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 fév. 1999, *contrats, conc. Consom.* 1999, p. 85.

¹²²⁹ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.* p. 510, n° 891.

résolution. Au vu de ce constat, il semble possible de prévoir une stipulation qui pourrait permettre au créancier de résoudre le contrat en cas de non maintien des performances du débiteur. Pour cela, il faudrait préciser avec clarté les performances passées prises en compte afin d'apprécier le maintien ou non des performances du débiteur. La clause devra être précise dans ces termes et devra viser les types de performances à prendre en compte afin d'apprécier l'inexécution contractuelle à la lumière de la clause. Par exemple, dans un contrat de distribution une clause résolutoire pourrait être rédigée de la manière suivante : « Le franchisé s'engage, jusqu'au terme du contrat, à maintenir les performances financières passées acquises au titre de l'année X. En cas d'échec du maintien de ses performances, à la fin de chaque année civile, le franchiseur aura le droit de résoudre le contrat par le jeu de la présente clause. Les performances financières de l'année en cours s'apprécient en fonction des performances de l'année n-1. La clause résolutoire ne peut jouer qu'en cas de comportement négligent ou fautif de la part du franchisé, et ne peut jouer en cas de circonstances extérieures au débiteur qui l'empêcheraient de maintenir ses performances passées. »

Ce type de clause semble licite dans la mesure où elle n'est pas potestative¹²³⁰, et vise au maintien des performances passées du débiteur de l'obligation. L'obligation de maintenir les performances en l'espèce est une obligation de moyen et non de résultat car la résolution ne pourra être mise en œuvre que si le franchisé a été négligent ou fautif, et donc que dans le cas où il n'aurait pas tout mis en œuvre pour maintenir ses performances.

Il convient en dernier lieu de préciser que ce type de clause est bien entendu interdit dans les cas visés expressément par la loi comme nous l'avons vu avec les clauses abusives du Code de la consommation, ou en droit du travail, ou encore en cas de procédures collectives. Cependant, il existe quelques exceptions admises par la jurisprudence notamment en droit du travail à l'égard des sportifs de haut niveau.

¹²³⁰ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.* p. 727, n° 1310 à 1317.

§2 : L'illustration avec les clauses libératoires dans les contrats de travail des sportifs professionnels

330. Il existe différents types de performances qu'elles soient de nature financière ou non financière. Lorsque l'on évoque la performance au sein du langage courant, c'est la performance des sportifs qui vient en premier lieu à l'esprit. Et lorsqu'il est question de maintenir des performances sur le long terme, ou encore de sanctionner un manquement au maintien des performances, l'exemple le plus topique et le plus récurrent est celui issu du droit du sport qui prévoit la possibilité d'introduire des clauses libératoires en cas de non maintien des performances du club sportif. Il existe un régime propre aux contrats de travail des sportifs et entraîneurs professionnels **(A.)**, qui prévoit la possibilité de se dégager du contrat en cas de manque de performance du club sportif **(B.)**. Ce type de clause illustre parfaitement l'obligation explicite de maintenir la performance.

A : Le régime propre aux contrats de travail des sportifs et entraîneurs professionnels

331. Le droit commun du travail et l'interdiction de rompre un contrat de travail à durée déterminée avant son terme. Le contrat de travail à durée déterminée prend fin à son terme qu'il soit précis ou imprécis. Le principe imposé par le Code du travail à l'article L1243-1 est qu'il n'est pas possible de rompre un contrat à durée déterminée avant l'arrivée de son terme sauf dans les cas prévus par la loi. Il peut être rompu par anticipation pour les raisons suivantes¹²³¹ : accord des parties ; faute grave du salarié ; force majeure ; inaptitude constatée par le médecin du travail ; embauche du salarié en CDI ; motif réel et sérieux dans le cas d'un CDD à objet défini.

En principe, ni une convention collective ni le contrat de travail ne peuvent déroger à ces dispositions d'ordre public dans un sens défavorable au salarié¹²³². En cas de rupture injustifiée du CDD à l'initiative de l'employeur, l'article L. 1243-4 du Code du travail prévoit que le salarié a droit à des « dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat ». À l'inverse, si le salarié

¹²³¹ F. Bousez, « Fasc. 2-48 : CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE. – Cessation », *JCl. Travail Traité* 2017, n° 66 et s.

¹²³² D. Corrignan-Carsin, « Contrat de travail à durée déterminée », *RDT* 2017, n° 344 et s.

rompt son CDD il peut également devoir des dommages-intérêts à l'employeur. Ce dernier peut également prétendre à une indemnité compensatrice de congés payés¹²³³.

Il paraît opportun de se demander si au regard de ce principe d'ordre public concernant la rupture des CDD il est possible d'admettre la validité des clauses résolutoires. Dans un premier temps, la validité de la clause résolutoire *de plein droit* insérée dans le contrat a été reconnue par la Cour de cassation, dès lors qu'elle se rattache à la survenance d'un événement dont l'existence ne dépend pas de la seule volonté de l'une des parties¹²³⁴. Cependant, il semble que le jeu de cette clause ne paraisse plus concevable sous l'empire des nouvelles dispositions du Code du travail. En effet, les garanties du salarié sont considérées comme des règles d'ordre public auxquelles il ne peut renoncer valablement lors de la conclusion du contrat¹²³⁵. En principe, la clause résolutoire insérée dans un CDD est sera donc réputée non écrite.

Il semble donc impossible de pouvoir insérer une clause résolutoire qui prévoit qu'en cas d'échec du maintien des performances du salarié le contrat serait résolu. Cependant, la chambre sociale n'interdit pas l'insertion d'une clause résolutoire au profit du salarié. Elle précise dans un arrêt du 22 juin 2011, sans remettre en cause la licéité de la clause, que la clause résolutoire au profit du salarié, ne le prive pas de la faculté de rompre le contrat de travail dans les conditions de droit commun¹²³⁶.

Il existe cependant un domaine particulier dans lequel ce type de clause sera admis.

332. La particularité des contrats de travail des sportifs et entraîneurs professionnels. À la vue de la spécificité qui entoure le statut spécifique des sportifs et entraîneurs professionnels, le législateur est intervenu avec la loi du 27 novembre 2015. L'objectif du législateur est de les protéger et de sécuriser leur situation juridique et sociale par la création à leur profit d'un contrat de travail à durée déterminée spécifique adapté à leur statut.

Bien avant cette loi, il était déjà admis qu'en principe pour les sportifs et les entraîneurs professionnels les contrats de travail sont conclus à durée déterminée, et par exception, dans des circonstances particulières, ils peuvent être conclus à durée

¹²³³ Art. 1242-16 C. travail.

¹²³⁴ V. Cass. soc. 10 avr. 1975, Bull. civ. V, n° 188 ; Cass. Soc. 4 juin 1984, Bull. civ. V, n° 224.

¹²³⁵ C. Lefranc-Hamoniaux, « Pas de clause résolutoire dans un contrat à durée déterminée », *D.* 2006, p. 489.

¹²³⁶ B. Bossu, note sous Cass. soc. 22 juin 2011, n° 10-18897, *JCP S* 2011, p. 1491.

indéterminée. En effet, le recours au CDI n'est pas en adéquation avec la situation du sportif et de l'entraîneur professionnel, il n'est pas approprié à la situation dans laquelle ils exécutent leurs missions. Avant la loi de 2015 il était déjà prévu au sein de la Convention collective nationale du sport que les joueurs et entraîneurs professionnels « occupent des emplois pour lesquels il est d'usage de recourir au contrat de travail à durée déterminée en raison de la nature de l'activité et du caractère par nature temporaire de ces emplois ainsi que prévu aux articles L. 122-1 et suivants et D. 121-2 du Code du travail¹²³⁷ ». De plus, la Cour de cassation adopte une position ferme et constante afin de ne pas « ouvrir la porte » à un contrat de travail à durée indéterminée du sportif professionnel. Dans une décision du 10 juillet 2002¹²³⁸, un club avait recruté verbalement un entraîneur, puis avait conclu par écrit un CDD. À l'examen des textes sur le contrat de travail à durée déterminée, il apparaissait que le litige devait en principe conduire irrémédiablement à une requalification en un contrat de travail à durée indéterminée. Et pourtant, la Haute juridiction censure l'issue naturelle pour laquelle les juges du fond avaient opté. Elle donne une interprétation inattendue de l'article L. 122-3-1 du Code du travail en indiquant que « le salarié peut rapporter la preuve que le contrat conclu verbalement est à durée déterminée »¹²³⁹. Dans les rapports unissant les sportifs professionnels à leurs clubs, il s'est incrusté la pratique usuelle des contrats de travail à durée déterminée et que ce n'est que dans des circonstances extrêmes que cette qualification doit être écartée¹²⁴⁰.

C'est avec la loi du 27 novembre 2015 que le législateur est venu consacrer la spécificité du contrat de travail à durée déterminée des sportifs professionnels. Cette loi va instaurer un CDD spécifique dans le Code du sport. Avant tout préjudiciable aux sportifs et aux entraîneurs professionnels dont la continuité des missions est généralement liée à l'obtention de résultats sportifs positifs, le recours au contrat de travail à durée indéterminée porterait par ricochet atteinte à l'équité du système sportif compétitif, c'est pourquoi il était nécessaire de codifier un statut spécifique à cette catégorie de travailleurs¹²⁴¹. L'exclusion du contrat de travail à durée déterminée d'usage a nécessité l'élaboration d'un contrat de travail

¹²³⁷ J.-P. Karaquillo, « L'application des dispositions du Code du travail au contrat de travail du sportif professionnel : Une contribution à l'interprétation des textes relatifs au contrat de travail à durée déterminée », *RDT* 2010, p. 14.

¹²³⁸ Lattès, obs. sous Cass. soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 235 ; *D.* 2002, p. 3112.

¹²³⁹ C. Roy-Loustaunau, obs. sous Cass. soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 235, *Dr. soc.* 2003, p. 328.

¹²⁴⁰ J.-P. Karaquillo, obs. sous Cass. soc. 15 mai 2008, n° 06-44826, *D.* 2009, p. 519.

¹²⁴¹ D. Jacotot, « Le droit du travail à l'épreuve de la loi relative aux sportifs professionnels et de haut niveau », *JCP S* 2016, p. 1032 ; J. Mouly, « Le législateur au secours du CDD dans le sport professionnel », *Dr. soc.* 2016, p. 161.

à durée déterminée particulier érigé en principe et intégré dans le Code du sport par la loi de 2015. À présent, l'article L. 222-2-3 du Code du sport dispose qu'« afin d'assurer la protection des sportifs et entraîneurs professionnels et de garantir l'équité des compétitions, tout contrat par lequel une association sportive ou une société mentionnée aux articles L. 122-2 et L. 122-12 s'assure, moyennant rémunération, le concours de l'un de ces salariés est un contrat de travail à durée déterminée ». Et selon l'article L. 222-2-1 du Code du sport, « le Code du travail est applicable au sportif professionnel salarié et à l'entraîneur professionnel salarié à l'exception des dispositions [...] relatives au contrat de travail à durée déterminée ». L'originalité de la loi du 2015 réside dans le fait qu'elle consacre le caractère de contrat à durée déterminée pour les sportifs, mais en même temps la nouvelle loi prévoit que le régime juridique du CDD déroge aux règles légales prévues par le Code du travail. C'est le cas évidemment pour les cas de recours au CDD, mais c'est également le cas pour les règles de formation et de transmission des CDD. Le parti pris par le législateur démontre en réalité sa volonté d'accentuer l'exception sportive avec ce CDD « sur-mesure » pour satisfaire la demande du mouvement sportif¹²⁴².

333. La particularité du CDD relative à la durée du contrat. La spécificité du domaine sportif fait que le législateur a prévu un régime dérogatoire pour le CDD des sportifs de haut niveau à l'article L. 222-2-4 du Code du sport. En effet, le fait que cette activité soit articulée autour de la saison sportive, mais aussi que doivent être préservés l'équité sportive et le fonctionnement régulier des compétitions explique que la durée déterminée du contrat soit une année et un multiple de celle-ci, ne pouvant toutefois excéder cinq ans. La durée du contrat sportif est essentielle et ne peut donc en principe être inférieure à une année qui correspond à une saison sportive. Il s'agit « d'assurer la protection des sportifs et entraîneurs professionnels et de garantir l'équité des compétitions »¹²⁴³. En ce qui concerne la durée maximale de cinq ans, cette durée n'exclut pas pour autant le renouvellement du contrat, ou la conclusion d'un nouveau, et permet aux joueurs et aux entraîneurs de conclure un autre CDD avec le même employeur au-delà de ces cinq ans¹²⁴⁴.

¹²⁴² J. Mouly, « Le législateur au secours du CDD dans le sport professionnel, À propos de la loi n° 2015-1541 du 25 novembre 2015 » *Dr. Soc.* 2016, p. 161.

¹²⁴³ P.-H. Antonmattei, « Création du CDD spécifique : brèves observations sur son contenu » *Jurisport* 2016, n° 168, p. 30.

¹²⁴⁴ J. Barthélémy, « Création du CDD spécifique : les conditions du recours », *Jurisport* 2016, n° 168, p. 26.

Le contrat de travail à durée déterminée des sportifs et des entraîneurs professionnels, depuis la loi de 2015, fait l'objet d'un régime spécifique. Mais ce régime spécifique peut-il réellement permettre d'insérer une clause qui prévoit qu'en cas de non maintien des performances du sportif, ou du club, le créancier puisse se dégager, voire prononcer la résolution du contrat ?

B : La possibilité de se dégager du contrat en cas de manque de performances du club sportif

334. La rupture anticipée du CDD. Après l'affirmation d'un CDD spécifique adapté au statut des sportifs professionnels, il convient de s'interroger sur les possibilités prévues par la loi de 2015 de mettre fin au contrat avant l'arrivée du terme. À ce titre, il convient de souligner qu'il faut se référer à l'article L. 1243-1 du Code du travail qui prévoit les motifs possibles pour fonder la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée. Autrement dit, à défaut d'accord commun, l'une des parties pourra mettre fin au contrat avant son terme en se fondant soit sur une faute grave, soit sur un cas de force majeure. Or, à la lumière des décisions rendues à la suite de rupture anticipée de contrats de travail de sportifs, à l'initiative le plus souvent de l'employeur, il apparaît que ni la faute grave ni la force majeure n'est fréquemment retenue par le juge en la matière¹²⁴⁵. En effet, les dispositions de l'article L. 1243-1 du Code du travail sont d'ordre public et ni la convention collective de branche ni le contrat de travail ne peuvent y déroger, sauf accord des parties¹²⁴⁶. Ainsi, doit être censuré l'arrêt qui a retenu l'absence de validité du contrat de travail à durée déterminée, en raison de la défaillance de la condition contractuelle liée à la réalisation d'un examen médical déclarant le joueur apte à la pratique du sport en vue de son homologation par la ligue nationale, alors qu'il avait constaté que celui-ci avait participé aux entraînements, ce dont il résultait que le contrat avait reçu un commencement d'exécution¹²⁴⁷. Par exemple, constitue une faute grave, dans le domaine sportif pouvant justifier de la rupture du contrat avant son terme, des faits de dopage pour un cycliste professionnel en raison de l'atteinte

¹²⁴⁵ H. Blaise, « De la difficulté de rompre avant son terme le contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1993, p. 41.

¹²⁴⁶ F. Lagarde, « Sport », *RDT* 2016, n° 58.

¹²⁴⁷ J. Mouly, note sous Cass. soc. 10 févr. 2016, n° 14-30095, *Dr. soc.* 2016, p. 446.

portée à l'éthique sportive¹²⁴⁸. A contrario, la jurisprudence est unanime sur un point, ne peut pas constituer une faute grave le défaut de performance d'un entraîneur du fait des résultats médiocres obtenus¹²⁴⁹. Il faudra donc trouver un autre moyen pour prononcer la rupture unilatérale du CDD avant l'arrivée de son terme pour manque de performance, ou non maintien des performances antérieures. De même, l'appréciation de la force majeure en droit du sport se fait de manière très stricte pour la Cour de cassation. Cette dernière estime de manière constante que l'inaptitude physique d'un sportif professionnel, suite à un accident du travail, ne peut constituer un cas de force majeure susceptible de mettre un terme au CDD¹²⁵⁰. Cependant, l'inaptitude physique autorise le club employeur à en demander la résiliation judiciaire dans les conditions prévues par l'article L1226-20 du Code du travail.

335. La clause résolutoire en cas non maintien des performances sportives. Le contrat de travail à durée déterminée d'un sportif professionnel suit donc le régime classique du CDD en ce qui concerne sa rupture anticipée. Il convient donc de se demander s'il serait possible d'insérer une clause de résiliation unilatérale au sein de ce CDD ? Ainsi, est-il possible d'envisager qu'en cas de non maintien des performances du club sportif, le salarié sportif puisse mettre fin au contrat de manière unilatérale par le jeu d'une clause prévue à cet effet ? Ou à l'inverse, si en cas de manque de performances sportives de la part du joueur, l'employeur pourrait-il mettre fin au contrat de manière anticipée ?

Sur ce point, la doctrine, avant la loi de 2015, était partagée. En principe, une clause conventionnelle ou contractuelle de résiliation unilatérale ou une clause résolutoire au profit d'un club méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 1243-1 du Code du travail. En revanche, la doctrine demeure partagée lorsque la clause de résiliation unilatérale est favorable au salarié. Alimentée par la doctrine¹²⁵¹, et la jurisprudence de la chambre sociale¹²⁵² il semble qu'un doute persiste quant à la légalité de ces clauses favorables au

¹²⁴⁸ CA Limoges, 4 mai 1998, Assoc. Creuse sport promotion c/Durand, *Dr. soc.* 1998, p. 1003.

¹²⁴⁹ Cass. soc. 29 oct. 1980, Lille olympique sporting club c/Peyroche, *D.* 1982, IR 90 ; Cass. soc. 7 juill. 1993, Assoc. Les chamois niortais c. Parizon ; Cass. Soc. 21 juill. 1993, Perrin c/Union sportive basket de Forbach, *Rev. jur. éco. sport* 1993, n° 27, p. 85 et s.

¹²⁵⁰ F. Lagarde, obs. sous Cass. soc. 6 mai 1998, *D.* 1998, p. 611.

¹²⁵¹ G. Auzero, « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 2001, p. 17 ; P. Alaphilippe, « Contrat de travail à durée déterminée et clause de résiliation unilatérale », *D.* 2000, p. 30.

¹²⁵² J.-P. Karaquillo, « Validité d'une clause résolutoire au profit d'un sportif professionnel lié par un contrat à durée déterminée », *D.* 2009, p. 2664.

salarié. Le doute vient sans doute du fait que les textes L. 1243-1 et L. 1243-2 doivent s'interpréter comme étant d'ordre public de protection ou d'ordre public absolu¹²⁵³.

Depuis l'intervention de la loi du 25 novembre 2015, l'article L. 222-2-7 introduit dans le Code du sport prévoit que « Les clauses de rupture unilatérale pure et simple du contrat de travail à durée déterminée du sportif et de l'entraîneur professionnels salariés sont nulles et de nul effet. » En effet, dans le domaine des activités sportives, aucune raison particulière ne justifierait en effet de déroger à une interprétation stricte de l'article L. 1243-1 du Code du travail, quand se produit une rupture anticipée d'un CDD. La jurisprudence considère que la clause de résiliation unilatérale d'un entraîneur salarié est nulle et de nul effet¹²⁵⁴. De plus, en principe, malgré l'aléa sportif qui entoure le milieu dans lequel évolue les sportifs et les entraîneurs, la non réalisation d'un événement sportif indépendant de la volonté des parties, quand bien même il serait prévu contractuellement par une clause résolutoire, ne peut fonder une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée d'un sportif ou d'un entraîneur¹²⁵⁵. Une nuance doit toutefois être soulignée. Selon certains auteurs, seules les clauses résolutoires prononcées en faveur de l'employeur, et donc du club sportif, seraient nulles et de nul effet. En revanche, les clauses résolutoires en faveur du salarié et donc du sportif et de l'entraîneur professionnel pourraient être admises. La justification tient au fait que l'article L1243-1 du Code du travail étant une disposition d'ordre public social, les dérogations plus favorables au salarié sont autorisées¹²⁵⁶. Cependant cette théorie reste toutefois en marge, et il semble que la majorité de la doctrine prohibe les clauses permettant une rupture anticipée du CDD, peu importe qu'elles soient en faveur de l'employeur ou du salarié¹²⁵⁷.

