



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Droit des affaires
Promotion 2019

Mémoire de recherche

La responsabilité civile des sociétés

Loïc Burgun

sous la direction du **Professeur Hervé Synvet**

Les opinions exprimées ci-après sont propres à leur auteur. La Faculté ne saurait être considérée comme leur accordant une quelconque approbation.

À MES GRANDS-PARENTS

Mes remerciements vont au Professeur Hervé Synvet pour sa disponibilité, ses conseils et l'opportunité qui m'a été donnée de réaliser cette étude sous sa direction ainsi qu'à tous ceux qui ont contribué, à leur façon, à la réalisation de celle-ci.

SOMMAIRE

ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION.....	12
PREMIERE PARTIE – LE FAIT GENERATEUR DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES	18
TITRE 1 – LA FAUTE DE LA SOCIETE	18
TITRE 2 – L’IMPUTABILITE DE LA FAUTE A LA SOCIETE	41
DEUXIEME PARTIE – LES EVOLUTIONS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES.....	61
TITRE 1 – LES NOUVEAUX DOMAINES DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES	61
TITRE 2 – LES NOUVEAUX ENJEUX DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES.....	83
CONCLUSION.....	104
BIBLIOGRAPHIE	109
TABLE DES MATIERES.....	123

ABREVIATIONS

al.	Alinéa
AJ Contrat	Actualité Juridique Contrat
BJS	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière
Cass. civ.	Chambre civile
Cass. 1^e civ.	Première chambre civile
Cass. 2^e civ.	Deuxième chambre civile
Cass. 3^e civ.	Troisième chambre civile
Cass. com.	Chambre commerciale
Cass. soc.	Chambre sociale
Cass. req.	Chambre des requêtes
CE	Conseil d'État
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	<i>Ibidem</i> , même endroit
infra	Ci-dessous, plus bas (dans le texte)
JCP G	La Semaine Juridique (générale)
JCP E	La Semaine Juridique (entreprise)
JCP S	La Semaine Juridique (sociale)
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
Op. cit.	Œuvre citée
RDC	Revue des contrats
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RSE	Responsabilité sociale et environnementale
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivants
supra	Ci-dessus, plus haut (dans le texte)
TC	Tribunal des conflits
V.	Voir

INTRODUCTION

« Voici donc qu'une frénésie nouvelle s'installe : on ne veut plus de malheur sans cause punissable. Tandis que s'efface l'acceptation de destins contraires se répand une recherche éperdue du coupable. La Justice - et c'est bien trop lui demander ! - devient l'illusoire recours de toutes les misères de la vie. »¹

Claude Imbert

1. C'est par ces mots que l'on peut justifier l'opportunité de traiter le sujet qui nous est aujourd'hui proposé à l'étude tant les questions de responsabilité imprègnent toute notre Société². Le droit de la responsabilité civile extracontractuelle est souvent exposé, analysé et interprété sous un angle intéressant les personnes juridiques qui y sont soumises sans distinction selon qu'elles soient physiques ou morales ; ainsi, la responsabilité civile des sociétés ne serait qu'une responsabilité civile appliquée aux sociétés. Si l'on admet ce postulat, il faut assimiler les conditions de la responsabilité civile des personnes physiques aux personnes morales.

2. Cependant, il se trouve que la personne morale n'a pas de volonté propre et agit en permanence par des intermédiaires directs ou indirects qui sont, eux, des personnes physiques. La question pourrait donc ne pas tant être celle du fond que de l'imputabilité du fait générateur de responsabilité civile afin de désigner qui sera en charge de réparer le préjudice né du dommage causé par ce fait.

3. Cette opération est le résultat de ce qui est appelé « responsabilité civile ». Celle-ci correspond à l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à le réparer en offrant à la victime une compensation³. La réparation de tout préjudice causé par un fait n'a pas toujours été la norme : en effet, le droit romain ne connaissait que des délits spéciaux tels que le *furtum* s'agissant des biens ou l'*iniuria* s'agissant des personnes, tous deux ayant un régime propre. Il faudra attendre la *Lex Aquilia*, qui entra en vigueur entre 289 et 280 avant notre ère, afin de constater un embryon de clause générale de responsabilité. Celle-ci comprenait initialement trois chapitres dédiés au fait de tuer sans droit, au fait pour un créancier adjoint d'avoir accordé une remise de dette au débiteur au détriment du créancier principal et

¹ C. IMBERT, « L'éditorial de Claude Imbert », *Le Point*, n°1471, 24 novembre 2000

² Afin d'éviter une confusion, nous utiliserons le terme de « Société » avec un S majuscule s'agissant de la société qui nous entoure et le terme de « société » avec un s minuscule s'agissant de la société au sens juridique du terme.

³ G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2008, 3^e éd., n°1, p.1

au fait de blesser une personne ou détériorer sans droit une chose inanimée par incendie, fracture ou arrachage. Progressivement, le domaine de cette loi fut étendu par les préteurs et la doctrine quant aux titulaire de l'action, aux choses protégées et aux modalités de l'endommagement et cette extension fut si forte que l'idée prédominante devint celle de réparation d'un dommage causé (*damnum iniuria facere*), retrouvant déjà l'idée d'un lien de causalité entre l'acte commis et le dommage qui en a résulté⁴.

4. La chute de l'Empire Romain causée par les invasions barbares va marquer un retour en arrière considérable au Moyen-Âge. En effet, la distinction entre délit privé et délit public va s'effacer au profit de la mise en exergue du premier. Le principal mode de réparation redevient la vengeance privée, qui avait cours avant les constructions juridiques romaines. Une composition étant possible sous forme de *wergeld*⁵, cette méthode aboutissant à une tarification des dommages sur laquelle le roi prélève un impôt⁶. La fin de cette époque, caractérisée par le redécouverte du droit romain, verra se développer les différentes coutumes dont la majorité s'inspirera de la *Lex Aquilia* afin d'affirmer un principe général de réparation du dommage causé : par exemple, la *Somme Rural* de Boutillier au XIVe siècle disposera que « selon droit nul ne peut estre dommagé ne injurié par quelque voye que ce soit qu'il n'en soit récompensé, supposé encore que dommage luy fust fait à non escient »⁷. Le principe de réparation intégrale tend alors à s'affirmer, celui de solidarité familiale à s'amenuiser et, d'un point de vue processuel, la distinction entre délit privé et délit public va également être redécouverte dans la mesure où la procédure pénale devient inquisitoire et menée par le juge⁸.

5. La Révolution Française puis l'unification du droit vont donner naissance, en 1804, à la clause générale de responsabilité. L'article 1382 du Code civil dispose alors que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Le terme de « faute » a donné lieu à d'importants débats, celui-ci étant selon certains intimement lié à l'imputabilité du délit civil. Jean Bosc définira l'imputation comme le « lien qui rattache l'acte illicite et dommageable à une volonté libre »⁹, ce qui signifierait qu'elle relève d'une certaine conscience morale¹⁰. La solution se conçoit à une

⁴ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, 2^e éd., p.668 s.

⁵ Le mot « wergeld » a une étymologie floue, celui-ci pouvant signifier « prix de l'homme » (*vir* signifiant homme en latin) ou « prix de la guerre » (*wehr* signifiant guerre en allemand)

⁶ J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, 1^e éd., n°632 s., p.908 s.

⁷ Boutillier, *Somme Rural*, Titre 37

⁸ J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, 1^e éd., n°637 s., p.913 s.

⁹ J. BOSCH, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse Montpellier, 1901

¹⁰ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, 2^e éd., p.738 s.

époque où d'une part la société est encore agraire et, d'autre part, l'héritage de 1789 promeut la liberté individuelle dont la responsabilité ne peut être qu'un corollaire¹¹.

6. La personne morale n'est assez logiquement pas, à cette époque, sujette à un traitement particulier. Le terme n'apparaît d'ailleurs dans aucun texte du Code civil, de la même manière que les juristes romains ne l'avaient jamais utilisé à l'exception de Florentinus, qui fait référence à la personne civile en termes généraux. La doctrine, esquissant sa théorie autour du concept de *corpus mysticum*¹², considérait alors que les personnes morales étaient des « êtres fictifs » créés par la volonté du législateur et ne pouvaient alors jouir de la personnalité juridique que grâce à une concession de celui-ci¹³. Progressivement, la théorie de la fictivité va perdre de son influence alors que certains auteurs plaident pour une théorie de la propriété collective¹⁴, celle-ci étant critiquée en ce qu'elle n'explique pas « la vie des personnes morales, leur activité, leur volonté, leur responsabilité et les conséquences juridiques qui en découlent »¹⁵. C'est finalement la théorie de la réalité, aussi dite réalité technique, qui va s'imposer : il est considéré que « dès lors qu'il est constaté qu'il y a une volonté ou une activité, il faut, pour donner effet à cette volonté et pour permettre le jeu de cette activité, accorder au groupement la protection légale »¹⁶. Des prémices à l'adoption de cette théorie peuvent être vus dans l'interprétation de certains arrêts rendus au début des années 1890¹⁷ et elle sera finalement affirmée par la jurisprudence à l'occasion d'un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 28 janvier 1954¹⁸.

7. La solution sera aménagée par la Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. L'article 5 de celle-ci, que l'on retrouve aujourd'hui à l'article L. 210-6 du Code de commerce, dispose que « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ». La solution sera reprise s'agissant des autres sociétés, une disposition identique de droit commun ayant été insérée à l'article 1842 du Code civil en 1978. L'intérêt de jouir de la personnalité juridique est de mener une activité juridique autonome qui implique une autonomie patrimoniale de la société vis-à-

¹¹ V. au sujet de l'influence sur le droit de la consécration de la liberté individuelle : G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Armand Colin, 1952

¹² P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2018, 7^e éd., n°300, p.229

¹³ G.RIPERT, J.BOULANGER, *Traité de droit civil*, Tome I, LGDJ, 1956, n°411 s., p.193 s.

¹⁴ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Tome I, B.C & Cie, 1869, n°291, p.373

¹⁵ G.RIPERT, J.BOULANGER, *Traité de droit civil*, Tome I, LGDJ, 1956, n°414, p.195

¹⁶ G.RIPERT, J.BOULANGER, *Traité de droit civil*, Tome I, LGDJ, 1956, n°415, p.195

¹⁷ Cass. req., 23 février 1891 ; DP 1891, I, n°337

¹⁸ Cass. soc., *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, 28 janvier 1954, n°54-07.081

vis de ses membres¹⁹. Cela signifie et justifie qu'avant l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, les personnes ayant agi au nom de celles-ci au cours de sa formation sont solidairement et indéfiniment responsables des actes accomplis à moins que ne soient repris les engagements souscrits. À cet égard, il n'est pas possible pour la société immatriculée de reprendre des engagements résultant de délits civils²⁰.

8. Alors que les règles relatives à l'acquisition de la personnalité morale des sociétés n'ont que très peu – voire pas du tout – changé depuis 1978, les évolutions de notre Société ont poussé le législateur à progressivement enrichir (voire surcharger ?) le droit de la responsabilité civile extracontractuelle auquel elles sont soumises de par leur autonomie. La jurisprudence fera de même, interprétant de façon extensive de nombreux textes. Les personnes morales et particulièrement les sociétés en tant que tel seront bien souvent ignorées par ces réformes, celles-ci se contentant de faire peser sur elles des obligations générales. La décision a ensuite été prise de rénover des pans entiers du droit civil, notamment du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle.

9. Le premier avant-projet en la matière fut celui présenté par le Professeur Pierre Catala en 2005 sous forme de rapport. Celui-ci proposa d'introduire, à l'article 1353 du Code civil, une disposition propre aux personnes morales pour lesquelles la faute s'entendrait « non seulement de celle qui est commise par un représentant, mais aussi de celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement »²¹. Cette proposition restera lettre morte.

10. Trois ans plus tard, le Sénat entama une mission d'information sous la supervision d'Alain Anziani et Laurent Bêteille nommée *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires* qui aboutira à la publication d'un nouveau rapport le 15 juillet 2009. Le sénateur Bêteille déposera, un an plus tard, une proposition de loi basée sur celui-ci ne contenant aucune disposition propre aux personnes morales qui ne sera elle non plus pas suivie d'effet.

11. Dans le même temps, le Ministère de la Justice confia au Professeur François Terré la mission de poursuivre les travaux engagés sous l'égide de l'Académie des sciences morales et

¹⁹ G. WICKER, « La théorie de la personnalité depuis la thèse de Bruno Oppetit » in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p.691

²⁰ V. par exemple en matière de concurrence déloyale : CA Paris, 24 février 1977 ; JCP G, 1978, II, 18957. La solution a été confirmée par Cass. com., 3 décembre 2002, n°99-21.758

²¹ P. CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La Documentation Française, 2005

politiques visant à contribuer aux réformes à venir du droit civil, la première étant celle du droit des contrats qui sera entièrement refondu en 2016. Il proposa, en 2011, un projet traitant en son article 7 de la personne morale en définissant d'une part sa faute comme celle résultant de « l'acte fautif de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement » et d'autre part de la société-mère dans les cas de fictivité ou de contribution significative à la réalisation du dommage²², ce qui aurait pu constituer une véritable évolution vis-à-vis du principe d'autonomie de la personnalité juridique que nous connaissons.

12. La Chancellerie prit enfin la responsabilité de publier et soumettre à consultation publique, le 29 avril 2016, un avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile²³. Ce document ne comportait alors aucune disposition relative aux personnes morales. Finalement, un projet de réforme modifiant la plupart des dispositions actuelles du Code civil relatives à la responsabilité civile extracontractuelle et prévoyant un article 1242-1 consacré à la responsabilité civile des personnes morales fut présenté le 13 mars 2017²⁴. La disposition en question serait insérée au sein de la subdivision consacrée à la faute et apparaît entre crochets sur le document en question, ce qui fait douter de sa consécration. La proposition finale prévoit que « la faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement ».

13. La personne morale est celle qui jouit de la personnalité juridique. Le texte ne serait donc applicable qu'à ces personnes. Ainsi, dans le cadre de notre analyse et de nos développements critiques, nous ne traiterons pas des sociétés ne jouissant pas de la personnalité morale que sont la société en formation, la société en participation ou la société créée de fait²⁵.

14. L'introduction d'une disposition de droit commun spécifique aux personnes morales et donc aux sociétés en jouissant semble avoir au moins convaincu le Ministère de la Justice alors que les juges avaient, jusqu'ici, toujours utilisé de façon indifférente les textes généraux des nouveaux articles 1240 et suivants du Code civil. Cependant, n'est pas réglée la question de la multiplication des régimes spéciaux de responsabilité dans et hors le Code civil. En effet, ces dernières années ont vu se multiplier des textes instituant des responsabilités spéciales en certaines matières, celles-ci suivant parfois un régime plus ou moins dérogatoire du droit

²² F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p.2

²³ Ministère de la Justice, *Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile*, 2016. Accessible sur (5 mai 2019) : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf

²⁴ Au cours de nos développements, nous viserons le « projet de réforme ».

²⁵ Ces deux dernières étant régies par les articles 1871 à 1873 du Code civil.

commun²⁶. À plus forte raison, les sociétés font aujourd'hui face à de nouvelles problématiques dites sociales et environnementales caractérisées par le développement d'une forme de responsabilité dont on ne sait trop quelle est la portée juridique.

15. Tous ces mouvements sont parallèles aux débats qui animent la doctrine sur les fondements et fonctions de la responsabilité civile. Il était admis depuis 1804 que la faute était le fondement naturel de la responsabilité civile. Cependant, le développement de l'industrie, des nouvelles technologies et les prises de conscience écologiques remettent en question cette vision traditionnelle. Ainsi, se pose aujourd'hui la question de savoir si le risque, la garantie²⁷ ou la précaution ne pourraient devenir des fondements, au même titre que la faute, de la responsabilité civile. Il était également admis depuis de nombreuses années que cette dernière avait pour fonction de prévenir certains comportements et d'assurer l'indemnisation de l'entier préjudice subi par la victime, celle-ci se manifestant par le principe de réparation intégrale²⁸ auquel certains accordent une valeur constitutionnelle²⁹. Inspirés par les expériences étrangères³⁰, certains estiment opportun à l'heure actuelle que la responsabilité civile ait aussi une fonction punitive.

16. Toujours est-il que la responsabilité civile des sociétés est marquée par un mouvement de balancier entre d'une part les dispositions de droit commun auxquelles elles sont soumises et d'autre part des dispositions spéciales au champ d'application plus ou moins restreint et au contenu plus ou moins lourd.

17. Tous ces éléments nous amènent à poser la question de savoir s'il est opportun d'introduire des dispositions spécifiques à la responsabilité civile des sociétés. Afin d'y répondre, et en prenant en considération le projet présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017, il convient en premier lieu de procéder à une étude du fait générateur de la responsabilité civile des sociétés (Première partie) et en second lieu des évolutions qu'a connu ou que pourrait connaître cette responsabilité (Seconde partie).

²⁶ V. pour un tableau des responsabilités dans et hors le Code Civil : Rapport du Sénat, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, 2009, Annexe n°2

²⁷ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947

²⁸ Cass. 2^e civ., 28 octobre 1954 ; Bull. civ. II, n°328 : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »

²⁹ Cons. const., *Loi relative au développement des institutions du personnel*, 22 octobre 1982, n°82-144 DC

³⁰ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droits étrangers », *LPA*, 2002, n°232, p.8

PREMIERE PARTIE – LE FAIT GENERATEUR DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES

18. Le fait générateur de la responsabilité civile des sociétés sera ici traité sous deux angles : d’abord le fait générateur traditionnel qu’est la faute (Titre 1) puis, ensuite, l’imputabilité de ce fait générateur à la société (Titre 2).

TITRE 1 – LA FAUTE DE LA SOCIETE

19. Nous traiterons, dans le cadre de l’étude de la faute de la société, la forme traditionnelle de celle-ci qu’est le manquement à une obligation ou un devoir préexistant(e) (Chapitre 1) et, de façon plus novatrice, la faute qui serait constituée par le défaut d’organisation ou de fonctionnement (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LE MANQUEMENT A UNE OBLIGATION OU UN DEVOIR PREEXISTANT(E)

20. Afin de procéder à une typologie des manquements à une obligation ou un devoir préexistant(e), nous nous inspirerons du projet de réforme présenté par la Chancellerie afin d’analyser ce qui relève de la violation d’une prescription légale (Section 1) et ce qui relève d’un manquement au devoir de diligence ou de prudence (Section 2).

Section 1 – La violation d’une prescription légale

21. La violation d’une prescription légale est caractérisée, en premier lieu, par la violation d’une règle de conduite (Paragraphe 1) et, en second lieu, par la violation de l’ordre public contractuel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La violation d’une règle de conduite

22. L’article 1242 du projet de réforme présenté par la Chancellerie en 2017 dispose d’abord que « la faute est constituée par la violation d’une prescription légale ». L’expression « légale » n’est pas à prendre en son sens strict, le Professeur Philippe Le Tourneau faisant référence à « une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume ou par une norme générale de comportement »³¹. Nous allons nous atteler à le démontrer.

23. La forme la plus pure de violation d’une prescription légale est évidemment la violation de la loi prise, ici, au sens strict. Une illustration peut être trouvée en l’actuel article 1841 du Code civil, qui dispose qu’il est « interdit aux sociétés n’y ayant pas été autorisées par la loi de procéder à une offre au public de titres financiers, d’émettre des titres négociables ou de procéder à une offre au public, au sens de l’article L. 411-1 du Code monétaire et financier, de parts sociales, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres ou parts sociales émis ». Bien que le texte prévoie une sanction spécifique, il ne fait nul doute qu’il pose aussi une interdiction exprès et que la violation de celle-ci ouvre droit à réparation au profit des souscripteurs lésés sous réserve de la preuve d’un dommage et d’un lien de causalité entre la transgression de cette interdiction et celui-ci.

24. La responsabilité civile peut donc en tout premier lieu être un levier visant à sanctionner le non-respect d’obligations légales. Ainsi, par exemple, le Règlement 2017/1129 du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d’offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l’admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé prévoit en son article 11 que « les États-membres [doivent veiller] à ce que leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de responsabilité civile s’appliquent aux personnes responsables des informations fournies dans les prospectus »³².

25. La question de savoir s’il y a violation d’une prescription légale ne se pose pas s’agissant d’une norme d’un rang inférieur ou supérieur, étant entendu qu’il appartient au juge de

³¹ P. LE TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, n°111

³² Règlement (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d’offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l’admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1129>

rechercher précisément laquelle de celle-ci a été enfreinte³³. On peut cependant s'interroger sur la portée de certaines normes dont la valeur impérative n'est pas certaine.

26. La faute peut-elle alors être caractérisée par la violation d'une norme technique d'exécution, qui n'est autre qu'un usage³⁴ ? La question n'est pas dénuée d'intérêt dans le cadre de notre étude. Dans ce cas, la Cour d'appel de Paris avait déclaré les sociétés Gaz de France et Chaffoteaux-Ouest responsables *in solidum* des conséquences dommageables d'un accident mortel résultant de l'inobservation d'une norme NF qui, selon la Cour de cassation, « même si elle n'avait pas, à l'époque des faits, de caractère réglementaire, constituait néanmoins **l'expression des règles de l'art et de sécurité minimum qui s'imposaient à l'ensemble des professionnels** »³⁵. Les juges du Quai de l'Horloge confirmèrent logiquement l'arrêt. Une analyse intéressante de cette décision sera faite par le Professeur Anne Penneau dans sa thèse, celle-ci soutenant que la formulation employée « écarte l'idée d'une force obligatoire propre des normes [techniques d'exécution] » : ce n'est, d'après elle, que « parce qu'elle constitue l'expression écrite des règles de l'art que la référence à la norme est ici adoptée »³⁶ dans la mesure où elle n'a, en principe, qu'un caractère non-obligatoire³⁷. Les sociétés semblent donc, selon leur activité, soumises au respect d'un plus grand nombre de normes dont les normes techniques font partie. Leur transgression est constitutive d'un fait générateur de responsabilité civile alors qu'elle ne le serait peut-être pas pour un non-professionnel.

27. La diversité des normes susceptibles de constituer un fait générateur de responsabilité civile des sociétés pose donc la question du choix de la formule « violation d'une prescription légale » par le projet de réforme tant celle-ci paraît restrictive. En effet, le projet Terré définissait la faute comme consistant « volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite », celui-ci l'étant dès lors qu'il « contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence ». La notion d'illicéité n'est pas dénuée d'intérêt tant sa souplesse permettrait au juge de moduler les conditions de la responsabilité : il s'agit de « ce qui est contraire à l'ordre public, aux exigences fondamentales, même non formulées, d'un système juridique » et, spécifiquement en matière civile, de la « transgression d'une norme de comportement »³⁸. L'illégal est par construction illicite mais

³³ Cass. 1^e civ., 18 avril 2000, n°98-15.770

³⁴ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, Dalloz, 2018, 11^e éd., n° 2212.04, p. 768

³⁵ Cass. 3^e civ., 4 février 1976, n°74-12.643

³⁶ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, 1989, n° 284, p. 202

³⁷ *idem*, p. 194

³⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2015, 11^e éd., p.518

l'inverse n'est pas forcément vrai. En tous les cas, il semblerait que la règle de conduite soit un standard permettant d'appréhender tous les actes susceptibles de constituer une faute civile, l'appréciation de ce qui en constitue ou non une revenant au juge du fond.

28. Les sociétés sont donc susceptibles d'être soumises à une plus grande sévérité dans l'appréciation de la faute en tant que violation d'une règle de conduite. Celles-ci ont aussi régulièrement recours aux outils relevant du droit des contrats, dont la violation peut constituer un fait générateur de responsabilité civile.

Paragraphe 2 – La violation de l'ordre public contractuel

29. La violation des dispositions relatives à la formation et la validité du contrat relèvent sans aucune équivoque de la violation de prescriptions légales. Cette affirmation nous mène au constat selon lequel la frontière entre les règles gouvernant les contrats et celles régissant la responsabilité extracontractuelle n'est pas totalement hermétique.

30. S'agissant de la formation du contrat, l'article 1112 du Code civil pose, depuis la réforme intervenue en 2016, les règles selon lesquelles les négociations précontractuelles sont libres et « doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Il ne fait que transposer une jurisprudence traditionnelle depuis l'arrêt *Manoukian*³⁹. La rupture abusive des pourparlers peut donc constituer un fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle, étant entendu que le simple fait qu'ils s'éternisent n'est pas suffisant à le caractériser⁴⁰. L'article 1112-1 poursuit en posant la règle selon laquelle « 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'information déterminante étant définie comme celle « qui a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Le manquement à ce devoir d'information est susceptible d'entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants du même code et donc d'engager la responsabilité civile extracontractuelle du cocontractant qui se serait rendu coupable de rétention d'une information considérée comme déterminante.

³⁹ Cass. com., *Manoukian*, 26 novembre 2003, n°00-10.243 et n°00-10.949

⁴⁰ Cass. com., 4 novembre 2008, n°07-17.142

31. Le nouvel article 1112-2 du Code civil, qui dispose que « celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l’occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun », est à notre égard intéressant. Ce principe général et légal de confidentialité précontractuelle est issu de sources internationales et européennes, particulièrement les articles 2.1.16 des Principes Unidroit et 2.302 des Principes européens de droit des contrats. Certaines interrogations ont été soulevées quant à la nature de la responsabilité qui devait être engagée en cas d’utilisation ou de divulgation d’une information confidentielle : des auteurs ont émis l’opinion selon laquelle la responsabilité est par principe extracontractuelle mais par exception contractuelle dans le cas où il y aurait eu un « aménagement conventionnel de la phase de négociation et de sa rupture », position confortée par le Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance de 2016⁴¹. La rupture de confidentialité au cours des négociations contractuelles est donc sans équivoque source de responsabilité civile extracontractuelle, sauf le cas où un accord de confidentialité a été conclu sous réserve de sa précision et de la détermination de son champ d’application.

32. S’agissant de la validité du contrat, nous avons choisi de nous concentrer sur le nouvel article 1145 du Code civil. Son second alinéa disposait, depuis l’Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, que « la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d’entre elles ». Ce texte avait été vivement critiqué. En premier lieu, il posait un principe général qui, du fait des solutions spéciales de droit des sociétés commerciales, avait une portée limitée : ces sociétés sont engagées par les actes de leurs représentants légaux, même s’ils ne relèvent pas de l’objet social⁴². N’étaient alors concernées que les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles. Benoît Joyeux et Philippe Viudès résumaient ainsi la situation : « soit l’objet social statutaire prévoit expressément la vente d’immeubles et, alors, il sera incontestablement établi que la société a bien la capacité juridique de vendre l’immeuble ; soit la vente n’est pas visée dans l’objet social, ce qui est le plus souvent le cas et, dès lors que cette vente ne concourt pas à la réalisation de cet objet social, cette société n’aura pas incontestablement la capacité juridique de vendre un

⁴¹ M. JAOUEN, « Négociations et obligation de confidentialité », *AJ Contrat*, 2016, p. 275

⁴² Articles L. 223-18 al.5, L. 225-35 al.2, L. 225-56-I al.2, L. 225-64 al.2, L. 226-7 et L. 227-6 al.2 du Code de commerce

immeuble »⁴³. La solution était donc particulièrement sévère, la conséquence de cette incapacité étant la nullité⁴⁴.

33. La Loi n°2018-887 du 20 avril 2018 est venue modifier cette disposition. En effet, l’alinéa 2 de l’article 1145 du Code civil dispose désormais que « la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d’entre elles ». À cet égard, la question qui se pose (encore) est celle de l’acte passé hors de l’objet social mais dans l’intérêt social : la jurisprudence n’a pas apporté de réponse claire à cette question, mais certains auteurs estiment que le nouvel article 1145 inviterait les juges à retenir que l’acte n’engageait pas la société quand bien même il serait accessoire tout en arguant que « les termes de l’objet social viennent davantage circonscrire les pouvoirs des dirigeants sociaux que limiter la capacité de la société »⁴⁵.

34. La nullité d’un contrat du fait de la transgression d’une des dispositions faisant partie de l’ordre public contractuel est donc bien évidemment susceptible d’engager la responsabilité civile extracontractuelle du contractant qui a commis la faute ayant entraîné cette annulation. Mais la violation d’une prescription légale n’est pas le seul fait générateur de cette forme de responsabilité.

Section 2 – Le manquement au devoir de diligence ou de prudence

35. Le manquement au devoir de diligence ou de prudence, également considéré par l’article 1242 du projet de réforme comme constitutif d’une faute, nous amène à étudier la question de l’inopportunité de l’identité des fautes contractuelle et extracontractuelle (Paragraphe 1), qui anime la doctrine et les juges depuis plusieurs années, et l’activisme jurisprudentiel lié à ce devoir (Paragraphe 2) qui a permis une extension progressive des comportements considérés comme générateurs de responsabilité.

⁴³ B. JOYEUX, P. VIUDÈS, « Les ventes immobilières par les sociétés civiles : de la nullité des actes passés en violation de l’article 1145 du Code civil », *Defrénois*, 2017, n°19, p.11

⁴⁴ Article 1147 du Code civil

⁴⁵ E. SCHLUMBERGER, « La modification de la capacité des personnes morales par la loi de ratification du 20 avril 2018 », *Defrénois*, 2018, n°37, p.15

Paragraphe 1 – L'inopportunité de l'identité des fautes contractuelle et extracontractuelle

36. La question qui se pose ici est celle de savoir si la faute commise par un contractant dans l'exécution d'un contrat est susceptible d'engager sa responsabilité civile extracontractuelle à l'égard d'un tiers. Il convient de choisir comme point de départ le principe qu'est l'effet relatif des conventions, reflet de l'adage *non debet alii nocere, quod inter alios actum est* : l'article 1165 du Code civil disposait, avant la réforme, que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». Aujourd'hui, l'article 1199 dispose que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties » et que « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter ». Le lien d'obligation n'existe alors qu'entre les contractants, les tiers ne pouvant a priori se prévaloir des stipulations du contrat. Une lecture stricte de cet article amène au constat qu'il n'y a pas d'identité entre les fautes contractuelle et délictuelle, le contrat étant une institution extérieure aux tiers dans la mesure où ils n'y ont pas adhéré et où lesdits contractants ayant en quelque sorte créé leur propre ordre juridique, seuls ceux-ci sont fondés à agir en vertu de celui-ci.