Cependant, un récent arrêt de la chambre sociale en date du 10 février 2016, rend une solution pour le moins intéressante puisqu'elle estime qu'en cas de relégation ou de rétrogradation du club, ceci permet au joueur d'user d'un droit de résiliation unilatérale pour rejoindre un autre club professionnel avant le terme du contrat en cours, sans pour autant rendre la rupture imputable au club¹²⁵⁸. Ces dispositions sont applicables car elles dérogent à

¹²⁵³ J.-P. Karaquillo, « L'application des dispositions du Code du travail au contrat de travail du sportif professionnel : Une contribution à l'interprétation des textes relatifs au contrat de travail à durée déterminée », *art. prec.*

¹²⁵⁴ J. Mouly, note sous Cass. soc. 5 juill. 1995, n° 92-40095, *D.* 1996, p. 280.

¹²⁵⁵ F. Peyer, « Etude 56 – Associations sportives », in Œuvre collective sous la direction de Ph.-H. Dutheil *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, – 2016 Actualisation - oct. 2017, n° 56.114.

¹²⁵⁶ F. Bousez, « Fasc. 2-48 : CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE. – Cessation », *Jurisclassseur Traité Travail*, 2017, n° 128.

¹²⁵⁷ J. Barthélémy, « Création du CDD spécifique : les conditions du recours », *art. prec.*

¹²⁵⁸ Cass. soc. 10 février 2016, n°s 15-16132 à 15-16138.

l'article L. 1243-1 du Code du travail dans un sens favorable au salarié. La Cour de cassation choisit d'appliquer le principe de faveur et elle consacre la licéité des dispositions de l'article 11.2 de l'accord collectif du rugby professionnel au regard de l'article L. 1243-1 du Code du travail. Il y est en effet affirmé que le texte conventionnel qui permet à un joueur de rugby de rompre avant le terme le lien contractuel avec son club, dès lors que ce dernier a été rétrogradé en division inférieure¹²⁵⁹, instaure un principe de faveur qui s'impose, en y dérogeant, au texte légal de l'article L. 1243-1 du Code du travail¹²⁶⁰. Cette solution paraît pour le moins originale et semble aller à l'encontre de la majorité de la doctrine. En effet, pour certains auteurs elle s'explique par le fait « que le législateur a voulu différencier le régime de la rupture avant terme du contrat de travail à durée déterminée, selon qu'elle est imputable à l'employeur ou au salarié, sans autoriser le salarié à s'évader de la relation de travail sans avoir à rapporter la preuve d'une faute grave de l'employeur, d'une force majeure ou de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée, dès lors que cela lui est favorable. Peut-être est-ce d'ailleurs le message qu'a entendu transmettre le législateur dans la loi n° 2015-1541 du 27 novembre 2015, en énonçant que « les clauses de rupture unilatérale pure et simple [...] sont nulles et de nul effet .¹²⁶¹»

La question qui se pose est alors celle des moyens dont disposent les parties pour prendre en considération, par le contenu du contrat, les situations susceptibles de se produire liées à l'aléa sportif¹²⁶², tel que la descente du club en division inférieure.

336. Les clauses libératoires. En droit du travail, même pour les sportifs il semble difficile de pouvoir insérer une clause résolutoire en cas de non maintien des performances du club, ou du sportif. Il faudra donc se tourner vers les clauses libératoires pour permettre, sans risquer la nullité, au sportif de rompre la relation contractuelle en cas de relégation du club dans une catégorie inférieure. La clause libératoire va permettre de prévoir une porte de sortie aux sportifs qui voient leur club descendre dans une catégorie inférieure.

¹²⁵⁹ « Une telle disposition révèle une clause résolutoire permettant de rompre automatiquement la relation contractuelle à durée déterminée à la démonstration de la survenance d'un événement précis et objectif défini comme extérieur à la volonté des parties. Cette clause ne doit pas être confondue avec une clause libératoire qui, elle, prévoit que la partie qui s'extrait avant terme du contrat de travail à durée déterminée pour une autre cause que celles indiquées aux articles L. 1243-1 et L. 1243-2 (s'agissant du salarié) du code du travail, s'engage au paiement d'une indemnité forfaitaire » In J.-P. Kara Karaquillo, note sous Cass. Soc. 10 fév. 2016, *Jurisport* 2017, n° 177, p. 37.

¹²⁶⁰ J.-P. Karaquillo, note sous Cass. soc. 10 fév. 2016, *Jurisport* 2017, n° 177, p. 37.

¹²⁶¹ *Ibid.*

¹²⁶² J. Barthélémy, « Création du CDD spécifique : les conditions du recours », *art. prec*

La clause résolutoire ne doit pas être confondue avec la clause libératoire que l'on rencontre très fréquemment dans les contrats à durée déterminée des sportifs et entraîneurs professionnels. Cette dernière autorise l'un des contractants, le salarié sportif ou le club employeur, à se « dégager » unilatéralement, avant l'arrivée de terme contractuel, moyennant le paiement d'une indemnité forfaitaire à la partie qui subit la rupture prématurée du contrat¹²⁶³. Ce type de clause; que l'on appelle les clauses libératoires sont licites et largement admises par la jurisprudence¹²⁶⁴. À ce titre, elles sont identifiées comme des clauses pénales, notamment dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon¹²⁶⁵. En réalité, cette pratique est un moyen de détourner les clauses résolutoires qui sont le plus souvent prohibées au sein des contrats à durée déterminée. La clause libératoire est un aménagement d'une rupture anticipée sans motif par une évaluation par avance d'une somme indemnisant le préjudice subi par la partie à qui la rupture fautive n'est pas imputable¹²⁶⁶.

À l'heure actuelle qu'en est-il des contrats sportifs en cas de relégation du club en catégorie inférieure ? Pour un sportif, la performance du club est un élément déterminant de son engagement. Parfois, la montée du club dans une catégorie supérieure conditionne la conclusion du contrat de travail avec le sportif. La performance du club est donc un élément primordial pour le sportif puisqu'elle est déterminante pour la gestion de sa carrière. À l'inverse, la descente du club en cours d'exécution du contrat de travail à durée déterminée du sportif pose la question du devenir du contrat et des options qui peuvent être proposées au sportif de haut niveau. Nous avons vu que les causes de rupture du contrat avant l'arrivée du terme sont limitées par les articles du Code du travail, il faut donc se demander comment réussir à articuler les besoins des salariés sportifs avec les exigences du Code du travail. Autrement dit, que faire en cas de manquement au maintien des performances du club employeur ? Pour répondre à cette problématique, il convient de se tourner vers la série d'arrêts qu'a rendus la chambre sociale de la Cour de cassation le 10 février 2016. Dans l'un des arrêts, la Cour de cassation a admis, en mobilisant le principe de faveur, que la descente du club en division inférieure puisse être envisagée par les instances sportives comme une

¹²⁶³ F. Peyer, « Etude 56 – Associations sportives », in Œuvre collective sous la direction de Ph.-H. Dutheil *Juris Corpus Droit des associations et fondations*,– 2016 Actualisation - oct. 2017, n° 56.114.

¹²⁶⁴ J. Mouly, note sous Cass. soc. 18 mars 1992, *JCP* 1992. II. 21953 ; P.-Y. Gautier, obs. sous Lyon 22 nov. 1994, *RTD civ.* 1992, p. 590.

¹²⁶⁵ P.-Y. Gautier, obs. sous Lyon 22 nov. 1994, *art. prec.*

¹²⁶⁶ F. Peyer, « Etude 56 – Associations sportives », *art. prec.*

cause de libération anticipée du joueur¹²⁶⁷. C'est bien le principe de faveur qui a permis au juge de valider la disposition litigieuse de la charte du football professionnel. En autorisant les joueurs à se libérer de leurs engagements là où la loi ne le permet pas, sans pour autant les priver du droit de se prévaloir de la faute grave de l'employeur, elle leur apporte un droit nouveau et déroge ainsi à la loi en leur faveur¹²⁶⁸.

337. Conclusion de la section relative à la possible contractualisation de l'obligation de maintien des performances. Il semble donc qu'en droit du sport la performance soit un élément déterminant pour les clubs et pour les salariés sportifs. Un sportif choisit d'intégrer un club pour son niveau de performance indiqué par son classement dans sa division. Il apparaît logique de pouvoir aménager une porte de sortie aux sportifs qui voient leur club relégué en division inférieure. C'est pourquoi en vertu du principe de faveur, il paraît possible de pouvoir intégrer une clause résolutoire en cas de non maintien des performances du club, ou une clause libératoire qui permet également au joueur de rompre le contrat avant son terme moyennement une contrepartie financière. La possibilité pour les parties à un contrat de prévoir soit une clause résolutoire en cas de non maintien des performances, soit une clause libératoire semble possible afin de pouvoir intégrer directement au champ contractuel une obligation de maintien des performances, et de prévoir des sanctions adaptées en cas de non-respect de cette obligation.

Mais la question qui demeure en suspens est de savoir si ce type d'obligation, très contraignante, peut être envisagée dans des contrats autres que dans le domaine sportif ? Quels seraient alors le régime applicable et les conditions à respecter pour la contractualisation de ce type d'obligation ?

¹²⁶⁷ Arrêt déjà cité et étudié précédemment : J.-P. Karaquillo, note sous Cass. soc. 10 fév. 2016, *Jurisport* 2017, n° 177, p. 37.

¹²⁶⁸ J. Mouly, « Le sort des contrats de travail des sportifs professionnels en cas de relégation du club en division inférieure. L'« ordre juridique sportif » à l'épreuve du droit du travail. » *Dr. Soc.* 2016, p. 446.

Section 2 : Le régime applicable aux clauses de maintien des performances antérieures

338. Il semble que le non maintien de la performance puisse être sanctionné soit parce qu'une clause résolutoire a été insérée dans le contrat, soit parce que ce manquement est d'une telle gravité qu'il peut justifier la résolution du contrat, soit, enfin, parce que ce manquement a directement fait l'objet d'une clause qui prévoit une sanction particulière en cas de non-respect. Cette dernière possibilité a été illustrée notamment grâce aux clauses libératoires insérées dans les contrats de travail des sportifs professionnels. Elles permettent ainsi aux joueurs de pouvoir se dégager du contrat de travail si le club sportif qui les emploie descend en division inférieure et manque ainsi à son obligation de maintien de ses performances sportives. Il paraît alors opportun de se demander si ces clauses qui obligent au maintien des performances sportives pourraient être envisagées pour un autre type de performance ? Tout d'abord, il semble que le non maintien de la performance puisse donner lieu à une sanction, ce qui signifie que le maintien de la performance puisse être vu comme une obligation. Ensuite, si le maintien de la performance peut être perçu comme une obligation, il semble que cette dernière puisse sans doute faire l'objet d'une contractualisation sous certaines conditions. Il convient donc de fixer les conditions applicables à ces clauses de maintien de la performance (§1), afin d'en étudier la fonction et l'avenir de ces clauses (§2).

§1: Les conditions

339. Les conditions applicables aux clauses qui obligent les débiteurs d'obligations de maintenir leurs précédentes performances sont des clauses qui doivent être strictement encadrées du fait des contraintes qu'elles peuvent imposer. Elles doivent respecter les conditions de droit commun des contrats (A.), mais également des conditions spécifiques propres à ce type de clause (B.).

A : Conditions de droit commun des contrats

340. **Possible en vertu du principe de la liberté contractuelle.** Il convient de se demander si la possibilité d'introduire une clause de maintien des performances serait possible dans certains contrats. Nous avons vu avec l'exemple du droit du sport qu'il est possible de prévoir une clause libératoire en faveur d'un sportif ce qui lui permettra une

rupture prématurée du contrat en cas de non maintien des performances du club employeur¹²⁶⁹. Il s'agit donc de clause qui prévoient un type de sanction, en l'espèce la rupture du contrat avant son terme, en cas de non maintien des performances antérieures. Il s'agit de performances sportives qui s'évaluent en l'espèce par rapport au classement du club sportif dans son domaine. Il convient donc de se demander si ces clauses qui semblent imposer un maintien des performances antérieures seraient envisageables dans d'autres domaines. Pourquoi ne pas imposer un maintien des performances financières dans un contrat d'investissement, ou un maintien des performances de travail d'un salarié, ou un maintien des performances sociales d'une entreprise par le maintien de l'emploi, ou encore un maintien des performances environnementales dans un contrat de distribution ?

En vertu du principe de la liberté contractuelle, ce type de clause qui impose une obligation de maintenir les performances antérieures soit possible. La liberté contractuelle est prévue à l'article 1102 du Code civil. Il semble que notre société aille plutôt vers « le libéralisme où elle croit trouver les conditions de la créativité¹²⁷⁰ ». Cette liberté se compose d'un triptyque qui permet une liberté de contracter ou non, une liberté de choisir son contractant et une liberté de forme et de contenu du contrat¹²⁷¹. Cette liberté contractuelle doit s'exercer dans les limites fixées par la loi¹²⁷².

Les limites de la liberté contractuelle sont exposées à l'alinéa 2 de l'article 1102 du Code civil, il s'agit de ne pas déroger « aux règles qui intéressent l'ordre public. » Pour ce qui nous intéresse, il existe des limites au contenu contractuel, et aux clauses que les parties sont libres d'insérer dans leur contrat. Elles sont limitées, car la plupart des contrats de la vie courante doivent comporter certaines clauses obligatoires tandis que d'autres sont interdites¹²⁷³. En dehors de la limite qui est l'ordre public, la liberté contractuelle par rapport au contenu du contrat va également être limitée par les clauses abusives.

341. Limite : les clauses abusives. Depuis l'ordonnance de 2016, au sein du Code civil il a été introduit un article qui prohibe les clauses abusives en droit commun des contrats. Ce type de clause est alors réputé non écrite. L'introduction d'une clause de

¹²⁶⁹ V. J. Mouly, note sous Cass. soc. 18 mars 1992, *art. préc.* ; P.-Y. Gautier, obs. sous Lyon 22 nov. 1994, *art. préc.*

¹²⁷⁰ P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munk, *Les obligations, op. cit.* p. 246, n° 449.

¹²⁷¹ Principe de la liberté contractuelle exposé à l'article 1102 du Code civil.

¹²⁷² C. Peres, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réformes du droit des contrats de la Chancellerie », *D.* 2009, p. 381.

¹²⁷³ P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munk, *Les obligations, op. cit.* p. 247, n° 449.

maintien des performances est possible en vertu du principe de liberté contractuelle, cependant elle ne doit pas se voir annuler sur le fondement des clauses abusives. Une clause peut être abusive en raison de son origine ou de ses effets. En droit commun des contrats, le principe de clause abusive a été introduit par l'article 1171 du Code civil. Elle s'applique uniquement au contrat d'adhésion, quelle que soit la qualité des parties, et entraîne un profit illégitime pour l'une ou l'autre des parties. L'article 1171 prévoit : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

En dehors du droit commun des contrats, le droit de la consommation prohibe également les clauses abusives imposées par la partie la plus puissante¹²⁷⁴. Cette interdiction est prévue aux articles L. 2121-1 à L212-3 du Code de la consommation, qui se complètent par les articles R. 212-1 à R212-4 qui fixent une liste de clauses prohibées¹²⁷⁵.

En dehors des clauses abusives, de l'ordre public et des limites imposées par la loi en général, il semble possible de pouvoir insérer une clause de maintien des performances antérieures. Il faudra cependant rester vigilant dans les contrats d'adhésion, dans les contrats conclus avec un consommateur, et dans les contrats de travail. Ces clauses ne devront pas avoir pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Pour cela il convient d'envisager certaines conditions pour que ces clauses puissent être valables en toutes circonstances.

B : Conditions spécifiques à ce type de clauses

342. Maintien des circonstances extérieures antérieures. Pour pouvoir envisager ce type de clause, peu importe le type de performances en question, il faut envisager un certain nombre de conditions à respecter afin qu'elle ne soit pas abusive et donc inefficace. Qu'il s'agisse de performances financières, sociales, environnementales, ou même techniques, il convient de préciser que l'obligation d'un maintien des performances passées

¹²⁷⁴ A. Bénabent, *Droit des obligations, op. cit.* p. 158, n° 192.

¹²⁷⁵ Liste de clauses noires et clauses grises.

doit s'envisager, si et seulement si, les circonstances qui entourent le contrat restent inchangées. Par exemple, dans un contrat de distribution une clause pourrait prévoir que le franchisé doit atteindre au moins le même chiffre d'affaires que l'année précédente. Cette clause serait alors valable si les circonstances économiques ou l'état du marché visé restent constants. La clause devrait alors préciser que cette obligation de maintien des performances financières passées doit être exécutée par le débiteur sauf, pour lui à rapporter la preuve que l'état du marché ou des nouvelles circonstances économiques l'ont empêché de maintenir ses anciennes performances. Ces circonstances imprévues et extérieures au débiteur pourraient s'analyser comme un cas de force majeure¹²⁷⁶ qui empêcherait le débiteur d'exécuter son obligation de maintenir ses performances. Il serait donc exonéré de toute responsabilité.

Dans la même logique, ce changement de circonstances économiques, extérieures au débiteur fait directement écho au nouvel article 1195 du Code civil qui admet la révision du contrat pour imprévision. Cet article intéresse particulièrement les contrats qui déroulent leurs effets sur une certaine durée, tout comme la clause de maintien des performances sur le long terme. Il pourrait donc être possible de modifier le contenu de ces clauses en cas de changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat, dont la charge serait devenue excessivement onéreuse pour une partie. En cas de circonstances économiques imprévisibles¹²⁷⁷, si l'obligation de maintenir les performances passées devient excessivement onéreuse pour une partie, elle pourra en demander une révision (à la baisse). Il serait alors possible pour les parties par un avenant¹²⁷⁸ au contrat de modifier les données de la clause et de revoir à la baisse l'obligation de maintenir les performances passées.

343. Des performances raisonnables et réalisables. On pourrait alors envisager cette clause comme une déclinaison de la clause d'objectifs qui s'analyserait, suivant la rédaction et le domaine, en une obligation de moyen, ou de résultat. Il serait donc opportun de lui appliquer les mêmes conditions de validité qu'une clause d'objectifs à savoir l'objectif devra être raisonnable et réalisable en fonction des moyens mis à dispositions¹²⁷⁹.

¹²⁷⁶ Comme l'énonce le dicton populaire « à l'impossible nul n'est tenu » le cas de force majeure empêche l'exécution du contrat. Selon l'article 1218 du Code civil « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées ». *V.* sur la force majeure : V. Antonmattéi, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992.

¹²⁷⁷ A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.* p. 252, n° 307.

¹²⁷⁸ A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.* p. 255, n° 313.

¹²⁷⁹ Sur les clauses d'objectifs *V.* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 1, §2. N° 26 à 38.

§2 : La fonction et l'avenir de ces clauses

344. Les clauses qui obligent au maintien des performances antérieures si elles sont légales et respectent les conditions précédemment posées pourraient être très utiles dans bien des contrats. Tout d'abord, leur fonction première serait de pouvoir assurer plus de sécurité juridique **(A.)**. En effet, le fait d'envisager l'obligation de performance sur le long terme pourrait assurer aux contractants un succès (commercial, financier, technique, ou encore sportif) presque garanti pour l'avenir. Ce type de clause pourrait donc être perçue comme une garantie supplémentaire d'assurer la performance sur le long terme. Il serait même possible d'aller encore plus loin et pourquoi pas d'insérer au sein d'un contrat une obligation de « faire mieux » ? **(B.)**.

A : Une obligation de performance envisagée sur le long terme pour plus de sécurité juridique

345. Sécurité juridique assurée. L'intérêt d'une clause de maintien des performances serait d'apporter plus de sécurité juridique pour les parties. Qu'elle impose une obligation de moyen ou de résultat, que son non-respect soit sanctionné par la rupture du contrat, la perte d'une exclusivité, ou encore par le non-versement d'une prime financière, elle aura une fonction incitative pour le débiteur de l'obligation. En effet, ce dernier, en cas de non-exécution de son obligation de maintenir ses performances, pourra voir sa responsabilité contractuelle engagée, sur le fondement de l'article 1231 du Code civil. De plus, diverses sanctions sont possibles pour le créancier victime du manquement contractuel. Ces éventualités sont prévues à l'article 1217 du Code civil, la partie lésée peut soit refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation, soit elle peut poursuivre l'exécution forcée en nature, soit solliciter une réduction du prix, ou encore provoquer la résolution unilatérale du contrat. Chacune de ses sanctions peut être aménagée par la convention des parties¹²⁸⁰. Ces sanctions qui pèsent sur les débiteurs défaillants ne peuvent

¹²⁸⁰ Ph. Delebecque, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat » *Dr. et patrim.* 2016, p. 62 ; Ph. Stoffel-Munck, « Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger », in F. Barrière, *La réforme du droit des contrats : incidences sur la vie des affaires*, Lexis Nexis, 2017, p. 113 ; O. Gout, « La montée de la place de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution du contrat », in G. Pignarre, *Le droit des obligation : d'un siècle à l'autre*, Varrennes, 2016, p. 213.

que les inciter à exécuter leurs obligations. Ceci aura donc pour effet de sécuriser les relations entre débiteurs et créanciers d'obligations.

346. Performance sur le long terme garantie. Cette sécurité juridique se retrouve sur le long terme, le but étant d'inciter les débiteurs au maintien de leur performance pour toute la durée d'exécution du contrat. Ce type de clause va donc permettre de promouvoir la performance sur le long terme grâce à la contractualisation. Ainsi, dans une relation commerciale envisagée sur le long terme entre deux parties il pourra être utile d'insérer non seulement une clause d'objectifs, mais de renforcer cette clause d'objectifs par une clause de maintien des performances antérieures. La performance serait alors envisagée sur le long terme, et le débiteur de l'obligation devrait tout mettre en œuvre, en fonction des moyens mis à sa disposition et des circonstances économiques, afin de ne pas faire baisser ses chiffres d'une année sur l'autre. Ce type d'obligation sera donc très contraignant pour les débiteurs d'obligations qui devront être performants sur le long terme sans régression possible. L'obligation de maintenir les performances sur le long terme s'analyse en principe comme une simple obligation de moyen. Une obligation de résultat serait beaucoup trop lourde de conséquences pour les débiteurs d'obligations.

Mais peut-on aller encore plus loin et prévoir une clause qui imposerait non pas un maintien des performances, mais une obligation de « faire mieux » ?

B : La possible introduction d'une obligation de « faire mieux »

347. Pourquoi ne pas envisager l'introduction d'une clause qui imposerait une obligation de « faire mieux ». Après les clauses d'objectifs qui imposent l'atteinte de performances, les clauses qui imposent une obligation de maintenir les performances acquises, pourquoi ne pas envisager une clause qui imposerait une obligation de « faire mieux » ? Il pourrait s'agir d'une clause qui impose au débiteur d'une obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir des résultats financiers supérieurs à l'année précédente. Il est possible d'envisager ce type de clause dans les contrats de distribution, voir dans les contrats de travail en imposant aux franchisés ou aux salariés de tout mettre en œuvre, avec les moyens mis à leur disposition, pour obtenir des résultats financiers, ou un nombre de

ventes supérieur à l'année précédente. Il convient de s'interroger sur la validité de ce type de clause ?

348. Validité de la clause qui impose une obligation de « faire mieux ».

Par exemple dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 septembre 2017¹²⁸¹, il était prévu au sein d'un contrat de travail à durée indéterminée aux termes duquel un salarié exerçait des fonctions de « technico-commercial ». La clause suivante avait été intégrée au contrat : « Le présent contrat vous fait obligation d'atteindre un chiffre d'affaires en augmentation de 10000€ H.T., par mois, à l'issue de 12 mois de début de l'exercice de vos fonctions. Il est rappelé qu'à la date de prise de vos fonctions, le chiffre d'affaires H.T. moyen mensuel du secteur et faisant l'objet des produits dudit contrat est de 10251€ par mois. » En l'espèce, le salarié n'avait pas atteint les objectifs fixés, qui lui imposait d'atteindre un chiffre d'affaires en augmentation chaque mois. Il avait donc reçu un premier avertissement rédigé de la manière suivante : « Nous sommes au regret d'avoir à constater que vous avez réalisé au 13 janvier 2013 un chiffre d'affaires moyen mensuel de 15 667 € qui est loin de l'objectif de 17 000 € et qui ramené sur 12 mois représente une non-réalisation de chiffre d'affaires de 15 996 €. (...) Nous vous demandons désormais de tout mettre en œuvre pour atteindre votre objectif mensuel moyen de chiffre d'affaires, à défaut, nous serons malheureusement tenus de devoir envisager de mettre un terme à notre collaboration. » Le salarié a par la suite été informé de son licenciement pour insuffisance professionnelle « caractérisée par un manque de développement de votre portefeuille client et de votre chiffre d'affaires, ne vous permettant pas d'atteindre vos objectifs contractuels en termes de chiffre d'affaires et un manque d'implication dans l'exercice de votre fonction. » Cette clause d'objectif lui imposait une obligation de « faire mieux » d'un mois sur l'autre. Mais comment les juges ont-ils apprécié cette clause ?

Le Conseil des prud'hommes a, dans un premier temps, constaté que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse du fait de la non atteinte des objectifs. Cependant, dans un second temps, la Cour d'appel infirme le jugement rendu en première instance. Elle considère que la non atteinte des objectifs n'est pas imputable au salarié, mais à une conjoncture économique difficile, et elle estime que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Il convient toutefois de souligner qu'elle ne condamne pas la clause qui imposait un chiffre d'affaires en augmentation et ne semble pas remettre en question la validité de la

¹²⁸¹ CA Paris Pôle 6, 9^{ème} ch., 27 sept. 2017, 15/13339.

clause, mais plutôt la mise en œuvre qui en a été faite. En l'espèce, l'employeur n'avait apparemment pas assuré la formation du salarié, et ce dernier n'avait pas été en mesure d'augmenter ses chiffres d'un mois sur l'autre en raison de la conjoncture difficile.

Ce type de clause qui impose une obligation de « faire mieux » est donc valable dans les contrats de travail et peut s'assimiler à une clause d'objectif renforcée qui imposera une obligation de moyen, voire une obligation de résultat suivant la rédaction de la clause. Ces clauses pourraient aussi bien concerner des performances financières que des performances non financières. Par exemple, on pourrait envisager une clause dite de « perfectionnement » en référence aux performances techniques d'un produit, ou encore lors d'une cession de brevet, il pourrait être imposé au détenteur une obligation de perfectionnement qui accompagnerait l'obligation d'exploitation.

349. Conclusion de la section relative au régime applicable aux clauses de maintien des performances. Tout d'abord, il était nécessaire d'étudier les conditions du droit commun des contrats applicable aux clauses de maintien des performances. Ces dernières sont permises par le principe de la liberté contractuelle qui permet aux parties à un contrat de choisir son contenu. La limite au principe de la liberté contractuelle est que les parties ne peuvent prévoir un contenu contractuel qui soit contraire à l'ordre public. Il est donc possible d'affirmer que la clause qui va imposer au débiteur d'obligations de maintenir ses performances antérieures ne sera en principe pas contraire à l'ordre public. Ces clauses sont donc possibles et légales en vertu du droit commun des contrats actuel. Cependant, une autre limite doit être posée, il s'agit des clauses abusives qui sont à présent prohibées en droit commun des contrats pour les contrats d'adhésion à l'article 1171 du Code civil. Les rédacteurs de ces clauses, qui imposent de maintenir les performances antérieures sous peine de sanction, devront être extrêmement vigilants à ne pas tomber dans l'excès. En effet, ce type de clause peut être susceptible de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et serait alors réputée non écrite par les juges. Ensuite, après les conditions de droit commun, il convient de poser certaines conditions spécifiques à ce type d'obligation. Pour permettre au débiteur de l'obligation de maintenir ses performances antérieures sur le long terme, il faut dans un premier temps que les circonstances économiques antérieures soient maintenues. En effet, il ne serait pas possible de mettre en œuvre ce type d'obligation en imposant à un salarié de maintenir son chiffre d'affaires précédemment réalisé, alors même que la conjoncture économique ne lui permet plus de

réaliser de telles performances. Et dans un second temps, il sera nécessaire d'appliquer à ce type de clause les mêmes conditions requises que pour les clauses d'objectifs, les performances doivent être raisonnables et réalisables en fonction des moyens mis à disposition.

Une fois les conditions applicables définies, il s'est posé la question de la fonction et de l'avenir de ces clauses contractuelles qui obligent au maintien des performances sur le long terme ? Il apparaît que ces clauses sont utiles dans les contrats à exécution successives et conclus sur le long terme. Elles vont ainsi permettre d'assurer plus de sécurité juridique pour l'avenir et vont permettre de contractualiser les performances pour l'avenir. Il s'agit finalement d'insérer dans le contrat une garantie de performance sur le long terme. Il s'est alors posé la question de savoir si juridiquement il pourrait être admis d'aller encore plus loin et de pouvoir insérer dans certains contrats des obligations de « faire mieux » ? Il semble que des obligations qui imposeraient aux salariés, ou à l'agent commercial, ou au représentant de commerce, ou encore au franchisé d'augmenter leurs performances financières d'une année sur l'autre, ou d'un trimestre sur l'autre, pourrait être envisagées. Il faut cependant être prudent et respecter les conditions posées précédemment pour la rédaction de telles clauses. Et les juges devront exercer un contrôle quant à la mise en œuvre de ces clauses et notamment de leur sanction. Il semble en effet que ce type de clause soit déjà admis au sein des contrats de travail de certains salariés. À ce titre, la jurisprudence n'a pas condamné cette pratique, mais en a sanctionné la mise en œuvre. Par exemple, elle a pu admettre que l'augmentation du chiffre d'affaires qui était imposée au salarié ne pouvait être sanctionnée par un licenciement car la conjoncture économique difficile ne pouvait lui permettre d'atteindre ces objectifs.

350. Conclusion du chapitre relatif à l'obligation explicite d'un maintien de la performance sur le long terme. L'obligation de maintenir ses performances antérieures pour un débiteur d'obligation, qui avait pour habitude de l'être, peut être directement intégrée au champ contractuel. Après avoir étudié les sanctions possibles en cas de non maintien des performances, il est tout à fait possible d'envisager le maintien des performances sur le long terme comme une réelle obligation. Cette obligation peut donc faire l'objet d'une contractualisation de la part des parties à un contrat. L'intérêt de contractualiser cette obligation pour les contractants est d'en délimiter directement les contours et les sanctions en cas de non-respect. Il s'agit donc de reconnaître une véritable

obligation explicite d'un maintien de la performance sur le long terme au sein du contrat. Il semble que cette contractualisation soit possible en vertu de la liberté contractuelle, qu'elle devra cependant respecter les conditions posées par le droit commun des contrats et certaines conditions spécifiques que l'on retrouve également au sein des clauses d'objectifs. Ce type d'obligation devra être formulée au sein du contrat de manière explicite. Les parties devront en préciser les contours, c'est-à-dire qu'elles devront spécifier les performances antérieures du débiteur, et préciser les performances attendues dans le futur. Il faudra bien évidemment viser des performances spécifiques qu'elles soient financières, en précisant les chiffres à atteindre, ou techniques, en précisant les qualités du produit attendues. Enfin, il convient de préciser que suivant le droit applicable au contrat, qu'il s'agisse d'un contrat de travail, de consommation, ou un contrat de droit commun il faudra tenir compte des conditions spécifiques qui s'appliquent à chacun des contrats.

351. Conclusion du titre relatif à l'obligation de maintenir la performance. L'obligation de maintenir la performance se dessine peu à peu dans notre paysage juridique. Le besoin de stabilité des opérateurs économiques, la recherche de rentabilité, la protection de l'environnement, la recherche de salariés qualifiés, ou encore la recherche de compétitivité, autant d'éléments qui font de la performance un élément essentiel pour beaucoup de contractants. La performance qu'elle soit financière, économique, sociale, environnementale, technique, ou encore sportive, doit pouvoir être intégrée au contrat. De plus, les contractants étant à la recherche de stabilité et de sécurité juridique constante, il paraît plus que nécessaire de voir se dessiner une obligation de maintenir la performance dans les relations d'affaires. La reconnaissance de cette obligation s'est tout d'abord faite de manière implicite notamment par les juges. Ces derniers ont admis qu'un contractant qui avait pour habitude d'être performant avait sans doute l'obligation implicite de le rester. Par exemple, les juges seront plus sévères dans l'appréciation de la résolution unilatérale du contrat si le débiteur de l'obligation avait pour habitude d'être performant. Il s'agit sans doute de fonder ce raisonnement sur le principe de cohérence qui s'applique au comportement du contractant pendant l'exécution du contrat. Puis, la reconnaissance de cette obligation s'est faite de manière explicite grâce à la possibilité pour les parties de l'introduire directement au contrat.

352. Conclusion de la partie relative à la performance source d'obligations. Après avoir étudié l'obligation de performance qui prend peu à peu de l'importance en droit des affaires, la question s'est posée de savoir si une fois un certain niveau de performance atteint cette dernière n'impliquerait pas des obligations ? Autrement dit la performance peut-elle être source d'obligations ? La réponse semble être positive. La recherche de performance économique et financière pour une entreprise, un opérateur économique, un contractant est essentielle, mais elle ne doit pas se faire au détriment de l'environnement, des salariés, ou du marché. L'articulation entre les différents types de performance est alors apparue comme une question primordiale. La recherche ou l'atteinte de la performance économique ne doit pas se faire au détriment de la performance environnementale ou sociale. Il est apparu que la performance, pour être envisagée sur le long terme et ne pas se faire au détriment d'autrui, devait imposer un certain nombre de normes à respecter. Il était donc nécessaire de démontrer qu'une entreprise performante d'un point de vue financier se voit imposer un certain nombre d'obligations comportementales. Les entreprises dites « cruciales », ou en position dominante, ou tout simplement d'une taille importante par leur chiffre d'affaires et le nombre de salariés qu'elles emploient, sont susceptibles d'adopter des comportements néfastes pour l'environnement ou pour le marché. C'est pourquoi notre étude s'est tournée vers la performance comme étant source d'obligations comportementales afin de promouvoir le marché des concurrents, notamment à travers le droit de la concurrence, et le respect de l'environnement.

Puis, il s'est posé la question de savoir si l'atteinte d'un certain niveau de performance par un débiteur d'obligations ne pourrait pas impliquer en réalité l'obligation de maintenir ce niveau de performance sur le long terme ? Ceci pose en réalité la question de la durée de la performance et donc de savoir si un débiteur qui avait pour habitude d'être performant n'aurait pas pour obligation de le rester sur le long terme. Peut-on attendre légitimement d'un débiteur performant qu'il le reste pour l'avenir ? Cette obligation de maintenir les performances antérieures s'est avérée utile dans la mesure où, tout d'abord, les juges ont tendance à attendre d'un débiteur performant qu'il le reste, et ensuite, les contractants eux-mêmes semblent pouvoir insérer dans leur contrat des clauses qui imposent de telles obligations. L'obligation de maintenir la performance semble en voie d'expansion pour l'avenir car elle pourrait apporter sécurité juridique et stabilité au sein des relations d'affaires.

CONCLUSION GENERALE

353. Au seuil de cette étude, il apparaît que la performance est un concept qui innerve le droit tout entier. Nous nous sommes intéressés plus particulièrement au droit des affaires où la recherche de performance économique est un objectif recherché par la plupart des acteurs. On a pu alors remarquer que la performance, dans le contexte économique actuel, est au cœur des préoccupations juridiques. Cette remarque s'est confirmée lorsque nous avons étudié les différentes manifestations de la performance au sein du droit des affaires. Il semblait alors important de réussir à encadrer juridiquement ce concept afin de pouvoir limiter les effets négatifs qu'il pourrait produire sur le long terme. Notre étude a montré les oppositions entre la volonté de rechercher la performance et les impératifs de l'ordre juridique. Le droit joue un rôle essentiel dans l'appréhension du concept de performance par les acteurs de la vie des affaires. Le droit doit intervenir afin de servir de tuteur et d'encadrer cette recherche de performance parfois poussée à l'extrême.

354. Dans le champ de notre étude et à travers les différentes manifestations de la performance en droit des affaires, elle est apparue comme le fait d'atteindre un objectif, avec des moyens et des méthodes efficaces, tout en limitant les pertes financières et les effets néfastes d'un point de vue social et environnemental. Cette définition s'est profilée à la suite de l'étude des différents types de manifestations de la performance au sein de notre système juridique. Le concept de performance est un concept économique, mais pas seulement, la performance peut être de nature environnementale, ou encore sociale. Il est apparu essentiel d'essayer de concilier au mieux ces trois types de performance afin d'aboutir à une performance globale bénéfique sur le long terme et au plus grand nombre des acteurs. Les performances sociales et environnementales viendront ainsi servir de point d'équilibre pour la performance économique. C'est pourquoi la performance et son acceptation collective demeurent une question de droit. Les rouages de cet ancrage se traduisent alors par deux tendances qui sont intimement liées.

355. La première tendance qui se dégage consiste à voir la performance comme un objectif à atteindre à travers l'étude de l'obligation de performance qui peut parfois s'imposer dans certaines situations juridiques. La performance apparaît comme une

obligation à atteindre dans de nombreux contrats d'affaires. C'est le cas de la clause d'objectif qui impose l'atteinte d'un résultat financier et permet de garantir la performance du débiteur de l'obligation. Il en va de même lorsque les contractants insèrent une garantie de performance au sein d'un contrat. Par exemple, dans les contrats d'usine en parfait état de production, la garantie de résultat s'assimile à une véritable obligation de performance. Cette dernière permet d'assurer la livraison d'une usine en parfait état de production et d'atteindre les résultats attendus, en utilisant des moyens efficaces. L'obligation de performance est alors insérée directement au champ contractuel. La contractualisation de la performance au sein des contrats d'affaires est un mécanisme couramment utilisé afin de sécuriser les relations.

356. Non seulement les parties à un contrat peuvent intégrer une obligation de performance, mais les juges reconnaissent des effets juridiques à la performance au sein des contrats d'affaires. En effet, les juges sont de plus en plus enclins à se fonder sur des critères économiques afin d'apprécier la validité de certains contrats d'affaires. La performance devient alors l'essence de certains contrats, et la non-atteinte des obligations de performance peut être sanctionnée par la nullité du contrat. Par exemple, au sein des contrats de distribution les juges ont prononcé à plusieurs reprises la nullité du contrat en se fondant sur l'erreur sur la rentabilité économique, ou sur le défaut de cause si le contrat n'était pas économiquement viable. Ainsi, la performance au sein de ces contrats est une véritable obligation à atteindre. En cas d'échec, le juge pourra prononcer la nullité du contrat si la performance pouvait être considérée comme un élément essentiel, ou si elle était déterminante du consentement du contractant. La performance devient alors l'essence même de certain contrat d'affaires.

357. Le droit s'est également intéressé à la performance des dirigeants dans le cadre de l'encadrement de leur rémunération. Dans ce contexte, le législateur a inséré une véritable obligation de performance aux dirigeants de certaines sociétés. Il a interdit les éléments de rémunération non soumis à des critères de performances. Ainsi, le législateur a souhaité faire de la performance un standard juridique pour la rémunération des dirigeants. Si le dirigeant n'a pas rempli ses objectifs de performance, il ne touchera pas sa rémunération. L'obligation de performance innove la vie des affaires, elle est utilisée par les

parties à un contrat, et le juge lui reconnaît des effets juridiques, elle apparaît donc comme une unité de valeur à part entière.

358. La seconde tendance se manifeste une fois l'obligation de performance atteinte et consiste à démontrer que la performance elle-même peut être source d'obligations. La performance une fois atteinte nécessite que le droit s'y intéresse. Le traitement juridique de la performance est essentiel afin de limiter les excès que cette dernière pourrait être amenée à produire. À ce titre, le droit positif impose aux entreprises performantes des obligations comportementales. Il existe en effet un certain besoin de réguler les entreprises performantes sous peine de craindre la recherche constante de profit sur le court terme. Il est essentiel de se soucier des éventuels effets néfastes sur le marché, ou sur l'environnement. C'est pourquoi nous avons étudié deux types d'obligations afin de contrebalancer la performance économique. Nous avons étudié les obligations qui se fondent sur le respect du marché, et celles qui se fondent sur le respect de l'environnement. Le respect du marché est essentiel afin de réguler les entreprises dites « cruciales », ou les entreprises en position dominante, notamment avec l'intervention du droit de la concurrence. De même, le respect de l'environnement est primordial afin d'imposer un certain nombre d'obligations aux entreprises performantes qui sont particulièrement susceptibles de produire des effets néfastes sur la planète. Nous avons remarqué dans le cadre de notre étude que les grandes entreprises et les sociétés cotées ont des obligations environnementales particulières qui s'imposent à elles. Le législateur a certainement souhaité que les entreprises performantes d'un point de vue économique le soient également d'un point de vue environnemental.