37. En ce sens, les Professeurs Mazeaud et Tunc écrivirent que « se prévaloir de ce qu'une personne a passé un contrat et même de ce qu'elle ne l'a pas exécuté, c'est se prévaloir d'un pur fait [...] qui existe à l'égard de tous »⁴⁶. Le Professeur Savatier, réticent à l'égard de cette conception du contrat, opposait dès 1934 une critiquable « conception purement individualiste du droit des contrats » dans la mesure où selon lui « les affaires de chacun, auprès d'un côté individuel, ont aussi un côté social »⁴⁷. La Cour de cassation rejoindra, dès 1951⁴⁸ puis clairement en 1991, la conception des auteurs partisans de la théorie du contrat pris en tant que fait s'agissant des tiers : elle dira pour droit en visant l'article 1165 du Code civil que « s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat »⁴⁹. Jacques Ghestin écrira à ce sujet que l'analyse « permet aux parties à l'égard des tiers, comme aux tiers à l'égard des parties, de se prévaloir de la situation juridique créée par le contrat »⁵⁰.

⁴⁶ H et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Tome I, Montchrestien, 1957, n°144-3, p.179

⁴⁷ R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD Civ.*, 1934, p.525

⁴⁸ Cass. 1^{er} civ., 6 février 1952 ; Bull. civ. n°55

⁴⁹ Cass. com., 22 octobre 1991, n°89-20.490

⁵⁰ J. GHESTIN, « Les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat dès lors que cette convention entraînait cession de la créance à une autre banque », *D.* 1993, p. 181 s., n° 181

38. La question de l'opposabilité ne règle cependant pas celle de l'identité des fautes. La jurisprudence a, à ce sujet, été plus qu'hésitante. Elle a d'abord rejeté avec vigueur la théorie de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle en affirmant dès 1962 que la faute devait être envisagée « en-dehors de tout point de vue contractuel »⁵¹. Dix ans plus tard, un arrêt de la Chambre sociale a semé le doute en semblant amorcer un changement : était alors posé le principe selon lequel la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle n'était applicable qu'aux cocontractants et de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle⁵². Puis, dès les années 1980, la Première chambre civile a semblé revenir au principe de relativité de la faute contractuelle en exigeant une faute délictuelle détachable des obligations contractuelles imparties aux cocontractants⁵³ avant de se raviser en posant le principe selon lequel « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage »⁵⁴. La Chambre commerciale avait, pour sa part et dès 1996, affirmé la relativité de la faute contractuelle en posant le principe selon lequel le manquement aux obligations contractuelles doit, afin de constituer une faute délictuelle, revêtir les caractères de la « violation d'une obligation générale de prudence et de diligence »⁵⁵, solution saluée à l'époque par le Professeur Philippe Delebecque⁵⁶.

39. C'est alors qu'est intervenu l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, connu sous le nom *Myr'Ho* ou *Boot Shop*⁵⁷. Les faits à l'origine du litige sont simples. Il a été donné à bail à la société Myr'Ho un immeuble commercial et cette société avait elle-même confié la gérance de son fonds de commerce à la société Boot Shop. Arguant d'un défaut d'entretien, cette dernière assigna les bailleurs afin de procéder à des réparations et de rétablir la salubrité de l'immeuble, dont les accès avaient été squattés et dégradés. Le juge de première instance fit droit à leur demande, tout comme la Cour d'appel de Paris. Les bailleurs se pourvoient alors en cassation en soutenant le moyen classique selon lequel il est nécessaire que « le tiers établisse l'existence d'une faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel », la société Boot Shop n'étant que gérant du fonds de commerce de la société Myr'Ho. L'Assemblée plénière rejeta le pourvoi, répondant à cet argument en posant le principe selon lequel « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité

⁵¹ Cass. 1^e civ., 7 novembre 1962 ; Bull. civ. II, n°465

⁵² Cass. soc., 21 mars 1972, n°71-10.896

⁵³ *V. par exemple* : Cass. 1^e civ., 11 avril 1995, 91-21.137

⁵⁴ Cass. 1^e civ., 15 décembre 1998, n°96-21.905

⁵⁵ Cass. com., 2 avril 1996, n°93-20.225

⁵⁶ P. DELEBECQUE, « La nature de la faute du fréteur au voyage à l'égard de l'acquéreur tiers à la charte-partie », *D.* 1996, p.559

⁵⁷ Cass. plén., 6 octobre 2006, n°05-13.255

délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». La solution sera notamment saluée par le Professeur Geneviève Viney, qui la considéra comme opportune et écrivit que « dès lors qu'un manquement contractuel est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, les éléments de la responsabilité se trouvent réunis, le manquement contractuel étant en soi un fait illicite »⁵⁸.

40. Cette décision n'a cependant pas éteint la polémique liée à l'identité ou non des fautes contractuelle et délictuelle. La Chambre commerciale, revenant à sa conception initiale et faisant encore de la résistance, décida dans un arrêt du 18 janvier 2017 que « sans qu'il soit établi ni même allégué que ce manquement contractuel constituait une faute quasi-délictuelle [à l'égard du tiers], c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la société n'était pas fondée à se prévaloir d'une violation des stipulations contractuelles de l'acte de cession »⁵⁹. Immédiatement suivie par la Troisième chambre civile le 18 mai 2017⁶⁰, la Première chambre civile répliqua six jours après en reprenant le principe posé par l'arrêt de référence à savoir que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »⁶¹. Bien qu'il ne faille pas exagérer la portée de ces arrêts, qui ne doivent selon certains pas être interprétés comme des revirements⁶², l'hésitation prouve que les magistrats ne sont pas à l'aise avec la solution posée en 2006. Il est donc urgent de légiférer afin de clarifier la situation et d'assurer la sécurité juridique des opérateurs économiques, d'autant plus que la situation de droit actuelle pose des problèmes pratiques évidents.

41. D'un point de vue pratique justement, les problèmes soulevés peuvent être illustrés par un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 18 mars 2009⁶³. Il a été admis qu'un salarié, employé par une société dont les associés avaient conclu un pacte exigeant une décision à la majorité qualifiée afin de décider du licenciement d'un cadre, avait été licencié sans que cette procédure soit suivie. Son licenciement fut considéré comme sans cause réelle et sérieuse. Or, le pacte d'actionnaires est un moyen d'organisation du pouvoir au sein de la société qui n'a pas nécessairement pour objectif de prendre en considération les intérêts des

⁵⁸ G. VINEY, « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.* 2006, p.2825

⁵⁹ Cass. com., 18 janvier 2017, n°14-16.442 et 14-18.832

⁶⁰ Cass. 3^e civ., 18 mai 2017, n°16-11.203

⁶¹ Cass. 1^e civ., 24 mai 2017, n°16-14.371

⁶² J.-S. BORGHETTI, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : Boot shop en bout de course ? », *RDC*, 2017, n°03, p.425

⁶³ Cass. com., 18 mars 2009, 07-45.212

salariés⁶⁴ : il est alors illogique à l'égard tant du bon sens que du droit qu'ils puissent s'en prévaloir.

42. Enfin, le projet de réforme dispose que « lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle », hors le cas où celui-ci aurait un « un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat » et où il pourrait alors se fonder sur la responsabilité contractuelle afin d'invoquer un manquement de cette nature qui lui aurait causé un dommage. Nous estimons, pour notre part et suite à nos développements, que cette solution n'est pas souhaitable. En effet, les contractants ont décidé de créer un ordre juridique qui leur est propre et qui ne doit pas affecter les tiers pour lesquels cette création n'est qu'un fait. S'il est commis une faute au sein de cet ordre juridique, elle doit revêtir les caractères d'un manquement au devoir de diligence ou de prudence afin que la responsabilité extracontractuelle du contractant fautif soit engagée.

43. Ce devoir de diligence ou de prudence a par ailleurs fait l'objet d'un certain activisme jurisprudentiel qui permet d'en approcher les contours.

Paragraphe 2 – L'activisme jurisprudentiel lié au devoir de diligence ou de prudence

44. Le devoir général de diligence ou de prudence est, comme son nom l'indique, un devoir général, c'est-à-dire s'appliquant à toute une série de cas semblables, posé en termes abstraits, impersonnels et de portée permanente⁶⁵. La question n'est pas tant de savoir ce que contient le devoir général de diligence ou de prudence que de savoir à quelles situations il s'applique – sans pour autant en faire un catalogue – et quelle portée des règles posées à l'occasion de l'examen de ces situations peuvent avoir. Ainsi, la faute liée au devoir général de diligence ou de prudence peut revêtir plusieurs caractères et le juge se fonde régulièrement sur ce devoir général afin de poser des devoirs plus ou moins particuliers.

45. Une des questions ayant été soulevée en matière de caractères de la faute a été celle de l'abstention dans l'action ou de l'abstention pure et simple. La doctrine du XIXe siècle considérait qu'il était impossible de tirer une faute d'une abstention, car on ne peut déduire

⁶⁴ H. SYNVEY, *Cours magistral de Master 2*, Master 2 Recherche Droit des affaires, 2018-2019

⁶⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2015, 11^e éd., p.491

quelque chose du néant⁶⁶. Un arrêt désormais connu sous le nom d'arrêt *Branly*, rendu en 1951 par la Chambre civile de la Cour de cassation, va quelque peu modifier ce paradigme à deux égards : d'une part, la faute peut consister en une abstention et, d'autre part, il n'est pas nécessaire de prouver une intention de nuire afin de caractériser le comportement fautif⁶⁷. La Cour de cassation dira à cette occasion pour droit que « la faute prévue par les articles 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif » et que « l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli [...] dans l'ordre professionnel ». Les juges font alors référence à « l'ordre professionnel », ce qui sera remarqué par les commentateurs qui estimeront alors que cette formule n'est pas limitée au cas d'espèce⁶⁸ et citeront le Professeur Jean Bosc, qui écrivait lui-même « qu'il n'est pas nécessaire que le devoir soit imposé par une loi positive ; il suffit qu'il le soit par l'état des mœurs et la pratique des honnêtes gens »⁶⁹. Le simple fait de ne pas se conformer à une règle de comportement par une abstention peut donc constituer une transgression de cette règle, une faute et être source de responsabilité civile extracontractuelle.

46. Avant même que soit reconnue ce type de faute, dont l'importance n'a pas à être négligée, la jurisprudence avait déjà construit la théorie de l'abus de droit. Cette dernière peut être définie comme une « faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux »⁷⁰. Le premier arrêt en la matière, connu sous le nom de *Clément-Bayard*, fut rendu le 3 août 1915 par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation⁷¹ et, rapidement, la théorie fut étendue à des domaines divers. Jusqu'ici, les juges privilégiaient le très général article 1240 (anciennement 1382) du Code civil comme fondement à celle-ci ; cependant, le projet de réforme changeant la physionomie des textes relatifs à la responsabilité extracontractuelle, la faute ne pourra a priori être constituée que par la violation d'une prescription légale ou un manquement au devoir général de diligence ou de prudence⁷². L'abus de droit ne relevant pas à notre sens de la violation d'une prescription légale *stricto sensu*, dans la mesure où il ne s'agit pas de contrevenir à une obligation légale mais d'exercer abusivement

⁶⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome II, PUF, 2004, n°1144, p.2305

⁶⁷ Cass. civ., 27 février 1951 ; Bull. civ., n°77

⁶⁸ H. DESBOIS, Note sous Cass. civ., *Branly*, 27 février 1951 ; *D.* 1951, p.329

⁶⁹ J. BOSCH, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse Montpellier, 1901, p.19

⁷⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2015, 11^e éd., p.7

⁷¹ Cass. req., 3 août 1915, n°00-02.378

⁷² *Cf. supra* n°20

un droit dont on jouit, il convient de le rattacher à la seconde catégorie. Ce choix théorique pourrait alors avoir des conséquences pratiques.

47. Un type d'abus est bien connu en droit des sociétés : l'abus du droit de vote. Il est considéré comme un « abus de droit spécifique aux sociétés »⁷³ et n'est, en réalité, qu'une application de la théorie de l'abus de droit telle que définie précédemment aux décisions sociales. D'une part, s'agissant de l'abus de majorité, sa définition a été posée par la jurisprudence dans un arrêt du 18 avril 1961 : il est constitué dès lors qu'est constatée une décision prise « contrairement à l'intérêt social, dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité »⁷⁴. D'autre part, s'agissant de l'abus de minorité auquel on assimile l'abus d'égalité, il est « caractérisé par la volonté d'entraver le fonctionnement de la société en interdisant la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein des minoritaires de favoriser leurs propres intérêts au détriment des associés »⁷⁵.

48. Ces abus sont en partie sanctionnés sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, permettant l'allocation de dommages-intérêts. La jurisprudence n'a pas choisi de fondement contractuel, ce qui s'explique selon certains par l'idée selon laquelle « l'associé responsable a franchi la limite de l'illicite et s'est, en quelque sorte, mis hors-jeu »⁷⁶. En matière d'abus de majorité, ils soulèvent que « par définition même, l'abus de majorité, en provoquant une rupture d'égalité entre les associés, est préjudiciable aux minoritaires »⁷⁷. Ce constat est juste : les minoritaires subissent en effet un préjudice. Cependant, celui-ci serait-il toujours le résultat d'une faute au sens de l'article 1242 du projet de réforme ? La question mérite d'être posée.

49. Afin d'illustrer la problématique, admettons qu'une Société M soit détentrice à 80% du capital et des droits de vote d'une Société F, le reste de l'actionnariat étant divisé entre plusieurs actionnaires minoritaires. Une décision sociale est prise en assemblée générale et revêt les caractères d'un abus de majorité, c'est-à-dire qu'elle est contraire à l'intérêt social et a été prise dans l'unique dessein de favoriser la Société M au détriment des minoritaires. L'actionnaire majoritaire n'a, en tout état de cause, violé aucune prescription légale. Il peut être considéré

⁷³ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2017, 22^e éd., n°2130, p.408

⁷⁴ Cass. com., 18 avril 1961 ; Bull. civ. I, n°175

⁷⁵ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2017, 22^e éd., n°2095, p.380

⁷⁶ J.-P. SORTAIS, « Abus de majorité, minorité, égalité », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, n°30

⁷⁷ *Ibid.*

comme diligent et prudent dans la mesure où il s'est conformé à toutes les obligations qui lui incombaient dans le cadre de l'assemblée générale, qu'il a bien informé les actionnaires minoritaires des conséquences de la décision et qu'il a même permis un débat. Sur le plan du droit de la responsabilité, que peut-on reprocher à la Société M ? A priori aucune faute telle que définie par le texte précité, sauf à considérer que le devoir général de diligence ou de prudence vaut envers la Société F elle-même, qui a un intérêt propre dont on n'a toujours pas de définition et qui doit être respecté.

50. La discussion n'est pas dénuée d'intérêt sur un plan théorique. Sur un plan pratique, il ne fait aucun doute que les juges feront fi de celle-ci en continuant à appliquer la théorie de l'abus du droit de vote. Il est fort possible, en réalité, qu'abuser d'un droit soit assimilé par nature à un manquement au devoir général de diligence ou de prudence, celui-ci nécessitant de l'opérateur qu'il agisse dans les limites de ce qui est raisonnable.

51. Parallèlement à la faute constituée par le manquement au devoir de diligence ou de prudence, que l'on peut qualifier de traditionnelle, est proposée l'introduction de ce que nous traiterons comme un type de faute spécifique aux personnes morales qu'est le défaut d'organisation ou de fonctionnement.

CHAPITRE 2 – LE DEFAUT D'ORGANISATION OU DE FONCTIONNEMENT

52. L'article 1242-1 du projet de réforme présenté par la Chancellerie prévoit que « la faute de la personne morale résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement ». Nous allons dès lors nous attacher à analyser ce dernier concept, en étudiant d'abord les conditions de sa transposition en droit privé (Section 1) puis en contestant sa consécration (Section 2).

Section 1 – La transposition de la théorie en droit privé

53. La démonstration de la transposition de la théorie en droit privé de la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement nécessite d'abord d'exposer les occurrences de celle-ci en droit public (Paragraphe 1) puis sa réception en droit privé (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les occurrences de la théorie en droit public

54. La notion de défaut d'organisation ou de fonctionnement, même détachée de toute idée de faute, n'est pas issue du droit privé. En effet, ses premières occurrences se trouvent dans l'ordre des juridictions administratives qui ont à connaître, depuis l'arrêt *Blanco* du Conseil d'État en date du 8 février 1873⁷⁸, des actions en responsabilité dirigées contre l'État et ses services. Cette autonomie du droit administratif a permis au juge de développer certaines théories propres et adaptées aux impératifs du service public.

55. Ainsi, le commissaire du gouvernement Teissier, dans ses conclusions sur l'arrêt *Le Berre* rendu le 29 mai 1903 par le Conseil d'État, utilisait déjà les termes de « service mal fait » et de « service défectueux »⁷⁹. Cependant, il n'évoque à aucun moment le caractère fautif de ces concepts et c'est en réalité au cours du XXe siècle que va se développer la jurisprudence du Conseil d'État en matière de responsabilité administrative générée par le dysfonctionnement du service. Il ne faut cependant pas s'y tromper : le dysfonctionnement du service est une faute, pas un type de faute. Le Professeur Benoît Delaunay observe à ce sujet que « les formules sont plus compliquées mais il ne s'agit là que de variations terminologiques sur un même thème : la faute de l'administration », citant pêle-mêle le « mauvais fonctionnement du service public », les « défauts du fonctionnement du service public », le « fonctionnement défectueux du service public » ou encore le « défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service »⁸⁰.

56. Cette dernière expression se retrouve dans un arrêt *Langlet* rendu par le Conseil d'État le 8 octobre 1986. En l'espèce, la patiente d'un centre hospitalier avait été placée sous anesthésie générale lors de son accouchement. Au cours de celui-ci, elle inhala du liquide gastrique qu'elle avait auparavant régurgité et cette inhalation causa des dommages pulmonaires graves entraînant sa mort quelques jours plus tard. Une intubation aurait pu réduire le risque d'inhalation du liquide en question mais, du fait de l'absence d'un médecin anesthésiologiste et de la présence exclusive d'infirmiers aide-anesthésistes, il n'avait pas été procédé à celle-ci. Le Conseil d'État considéra que le « défaut dans l'organisation et le fonctionnement du service [était] de nature à engager la responsabilité de l'établissement »⁸¹. La décision précise que ce défaut était caractérisé par le fait que la patiente ait été privée des

⁷⁸ CE, *Blanco*, 8 février 1873, n°00012

⁷⁹ G. TEISSIER, « Conclusions sous l'arrêt *Le Berre* », 1903 ; *D.* 1904, III, 89

⁸⁰ B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, LGDJ, 2007, n°36, p.24

⁸¹ CE, *Langlet*, 8 octobre 1986, n°61503 et 61495

garanties médicales qu'elle était **en droit d'attendre** du service public hospitalier. La formule est intéressante dans la mesure où il ne pourrait y avoir défaut que lorsque l'utilisateur est en droit d'attendre quelque chose du service public, ce qui se justifie en la matière.

57. En effet, le droit public est empreint d'une notion qui est en principe ignorée du droit privé, supposé régir les rapports individuels : l'intérêt général. Le Professeur René Chapus définissait le service public comme une activité « assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public »⁸², cette définition ayant été complétée par plusieurs auteurs qui considèrent qu'il faut d'une part qu'il existe un lien de rattachement matériel direct ou indirect entre l'activité et une personne publique et, d'autre part, que l'activité soit exercée en vue d'un intérêt public « ou, plus précisément, dans un but d'intérêt général »⁸³. En vérité, comme le disait le Professeur Didier Truchet, « l'intérêt général n'est pas défini : il se constate »⁸⁴. Il ajoute par ailleurs que le droit administratif est un droit « orienté », en ce sens « qu'on ne saurait, sans le déprécier gravement, le considérer comme un simple assemblage de règles, seulement destinées à assurer le bon fonctionnement de la « machine administrative » et l'harmonie des relations qu'elle entretient avec les administrés, usagers, assujettis, contribuables, et parfois co-contractants »⁸⁵. Ce serait donc la spécificité du droit du service public qui amena à faire appel à la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement.

58. En pratique, cette théorie est surtout utilisée dans le domaine hospitalier. Ainsi, le juge administratif a peu à peu construit sa jurisprudence autour de celle-ci. Elle recouvre les actes de soins courants ne nécessitant pas l'intervention ou la surveillance d'un médecin⁸⁶, l'organisation et la préparation des actes médicaux⁸⁷, les actes de soins courants tels les perfusions⁸⁸, la mauvaise information du patient sur les conséquences financières d'un transfert⁸⁹ ou encore la mauvaise gestion administrative des personnels hospitaliers⁹⁰.

59. La théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement trouve donc une première justification dans la substance du service public, l'intérêt général. Mais une seconde se trouve

⁸² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 2001, p.579, n°748

⁸³ G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, LGDJ, 2016, 4^e éd., n°193, p.109

⁸⁴ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, thèse Paris, 1975, p.227

⁸⁵ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, thèse Paris, 1975, p.338

⁸⁶ CE, *Rouzet*, 29 juin 1959 ; Rec p.405

⁸⁷ CE, *Fichon*, 7 avril 1967 ; Rec p.300

⁸⁸ *V. par exemple* : CE, *Martins*, 9 janvier 1980, n°06403

⁸⁹ CE, *Biancale*, 11 janvier 1991, n°93348

⁹⁰ CE, *Touboule*, 25 novembre 2015, n°383220

être la structure de celui-ci : en matière administrative, il est admis depuis l'arrêt *Jamart* du Conseil d'État rendu le 7 février 1936 que « même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité »⁹¹. Ce pouvoir de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service ne se limite pas, contrairement à ce que le principe pourrait laisser penser, aux ministres. En sont détenteurs, de manière générale, les « autorités placées à la tête d'une administration »⁹² ou toute « autorité administrative responsable du fonctionnement d'un service public »⁹³ qui peuvent décider de créer un service⁹⁴, de l'interrompre⁹⁵ ou, différence notable avec la réglementation de droit privé, de prendre des mesures de caractère général relatives à la rémunération⁹⁶.

60. Le service public obéit également à des principes généraux, qui découlent de l'idée d'intérêt général précédemment exprimée⁹⁷, et notamment le principe de continuité. Le Professeur Léon Duguit disait, à ce sujet, que « la continuité est un caractère essentiel du service public »⁹⁸ et celle-ci a été reconnue comme principe à valeur constitutionnelle⁹⁹ et principe fondamental¹⁰⁰. Le juge administratif en tire régulièrement un impératif de « bon fonctionnement du service »¹⁰¹ permettant de justifier des mesures exorbitantes et éventuellement contraignantes afin d'assurer la continuité des opérations de service public.

61. La théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement trouve donc un fondement spécifique dans la substance du service public et dans sa structure, la seconde découlant de la première et étant agencée de manière à pouvoir assurer aux usagers l'accès à celui-ci. Le droit privé l'a malgré tout faite sienne en se l'appropriant et en l'appliquant aux cas qui relevaient de sa compétence.

⁹¹ CE, *Jamart*, 7 février 1936, n°43321

⁹² M. LONG (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2017, 21^e éd., p.278

⁹³ CE, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, 12 avril 2013, n°329570, 329683, 330539 et 330847

⁹⁴ V. par exemple : CE, *Chaveneau*, 1 avril 1949, n°88854, 88855, 88856 et 92415

⁹⁵ V. par exemple : CE, *Vannier*, 27 janvier 1961, n°38661

⁹⁶ CE, *Uguen*, 21 septembre 2015, n°382119

⁹⁷ Cf. *supra* n°47

⁹⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, Fontemoing, 1928, p.61

⁹⁹ Cons. Const., *Continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, 25 juillet 1979, n°79-105 DC

¹⁰⁰ CE, *Bonjean*, 13 juin 1980, n°17995

¹⁰¹ V. par exemple : CE, *Legrand*, 11 février 1966, n°65509

Paragraphe 2 – La réception de la théorie en droit privé

62. La théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement a été assez récemment transposée en droit privé. Cependant, il n'y a a priori pas, à ce jour, de décisions ayant fait référence à un « défaut de fonctionnement » à proprement parler, les juges se cantonnant généralement au défaut d'organisation¹⁰².

63. Un des premiers arrêts y ayant fait référence a été rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 7 juillet 1998. La décision fut, peu étonnamment, rendue en matière médicale : en l'espèce, une femme enceinte avait été admise au sein d'un centre hospitalier en vue de son accouchement. Suite à plusieurs manquements de la sage-femme, qui avait notamment des difficultés à lire le monitoring de l'enfant à naître, il s'avère que celui-ci naît cyanosé et lourdement handicapé. Ses parents assignèrent alors le centre hospitalier en question, qui forma un pourvoi en cassation après avoir été condamné par la Cour d'appel de Bordeaux. Les juges du Quai de l'Horloge confirmèrent ce jugement au motif que « si la clinique disposait de l'équipement technique conforme aux données acquises à la science obstétricale, le personnel mis à la disposition des parturientes n'avait pas reçu une formation suffisante pour lui permettre de l'utiliser » et la Cour d'appel avait ainsi retenu à bon droit que la sage-femme « avait des difficultés pour lire un tracé de monitoring et qu'elle était dès lors fondée à considérer que ce défaut d'organisation était, pour la clinique, **constitutif** d'une faute »¹⁰³. La qualification insuffisante du personnel face aux besoins des patients est donc constitutive d'une faute civile relevant d'un défaut d'organisation, la Cour ayant déjà jugé auparavant que les établissements concernés devaient s'assurer de la qualification des intervenants¹⁰⁴.

64. Un peu plus d'un an plus tard, la même formation réitéra cette solution dans un cas d'espèce différent. En l'occurrence, une femme accoucha au sein d'un centre hospitalier d'un enfant n'ayant eu aucun mouvement respiratoire spontané. L'intervention d'un anesthésiste s'était avérée nécessaire afin d'intuber le nouveau-né mais aucun n'était présent au sein du service à ce moment : il fallut attendre quinze minutes avant l'intervention de celui-ci, ce qui causa à l'enfant des dommages cérébraux graves et une incapacité totale et définitive de 100%. Les parents assignèrent alors le centre hospitalier et la Cour d'appel de Chambéry accueillit

¹⁰² HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°2, p.12

¹⁰³ Cass. 1^e civ., 7 juillet 1998, n°97-10.896

¹⁰⁴ Cass. 1^e civ., 9 mai 1973 ; Bull. civ. I, n°160

leurs prétentions. La décision fut confirmée par la Cour de cassation au motif que « la cour d'appel, ayant constaté que le retard du médecin anesthésiste, imputable au défaut d'organisation de la clinique, avait entraîné pour l'enfant un manque d'oxygène provoquant la souffrance cérébrale et ses séquelles, a pu décider que sa faute était en relation avec l'entier préjudice de [celui-ci] ». La carence de personnel face aux besoins des patients, notamment en termes de délais d'intervention, est donc également constitutive d'une faute civile relevant d'un défaut d'organisation. Nous remarquerons que l'expression « imputable au défaut d'organisation de la clinique » peut induire en erreur, le mot « imputable » ne visant pas ici l'imputabilité au sens où elle est entendue en notre matière.

65. Les mêmes solutions ont été données, toujours en matière médicale¹⁰⁵ et sur ce fondement, s'agissant de la continuité des soins et de l'établissement d'un planning « insuffisamment contraignant et trop imprécis »¹⁰⁶ ainsi que d'une prise en charge post-natale défaillante¹⁰⁷. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation évoqua explicitement un « défaut d'organisation, de surveillance et de soin », faisant appel, pour la première fois à notre connaissance, aux deux notions de défaut d'organisation et de surveillance en y adjoignant celle de « défaut de soin ».

66. En-dehors du domaine médical, la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement a été utilisée par la Deuxième chambre de la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt du 12 mai 2005. En l'espèce, un mineur avait été confié à la demande de sa famille à une association gérant un institut de rééducation et avait commis des faits d'atteintes sexuelles sur d'autres mineurs pensionnaires de cet institut. Condamnée à indemniser les victimes, la CIVI¹⁰⁸ procéda à la réparation et assigna l'association en charge de la gestion dudit institut à lui rembourser les indemnités versées. La Cour d'appel de Grenoble n'accueillit pas ses prétentions, considérant que le manquement à l'obligation de surveillance et de sécurité ne saurait se déduire « de la seule commission des faits délictueux quand bien même se seraient-ils produits pendant plusieurs mois ». Cet arrêt fut cassé, les juges considérant que le fait que « l'un des pensionnaires de l'association [ait] pu se livrer de façon répétée et pendant plusieurs mois à des actes d'agressions sexuelles sur d'autres pensionnaires également placés dans cet

¹⁰⁵ *V. à ce sujet* : F. CHABAS, « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation », *Gaz. Pal.*, 2001, n°34, p.38

¹⁰⁶ Cass. 1^{er} civ., 13 novembre 2008, n°07-15.049

¹⁰⁷ Cass. 1^{er} civ., 18 juin 2014, n°13-16.266

¹⁰⁸ La Commission d'indemnisation des victimes d'infractions a pour rôle de garantir l'indemnisation de victimes d'infractions.

internat de rééducation caractérisait l'organisation défectueuse du service de surveillance de l'établissement et le manquement de l'association à son obligation de sécurité »¹⁰⁹. La solution a certes été rendue sur le fondement de la responsabilité contractuelle dans la mesure où les parents du mineur concerné par les actes délictueux avaient sollicité son placement en internat mais il n'en reste pas moins que la faute civile constituée par « l'organisation défectueuse » est indifférente sur ce point dans la mesure où l'établissement aurait dû mettre en place un service de surveillance efficace afin de prévenir cette défectuosité.