359. Après avoir étudié la recherche de performance à travers la notion d'obligation, puis la performance comme source d'obligation, il est apparu naturel d'étudier dans un souci de continuité ce qu'il pourrait advenir de la performance une fois atteinte. La question qui est apparue a été celle de savoir si l'opérateur économique en situation de performance a l'obligation de le rester ? Est-il possible d'envisager une obligation de maintenir la performance ? La réponse semble positive, car il existe actuellement des moyens d'imposer ce type d'obligation dans certains contrats. C'est le cas par exemple des contrats de travail des sportifs et entraîneurs professionnels, qui prévoit la possibilité de se dégager du contrat en cas de manque de performance du club sportif. Ce type de clause, que l'on appelle

des clauses libératoires, illustre parfaitement l'obligation explicite de maintenir la performance qui s'impose dans certains contrats. Il est également possible de transposer ces clauses dans d'autre type de contrats comme dans les contrats de distribution. On pourrait envisager une clause qui imposerait au franchisé de maintenir le même chiffre d'affaires que l'année précédente. L'intérêt d'une clause de maintien des performances serait d'apporter plus de sécurité juridique pour les parties et plus de prévisibilité. Qu'elle impose une obligation de moyen ou de résultat, que son non-respect soit sanctionné par la rupture du contrat, la perte d'une exclusivité, ou encore par le non-versement d'une prime financière, elle aura une fonction incitative pour le débiteur de l'obligation. Deux conditions doivent toutefois être remplies afin d'imposer ce type de clause. La première est qu'il existe un maintien des circonstances extérieures antérieures, et la seconde est que la performance à maintenir soit raisonnable et réalisable. Une obligation de maintenir les performances antérieures semble envisageable sous réserve de ne pas acculer les débiteurs de toujours plus d'obligations de faire mieux. La performance ne doit toutefois pas être recherchée à l'extrême et doit revêtir un caractère raisonnable en étant en cohérence avec le contexte contractuel et économique qui entoure le contrat.

360. Pour finir, l'objet de notre étude aura permis d'affirmer la reconnaissance d'effets juridiques à la performance en droit des affaires. En effet, elle peut être contractualisée, elle est contrôlée et reconnue par les juges pour affirmer la licéité de certains comportements, et enfin elle est utilisée par le législateur comme standard juridique pour les rémunérations des dirigeants. Au-delà, la performance apparaît elle-même comme source d'obligations comportementales. À ce titre, le droit lui reconnaît plein effet puisqu'il vient l'encadrer et la réguler. La performance sociale et environnementale servent de contrepoids à la performance économique et c'est ce qui fait de la performance une notion juridique susceptible de s'inscrire dans la durée. La performance est à la fois indispensable et nécessaire pour le droit des affaires.

Elle est indispensable, car elle est recherchée par tous les acteurs de la vie des affaires et que le droit ne peut continuer de l'ignorer. Les outils juridiques servent de levier de croissance pour les opérateurs économiques à qui il est possible d'imposer des obligations de performance. Cette dernière semble indispensable pour le droit des affaires si ce dernier veut rester attractif et utile pour les acteurs de la vie des affaires.

Sa prise en compte par le droit est nécessaire s'il veut pouvoir la contrôler et la réguler. La performance peut s'avérer dangereuse si notre système juridique ne vient pas l'encadrer. Elle a besoin d'être saisie par le droit afin de pouvoir être façonnée à sa guise.

361. La performance est devenue une valeur intrinsèque qui s'intègre ponctuellement à des obligations, ou engendre des obligations. Elle sera parfois extérieure au contrat, et imposée par le droit lui-même. Elle sera parfois interne au contrat et constituera un élément essentiel pour ce dernier.

La performance est la nouvelle clé de lecture de la vie en société, et le droit des affaires s'impose à cet égard comme l'un des premiers relais.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux, manuels et traités

AUBERT (J.-L.) et COLLARD-DUTILLEUL (F.)

- *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2017.

AYNES (L.), MALAURIE (Ph.) et STOFFEL-MUNCH (Ph.)

- *Les obligations*, Défrénois, 9^{ème} éd., mise à jour au 31 juill. 2017.

AZEMA (J.) et GALLOUX (J.-C.)

- *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017.

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.)

- *Traité des contrats, Les contrats de la distribution*, Sous la direction de GHESTIN (J.), LGDJ, 1999.

BENABENT (A.)

- *Droit des obligations*, LGDJ, 16^{ème} éd., mise à jour au 15 août 2017.

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2017.

BERTRAND (André R.)

- *Droit d'auteur*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2010.

BLAISE (J.-B.) et DESGORCES (R.)

- *Droit des affaires*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2015

BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.)

- *Droit des marchés financiers*, Economica, Coll. Corpus, 2^{ème} éd., 2002.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-Ch.)

- *Droit de la distribution*, LGDJ, 08/2017.

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Quadrige, 1^{ère} éd., 2004.

COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.)

- *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd. 2010 et 10^{ème} éd., 2015.

CONSTANTIN (A.)

- *Droit des sociétés*, mémentos Dalloz, 6^{ème} éd., 2014.

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007.

COURET (A.), ZABALA (B.), CHARVERIAT (A.)

- *Sociétés commerciales*, Mémento Francis Lefebvre, 2015.

COURET (A.), LE NABASQUE (H.) et *alii*

- *Droit financier*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2012.

COURET (A.) et IGALENS (J.)

- *L'audit social*, PUF, Que sais-je ? 1988.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.)

- *Droit des sociétés*, Litec, 23^{ème} éd., 2010.

DECOCQ (A.) et (G.)

- *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2012.

DIDIER (P.)

- *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Tome 2, Economica, 2011.

FABRE-MAGNAN (M.)

- *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 4^{ème} éd. mise à jour, juill. 2016.

FAGES (B.), MESTRE (J.) et *alii*

- *Droit du contrat*, Lamy, 2015.

FERRIER (D.)

- *Droit de la distribution*, 6^{ème} éd., Litec, 2012.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)

- *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 17^{ème} éd., 2018.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et PAYET (M.-S.)

- *Droit de la concurrence*, Dalloz Précis, 2006.

FRELETEAU (B.)

- *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2015.

GIROD (P.)

- *La réparation du préjudice dommage écologique*, LGDJ, 1974.

GUILLOT (Philippe Ch.-A.)

- *Droit de l'environnement*, Ellipses 2^{ème} éd., 2010, p. 2014 et s.

GUINCHARD (S.) et DEBART (T.) et *alii*

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^{ème} éd., 2017-2018.

GUYON (Y.)

- *Droit des affaires, Droit commercial général des sociétés*, tome I, Economica, 12^{ème} éd., 2003.
- *Droit des affaires*, tome I, Economica, 1990.

HOUTCIEFF (D.)

- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, Tome 1 et 2.

HUET (J.)

- *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001.

LAMBIN (J-J.)

- *Quel avenir pour le capitalisme ?* Dunod, 2011.

LE CORRE (P.-M.)

- *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, SIREY, Université, 2006.
- *La réforme du droit des entreprises en difficultés*, Dalloz, hors collection, 2009.

LEGEAIS (D.)

- *Droit commercial et des affaires*, 23^{ème} éd. Dalloz 2016

LYON-CAEN (A.)

- *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, mars 2017.

LOUART (P.)

- *Encyclopédie de la gestion et du management*, sous la direction de R. Le Duff, Dalloz, 1999.

MAINGNY (D.)

- *Contrats spéciaux*, Dalloz Cours, 2017.

MAINGNY (D.), RESPAUD (J-L), DEPINCE (M.)

- *Droit de la concurrence*, Litec, 2010.

MALAUURIE-VIGNAL (M.)

- *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7^{ème} éd.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNK (Ph.)

- *Droit des obligations*, Lextenso, 9^{ème} éd., 2017.

MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.)

- *Droit commercial, sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., 2017.

MESTRE (J.) et PANCRAZI (M.-E.)

- *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 28^{ème} éd., 2009.

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.) et alii

- *Activité commerciale et structures d'entreprise (Commerçants, sociétés et autres groupements)*, Tome, LGDJ, 30^{ème} éd., 2016.

- *Contrats, sûretés et moyens de paiement Fonds de commerce et droits intellectuels Commerce international Prévention et traitement des difficultés, Tome 2*, LGDJ, 30^{ème} éd., 2018.

PRIEUR (M.)

- *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016.

REVOL (R.)

- «*Dictionnaire des Sciences économiques et sociales*, Hachette, 2002.

RIPERT (G.)

- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1951.

ROMI (R.)

- *Droit de l'environnement*, Lextenso 7^{ème} éd., 2010.

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.)

- *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2013.

TESTU (F-X.)

- *Contrats d'affaires*, Dalloz préférence, 2010.

VAN LANG (A.)

- *Droit de l'environnement*, PUF, 3^{ème} éd., 2011.

VINEY (G.)

- *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., 2008, LGDJ.

VIVANT (M.)

- *Le droit des brevets*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2005.

VOGEL (L.)

- *Traité de droit économique, Tome 1 : droit de la concurrence*, Lawlex/Bruylant, 2015.

II – Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

ALBERT (N.) et *alii*

- *Performance et droit administratif*, Colloque et débats, Litec, 2010.

AMBEC (S.) et LANOIE (P.)

- *Performance environnementale et économique de l'entreprise*, Economie et Prévision, Vol. 190, n° 4, 2009.

ANTONMATTEI (V.)

- *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992.

ARVIN-BEROD (A.)

- *Et Didon créa la devise des jeux olympique*, Grenoble, éd. Sciriolus, 2003.

BAECHLER (J.)

- *Le capitalisme*, Gallimard, 1995.

BARRIERE (F.)

- *La réforme du droit des contrats : incidences sur la vie des affaires*, Lexis Nexis, 2017.

BARRIERE (F.), DIDIER (PH.) et alii

- *Les droits de tradition civiliste en question - à propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, 2006.

BEDJAOUI (M.)

- *L'humanité en quête de paix et de développement*, Cours général de droit international public RCADI, t. 325, 2006.

BEHAR TOUCHAIS (M.)

- *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *Économica*, 2001.

BEN ABDERRAHMANE (D.)

- *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, LGDJ, 1985, préf. PÉDAMON.

BLAISE (J.-B.)

- *Répertoire de droit européen*, Dalloz, actu. Avril 2016.

BLIN-FRANCHOMME (M.-P.)

- *Sites et sols pollués*, Litec, coll. Débats, 2010.

BOIRAL (O.)

- *Concilier environnement et compétitivité, ou la quête de l'éco-efficience*, Lavoisier, 2005.

BOUTONNET (M.)

- *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005.

BOY (L.)

- *La nature juridique du principe de précaution*, *Nature, Sciences, Sociétés*, 1999, Vol. 7, n° 3.

BRAUDEL (F.)

- *La dynamique du capitalisme*, Champs histoire, 2008.

CABALLERO (F.)

- *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981.

CAILLOIS (R.)

- *Jeux et sports*, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1967.

CANS (Ch.)

- *La responsabilité environnementale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, juin 2009.

CARBONNIER (J.)

- *Flexible droit*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001.

CHAZAL (J.-P)

- *De la puissance économique en Droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996.

CHERCHOULY-SICARD (F.)

- *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, thèse, Paris II, 1982.

COLBEAUX (J.)

- *Lamy Droit du Dirigeant d'Entreprise*, 2005.

COURET (A.), DEVEZ (J.) et alii

- *Lamy droit du financement*, 2012.

D'AUZON (O.)

- *Modèles de contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., Editions Eyrolles, 2007.

DE BEAUVOIR (S.)

- *Mémoires d'une jeune fille rangée*, Nrf, Gallimard, 1958.

DE SENARCLENS (P.)

- *La mondialisation. Théories, enjeux et débat*, Armand Collin, 4^{ème} éd., 2005.

DESPAX (M.)

- *La pollution des eaux et ses problèmes juridiques*, Librairies techniques, 1968, n° 43.

DISSAUX (N.)

- *Contrat : Formation*, *Rep. de droit civil*, Avril 2017, n° 161 et s.

DISSAUX (N.) et LOIR (R.)

- *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle, entre réalité et illusion*, L'Harmattan, 2009.

DROSS (W.)

- *Clausier, dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^{ème} éd., 2011.

DUBOUIS (L.) et BLUMANN (C.)

- *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2015.

DU MARAIS (B.), BLANCHET (D.) et DORBEC (A.)

- *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, Doc. fr., 2006.

DURAND (P.)

- *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960.

DURAND-BARTHEZ (P.)

- *Le guide de la gouvernance des sociétés*, Dalloz, 2016-2017.

FABRE-MAGNAN (M.)

- *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Anthologie du droit, n° 171.

FAGES (B.)

- *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

FERRAND (F.)

- *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997.

FRELETEAU (B.)

- *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, t. 576, 2017.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BONFILS (S.)

- *Les grandes questions du droit économique*, Quadrige, Puf, 2005.

FROMOND (M.)

- *Grands systèmes de droit étrangers*, Dalloz, 5ème éd., 2005.

GHESTIN (J.)

- *Cause de l'engagement et validité du contrat*, 2006, LGDJ.

GHESTIN (J.) et BILLIAU (M.)

- *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, 1990.

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.)

- *Les effets du contrat*, LGDJ, 2001.

GHESTIN (J.) et SERINET (Y.-M.)

- *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Sept. 2016.

GODARD (O.)

- *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, MSH-INRA, Paris, 1997.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)

- *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, L'Harmattan, coll. PU de Sceaux, 2008.

GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.)

- *Le solidarisme contractuel*, 2004, Economica.

GUILLOT (P.-A.)

- *Droit de l'environnement*, Ellipses 2^{ème} éd., 2010.

HEINICH (J.)

- *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, PUAM, 2015.

HADJI-ARTINIAN (S.)

- *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001.

HAUSMANN (C.) et TORRE (P.)

- *Les garanties de passif*, EFE, 2007.

HOUTCIEFF (D.)

- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001.

JANY-CATRICE (F.)

- *La performance totale, nouvel esprit du capitalisme ?*, PUS, 2012.

JOUANNO (C.)

- *La gestion environnementale, Levier de performance pour l'entreprise*, Ordre des experts-comptables, DUNOD, 2008.

KERHUEL (A.-J.)

- *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, PUAM, 2010.

KELSEN (H.)

- *Théorie pure du droit*, 2^{ème} traduction par C. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962.

KRECKE (E.)

- *Le critère d'efficacité dans l'analyse économique du droit*, th. Aix-Marseille III, 1993.

LAMBIN (J.-J.)

- *Quel avenir pour le capitalisme ?* Dunod, 2011.

LAMOUREUX (M.)

- *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM, 2006.

LASCOUMES (P.), BONNAUD (L.) et alii

- *Le développement durable, une nouvelle affaire d'Etat*, PUF 2014.

LELOUP (J.-M.)

- *La franchise*, 3^{ème} éd. Delmas, 2000.

LEQUETTE (S.)

- *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, Paris II, préf. C. Brenner, Economica, 2012.

LOCKIEC (P.)

- *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacod, Coll. Corpus, 2015.

LE TOURNEAU (Ph.)

- *Les contrats de franchisage*, Litec, 2003.

MAGNIER (V.)

- *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2017.

- *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, Préf. Philippe Marini, LGDJ, 2010.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- *Droit de la concurrence interne et européenne*, Sirey, 7^{ème} éd., 2017.

MENJUCQ (M.)

- *Droit commercial et des affaires*, Gualino, 10^{ème} éd., 2017.

MERIL (E.)

- *Chine juridique, fiscal, social*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2007.

MESTRE (J.), RODA (J.-C.) et alii

- *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Les intégrales, Lextenso, 2011.

MESTRE (J.) et alii

- *Lamy sociétés commerciales*, 2017.

MICHALET (C.-A.)

- *Qu'est-ce que la mondialisation*, Découverte, 2002.

MOULIN (J.-M.)

- *Le droit de l'ingénierie financière*, Lextenso éd., 2013.

NEYRET (L.)

- *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006.

OPPÉTIT (B.)

- *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship*, JDI, 1974.

- *Le droit hors de la loi*, Droits, 1989.

- *Droit et modernité*, PUF, doctrine juridique, 1^{er} éd., août 1998.

OVERSTAKE (J.-F.)

- *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969.

PAULIN (C.)

- *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, LGDJ 1996, t. 258.

PANCRAZI (M.-E.)

- *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1999.

PERROUX (F.)

- *L'économie du XXème siècle*, Presses Universitaire de Grenoble, 1964.

PIGNARRE (G.)

- *Le droit des obligation : d'un siècle à l'autre*, Varrennes, 2016, p. 213.

PLIHON (D.)

- *Le nouveau capitalisme*, La découverte, 2016.

PRADES (J.), VAILLANCOURT (J.-G.) et TESSIER (R.)

- *Environnement et développement*, Montréal, Fides, 1991

PRAS (B.) et ZARLOWSKI (Ph.)

- *L'accountability ou l'obligation de rendre des comptes*, La revue française de gestion, Lavoisier 2013

PUTMAN (E.)

- *Contentieux économique*, PUF, 1998.

RIERA (A.)

- *Contrat de franchise et droit de la concurrence*, LGDJ, 2014.

RIPERT (G.)

- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1951.

ROCHFELD (J.)

- *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 1^{er} éd. 2011.

ROMI (R.)

- *Droit de l'environnement*, Lextenso 7^{ème} éd., 2010.

ROQUILLY (C.)

- *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011.

ROUBINEAU (J.-M.)

- *Milon de Crotone ou l'invention du sport*, PUF, 2016.

SARDOU (V.)

- *La famille Benoiton*, Gallica, 1865.

SIMON (F.)

- *Théorique et pratique de la franchise*, éd. Joly, 2009.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), de LA SOUJEOLE (N.-D.) et alii

- *L'éthique du droit des affaires*, Pierre Téqui éditeur, Actes du XXIIème colloque national de la Conférence des Juristes catholiques de France, 2006.

SUPIOT (A.)

- *L'entreprise dans un monde sans frontière*, Coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015.

TAP (J.-B.)

- *La localisation des sociétés*, PUAM, Préf. M. Menjucq, 2017.

THWAITES (J.)

- *La mondialisation : origines, développements et effets*, PUL, 2004.

TREBULLE (F.-G.) et UZAN (O.)

- *Responsabilité sociale des entreprises*, Economica, 2011.

III – Articles, chroniques, études et encyclopédies juridiques

AGGERI (F.)

- « Gouvernance : les leçons de la controverse sur la rémunération de Carlos Ghosn », *La Tribune*, 12 mai 2016.

ALAPHILIPPE (P.)

- « Contrat de travail à durée déterminée et clause de résiliation unilatérale », *D.* 2000, p. 30.

ALBOUY (M.)

- « Rémunération des dirigeants et performances financières », *Analyse financière*, 2004, n°10.

AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSOB (B.)

- « Droit des contrats », *D.* 2007, p. 2966.

ANCEL (P.) et WINTGEN (R.)

- « La théorie du « fondement contractuel » (*Geschäftsgrundlage*) et son intérêt pour le droit français » *RDC* 1^{er} juillet 2006, n° 3, p. 897.

ANTONMETTEI (P.-H.)

- « Création du CDD spécifique : brèves observations sur son contenu » *Jurisport* 2016, n° 168, p. 30.

ANTONMETTEI (P.-H.), CANIVET (G.) et alii

- *Revue Le Lamy Droit des Affaires*, n° 44, 2009.

ANTONMETTEI (P.-H.) et VIVIEN (Ph.)

- « Chartres d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspective. Rapport au ministère délégué à l'emploi », *Doc. Fr.*, 2007, p. 35

ARONICA (Ch.)

- « La clause du client le plus favorisé », *AJ Contrats d'affaires concurrence distribution*, 2014, p. 69.

ARNAUD-GROSSI (I.)

- « Nouvelles recommandations sur le gouvernement d'entreprise : le rapport Bouton », *RLDA* 2002 n° 54 du 11/2002.

ASFAR CAZENAVE (C.)

- « L'anticipation des risques par l'entreprise », Colloque la Rochelle, *Les stratégies d'anticipation des risques dans contrats internationaux*, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2014.

AUBERT DE VINCELLES (C)

- « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006 p. 2629.

AUBREE (Y.)

- « Contrat de travail : clauses particulières », *Rep. trav.* Janv.. 2017.

AUZERO (G.)

- « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 2001, p. 17.

BAILLT-MASSON (C.)

- « L'intérêt social, une notion fondamentale », *Petites affiches*, 9 nov. 2000, p. 6.

BAILLY (P.) et BOULMIER (D.)

- « La fin du préjudice met-elle en danger l'efficacité des sanctions du droit du travail ? », *RDT* 2017, p. 374.

BAHUREL (Ch.) et alii,

- « Les standards juridiques », *Rev. De droit d'Assas* n° 9, fev. 2014.

BARBIER (H.)

- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.* 2016, p. 247.

- « L'erreur sur la rentabilité économique », *RTD Civ.* 2014, p. 109.

BARLOW (D.)

- « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale » *D.* 2012, p. 1502.

BARTHELEMY (J.)

- « Création du CDD spécifique : les conditions du recours », *Jurisport* 2016, n° 168, p. 26.

BELOT (F.) et GINGLINGER (E.)

- « Rendre des compte de la rémunération des dirigeants, qu'attendre du say on pay ? », in B. Pras et Ph. Zarlowski, *L'accountability ou l'obligation de rendre des comptes*, La revue française de gestion, Lavoisier 2013, p. 47-71.

BENABENT (A.)

- « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », in *La bonne foi*, TAHC, journées Lousianaises, T. 43, Litec, 1992.

BERNARD De SAINT AFFRIQUE (J.)

- « Du devoir de conseil », *Deffr.*, 1995, p. 915 et s.

BERTREL (J.-P)

- « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595.

BISSARA (Ph.)

- « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999, p. 5.

BLAISE (H.)

- « De la difficulté de rompre avant son terme le contrat de travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1993, p. 41.

BLAISE (J.-B.)

- « Chronique de droit communautaire de la concurrence », *RTD eur.*, 2002, p. 339.

BLASSELLE (R.)

- « L'erreur vice du consentement dans les cessions de droits sociaux », *D.* 1996, p. 50.

BLIN-FRANCHOMME (M.-P.)

- « Le « marché de la consommation durable » : regards sur la loyauté des pratiques commerciales », *CCC* n° 12, déc. 2012, étude 13.

BOREL (J.-V.)

- « Publicité et environnement : première condamnation en référé d'un constructeur automobile pour *greenwashing* », *JCP* n° 46, 12 nov. 2012, p. 1210.

BORRICAND (J.)

- « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD civ.* 1957, p. 433.

BOTTEGHI (D.)

- « Quelle efficacité des droits de la défense en cas de sanction administrative ? », *AJDA* 2012, p. 1054.

BOUCARD (H.)

- « Responsabilité contractuelle », *Rep. civ.* Août 2017, n° 172.

BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y.-M.)

- « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.* 2017, p. 1619.

BOUGNOUX (A.)

- « Fasc. G-50 : SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF. – Gérance et contrôle de gestion. – Nomination. Cessation de fonctions. Pouvoirs. Rémunération. Responsabilité. – Commentaires », *Jurisclasseur Notarial Formulaire*, 18/02/2015.

BOUTARD-LABARDE (M.-C.) et SAINT-ESTEBEN (R.)

- « Réflexions sur le seuil de « sensibilité » en droit de la concurrence », *JCP, éd. E*, 1989, II, 15406, p. 69-71.

BOUTONNET (M.)

- « La consécration du concept d'obligation environnementale », *D.* 2014, p. 1335.

- « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377.

- « Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle », *D.* 2012, p. 790.

- « L'information environnementale » in M.-P. Blin-Franchomme, *Sites et sols pollués*, Litec, coll. Débats, 2010, p. 203.

- « Des obligations environnementales en droit des contrats », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G. J. Martin*, LGDJ, 2013.

- « L'efficacité environnementale du contrat », in O. Boskovic, *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010.

- « L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité » in Ch. Cans, *La responsabilité environnementale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, juin 2009, p. 69 et s.

- « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », *D.* 2012, p. 377.

BOUSEZ (F.)

- « Fasc. 2-48 : CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE. – Cessation », *JCl. Travail Traité* 2017, n° 66 et s.

BOY (L.)

- « La nature juridique de la retraite allouée par la société anonyme à son ancien président, du point de vue du droit commercial, du droit fiscal et du droit social », *Dr. soc.* 1980, n° 413.

BRUNHES (B.)

- « Réflexions sur la gouvernance » *Dr. soc.*, 2001, p. 115.

CAILLOSSE (J.)

- « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999, p. 195.

CANS (Ch.)

- « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *RFDA* 1999, p. 750.

CARAMALLI (D.)

- « Remarques et mise en garde pour la rédaction des clauses de «meilleure diligence» («best efforts») », *LPA*, 11 juin 2003, n°116, p. 4.

CARBONNIER (J.)

- « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible Droit*, LGDJ, 8^e éd., 1995.

CARDON (Ch.) et DURAND (Q.)

- « Révision du code AFEP-MEDEF : clarification et précisions des recommandations sur la gouvernance et sur la rémunération des dirigeants », *BJS* 31/12/2016, n° 12, p. 531.

CATALA (P.)

- « *La renégociation des contrats* » in M. GERMAIN, J. FOYER, *Mélanges offerts à Paul Didier*, Etudes de droit privé, Economica, 2008, p. 91.

CHABAS (C.)

- « Résolution-Résiliation », *RDC* sept. 2017.

CHAMPEAUX (F.) et IZARD (S.)

- « Les quotas impératifs sont illicites » *Sem. Soc. Lamy* 2013, n° 1578.

CHEMIN (R.)

- « Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus », *Rép. Dr. int.* 2017, Art. 2., n° 39 et s.

CHENEDE (F.)

- « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », *AJ Contrat* 2018, p. 25.

COLLARD (C.)

- « Performance juridique et avantage concurrentiel, ch. n°2 : le cas des centres E. Leclerc », *LPA*, 23 juill. 2007 n° 146, p. 6.

CONSTANTIN (A.)

- « Mobilisation des droits sociaux : précisions sur le régime des clauses de complément de prix dans les cessions de droits sociaux, dites clauses d'*earn out* », *RTD com.* 2012, p. 129.

CORRIGNAN-CARSIN (D.)

- « Contrat de travail à durée déterminée », *RDT* 2017, n° 344 et s.

COUPET (C.)

- « Say on pay : adoption du décret d'application », *Dr. sociétés* n° 5, mai 2017, alerte 19.

- « Révision du code AFEP-MEDEF », *Dr. sociétés* n° 10, oct. 2018, comm. 167.

COURET (A.)

- « Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots », *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara*, ANSA, 2013, p. 127.

- « Rémunération des dirigeants sociaux : l'introduction partielle du critère de performance dans la loi », *Dr. Social* 2008, p. 521.

- « Réforme du code Afep-Medef », *BJS* 01/01/2017, n° 1, p. 15.

- « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », *B.J.S* 1er nov. 2002 n°11 p. 1126.

DANET (D.)

- « Performance juridique et performance globale de l'entreprise », in ROQUILLY (C.) *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011.

DANET (D.) CHAMPAUD (C.)

- « Dirigeants sociaux. Révocabilité « ad nutum », Clause limitative, Nullité » *RTD Com.* 1993, p. 521.

DAOUD (E.) et MENAGER (A.)

- « Quand la recherche de l'exploit sportif s'arrête aux portes du dopage », *AJ Pénal*, 2013, p. 317.

D'ARCIMOLES (Ch.-H.)

- « Les investisseurs face à la performance sociale de l'entreprise » *RFG* n° 122, 1999, p. 122.

DE CALIBIAC (J.)

- « Rémunération des dirigeants : l'obsession de la performance », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1764, 10 avril 2017.

DELEBECQUE (Ph.)

- « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime, ou de droit civil ? », *D.* 2012, p. 2711.

- « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat » *Dr. et patrim.* 2016, p. 62.

DELPECH (X.)

- « «Réforme de la réforme » du droit des contrats : le Sénat persiste dans son opposition à l'imprévision » *AJ Contrats* 2018, p. 52.

DESCHAMP (O.) et FOURGOUX (J.-L.)

- « La responsabilité des franchiseurs vis-à-vis des franchisés : revue pratique de la jurisprudence récente », *AJ contrats d'aff. conc. distrib.*, 2014, p. 56.

DESTREE (P.)

- « Aristote et la question du droit naturel », *Phronesis (Leiden, Netherlands)*, 2000, p. 220.

DIDIER (Ph.)

- « Utilisation des indicateurs de performance dans l'information financière », *Rev. Sociétés* 2011, p. 65.

DIESSE (F.)

- « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, t. 43, 1999, p. 259 et s.

DISSAUX (N.)

- « La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé », *AJ contrats d'aff.* 2014, p. 60.

- « Franchise », *Rép. de Droit Com.* 2015.

- « L'essai en matière de franchise », *RTDCom.* 2015, p. 403.

DONDERO (B.)

- « La rémunération des dirigeants sociaux », in MAGNIER (V.) *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise*, Préf. Philippe Marini, LGDJ, 2010, p.111.

- « La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants ! », *Gaz. Pal.* 6 oct. 2012, n° 280, p. 7.

- « La rémunération des dirigeants sociaux », in *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise. Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous la dir. de V. Magnier, LGDJ, 2010, p. 111, n° 8.

- « Rémunération des dirigeants : annoncer, consulter ... légiférer ? », *Gaz. Pal.* 6 oct. 2012, n° 280, p. 3.

DUCOULOUX-FAVARD (C.)

- « Quand y a-t-il rémunérations excessives des dirigeants de société ? » *Gaz. Pal.* 4 février 2010, n° 35, p. 11.

DUFOUR-RAFFIER (G.)

- « l'exemption individuelle des pratiques anticoncurrentielles en droit européen et français: quelle conception de l'intérêt général? », *Dr. adm.* 2016. *Étude* 10.

DU MARAIS (B.)

- « De Koror à Palikir : à la recherche du paradis du droit des affaires », *D.* 2006, p. 1110.

EL AHDAB (J.)

- « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée », *Rev. Sociétés* 2004, p. 18.

ESCANDE-VARNIOL (M.-C.)

- « Une rémunération "incitative", entre individualisation et partage du risque économique », *Sem. Soc. Lamy* 2013, n° 1576, p. 46.

EPSTEIN (A.-S.)

- « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.* 2016, n° 1236.

FAGES (B.)

- « L'obligation précontractuelle d'information, la dissimulation intentionnelle et les cessions de droits sociaux », *BJS.* N° 9, p. 529.

- « Réticence dolosive ou manquement à l'obligation précontractuelle d'information ? », *RTD Civ.* 2008. 476.

FAMILY (R.)

- « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.* 2013, Chron. 1558.

FAUCHEUX (S.)

- « Les éco-innovations, un levier pour la compétitivité des entreprises », *in* E. Fabry et D. Tresallet, *Environnement et compétitivité : une stratégie globale pour l'Europe*, Etude publiée par Fondation pour l'innovation politique, 2008.

FERRIER (D.)

- « Responsabilité du franchiseur qui manque à son obligation précontractuelle d'information en fournissant des renseignements inexacts dans l'étude de marché », *D.* 1995, p. 75.

- « L'obligation du franchiseur de transmettre son savoir-faire : éléments constitutifs » *D.* 1992, p. 391.

- « Des critères de rendement faussement objectifs imposés à un concessionnaire exclusif sont susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun », *D.* 1997, p. 55.

FRANCOIS (B.)

- « Rémunération des dirigeants : publication du décret d'application de la loi « Sapin 2 » » *Rev. Sociétés* 2017, p. 257.

- « Rémunération des dirigeants : le projet de loi Sapin 2 impose un *say on pay vote* contraignant » *Rev. sociétés* 2016, p. 473.

- « *Reporting* RSE : commentaire du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 », *Rev. soc.* 2012, p. 607.

- « Loi Sapin 2 : adoption d'un *say on pay* contraignant », *Rev. Sociétés* 2017, p. 59.

- « Les déclarations de performance extra-financière », *Rev. Sociétés* 2017, p. 603.

- « Projet de loi PACTE : nouvelle réforme annoncée de la rémunération des dirigeants », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 614.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- « Les entreprises « cruciales » et leur régulation » in A. Supiot, *L'entreprise dans un monde sans frontière*, Coll. Les sens du droit, Dalloz 2015, p. 251.

- « Réguler les « entreprises cruciales » », *D.* 2014, p. 1556.

- « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2003, p. 126.

- « Usage stratégique des droits et abus de droit dans l'application du droit de la concurrence au secteur du médicament », in M.-A. Frison-Roche, *Concurrence, santé publique, innovation et médicament, Droit et économie*, LGDJ ; Paris, 2010.

GANAY D'INDY (C.) et ENGEL (L.)

- « Les comités d'audit », *B.J.S* 1 juill. 2003 n° 7, p. 723.

GARRON (F.)

- « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. soc.* 2005, p. 795.

GAUDIN (J.)

- « Aspects actuels et réalités des transferts de techniques de production industrielle » in Colloques, Garanties de résultat et transfert de techniques, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1979.

GAVALDA (C.)

- « Le secret des affaires », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 263 et s.

GHESTIN (J.)

- « Les problèmes juridiques posés par une vente d'ensembles d'équipements adaptés à une utilisation déterminée et comportant une garantie de résultat » in Colloques, *Garanties de résultat et transfert de techniques*, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1979, p. 25.

- « Erreur », *Rep. civ.* Juill. 2017, n° 329 et s.

GOUT (O.)

- « La montée de la place de l'unilatéralisme dans les sanctions de l'inexécution du contrat », in G. Pignarre, *Le droit des obligation : d'un siècle à l'autre*, Varrennes, 2016, p. 213.

GRANIER (C.)

- « L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux » *Rev. Sociétés* 2016, p. 207.

HALFON (L.)

- « La maîtrise de l'outil contractuel : facteur de différenciation », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Perceyron, Droit et gestion de l'entreprise*, Vuibert Gestion, Novembre 1993, p. 129.

HANNOUN (C.)

- « Le droit des sociétés et la création de valeur », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p.349.

- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.* 2017, p.806.

HEINICH (J.)

- « Nouvelle version du code de gouvernement d'entreprise Middlenext », *Dr. sociétés* n° 2, fév. 2017, comm. 28.

- « Loi Sapin 2 : création d'une obligation de vigilance anticorruption dans les grandes sociétés et groupe de sociétés », *Dr. Sociétés* n° 2, fév. 2017, comm. 26.

- « Mesures anti-corruption : les dirigeants concernés par l'ANSA », *Dr. Sociétés* n° 6, juin 2018, comm. 106.

- « L'obligation d'information des sociétés : les ordonnances de l'été », *Dr. sociétés* n° 10, oct. 2017, comm. 163.

JACQUET (J.-M.)

- « L'émergence du droit souple », in *Mélanges à la mémoire du professeur Bruno Opettit*, Litec, 2009, p. 331, n° 16.

JACOTOT (D.)

- « Le droit du travail à l'épreuve de la loi relative aux sportifs professionnels et de haut niveau », *JCP S* 2016, p. 1032.

JAMIN (Ch.)

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 441 s.

JARROSSON (Ch.)

- « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », Colloque d'Aix-en-Provence, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141 et s.

JEGOUZO (Y.) et TREBULLE (F.-G.)

- « Obligation de faire figurer des données environnementales dans le rapport annuel des sociétés cotées », *RDI* 2002, p. 367.

JOURDAIN (P.)

- « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP E* 2016, p. 1557.

JULIEN (M.) et MAZUYET (E.)

- « Les obligations des entreprises en matière de *reporting social* », *RDT* 2015, p. 234.

JUVIN (H.)

- « Les nouveaux paradigmes de la mondialisation : nouvel ordre mondial, nouveau désordre juridique », *RDAI* oct. 2007, n° 5, p. 587.

KARAQUILLO (J.-P.)

- « L'application des dispositions du Code du travail au contrat de travail du sportif professionnel : Une contribution à l'interprétation des textes relatifs au contrat de travail à durée déterminée », *RDT* 2010, p. 14.

- « Validité d'une clause résolutoire au profit d'un sportif professionnel lié par un contrat à durée déterminée », *D.* 2009, p. 2664.

KENFACK (H.)

- « Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information », *D.* 2003, p. 2304.

KERNINON (D.)

- « Les engagements d'objectifs dans les contrats de distribution automobile : obligation de moyens ou de résultats ? » *LPA* n° 154, 25 déc. 1991, p. 17.

KOVAR (R.)

- « Politique de concurrence », *Rep. dr. europ.*, août 2005.

LAGARDE (F.)

- « Sport », *RDT* 2016, n° 58.

LAPRADE (F. M.)

- « Admission sur Euronext Paris et radiation », *Rép. Sociétés*, sept. 2012, actu. Janv. 2017.

LARRIBAU (V.)

- « Les risques de l'entreprise : de la responsabilité à la défaillance » *Rev. Soc.* 2001, p. 271.

LAURENT (Ph.)

- « La recherche de l'équité dans la politique communautaire de concurrence », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, Droit et gestion de l'entreprise*, Vuibert Gestion, Novembre 1993, p. 183.

LE CANNU (P.)

- « Rémunération des dirigeants de sociétés anonymes et contrôle des conventions », *BJS.*, 1^{er} juil. 1996, n° 7-8, p. 567.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)

- « Le développement des informations sociales et environnementales du rapport de gestion », *RTD Com.* 2010, p. 740.

LECOURT (B.)

- « Vote des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées : conformité du droit français aux futures exigences européennes ? » *Rev. Sociétés* 2017, p. 118.

- « Clauses de garantie dans les cessions de droit sociaux », *RDS* sept. 2006, actu. 2017, n° 65.

- « Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 » », *RTD Com.* 2017, p. 101.

- « Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 » », *RTD com.* 2017, p. 101.

LECUYER (H.)

- « Le contrat, acte de prévision » in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, PUF, 1999, p. 642.

- « La modification unilatérale du contrat, in Ch. JAMIN, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 47.

LEFRANC-HAMONIAUX (C.)

- « Pas de clause résolutoire dans un contrat à durée déterminée », *D.* 2006, p. 489.

LEQUETTE (Y.)

- « Bilan des solidarismes contractuels » in M. GERMAIN, J. FOYER, *Mélanges offerts à Paul Didier*, Etudes de droit privé, Economica, 2008, p. 245.

LEROUGE (L.)

- « Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé » *Dr. Soc.* 2014, p. 152.

LEROY (P.-H.)

- « Rémunération incontrôlées, les bases financières de l'effet de cliquet », in *Rapport moral sur l'argent dans le Monde*, 2010.

LE TOURNEAU (Ph.)

- « Contrats et obligations. – Classification des obligations. – Autres distinctions des obligations de moyens et des obligations de résultat » Fasc. 40, *JCl. Civ. C.* art. 1136 à 1145, 22 sept. 2014, n° 89.

- « L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie », in *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise : études à la mémoire du doyen Pierre Azard*, Ed. Cujas, 1980, p. 153.

- « Réseaux de distribution », *JCL Com.* 2017, Synthèse n° 50.

LE TOURNEAU (Ph.) et ZOÏA (M.)

- « Franchisage – Variétés du franchisage – Indépendance et domination dans le franchisage – Droit de la concurrence et franchisage » Fasc.n° 1045, in *J. Cl. Contrats – Distribution*, 2016, n° 6.

LE TOURNEAU (Ph.) et POUMAREDE (M.)

- « Bonne foi », *Rép. Dr. Civ.* Janv. 2017.

LICARI (S.)

- « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ, Droit prospectif*, n° 2, p. 703 et s.

LIENHARD (A.)

- « Complément de retraite du dirigeant : de la rigueur dans la forme comme sur le fond », *D.* 2005, p. 2743.