67. La jurisprudence judiciaire fait donc progressivement sienne la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement, se l'appropriant et l'utilisant expressément de façon sporadique afin de caractériser une faute de la société et non pas, contrairement à ce que certains arguent, résoudre un problème d'imputabilité. Pour autant, consacrer légalement la notion nous paraît contestable.

Section 2 – La contestable consécration de la théorie

68. Nous constaterons que la consécration de la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement en droit privé est contestable à deux égards : d'abord car le droit des sociétés offre déjà des solutions satisfaisantes (Paragraphe 1) et, ensuite, car il en va de même s'agissant du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les satisfaisantes solutions offertes par le droit des sociétés

69. L'idée de faire du défaut d'organisation ou de fonctionnement une faute civile en tant que tel est infondée au regard des dispositions spécifiques régissant les sociétés. En effet, les tiers de bonne foi qui pourraient se prévaloir de ce défaut afin d'engager la responsabilité civile d'une société sont déjà largement protégés par des règles d'(in)opposabilité conçues pour préserver leur situation juridique.

70. Tout d'abord, les clauses statutaires limitant les pouvoirs du gérant d'une société sont par principe inopposables aux tiers s'agissant de la société en nom collectif, des sociétés en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société anonyme et de la société par

¹⁰⁹ Cass. 2^e civ., 12 mai 2005, n°03-17.994

actions simplifiée¹¹⁰. Dans la même logique, en matière de sociétés dont la responsabilité des associés est limitée, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, qui est engagée même par les actes qui ne relèvent pas de l'objet social à l'égard des tiers de bonne foi¹¹¹.

71. Le dépassement de l'objet social par le gérant d'une société dont la responsabilité des associés est limitée relève sans équivoque d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement. Cependant, son effet à l'égard des tiers est limité pour ne pas dire nul : il s'agit essentiellement d'un dysfonctionnement interne qui ne cause a priori pas de dommage à ceux-ci. On voit mal alors pourquoi le tiers pourrait se prévaloir d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement alors qu'il n'est pas concerné par ses effets.

72. Il en va de même s'agissant des actes et délibérations de la société. L'article L. 235-12 du Code de commerce pose la règle selon laquelle « ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi ». Cette règle vaut tant pour les décisions modifiant les statuts que celles ne les modifiant pas. Partant, le dysfonctionnement interne de la société dans le cas, par exemple, de commission d'un abus de majorité à l'occasion d'une délibération n'aurait pas d'effet à l'égard des tiers de bonne foi.

73. Le Professeur Didier Poracchia constate pour sa part « qu'aucune norme ne considère aujourd'hui de manière générale qu'un simple défaut d'organisation interne d'une société ou qu'un défaut de fonctionnement de cette dernière constitue une faute civile » et « qu'admettre que de tels défauts constituent des fautes obligerait à considérer que toute violation d'une règle d'organisation de la personne morale est une faute puisqu'il y aurait défaut de fonctionnement ». Afin d'illustrer son raisonnement, il prend l'exemple d'une société qui subirait un abus de minorité empêchant la réalisation d'une opération interne, cet abus caractérisant, selon lui, « un défaut de fonctionnement normal de la société »¹¹² susceptible de conduire un tiers à engager la responsabilité de la société s'il devait souffrir d'un dommage consécutif à l'échec de cette opération. Il considère à cet égard l'article 1242-1 du projet de

¹¹⁰ Articles L. 221-5 al.3, L. 223-18 al.6, L. 225-35 al.2, L. 225-64 al.3 et L. 226-7 al.3 et L. 227-6 al.4 du Code de commerce

¹¹¹ Articles L. 223-18 al.5, L. 225-35 al.2, L. 225-56-I al.2, L. 225-64 al.2, L. 226-7 et L. 227-6 al.2 du Code de commerce

¹¹² HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°10, p.65 s.

réforme, en ce qu'il ferait du défaut d'organisation ou de fonctionnement une faute, comme « dangereux »¹¹³.

74. Au regard du droit des sociétés, nous rejoignons cette position. En effet, il existe déjà des mécanismes d'inopposabilité aux tiers, spécialement ceux de bonne foi, des actes, décisions ou résolutions qui seraient le résultat d'un défaut de fonctionnement plus que d'organisation, cette dernière relevant en réalité des dispositions impératives applicables aux sociétés. Ainsi, l'inopposabilité du dépassement de l'objet social ou de la nullité a une double-fonction : d'une part, elle neutralise une éventuelle faute à l'intérieur de la société en ne la faisant pas rejaillir sur les tiers en question et, d'autre part, elle permet de prévenir le dommage qu'aurait subi ceux-ci si la nullité avait un effet *erga omnes*.

75. À plus forte raison, la responsabilité civile des personnes à l'origine du défaut d'organisation ou de fonctionnement peut d'ores et déjà être engagée en vertu de dispositions de droit spécial des sociétés applicable aux sociétés anonymes. Ainsi, les articles L. 225-249 et suivants du Code de commerce posent un régime spécifique de responsabilité civile applicable aux administrateurs ou au directeur général¹¹⁴.

76. Les solutions offertes par le droit des sociétés peuvent alors être considérées comme satisfaisantes en ce sens qu'elles permettent de faire rejaillir sur les rapports internes à la société les manquements externes de ses gérants sans que les tiers en souffrent, ce qui se rapproche sans pour autant se recouper avec la question de l'imputabilité. Mais au-delà de ces solutions de droit spécial, peuvent également être considérées comme suffisantes les solutions offertes par le droit commun de la responsabilité extracontractuelle.

Paragraphe 2 – Les satisfaisantes solutions offertes par le droit commun de la responsabilité extracontractuelle

« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de

¹¹³ D. PORACCHIA, « La responsabilité civile des personnes morales », *BJS*, 2017, n°06, p.357

¹¹⁴ Articles L. 225-249 et s. du Code de commerce

calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir. »¹¹⁵

Jean-Étienne-Marie Portalis

77. Les anciens articles 1382 et 1383 du Code civil, aujourd'hui respectivement articles 1240 et 1241, sont en vigueur depuis le 19 février 1804 soit plus de deux cent quinze ans. Comme le relève le Professeur Hervé Synvet, « le droit civil n'a jamais rencontré de grandes difficultés pour organiser la responsabilité des personnes morales, et en particulier celle des sociétés »¹¹⁶. En effet, les juges ne se sont jamais privés de faire usage des articles précités afin d'engager la responsabilité de sociétés sur le fondement du droit commun de la responsabilité extracontractuelle.

78. En premier lieu, la rédaction du texte est sujette à caution. Lorsque l'on compare les articles 1242 et 1242-1 du projet de réforme, le premier dispose que « la faute est constituée par » alors que le second dispose que « la faute résulte de ». La terminologie n'est pas indifférente. Si la faute résulte du défaut d'organisation ou de fonctionnement, le défaut est-il un préalable à celle-ci au sens où elle serait le résultat de ce défaut ou, au contraire, de tout défaut résulte-t-il une faute ? Pourquoi ne pas avoir préféré des formulations similaires, en faisant usage du verbe « constitue » dans les deux textes ? La difficulté n'est à aucun moment résolue, sauf à considérer qu'une confusion a été faite entre le fond et l'imputabilité.

79. En deuxième lieu, nous avons pu le constater, l'introduction de la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement dans la jurisprudence judiciaire et l'application de la notion aux sociétés est à la fois récente et hésitante. Nous pouvons apporter à cela deux explications : d'une part, la clause générale de responsabilité figurant aujourd'hui à l'article 1240 du Code civil laissait une grande latitude au juge afin de déterminer ce qui est ou n'est pas constitutif d'une faute et, d'autre part, il n'est pas nécessaire de faire de la défectuosité de l'organisation ou du fonctionnement une faute à part entière dans la mesure où celle-ci est constitutive, en soi, d'un manquement au devoir général de diligence ou de prudence. Il semble aller de soi que la société qui n'est pas organisée ou ne fonctionne pas comme elle devrait et, ce faisant, cause un dommage à un tiers a *de facto* fait preuve d'une carence fautive dès lors que celui-ci prouve ce manquement.

¹¹⁵ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801

¹¹⁶ HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°11, p.73

80. En troisième lieu, la transposition de la notion *mutatis mutandis* du droit public vers le droit privé n'est pas exempte de critiques. Nos développements nous ont amené à constater que la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement était initialement propre au droit public car il régit une matière intimement liée au service public dont l'usager est en droit d'attendre un bon fonctionnement. Le Professeur Geneviève Viney fait sien le postulat selon lequel « chaque fois qu'une personne morale de droit privé s'est fixé un objectif particulier sans se donner les moyens de l'atteindre, il y a défaut d'organisation et ce défaut est une faute »¹¹⁷.

81. Nous rejetons avec vigueur ce postulat. Le défaut d'organisation ou de fonctionnement n'est à notre sens pas lié à l'objectif que s'assignerait une société sans se donner les moyens de l'atteindre, ce qui ne concerne par ailleurs que son organisation et son fonctionnement internes et non pas les tiers, mais au concept d'intérêt général qui nécessite que l'administration prenne les dispositions nécessaires afin d'assurer que le service ne soit pas défaillant envers ses usagers du fait de sa mission spécifique. C'est ce qui explique l'utilisation de la formule « en droit d'attendre »¹¹⁸ que nous avons pu constater dans les décisions des juridictions administratives. La notion ne nous paraît alors pas « utilement transposable »¹¹⁹, comme l'affirmait l'avant-projet Catala, en droit privé.

82. Enfin, des auteurs ont soutenu que la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement devait être intégrée s'agissant de la responsabilité des sociétés dans la mesure où elle permettrait de retenir la responsabilité de la personne morale pour sa structure défectueuse lorsqu'il est impossible d'identifier la personne à l'origine du dommage. Or, cet argument ne relève plus d'une question de fond mais d'une question d'imputabilité de la faute à ladite personne morale.

¹¹⁷ HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°5, p.38

¹¹⁸ Cf. *supra* n°56

¹¹⁹ P. CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La Documentation Française, 2005, p.156

TITRE 2 – L’IMPUTABILITE DE LA FAUTE A LA SOCIETE

« La responsabilité civile des personnes morales, particulièrement la responsabilité des sociétés pour faute, a connu une histoire doctrinale confuse, obscurcie par un débat entre les tenants d’une responsabilité propre et ceux qui n’y voyaient qu’une forme de responsabilité pour autrui. »¹²⁰

J.-F. BARBIÈRI

83. Nous constaterons à l’occasion de l’examen de la question de l’imputabilité de la faute à la société que celle-ci peut être soit commise dans l’exercice des fonctions (Chapitre 1), auquel cas la responsabilité de la société sera en principe retenue, soit hors des fonctions (Chapitre 2), auquel cas elle ne le sera pas.

CHAPITRE 1 – LA FAUTE COMMISE DANS L’EXERCICE DES FONCTIONS

84. La faute commise dans l’exercice des fonctions engageant la responsabilité de la société peut être commise par deux intermédiaires : le préposé (Section 1) ou un organe de celle-ci (Section 2).

Section 1 – La faute commise par le préposé

85. La caractérisation de la faute du préposé nécessite d’abord de clarifier les conditions de reconnaissance de la qualité de préposé (Paragraphe 1) avant de constater l’effet immunisant que confère cette qualité (Paragraphe 2) et qui entraînera en principe une reconnaissance de responsabilité à l’égard de la société.

Paragraphe 1 – La condition de qualité du préposé

86. La première question qui ne peut être contournée et vient à l’esprit en matière de responsabilité des commettants du fait de leurs préposés est de savoir ce qu’est un préposé dans la mesure où la réponse à cette question va définir le champ de la responsabilité du commettant. La réponse à cette question a été apportée par la jurisprudence dans l’arrêt *Veuve Meyer c. Société Zuber, Riéder et Cie* rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 4 mai 1937 :

¹²⁰ J.-F. BARBIÈRI, « Responsabilité civile des personnes morales », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2018

« la responsabilité du fait des préposés [...] suppose que [le commettant] a eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé »¹²¹. Il a été déduit de cette décision que la préposition se caractérise par les notions d'autorité et de subordination¹²², sans que pour autant la faiblesse ou la dépendance économique ait une quelconque influence sur la qualification de préposé¹²³.

87. En réalité, la notion de subordination est centrale en matière de préposition. Elle correspond à la « situation de dépendance du travailleur placé, en droit, sous l'autorité de celui pour lequel il effectue une tâche »¹²⁴ et caractérise notamment le contrat de travail. Si l'on est un préposé lorsque l'on effectue une tâche en vertu d'un contrat, particulièrement de travail, l'on peut parfois l'être sans même qu'un contrat ait été conclu. Certains contrats ne font pas naître de lien de préposition¹²⁵ et certains liens de préposition ne naissent pas d'un contrat. Cette affirmation est caractéristique dans le cas d'une mise à disposition de personnel : l'idée d'autorité permet alors de savoir lequel des commettants avait, au moment de la commission de la faute, l'autorité effective et le droit de donner des instructions¹²⁶.

88. La tendance est aujourd'hui à la remise en cause du critère de subordination. Le Professeur Geneviève Viney parle à cet égard de « caractère de plus en plus fictif de la notion de subordination juridique »¹²⁷. La jurisprudence fait preuve, selon elle, d'un « laxisme croissant » en la matière : peuvent être considérés comme préposés l'artisan indépendant dont les services sont sollicités par un professionnel¹²⁸ ou les personnes qui ne sont pas placées directement sous les ordres du commettant. Un déplacement du critère se serait opéré, passant de la subordination au fait d'agir pour le compte du commettant, à son profit et avec les moyens que celui-ci fournit. Cette analyse nous paraît fondée en ce sens qu'elle ne fait que constater l'évolution jurisprudentielle en la matière.

89. Le projet de réforme vient lever les interrogations posées. En effet, le premier alinéa de l'article 1249 de celui-ci donne une définition du commettant fidèle à celle qu'avaient posé les

¹²¹ Cass. civ., 4 mai 1937, DH 1937, n°363

¹²² H. CAPITANT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome II, Dalloz, 2015, 13^e éd., n°220, p.432

¹²³ Cass. civ., 6 juillet 1931, DP 1931, I, n°121

¹²⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2015, 11^e éd., p.993

¹²⁵ *V. en matière de louage d'ouvrage* : Cass. req., 4 février 1880 ; DP 1880, I, n°392

¹²⁶ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^e éd., n°1062, p.1126

¹²⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013, 4^e éd., n°792, p.1044

¹²⁸ Cass. crim., 22 mars 1988 ; Bull. crim., n°142

juges : « est commettant celui qui a le pouvoir de donner au préposé des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement de ses fonctions ». Trois conditions devront donc être remplies afin qu'un lien de préposition soit reconnu : le commettant doit avoir un pouvoir, ce pouvoir doit être celui de donner des ordres et des instructions et ces ordres ou instructions doivent être en relation avec l'accomplissement des fonctions. La solution est heureuse et l'article, en son deuxième alinéa, fait peser la responsabilité en cas de transfert du lien de préposition sur le bénéficiaire de celui-ci.

90. La qualité de préposé a un effet non négligeable à l'égard de celui auquel elle est reconnue en lui accordant une immunité.

Paragraphe 2 – L'effet immunisant de la qualité de préposé

91. La question ici est de savoir si, d'une façon ou d'une autre, le préposé peut ou non être reconnu comme personnellement responsable du dommage qu'il a causé à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

92. Pendant longtemps, le cumul des actions sur le terrain des articles 1382 ou 1383 du Code civil contre le préposé et sur le terrain de l'article 1384 alinéa 5 contre le commettant a été admis¹²⁹. Le commettant ayant souvent une meilleure solvabilité que le préposé, l'action contre celui-ci était privilégiée et il bénéficiait lui-même d'une action récursoire. Par ailleurs, cette dernière action était rarement exercée dans la mesure où le commettant pouvait « se heurter à de nombreux obstacles de droit » : l'action ne pouvait être engagée que sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ce qui excluait que le préposé soit reconnu comme gardien de la chose, le Code des assurances excluait en principe le recours contre le préposé lorsque l'assureur du commettant avait indemnisé la victime et si le commettant n'était pas assuré, il pouvait exercer par voie subrogatoire l'action de la victime qu'il avait désintéressée, ce qui ne se conçoit que peu s'agissant d'un salarié¹³⁰.

93. La règle de l'immunité du préposé va être posée par un arrêt très remarqué rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 25 février 2000 et connu sous le nom d'arrêt *Costedoat*, dont la solution est similaire à celle d'un arrêt de Chambre commerciale rendu en

¹²⁹ *V. par exemple* : Cass. 2^e civ., 22 novembre 1978, n°77-12.571

¹³⁰ P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, 10^e éd., n°165, p.96

1993¹³¹. En l'espèce, une société coopérative agricole avait demandé à une société prestataire de procéder par hélicoptère à un traitement herbicide de rizières. Lors du vol et sous l'effet du vent, le produit s'est répandu sur un fonds voisin et y a endommagé des végétaux. Ce voisin a alors assigné en réparation, entre autres, le pilote de l'hélicoptère. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence accueille sa demande en considérant que ce pilote aurait dû s'abstenir de procéder à l'épandage de l'herbicide au vu des conditions météorologiques. Les juges du Quai de l'Horloge cassèrent l'arrêt rendu par la Cour d'appel au motif que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »¹³², ce qui était le cas du pilote. Le critère posé s'agissant de la responsabilité du commettant, dont il ne peut se défaire, est alors celui de l'étendue de la mission impartie au préposé.

94. La solution est appréciable en ce qu'elle pose un critère a priori clair. Cependant, elle entre selon certains en contradiction avec l'article 1240 du Code civil qui ne prévoit aucune exception au principe de responsabilité personnelle pour faute. À plus forte raison, « les limites de la mission » impartie au préposé par son commettant constitue une formule finalement floue, ce qui ne manque pas d'être relevé par le Professeur Patrice Jourdain : selon lui, dépasse les limites de sa mission le préposé dont l'acte est soit étranger à la finalité de ses attributions soit le place en-dehors de ses fonctions¹³³. L'appréciation relève finalement des juges du fond et la bataille se fera sur le terrain probatoire quant à la question de savoir si le préposé fautif agissait ou non dans les limites de sa mission.

95. Il est bon de rappeler que l'immunité n'est que civile et ne vaut pas, par exemple, en matière pénale où le principe absolu reste celui posé par l'article 121-1 du Code pénal¹³⁴. La jurisprudence s'est attelée, après l'arrêt *Costedoat*, à créer un régime de l'immunité et poser des exceptions au principe. Tout d'abord, le préposé est considéré comme personnellement responsable civilement lorsqu'il commet une infraction pénale intentionnelle, « fut-ce sur l'ordre du commettant »¹³⁵. Ensuite, l'immunité a un caractère personnel au préposé et ne s'étend pas, par exemple, à son assureur de responsabilité¹³⁶. Ces deux exceptions sont heureuses dans la mesure où la première met en garde le préposé sur le risque qu'il prend en

¹³¹ Cass. com., 12 octobre 1993, n°91-10.864

¹³² Cass. ass. plén., *Costedoat*, 25 février 2000, n°97-17.378 et 97-20.152

¹³³ P. JOURDAIN, « Le préposé qui n'excède pas les limites de sa mission n'engage pas sa responsabilité envers les tiers », *RTD Civ.*, 2000, p.582

¹³⁴ « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »

¹³⁵ Cass. ass. plén., *Cousin*, 14 décembre 2001, n°00-82.066

¹³⁶ Cass. 1^{er} civ., 12 juillet 2007, n°06-12.624 et 06-13.790

commettant une infraction pénale, qui constitue par nature une atteinte à l'ordre public, et le responsabilise et où la seconde permet d'offrir à la victime de meilleures chances d'être indemnisée.

96. Le préposé peut malgré tout toujours engager sa responsabilité personnelle s'il cause un dommage en agissant hors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions¹³⁷. Cependant, cette responsabilité n'est pas alternative : ainsi, un préposé peut causer un dommage en excédant les limites de sa mission sans pour autant être hors de ses fonctions. Outrepasser les limites de sa mission et agir hors des fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ne coïncident pas exactement¹³⁸. Les responsabilités tant du commettant que du préposé pourront alors être engagées *in solidum*.

97. La jurisprudence reste globalement réticente à reconnaître la responsabilité personnelle du préposé. Ainsi, le lien avec la mission ou les fonctions est apprécié de façon extensive par les juges, faisant peser sur le commettant l'essentiel des conséquences du dommage causé par celui-ci¹³⁹. L'effet par principe immunisant de la qualité de préposé n'est cependant pas le seul susceptible d'entraîner l'engagement de la responsabilité civile d'une société.

Section 2 – La faute commise par un organe

98. L'article 1242-1 du projet de réforme présenté par la Chancellerie prévoit également que « la faute de la société résulte de celle de ses organes ». Ce constat n'étant pas en lui-même contesté, nous constaterons que l'interposition d'un organe est inéluctable (Paragraphe 1) mais que la notion d'organe peut s'avérer insuffisante (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'inéluctable interposition d'un organe

99. Le Professeur Léon Duguit disait qu'il n'avait « jamais déjeuné avec une personne morale », ce à quoi le Professeur Jean-Claude Soyer répondait que lui non plus, mais qu'il l'avait « souvent vue payer l'addition ». L'imputabilité directe à la société de la faute commise par un organe peut être considérée comme la forme la plus pure en matière de responsabilité

¹³⁷ Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n°87-82.654

¹³⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^e éd., n°1070, p.1140

¹³⁹ *V. par exemple s'agissant d'une atteinte corporelle* : Cass. crim., 23 juin 1988, n°84-92.915

civile des sociétés. Les organes désignent les personnes ou les instances collégiales qui ont le pouvoir de prendre des décisions au nom de ces dernières et sont désignées par la loi (conseil d'administration, directoire, président du conseil d'administration, directeur général, conseil de surveillance, assemblée générale, etc.)¹⁴⁰.

100. Une des premières questions qui s'est posée en la matière était celle de savoir si l'organe d'une société pouvait être considérée comme son préposé. La réponse a été apportée par la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 juillet 1967 : « la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit la réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, lesdits organes pris comme préposés »¹⁴¹. L'expression « sans que celle-ci soit obligée » signifie que l'organe d'une société peut être considéré comme son préposé mais pas que comme tel.

101. La solution s'expliquait sans doute, à l'époque, par la conception que l'on avait des dirigeants sociaux. En effet, comme le relève le Professeur Philippe Merle, la notion de mandat a longtemps été utilisée afin d'analyser la situation juridique de ceux-ci¹⁴². Or, le mandat est compatible avec la qualité de préposé et il était dès lors envisageable de faire peser sur les organes une responsabilité fondée sur l'article 1384 alinéa 5 du Code civil.

102. Le raisonnement paraît critiquable. En effet, comme nous avons pu le constater, la notion de préposition est consubstantielle à la notion de subordination. Or, tout aussi partisan de la théorie de la réalité de la personne morale que l'on puisse être, la société n'a pas de volonté propre et ne peut donc pas, par et en elle-même, donner des ordres et des instructions. C'est justement le mécanisme de représentation légale qui permet de personnifier la volonté de la société *via* ses organes, la loi prévoyant l'attribution et l'étendue des pouvoirs de ceux-ci¹⁴³.

103. Une décision intéressante en la matière a été rendue plus récemment par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 20 mai 2003. En l'espèce, le président du conseil d'administration de Vivendi (anciennement Compagnie Générale des Eaux), Jean-Marie Messier, était prévenu du délit d'entrave au fonctionnement régulier du Comité central

¹⁴⁰ EFL, *Mémento pratique. Sociétés commerciales*, Éditions Francis Lefebvre, 2018, n°4635, p.165

¹⁴¹ Cass. 2^e civ., 17 juillet 1967 ; Bull. civ. II, n°261

¹⁴² P. MERLE (dir.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 2018, 22^e éd., n°117, p.138

¹⁴³ *V. à ce sujet* : P. DIDIER, « Les origines de la représentation légale de la société » in *Mélanges en l'honneur de Michel Germain*, LGDJ, 2015, p.273

d'entreprise. Condamné à verser à ce dernier en sa qualité de partie civile la somme de 0,15 euros au titre des dommages-intérêts, il invoqua sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil l'argument selon lequel « le dirigeant d'une entreprise poursuivi du chef d'entrave au fonctionnement d'une institution, et qui a agi dans l'exercice de ses fonctions, ne saurait engager sa responsabilité civile à l'égard de cette institution dès lors qu'il a bénéficié d'une relaxe [et] seule l'entreprise, dont il est le préposé dès lors qu'il a agi en son nom et pour son compte, pourra, le cas échéant, voir sa responsabilité civile engagée ». La Cour rejettera son pourvoi sur ce point au motif lapidaire que « la qualité de président du conseil d'administration d'une société est exclusive de celle de préposé d'où découlerait la responsabilité mise à la charge des commettants »¹⁴⁴, entrant en contradiction avec une solution plus ancienne retenue par la Première chambre civile¹⁴⁵. Conforme à la solution de l'arrêt *Cousin*, Jean-Marie Messier ayant été condamné pénalement, la portée du principe semble néanmoins plus large puisqu'il ne fait pas référence à cette condamnation pour exclure la responsabilité de la société du fait de son président du conseil d'administration sur le fondement de l'ancien article 1384 alinéa 5 du Code civil.

104. En tous les cas, la question de savoir si un organe de la société peut être ou non considéré comme un préposé n'a plus un grand intérêt pratique depuis l'arrêt *Costedoat* dans la mesure où elle ne bénéficierait pas en principe d'une action récursoire. Reste éventuellement aux associés le bénéfice de l'action sociale en cas de préjudice subi par la société résultant d'une faute de gestion ayant engagé la responsabilité civile de celle-ci¹⁴⁶, même si cette responsabilité n'est pas reconnue sur le fondement de la responsabilité du commettant du fait de son préposé.

105. À la vérité, il serait préférable afin de lever tout malentendu juridique et de rendre lisible le régime en la matière d'en venir à un aiguillage exclusif de responsabilité partagé comme suit s'agissant de la société :

- une responsabilité directe fondée sur les articles 1240 ou 1241 du Code civil si la faute a été commise par un organe ;
- une responsabilité fondée sur l'article 1242 alinéa 5 du Code civil si la faute a été commise par un préposé, typiquement un salarié.

¹⁴⁴ Cass. crim., 20 mai 2003, n°02-84.307

¹⁴⁵ Cass. 1^o civ., 27 mai 1986, n°84-16.420 : « la qualité de mandataire ainsi attribuée à certains organes dirigeants d'une société n'est pas nécessairement exclusive de celle de préposé »

¹⁴⁶ Articles L. 225-251 et s. du Code de commerce

Si d'aventure un mandataire social s'avérait être également un salarié, il appartiendrait au juge de constater dans quelles circonstances de fait a été commise la faute afin de déterminer quel régime de responsabilité serait applicable.

106. L'instauration d'une règle d'imputabilité s'agissant de la responsabilité civile de la société en visant ses organes paraît donc opportune. Cependant, la notion d'organe peut s'avérer insuffisante.

Paragraphe 2 – L'insuffisance de la notion d'organe

107. Bien que l'opportunité de l'introduction d'une règle d'imputabilité visant les organes n'est pas à remettre en cause, la formule est à notre sens d'une concision troublante et, partant, d'un manque de précision qui n'est pas sans créer des risques pour les opérateurs.

108. Comme le relève le Professeur Hervé Synvet, d'après le texte « pris à la lettre, toute faute d'un organe est une faute de la personne morale »¹⁴⁷. Dans le cadre de la démonstration de l'insuffisance de la notion d'organe, cette observation est particulièrement pertinente. En effet, la formulation présente une première carence : un organe tel que le président d'une société par actions simplifiée peut ne pas agir en tant que tel à l'occasion de la commission d'une faute civile ; pour autant, engage-t-il la société ? Le droit pénal a, à cet égard, une qualité indéniable : l'article 121-2 du Code Pénal précise que les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises « pour leur compte » par leurs organes et représentants¹⁴⁸. La règle exige que l'infraction soit commise *ès qualités*, ce qui permet de définir ce qu'il faut ou non imputer à la personne morale. Nous traiterons plus tard de la faute séparable des fonctions, qui n'est pas non plus sans incidence en droit de la responsabilité extracontractuelle¹⁴⁹.

109. L'autre carence du projet est de ne pas viser le dirigeant¹⁵⁰. Celle-ci a été soulevée par le Professeur Guillaume Wicker lors de son audition par le Haut Comité Juridique de la place financière de Paris. En effet, il propose « d'inclure la notion de dirigeant afin d'inclure le

¹⁴⁷ HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°11, p.74

¹⁴⁸ Article 121-2 du Code pénal

¹⁴⁹ Cf. *infra* n°113 s.

¹⁵⁰ Il l'est, par exemple en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif en vertu de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

dirigeant de fait qui n'est pas un organe »¹⁵¹. La proposition est ici aussi pertinente. Le dirigeant de fait, qui réalise des activités positives de gestion ou de direction en toute indépendance¹⁵², engage la société dans la mesure où si elle le laisse agir librement comme s'il était effectivement chargé d'un mandat de direction, elle consent à en assumer les conséquences¹⁵³. Pour autant, il n'est pas nécessairement un organe. Il serait donc souhaitable de l'intégrer au projet d'article 1242-1.