LITTMAN-MARTIN (M.-J.) et LAMBRECHTS (C.)

- « La spécificité du dommage écologique », in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, 1992, p. 45 s.

LOIR (R.)

- « L'information du franchisé sur le futur », *D.* 2012, p. 1425.

MAGNIER (V.)

- « Le principe se conformer ou s'expliquer, une consécration en trompe-l'œil ? », *JCP. E* n° 23, 5 juin 2008, act. 280.
- « Retour sur la rémunération des dirigeants de sociétés cotées : comment introduire cohérence et mesure ? » *D.* 2016, p. 212.
- « Gouvernance, performance et intérêt social : à la recherche d'un nouveau modèle de gouvernance » in ROQUILLY (C.) *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise*, Joly Edition, Pratique des affaires, DL 2011.

MAGNIER (V.) et PACLOT (Y.)

- « Les rémunérations des dirigeants de sociétés cotées », *Études et commentaires*, n° 13, *D.* 2009, p. 1027.

MALECKI (C.)

- « Les informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.* 2003, p. 818.
- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? » *Bull. Joly. Soc.* 01/05/2017, n° 5, p. 298.

MAOT (Y.)

- « Prolongements de l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 février 1998 sur l'information précontractuelle en matière de contrat de franchise », *D.* 1999, p. 431.

MASSART (Th.)

- « Société (contrat de) », *Rep. sociétés*, actu. Oct. 2016, n° 113.

MASSE (M.)

- « Chronique de droit pénal international », *RCS* 2013, p. 447.

MAXENCE (L.)

- « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? » *Bull. Joly sociétés* 1^{er} déc. 2003, n° 12, p. 1231.

MAZEAUD (D.)

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999.
- « Les clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.* 2010, p. 1832.
- « À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile... », *D.* 2014, p. 1915.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, PUF, éditions du J.-Cl., p. 603 s.

- « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... » *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, 2012, Dalloz, p. 905 s.

MEKKI (M.)

- « Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide-âne » *RDC* 2015, n° 3, p. 578.

- « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels » *RDC* 2015, n° 3, p. 651.

- « Les sites pollués, quelle stratégie contractuelle », *JCP N*, 2014.

- « La vente d'un bien pollué et les risques environnementaux », *RDC* 2014/1, p.105.

- « Vente d'un site pollué et passif environnemental Petit guide-âne adressé au notaire », *JCP N* 2015, n° 29, p. 1131.

- « Contrat de devoir de vigilance », *RLDA* mai 2015, n° 104, p. 86

- « Contrats et obligations - Réforme des contrats et des obligations : l'obligation précontractuelle d'information », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 43-44, 28 Oct. 2016, act. 1155.

- « Obligations de moyens et obligation de résultat », *Revue d'Assas*, février 2013, n°7, p. 77.

MEKKI (M.) et BOUTONNET (M.) « Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière », *D.* 2013, p. 1290.

MESTRE (J.)

- « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée Savatier, PUF, 1985, p. 41.

- « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996 p.901.

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 100 et s.

- « Erreur sur la substance : risque d'éboulement d'une maison et cession d'actions d'une société dépouillée de son fonds de commerce », *RTD civ.* 1992, p. 80.

MITROVIC (L.)

- « La maîtrise du risque environnemental dans les cessions de droits sociaux », *D.* 2002, p. 2666.

MORVAN (P.)

- « La mode des risques psychosociaux » *Dr. Soc.* 2013, p. 965.

MOULY (J.)

- « Le législateur au secours du CDD dans le sport professionnel », *Dr. soc.* 2016, p. 161.

- « Le sort des contrats de travail des sportifs professionnels en cas de relégation du club en division inférieure. L'« ordre juridique sportif » à l'épreuve du droit du travail. » *Dr. Soc.* 2016, p. 446.

MOUSSERON (P.) et alii

- « Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux », *BJS* oct. 2009, p. 892, n° 181 et s.

MULLER (A.-Ch.)

- « Les indicateurs alternatifs de performance », *Rev. Sociétés* 2016, p. 60.

NEAU-LEDUC (Ch.)

- « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? » *Dr. soc.*, 2006, p. 952.

NEYRET (L)

- « L'affaire Erika : moteur d'évolution des responsabilités civiles et pénales », *D.* 2010, p. 2238.

- « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », *D.* 2012, p. 2673.

NIGGLI (O.)

- « Code mondial antidopage : processus de révision et principales modifications », *Jurisport* 2013, n°137, p.20.

OPPETIT (B.)

- « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », *in* Ass. Capitant, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Dalloz, t. XXII, 1970, p. 183 et s.

ORIF (V.)

- « Rémunération et performance : les pouvoirs limités de l'employeur », *Cab. Soc.*, 1^{er} juin 2014 n° 264, p. 377.

OSMAN (F.)

- « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, spéc. p. 524.

LOUDIN (M.) « La rentabilité, une notion juridique en construction », *in* O. Sabard, J. Bourdoiseau et alii, *Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, Dalloz 2014.

PACLOT (Y.)

- « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. Sociétés* 2011, p. 395.

- « Les diverses facettes du secret des affaires », *Droit et Patrimoine* mars 2002, p. 70.

PAILLUSSEAU (J.)

- « Le droit est aussi une science d'organisation » *RTD Com.*, 1989, p. 1.
- « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, p. 157-166.

PARACHKEVOVA (I.)

- « La rémunération des dirigeants des sociétés cotées : de la morale à la réforme », *R.I.D.E.* 2010/2, T. XXIV.

PARIENTE (M.)

- « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 805.

PARRANCE (B.)

- « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 18/04/2017, n° 15, p. 16.

PEIFFERT (O.)

- « La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à la définition du principe du pollueur-payeur », *RTD Eur.* 2012, p. 53.

PEYREFITTE (L.) et COURBE (P.)

- « Opérations de lancement dans l'espace extra-atmosphérique », *in Droit de l'espace*, 1993, Dalloz, p. 95 et s.

PERENET-MARQUET (H.)

- « La grenellisation du droit de la construction », *in Grenelle 2, Impactes sur les activités économiques*, Lamy Axe droit, 2011, p. 55.

PERES (C.)

- « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réformes du droit des contrats de la Chancellerie », *D.* 2009, p. 381.

PEROCHON (F.)

- « L'adieu aux cuves : à propos de la décision du Conseil... du 29 sept. 1987 », *Cab. dr. entr.* 1987, n° 6.

PETIT (B.) et REINHARD (Y.)

- « Responsabilité civile des dirigeants » *RTD com.*, 1997, p. 282, spéc. II A.

PETIT (Y.)

- « Environnement », *RDI*, actu. Janv. 2017.
- « Environnement », *RD eur.*, actu. Sept. 2017.
- « Agriculture », *RD eur.*, actu. Août 2018.

PIGNARRE (G.)

- « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTD Civ.* 2001, p. 41.

PIROVANO (A.)

- « La " boussole " de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? » *D.* 1997, p. 189.

- « Droit de la concurrence et progrès social », *D.* 2002, p. 62.

POILLOT-PERUZZETTO (S.)

- « Concentration », *Rép. Dr. euro.* Mars 2010, n° 254 et s.

POITRINAL (F.-D.)

- « Cessions d'entreprise : les conventions de *earn out* » *JCP E* 1999, p. 18.

PORACCHIA (D.) et GRANIER (T.)

- « Des relations entre éthique et droit financier », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013.

PORTIER (Ph.)

- « L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées dans la loi Sapin 2 », *BJS* n° 01, p. 81.

- « Rémunération des dirigeants : crise morale, une gouvernance dépassée » contribution au *Rapport moral sur l'argent* de 2010, *Revue économique et financière*, 2010.

POULLE (B.)

- « L'apparition du principe 'se conformer ou s'expliquer' en droit français », *RTDF* 2008, n° 1.

POUND (W.)

- « la création de l'agence mondiale antidopage », *Jurisport* 2013, n° 137, p. 18.

POUSSON (A.)

- « Les objectifs en droit du travail », p.139, in B. Faure, *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010.

RAVIT (V.)

- « Réflexion sur le terrain du préjudice écologique « pur » », *D.* 2012, p. 2675.

REBOUL (Y.)

- « Garanties de résultat et contrat de recherche », in *Colloques, Garanties de résultat et transfert de techniques*, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1979, p. 102.

REDON de (L.)

- « La loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages définitivement adoptée au Parlement et publiée au Journal officiel », *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 10, Octobre 2016, alerte 318.

ROBLEDO (C.)

- « L'évaluation de la performance des systèmes de management de la qualité » in Mélanges en l'honneur de Michel Gervais, *Contrôle de gestion, comptabilité, stratégie*, Economica, 2012, p. 167.

ROLLAND (B.)

- « Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial », *JCP E* 2004.

RONTCHEVSKY (N.)

- « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats » *AJCA* 2016, p. 112.

ROQUILLY (Ch.)

- « Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 4 », *LPA* 31/03/2008, n° 65, p. 7.

- « Performance juridique et avantage concurrentiel : chronique n° 1 », *LPA* 2007, n° 86, p. 7.

ROQUILLY (Ch.) et BRUDER (A.)

- « Performance juridique et compétitivité des entreprises : chronique n° 6 Actionnariat salarié et surperformance des entreprises », *LPA*, 06 juill. 2009 n° 133, P. 6.

ROUJOU DE BOUBEE (G.)

- « Droit pénal, novembre 2011- octobre 2012 », *D.* 2012, p. 2917.

ROZELIER (S.)

- « Conditions d'application d'un engagement unilatéral et contrôle du juge », *D.* 2001, p. 821.

SAINTOURENS (B.)

- « Président du Conseil d'administration », *Rep. dr. sociétés*, mai 2016.

SAINTOURENS (B.) et EMY (Ph.)

- « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *Rev. Sociétés* 2017, p. 131.

- « Simplification du fonctionnement des sociétés : le complément réglementaire pour 2017 », *Rev. Sociétés* 2017, p. 467.

SALOMON (M.)

- « Le Droit naturel chez Aristote », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1937, p. 120.

SANDRIN-DEFORGE (A.)

- « Reporting environnemental : du régime « NRE » au régime « Grenelle 2 », *BDEI* 2012, p. 40.

SCHMIDT SZALEWSKI (J.)

- « Savoir-faire », *Rep. de Droit com.* 2009.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale » *Dr. Et patr.*, 2004, p. 70, n° 126.

- « Les sanctions unilatérales : opportunité ou danger », in F. Barrière, *La réforme du droit des contrats : incidences sur la vie des affaires*, Lexis Nexis, 2017, p. 113.

- « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC hors-série* 2016, p. 38.

STORCK (M.)

- « La politique de rémunération des sociétés de gestion d'OPCVM », *Bull. Joly Bourses* 01/03/2015, n° 3, p. 128

TELLER (M.)

- « Les indicateurs de performance dans la communication des sociétés cotées », *Bull. Joly Bourses* 01/04/2011, n° 4, p. 294.

TEYSSIE (B.)

- « Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingénierie et à la multiplicité des participants à une vente d'usine en complet état de production », in Colloques, *Garanties de résultat et transfert de techniques*, Actualités de droit de l'entreprise, Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1979, p. 143.

- « Les clauses de résiliation et de résolution », *cab. dr. entr.* 1980, p. 13 et s.

THIBIERGE (C.)

- « Le droit souple », *RTD civ.* 2003, p. 599.

THIRY (B.)

- « Analyse de la performance de la régulation économique » in Etudes en l'honneur du Professeur Michel Bazex, *Droit et économie, interférences et interactions*, Litec, 2009, p. 355.

TREBULLE (F.-G)

- « Droit de l'environnement », *D.*2010, p. 2468

- « Quel droit pour la RSE ? », in TREBULLE (F.-G.) et UZAN (O.), *Responsabilité sociale des entreprises*, Economica, 2011, p.3.

- « Responsabilité sociale des entreprises (entreprises et éthique environnementale) », *Rép.Soc.*, mars 2003.

- « Incidence du développement durable en matière bancaire et financière (mai 2010 - juin 2011) » *RD banc. fin* n° 1, Janv. 2012, étude 3.

- « Quel droit pour la RSE ? », in F.-G. Trébulle et O. Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises*, Economica, 2011.

USUNIER (L.)

- « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *RTD civ.* 2017, p. 343.

VERKINDT (P.-Y.)

- « L'évaluation du salariés sous le regard du juge » *Dr. Soc.* 2009, p. 48.

VIANDIER (A.)

- « L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux », *JCP E* 2013, n° 29, p. 1416, n° 3.

VIDAL (D.)

- « Les modifications apportées par l'article 17 de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 au régime des rémunérations, indemnités et avantages à caractère différé en faveur des dirigeants de sociétés anonymes inscrites sur un marché réglementé », *Bull.Joly Société* 1er novembre 2007 n° 11, p. 1147.

WAAUB (J.-Ph.)

- « Croissance économique et développement durable : vers un nouveau paradigme du développement » in J. Prades, J.-G. Vaillancourt et R. Tessier, *Environnement et développement*, Montréal, Fides, 1991, p. 57.

WAQUET (Ph.)

- « Les objectifs », *Dr. Soc.* n° 2 février 2001, p. 120.

- « L'évaluation des salariés », *Sem. Soc. Lamy* 2003, n° 1126.

WHISSEL (D.)

- « *Responding to a Negative Say-on-Pay Outcome* » Harvard Law School, Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, 27oct. 2016.

IV – Notes, observations et commentaires de jurisprudence

ADAM (P.)

- note sous Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 8 septembre 2011, *Fédération des Mines et de la métallurgie CDFD FGMM CFDT c. Syndicat professionnel CGT du groupe Hewlett Packard France*, n° 10-00567 et Toulouse, 4^e ch. soc., sect. 1, 21 septembre 2011, *Syndicat CGT Airbus Toulouse c. SAS Sté Airbus Opérations*, n° 11-00604, *Rev. Trav.* 2011, p. 705.

AYNES (L.)

- obs. sous Cass. civ. 1^{er} 28 oct. 2003, *RDC* 2004, p. 273.
- note sous Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996, p.13.

BARBIER (H.)

- note sous com. 24 mai 2016, n° 14-25921, « Que doit-on entendre par « information » lors de l'application du devoir général d'information et de la sanction du dol par dissimulation intentionnelle ? », *RTD civ.* 2016, p. 843.
- obs. sous com. 12 avr. 2016, n° 14-24.263, *RTD civ.* 2016, p. 631.

BARRIERE (F.)

- obs. sur Cass. soc 8 déc. 2009, *Rev.soc.* 2010 p. 483.

BARBY (E.)

- note sous Cass. civ. 4 juin 1946, *S.* 1947.1.153.

BASTIAN (D.)

- note sous Cass. civ. 4 juin 1946, *JCP* 1947, II, 3518.

BIGOT DE LA TOUANE (S.)

- obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, *D. actu.* 5 mars 2007.

BOIZARD (M.)

- obs. sous Com. 24 oct. 2000, n° 98-18.367, *Bull. civ IV*, n° 166 « Le conseil d'administration est compétent pour supprimer une rente viagère qu'il avait décidé d'octroyer au P-DG » *D.* 2000, p. 434.

BOREL (J.-V.)

- note sous TGI Nanterre, ord. réf., 23 oct. 2012, n° 12/01457, *Environnement* n° 12, déc. 2012, comm. 85.

BOSSU (B.)

- note sous Cass. soc. 22 juin 2011, n° 10-18897, *JCP S* 2011, p. 1491.

BOULOC (B.)

- obs. sous com. 24 mai 2016, n° 14-25921, « Prêt de titres », *RTD com.* 2016, p. 539.
- note sous Crim. 30 sept. 1991, « Rémunérations et charges excessives constitutives d'un abus de biens sociaux », *Rev. Sociétés* 1992, p. 356.
- obs. sous Crim. 1^{er} juin 2016, « Action civile (droit à indemnisation) : office du juge dans l'évaluation du préjudice », *D.* 2016, p. 1257.
- note sous Cass. crim. 15 oct. 1998, « Abus des biens et défaut partiel d'enregistrement comptable » *Rev. sociétés* 1999, p. 184.
- note sous Crim. 7 décembre 2016, n° 15-86731, « Abus de biens sociaux : rémunération excessive et détermination du préjudice », *Rev. Sociétés* 2017, p. 167.
- obs. sous Crim. 6 oct. 2009, pourvoi n° 08-87757, *RTD com.* 2010, p. 218.
- obs. sous Com. 6 nov. 1990 *Bull. civ.* IV, n° 266, *RTD Com.* 1991, p. 431.

BOUTONNET (M.)

- note sous Cass. 3^e civ., 12 janv. 2005, « Installation classée et obligation d'information dans le contrat de vente », *D.* 2005, p. 2513.
- note sous Cass. 3^e civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108, *Environnement* 2012, n° 6, comm. 56.
- note sous Cass. 3^{ème} civ., 13 déc. 2011, n° 10-27.305, *D.* 2012, p. 790.

BOUSEZ (F.)

- « Fasc. 2-48 : CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE. – Cessation », *Jurisque Travail*, 2017, n° 128.

BURST (J.-J.)

- note sous Colmar, 9 juin 1982, *D.* 1990, p. 232.

CACHARD (O.)

- note sous Nancy, 26 sept. 2007, SAS Novacarb c/ SNC Socoma, *RDLC* 2008, p. 49, n° 2969.

CAFFIN-MOI (M.)

- note sous Cour d'appel de Bastia (ch. civ. B), 24 juillet 2013, n° 11/00755, *Sarl Grand sud Investissements c/ SAS S^{ie} d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar*, « Rémunération du dirigeant de SAS : quid de la procédure d'approbation des conventions ? » *Rev. Sociétés* 2014, p. 47.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)

- Obs. sous Paris, 25^e ch. B, 5 mars 2004, « Garantie de passif. Cession de droits sociaux. Non-respect des règles environnementales. Evaluation du préjudice. Garantie du cédant (oui) », *RTD com.* 2004, p. 525.

CHARTIER (Y.)

- note sous Cass. com. 4 juin 1991, « La responsabilité du gérant en cas de fait délictuel ou quasidélictuel imputable à une société » *Rev. Sociétés* 1992, p. 55.

CHOLET (S.)

- obs. sous Aut. conc. n° 13-D-14 du 11 juin 2013, *RLC*, oct.-déc. 2013. 32.

COLONNA (J.)

- note sous CA Grenoble 13 nov. 2002, « Évaluation des compétences des salariés : la validité du ranking », *Dr. Soc.* 2003, p. 988.

CONSTANTIN (L.)

- Obs. sous Autorité de la concurrence, 14 mai 2013, Sanofi, n° 13-D-11., *D. Actu.* 27 mai 2013.

COURET (A.)

- note sous CA Paris P. 5, ch. 9, 15 sept. 2011, n° 07-02102, SA Aedian, « L'earn out et la perte de chance d'obtenir le complément de prix », *Bull. Joly Soc.* 01 janvier 2012, n° 1, p. 27.

- note sous Cass. com. 4 mai 2010, « Le gérant associé d'une SARL peut voter sur sa propre rémunération », *Rev. Sociétés* 2002, p. 222.

- note sous Cass. com. 7 fév. 1995, n° 93-14257, *Bull. joly* 1995, p. 407.

DELEBECQUE (Ph.)

- obs. sous Cass. com. 22 octobre 1996, n° 93-18.632, « La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat » *D.* 1997, p. 175.

- obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, *Defrénois* 1996, p. 1015.

- obs. sous « L'arrêt « Erika » : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.* 2012, p. 2711.

DELPECH (X.)

- obs. sous Ass. Plen. 27 fév. 2009, *D.* 2009, p. 723.

DIDIER (P.)

- note sous Cass. com 1^{er} octobre 1991, *Rev. Sociétés* 1992, p. 497.

DISSAUX (N.)

- obs. sous Cass. com 4 octobre 2011, *D.* 2011, p. 3052.

DOM (J.-P.)

- note sous Cass. com 27 octobre 2009, F-D, n° 08-70102, Société Finex c/ Mme Naudet, « Défense du cédant bénéficiaire d'une clause d'earn out », *Rev. Soc.* 2010 p. 162.

DONDERO (B.) et LE CANNU (P.)

- note sous Cass. com. 10 nov. 2009, n° 08-70302, « La preuve du caractère justifié d'un complément de retraite incombe à son bénéficiaire » *RTD Com.* 2010, p. 150.