110. Le projet de texte ne vise pas non plus le représentant de la personne morale. Cette problématique est soulevée par le Professeur Michel Germain, qui déclare que « dans la mesure où l'on s'appesantit sur l'intermédiaire entre la personne morale et le monde extérieur, se pose la question de l'identification de cet intermédiaire »¹⁵⁴. La notion de « représentant » est utilisée par l'article 121-2 du Code pénal¹⁵⁵ et son introduction avait déjà été suggérée par le Groupe de travail institué par la Cour de cassation lors de l'examen du projet présenté par le Professeur François Terré¹⁵⁶. Cependant, comme nous l'avons présagé auparavant, l'introduction de cette notion serait a priori inopportune car le représentant est « quasiment toujours dans la pratique un salarié »¹⁵⁷ et il convient dès lors d'appliquer la responsabilité du commettant du fait de son préposé dans la mesure où est constaté un lien de subordination. Malgré cela, se pose la question de la délégation de pouvoirs à un préposé : dès lors, il exerce un pouvoir normalement dévolu à un organe social tout en ayant une qualité de préposé. Il y a conflit de responsabilités et il conviendra alors de s'attacher, comme nous l'avons dit précédemment¹⁵⁸, aux circonstances de fait afin de déterminer quel régime de responsabilité doit être appliqué.

111. L'idéal serait donc de retenir les actes réalisés pour le compte de la société par les organes ou le dirigeant de celle-ci. Dès lors, il s'agit de savoir quel acte est susceptible d'engager la responsabilité civile de la société. La question s'est posée, en droit pénal, de savoir si une délibération était nécessaire afin d'engager la responsabilité de la personne morale. Certains arguaient dès la fin du XIXe siècle qu'afin que celle-ci le soit, que « l'organe chargé

¹⁵¹ HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°3, p.27

¹⁵² *V. par exemple* : Cass. crim., 29 novembre 2016, n°15-86.116 ou Cass. com., 27 juin 2006, n°04-15.831

¹⁵³ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2018, 7^e éd., n°493, p.357

¹⁵⁴ HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°9, p.61

¹⁵⁵ Cela résulte par ailleurs d'impératifs propres au droit pénal.

¹⁵⁶ Cour de cassation, *Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré*, 2012, p.6

¹⁵⁷ HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°9

¹⁵⁸ *Cf. supra* n°105

de vouloir ait décidé »¹⁵⁹ et que la décision respecte le principe de spécialité ainsi que les conditions légales et statutaires de validité afin que l'engagement soit valable¹⁶⁰. Cependant, le choix a été fait en 1994 de ne pas exiger la délibération comme condition préalable ou élément constitutif de l'infraction : des auteurs remarquent que la solution est heureuse dans la mesure où « il pouvait paraître illogique d'exonérer la personne morale pour ce motif formaliste, alors cependant que sa responsabilité s'admettrait dans des domaines étrangers à ses attributions »¹⁶¹. Ce raisonnement peut et doit être transposé en droit de la responsabilité extracontractuelle, d'autant plus que la faute d'abstention est admise. L'on imagine mal que la société se défausse de sa responsabilité au seul prétexte qu'aucune décision sociale n'a été prise au sein d'un organe. Il suffit que l'organe ait agi dans le cadre de ses attributions.

112. L'organe qui n'a pas agi dans le cadre de ses attributions est susceptible de commettre, sous certaines conditions, une faute séparable des fonctions. C'est cette théorie qu'il s'agit maintenant d'examiner.

CHAPITRE 2 – LA FAUTE SEPARABLE DES FONCTIONS

113. La faute séparable des fonctions est celle qui, en principe, n'engage pas la responsabilité de la société. La théorie de la « faute séparable » n'est cependant pas issue du droit privé, elle a donc fait l'objet d'une transposition (Section 1) et nous estimons opportun et nécessaire de la consacrer légalement (Section 2).

Section 1 – La transposition de la théorie en droit privé

114. L'étude de la transposition de la théorie de la faute séparable des fonctions nous amènera à constater ses occurrences en droit public (Paragraphe 1) puis sa réception en droit privé (Paragraphe 2), qui ne s'est pas faite sans encombre.

¹⁵⁹ A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, 1899, p.272

¹⁶⁰ A. VITU, « L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction », *VIIe Congrès International de Droit Pénal*, 1957, p.51 s.

¹⁶¹ C. MOULOINGUI, « L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales », *RTD Com.*, 1994, p.441

115. La théorie de la faute séparable des fonctions est inspirée du droit de la responsabilité administrative qui distingue la faute personnelle et la faute de service. Cette distinction a été consacrée par un jugement fondateur connu sous le nom de *Pelletier* et rendu par le Tribunal des conflits le 30 juillet 1873¹⁶². La juridiction utilise, dans cette décision, le terme de « fait personnel ». La portée de la solution a été discutée par la doctrine, le Professeur Maryse Deguerge considérant qu'il s'agissait d'un critère de répartition des compétences juridictionnelles qui repose sur la nature de l'acte accompli, selon qu'il soit administratif ou non, alors que le Professeur Léon Duguit y voyait déjà un critère de répartition des responsabilités¹⁶³.

116. Les deux affirmations sont en réalité fondées. La distinction entre la faute personnelle et la faute de service est en effet un critère de répartition des responsabilités en ce sens que l'agent qui commet une faute personnelle sera responsable personnellement sur son patrimoine propre alors que celui qui commet une faute de service sera protégé par le rattachement de la faute au service responsable, qui s'interposera entre la victime et l'agent en question, les règles applicables relevant alors du droit public. Elle est aussi un critère de répartition des compétences juridictionnelles, la responsabilité personnelle de l'agent relevant en principe du juge judiciaire alors que celle du service responsable relèvera en principe du juge administratif¹⁶⁴.

117. La question qui se pose alors est de savoir ce qu'est une faute personnelle et ce qu'est une faute de service. À l'occasion d'un jugement *Laumonier-Carriol* rendu par le Tribunal des Conflits le 5 mai 1877, le commissaire du gouvernement Édouard Laferrière développa dans ses conclusions la « doctrine des passions » : selon lui, la faute de service est constituée par un « acte dommageable [et] impersonnel qui révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur » alors que la faute personnelle est constituée par la faute qui révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »¹⁶⁵.

¹⁶² TC, *Pelletier*, 30 juillet 1873, n°00035

¹⁶³ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994, p.517

¹⁶⁴ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2018, 12^e éd., n°1101, p.699

¹⁶⁵ E. LAFERRIÈRE, « Conclusions sous *Laumonier-Carrol* », 1877

118. La faute de service est « une faute qui engage l'administration du fait de l'action de ses agents »¹⁶⁶. Ce type de faute ne laisse pas transparaître la personnalité de l'agent qui la commet dans le cadre des fonctions qui lui sont assignées. Il s'agit notamment de rechercher si celui-ci était animé par un intérêt personnel¹⁶⁷. Étonnamment, la circonstance que la faute soit constitutive d'une infraction pénale ne lui enlève pas nécessairement son caractère de faute de service : il est par ailleurs intéressant de relever que dans la décision de principe en la matière, le Tribunal des conflits décide que « le fait imputable [au] militaire, dans l'accomplissement d'un service commandé, n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions »¹⁶⁸.

119. La faute personnelle, quant à elle, est une faute extérieure et indépendante du service qui n'engage que la responsabilité personnelle de l'agent. Il s'agit de la faute qui soit a été commise en-dehors de l'exercice des fonctions soit révèle un comportement incompatible avec leur exercice¹⁶⁹. Cependant, faute personnelle ne signifie pas nécessairement faute étrangère au service : ainsi, l'on distingue aussi la faute commise dans le cadre du service mais détachable du service¹⁷⁰ et la faute non dépourvue de tout lien avec le service qui consiste en l'utilisation des moyens du service à des fins personnelles.

120. La délimitation des fautes étant le fruit d'une construction jurisprudentielle, s'est rapidement posée la question du cumul des fautes. Elle sera résolue par un arrêt *Anguet* rendu par le Conseil d'État le 3 février 1911. En l'espèce, la porte d'un bureau de poste avait été verrouillée avant l'heure réglementaire de fermeture et un client n'ayant pas terminé ses opérations avait été brutalement expulsé du lieu par les agents présents. La juridiction administrative admit qu'il peut y avoir cumul d'une faute de service résultant de la fermeture prématurée du bureau de poste et d'une faute personnelle résultant du comportement brutal des agents¹⁷¹.

121. Les juridictions de l'ordre judiciaire vont s'inspirer de ces solutions dégagées en droit administratif en les transposant tout en les adaptant en vue de régler la question de savoir à quel

¹⁶⁶ P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2018, 12^e éd., n°1101, p.699

¹⁶⁷ *V. par exemple* : TC, *Préfet du Tarn*, 19 octobre 1998, n°10225

¹⁶⁸ TC, *Thépaz*, 14 janvier 1935, n°00820

¹⁶⁹ J.-P. DUBOIS, « Faute des agents et responsabilité administrative », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, n°37

¹⁷⁰ *V. par exemple* : TC, *Dame Técher*, 14 janvier 1980, n°02154 ou CE, *Commune de Chonville-Malaumont*, 27 février 1981, n°13906 et n°14001

¹⁷¹ CE, *Anguet*, 3 février 1911, n°34922

moment, au même titre que l'État, la société doit faire office de réceptacle de responsabilité et à quel moment son dirigeant, s'étant placé hors de ses fonctions, doit assumer une responsabilité personnelle.

Paragraphe 2 – La réception de la théorie en droit privé

122. La réception de la théorie en droit privé ne se fera cependant pas sans encombre, certaines chambres de la Cour de cassation étant réticentes à celle-ci¹⁷².

123. Les juges de la Chambre commerciale seront d'abord fermés à l'idée de transposer en droit privé la théorie de la faute séparable des fonctions. En effet, un arrêt en date du 28 novembre 1961 rejeta celle-ci avec vigueur en posant le principe selon lequel « au cas où une faute a été commise dans la gestion, le fait que le gérant ait agi dans l'exercice de ses fonctions ne saurait soustraire ce dernier à [sa] responsabilité personnelle »¹⁷³. Elle réaffirma cette solution dans deux arrêts de 1973¹⁷⁴.

124. Il fallut attendre la Chambre sociale afin de voir un embryon de transposition de la faute séparable en droit privé. En premier lieu, tel un signal, elle rejeta un pourvoi formé contre une Cour d'appel ayant considéré que « la responsabilité sociale est la règle tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception »¹⁷⁵. En second lieu, par un arrêt du 9 avril 1975, elle se référa formellement à la notion de « faute détachable » sans la définir s'agissant d'un président de syndicat « animé d'un sentiment d'hostilité et d'une intention de nuire » à l'égard de son secrétaire général¹⁷⁶. Auparavant, elle avait pu décider de façon plus restrictive que « les mandataires et les représentants légaux des personnes morales encourent une responsabilité propre s'ils ont participé sciemment à la perpétration d'un délit ou d'un quasi-délit, même sur ordre des organisations qu'ils représentent »¹⁷⁷ : la décision de 1975 constitue donc un revirement, une consécration et un desserrement de la notion de faute séparable bien qu'elle ne soit pas directement appliquée aux dirigeants de sociétés.

¹⁷² *V. à ce sujet* : G. AUZÉRO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *Dalloz Affaires*, 1998, p.502

¹⁷³ Cass. com., 28 novembre 1961 ; Bull. civ. II, n°446

¹⁷⁴ Cass. com., 6 mars 1973 ; Cass. com., 18 juin 1973 ; Bull. civ. I, n°212

¹⁷⁵ Cass. soc., 10 mai 1973 ; Bull. civ. I, n°299

¹⁷⁶ Cass. soc., 9 avril 1975 ; Bull. civ. I, n°174

¹⁷⁷ Cass. soc., 6 janvier 1972 ; Bull. civ. I, n°6

125. La Première chambre civile emboîta le pas de la Chambre sociale dès la fin des années 1970, notamment par un arrêt du 31 mai 1978 où il est posé comme principe que la responsabilité personnelle d'un gérant est écartée s'il n'a pas commis de « faute extérieure à l'exécution du contrat conclu entre la société et la victime »¹⁷⁸ en matière de responsabilité contractuelle. La Chambre commerciale reprit la formulation à l'occasion d'un arrêt du 8 mars 1982¹⁷⁹ puis la transposa dès 1991 à la responsabilité extracontractuelle en posant le principe selon lequel « la seule constatation d'un fait délictuel ou quasi-délictuel imputable à une société n'implique pas nécessairement une faute personnelle du dirigeant social »¹⁸⁰. Enfin, un arrêt de 1998 se cantonna à évoquer la faute séparable des fonctions imputable personnellement au dirigeant¹⁸¹, sous-entendant que si elle n'est pas séparable, elle n'est pas imputable à celui-ci et l'est donc à la société¹⁸². L'unification de la jurisprudence était bien engagée, mais manquaient toujours des critères de définition de la faute séparable des fonctions.

126. Ces critères seront précisés par ce qui est aujourd'hui considéré comme un grand arrêt du droit des sociétés en la matière : l'arrêt *Seusse*, rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 mai 2003. En l'espèce, la gérante d'une société avait cédé à une société deux créances qu'elle avait déjà cédé auparavant à une banque. La seconde cessionnaire l'assigna en paiement du préjudice résultant du défaut de paiement de ces créances. La Cour d'appel condamna personnellement la gérante au motif qu'elle avait commis une faute séparable de ses fonctions qui lui était imputable personnellement, ce qu'elle contesta en soulevant le moyen selon lequel la juridiction de second degré n'avait pas « caractérisé le moindre agissement [...] étranger aux cessions de créances consenties au nom et pour le compte de la société dans l'exercice de ses fonctions de gérante ». Les juges du Quai de l'Horloge rejetèrent le pourvoi en énonçant d'abord le principe déjà acquis, à savoir que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant ne peut être retenue à l'égard des tiers que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions » puis en donnant des critères de définition de cette faute séparable, notamment constituée « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »¹⁸³. La doctrine fut partagée au sujet du véritable sens de cette décision, certains considérant qu'elle posait trois

¹⁷⁸ Cass. 1^o civ., 31 mai 1978, n°76-13.667

¹⁷⁹ Cass. com., 8 mars 1982 ; Bull. civ. I, n°92

¹⁸⁰ Cass. com., 4 juin 1991, n°89-16.847

¹⁸¹ Cass. com., *Vanhove*, 27 janvier 1998, n°93-11.437

¹⁸² P. LE CANNU, « Responsabilité des dirigeants de société envers les tiers : la « faute séparable des fonctions et imputable personnellement » », *BJS*, n°5, p.353

¹⁸³ Cass. com., *Seusse*, 20 mai 2003, n°99-17.092

critères¹⁸⁴ que sont l'intention, la particulière gravité et l'incompatibilité avec l'exercice des fonctions sociales alors que d'autres considéraient qu'elle n'en posait que deux, à savoir la particulière gravité et l'incompatibilité avec l'exercice des fonctions sociales. Toujours est-il que le critère de la gravité, prôné par certains auteurs, a été choisi par la Cour¹⁸⁵ qui viendra préciser, en 2009, que la faute peut être séparable et commise dans les limites des attributions du dirigeant¹⁸⁶.

127. Ces premières hésitations sont en réalité caractéristiques d'une certaine incertitude qui s'est installée après l'arrêt de 2003. Cette incertitude s'est transposée dans une forme d'instabilité, presque d'insécurité, jurisprudentielle.

Section 2 – La nécessaire consécration de la théorie

128. La consécration légale de la théorie de la faute séparable des fonctions est à notre sens nécessaire de deux points de vue : elle serait d'abord un remède à l'instabilité jurisprudentielle (Paragraphe 1) mais, aussi, elle permettrait d'instaurer un régime clair et lisible (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Le remède à l'instabilité jurisprudentielle

129. L'arrêt *Seusse* n'a en réalité pas la portée que certains estiment ou ont pensé estimer. En effet, il faut s'attarder un instant sur la formulation complète du principe : « 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 ; **qu'il en est ainsi lorsque** le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ». L'expression « qu'il en est ainsi » se doit d'être relevée dans le cadre du commentaire de cette décision. Le Professeur Jean-François Barbiéri, à l'image de la doctrine dominante, a interprété celle-ci dans le sens où « il n'est nullement certain que la Chambre commerciale ait entendu restreindre les contours de la faute séparable au contenu qu'elle lui a donné »¹⁸⁷. Selon lui, « il manque à cette formulation le fameux adverbe « notamment [...] ou l'incidente « par exemple », qui indiquerait plus clairement le souci de ne pas enfermer la

¹⁸⁴ B. DONDERO, « Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social », *D.* 2003, p.2623

¹⁸⁵ *V. à ce sujet* : G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *Daloz Affaires*, 1998, n°502

¹⁸⁶ Cass. com., 10 février 2009, n°07-20.445

¹⁸⁷ J.-F. BARBIÉRI, « Responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants : précisions sur les contours de la « faute séparable » », *Rev. sociétés*, 2003, p.479

définition, mais la formule laisse une ouverture suffisante pour se convaincre qu'il y a matière à évolution ». La faute évoquée dans l'arrêt de 2003 ne serait donc qu'une espèce de faute séparable : la faute séparable est celle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales mais pas que celle-ci. Cette situation est source d'instabilité en ce sens qu'elle exige une casuistique accrue.

130. L'instabilité provient aussi – et surtout – de la divergence de solutions des chambres de la Cour de cassation, la question n'ayant jamais été soulevée en Chambre mixte ou en Assemblée plénière. L'exemple typique en la matière est celui du défaut de souscription d'une assurance obligatoire¹⁸⁸ : par un arrêt en date du 19 février 2003, la Chambre criminelle avait considéré que même si un délit en la matière a été « commis dans le cadre des fonctions du dirigeant social, [il] engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers auxquels cette infraction a porté préjudice »¹⁸⁹. Moins de trois ans plus tard, dans un arrêt du 4 janvier 2006, la Troisième chambre civile décida quant à elle que « le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité n'était pas séparable des fonctions de dirigeant »¹⁹⁰. Bien que la dernière adopta finalement la position de la première en 2016¹⁹¹, cet épisode n'en reste pas moins caractéristique des divergences qui animent les juges du droit.

131. Très récemment, la rupture entre la Chambre criminelle et les autres formations de la Cour de cassation s'est encore accrue. Par sept arrêts (!) rendus le 5 avril 2018 dont deux ont été publiés, celle-ci rejeta vigoureusement et en bloc la théorie de la faute séparable des fonctions. Nous ne citerons, à titre d'illustration, que trois « Attendu » de principe :

- « le grief tiré du défaut d'établissement d'une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales constituant une faute séparable des fonctions sociales est inopérant, les juges n'ayant pas à s'expliquer sur l'existence d'une telle faute pour caractériser une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite »¹⁹² ;
- « le moyen, inopérant en ce qu'il se prévaut en ses quatre branches du caractère séparable desdites fonctions de la faute imputée [au dirigeant] »¹⁹³ ;

¹⁸⁸ *V. à ce sujet* : P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2018, 7^e éd., n°478, p.343

¹⁸⁹ Cass. crim., 19 février 2003, n°02-81.422

¹⁹⁰ Cass. 3^e civ., 4 janvier 2006, n°04-14.731

¹⁹¹ Cass. 3^e civ., 10 mars 2016, n°14-15.326

¹⁹² Cass. crim., 5 avril 2018, n°16-87.669

¹⁹³ Cass. crim., 5 avril 2018, n°16-83.984

- « le prévenu, devant répondre des infractions dont il s'est personnellement rendu coupable, quand bien même elles ont été commises dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social et ne constituent que des contraventions, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers auxquels ces infractions ont porté préjudice »¹⁹⁴.

132. L'interprétation de ces arrêts nous amène à constater que la Chambre criminelle rejette, lorsqu'elle statue en matière civile, le concept de faute séparable des fonctions ce qui l'amène, logiquement, à ne même pas s'attarder sur la qualification. La différence de solution entre cette chambre et les chambres civiles s'expliquerait, selon le Professeur Patrice Jourdain, par « la volonté de la première citée de préserver la primauté du criminel sur le civil en maintenant une certaine dépendance de l'action civile par rapport à l'action publique, dépendance qu'illustre notamment le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil »¹⁹⁵. L'avocat général Salomon, dans son avis, l'explique plutôt par la nécessité de remédier à la différence de traitement entre le dirigeant et le préposé. Aucune de ces explications n'est réellement satisfaisante à notre sens, le concept de faute séparable ayant intégré la jurisprudence judiciaire depuis maintenant quelques années et la situation du dirigeant et du préposé étant incomparable en pratique.

133. La jurisprudence est donc instable de deux points de vue : d'une part du fait de l'absence de délimitation ou de définition de ce qui constitue une faute séparable, dont l'une des espèces est celle dégagée par l'arrêt *Seusse* de 2003, et d'autre part du fait de la divergence des solutions entre les chambre criminelle et civiles, la première rejetant totalement la théorie de la faute séparable alors que les secondes l'accueillent de façon plus ou moins hésitante en tentant d'en dessiner les contours.

134. Le meilleur moyen de résoudre cette instabilité réside, selon nous, dans la consécration légale de la théorie de la faute séparable des fonctions afin de lui donner un régime clair et lisible.

¹⁹⁴ Cass. crim., 5 avril 2018, n°16-83.982

¹⁹⁵ P. JOURDAIN, « Responsabilité du dirigeant social : la chambre criminelle n'exige pas l'existence d'une faute détachable de ses fonctions sociales », *RTD Civ.*, 2018, p.677

Paragraphe 2 – L’instauration d’une notion et d’un régime clairs et lisibles

135. Le projet de réforme présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017 ne traite pas de la faute séparable des fonctions. Afin d’instaurer un régime clair et lisible, il serait souhaitable de l’intégrer en la joignant à la règle d’imputabilité que nous avons proposé.

136. En premier lieu, il serait opportun d’introduire au sein du Code civil et de définir la faute séparable des fonctions. L’introduire au sein de ce code se justifie en ce sens que la notion n’est pas uniquement applicable aux sociétés mais peut aussi l’être, par exemple, aux associations ou fondations.

137. Quant à la définition, il est utile de préciser que faute séparable des fonctions et faute pénale ne se recoupent pas nécessairement¹⁹⁶ : il serait donc hors des réalités actuelles de préciser que la faute séparable des fonctions est une faute pénale. À la vérité, l’arrêt *Seusse* eût un tel retentissement qu’il est de notre avis de transposer dans la loi, restrictivement, la solution qu’il apporte et qui est encore utilisée par la jurisprudence¹⁹⁷. Ainsi, la faute séparable serait caractérisée par trois critères cumulatifs :

- **l’intention** : la faute est commise intentionnellement ;
- **la gravité** : la faute est d’une particulière gravité ;
- **l’incompatibilité** : la faute est incompatible avec les fonctions sociales.

Cette définition aurait au moins deux effets vertueux. D’une part, elle permettrait de résoudre la divergence existant entre les différentes chambres de la Cour de cassation en astreignant la Chambre criminelle à admettre la théorie de la faute séparable des fonctions. D’autre part, elle permettrait de clarifier les conditions d’engagement de la responsabilité du dirigeant. En clarifiant ces conditions d’engagement serait créée une responsabilité de principe de la société dans l’ordre externe, celle-ci faisant écran à l’égard des tiers. Les organes et dirigeants de sociétés pourraient jauger leurs actes grâce à un standard juridique et le juge bénéficierait d’une marge de manœuvre suffisante pour décider de ce qui est ou n’est pas particulièrement grave ou incompatible avec les fonctions sociales.

138. Le Professeur Olympe Dexant-de Bailliencourt a proposé, en janvier 2019, une introduction limitée de la notion. En effet, dans sa proposition d’ajout au projet de réforme de

¹⁹⁶ *V. par exemple* : Cass. 1^e civ., 14 décembre 1999, n°97-15.756 ou Cass. com., 28 septembre 2010, n°09-66.255

¹⁹⁷ *V. pour un usage récent* : Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851 ; S. MESSAÏ-BAHRI, « Actes de concurrence déloyale et faute séparable des fonctions du dirigeant », *BJS*, n°03, p.36

la responsabilité civile, elle émet l'idée de créer dans le projet de réforme un article 1241-1 qui disposerait « qu'à l'égard des tiers, le dirigeant d'une personne morale n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute séparable de ses fonctions »¹⁹⁸. L'intention est louable mais cette suggestion est critiquable de deux points de vue : elle ne vise que le dirigeant et consacre la faute séparable de ses fonctions sans la définir, ce qui ne fait que régler le problème de la divergence d'opinion entre les différentes chambres de la Cour de cassation, objectif par ailleurs assumé par l'auteur.

139. En second lieu, il serait opportun de préciser le régime de la faute séparable des fonctions. Il est acquis que le dirigeant bénéficie d'une immunité lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions pour le compte de la société, celui-ci n'étant responsable personnellement qu'en cas de faute séparable des fonctions sans que la question de savoir si la société peut se retrancher derrière le fait fautif de son dirigeant pour éviter d'engager sa responsabilité trouve encore une réponse¹⁹⁹. Nous proposons d'instaurer un régime qui reposerait sur la responsabilité de principe de la société à l'égard des tiers, ces derniers pouvant, le cas échéant, prouver une faute séparable des fonctions des organes ou du dirigeant concernés afin de les faire condamner solidairement. Cette solution permettrait d'une part de responsabiliser les associés notamment dans le choix des dirigeants, de responsabiliser le dirigeant dans sa prise de décision et d'éventuellement augmenter la surface financière affectée à la réparation du préjudice subi par le tiers victime.

140. Le système se présenterait alors comme suit :

- par principe, la société est responsable des fautes commises pour son compte par ses organes ou son dirigeant ;
- par exception, en cas de faute séparable des fonctions, la responsabilité personnelle des organes ou du dirigeant peut être engagée solidairement avec celle de la société.

La faute séparée des fonctions, c'est-à-dire commise par le dirigeant agissant en son nom propre et non pas *ès qualités* dans le cadre de sa vie privée, ne relève évidemment pas de ces cas de figure²⁰⁰. Quant à la faute séparable des fonctions commise par un organe collégial, la jurisprudence *Crédit martiniquais*, qui a posé le principe valable dans l'ordre interne selon

¹⁹⁸ O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT, « Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant », *D.* 2019, p.144

¹⁹⁹ D. PORACCHIA, « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable des fonctions » commise à l'occasion des fonctions », in *Mélanges en l'honneur de Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p.377

²⁰⁰ *V. à ce sujet* : J.-F. BARBIÈRI, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive » in *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, 2003, p.55

lequel « commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent »²⁰¹, nous semble utilement transposable à l'ordre externe²⁰².

141. Dans l'ordre externe justement, le tiers est assuré d'obtenir réparation. Dans l'ordre interne, il appartiendra aux associés de la société concernée de faire le nécessaire afin d'éventuellement résoudre les dysfonctionnements ayant mené à la commission de la faute et la réalisation du dommage. Son intérêt est de ne pas faire peser sur le tiers, qui a subi un préjudice qui doit être réparé, les dysfonctionnements de la société. C'est d'ailleurs pour cela que nous proposons une responsabilité solidaire dans la mesure où la faute est « séparable » et non « séparée » : la société a au moins été l'instrument de la faute ayant causé le dommage et ses dysfonctionnements internes ont rejailli sur les tiers.

²⁰¹ Cass. com., *Crédit martiniquais*, 30 mars 2010, n°08-17.841

²⁰² Cette solution pourrait toutefois poser problème en termes d'attractivité de notre droit, ce que nous concédons aisément. La responsabilité personnelle du dirigeant ou des membres d'un organe serait cependant assurable.

DEUXIEME PARTIE – LES EVOLUTIONS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES

142. La responsabilité civile des sociétés est, comme nous avons pu le constater, indéfectiblement liée au concept traditionnel de faute dont nous avons fait l'étude. Cependant, elle connaît des évolutions caractérisées par sa pénétration de nouveaux domaines (Titre 1) mais aussi par l'apparition de nouveaux enjeux (Titre 2).

TITRE 1 – LES NOUVEAUX DOMAINES DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES

143. Les nouveaux domaines de la responsabilité civile que nous avons choisi d'étudier sont, d'une part, le groupe de sociétés (Chapitre 1) et, d'autre part, les formes originales de celles-ci qui se sont développées ou tendent à se développer (Chapitre 2)

CHAPITRE 1 – LA RESPONSABILITE CIVILE ET LE GROUPE DE SOCIETES

144. L'étude des rapports entre la responsabilité civile et le groupe de sociétés se déroulera en deux temps, le premier étant consacré à l'application de celle-ci au groupe de sociétés en tant que tel (Section 1) et le second particulièrement à la société-mère (Section 2), qui est la tête du groupe.

Section 1 – Le rapport de la responsabilité civile au groupe de sociétés

145. La question d'une responsabilité civile appliquée au groupe de sociétés nous amènera à tout d'abord constater que le principe d'autonomie de la personnalité morale est relatif (Paragraphe 1) et, ensuite, que le législateur a récemment pris une initiative tendant à utiliser le groupe comme champ d'application d'obligations sanctionnées par un mécanisme de responsabilité civile (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La relative autonomie de la personnalité morale des sociétés

146. L'article 1842 du Code civil, tout comme l'article L. 210-6 du Code de commerce, disposent que « les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ». Le principe est donc qu'une société est dotée d'une personnalité morale et qu'il est impossible de reconnaître cette personnalité à un groupe de sociétés distinctes : il s'agit du principe d'autonomie de la personnalité morale.

147. Cependant, la réalité d'un groupe de sociétés ne peut en pratique être ignorée. Le groupe est caractérisé par le contrôle. Le Professeur Michel Storck a tenté d'en apporter une définition en avançant qu'il existe lorsqu'une « personne physique ou morale est investie d'un pouvoir souverain de direction, de commandement au sein d'une société juridiquement autonome »²⁰³. Cependant, la notion est d'ores et déjà définie à l'article L. 233-3 du Code de commerce. Une société est considérée comme en contrôlant une autre :

- lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
- lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
- lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

Le contrôle est présumé lorsqu'une société « dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne »²⁰⁴.

148. Il n'existe pas, en droit français, de corpus juridique unifié relatif aux groupes de sociétés. Bien que l'idée ait été plusieurs fois évoquée²⁰⁵, le concept de groupe en tant que tel fait l'objet d'un impressionnisme juridique²⁰⁶ en ce sens qu'il n'y a pas de loi spécifique

²⁰³ M. STORCK, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. sociétés*, 1986, p.385

²⁰⁴ Article L. 333-3 du Code de commerce

²⁰⁵ *V. par exemple* : J. FOYER, « Faut-il un droit des groupes de sociétés ? », *RJ Com.*, 1996, p.165

²⁰⁶ Selon l'expression des Professeurs Paul Le Cannu et Bruno Dondero dans leur ouvrage *Droit des sociétés*, LGDJ, 2018, 7^e éd., p.991, n°1503

définissant ou étant applicable aux groupes de sociétés. Cependant, il semble pertinent de relever que l'Institut de Droit International, lors de sa Session de Lisbonne en 1995, a dégagé des principes relatifs aux obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres : en matière extracontractuelle par exemple, il a été considéré que « peut être imputée à l'entité de contrôle dans les circonstances, telles que des catastrophes, dans lesquelles les ressources de la société membre ou des sociétés membres directement impliquées apparaissent comme insuffisantes pour satisfaire complètement aux réclamations présentées »²⁰⁷. Ces principes n'ont cependant pas de portée normative ou de valeur impérative, ne constituant que des travaux doctrinaux.

149. La notion-clé dégagée par la jurisprudence en la matière est celle d'immixtion. L'immixtion peut être définie comme « le fait, principalement de la part d'une société-mère de s'impliquer dans les affaires de sa filiale [...], la conduisant à bénéficier indirectement de droits ou supporter des obligations qu'en théorie seule cette dernière devrait recevoir ou assumer »²⁰⁸ et la Cour de cassation l'utilisa en matière contractuelle dans un arrêt fondateur rendu par la Chambre commerciale le 15 juin 1993 s'agissant d'un bail : « en l'état de ces constatations et appréciations dont il résultait que la [société-mère] s'était immiscée dans la conclusion et l'exécution du bail litigieux, la cour d'appel, hors toute dénaturation et sans se contredire, a retenu que les rapports de bailleur et de preneur s'étaient en fait établis et poursuivis jusqu'à la résiliation du bail avec la [société-mère] »²⁰⁹. Moins de deux ans plus tard, la solution sera reprise par la Deuxième chambre civile en matière extracontractuelle : en l'espèce, une filiale devait honorer la commande d'une passerelle pour laquelle sa société-mère avait établi une étude, une note de calcul et des plans. La passerelle s'avéra défectueuse et le client assigna alors les deux sociétés. La Cour d'appel de Lyon accueillit sa demande, l'arrêt faisant ensuite l'objet d'un pourvoi. Les juges du Quai de l'Horloge décidèrent que « la [société-mère], en réalisant une étude et en établissant une note de calcul et des plans en référence au plan de la société Creusot-Loire, est intervenue personnellement dans l'opération de construction où elle a eu un rôle actif »²¹⁰. La notion de rôle actif est assimilable, ici, à celle d'immixtion. La Cour de cassation estime cependant que les actes d'immixtion doivent être caractérisés, adoptant une position restrictive à cet égard²¹¹.

²⁰⁷ Institut de Droit International, *Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres*, Lisbonne, 1995, accessible sur : http://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/1995_lis_04_fr.pdf

²⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, « Des limites de la personnalité morale » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p.300

²⁰⁹ Cass. com., 15 juin 1993, n°91-14.404

²¹⁰ Cass. 2° civ., 3 mai 1995, n°93-15.777

²¹¹ Cass. 3° civ., 25 février 2004, n°01-11.764

150. Les frontières juridiques posées par les principes cardinaux régissant la personnalité morale des sociétés ne sont donc pas parfaitement étanches. Le groupe de sociétés n'a pas de réelle existence en droit mais, en fait, la société d'un groupe constitué par certains liens déduits du contrôle doit être attentive à ne pas s'immiscer ou créer une apparence dans la gestion d'une autre société appartenant au même groupe, même si le critère est apprécié strictement. Il s'agit essentiellement, par ce moyen, d'éviter l'instrumentalisation de la personnalité juridique.

Paragraphe 2 – L'audacieuse instauration du devoir de vigilance au sein du groupe de sociétés

151. L'appréhension du groupe de sociétés par la loi s'est récemment faite par un biais original. En effet, alors que le législateur est habituellement réticent à l'idée de reconnaître l'existence des groupes, il n'hésite plus à faire peser sur certaines entreprises des obligations dont il constitue le champ d'application. C'est le cas du devoir de vigilance, instauré par la Loi n°201-399 du 27 mars 2017 et codifié à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, qui impose aux sociétés-mères et donneuses d'ordre une véritable obligation de surveillance des activités intra-groupe au regard des enjeux humains, sociaux et environnementaux.

152. Le texte trouve sa source dans deux constats réalisés par le législateur. D'une part, « aux yeux du droit, chaque entité qui compose le groupe est considérée comme autonome et sans lien juridique avec la maison-mère : aujourd'hui, si la filiale d'une société transnationale européenne installée en dehors des frontières européennes ne respecte pas la législation en vigueur, commet des violations de droits humains, ou provoque des dommages environnementaux irréversibles, la responsabilité juridique de la société mère ne peut pas être engagée et ce cloisonnement juridique empêche les victimes de saisir les juges français ou européens, alors même que ce sont parfois les décisions de la société mère ou donneuse d'ordre qui sont à l'origine du dommage » et, d'autre part, « si le développement des échanges commerciaux mondiaux contribue au rayonnement et au développement économiques des pays qui y participent, force est de constater qu'il s'accompagne parfois de certaines pratiques ayant des incidences négatives sur les droits humains et l'environnement »²¹². L'événement déclencheur de ce dernier constat a été l'Effondrement du Rana Plaza, immeuble abritant

²¹² Exposé des motifs de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre. Accessible sur (5 mai 2019) : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion2578.pdf>

plusieurs ateliers de confection dont les clients étaient notamment les entreprises françaises Auchan, Camaïeu ou Carrefour, le 24 avril 2013²¹³.

153. Le dispositif aujourd'hui en vigueur, qui est à notre sens malheureusement plus le fruit d'une tristement habituelle conjonction de l'émotion et du moralisme que d'une véritable réflexion globale de fond du législateur, est juridiquement audacieux en ce qu'il vise (sans le citer) le groupe de sociétés et, à l'image des comptes consolidés, apporte une nouvelle pierre à l'édifice de la sporadique appréhension juridique de celui-ci.

154. Tout d'abord, le dispositif est applicable à certains types de sociétés seulement, à savoir les sociétés par actions : cela inclut évidemment les sociétés anonymes mais aussi, par renvoi, les sociétés en commandite par actions²¹⁴ et les sociétés par actions simplifiées²¹⁵. Les sociétés-mères concernées doivent employer, à la clôture de deux exercices consécutifs :

- soit au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ;
- soit au moins 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

Ces critères ont été critiqués par le Professeur Sophie Schiller, qui estime qu'il aurait fallu préférer, par exemple, un rattachement à l'activité commerciale exercée sur le territoire français²¹⁶. Nous la rejoignons sur ce point précis dans la mesure où ce critère aurait été de nature à simplifier le texte et à éviter les effets de seuil.

155. Le plan de vigilance doit être élaboré avec « les parties prenantes de la société », figurer dans le rapport de gestion de la société et comporter :

- les mesures de vigilance raisonnable 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 de la société et de celles des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce ;

²¹³ S. CAILLAT, « Bangladesh : après la recherche des cadavres, celle des étiquettes », *L'Obs*, 2013. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-monde/20130514.RUE6236/bangladesh-apres-la-recherche-des-cadavres-celle-des-etiquettes.html>

²¹⁴ Par renvoi de l'article L. 226-1 du Code de commerce

²¹⁵ Par renvoi de l'article L. 227-1 du Code de commerce

²¹⁶ S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 2017, n°15, p.19

- des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie lorsque les activités précitées sont rattachées à cette relation.
- une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- 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 ;
- 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 ;
- un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Le contenu est donc, sans doute à dessein, extrêmement large. Le point qui nous intéresse ici n'est pas tant le plan dans ses caractéristiques intrinsèques mais la sanction qui lui est propre : le droit de la responsabilité civile extracontractuelle a été ici mis au service du droit des sociétés.

156. En effet, l'article L. 225-102-5 du Code de commerce dispose que « dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter », étant entendu que l'action peut être introduite par « toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin ». Les Professeurs Anne Danis-Fatôme et Geneviève Viney parlent, à cet égard, de faute et de dommage nommés. Quant à la faute, « toute négligence dans l'application des mesures de prévention énumérées au plan de vigilance sera susceptible d'engager la responsabilité de son auteur », la loi ayant provoqué un « durcissement du droit mou ». Nous les rejoignons, en ajoutant que toute négligence dans l'application de ces mesures sera une faute mais que, dans le cadre de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, seules les négligences dans l'application de ces mesures seront des fautes. Quant au dommage, « seuls les dommages graves et seules certaines atteintes sont visées », ce qui diffère du droit commun qui exige la réparation du dommage indifféremment de son caractère grave au non. Le texte englobe par ailleurs les « risques avérés de dommages futurs », créant une sorte de responsabilité pour

risque autonome dont l'engagement pourrait être constitué par la simple absence du respect d'une norme de sécurité par exemple²¹⁷.

157. Le véritable problème du texte réside dans le lien de causalité entre la faute et le dommage. Celui-ci peut rapidement se révéler extrêmement distendu et on peut alors douter de l'opportunité d'utiliser le levier de la responsabilité civile de droit commun dans le cadre du devoir de vigilance. À cet égard, certains auteurs ont proposé d'utiliser le mécanisme de présomption de causalité²¹⁸ en vue de concrétiser la fonction préventive de cette responsabilité civile. Nous n'estimons pas opportun d'y avoir recours : renvoyer au droit commun pour ensuite bricoler autour du droit commun, ça n'est déjà plus être dans le droit commun. Ce serait ouvrir la boîte de Pandore : présumer le lien de causalité revient peu ou prou à présumer la responsabilité, ce qui est juridiquement infondé et remettrait en cause la stabilité du système ainsi que la sécurité juridique. Soit l'on fait appel au droit commun et l'on s'y plie rigoureusement, soit l'on crée un droit de la responsabilité exorbitant au risque de rendre encore plus illisible le corpus juridique. Il n'y a pas d'entre-deux.

158. Bien qu'on ne puisse évidemment pas être insensible aux enjeux sociaux et environnementaux propres à notre époque, le législateur doit aussi prendre la mesure des enjeux juridiques que posent ces problématiques. Une loi mieux faite sera une loi plus compréhensible, plus lisible et mieux appliquée. Si le devoir de vigilance concerne tout le groupe de sociétés, tant le législateur que les juges ont déjà fait peser sur la société-mère dudit groupe des obligations liées à celui-ci.

Section 2 – Le rapport de la responsabilité civile à la société-mère

159. L'application de la responsabilité civile à la société-mère peut être caractérisée par deux mécanismes, à savoir celui de sa responsabilité environnementale (Paragraphe 1) et celui du co-emploi, domaine dans lequel nous pouvons déceler un retour au principe d'autonomie de la personnalité morale (Paragraphe 2).

²¹⁷ A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, n°28, p.1610

²¹⁸ *V. par exemple* : C. HANNOUN, « Propositions pour un devoir de vigilance des sociétés-mères » in *Mélanges en l'honneur de Michel Germain*, LGDJ, 2015, p.381 s.

Paragraphe 1 – L'exorbitante responsabilité environnementale de la société-mère

160. L'enjeu lié à la responsabilité environnementale de la société-mère d'un groupe est considéré comme un des plus importants en matière d'écologie afin, là encore, de prendre en compte la réalité économique de ces agrégats de sociétés.

161. Le législateur a profité de la Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010, dite *Loi Grenelle II*, afin d'introduire des dispositions relatives à la prise en charge du passif environnemental d'une filiale par sa société-mère. L'avis de la Commission des lois du Sénat à ce sujet fait expressément référence aux défaillances liées à l'affaire *Metaleurop*, dans laquelle la mère de la société *Metaleurop Nord* s'était désengagée de celle-ci en laissant un lourd passif environnemental dont elle n'était pas disposée à contribuer au règlement. On peut lire que cette affaire « montre, à l'évidence, l'existence de montages juridiques dans le cadre de groupes de sociétés, destinés à éluder les obligations incombant à certaines de leurs filiales », la collectivité publique ayant pris en charge la moitié des 30 millions d'euros constituant le coût de dépollution²¹⁹. Ce constat a amené le législateur à prendre ses responsabilités.

162. C'est ainsi qu'est né l'article L. 512-17 du Code de l'environnement, qui concerne la prise en charge obligatoire par la société-mère du passif environnemental de sa filiale. Son premier alinéa dispose qu'en cas de liquidation judiciaire visant cette dernière, le liquidateur ou le ministre public ou le représentant de l'État dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert la procédure ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une **faute caractérisée** commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société-mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité.

163. Le texte exige la commission d'une faute caractérisée. Celle-ci suppose une faute d'une importante gravité qui n'est cependant pas pour autant une faute lourde confinant au dol. Le Sénat, toujours dans l'avis de sa Commission des lois, dresse un parallèle avec le droit des procédures collectives en faisant référence à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, dans laquelle peuvent constituer des fautes l'absence de mise en œuvre d'outils de gestion

²¹⁹ Avis n°576 de la Commission des lois du Sénat sur le projet de loi portant engagement national pour l'environnement. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://www.senat.fr/rap/a08-576/a08-5761.pdf>

fiables ou le financement de travaux indus ou la poursuite d'une activité déficitaire²²⁰. Toujours est-il que la faute caractérisée ne revêt pas de définition uniforme et qu'à ce jour, il n'y a pas de jurisprudence significative à ce sujet en matière environnementale. La société-mère se doit donc d'être particulièrement vigilante d'une part à son implication dans la gestion de sa filiale afin d'éviter une immixtion susceptible d'engager sa responsabilité du fait de la commission d'une faute caractérisée et, d'autre part, à la façon dont elle gère le passif environnemental de celle-ci.

164. Afin d'élargir la surface financière affectée au règlement du passif environnemental d'une filiale, le second alinéa de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement permet d'engager la responsabilité de la « société-grand-mère » dans les mêmes conditions. Cette disposition a l'effet vertueux d'éviter la création de sociétés-mères faisant écran entre la filiale et la véritable société-mère. La loi n'est cependant pas le seul avatar de cette responsabilité environnementale : la jurisprudence a aussi, récemment, reconnu la responsabilité de la société-mère hors de tout fondement juridique précis.

165. Le mois de décembre 1999 vit le pétrolier *Erika* faire naufrage au large des côtes françaises, provoquant une marée noire de 20 000 tonnes de fioul souillant 400km de littoral et tuant plus de 150 000 oiseaux²²¹. Le pétrolier étant exploité par une filiale de l'entreprise Total, cet événement posa notamment la question de la responsabilité civile de cette dernière dans les dommages causés, particulièrement à l'environnement. La Cour d'Appel de Paris avait, au sujet de Total, décidé de son irresponsabilité civile dans un arrêt du 30 mars 2010 en se fondant sur une convention maritime qui « canalisait » sa responsabilité dans la mesure où selon celle-ci, en cas de pollution par hydrocarbures, seul le propriétaire du navire pouvait être considéré comme responsable²²². La Cour de cassation ne confirma pas ce raisonnement, considérant que Total avait commis une « faute de témérité » assimilable à une faute inexcusable constituée par « tout fait ou omission personnelle commis témérement et avec conscience que le dommage de pollution en résulterait probablement »²²³. Certains auteurs ont vu dans cette conception que se tirait du caractère téméraire de la faute la conscience d'un danger probable, l'appréciation de

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ L'OBS, « Comprendre le naufrage de l'Erika en 8 chiffres », *L'Obs*, 2012. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://www.nouvelobs.com/societe/20120925.OBS3440/comprendre-le-naufage-de-l-erika-en-8-chiffres.html>

²²² Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 29 novembre 1969. Accessible sur (5 mai 2019) : https://www.iopcfunds.org/fileadmin/IOPC_Upload/Downloads/French/69CLC_f.pdf

²²³ Cass. crim., *Erika*, 25 septembre 2012, n°10-82.938

celle-ci étant alors loin d'être restrictive²²⁴. Ainsi, la Cour a pu tirer du schéma contractuel mis en place dans l'intérêt exclusif de la société-mère via des *chart parties* et de la faute de témérité la responsabilité civile de Total. Bien que la solution s'inscrivait dans un contexte particulier et dans le cadre de l'application d'une convention internationale, la consécration par la même décision du préjudice écologique démontre que le juge s'adapte aux nouveaux enjeux environnementaux en revenant aux mécanismes fondamentaux de la responsabilité civile extracontractuelle.

166. Le juge use d'ailleurs également de cette dernière afin de reconnaître, dans un tout autre domaine, que l'influence de la société-mère a eu une importance si capitale que ses moyens doivent s'adjoindre à ceux de sa filiale.

Paragraphe 2 – Le reflux de la théorie du co-emploi : un retour au principe d'autonomie

167. La théorie du co-emploi est née à la fin des années 1990 sous l'impulsion de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Née dans le contexte particulier de la hausse du nombre de licenciements économiques, propre au droit du travail et permettant de dépasser le principe de l'unicité d'employeur, elle avait pour objectif d'offrir au salarié d'une filiale une conjonction de débiteurs dès lors que la société-mère était considérée comme excessivement dominante²²⁵.

168. Issue de l'abandon d'une certaine vision juridique du lien de subordination pour une vision économique (certains auteurs utilisent le terme de « corporate »), les différentes décisions rendues utilisaient comme critères déterminants « la confusion des intérêts, des activités et de la direction » entre la société-mère et sa filiale²²⁶. Cependant, la théorie devint vite « indomptable »²²⁷ alors qu'elle était conçue comme un « correctif aux abus de domination au sein des groupes de sociétés »²²⁸. Les juges venaient, grâce à des critères flous, d'ouvrir une boîte de Pandore et, ce faisant, de bafouer le principe qui reste celui de l'autonomie de la personnalité morale.

169. Ainsi, la Chambre sociale commença progressivement à resserrer sa jurisprudence. Par un arrêt du 2 juillet 2014, elle précisa les critères du co-emploi en les rendant plus stricts : il

²²⁴ C. CARPENTIER, « Société-mère et droit de l'environnement », *RLDA*, 2012, n°11, p.79

²²⁵ G. AUZERO, « Le co-emploi » in *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p.44

²²⁶ *V. par exemple* : Cass. soc., 26 juin 1997, n°94-45.173

²²⁷ G. LOISEAU, « Le co-emploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », *JCP S*, 2014, n°1311

²²⁸ *Ibid.*

faut certes caractériser une confusion des intérêts, des activités et de la direction mais cette confusion doit être constitutive d'une immixtion²²⁹, ce qui alourdit la charge de la preuve du salarié souhaitant faire reconnaître une telle situation et l'obligation de motivation du juge du fond. La solution avait déjà été exprimée dans des arrêts récents sans jamais l'être aussi explicitement²³⁰. L'immixtion implique une illégitimité à la prise de décision, celle-ci n'étant pas constituée en l'espèce dans la mesure où la société-mère détenait un mandat social et, à plus forte raison, la Cour de cassation laissa une place à « la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe » en faisant perdre beaucoup d'influence à la théorie du co-emploi sans pour autant que sa décision constitue un revirement de jurisprudence.

170. Puis, par deux arrêts du 8 juillet 2014, la Cour de cassation offrit une alternative aux salariés s'estimant lésés par la politique de gestion menée par une société-mère. En effet, a été posé le principe selon lequel « [n'est pas] irrecevable une action en responsabilité extracontractuelle dirigée contre un tiers auquel sont imputées des fautes ayant concouru à la déconfiture de l'entreprise et, par là, à la perte des emplois dès lors que ces fautes se distinguent des manquements qui pourraient être reprochés à l'employeur en ce qui concerne le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou de l'obligation de reclassement »²³¹. La Chambre sociale fait donc le choix d'un réajustement et d'un retour aux fondamentaux et au droit de la responsabilité civile extracontractuelle, le « tiers » étant ici la société-mère. La solution est heureuse dans la mesure où elle est porteuse de sécurité juridique. Comme le précise le Professeur Grégoire Loiseau, « la faute perçe sous l'abus de domination quand une décision contraire aux intérêts économiques de la filiale lui est imposée pour le seul profit de la société-mère »²³² et cela constitue, selon nous, un standard raisonnable d'engagement de la responsabilité de cette dernière dès lors que les conditions y afférentes sont remplies. Cependant, certains auteurs ont été critiques dans la mesure où les sociétés-mères pourraient devenir « otages d'une absence de qualification et de précision sur ce qui relève de décisions dommageables »²³³.

171. L'articulation des deux solutions a en tout cas trouvé une nouvelle illustration récente. En effet, dans un arrêt du 24 mai 2018, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu à se prononcer à ce sujet. En l'espèce, une filiale de la société Lee Cooper France elle-même détenue

²²⁹ Cass. soc., *Molex*, 2 juillet 2014, n°13-15.208 à 13-21.153

²³⁰ *V. par exemple* : Cass. soc., 18 décembre 2013, n°12-25.686 à 12-25.734

²³¹ Cass. soc., *Sofarec*, 8 juillet 2014, n°13-15.470

²³² G. LOISEAU, « Le co-emploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », *JCP S*, 2014, n°1311

²³³ H. FREMONT, note sous CA Douai, 31 janvier 2017, n°13/03934

par la société Lee Cooper elle-même détenue par le fonds Sun Capital Partners avait fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire impliquant un plan de cession qui prévoyait la reprise de quarante-sept salariés sur cent vingt et un. Les soixante-quatorze autres, non repris dans ce plan, avaient intenté une action tant en reconnaissance d'une situation de co-emploi qu'en responsabilité extracontractuelle contre le fonds à la tête du groupe. Ils seront déboutés par le Conseil de Prud'hommes avant que leur demande soit accueillie par un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens. Ledit fonds forma alors un pourvoi en cassation. La Chambre sociale ne reconnaîtra pas de co-emploi faute d'immixtion durable de celui-ci dans la gestion économique et sociale de la filiale. Cependant, sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, la décision d'appel fut confirmée dans la mesure où « la société Sun Capital Partners Inc. avait pris, par l'intermédiaire des sociétés du groupe, des décisions préjudiciables dans son seul intérêt d'actionnaire, lesquelles avaient entraîné la liquidation partielle de la société Lee Cooper France [...] la société Sun Capital Partners Inc. avait, par sa faute, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résultée »²³⁴. Le point d'orgue de l'état actuel du droit en la matière est donc que l'actionnaire principal qui prend une décision dans son intérêt exclusif au détriment d'une filiale, quitte à la sacrifier, commet une faute dont les conséquences dommageables doivent être réparées²³⁵.

172. Nous constatons alors, assez étonnamment, un retour au principe de l'autonomie de la personnalité morale de la part des juges. C'est également heureux. En effet, même si le droit ne peut pas se défaire de son environnement économique, le droit n'est pas l'économie : ainsi, il serait inopportun de faire reposer tout notre système juridique sur l'analyse économique. Alors que certains plaident pour la reconnaissance d'un intérêt de groupe²³⁶, nous estimons opportun de s'en tenir à des solutions traditionnelles.

173. Cependant, cela n'empêche pas le législateur ou le juge de prendre des mesures de bon sens afin de s'adapter intelligemment aux réalités économiques qui ne peuvent pas, non plus, être ignorées.

²³⁴ Cass. soc., *Lee Cooper*, 24 mai 2018, n°16-22.881

²³⁵ E. MOUIAL-BASSILANA, « Responsabilité délictuelle de l'actionnaire principal du groupe envers les salariés licenciés dans l'affaire Lee Cooper », *BJS*, 2018, n°09, p.522

²³⁶ I. PARACHKEOVA-RACINE, « Intérêt de groupe, où es-tu ? », *BJS*, 2019, n°05, p.1

CHAPITRE 2 – LES FORMES ORIGINALES DE RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES

174. La responsabilité civile des sociétés connaît des formes originales. Nous les analyserons successivement en traitant dans un premier temps de celle résultant des atteintes à la concurrence (Section 1) et, dans un second temps, de celle susceptible de résulter des engagements sociétaux de l'entreprise (Section 2).

Section 1 – La responsabilité civile résultant des atteintes à la concurrence

175. Il est possible de faire, au titre de la responsabilité civile résultant des atteintes à la concurrence, une distinction entre la responsabilité civile du fait des pratiques restrictives de concurrence (Paragraphe 1), qui relève d'un régime légal, et la responsabilité civile du fait des actes de concurrence déloyale, qui est une construction jurisprudentielle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La responsabilité civile du fait des pratiques restrictives de concurrence

176. Les pratiques restrictives de concurrence *in extenso* sont appréhendées par plusieurs branches du droit : droit de la concurrence, droit de la distribution, droit de la consommations, etc. Elles font l'objet, pour ce qui nous intéresse, d'un chapitre au sein du Code de commerce. Là se trouve le siège de la matière, comportant des dispositions relatives aux sanctions pénales mais particulièrement un texte instituant une responsabilité civile autonome, l'article L. 442-6 de celui-ci.

177. Son champ d'application personnel comprend « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers ». D'un point de vue procédural, une spécificité est à remarquer : le principe reste que l'action peut être intentée par toute personne justifiant d'un intérêt mais elle l'est aussi par le Ministère public, le Ministre de l'économie ou le Président de l'Autorité de la concurrence si l'affaire relève de sa compétence. Lorsque l'action est intentée par le Ministère public ou le Ministre de l'économie, une amende civile peut être prononcée sans que son montant n'excède cinq millions d'euros ou le triple du montant des sommes indûment versées ou « de manière proportionnée » 5 % du chiffre d'affaires hors

taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Le droit des pratiques restrictives de concurrence peut, à l'égard de l'amende civile, être considéré comme précurseur dans la mesure où l'article 1266-1 du Projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie instituerait une amende civile « de droit commun »²³⁷.

178. Toujours est-il que le principe est posé par le premier alinéa de l'article étudié est celui de la responsabilité de l'auteur des pratiques visées par le texte, qui doit réparer le préjudice qu'il a causé du fait de celles-ci. Le régime de responsabilité posé par l'article L. 442-6 nécessite donc la commission d'une faute nommée. Le texte étant extrêmement long, nous n'en citerons que certaines en exemple : rupture de relations commerciales établies, non-communication des conditions générales de vente, imposition de pénalités de retard en cas de force majeure, instauration d'un déséquilibre significatif dans la relation commerciale, etc. On ne peut que regretter cet « inventaire à la Prévert » qui, d'abord, ne rend pas la loi plus lisible mais est surtout symptomatique de la tendance qu'est celle de ne pas légiférer avec une vision globale des enjeux mais selon les circonstances.

179. Pour remédier à cela, l'article 17 de la Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018, dite *Loi EGalim*, habilite le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance « toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour modifier le Titre IV du Chapitre IV du Code de commerce » afin, notamment, de « simplifier et préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6 en ce qui concerne la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles »²³⁸. En ce sens, la DGCCRF²³⁹ a soumis à consultation publique une proposition de réforme²⁴⁰ de la disposition en question qui serait scindée en deux articles L. 442-1 et L. 442-2 applicables à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ».

180. L'article L. 442-1 se recentrerait sur trois pratiques, à savoir l'avantage sans contrepartie, le déséquilibre significatif et la rupture brutale des relations commerciales. Il s'agit de laisser une marge d'appréciation au juge afin d'appréhender les pratiques pouvant avoir un

²³⁷ Cf. *infra* n°247 s.

²³⁸ Loi n°2019-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous

²³⁹ Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

²⁴⁰ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « La réécriture du titre IV du livre IV du Code de commerce », *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence*, 2019, n°04, p.3

effet néfaste sur le marché. L'article L. 442-2, quant à lui, fixerait un cadre procédural : pourraient toujours exercer l'action toute personne justifiant d'un intérêt, le Ministère public ou le Ministre de l'économie lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée à l'article L. 442-1²⁴¹. Toute personne justifiant d'un intérêt pourrait demander la cessation des pratiques et la victime de celles-ci pourrait demander la nullité des clauses ou contrats illicites. Enfin, une amende civile pourrait toujours être prononcée si l'action est intentée par le Ministère public ou le Ministre de l'économie. Cette amende ne pourrait excéder, selon le plus haut montant, cinq millions d'euros ou le triple du montant des sommes indûment versées ou « de manière proportionnée » 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre²⁴².

181. La réforme est souhaitable dans un impératif de lisibilité et de sécurité juridique. Le « recentrage » opéré par la proposition d'articles L. 442-1 et L. 442-2 par la DGCCRF permettrait d'instituer un régime spécial de responsabilité civile adapté aux enjeux de la concurrence et dont le pivot serait les trois pratiques précitées en laissant au juge la liberté de juger, à l'image de la clause générale de responsabilité que connaît le droit commun, quels actes il est pertinent ou non de classer au sein de celles-ci.

182. Nous pouvons malgré tout nous demander s'il est réellement nécessaire d'instituer ce régime spécial – surtout au vu du projet de réforme auquel nous faisons référence – tant le droit commun pourrait éventuellement s'avérer suffisant à reconnaître certaines pratiques susceptibles d'engager la responsabilité civile d'un opérateur.

Paragraphe 2 – La responsabilité civile du fait des actes de concurrence déloyale

183. Le droit commun a par ailleurs servi de fondement au développement de la théorie de la concurrence déloyale, construite sur les articles 1240 et 1241 du Code civil. Cette théorie constitue aujourd'hui une véritable construction jurisprudentielle dont l'importance n'est pas à négliger.

²⁴¹ Il n'est plus fait référence au Président de l'Autorité de la concurrence.