DONDERO (B.)

- note sous CA Versailles, 12^e ch., 2 oct. 2012, n°11-02711, « Le difficile combat du bénéficiaire d'un earn out pour faire valoir ses droits », *Bull. Joly. soc.*, avril 2013, n° 126, p. 259.

- note sous Cass. com. 3 décembre 2013, « Des rémunérations excessives peuvent constituer une faute de gestion », *Gaz. Pal.* Du 4 au 6 mai 2014, n° 126.

DUPOUY (S.) et FERIÉL (L.)

- note sous CA Aix-en-Provence, ch. 1 B, 16 mai 2013, n° 2013/318, Environnement n° 8-9, Août 2013, comm. 67.

FAGES (B.)

- obs sous Nancy, 26 sept. 2007, SAS Novacarb c/ SNC Socoma, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », *RTD civ.* 2008, p. 295.

- obs. sous Civ. 3^e, 28 janv. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 317.

- obs. sous Cass. com., 20 sept. 2011, *RTD Civ.* 2011, p.760.

- obs. sous Civ. 1^{re}, 5 nov. 2008, n° 07-20.113, inédit, *RTD civ.* 2009, p. 119.

FAGES (B.) et MESTRE (J.)

- obs. sous Com. 28 juin 2005, n° 03-16.794, « Où, à l'inverse, réticence dolosive et obligation d'information sont nettement distinguées », *RDT Civ.* 2005, p. 591.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- obs. sous Cass. com. 30 juin 2009, *D.* 2009, p. 233.

FAVARIO (T.)

- obs. sous Cass. com. 31 mai 2016, « La rémunération excessive du dirigeant, faute de gestion typique », *Bull. Joly sociétés* 2016, n° 05, p. 340.

FERRIER (D.)

- obs. sous Douai 6 sept. 2007, *D.* 2008, p. 2198.

- obs. sous Cass. com. 4 nov. 1986, *D.* 1988 Somm. 22.

FOREST (G.)

- obs. sous Cass. com. 3^{ème} civ. 8 juin 2011, n° 10-15.500, *D.* 2011, p.1691.

GAUTIER (P.-Y.)

- obs. sous Cass. com. 24 nov. 1998, « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial ? », *RTD civ.* 1999, p. 646.

- obs. sous Lyon 22 nov. 1994, *RTD civ.* 1992, p. 590.

GENICON (T.)

- obs. Cass. com. 4 octobre 2011, n°10-20.956, RDC 1^{er} janvier 2012 n° 1, p. 64.

GHESTIN (J.)

- « Droit des contrats » *JCP E.* n° 39, Sept. 2009, p. 273, n° 33.

GODON (L.)

- note sous Cour d'appel de Paris (ch. 05-08), 1^{er} juillet 2014, n° 14/04237, *SAS Stef Logistique Nemours* et Cour de cassation (com.), Cass(F-P+B), *S^{té} Grand Sud investissement c/ S^{té} d'exploitation de l'Hôtel Casadelmar*, « Condition juridique des dirigeants de SAS : la liberté statutaire confortée », *Rev. Sociétés* 2015, p. 108.

GROSLIERE (J.-C.) et SAINT- HALARY- HOUIN (C.)

- obs. sous Paris, 1^{re} ch. Sect. A aud. solenn. 6 juill. 1994, « L'obligation de transcription est une obligation de moyen », *RDI*, 1995, p. 343.

GROSSIER (P.)

- obs. sous Cass. Com. 30 juin 2009, n° 08-14.944, *JCP* 2009. I. 273, n° 33.

GUYON (Y.)

- note sous Cass. Com. 3 mars 1987, *Rev. Sociétés*, 1987, p. 266.

- obs. sous Cass. Com. 2 juin 1992, « Nullité des conventions qui font obstacle à la révocation *ad nutum* d'un directeur général », *Rev. Sociétés* 1992, p. 750.

- note sous Cass. Com. 21 avril 1992, « Maintien de la rémunération des dirigeants lorsque la société est placée sous administration provisoire », *Rev. Sociétés* 1992, p. 485.

- obs. sous CA Versailles, 17 mars 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 828.

HEINICH (J.)

- note sous Cass. com., 21 juin 2017, *JCP G* n° 36, 4 sept. 2017, 895.

- obs. sous Cass. com., 5 avril 2018, *Rev. Sociétés* n° 6, juin 2018, comm. 104.

- obs. sous CA Paris, ch. 5-8, 10 août 2017, *Rev. Sociétés* n° 3, mars 2018, comm. 49.

HOUTCIEFF (D.)

- note sous Ass. Plen. 27 fév. 2009, *D.* 2009, p. 1245.

HOVASSE (H.)

- obs. sous Caen 30 mars 2006, Schuller c/ SA Fimopart, *RJDA* 2007 n° 1108 ; *Dr. Soc.* 2007, n° 9.

KESSLER (G.)

- note sous Cass. com. 22 fév. 2005, n° 02-14392, « La validité des promesses unilatérales d'achat d'actions à prix plancher », *D.* 2005, p. 973.

JOURDAIN (P.)

- note sous Cass. crim. 25 septembre 2012, n°10-82838, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *D.* 2013, p. 119.

JAMIN (Ch.)

- note sous Civ. 1^{er} 13 octobre 1998, *Grands arrêts*, n° 180, *D.* 1999, p. 197.

KARAQUILLO (J.-P.)

- obs. sous Soc. 15 mai 2008, n° 06-44826, *D.* 2009, p. 519.

- note sous Cass. soc. 10 fév. 2016, *Jurisport* 2017, n° 177, p. 37.

LABARTHE (J. F.)

- obs. sous Cass. com. 3 juillet 1996, *CP* 1997. I. 4015, n° 4.

LAGARDE (F.)

- obs. sous Cass. soc. 6 mai 1998, *D.* 1998, p. 611.

LAURENT (K.)

- obs. sous CA Aix-en-Provence, 8^e ch., 30 nov. 1995, *Bull. Aix* 1995/266, n° 2.

LATTES

- obs. Sous Cass. soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ.* V, n° 235 ; *D.* 2002, p. 3112.

LE CANNU (P.)

- note sous Cass. com. 11 oct. 2005, n° 02-13520, « Décision d'allouer un complément de retraite au président du conseil d'administration : les contraintes de la comitologie, et l'obligation de justifier l'avantage », *RTD Com.* 2006, p. 132.

- note sous Cass. com. 4 novembre 2014, n° 13-24889, « SAS. Rémunération du président et conventions réglementées », *RTD com.* 2015, p. 117.

- note sous CA Versailles 9^e ch. corr., 19 mai 2011, n° 10/01523, *Z*, « Les pouvoirs du PDG sur sa propre rémunération, et l'abus qu'il peut en faire » *Rev. Sociétés* 2012, p. 99.

- note sous Cass. com., 1^{er} oct. 1991, *Defrénois* 1992, art. 35256, p. 578.

LECOURT (A.)

- note sous Cass. com 25 septembre 2012, F-P+B, n° 11-22.754, *Raffoux c/ Garreau*, « Fixation de la rémunération du gérant de SARL par stipulation statutaire ou par décision collective des associés : passage obligé », *Rev. Sociétés* 2013, p. 224.

LECOURT (B.)

- note sous Cass. com. 12 mai 2015, n° 14-12473, *Rev. Sociétés* 2015, p. 720.

LEGROS (J.-P.)

- note sous Cass. com 22 janv. 1991, « La décision d'accorder un complément de retraite », *Rev. Sociétés*, 1992, p. 61.

LE NABASQUE (H.)

- obs. sous Cass. com 1^{er} octobre 1991 *Dr. sociétés* 1992, n° 12.

LEVENEUR (L.)

- note sous Cass. com. 19 mai 1992, *JCP éd. E* 1993.II.387.

- obs. sous Cass. 3e civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108, *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 117.

- obs. sous Cass. com. 9 mars 1993, *CCC* 1993, p. 107.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 fév. 1999, *contrats, conc. Consom.* 1999, p. 85.

LIENHARD (A.)

- obs. Sous Cass. com. 10 nov. 2009, n° 08-70302, « Complément de retraite du dirigeant : justification des services rendus » *D.* 2009, p. 2805.

- obs. sous Cass. Com. 4 mai 2010, « Rémunération du gérant de SARL : participation au vote », *D.* 2010, p. 1206.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- note sous Aut. Conc, déc. N°10-D-27, 15 sept. 2010, « Les clauses constituant des préoccupations de concurrence », *CCC* n° 11, Nov. 2010, comm. 245.

- note sous Cass. Com. 16 déc. 1997, n° 96-14515, « Contrat de distribution », *LPA* 6 juill. 1998, p. 14.

- note sous Cass. Com. 24 nov. 2009, *Contrats, conc. Consom.* 2010, comm. 42.

MALINVAUD (Ph.)

- note sous Cass. 3^e civ., 8 nov. 2005, n° E 04-18.305, « Avant réception, l'entrepreneur est tenu d'une obligation de résultat », *RDI*, 2006, p. 55.

- obs. sous Civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, *RDI* 2009, p. 254.

- note sous Cass. Civ. 1^{er}, 28 octobre 2010, n° 09-16913, *RDI* 2010, p. 616.

MARTIN-SERF (A.)

- note sous Cass. com. 31 mai 2016, « Fautes de gestion : rémunérations et avantages en nature manifestement excessifs octroyés aux dirigeants sociaux », *Revue des procédures collectives* n° 6, Novembre 2016, comm. 200.

MASSART (T.)

- note sous Cass. com. 12 fév. 2013, « Réticence dolosive du cédant sur ses intentions » *Rev. Soc.*, 2013, p. 547.

MASSE (M.)

- « Chronique de droit pénal international », *RCS* 2013, p. 447 ; G. Roujou de Boubée « Droit pénal, novembre 2011- octobre 2012 », *D.* 2012, p. 2917.

MAZEAUD (D.)

- note sous Com. 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Deffrénois*, 1999, p. 371.

- obs. sous Civ. 1^{er} 13 octobre 1998, *Deffrénois*, 1999, p. 374

- obs. sous Cass. Com. 26 nov. 2003, *RDC* 2004, p. 257.

- note sous Civ. 3^e, 28 janv. 2009, n° 07-20.891, *RDC* 2009, n° 3, p. 999.

MEKKI (M.)

- note sous Cass. 3^{ème} civ., 29 févr. 2012, n° 11-103108, *RDC* 2012, p. 1306.

MESTRE (J.)

- obs. sous civ. 1^{re}, 27 juin 1995, n° 92-21085, « Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat », *RTD Civ.* 1996, p. 393.

- obs. sous Com. 7 février 1995, *RTD Civ.* 1995 p. 878.

- obs. sous Com. 3 juillet 1996, *RTD civ.* 1996, p. 901.

- obs. sous Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix. », *RTD Civ.* 1996 p. 153.

- obs. sous Civ 1^{er} 16 mars 2004, « Il ne faut pas confondre « déséquilibre structurel » et « modification imprévue des circonstances économiques », *RTD civ.* 2004, p. 290.

- obs. sous Com. 24. Nov. 1998, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel » *RTD civ.* 1999, p. 98.

- obs. sous Com. 3 nov. 1992, « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! » *RTD civ.* 1993, p. 124.

- obs. sous Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, Clin c/ M^{me} Natali, inédit, « Où l'obligation de contracter de bonne foi et la recherche d'un profit se trouvent ouvertement réconciliées... », *RTD civ.* 2000, p. 566.

- note sous Paris, 24 avr. 1989, *RTD civ.* 1989, p. 747.
- obs. sous Com. 7 fév. 1995, n° 93-14257, *RTD civ.* 1995, p. 878.
- obs. sous Com 1^{er} octobre 1991, *RTD civ.* 1992, p. 80.

MESTRE (J.) et FAGES (B.)

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ. 14 sept. 2005, n° 04-10856, *RTD civ.* 2005, p. 776, *in* J. Mestre et J-C. Roda et *alii*, *op. cit.*, p. 135, n° 203.
- obs. sous Com. 26 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 80, et 85

MOULY (J.)

- note sous Soc. 10 févr. 2016, n° 14-30095, *Dr. soc.* 2016, p. 446.
- note sous Soc. 5 juill. 1995, n° 92-40095, *D.* 1996, p. 280.
- note sous Soc. 18 mars 1992, *JCP* 1992. II. 21953.

PEYER (F.)

- « Etude 56 – Associations sportives », *in* Œuvre collective sous la direction de Ph.-H. Dutheil *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, – 2016 Actualisation - oct. 2017, n° 56.114.

PICOD (Y.)

- note sous Civ. 3^e, 8 avr. 1987, *JCP* 1988. II. 21037.

POUMAREDE (M.) note sous Civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, n° 05-20050, « L'agence de voyages n'est pas responsable, en l'absence de faute, du fait des billets d'avion qu'elle délivre », *JCP* 2007. II., p. 10060.

PRIOU-ALIBERT (L.)

- note sous Crim. 19 mars 2013, n° 12-87416, *D. actu.* 27 mars 2014.

RAVIT (V.)

- « Réflexion sur le terrain du préjudice écologique « pur » », *D.* 2012, p. 2675.

REIGNE (P.)

- obs. sous Cass. Com. 3 juillet 1996, « club vidéo », *D.* 1997 p. 500.

REMY (P.)

- obs. sous Civ. 3^e, 8 avr. 1987, n° 85-17.596, *RTD civ.* 1988, p. 146.

RENAUX-PERSONNIC (V.)

- note sous Cass. soc., 22 mai 2001, *JCP G* n° 16, 17 avril 2002, II 10066.

ROBERT (J.)

- note sous Paris, 28 sept. 1976, EDF c/ Shell Française, *JCP* 1978, II., 18810.

ROUJOU DE BOUBEE (F.)

- « Droit pénal, novembre 2011- octobre 2012 », *D.* 2012, p. 2917.

ROUSILLE (M.)

- note sous Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, « Procédure d'attribution de la rémunération du gérant : inapplicabilité du régime des conventions réglementées », *Dr. Sociétés*, n° 7, Juillet 2010, comm. 139.

ROY-LOUSTAUNAU (C.)

- obs. sous Cass. Soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ. V*, n° 235, *Dr. soc.* 2003, p. 328.

RZEPECKI (N.)

- note sous Civ. 1^{er} 13 octobre 1998, *JCP* 1999. II.10133.

SAINTOURENS (B.)

- note sous Com. 10 mars 1998, « La diversité des experts désignés lors des transferts de droits sociaux », *Rev. Soc.* 1998, p. 541.

SELINSKY (V.)

- note sous Cons. Conc., déc. N° 05-D-70, 19 déc. 2005, *Rev. Lamy conc.* 2006, n° 427.

SCHMIDT (D.)

- note sous Com. 20 sept. 2016, n° 14-22189, « Rémunération du dirigeant majoritaire et abus de minorité » *Rev. Sociétés* 2017, p. 27.

SERIAUX (A.)

- note sous Com. 22 octobre 1996, n° 93-18.632 « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle » *D.* 1997, p. 121.

TESTU (F.-X.)

- note sous Com. 27 mars 1990, n° 88-15092, « Nullité totale d'une location-gérance dont la redevance est indexée sur l'indice des prix », *D.* 1991, p. 289.

THIOYNE (M.)

- obs. sous Civ. 1^{re}, 15 mai 2001, n° 98-20507, *AJDI* 2001, p. 1014.

TOURREIL (J.-E.)

- note sous Cass. soc. 10 juill. 2002, n° Jurisdata 2002-186444, « A propos de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 2002. L'évaluation des salariés, à condition de les en informer au préalable, relève du pouvoir de l'employeur. », *JP soc. Lamy* 2002, n° 106, p. 25.

TREBULLE (G.)

- obs. sous « Précisions sur l'obligation d'information pesant sur le vendeur d'un ancien site industriel » C. Cass, 3^e civ., 12 janv. 2005, *Commune de Dardilly*, Pourvoi n° 03-18.055, *RDI* 2005, p. 104.

- obs. sous Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-25443, *Envir.* 2014, n° 4, p. 1.

- obs. Cass. 3^e civ., 12 janv. 2005, *Commune de Dardilly*, Pourvoi n° 03-18.055, sous « Précisions sur l'obligation d'information pesant sur le vendeur d'un ancien site industriel », *RDI* 2005, p. 104.

VIANDIER (V.)

- obs. sous Com 1^{er} octobre 1991 ; SNC Quille c. Cts Gasquet, JCP E. n° 22, 27 Mai 1992, II 21860.

VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.)

- obs. sous CA Lyon, 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 1993, *JCP* 1994, n° 3795.

VIRASSAMY (G.)

- note sous Com 1^{er} octobre 1991, *D.* 1992, p. 190.

WACQUET (Ph.)

- note sous Cass. Soc. 14 nov. 2000 n° 09-42371, « Licenciement Clause d'objectifs Appréciation par le juge de leur caractère réaliste et de l'existence d'une faute du salarié » *Dr. Soc.*, 2001, p. 99.

WAUQUIER (V.)

- obs. sous Cass. Soc. 2 juill. 2002, « La validité des clauses de variation de la rémunération » *D.*, 2003, p. 391.

V- Décisions de justice

Arrêts de la Cour de cassation :

- Cass. com. 6 décembre 2017, n° 16-23991

- Cass. soc. 8 mars 2017, n° 15-26975 15-26976 15-26977 15-26978 15-26979 15-26980 15-26981 15-26982 15-26983 15-26984 15-26985 15-26986 15-26987 15-26988 15-26989 15-26990 15-26992 15-26993 15-26994 15-26995 15-26996 15-26997 15-26998 15-26999 15-27000 15-27001 15-27002 15-27003 15-27004 15-27005 15-27006 15-27007 15-27008.

- Cass. com. 21 juin 2017, n° 15-18175.

- Cass. soc. 18 octobre 2017, n° 16-11670.
- Cass. crim. 22 mars 2016, n° 13-96.650.
- Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29.453, « Cause du contrat : disparition de la rentabilité économique », *D.* 2014, p. 1915.
- Cass. soc. 27 mars 2013 n° 11-26.539 (n° 577 FS-P+B), « Evaluation des salariés : utilisation du ranking par quotas », *D.* 2013, p. 926.
- Cass. Com. 3 avril 2012, n° 11-13527.
- Cass. com. 30 mai 2012, n° 11-19594.
- Cass. 3^{ème} civ., 13 déc. 2011, n° 10-27.305, « Obligation environnementale contractuelle : portée et sanction » *D.* 2012, p. 790.
- Cass. soc. 3 juillet 2012 n° 11-13795.
- Cass. soc. 4 juillet 2012 n° 11-12045.
- Cass. soc. 26 septembre 2012 n° 11-18783.
- Cass. soc. 10 octobre 2012 n° 11-15296.
- Cass. com. 6 septembre 2011 n° 10-17.966, Sté BPE lecieux c/ Sté Sandvik Mining and Construction France.
- Cass. com. 19 janv. 2010, n° 08-19.376.
- Cass. civ. 1^{er}, 28 octobre 2010, n°09-16913, *Bull.* 2010, I. , n° 215.
- Civ. 3^e, 1^{er} déc. 2010, n° 09-16.516, *JCP E* 2011. 1786, chron. F. G Trébulle.
- Cass. com. 20 septembre 2011, n° 10-17555, non publié au bulletin.
- Cass. com 15 nov. 2011, n° 09-15238
- Cass. com.9 juin 2009 n°08-11.420, Inédit.
- Cass. com. 27 mars 2007 n°06-10.452, Inédit.
- Cass. soc. 17 octobre 2006 n°05-40393.
- Cass. com. 28 juin 2005 n° 04-11543.
- Cass. soc. 12 oct., 19 oct. et 16 nov. 2004, *Bull. civ.*, V., n° 249, 263 et 287.
- Cass. com. 8 janv. 2002, n° 98-19526.
- Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-42.368.
- Cass. com. 5 déc. 2000, n° 98-16524.
- Cass. com 3 fév. 1999, *Bulletin* 1999 V n° 56 p. 42.
- Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680, *Bull. civ.* V, n° 359.
- Cass. com. 21 mai 1996, n° 94-17452, *D.* 1997, p. 55.
- Cass. com. 4 juin 1996, aff. Mesly d'Arloz, n° 94-15238.