²⁴² DGCCRF, *Propositions de modifications des articles du Titre IV du Livre IV du Code de commerce*, 2018. Accessible sur (5 mai 2019) :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/profil_entreprises/doc/Tableau-ORDO-Art-17-avec-442-6-210118.pdf

184. Au fil des années, la doctrine a élaboré une liste non-limitative de pratiques qui constituent des actes de concurrence déloyale et sont sanctionnés par le juge dès lors qu'une faute est commise, c'est-à-dire « un comportement contraire à la loyauté du commerce »²⁴³. La concurrence déloyale n'est, à cet égard, pas si loin de l'abus de droit bien que certains auteurs soient réticents à l'idée de reconnaître cette qualification²⁴⁴ : il s'agit ni plus ni moins selon eux que d'un excès dans la liberté d'entreprendre et/ou de la liberté de la concurrence, qui trouvent sa source dans la *Loi d'Allarde* dont l'article 7, toujours en vigueur, dispose « qu'il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon »²⁴⁵ et la *Loi Le Chapelier* qui abolit les corporations²⁴⁶. Aujourd'hui, l'article 16 de la CDFUE²⁴⁷, qui acquit une force obligatoire à l'occasion de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, dispose également que « la liberté d'entreprendre est reconnue conformément au droit de l'Union européenne et aux législations et pratiques nationales ».

185. Dans ce cadre, les actes considérés comme fautifs sur le fondement des articles 1240 et 1241 peuvent être classés au sein de quatre catégories : la confusion, la désorganisation, le dénigrement et le parasitisme. Certains auteurs les classent selon qu'ils requièrent ou non l'existence d'une relation de concurrence puis les définissent²⁴⁸. Ils doivent évidemment tous être constitutifs d'une faute afin d'engager la responsabilité civile de leur auteur²⁴⁹.

186. En premier lieu, la confusion et la désorganisation requièrent l'existence d'une relation de concurrence. La confusion peut être définie comme « l'usage de procédés dont l'objet est d'entraîner une confusion dans l'esprit de la clientèle entre des entreprises concurrentes ou entre leurs produits » et concerne, par exemple, le nom commercial, l'enseigne ou un produit. La désorganisation, quant à elle, concerne soit l'entreprise soit le marché : il s'agit de l'usage de procédés tels que le débauchage ou la désorganisation de la production et de l'activité commerciale par exemple.

²⁴³ L. VOGEL, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*, LGDJ, 2016, 20^e éd.

²⁴⁴ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p.155 : « pour une liberté comme la liberté de concurrence, il est impossible de lui donner une direction assez précise et définie pour parler d'un abus, au sens finaliste du mot [...] les faits de concurrence déloyale ne sont non pas des actes abusifs, mais des actes excessifs »

²⁴⁵ Loi du 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente

²⁴⁶ Loi du 14-17 juin 1791

²⁴⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

²⁴⁸ Il s'agit essentiellement des professeurs Louis Vogel, Philippe Le Tourneau et Paul Roubier.

²⁴⁹ Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549 : « l'action en concurrence déloyale, qui trouve son fondement dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, lesquels impliquent l'existence d'une faute commise par un demandeur préjudiciable au défendeur »

187. En second lieu, le dénigrement et le parasitisme ne requièrent pas l'existence d'une relation de concurrence. Le parasitisme peut être défini comme l'usage de procédés tendant à « se placer dans le sillage d'autrui, s'appuyer sur les efforts et initiatives d'un opérateur économique, concurrent ou non, pour conquérir une clientèle ». La jurisprudence reconnaît de longue date que les agissements parasitaires ne nécessitent pas d'être commis dans une relation concurrentielle²⁵⁰. Le dénigrement, quant à lui, peut être défini comme l'usage de procédés « jetant le discrédit sur une personne ou un produit » et la Cour de cassation s'est, à ce sujet, récemment positionnée en estimant que là non plus il n'était pas nécessaire que les actes soient commis dans le cadre d'une relation concurrentielle²⁵¹, consacrant selon certains une « théorie des actes dénigrants »²⁵².

188. Il est important de préciser, à l'égard du régime de la responsabilité découlant d'actes de concurrence déloyale, qu'il n'est pas nécessaire de démontrer le caractère intentionnel de ceux-ci²⁵³. La solution est conforme au droit commun de la responsabilité extracontractuelle sur laquelle se fondent les juges et elle a l'effet vertueux de ne pas seulement venir sanctionner les actes en question afin de réguler le marché *ex post* mais aussi de pousser les opérateurs à une certaine prudence *ex ante* dans leurs comportements sur ce marché. Elle est donc, à notre sens, heureuse.

189. La principale difficulté liée à la responsabilité du fait d'actes de concurrence déloyale réside, en réalité, dans la preuve du lien de causalité et du dommage. En effet, le marché implique une concurrence normale qui provoque d'inéluctables déplacements de clientèle : comment distinguer le déplacement de clientèle dû aux actes en question des déplacements de clientèle ordinaires consubstantiels à une situation de concurrence ? Le juge procède à une répartition en distinguant le préjudice réparable de celui qui ne l'est pas car il n'est pas la conséquence d'un agissement fautif²⁵⁴ mais cela ne règle pas la question du caractère certain de celui-ci. Il est alors fait recours à la notion de « trouble commercial »²⁵⁵ en reconnaissant par exemple un « risque de confusion »²⁵⁶. Il n'y a pas de réelle solution de principe à la question

²⁵⁰ Cass. com., 30 janvier 1996, n°94-15.725

²⁵¹ Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-18.350

²⁵² X. DELPECH, « Concurrence déloyale : consécration de la théorie des « actes dénigrants » », *Dalloz Actualité*, 2019, p.23

²⁵³ *V. un exemple récent* : Cass. com., 11 mars 2003, n°01-02.310

²⁵⁴ *V. par exemple* : Cass. com., 11 février 1980, n°78-12.626

²⁵⁵ Y.PICOD (dir.), « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2019

²⁵⁶ Cass. com., 12 décembre 2006, n°05-11.805

du lien de causalité et du dommage car il est extrêmement difficile de quantifier ce dernier sur un marché concurrentiel. L'évaluation du préjudice relève donc d'une certaine démarche casuistique teintée d'analyse économique qu'adoptent les juges du fond, ce qui n'est pas non plus si différent du droit commun.

190. La jurisprudence a su, au fil du temps, utiliser voire moduler les principes du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle afin de pénétrer le droit économique et le marché afin, entre autres, de moraliser ce dernier et d'assurer son bon fonctionnement en évitant les excès des opérateurs. La théorie des actes de concurrence déloyale est la preuve que ledit droit commun peut s'avérer suffisant afin d'appréhender des comportements néfastes bien qu'il ait aussi ses défauts, notamment au regard du lien de causalité et de l'évaluation du préjudice résultant du dommage.

Section 2 – La responsabilité civile résultant des engagements sociétaux de l'entreprise

191. Les engagements sociétaux de l'entreprise font partie d'un concept nouveau dans notre Société et notre droit. Ainsi, il s'agira de se questionner sur la portée des engagements dits « RSE » de l'entreprise (Paragraphe 1) et la portée de la « raison d'être », qui est un concept introduit par la *Loi PACTE* (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La portée des engagements RSE de l'entreprise

192. La responsabilité sociétale des entreprises est un concept relativement neuf qui imprègne la vie économique et, depuis peu, la vie juridique des sociétés. Bien qu'on en trouve des occurrences dès les années 1920, c'est dans les années 1970 qu'il se développera réellement en parallèle des nouvelles technologies de l'information et de la communication qui permettent à tous d'être mieux informés du comportement des sociétés²⁵⁷. La Commission européenne publia, en juillet 2001, un Livre vert nommé « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » qui la définira comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes[, ce qui] signifie non seulement satisfaire pleinement aux

²⁵⁷ V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Études Joly Sociétés*, 2018

obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes »²⁵⁸.

193. Considéré par certains comme un simple phénomène de mode et par d'autres comme un véritable mouvement de fond aussi souhaitable qu'utile, la question de la portée juridique des « engagements RSE » de l'entreprise reste entière. Il ne fait nul doute que les mécanismes juridiques instaurés par le législateur ayant force obligatoire tels le devoir de vigilance ont une force contraignante. Le choix a été fait, concernant ce dernier mécanisme, de le sanctionner par la responsabilité civile extracontractuelle. Cependant, la question de la portée des engagements pris volontairement par une société reste entière, notamment au regard de son articulation avec la responsabilité précitée.

194. Une réponse peut être trouvée dans un arrêt cité en exemple par le Professeur Mercier rendu par la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 21 mai 1997. En l'espèce, une station de lavage de véhicules avait été installée en zone résidentielle. Son franchiseur s'était engagé dans un code de bonne conduite et divers documents publicitaires à une « obligation d'assistance et de conseil dans le choix d'un terrain approprié, adapté à l'exploitation ». Se plaignant de troubles anormaux, les voisins de la station assignèrent tant le franchiseur que le franchisé et ceux-ci furent condamnés *in solidum* sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil par la Cour d'appel Douai, qui verra son arrêt confirmé par les juges du Quai de l'Horloge²⁵⁹. Dans le même sens, un arrêt rendu par la même chambre le 10 juin 2004 estima que la responsabilité délictuelle de l'éditeur d'un journal d'annonces à l'égard de l'acheteur d'un véhicule d'occasion du fait du code éthique inséré dans celui-ci rassurant les potentiels acheteurs pouvait être engagée²⁶⁰. Cependant, aucun des commentaires de ces arrêts ne fait l'amalgame ou l'analogie avec un quelconque engagement RSE, les solutions étant tout à fait justifiées en droit sans avoir besoin de recourir à cette notion.

195. La question de la portée juridique de ces engagements, notamment au regard des codes de conduite, a été traitée par Marion Larouer dans sa thèse. Elle rapporte que « la faute est le standard privilégié par la doctrine pour juridiciser les codes de conduite »²⁶¹. La faculté

²⁵⁸ Commission européenne, *Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 2001. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0366>

²⁵⁹ Cass. 2^e civ., 21 mai 1997, n°95-17.743

²⁶⁰ Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, n°02-19.600

²⁶¹ M. LAROUER, *Les codes de conduite, source du droit*, Dalloz, 2018, n°96, p.131

d'adaptation, de modulation et la plasticité de la responsabilité civile sont, à son sens, ce qui en ferait un instrument adapté afin de donner une portée aux engagements pris par les sociétés. Nous ne rejoignons que partiellement cette analyse pour deux raisons. D'une part, le juge apprécie la faute *in abstracto* alors que les engagements RSE sont, sauf exceptions notables, individuels et propres à chaque société : on ne peut dénier les évolutions de la société mais on ne peut pas non plus les forcer en créant un standard idéal sous peine de paralyser l'action économique, les opérateurs étant en permanence menacés par l'engagement de leur responsabilité. Le standard utilisé par les juges n'est pas celui de la société parfaite mais celui de la société « normalement diligente et prudente ». D'autre part, les engagements RSE ne concernent pas nécessairement les tiers et peuvent se limiter à l'ordre interne : l'article L. 225-102-1 du Code de commerce par exemple cite une myriade d'informations extra-financières²⁶² à présenter à l'assemblée générale de certaines sociétés anonymes mais ne prévoit pas de sanction civile spécifique au non-respect de cette obligation. On ne voit pas en quoi un tiers à la société pourrait engager la responsabilité de celle-ci, notamment faute d'intérêt à agir ou, sur le fond, de préjudice réel, pour ne pas avoir présenté ce rapport extra-financier.

196. On voit mal par ailleurs quel pourrait être le préjudice invoqué par un tiers. Peut-on réellement, dans l'ordre externe, subir un préjudice du fait d'un dommage résultant du non-respect d'engagements souvent abstraits en matière sociale ou environnementale ? La question reste entière et appelle selon nous une réponse négative. Les engagements unilatéraux, au sens commun du terme, pris par les sociétés ne les lient à personne. Ils ne sont que réputationnels. Rien ne les empêche, par ailleurs et en principe, de les révoquer ou de les modifier. Ils ne constituent pas, selon nous, un standard général de comportement suffisant à nécessairement engager leur responsabilité civile.

197. La question peut alors se poser de la portée de la stipulation dans les statuts d'un engagement général qui serait constitué par la raison d'être de la société.

²⁶² Article L. 225-102-1 du Code de commerce : « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que [...] les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale » et « 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, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable, 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, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées ». Nous remarquerons la brièveté du texte et la précision des notions.

Paragraphe 2 – La portée de la raison d’être de la société

198. Le concept de « raison d’être » de la société est issu du rapport nommé *L’entreprise, objet d’intérêt collectif* remis aux Ministre de l’économie, Ministre de l’écologie et Ministre de la justice le 9 mars 2018 par Nicole Notat et Jean-Dominique Senard dans le cadre de la préparation de la *Loi PACTE*. Le rapport proposait, à ce sujet, d’ajouter un second alinéa à l’article 1833 du Code civil disposant que « la société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » et de confier aux conseils d’administration et de surveillance la formulation d’une « raison d’être visant à guider la stratégie de l’entreprise en considération de ses enjeux sociaux et environnementaux »²⁶³.

199. Le dispositif sera finalement modifié par la *Loi PACTE*, adoptée en lecture définitive par l’Assemblée nationale le 11 avril 2019. Il prévoit trois modifications :

- l’article 1833 du Code Civil est complété par un alinéa 2 disposant que « la société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ;
- l’article 1835 est complété par une phrase disposant que « les statuts peuvent préciser la raison d’être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité » ;
- la consécration des recommandations du Rapport Notat-Senard quant au rôle des conseils d’administration et de surveillance dans la prise en compte de cette raison d’être.

Une première remarque importante est que la précision d’une raison d’être dans les statuts est facultative. Son introduction dans ceux-ci sera donc soumise à une procédure particulière comprenant la réunion d’une assemblée générale extraordinaire²⁶⁴. À cet égard, la situation ne change pas en pratique dans la mesure où, comme le relève le Conseil d’État dans son avis, « rien n’interdit aujourd’hui à une société d’inscrire dans ses statuts, dans le respect des règles d’ordre public, une « raison d’être » c’est-à-dire un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tenant à l’affirmation de ses valeurs ou de ses préoccupations de long terme »²⁶⁵.

²⁶³ N. NOTAT, J.-D. SENARD, *L’entreprise, objet d’intérêt collectif*, 2018. Accessible sur (5 mai 2019) : https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=FAA5CFBA-6EF5-4FDF-82D8-B46443BDB61B&filename=entreprise_objet_interet_collectif.pdf

²⁶⁴ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2018, n°562, p.413

²⁶⁵ Conseil d’État, *Avis sur le projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises*, 2018

200. Il semble pertinent de faire remarquer que les statuts ne sont ni plus ni moins que le contrat de société²⁶⁶. Ils sont destinés à régir les rapports internes au sein de celle-ci et n'affectent alors pas, a priori, l'ordre externe : on retrouve d'une certaine manière l'effet relatif des conventions du droit commun des contrats. Cependant, certains auteurs ont considéré sans d'ailleurs expliciter leur position que « le danger principal pourrait surtout venir des tiers car la raison d'être est un message à leur intention » et ceux-ci pourraient engager la responsabilité civile de la société sur le fondement de la transgression de celle-ci²⁶⁷.

201. Nous ne rejoignons pas cette position. Si l'on considère que la « raison d'être » est un « objet social étendu »²⁶⁸, il convient de lui appliquer les règles du droit des sociétés relatives à l'objet social et à son dépassement. Pour rappel, on ne peut en principe opposer aux tiers de bonne foi le dépassement par le dirigeant de l'objet social²⁶⁹. Il en irait donc, à notre sens, de même pour la raison d'être. Le Professeur Geneviève Viney écrivait, à cet égard, que l'introduction d'une raison d'être « ouvrirait plus largement aux victimes de dommages causés par [les] entreprises la possibilité de leur reprocher une faute » sur le fondement du défaut d'organisation ou de fonctionnement²⁷⁰ : cette affirmation est, dans le cadre de notre raisonnement, infondée.

202. L'exposé des motifs de la *Loi PACTE* nous apprend d'ailleurs que la notion de « raison d'être incite, sous la forme d'un effet d'entraînement, les sociétés à ne plus être guidées par une seule « raison d'avoir », mais également par une raison d'être, forme de doute existentiel fécond permettant de l'orienter vers une recherche du long terme »²⁷¹. On peut donc douter de la portée à l'égard des tiers de la stipulation d'une « raison d'être » mais, au-delà de la question de cette portée, celle de son effet : elle n'est là que pour guider les sociétés dans leur fonctionnement ou leurs projets internes et ne constitue qu'une orientation de long terme. Comment apprécier un comportement instantané susceptible de constituer une faute civile à l'aune d'objectifs de (très) long terme ? Ces objectifs peuvent d'ailleurs ne pas être éternels et faire l'objet de modifications : quid alors de la société qui changera de raison d'être en cours de vie sociale ?

²⁶⁶ V. à ce sujet : R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial » in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p.281

²⁶⁷ I. URBAIN-PARLEANI, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *Rev. sociétés*, 2018, p.623

²⁶⁸ T. MASSART, « Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés », *Gaz. Pal.*, 2018, n°44, p.51

²⁶⁹ Cf. *supra* n°70

²⁷⁰ HCJP, *Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle*, Annexe n°5, p.36

²⁷¹ Exposé des motifs de la proposition de loi relatif à la croissance et au développement des entreprises. Accessible sur (5 mai 2019) : <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl1088.pdf>

203. La faute est appréciée par le juge au regard de la Société et de ce qu'elle estime acceptable ou non par le standard de la raison, pas au regard de la « raison d'être » stipulée par une société ; ou il faut alors considérer que ce qui constitue une faute pour une société ne constitue pas une faute pour une autre selon cette « raison d'être », ce qui complexifie évidemment et inutilement le sujet et créerait une éventuelle rupture d'égalité ainsi qu'un abandon du principe d'appréciation *in abstracto* de la faute.

204. Les questions suscitées par ces nouveaux domaines que pourrait pénétrer la responsabilité civile sont symboliques d'une évolution qui concerne aussi les enjeux de celle-ci.

TITRE 2 – LES NOUVEAUX ENJEUX DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES

205. La responsabilité civile des sociétés connaît indéniablement de nouveaux enjeux liés aux évolutions de notre Société. Ainsi, nous traiterons en premier lieu du développement des responsabilités sans faute (Chapitre 1) et, en second lieu, du dépassement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LE DEVELOPPEMENT DES RESPONSABILITES SANS FAUTE

206. Le développement des responsabilités sans faute est caractéristique des derniers développements législatifs en la matière. Ainsi, nous constaterons une multiplication des régimes spéciaux de responsabilité civile (Section 1) et une tendance à l'objectivisation de cette responsabilité (Section 2).

Section 1 – La multiplication des régimes spéciaux de responsabilité civile

207. La multiplication des régimes spéciaux de responsabilité civile est symptomatique d'une remise en cause de la faute comme fondement de celle-ci (Paragraphe 1). Mais elle est aussi le résultat d'une nécessité d'adaptation aux risques de masse (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La remise en cause de la faute comme fondement de la responsabilité civile

208. « Il est bien porté, chez les juristes européens, de souhaiter la mort de la faute. [...] Les partisans de cette chute la saluent comme une victoire sur l'obscurantisme, un bond en avant, un progrès dans l'histoire des hommes »²⁷². C'est en ces termes que le Professeur Philippe Le Tourneau traita de la faute et de son déclin dans un célèbre article publié en 1988. Ce constat est le fruit d'une évolution de la responsabilité civile depuis la Révolution Industrielle. En effet, le Code civil de 1804 a été construit par ses auteurs au sein d'une France rurale dont la principale activité était agricole : les évolutions technologiques ont inéluctablement amené à une remise en cause des principes posés à ce moment.

209. L'évolution fut amorcée par la question des accidents du travail. Jusqu'à une certaine période, les juges n'accordaient pas de portée normative à l'alinéa 1 de l'ancien article 1384 du Code civil, qui dispose qu'on est « responsable du dommage [...] qui est causé par les choses que l'on a sous sa garde », y voyant un texte de portée générale destiné à introduire les articles consacrés aux animaux et aux bâtiments qui le suivent²⁷³. Ainsi, le salarié victime d'un accident du travail devait démontrer, conformément au droit commun, une faute afin d'engager la responsabilité civile de son employeur. Afin d'y remédier, la Cour de cassation consacra, par un arrêt *Teffaine* rendu par sa Chambre civile le 16 juin 1896, un principe de responsabilité générale du fait des choses²⁷⁴. Le Professeur Raymond Saleilles, prenant acte de cette décision, promut dès 1897 l'abandon de la faute comme fondement de la responsabilité civile en la matière : « la question n'est pas d'infliger une peine, mais de savoir qui doit supporter le dommage de celui qui l'a causé ou celui qui l'a subi. Le point de vue pénal est hors de cause,

²⁷² P. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD Civ.*, 1988, p.505

²⁷³ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^e éd., n°981, p.1053

²⁷⁴ Cass. civ., *Teffaine*, 16 juin 1896 ; *D.* 1897, I, n°433

le point de vue social est seul en jeu »²⁷⁵. Ce mouvement donna naissance à la loi du 9 avril 1898 qui vint socialiser les dommages résultant de tels accidents : elle disposa que sauf cas de force majeure, le patron doit les indemniser forfaitairement et en fonction des blessures subies par le salarié.

210. Progressivement, la jurisprudence donna cependant une portée de plus en plus importante à l'alinéa 1 de l'ancien article 1384 du Code civil en ce qu'il pose un principe de responsabilité générale du fait des choses. Alors que le gardien de la chose ne faisait initialement que l'objet d'une présomption de faute qui pouvait être renversée, un glissement s'opéra vers une responsabilité objective : les juges n'exigeaient d'abord plus « la preuve négative que le gardien de la chose n'avait commis aucune imprudence ou négligence » mais « la preuve positive d'un fait extérieur générateur du dommage »²⁷⁶ tels la force majeure, le cas fortuit ou la faute de la victime ou d'un tiers²⁷⁷ puis décidèrent que l'intervention humaine était indifférente à l'application de l'article en question en utilisant la formule de « présomption de responsabilité »²⁷⁸ et non plus de faute.

211. Le projet de réforme ne ferait, à cet égard, que confirmer la construction prétorienne qui s'est faite sur le fondement de la disposition en question. Ainsi, l'article 1243 du Code civil poserait le principe d'une responsabilité « de plein droit » du fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde, ce fait étant présumé dès lors que la chose était en mouvement. Dans les autres cas, la victime devra prouver un vice ou une anomalie dans son état ou son comportement²⁷⁹. Le texte ne précise cependant pas si la qualité de gardien est réservée ou non aux personnes physiques, ce qui est regrettable. La jurisprudence a déjà pu admettre que cette qualité pouvait être reconnue à une personne morale, notamment une société, dans un arrêt rendu par la Deuxième chambre civile le 22 février 1984. En l'espèce, un cycliste avait été blessé suite à une chute provoquée par la collision avec un chien dont s'occupaient des salariés d'une société et qui avait été aperçu à plusieurs reprises au sein des locaux de celle-ci. La société fut condamnée par la Cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 22 octobre 1982 et celle-ci forma un pourvoi en cassation en soulevant le moyen selon lequel « la garde de l'animal, étranger à son objet social, n'aurait pu s'exercer que par l'intermédiaire d'un préposé désigné ou autorisé à

²⁷⁵ R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Rousseau, 1897, n°4, p.5

²⁷⁶ F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^e éd., n°983, p.1055

²⁷⁷ *V. par exemple* : Cass. civ., 21 janvier 1919

²⁷⁸ Cass. civ., 21 février 1927 ; *D.* 1927, I, n°97 et Cass. civ., *Jand'heur*, 13 février 1930 ; *DP* 1930, I, n°57

²⁷⁹ Ce sont les termes choisis par le projet de réforme.

cet effet par son commettant ». Les juges du Quai de l'Horloge balayèrent cet argument au motif que « quelle que fut l'utilité de l'animal pour l'exercice de ses activités, la société avait sur celui-ci, au moment de l'accident, les pouvoirs de contrôle, de direction et d'usage qui caractérisent la garde »²⁸⁰. La personnalité morale ne peut donc constituer un argument de nature à éviter que soit reconnue la qualité de gardien. On retrouve par ailleurs, dans cet arrêt, l'idée de société réceptacle de responsabilité : l'objet social est considéré comme indifférent à l'égard des tiers.

212. Ce mouvement de reflux de la faute au profit d'une responsabilité objective ayant pour objectif la réparation du préjudice se retrouve dans un mouvement d'éclatement de la responsabilité civile destiné à réparer les dommages de masse.

Paragraphe 2 – La nécessité d'une responsabilité adaptée aux risques de masse

213. L'idée d'une « responsabilité civile éclatée »²⁸¹ provient de la thèse d'Anne Guégan-Lécuyer, soutenue en 2004. Se détachant de la notion de faute, l'objectivisation de la responsabilité civile se traduit par l'élaboration de régimes spéciaux destinés à appréhender les dommages de masse. Selon elle, ces dommages peuvent provenir d'activités technologiques dangereuses mais nécessaires, celles-ci étant « indispensables au développement technologique et économique d'une société ». Ainsi se pose la question de la conciliation de l'impératif du progrès et celui de la réparation des dommages subis par le grand nombre de victimes que l'activité fait craindre.

214. L'activité nucléaire est typiquement une activité pour laquelle un accident aurait des conséquences catastrophiques, notamment en termes sanitaires, nécessitant des dispositions exorbitantes afin d'assurer la réparation des dommages en résultant. Comme le relève dans sa thèse le Professeur Geneviève Viney, « l'énormité des forces mises à la disposition de l'homme et mal contrôlées par lui a suscité une sorte de panique devant les conséquences éventuelles d'un accident »²⁸², ce qui justifie ces mesures. Elles sont contenues dans une Convention du 29 juillet 1960 dite *Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie*

²⁸⁰ Cass. 2^e civ., 22 février 1984, n°82-17.061

²⁸¹ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, n°108 s., p.134

²⁸² G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 2014, n°354, p.294

*nucléaire*²⁸³ qui dispose en son article 6 que « le droit à réparation pour un dommage causé par un accident nucléaire ne peut être exercé que contre un exploitant responsable de ce dommage », canalisant la responsabilité, tandis que l'article 10 dispose que « tout exploitant devra être tenu, pour faire face à la responsabilité prévue par la présente Convention, d'avoir et de maintenir [...] une assurance ou une autre garantie financière correspondant au type et aux conditions déterminés par l'autorité publique compétente ». Il s'agit de donner à la victime un débiteur ainsi qu'une garantie d'indemnisation. La responsabilité est ici de plein droit, celle-ci étant engagée « dès lors qu'existe un lien de causalité entre la substance nucléaire et le dommage »²⁸⁴, mais elle n'est cependant pas illimitée dans la mesure où il existe une limitation dans le temps de dix ans et une limitation monétaire. L'exploitant ne peut s'en exonérer qu'en cas de guerre ou de cataclysme naturel exceptionnel. La Convention de Paris socialise donc les risques liés à l'activité nucléaire en imposant l'assurance tout en la limitant, permettant à d'éventuelles victimes de voir leur préjudice réparé sans considération d'une faute de l'exploitant qui est, en tout état de cause et sauf exceptions, une société²⁸⁵.

215. Un régime de responsabilité analogue mais bien plus concis est posé à l'article L. 6131-2 du Code des transports, qui dispose en matière de responsabilité de l'exploitant d'aéronef qu'il est « responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'aéronef ou les objets qui s'en détachent aux personnes et aux biens à la surface », cette responsabilité ne pouvant être atténuée ou écartée que par la preuve de la faute de la victime. La force majeure n'est donc pas de nature à exonérer celui-ci de sa responsabilité²⁸⁶, ce qui constitue une solution sévère. Là encore, l'objectif assumé est celui de la réparation du préjudice subi par les victimes d'accidents liés à un aéronef. Le champ d'application de cette responsabilité est cependant restreint dans la mesure où il ne concerne que les personnes et biens à la surface, ce qui exclut l'équipage et les passagers.

216. Force est de constater que l'appréhension des risques et dommages de masse donne donc lieu à la création de solutions spéciales exorbitantes du droit commun. Ce mouvement laisse perplexe et peut être interprété de deux manières : soit l'on considère qu'il est nécessaire de créer des régimes spéciaux en partant du principe qu'à une activité spéciale de par les risques qu'elle crée et/ou les dommages qu'elle peut causer doit correspondre un régime spécial, soit

²⁸³ Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/199/199.fr.pdf>

²⁸⁴ A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, n°117., p.144

²⁸⁵ Orano (SA) ou Électricité de France (SA) sont, par exemple, des exploitants nucléaires.

²⁸⁶ Cass. com., 2 octobre 2012, n°11-21.362

l'on considère que ces solutions intempestives sont symptomatiques de l'inadaptation du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle qui peut s'avérer rigide. La première interprétation ne penche pas en faveur de la lisibilité de la loi et crée un risque de multiplication des régimes de responsabilité amputant le droit commun de son efficacité. Cependant, le rythme des innovations technologiques posera indéniablement la question de l'adaptation de notre droit de la responsabilité à celles-ci. Les derniers développements en la matière concernent, par exemple, les véhicules autonomes susceptibles de causer des accidents graves et qui sont une véritable source d'inquiétude tant sociale qu'éthique et juridique pour nombre d'auteurs²⁸⁷.

Section 2 – Du déclin de la faute à l'avènement du risque

217. Le déclin de la faute à l'avènement du risque peut être caractérisé par l'instauration de régimes tels que celui de responsabilité du fait des produits défectueux (Paragraphe 1) mais il pose la question de l'opportunité de la consécration d'une responsabilité pour risque que des systèmes juridiques voisins ont déjà intégré (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La responsabilité du fait des produits défectueux

218. Le concept que nous allons ici étudier est issu de la *Directive du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*²⁸⁸. Véritable innovation, la France fut assez malaisée à l'idée de la transposition dans la mesure où ce qu'elle contenait constituait un régime en décalage total avec notre conception nationale de la responsabilité civile extracontractuelle.

219. Alors que le délai de transposition expirait le 30 juillet 1988, la France ne remplit ses obligations que dix ans plus tard par la Loi n°98-389 du 19 mai 1998 créant les articles 1386-1 à 1386-13 du Code civil, aujourd'hui articles 1245 à 1245-17. Une des raisons invoquées par certains afin d'expliquer ce retard réside dans l'intégration en droit français de la notion de risque de développement, celui-ci étant défini comme « le défaut d'un produit que le

²⁸⁷ *V. par exemple* : M. MONOT-FOULETIER, M. CLÉMENT, « Véhicule autonome : vers une autonomie du régime de responsabilité applicable ? », *D.* 2018, p.129

²⁸⁸ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

producteur, ou bien celui qui lui est assimilé, n'a pas pu découvrir, ni éviter, pour la raison que l'état des connaissances techniques, objectivement accessibles à sa connaissance lors du moment de la mise en circulation du produit, ne lui permettait pas »²⁸⁹, cette notion n'étant que peu connue de notre ordre juridique. Au-delà de celle-ci, la responsabilité du fait des produits défectueux a institué de véritables notions propres à son application au sein-même du Code civil, ce qui sera par ailleurs critiqué.

220. Le **producteur** correspond au « fabricant d'un produit fini, [au] producteur d'une matière première, [au] fabricant d'une partie composante », y étant assimilés ceux qui « se présentent comme producteur en apposant sur le produit leur nom, leur marque ou un autre signe distinctif » ou qui « importent un produit dans la Communauté européenne en vue d'une vente, d'une location, avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution »²⁹⁰. La notion de **produit** comprend « tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche » ainsi que l'électricité²⁹¹, ce qui exclut les immeubles. La notion de **défectuosité** correspond au produit qui « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre », ce qui s'apprécie au regard de « toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation »²⁹². Enfin, le produit est considéré comme **mis en circulation** dès lors que « le producteur s'en est dessaisi volontairement », cette mise en circulation ne pouvant intervenir qu'une fois²⁹³.

221. L'article 1245 du Code civil dispose que « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ». Il est complété par l'article 1245-8 qui dispose que « le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage », l'article 1245-10 posant un certain nombre de causes d'exonération. À aucun moment n'apparaît le terme ou même l'idée de faute du producteur, ce qui en fait une responsabilité objective dont le délai de prescription est de trois ans « à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur »²⁹⁴, un délai de forclusion de dix ans après

²⁸⁹ O. BERG, « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G*, 1996, I, n°3945

²⁹⁰ Article 1245-5 du Code civil

²⁹¹ Article 1245-2 du Code civil

²⁹² Article 1245-3 du Code civil

²⁹³ Article 1245-4 du Code civil

²⁹⁴ Article 1245-16 du Code civil

la mise en circulation du produit étant prévu²⁹⁵. Le régime est donc particulièrement favorable à la victime et axé sur la réparation du préjudice qu'elle a subi en ce que d'une part une éventuelle relation contractuelle est indifférente et d'autre part aucun fait fautif n'est à prouver. Le fondement de la responsabilité n'est alors plus la faute mais le risque.

222. La question s'est posée de savoir si la responsabilité du fait des produits défectueux était ou non exclusive du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle. Alors que la lettre de la directive le suggérait, la CJCE en a décidé autrement à l'occasion d'un arrêt *Commission c. France* du 25 avril 2002²⁹⁶ et les juges français semblent en avoir pris acte²⁹⁷. Le sens de l'histoire juridique actuelle est donc celui d'une plus grande protection des victimes, dont le préjudice doit être réparé peu importe la commission ou non d'une faute. Cet objectif était par ailleurs assumé par la directive dans laquelle on peut lire, au deuxième « Considérant », que « seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de technicité croissante, d'une attribution juste des risques inhérents à la production technique moderne »²⁹⁸.

223. L'abandon progressif mais sans doute relatif de la faute pose alors la question d'un nouveau fondement général pour la responsabilité civile qui coexisterait aux côtés de celle-ci. Celui-ci pourrait être le risque.

Paragraphe 2 – L'opportunité de la consécration d'une responsabilité pour risque

224. Le fondement classique de la responsabilité civile extracontractuelle est la faute. Cependant, nos précédents développements nous ont amené à constater que celui-ci peut s'avérer insuffisant face aux évolutions technologiques, aux nouveaux risques et aux dommages qu'ils pourraient causer. Se pose alors la question de l'opportunité de la consécration d'une clause générale de responsabilité pour risque.

225. Bien que la théorie du risque soit à l'origine de régimes spéciaux institués par des lois spéciales en matière, par exemple, d'accidents du travail²⁹⁹, la généralisation d'activités dites

²⁹⁵ Article 1245-15 du Code civil

²⁹⁶ CJCE, *Commission c. France*, 25 avril 2002, C-52/00

²⁹⁷ *V. par exemple* : Cass. 1^e civ., 15 mai 2007, n°05-17.947

²⁹⁸ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

²⁹⁹ *Cf. supra* n°209

dangereuses justifierait à notre sens l'appréhension de celles-ci par le droit français. Nous ne serions pas précurseurs en la matière dans la mesure où nombre d'ordres juridiques, dont le droit turc³⁰⁰ ou le droit italien³⁰¹ par exemple ont déjà pris des dispositions en ce sens.

226. Le Ministère de la Justice belge a récemment entamé un travail complet de refonte du Code Civil national qui n'est autre que celui qu'avait imposé Napoléon sur ce territoire après son annexion à la France ; les règles en la matière sont donc extrêmement similaires voire identiques aux nôtres. Pour ce faire, un arrêté ministériel du 30 septembre 2017 a créé une Commission de réforme du droit de la responsabilité composée de six universitaires et d'un représentant du ministère. Nous relèverons à cette occasion qu'en France, le ministère n'a pas suivi cette méthode mais qu'il aurait sans doute été bien inspiré de le faire.

227. Cette commission a présenté moins d'un an plus tard, en août 2018, un avant-projet de réforme³⁰² accompagné d'un exposé des motifs³⁰³ détaillé sous forme de commentaire article par article. Il est prévu d'intégrer une section relative aux régimes particuliers de responsabilité et, au sein de celle-ci, une sous-section consacrée à la responsabilité sans faute pour activités particulièrement dangereuses et une sous-section consacrée à la responsabilité du fait des produits défectueux. Nous allons nous concentrer sur la première qui constitue, à notre sens, un bel exemple de réalisme et de rigueur dont devrait s'inspirer le législateur français.

228. Le premier article pose le principe selon lequel « l'exploitant d'une activité professionnelle qui présente un danger grave et spécifique est tenu de réparer le dommage causé par cette activité, lorsque le danger se réalise ». Les deux suivants posent les définitions de l'exploitant, « personne qui dispose du pouvoir de direction et de contrôle sur l'activité », et du danger spécifique, « risque grave et significatif qu'un dommage de grande ampleur se réalise ». Le dispositif prévoit une présomption simple de causalité, le lien étant présumé dès lors que la victime établit « la vraisemblance » de celui-ci entre l'activité et le dommage, laissant au juge le soin d'utiliser un faisceau d'indices. Enfin, l'exploitant peut s'exonérer en cas de faute

³⁰⁰ B. BAYSAL, « La responsabilité civile pour risque et la responsabilité du fait des produits défectueux dans le nouveau Code des Obligations turc », *LPA*, 2014, n°52, p.20

³⁰¹ Article 2050 du Code civil italien

³⁰² Ministère de la Justice, *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil*, 2018. Accessible sur (5 mai 2019) : https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_aansprakelijkheidsrecht.pdf

³⁰³ Ministère de la Justice, *Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil*, 2018. Accessible sur (5 mai 2019) : https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_aansprakelijkheidsrecht_0.pdf

intentionnelle de la victime ou d'un tiers ou d'événements exceptionnels (terrorisme, guerre, catastrophe naturelle) dès lors que « les mesures de sécurité adéquates ont été prises ».

229. Ce type de responsabilité en droit belge connaîtrait cependant des limites. D'abord, seules les activités visées par un arrêté royal³⁰⁴ seraient concernées par celle-ci. Ensuite, seul le dommage corporel serait réparable. Enfin, un montant maximal d'indemnisation ainsi que l'obligation de fourniture de garanties financières pourraient être établis, là aussi par arrêté royal.

230. En France, tant l'avant-projet Catala que le projet Terré prévoyaient déjà en leur temps une disposition concise relative aux activités dangereuses³⁰⁵ ou aux installations classées³⁰⁶. Cependant, l'idée semble avoir été abandonnée par la Chancellerie dans son projet de réforme et nous le regrettons. S'agissant de l'instauration d'une clause générale de responsabilité pour risque, nous estimons qu'il serait opportun de s'inspirer des travaux de la Commission de travail belge notamment en ce qui concerne l'idée de renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de fixer quelles sont les activités suffisamment risquées et dangereuses justifiant l'application de ce régime ainsi que les conditions d'indemnisation. Cette solution offre une certaine flexibilité en ce qu'elle permet de ne pas faire appel en permanence au législateur afin de fixer les modalités concrètes d'application de telles dispositions. Elle a aussi l'avantage de faire office de « disposition-balai » en évitant le recours à des régimes spéciaux dès qu'une nouvelle activité se développe et est susceptible de causer ou cause des dommages substantiels. La question doit, en tous les cas, se poser.

231. Bien que l'indemnisation de la victime semble devenir le principal objectif poursuivi par la responsabilité civile, la fonction indemnitaire semble pour sa part faire l'objet d'un dépassement.

³⁰⁴ L'arrêté royal est l'équivalent d'un décret en droit français (V. l'article 108 de la Constitution belge).

³⁰⁵ P. CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La Documentation Française, 2005, p.159

³⁰⁶ F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p.5

CHAPITRE 2 – LE DEPASSEMENT DE LA FONCTION INDEMNITAIRE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

232. La fonction indemnitaire est une des fonctions traditionnelles de la responsabilité civile. Cependant, elle tend ces dernières années à être dépassée notamment du fait de la réparation des dommages résultant d’atteintes à l’environnement (Section 1). Ce dépassement affectera par ailleurs sans aucun doute le principe cardinal qu’est celui de la réparation intégrale (Section 2).

Section 1 – La réparation des dommages résultant des atteintes à l’environnement

233. La réparation des dommages résultant des atteintes à l’environnement fait partie intégrante d’un débat juridique tendant à éviter ceux-ci, le principe de précaution pouvant être selon certains un outil en ce sens (Paragraphe 1). Le législateur a cependant pris en partie en considération la problématique en instaurant un régime d’indemnisation propre au préjudice écologique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les discussions relatives au principe de précaution

234. La notion de précaution, au sens juridique du terme, est apparue pour la première fois dans la *Déclaration de Rio sur l’environnement et le développement*³⁰⁷. Elle est alors définie au Principe 15, qui dispose « qu’en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l’absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l’adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l’environnement ». Empreinte d’écologisme, la notion apparaît aujourd’hui dans l’article 5 de la Charte de l’Environnement, qui a pour sa part une valeur constitutionnelle et qui dispose que « lorsque la réalisation d’un dommage, bien qu’incertaine en l’état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l’environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d’attributions, à la mise en œuvre

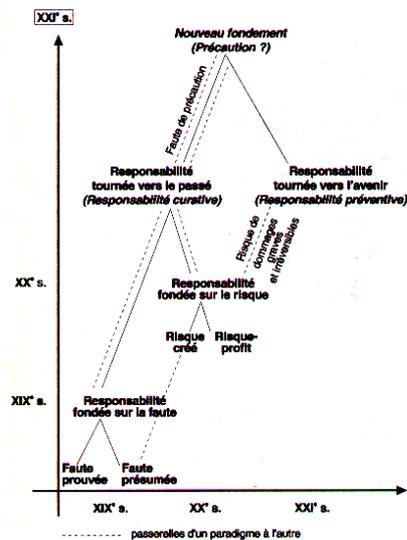
³⁰⁷ ONU, *Déclaration de Rio sur l’environnement et le développement*, 1992. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>

de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Ce texte n'a donc pour champ d'application personnel que les autorités publiques et non les particuliers.

235. Il est cependant complété par l'article 3 de la même Charte, qui dispose que « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Ce texte a sans équivoque pour champ d'application personnel tant les autorités publiques que les particuliers mais renvoie à la loi afin de fixer ses conditions d'application. Il s'agit essentiellement des dispositions du Code de l'environnement et son effet en droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle est négligeable.

236. Face à ce qui pourrait être considéré comme un décalage entre les enjeux modernes, notamment de protection de l'environnement, et le corpus juridique applicable en matière de responsabilité, un courant doctrinal prône l'adaptation de ce dernier et la réalisation accrue de la fonction préventive de la responsabilité civile. Le Professeur Catherine Thibierge en a été une des initiatrices, préconisant d'introduire la précaution comme nouveau fondement de la responsabilité extracontractuelle : elle aurait « une fonction classique de dissuasion, qui vise la prévention des comportements anti-sociaux et qui est fondée sur la menace d'une sanction ; et une fonction nouvelle d'anticipation, qui vise la prévention des dommages et qui est fondée sur la menace de dommages graves et irréversibles ». Cette introduction aurait le mérite « d'enrichir une responsabilité non plus seulement tournée vers le passé mais aussi vers l'avenir ». Elle propose, à cette occasion, un schéma d'évolution des fondements de la responsabilité civile³⁰⁸ :

Proposition d'un schéma d'évolution des fondements de la responsabilité civile



³⁰⁸ C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ.*, 1999, p.561

237. Concevoir la précaution comme fondement général, c'est admettre qu'elle ne concerne pas que la matière écologique. Le contentieux des antennes-relais a été un exemple d'application critiquable du principe de précaution en matière de responsabilité civile extracontractuelle et le Professeur Mathilde Boutonnet écrit à son égard que « s'il ne fait aucun doute qu'il est invocable dans le contentieux de la responsabilité civile, les conditions de son application diffèrent et sont porteuses de solutions contradictoires dans des espèces identiques ». La Cour d'appel de Montpellier a pu décider, dans un arrêt en date du 15 septembre 2011, qu'une antenne-relais de téléphonie mobile devait être retirée car n'est constatée « aucune garantie de l'absence de risque sanitaire généré par [celle-ci] »³⁰⁹. Cette décision, qui n'a pas été celle de nombreuses autres juridictions du fond, a été considérée comme contestable par certains auteurs que nous rejoignons et dont nous ne ferons ici que réitérer les écrits afin d'affirmer notre position : « d'une société animée à l'excès par l'ivresse du progrès, nous sommes passés insensiblement à une société minée à l'excès par le risque et la peur qu'il suscite, avivée par certains idéologues écologistes (dont les suggestions sont souvent très contestables), à la recherche d'un mythique monde parfait »³¹⁰.

238. Le principe de précaution, conçu en matière environnementale, trouve donc à ce jour à s'appliquer de façon pertinente dans ce domaine. Une seule décision d'importance a été rendue à cet égard s'agissant d'un forage qui avait été « qualifié d'improductif par l'expert, avait été exécuté par une entreprise spécialisée dans les règles de l'art et le respect des autorisations administratives, et que l'expert avait conclu que ce forage se situant à l'aval du captage des eaux minérales de Saint-Jean Lachaud sans lien direct par faille avec celui-ci, n'avait aucune possibilité de polluer les eaux exploitées par le captage, même si l'on y précipitait des produits nocifs ou des germes délétères, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que le risque de pollution ayant été formellement exclu par l'expert judiciaire, le principe de précaution ne pouvait trouver application ». Aucune décision d'ampleur n'a suivi celle-ci et le débat est toujours ouvert.

239. Le droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle n'est pas pour autant hermétique aux enjeux écologiques. Mais plutôt que sur la question du fondement de la responsabilité civile, c'est sur la réparation du préjudice que s'est attardé le législateur.

³⁰⁹ CA Montpellier, 15 septembre 2011, n°10/04612

³¹⁰ *V. par exemple* : P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, Dalloz, 2018, 11^e éd., n°0111.34 et s., p.45

Paragraphe 2 – La réparation du préjudice écologique

240. L'introduction dans le Code civil de dispositions relatives à la réparation du préjudice écologique provient de la Loi n°2016-1087 du 8 août 2016 « pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages » (*sic*). Celle-ci a créé un nouveau chapitre consacré à la réparation du préjudice écologique au sein des dispositions consacrées à la responsabilité extracontractuelle. Cette création législative fait cependant suite à certaines décisions et de nombreuses discussions qui se sont par ailleurs poursuivies³¹¹.

241. À l'origine directe de ces dispositions se trouve le rapport d'un groupe de travail créé par la Chancellerie en avril 2013. Ce groupe rendit le 17 septembre de la même année un rapport intitulé *Pour la réparation du préjudice écologique* comprenant des propositions tendant à l'introduction dans le droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle d'un régime spécial d'indemnisation mais non de responsabilité³¹² applicable aux dommages environnementaux. Cependant, bien avant ces travaux, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de donner une définition du préjudice écologique lorsqu'a été rendu l'arrêt *Erika* : il s'agissait de « l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction »³¹³. La solution avait été réitérée dans un arrêt de la Chambre criminelle du 22 mars 2016³¹⁴ qui a été longuement commenté pour son originalité : la décision a en effet été rendue au visa de l'article 1382 du Code Civil, ce qui a fait dire à certains auteurs que les juges souhaitaient soumettre la responsabilité environnementale au principe de réparation intégrale, la soumettant par la même au droit commun³¹⁵.

242. Le législateur a retenu une définition différente du dommage environnemental : il s'agit de celui qui consiste « en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »³¹⁶. L'atteinte légère n'est donc a priori pas suffisante, celle-ci devant bouleverser les écosystèmes. Le Gouvernement avait, dans un amendement qui a été retiré, proposé d'insérer un alinéa disposant que « n'est pas réparable, sur le fondement [des dispositions relatives au préjudice écologique],

³¹¹ *V. à ce sujet* : L. NEYRET, « La reconnaissance du préjudice écologique dans le code civil », *D.* 2017, p.924

³¹² G. J. MARTIN, « Le rapport « pour la réparation du préjudice écologique » présenté à la garde des Sceaux le 17 septembre 2013 », *D.* 2013, p.2347

³¹³ Cass. crim., *Erika*, 25 septembre 2012, n°10-82.938

³¹⁴ Cass. crim., 22 mars 2016, n°13-87.650

³¹⁵ A.-S. EPSTEIN, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.* 2016, p.1237

³¹⁶ Article 1247 du Code civil

le préjudice résultant d'une atteinte autorisée par les lois, règlements et engagements internationaux de la France ou par un titre délivré pour leur application » et répondant aux inquiétudes du monde économique. L'exposé sommaire de l'amendement en question se fonde d'une part sur le risque de remise en cause des polices administratives de l'environnement et d'autre part sur le risque excessif que pourrait causer aux opérateurs bénéficiant d'autorisations administratives l'introduction de telles dispositions³¹⁷. Une telle disposition aurait été similaire à une cause d'exonération ou d'exclusion de responsabilité. Or, le projet de réforme présenté par la Chancellerie prévoit, en son article 1257, que « le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité lorsque l'auteur se trouve dans l'une des situations prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code Pénal » et ce premier article dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. ». On peut dès lors se poser la question de l'articulation entre cette disposition et les dispositions relatives à la réparation du préjudice écologique dans la mesure où l'article 1246 du Code Civil dispose que « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer » alors que le projet d'article 1257 prévoit une cause d'exclusion (et non pas d'exonération) de responsabilité, la différence se situant en ce que celle-ci empêche *per se* la reconnaissance de responsabilité alors que la cause d'exonération ne fait que neutraliser du fait d'une cause extérieure.

243. S'agissant de l'action en réparation, elle est ouverte à « toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement »³¹⁸ dans un délai de prescription dérogatoire de dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique³¹⁹.

244. La réparation présente une singularité en ce que l'article 1249 prévoit qu'elle se fait « en priorité » en nature. Il s'agit évidemment de remettre les choses dans leur état antérieur au dommage. En cas « d'impossibilité de droit ou de fait » ou « d'insuffisance des mesures de réparation », des dommages-intérêts doivent être alloués (ce qui se tire de la formulation « le

³¹⁷ Amendement n°CD1048 déposé par le Gouvernement lors de l'examen de la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Accessible sur (5 mai 2019) : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3442/CI0N-DVP/CD1048.pdf>

³¹⁸ Article 1248 du Code civil

³¹⁹ Article 2226-1 du Code civil

juge condamne », le présent de l'indicatif valant impératif en droit) et affectés à la réparation de l'environnement ou au demandeur ou, « si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin », à l'État. Le préjudice peut notamment être composé des « dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences »³²⁰.

245. Enfin, l'article 1252 du Code Civil prévoit un mécanisme nouveau consistant en une cessation de l'illicite écologique. En effet, il dispose que le juge peut « prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ». Ce concept n'existe pas encore en droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle mais le projet de réforme souhaite l'y intégrer : l'article 1266 de celui-ci prévoit « qu'indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à [...] faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ». Il faut saluer ce dispositif, qui permet de prendre rapidement des dispositions afin de ne pas voir la situation empirer et s'avère bénéfique à toutes les parties.

Section 2 – Le dépassement du principe de réparation intégrale

246. L'idée de dépassement du principe de réparation intégrale provient notamment d'une théorie, celle de la faute lucrative, qu'il convient d'explicitier (Paragraphe 1). Cela amène inéluctablement à poser la question de la remise en cause des fonctions de la responsabilité civile (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La théorie de la faute lucrative

247. Il peut paraître surprenant de débiter nos développements dédiés au dépassement du principe de réparation intégrale en traitant de la faute. Cependant, ce dépassement est directement lié au développement de mouvements doctrinaux qui souhaitent donner une certaine cohérence à leurs concepts. Ainsi, même si la réparation ne concerne a priori que le dommage, ce dernier est encore dans la plupart des cas le résultat d'une faute.

³²⁰ Article 1251 du Code civil

248. La notion n'est pas nouvelle. On la retrouve déjà dans un commentaire du Premier avocat général de la Cour de cassation en 1971, sous un arrêt de la Cour d'appel de Paris, où il déclare : « s'il est vrai que, selon les principes généraux, les dommages-intérêts ne doivent pas avoir un caractère punitif, il n'en reste pas moins que, le plus souvent, en matière de respect de la vie privée, l'évaluation du préjudice aboutit à un chiffre très inférieur au montant des profits commerciaux dérivant de l'atteinte que prétendent sanctionner les dommages-intérêts »³²¹. La faute lucrative est donc celle dont les bénéfices tirés dépassent le préjudice causé. Certains l'ont aussi définie par un calcul coûts-avantages : la faute lucrative est celle qui laisse à son auteur une marge bénéficiaire suffisante pour ne pas le dissuader de la commettre³²². En tous les cas, le Professeur Geneviève Viney en fait une faute délibérée³²³, ce qui constituerait son élément subjectif³²⁴, et nous la rejoignons sur ce point.

249. Dans sa récente thèse dédiée à la question, Nathalie Fournier de Crouy proposait de considérer la faute lucrative comme « toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui »³²⁵. Deux critiques peuvent être apportées à cette tentative de définition. D'une part, pourquoi choisir l'expression « en vue de » dans la mesure où l'intérêt de la reconnaissance d'une faute lucrative est de prendre, a posteriori, des mesures afin de confisquer le gain qui en a résulté ? Que confisquer à l'opérateur qui aurait l'intention de commettre une faute lucrative sans finalement en tirer un quelconque bénéfice ? Peut-on admettre une faute lucrative sans gain ? L'expression « ayant causé » nous paraît préférable. D'autre part, si la faute a commis un préjudice à autrui, pourquoi ne pas revenir au principe qu'est la réparation « ordinaire » de celui-ci ? La faute lucrative ne cause pas nécessairement de préjudice par elle-même : elle cause un préjudice que nous considérerons comme « primaire » et qui doit être réparé mais le gain résultant de la commission de la faute n'est pas, en soi, un préjudice subi par la victime... ou il faut alors éventuellement le considérer comme réparable selon les circonstances. Le projet de réforme présenté par le Ministère de la Justice propose, à cet égard, de définir la faute lucrative à l'alinéa 1 de l'article 1266-1 comme celle « délibérément commise [...] en vue d'obtenir un gain ou une économie ». Nous saluons

³²¹ R. LINDON, Note sous CA Paris, 13 février 1971 ; *JCP G*, 1971, I, n°16774. Il avait déjà été fait référence à la notion de faute lucrative de façon sporadique dans la jurisprudence antérieure.

V. par exemple : Cass. req., 5 juin 1920 ; Sirey 1921, I, n°293

³²² B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil. Les obligations. Responsabilité délictuelle*, Litec, 1996, 5^e éd., n°1335. Le professeur Boris Starck avait déjà évoqué le concept dans sa thèse précitée.

³²³ G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p.2944

³²⁴ N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, *Economica*, 2018, n°195, p.195

³²⁵ *Ibid.* p.216

l'abandon de la partie relative au préjudice causé à autrui mais regrettons que le texte se place sur le terrain de l'intention plutôt que celui du résultat.

250. La reconnaissance du concept de faute lucrative implique en tout état de cause un mécanisme supposé y remédier. Il pourrait alors être fait recours à l'amende civile. En tant que tel, elle existe déjà dans des cas précis³²⁶ mais n'a jamais été généralisée ; ainsi, il n'est pas envisageable en droit positif d'y avoir recours en matière de droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle. Le projet de réforme pourrait changer cet état de fait. Les alinéas 2 à 6 de l'article précité instituent un régime de l'amende civile.

251. L'amende civile devrait d'abord être « proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés » et une première question se pose : quid de la société ayant commis une faute lucrative, en ayant retiré un bénéfice puis connaissant des difficultés et étant placée en procédure collective ? Ses « facultés contributives » doivent-elles être appréciées au moment de la commission de la faute, entre la commission de la faute et l'ouverture de la procédure collective ou le jugement ou au moment du jugement ? Personne ne saurait y répondre actuellement.

252. Ensuite, l'amende civile ne pourrait être supérieure au décuple du montant du profit réalisé et, si la faute a été commise par une personne morale, « [pourrait] être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise ». Pourquoi ne pas s'être borné à poser en simple limite, dans un souci de dissuasion et de réalisme, le simple montant du profit réalisé ? La solution aurait été équitable et aurait évité deux alinéas dont l'utilité peut être discutée. En tous les cas, l'amende est affectée « au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi » ou, à défaut, au Trésor Public et elle n'est pas assurable Ces solutions se rapprochent – dangereusement dirons-nous – de celles adoptées en droit pénal. Nous y reviendrons.

253. L'idée de trouver une solution à la problématique des fautes lucratives part sans aucun doute d'un sentiment justifié. Cependant, se posent alors des problèmes fondamentaux dont les solutions pourraient bouleverser les fonctions de la responsabilité civile.

³²⁶ Cf. *supra* n°177

Paragraphe 2 – La remise en cause des fonctions de la responsabilité civile

254. Il est traditionnellement reconnu que la responsabilité civile a pour principale fonction la réparation du préjudice subi par la victime. Cependant, le développement de nouveaux outils tels que l’amende civile entraîne une remise en cause du paradigme établi. Le droit de la responsabilité civile s’éloigne progressivement d’une vision qualifiée par certains comme étant « exclusivement tournée vers le passé »³²⁷.

255. À côté de cette fonction de réparation, la fonction punitive tend à prendre une certaine importance en doctrine à travers la notion de peine privée. Celle-ci a été développée dès 1904³²⁸ avant d’être reprise par certains auteurs dont le Professeur Boris Starck qui la lie indissociablement à la faute³²⁹ et le Professeur Suzanne Carval qui l’a traitée dans sa thèse en proposant de la consacrer et de lui donner un régime juridique³³⁰. Malgré cela, la Cour de cassation s’est toujours refusée à la reconnaître et la portée pratique d’une telle fonction est restreinte dans la mesure où les recours s’exercent bien souvent contre des assureurs³³¹.

256. L’instauration de l’amende civile relèverait typiquement d’une généralisation de la fonction punitive de la responsabilité civile. Cependant, la matière punitive est spécifique en ce qu’elle doit répondre à un principe de légalité en vertu de l’adage *nullum crimen, nulla poena sine lege* qui se trouve retranscrit à l’article 8 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen. Le Conseil constitutionnel avait déjà jugé, s’agissant de l’amende civile en matière de pratiques restrictives de concurrence³³², que « l’incrimination [était] définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits »³³³ dans la mesure où des éléments extérieurs assuraient une prévisibilité suffisante³³⁴. Cependant, la même solution n’a pas été rendue en matière de devoir de vigilance des sociétés-mères³³⁵ : dans la mesure où l’amende civile prévue par la loi était une sanction ayant le caractère d’une punition, le Conseil a estimé que « compte tenu de la généralité des termes qu’il a employés, du

³²⁷ Selon l’expression du Professeur Catherine Thibierge.

³²⁸ L. HUGUENEY, *L’idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904

³²⁹ B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947

³³⁰ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995

³³¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2017, 4^e éd., n°6, p.15

³³² Cf. *supra* n°177

³³³ Cons. const., *Darty et Fils*, 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC

³³⁴ J. PROROK, « L’amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2018, p.327

³³⁵ Cf. *supra* n°151 s.

caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis »³³⁶. Il est peu probable, au regard de cette solution, que l'amende civile puisse être instituée en sa construction actuelle étant donné que le texte est loin de la clarté et de la précision imposées par les règles régissant la matière pénale à laquelle elle semble soumise. La solution est logique : le droit civil ne peut pas être pénalisé car il est une branche du droit qui ne poursuit pas les mêmes objectifs, n'a pas la même logique et n'obéit pas aux mêmes règles que le droit pénal.