- Cass. Com. 7 fév. 1995, n° 93-11378, *D.* 1997, p. 55.
- Cass. com. 9 Nov. 1993, n° 91-14030, *D.* 1995, p. 70.
- Cass. com. 7 décembre 1993 n°91-21711, *Bull.* 1993 IV n° 450 p. 327.
- Cass. com., 16 mars 1993, n° 90-19.413.
- Cass. soc. 7 juill. 1993, *Assoc. Les chamois niortais c. Parizon.*
- Cass. soc. 21 juill. 1993, *Perrin c/Union sportive basket de Forbach*, *Rev. jur. éco. sport* 1993, n° 27, p. 85 et s.
- Cass. com. 14 janvier 1992, n°89-20576, *Bull.civ* n° 15 p. 11.
- Cass. com. 3 nov. 1992, n°90-18.547, *Bull.* 1992 IV n° 338 p. 241.
- Cass. com. 1^{er} oct. 1991 n°89-13.967, *Publié au Bulletin.*
- Cass. ch. mixte 23 novembre 1990 n° 88-16883, *Bull.* 1990 C.M. n° 3 p. 4.
- Cass. com. 29 nov. 1988, n°87-11.690.
- Cass. 1^{er} civ., 25 nov. 1986, *Bull. civ.* , n° 279.
- Cass. com.19 nov. 1985, n° 84-13.225.
- Cass. soc. 4 juin 1984, *Bull. civ. V.* n° 224.
- Cass. soc. 29 oct. 1980, *Lille olympique sporting club c/Peyroche*, *D.* 1982, IR 90.
- Cass. soc. 10 avr. 1975, *Bull. civ. V,* n° 188.

Arrêts de Cour d'appel :

- CA Nîmes, 15 mai 2008, n° 06/1456.
- CA Paris, ch. 5, sect. A, 5 juill. 2006, *Juris-Data* n° 2006-312416.
- CA Paris, 25^e ch. B, 5 mars 2004, *Consorts Vendrand c/ CGEA Onyx.*
- CA Grenoble 13 nov. 2002, *RJS* 3/2003, n° 307, p. 211 ; *Semaine sociale Lamy* 2 déc. 2002, n° 1100, p. 17.
- CA Toulouse, 21 sept. 2001, n° 11-00.604.
- CA Paris, 1^{er} déc. 1999, *Juris-Data*, n° 117888.
- CA Lyon, 9 janv. 1998, *JurisData* n° 043498.
- CA Limoges, 4 mai 1998, *Assoc. Creuse sport promotion c/Durand*, *Dr. soc.* 1998, p. 1003.
- CA Paris, 22 sept. 1992, *Marie c/ Sté Athlete's Foo.*

Arrêts du Conseil Constitutionnel :

- Cons.conc., avis, 94-A-13, 3 mai 1994, *Société Omnicom* : *Rec. Lamy*, n°586.

Autorité de la concurrence et Conseil de la concurrence:

- Autorité de la concurrence, 14 mai 2013, Sanofi, n° 13-D-11.
- Avis Cons. Conc., avis, n° 00-A-27, 28 nov. 2000, Acquisition par Saint-Gobain Pipelines de Biwater industries, Rapp. Cons. Conc.
- Cons. Conc., avis, n°00-A-06, 3 mai 2000, Promodès-Carrefour.

Arrêts de la Cour de Justice de l'Union européennes :

- CJUE 13 octobre 2011, n°08-D-25.
- CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom c/ Commission, aff. C-280/08 P.
Commission bancaire, 3 juillet 2008 : Bull. off. Du CECEI et de la Commission bancaire n°5, juill. 2008, p. 16.
- CJCE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90.
- CJCE, 28 janv. 1986, Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, n° 161/84.
- CJCE, 12 juill. 1984, Hydrotherm c/ Compact, aff. 170/83, Rec. 2999, et les conclusions de l'avocat général G. Tesauro dans CJCE, 19 janv. 1994, SAT Fluggesellschaft, aff. C-364/92, Rec. I. 43
- CJCE, 13 février 1979 : Rec. CJCE, 461.

VI – Articles de presse, conférences et colloques

Colloques :

- Colloque 2016 – « Le droit des sociétés et la réforme du droits des obligations », Dir. J. Heinich et V. Thomas, Université de Bourgogne, 16 oct. 2016.
- Colloque 2014 - « Compétitivité, concurrence, réciprocité » organisé par le CEDE-Essec, Linklaters et le Medef, *Rev. UE* 2014, p. 110.

Articles de presse :

KEMPF (H.)

- « La croissance contre l'environnement ? » *Le monde* 27-28 mai 2001.

KAUFFMANN (S.)

- « Comment croître sans polluer la planète ? » *Le monde* 13 fév. 2007.

Conférence :

TAP (J.-B.)

- « Le devoir de vigilance, un nouvel horizon », Conférence de droit et commerce, 4 déc. 2017.

VII – Rapports, lois et règlements

Lois :

- LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
- Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.
- Loi Grenelle II n° 2010-788, 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement.
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.
- Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007.

Décret :

- Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

Rapports :

- Rapport au président de la République : JO, 11 fév. 2016.
- Proxinvest, *La rémunération des dirigeants des sociétés du SBF 120*, 9 nov. 2016.
- Rapport Philippe Marini au nom de la commission des Finances du Sénat, n° 404, p. 183.
- Rapport Brundtland publié par la Commission Mondiale sur l'Environnement et le développement des Nations Unies, « Our common future », 1987.

- FAGES (B.)

« Synthèse des réponses à la consultation publique du 24 mai 2016 relative à la révision du code de gouvernance d'entreprise des sociétés cotées », 24 nov. 2016.

- MEADOWS (D.)

« Halte à la croissance, (The limits to growth) », Rapport commandé par le Club de Rome, oct. 1972.

VIII – Sites internet

- Site dédié à la performance publique du budget de l'Etat : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/>.

- <https://www.greenit.fr/sites/greenit.fr/files/IPE-TheOtherSideOfApple-Report-IT-V-Apple-II.pdf>

- <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/leco-conception-des-produits>

- Trésor de la langue française : <http://atilf.atilf.fr>.

- Larousse dictionnaire français : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>

- Banque Mondiale, Rapports *Doing Business* : www.doingbusiness.org

- Vocabulaire de l'économie et des finances publié sur : http://academie-francaise.fr/sites/academie-francaise.fr/files/economie_finances_2012.pdf

- <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c14>

INDEX ALPHABETIQUE

(Les nombres renvoient au numéroté des paragraphes)

A.

- Abus, 57, 68, 71
 - de biens sociaux, 151, 158, 170
 - de majorité, 158
 - de performance, 223
 - de position dominante, 220, 229 et s., 241 et s.
 - de pouvoir 169 et s.
 - théorie de l'abus, 88
- Action de concert, 241
- Actionnariat salarié, 220
- Alerte (professionnelle), 223 et s.
- AMF, 184, 280
- Atteinte
 - au marché, 231 et s.
 - à l'environnement, 249 et s.
- Avantage concurrentiel, 185, 187, 286, 319,

B.

- Biodiversité, 105, 279, 291
- Bonne foi, 257 et s., 280, 302 et s.
- Boycott, 242

C.

- Capitalisme, 9, 24, 210
- Cause, 130 et s.
- Chiffre d'affaires, 274 et s., 348
- Ciseaux tarifaires, 231 et s.
- Clause
 - Abusive, 327 et s., 341
 - De *Best efforts*, ou de meilleure diligence, 32 et s.
 - De dépollution, 268 et s.
 - D'earn out, 63 et s.

- De quota, 49 et s.
- De résolution, 270
- Libératoire, 336 et s.
- Objectifs, Rendement, 49 et s.
- Clientèle, 318 et s.
- Comité de rémunération, 191 et s.
- Compétitivité, 73 et s., 185 et s.
- Concentration, 233 et s.
- Consommateur, 110 et s.
- Contrat
 - De franchise, 129 et s. 311 et s.
 - De travail, 49 et s., 331 et s.
 - De distribution, 48 et s., 118 et s., 311 et s.
- Contractualisation (de la performance), 28 et s.
- Cotée (société), 140 et s., 221 et s.
- Croissance économique, 286 et s.
- Cruciale (entreprise), 220 et s.

D.

- Développement durable, 263 et s., 286 et s.
- Devoir de vigilance, 282 et s.
- Doing Business* (Rapport), 8
- Dopage, 3, 334

E.

- Ecodéveloppement, 286 et s.
- Entente, 241 et s.
- Entreprise (performante), 215 et s.
- Environnement, 249 et s.
- Erreur (sur la rentabilité), 119 et s.

F.

- Force majeure, 342 et s.

G.

- Garantie de passif (environnementale), 99 et s., 269 et s.
- Garantie de performance, 39 et s.

Gestion des risques (environnementaux), 263 et s.

Gouvernance, 164 et s.,

Greenwashing, 260 et s.

I.

Imprévision, 74 et s.

Infrastructure essentielle (facilité essentielle), 232 et s.

Information environnementale, 251 et s.

intuitu personae, 313 et s.

L.

Liberté contractuelle, 267, 301 et s. , 340

Loyauté, 36 et s.

Loyauté environnementale, 257 et s.

M.

Manquement contractuel, 299 et s.

Marché, 213 et s.

Mondialisation, 9, 220 et s.,

N.

Nullité, 312 et s.

O.

Obligation

- d'assistance, 320 et s.

- de « faire mieux », 347 et s.

- de gestion environnementale, 268 et s.

- de maintenir ou de maintien de la performance, 299 et s.

- de performance, 27 et s., 137 et s.

P.

Parasitisme, 243

Performance

- Economique, 107 et s.

- Environnementale, 95 et s., 250 et s.

- Extra-financière, 14 et s., 275 et s.

- Collective, 233 et s.

- Financière, 13 et s., 62 et s., 121 et s., 184 et s.

- Salariale, 5 et s.

- Sportive, 3

Planète, 286 et s.

Pollution, 100 et s., 256 et s., 268 et s.,

Pollueur-payeur (principe), 258 et s.

Précaution (principe), 257 et s.

Prévention (principe), 258 et s.

Principe de cohérence, 296 et s.

Profit, 315 et s.

R.

Raisonnable, 51 et s., 343 et s.

Ranking, 57 et s.

Régulation, 228 et s.

Rentabilité, 118 et s., 311 et s.

Responsabilité sociale des entreprises (RSE), 15 et s., 266 et s., 288 et s.

Reporting social, 275 et s.

Risque environnemental, 263 et s.

S.

Savoir-faire, 313 et s.

Seuil (de sensibilité), 229

Secret des affaires, 275

Société performante, 148

Sécurité juridique, 345 et s.

Sportif, 325 et s.

T.

Trader, 20

Transparence, 116 et s., 166, 192

U.

Union Européenne, 236 et s.

V.

Vices cachés (garantie), 43 et s., 268

Vigilance (devoir), 282 et s.

Vigilance (Plan de), 275 et s.

TABLE DES MATIERES

LA PERFORMANCE EN DROIT DES AFFAIRES	1
SOMMAIRE	7
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	9
INTRODUCTION.....	15
PREMIERE PARTIE : L'OBLIGATION DE PERFORMANCE.....	53
TITRE 1 : LES DIFFÉRENTES MANIFESTATIONS DE LA PERFORMANCE	57
CHAPITRE 1 : LA PERFORMANCE, UN ELEMENT SAISI PAR LE CONTRAT	58
Section 1 : La performance imposée aux débiteurs d'obligations	59
§1 : En vue d'une meilleure exécution du contrat	59
A : Les clauses de « meilleure diligence »	60
B : La garantie de performance au sein des contrats de transfert de technique.....	68
§2 : En vue de l'atteinte d'objectifs contractuels.....	74
A : Les clauses de rendement : des clauses d'incitation à la performance.....	74
B : Les risques liés à la clause d'objectif.....	79
Section 2 : La performance au cœur de la dynamique contractuelle	89
§1 : En vue d'une association des cocontractants aux résultats financiers.....	89
A : L'incitation à la performance par l'association aux résultats financiers.....	90
B : Les risques de dérives de ce type de pratiques.....	95
§2 : En vue d'une compétitivité du contrat sur le long terme	100
A : Adaptation du contrat et performance	100
B : Vers une adaptation du contrat moralement obligatoire et économiquement utile	104
CHAPITRE 2 : LA PERFORMANCE, UN ENJEU SAISI PAR LE JUGE	119
Section 1 : La performance environnementale, critère d'appréciation de la licéité d'un comportement.....	120
§1 : Les prémices de la reconnaissance de la performance environnementale	120
A : Un comportement responsable et respectueux de l'environnement	121
B : La sanction du manquement aux obligations contractuelles de performance environnementale	122

§2 : La consécration de la performance environnementale, un véritable critère d'appréciation judiciaire à travers la reconnaissance du préjudice écologique par les juges.....	124
A : La reconnaissance par la Cour de cassation du préjudice écologique	124
B : La reconnaissance par le Code civil de la réparation du préjudice écologique.....	126
Section 2 : La performance économique reconnue par les juges comme l'essence du contrat...	130
§1 : L'information sur les performances économiques attendues, essentielle à la formation du contrat	130
A : Une obligation d'information précontractuelle en droit spécial, au service des performances futures du contrat.....	130
B : La codification d'un devoir général d'information précontractuelle prévu par l'article 1112-1 Code civil.....	134
§2: La performance économique et l'économie de contrat	140
A : L'erreur sur la performance admise au sein des contrats d'affaires.....	141
B : L'économie du contrat au sein des contrats de distribution : une performance essentielle au contenu du contrat.....	149
TITRE 2 : L'OBLIGATION DE PERFORMANCE À TRAVERS LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS.....	157
CHAPITRE 1 : LA DETERMINATION DE LA REMUNERATION DES DIRIGEANTS	159
Section 1 : État des lieux de la fixation des rémunérations au sein des différentes sociétés	159
§1 : La rémunération des dirigeants au sein des sociétés anonymes	160
A : Les rémunérations immédiates	160
B : Les rémunérations différées.....	163
§2 : La rémunération des dirigeants des autres types de sociétés.....	169
A : La rémunération des dirigeants des autres sociétés par actions	169
B : La rémunération du gérant de la société à responsabilité limitée.....	172
C : La rémunération du gérant de société en nom collectif	173
D : La rémunération du gérant au sein des sociétés civiles.....	174
Section 2 : Les limites d'un système performant avec l'enchevêtrement des sources	175
§1 : Une réglementation entre droit souple et droit dur	175
A : Des normes en conflit.....	175
B : Des normes en harmonie	178
§2 : L'intervention du juge dans le contrôle des rémunérations excessives.....	181
A : L'abus de pouvoir du dirigeant dans la fixation de sa rémunération en cas de mise en péril des performances de l'entreprise	181
B : La rémunération excessive du dirigeant constitutive d'une faute de gestion au regard des performances financières de la société.....	183

CHAPITRE 2 : L'OBLIGATION DE PERFORMANCE DES DIRIGEANTS DETERMINANTE DE LEUR REMUNERATION	
.....	191
Section 1 : La performance, standard juridique de rémunération	191
§1 : Les critères de performance à prendre en compte pour la fixation des rémunérations	191
A : Une rémunération indexée sur les performances de la société	192
B : Une rémunération indexée sur les performances du dirigeant dans sa gestion de la société	200
§2 : Vers une performance qui rime avec cohérence	204
Section 2 : Le devenir du « say on pay » instauré par la loi Sapin II	208
§1 : Une avancée majeure du droit français avec l'introduction d'un say on pay contraignant par la loi « Sapin 2 »	209
A : Les origines de l'introduction du say on pay en droit français	209
B : Le say on pay introduit par la loi « Sapin 2 » une procédure contraignante en deux temps	212
§2 : Le say on pay sonne-t-il le glas de la fin des rémunérations excessives ?	217
<u>DEUXIEME PARTIE : LA PERFORMANCE SOURCE D'OBLIGATIONS</u>	225
TITRE 1 : LA PERFORMANCE SOURCE D'OBLIGATIONS COMPORTEMENTALES	231
CHAPITRE 1 : LE RESPECT DU MARCHE	232
Section 1 : La performance, source d'obligations interne au service de la dynamique contractuelle	232
§1 : Les entreprises performantes	232
A : La notion d'entreprise	233
B : La définition d'une entreprise performante	235
§2 : Les obligations internes des entreprises « cruciales »	238
Section 2 : La performance source d'obligations externes afin de promouvoir le marché des concurrents	244
§1 : La performance individuelle source d'obligations	245
A : la régulation source d'obligations pour les entreprises performantes	245
B : L'abus de position dominante et la régulation d'une performance excessive	247
§ 2 : La performance collective source d'obligations	252
A : Le contrôle des concentrations, la performance collective source d'obligations de déclarations	252
B : Les ententes, la régulation d'une performance collective	258
§3 : Lorsque la performance collective justifie une pratique anticoncurrentielle	261
CHAPITRE 2 : LE RESPECT DE L'ENVIRONNEMENT	265
Section 1 : La performance environnementale source d'obligations	266
§1 : La performance environnementale source d'obligations normatives	266

A : La performance environnementale source d'obligations d'information	267
B : La performance environnementale source d'obligations de loyauté	271
§2 : la performance environnementale source d'obligations contractuelles.....	276
A : La performance environnementale à travers la gestion des risques environnementaux.....	277
B : La performance environnementale source d'obligations contractuelles de gestion environnementale	280
Section 2 : La performance économique source d'obligations environnementales	286
§1 : La performance d'une entreprise source d'obligations environnementales	287
A : L'obligation de déclaration de performance extra-financière imposée aux « grandes entreprises »	287
B : La portée et le contrôle de ces nouvelles obligations d'informations environnementales.....	296
C. Le devoir de vigilance imposé aux entreprises performantes	302
§2 : La recherche de compétitivité à travers le respect de normes environnementales.....	305
A : Une conciliation possible entre environnement et compétitivité.....	306
B : L'éco-performance des entreprises.....	310
TITRE 2 : L'OBLIGATION DE MAINTENIR LA PERFORMANCE	321
CHAPITRE 1 : L'OBLIGATION IMPLICITE D'UN MAINTIEN DE LA PERFORMANCE	322
Section 1 : Le maintien des performances du débiteur d'obligations.....	322
§1 : Sanction du manquement au maintien des performances : la résolution unilatérale	323
A : Fonction : sanctionner le manquement contractuel	323
B : Condition : l'exigence de cohérence dans le comportement du débiteur	327
§2 : L'appréciation stricte de la résolution unilatérale au regard des performances passées.....	330
A : La sévérité de la solution à l'égard du débiteur habituellement performant	330
B : Résolution du contrat en cas de non maintien des performances antérieures.....	334
Section 2 : Le maintien des performances dans les réseaux de distribution.....	336
§1 : Sanction du manquement au maintien des performances : la nullité du contrat de distribution.....	337
A : La fonction : sanctionner l'erreur sur les qualités essentielles d'une personne.....	337
B : Condition : la performance comme élément déterminant	340
§2 : L'exigence implicite d'un maintien des performances du réseau	343
A : Un franchiseur performant à l'origine	343
B : Une obligation implicite de maintenir ses performances au sein de son réseau	345
CHAPITRE 2 : L'OBLIGATION EXPLICITE D'UN MAINTIEN DE LA PERFORMANCE SUR LE LONG TERME.....	350
Section 1 : La possible contractualisation de l'obligation de maintien des performances	350
§1: La clause résolutoire : la possibilité pour les parties de prévoir la sanction au manque de performances sur le long terme	351

§2 : L'illustration avec les clauses libératoires dans les contrats de travail des sportifs professionnels	355
A : Le régime propre aux contrats de travail des sportifs et entraîneurs professionnels.....	355
B : La possibilité de se dégager du contrat en cas de manque de performances du club sportif	359
Section 2 : Le régime applicable aux clauses de maintien des performances antérieures	365
§1: Les conditions	365
A : Conditions de droit commun des contrats	365
B : Conditions spécifiques à ce type de clauses.....	367
§2 : La fonction et l'avenir de ces clauses.....	369
A : Une obligation de performance envisagée sur le long terme pour plus de sécurité juridique	369
B : La possible introduction d'une obligation de « faire mieux »	370
<u>CONCLUSION GENERALE.....</u>	<u>377</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>383</u>
<u>INDEX ALPHABETIQUE</u>	<u>431</u>
<u>TABLE DES MATIERES.....</u>	<u>437</u>