257. Plus intéressante est la fonction préventive que pourrait connaître la responsabilité civile et que ne connaît pas, par ailleurs, le droit pénal du fait de sa nature. Le droit français ne connaît pas les concepts de *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* qui avaient cours en droit romain³³⁷ ni l'action préventive hors intervention du juge des référés³³⁸. Les pays de common law, quant à eux, connaissent une procédure d'injonction notamment en matière d'atteinte aux intérêts commerciaux : le juge peut alors enjoindre à un opérateur d'adopter ou de ne pas adopter un comportement sous réserve de la satisfaction de deux conditions, à savoir la preuve d'un danger imminent et l'inefficacité avérée des procédés de réparation³³⁹. L'article 1266 du projet de réforme présenté par la Chancellerie disposerait, dans la même logique, que « le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage [...] auquel est exposé le demandeur ». Nous soutenons cette solution qui permet d'intervenir avant même la réalisation d'un dommage mais déplorons qu'elle n'ait pas été conditionnée plus strictement afin d'assurer une certaine sécurité juridique, notamment aux sociétés exploitant des activités à risque.

³³⁶ Cons. const., *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 23 mars 2017, n°2017-750 DC

³³⁷ V. à ce sujet : O. DESCAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain » in *Mélanges en l'honneur de Geneviève Viney*, p.318

³³⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2017, 4^e éd., n°19, p.37

³³⁹ C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, 2011

258. La responsabilité civile ne peut plus être tournée que vers le passé et doit aussi l'être vers l'avenir. Le recours à la fonction punitive n'est pas souhaitable alors que les fonctions réparatrice et préventive sont bien suffisantes : il s'agirait de permettre une intervention *ex ante* par une action conditionnée permettant de prévenir un dommage imminent et une intervention *ex post* par la cessation de l'illicite et/ou la réparation du préjudice subi et uniquement ce préjudice. Le reste n'est pas du domaine du droit civil³⁴⁰.

³⁴⁰ *V. à ce sujet* : T. D'ALES, L. TERDJMAN, « L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? », *AJ Contrat*, 2017, p.69

CONCLUSION

259. L'étude des règles applicables en matière de responsabilité civile des sociétés nous amène à réaliser plusieurs constats. Le premier d'entre tous est que la responsabilité civile des sociétés reste ni plus ni moins qu'une responsabilité civile appliquée aux sociétés.

260. La faute reste le fondement traditionnel de cette responsabilité. Ainsi, le juge a toujours bénéficié d'une large marge d'appréciation afin de caractériser ce qui relève ou non d'un comportement fautif, le projet de réforme venant définir celui-ci comme la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir de diligence ou de prudence. Nous préférons, à cet égard, utiliser l'expression de « violation d'une règle de conduite » afin d'englober tous les agissements susceptibles d'engager la responsabilité civile de leur auteur, qui peut être une société.

261. La question de savoir si le défaut d'organisation ou de fonctionnement est une règle de fond ou une règle d'imputabilité semble avoir trouvé une réponse : il s'agit d'une règle de fond. C'est ce que nous retirons de l'analyse de la jurisprudence en la matière. La consécration de la théorie du défaut d'organisation ou de fonctionnement en tant que faute dans la loi ne nous paraît pas opportune tant elle est relativement nouvelle et n'apporterait rien à l'appréciation par le juge de ce qui relève ou non d'une faute, d'autant plus que la notion s'est développée en droit public afin de répondre aux impératifs propres à cette matière.

262. Plus intéressante est la question de l'imputabilité de la faute à la société. Il n'existe actuellement aucune règle et un doute peut subsister quant à la question de savoir si la responsabilité de celle-ci est une responsabilité propre ou une responsabilité du fait d'autrui. Nous sommes d'avis qu'il doit s'agir d'une responsabilité propre lorsque les organes ou dirigeants de celle-ci agissent pour son compte et d'une responsabilité du fait d'autrui s'agissant des préposés agissant dans les limites de leurs fonctions.

263. Cependant, la société ne peut pas en permanence prendre en charge seule les agissements pour son compte de ses organes ou dirigeants. Ainsi, certains de ceux-ci sont susceptibles de constituer une faute séparable des fonctions. Celle-ci devrait être légalement consacrée et caractérisée par les critères cumulatifs d'intention, de gravité et d'incompatibilité qui ont été dégagés par la jurisprudence en 2003. Mais la responsabilité en découlant ne devrait

pas être strictement personnelle : nous proposons que soient tenus solidairement la société, instrument de la faute, et les organes ou dirigeants ayant commis ce type de faute. S'il s'agit d'organes collégiaux, chacun des membres de l'organe concerné qui, par son action ou son abstention, la permettrait, devrait voir engagée sa responsabilité personnelle sauf à démontrer qu'il s'est conformé au devoir de diligence ou de prudence.

264. Au-delà des discussions doctrinales et parfois théoriques relatives à la faute et son imputabilité, nous avons également pu constater que la responsabilité civile des sociétés était sujette à des évolutions permanentes et plus ou moins importantes.

265. À ce sujet, le principe cardinal d'autonomie de la personnalité morale peut être malmené. Ainsi, peut être reconnue la responsabilité civile d'une société-mère en matière environnementale ou d'agissements ayant mené à la déconfiture d'une filiale. Mais le groupe de sociétés en tant que tel n'est pas encore appréhendé par notre droit, le législateur se contentant d'en faire le champ d'application d'obligations sanctionnées par un mécanisme de responsabilité civile.

266. Les sociétés sont avant tout des opérateurs économiques. Ceci explique que des formes originales de responsabilité civile se soient développées les concernant. Elles sont alors soumises, comme nous avons pu l'exposer, à des règles propres aux enjeux concurrentiels et se pose encore la question de la portée de leurs engagements en matière de responsabilité sociale et environnementale.

267. Malgré cela, la faute comme fondement de la responsabilité civile tend à perdre de son influence. Le progrès technologique, les évolutions sociales et les enjeux écologiques ont progressivement remis en cause celle-ci, des dommages étant occasionnés sans qu'aucun comportement fautif n'ait pu être constaté. Cet état de fait a mené à la multiplication des responsabilités sans faute destinées à assurer l'indemnisation des victimes, notamment en cas de dommages de masse. Nous estimons utile, aujourd'hui, de prendre acte en consacrant une responsabilité pour risque dans le Code civil. Il ne serait pas inutile, s'agissant des régimes spéciaux de responsabilité civile, de les remettre à plat et d'en faire un examen en vue d'optimiser le corpus juridique qui y est relatif.

268. Enfin, se pose la question de la remise en cause des fonctions de la responsabilité civile. Alors que d'aucuns prônent une consécration de la fonction punitive de celle-ci, nous ne

l'estimons pas opportune car ça n'est pas son rôle. La responsabilité civile doit prévenir et réparer : ainsi, l'introduction de mécanismes préventifs tels que ceux de cessation de l'illicite est souhaitable mais il s'agit de rester concentré sur la fonction première de celle-ci qui est de réparer le dommage causé, ni plus ni moins.

269. Nos développements critiques ne peuvent l'être en vain. S'agissant de l'imputabilité, nous proposons d'intégrer le texte suivant aux dispositions du Code civil qui entreraient en vigueur à l'issue d'une réforme du droit de la responsabilité civile :

À l'égard des tiers, les personnes morales sont civilement responsables de la faute commise pour leur compte par leurs organes ou dirigeants.

Elles sont solidairement responsables de la faute commise par ceux-ci lorsqu'elle présente un caractère intentionnel, d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice des fonctions qui leur sont dévolues.

Si cette faute résulte d'une décision collégiale, chacun des membres de l'organe concerné qui, par son action ou son abstention, permet celle-ci, engage sa responsabilité personnelle dans les conditions de l'alinéa précédent sauf à démontrer qu'il s'est conformé au devoir de diligence ou de prudence.

270. L'introduction de toute autre disposition nous paraît inutile³⁴¹. En effet, le fait générateur de responsabilité civile des sociétés ou des personnes morales en tant que tel n'a jamais fait l'objet de véritables controverses doctrinales. Le débat s'est concentré sur la question de l'imputabilité, qui trouverait alors une réponse.

³⁴¹ « Au 25 janvier 2019, 84 619 articles législatifs et 233 048 articles réglementaires étaient en vigueur. Un record. Cela correspond à 39 millions de mots. Un bon lecteur mettrait soixante-huit jours sans interruption pour lire tout notre droit, dont vingt et un jours pour les seuls articles législatifs ». Est-ce dès lors bien raisonnable d'encore charger la barque alors le besoin ne s'en fait pas sentir ? ; P. JANUEL, « Pas de pause pour les nouvelles normes », *Dalloz Actualité*, 29 avril 2019. Accessible sur (5 mai 2019) : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/pas-de-pause-pour-nouvelles-normes>

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GENERAUX

- J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome II, PUF, 2004, 1^e éd.
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 2001
- D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2012, 2^e éd.
- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, Fontemoing, 1928
- P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 2018, 12^e éd.
- M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2017, 22^e éd.
- J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, ...
- G. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, LGDJ, 2016, 4^e éd.
- F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, B.C & Cie, 1869
- P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2018, 7^e éd.
- J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, 1^e éd.
- P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, 10^e éd.
- H et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Tome I, Montchrestien, 1957
- P. MERLE (dir.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 2018, 22^e éd.
- F. TERRÉ, P. SMILER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^e éd.
- G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, Tome I, LGDJ, 1956
- P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963
- B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil. Les obligations. Responsabilité délictuelle*, Litec, 1996, 5^e éd.
- P. TIFINE, *Droit administratif français*, 2019, 4^e éd.
- G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2008, 3^e éd.
- G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013, 4^e éd.

- G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2017, 4^e éd.

II – DICTIONNAIRES

- G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2015, 11^e éd.

III – OUVRAGES SPECIAUX ET ETUDES

- *Répertoire de droit civil*, Dalloz
- *Répertoire de droit commercial*, Dalloz
- *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz
- *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz
- J.-F. BARBIÈRI, « Responsabilité civile des personnes morales », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2018
- V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Études Joly Sociétés*, Lextenso, 2018
- EFL, *Mémento pratique. Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2018
- H. CAPITANT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome II, Dalloz, 2015, 13^e éd.
- E. LE DOLLEY (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010
- P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, Dalloz, 2018, 11^e éd.
- M. LONG (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2017, 21^e éd.
- G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Armand Colin, 1952
- R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Rousseau, 1987
- L. VOGEL, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*, LGDJ, 2016, 20^e éd.

IV – MELANGES

- *Mélanges en l'honneur de Michel Germain*, LGDJ, 2015

- *Mélanges en l'honneur de Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014
- *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012
- *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009
- *Mélanges en l'honneur de Geneviève Viney*, LGDJ, 2008
- *Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003

V – THESES

- A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires : des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008
- J. BOSCH, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse Montpellier, 1901
- S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995
- R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, LGDJ, 1954
- M. DEGUERGE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994
- B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, LGDJ, 2007
- N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, Economica, 2018
- A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, 2006
- L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904
- M. LAROUER, *Les codes de conduite, source du droit*, Dalloz, 2018
- C. MANGEMATIN, *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz, 2014
- A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, 1899
- A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, 1989
- J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, thèse Paris, 2016 (à paraître chez LGDJ)
- M. O. SAHLI, *La responsabilité de la société-mère du fait de ses filiales*, thèse Paris IX, 2014
- C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, 2011
- B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947

- D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, thèse Paris, 1975

VI – ARTICLES ET DOCTRINE

- G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *Dalloz Affaires*, 1998, p.502
- J.-F. BARBIÈRI, « Responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants : précisions sur les contours de la « faute séparable » », *Rev. sociétés*, 2003, p.479
- B. BAYSAL, « La responsabilité civile pour risque et la responsabilité du fait des produits défectueux dans le nouveau Code des Obligations turc », *LPA*, 2014, n°52, p.20
- O. BERG, « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G*, 1996, I, n°3945
- J.-S. BORGHETTI, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : Boot shop en bout de course ? », *RDC*, 2017, n°03, p.425
- C. CARPENTIER, « Société-mère et droit de l'environnement », *RLDA*, 2012, n°11, p.79
- F. CHABAS, « La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation », *Gaz. Pal.*, 2001, n°34, p.38
- A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « La réécriture du titre IV du livre IV du Code de commerce », *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence*, 2019, n°04, p.3
- A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, n°28, p.1610
- P. DELEBECQUE, « La nature de la faute du fréteur au voyage à l'égard de l'acquéreur tiers à la charte-partie », *D.* 1996, p.559
- X. DELPECH, « Concurrence déloyale : consécration de la théorie des « actes dénigrants » », *Dalloz Actualité*, 2019, p.23
- O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT, « Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant », *D.* 2019, p.144
- A.-S. EPSTEIN, « La réparation du préjudice écologique en droit commun de la responsabilité civile », *D.* 2016, p.1237
- J. FOYER, « Faut-il un droit des groupes de sociétés ? », *RJ Com.*, 1996, p.165

- J. GHESTIN, « Les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat dès lors que cette convention entraînait cession de la créance à une autre banque », *D.* 1993, p. 181 s., n° 181
- P. JANUEL, « Pas de pause pour les nouvelles normes », *Dalloz Actualité*, 29 avril 2019
- M. JAOUEN, « Négociations et obligation de confidentialité », *AJ Contrat*, 2016, p. 275
- C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droits étrangers », *LPA*, 2002, n°232, p.8
- P. JOURDAIN, « Le préposé qui n'excède pas les limites de sa mission n'engage pas sa responsabilité envers les tiers », *RTD Civ.*, 2000, p.582
- P. JOURDAIN, « Responsabilité du dirigeant social : la chambre criminelle n'exige pas l'existence d'une faute détachable de ses fonctions sociales », *RTD Civ.*, 2018, p.677
- B. JOYEUX, P. VIUDÈS, « Les ventes immobilières par les sociétés civiles : de la nullité des actes passés en violation de l'article 1145 du Code civil », *Defrénois*, 2017, n°19, p.11
- P. LE CANNU, « Responsabilité des dirigeants de société envers les tiers : la « faute séparable des fonctions et imputable personnellement » », *BJS*, n°5, p.353
- P. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD Civ.*, 1988, p.505
- G. LOISEAU, « Le co-emploi est mort, vive la responsabilité délictuelle », *JCP S*, 2014, n°1311
- G. J. MARTIN, « Le rapport « pour la réparation du préjudice écologique » présenté à la garde des Sceaux le 17 septembre 2013 », *D.* 2013, p.2347
- T. MASSART, « Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés », *Gaz. Pal.*, n°44, p.51
- S. MESSAÏ-BAHRI, « Actes de concurrence déloyale et faute séparable des fonctions du dirigeant », *BJS*, n°03, p.36
- M. MONOT-FOULETIER, M. CLÉMENT, « Véhicule autonome : vers une autonomie du régime de responsabilité applicable ? », *D.* 2018, p.129
- E. MOUIAL-BASSILANA, « Responsabilité délictuelle de l'actionnaire principal du groupe envers les salariés licenciés dans l'affaire Lee Cooper », *BJS*, 2018, n°09, p.522
- C. MOULOUNGUI, « L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales », *RTD Com.*, 1994, p.441

- L. NEYRET, « La reconnaissance du préjudice écologique dans le code civil », *D.* 2017, p.924
- I. PARACHKEOVA-RACINE, « Intérêt de groupe, où es-tu ? », *BJS*, 2019, n°05, p.1
- D. PORACCHIA, « La responsabilité civile des personnes morales », *BJS*, 2017, n°06, p.357
- J. PROROK, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2018, p.327
- R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD Civ.*, 1934, p.525
- S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 2017, n°15, p.19
- E. SCHLUMBERGER, « La modification de la capacité des personnes morales par la loi de ratification du 20 avril 2018 », *Defrénois*, 2018, n°37, p.15
- M. STORCK, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. sociétés*, 1986, p.385
- C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ.*, 1999, p.561
- I. URBAIN-PARLEANI, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *Rev. sociétés*, 2018, p.623
- G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p.2944
- G. VINEY, « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.* 2006, p.2825

VII – DECISIONS ET ARRETS

ASSEMBLEE PLENIERE

- Cass. ass. plén., *Cousin*, 14 décembre 2001, n°00-82.066
- Cass. ass. plén., *Costedoat*, 25 février 2000, n°97-17.378 et 97-20.152
- Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n°87-82.654

CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION

- Cass. com., 9 janvier 2019, n°17-18.350
- Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851
- Cass. com., 18 janvier 2017, n°14-16.442 et 14-18.832
- Cass. com., 2 octobre 2012, n°11-21.362
- Cass. com., 28 septembre 2010, n°09-66.255
- Cass. com., *Crédit martiniquais*, 30 mars 2010, n°08-17.841
- Cass. com., 18 mars 2009, 07-45.212
- Cass. com., 10 février 2009, n°07-20.445
- Cass. com., 4 novembre 2008, n°07-17.142
- Cass. com., 12 décembre 2006, n°05-11.805
- Cass. com., 27 juin 2006, n°04-15.831
- Cass. com., *Manoukian*, 26 novembre 2003, n°00-10.243 et n°00-10.949
- Cass. com., *Seusse*, 20 mai 2003, n°99-17.092
- Cass. com., 11 mars 2003, n°01-02.310
- Cass. com., 3 décembre 2002, n°99-21.758
- Cass. com., 30 mai 2000, n°98-15.549
- Cass. com., *Vanhove*, 27 janvier 1998, n°93-11.437
- Cass. com., 2 avril 1996, n°93-20.225
- Cass. com., 30 janvier 1996, n°94-15.725
- Cass. com., 12 octobre 1993, n°91-10.864
- Cass. com., 15 juin 1993, n°91-14.404
- Cass. com., 22 octobre 1991, n°89-20.490
- Cass. com., 4 juin 1991, n°89-16.847
- Cass. com., 8 mars 1982 ; Bull. civ. I, n°92
- Cass. com., 11 février 1980, n°78-12.626
- Cass. com., 18 juin 1973 ; Bull. civ. I, n°212
- Cass. com., 6 mars 1973
- Cass. com., 28 novembre 1961 ; Bull. civ. II, n°446
- Cass. com., 18 avril 1961 ; Bull. civ. I, n°175

CHAMBRES CIVILES DE LA COUR DE CASSATION

PREMIERE CHAMBRE CIVILE

- Cass. 1^e civ., 24 mai 2017, n°16-14.371
- Cass. 1^e civ., 18 juin 2014, n°13-16.266
- Cass. 1^e civ., 13 novembre 2008, n°07-15.049
- Cass. 1^e civ., 12 juillet 2007, n°06-12.624 et 06-13.790
- Cass. 1^e civ., 15 mai 2007, n°05-17.947
- Cass. 1^e civ., 18 avril 2000, n°98-15.770
- Cass. 1^e civ., 14 décembre 1999, n°97-15.
- Cass. 1^e civ., 15 décembre 1998, n°96-21.905
- Cass. 1^e civ., 7 juillet 1998, n°97-10.896
- Cass. 1^e civ., 11 avril 1995, 91-21.137
- Cass. 1^e civ., 27 mai 1986, n°84-16.420
- Cass. 1^e civ., 31 mars 1978, n°76-13.667
- Cass. 1^e civ., 9 mai 1973 ; Bull. civ. I, n°160
- Cass. 1^e civ., 7 novembre 1962 ; Bull. civ. II, n°465
- Cass. 1^e civ., 6 février 1952 ; Bull. civ., n°55

DEUXIEME CHAMBRE CIVILE

- Cass. 2^e civ., 12 mai 2005, n°03-17.994
- Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, n°02-19.600
- Cass. 2^e civ., 21 mai 1997, n°95-17.743
- Cass. 2^e civ., 3 mai 1995, n°93-15.777
- Cass. 2^e civ., 22 février 1984, n°82-17.061
- Cass. 2^e civ., 22 novembre 1978, n°77-12.571
- Cass. 2^e civ., 17 juillet 1967 ; Bull. civ. II, n°261
- Cass. 2^e civ., 28 octobre 1954 ; Bull. civ. II, n°328

TROISIEME CHAMBRE CIVILE

- Cass. 3^e civ., 18 mai 2017, n°16-11.203
- Cass. 3^e civ., 10 mars 2016, n°14-15.326
- Cass. 3^e civ., 4 janvier 2006, n°04-14.731
- Cass. 3^e civ., 25 février 2004, n°01-11.764
- Cass. 3^e civ., 4 février 1976, n°74-12.643

AUTRES FORMATIONS

- Cass. civ., 27 février 1951 ; Bull. civ., n°77
- Cass. civ., *Jand'heur*, 13 février 1930 ; DP 1930, I, n°57
- Cass. civ., 21 février 1927 : *D.* 1927, I, n°97
- Cass. civ., 21 janvier 1919
- Cass. civ., *Teffaine*, 16 juin 1896 ; *D.* 1897, I, n°433
- Cass. req., 23 février 1891 ; DP 1891, I, n°337
- Cass. req., 4 février 1880 ; DP 1880, I, n°392
- Cass. req., 5 juin 1920 ; Sirey 1921, I, n°293

CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION

- Cass. soc., *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, 28 janvier 1954, n°54-07.081
- Cass. soc., *Lee Cooper*, 24 mai 2018, n°16-22.881
- Cass. soc., *Sofarec*, 8 juillet 2014, n°13-15.470
- Cass. soc., *Molex*, 2 juillet 2014, n°13-15.208 à 13-21.153
- Cass. soc., 18 décembre 2013, n°12-25.686 à 12-25.734
- Cass. soc., 26 juin 1997, n°94-45.173
- Cass. soc., 9 avril 1975 ; Bull. civ. I, n°174
- Cass. soc., 10 mai 1973 ; Bull. civ. I, n°299
- Cass. soc., 21 mars 1972, n°71-10.896
- Cass. soc., 6 janvier 1972 ; Bull. civ. I, n°6

CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION

- Cass. crim., 5 avril 2018, n°16-87.669
- Cass. crim., 5 avril 2018, n°16-83.984
- Cass. crim., 5 avril 2018, n°16-83.982
- Cass. crim., 29 novembre 2016, n°15-86.116
- Cass. crim., 22 mars 2016, n°13-87.650
- Cass. crim., *Erika*, 25 septembre 2012, n°10-82.938
- Cass. crim., 20 mai 2003, n°02-84.307
- Cass. crim., 19 février 2003, n°02-81.422
- Cass. crim., 23 juin 1988, n°84-92.915
- Cass. crim., 2 mars 1988 ; Bull. crim., n°142

CONSEIL D'ÉTAT

- CE, *Touboule*, 25 novembre 2015, n°383220
- CE, *Uguen*, 21 septembre 2015, n°382119
- CE, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, 12 avril 2013, n°329570, 329683, 330539 et 330847
- CE, *Biancale*, 11 janvier 1991, n°93348
- CE, *Langlet*, 8 octobre 1986, n°61503 et 61495
- CE, *Commune de Chonville-Malaumont*, 27 février 1981, n°13906 et n°14001
- CE, *Bonjean*, 13 juin 1980, n°17995
- CE, *Martins*, 9 janvier 1980, n°06403
- CE, *Fichon*, 7 avril 1967 ; Rec. p.300
- CE, *Legrand*, 11 février 1966, n°65509
- CE, *Vannier*, 27 janvier 1961, n°38661
- CE, *Rouzet*, 29 juin 1959 ; Rec. p.405
- CE, *Chaveneau*, 1 avril 1949, n°88854, 88855, 88856 et 92415
- CE, *Jamart*, 7 février 1936, n°43321
- CE, *Anguet*, 3 février 1911, n°34922
- CE, *Blanco*, 8 février 1873, n°00012

CONCLUSIONS DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

- G. TEISSIER, « Conclusions sous l'arrêt *Le Berre* », 1903 ; D. 1904, III, 89

TRIBUNAL DES CONFLITS

- TC, *Préfet du Tarn*, 19 octobre 1998, n°10225
- TC, *Dame Técher*, 14 janvier 1980, n°02154
- TC, *Thépaz*, 14 janvier 1935, n°00820
- TC, *Pelletier*, 30 juillet 1873, n°00035

CONCLUSIONS DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

- E. LAFERRIÈRE, « Conclusions sous l'arrêt *Laumonier-Carrol* », 1877

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 23 mars 2017, n°2017-750 DC
- Cons. const., *Darty et Fils*, 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC
- Cons. const., *Loi relative au développement des institutions du personnel*, 22 octobre 1982, n°82-144 DC
- Cons. const., *Continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, 25 juillet 1979, n°79-105 DC

COUR D'APPEL

- CA Douai, 31 janvier 2017, n°13/03934
- CA Montpellier, 15 septembre 2011, n°10/04612
- CA Paris, 24 février 1977 ; *JCP G*, 1978, II, 18957
- CA Paris, 13 février 1971 ; *JCP G*, 1971, I, n°16774

VIII – RAPPORTS, PROJETS ET PROPOSITIONS

- HCJP, [Rapport sur l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle](#), 2018 (lien actif au 5 mai 2019)
- HCJP, [Annexes du rapport concernant l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle](#), 2018 (lien actif au 5 mai 2019)
- Ministère de la Justice, [Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil](#), 2018 (lien actif au 5 mai 2019) (Belgique)
- Ministère de la Justice, [Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil](#), 2018 (lien actif au 5 mai 2019) (Belgique)
- DGCCRF, [Propositions de modifications des articles du Titre IV du Livre IV du Code de commerce](#), 2018 (lien actif au 5 mai 2019)
- N. NOTAT, J.-D. SENARD, [L'entreprise, objet d'intérêt collectif](#), 2018 (lien actif au 5 mai 2019)
- **Ministère de la Justice, [Projet de réforme de la responsabilité civile](#), 2017 (lien actif au 5 mai 2019)**
- Ministère de la Justice, [Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile](#), 2016 (lien actif au 5 mai 2019)
- Y. JEGOUZO (dir.), [Pour la réparation du préjudice écologique](#), 2013 (lien actif au 5 mai 2019)
- F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011
- Sénat, [Responsabilité civile : des évolutions nécessaires](#), 2009 (lien actif au 5 mai 2019)
- P. CATALA (dir.), [Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription](#), La Documentation Française, 2005 (lien actif au 5 mai 2019)
- Commission européenne, [Livre vert – Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises](#), 2001 (lien actif au 5 mai 2019)
- Institut de Droit International, [Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres](#), Lisbonne, 1995 (lien actif au 5 mai 2019)
- A. VITU, « L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction », *VIIe Congrès International de Droit Pénal*, 1957

IX – ARTICLES DE PRESSE

- S. CAILLAT, « [Bangladesh : après la recherche des cadavres, celle des étiquettes](#) », *L'Obs*, 14 mai 2013 (lien actif au 5 mai 2019)
- L'OBS, « [Comprendre le naufrage de l'Erika en 8 chiffres](#) », *L'Obs*, 25 septembre 2012 (lien actif au 5 mai 2019)
- C. IMBERT, « L'éditorial de Claude Imbert », *Le Point*, n°1471, 24 novembre 2000

TABLE DES MATIERES

ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION	12
PREMIERE PARTIE – LE FAIT GENERATEUR DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES	18
TITRE 1 – LA FAUTE DE LA SOCIETE	18
<i>Chapitre 1 – Le manquement à une obligation ou un devoir préexistant(e).....</i>	<i>18</i>
Section 1 – La violation d’une prescription légale.....	18
Paragraphe 1 – La violation d’une règle de conduite.....	19
Paragraphe 2 – La violation de l’ordre public contractuel	21
Section 2 – Le manquement au devoir de diligence ou de prudence	23
Paragraphe 1 – L’inopportunité de l’identité des fautes contractuelle et extracontractuelle	24
Paragraphe 2 – L’activisme jurisprudentiel lié au devoir de diligence ou de prudence	27
<i>Chapitre 2 – Le défaut d’organisation ou de fonctionnement</i>	<i>30</i>
Section 1 – La transposition de la théorie en droit privé.....	30
Paragraphe 1 – Les occurrences de la théorie en droit public	31
Paragraphe 2 – La réception de la théorie en droit privé	34
Section 2 – La contestable consécration de la théorie.....	36
Paragraphe 1 – Les satisfaisantes solutions offertes par le droit des sociétés.....	36
Paragraphe 2 – Les satisfaisantes solutions offertes par le droit commun de la responsabilité extracontractuelle	38
TITRE 2 – L’IMPUTABILITE DE LA FAUTE A LA SOCIETE	41
<i>Chapitre 1 – La faute commise dans l’exercice des fonctions</i>	<i>41</i>
Section 1 – La faute commise par le préposé.....	41
Paragraphe 1 – La condition de qualité du préposé	41
Paragraphe 2 – L’effet immunisant de la qualité de préposé	43
Section 2 – La faute commise par un organe	45
Paragraphe 1 – L’inéluctable interposition d’un organe	45
Paragraphe 2 – L’insuffisance de la notion d’organe.....	48
<i>Chapitre 2 – La faute séparable des fonctions.....</i>	<i>50</i>
Section 1 – La transposition de la théorie en droit privé.....	50

Paragraphe 1 – Les occurrences de la théorie en droit public	51
Paragraphe 2 – La réception de la théorie en droit privé	53
Section 2 – La nécessaire consécration de la théorie	55
Paragraphe 1 – Le remède à l’instabilité jurisprudentielle.....	55
Paragraphe 2 – L’instauration d’une notion et d’un régime clairs et lisibles.....	58
DEUXIEME PARTIE – LES EVOLUTIONS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES.....	61
TITRE 1 – LES NOUVEAUX DOMAINES DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES	61
<i>Chapitre 1 – La responsabilité civile et le groupe de sociétés.....</i>	<i>61</i>
Section 1 – Le rapport de la responsabilité civile au groupe de sociétés	61
Paragraphe 1 – La relative autonomie de la personnalité morale des sociétés.....	62
Paragraphe 2 – L’audacieuse instauration du devoir de vigilance au sein du groupe de sociétés	64
Section 2 – Le rapport de la responsabilité civile à la société-mère	67
Paragraphe 1 – L’exorbitante responsabilité environnementale de la société-mère	68
Paragraphe 2 – Le reflux de la théorie du co-emploi : un retour au principe d’autonomie.....	70
<i>Chapitre 2 – Les formes originales de responsabilité civile des sociétés.....</i>	<i>73</i>
Section 1 – La responsabilité civile résultant des atteintes à la concurrence	73
Paragraphe 1 – La responsabilité civile du fait des pratiques restrictives de concurrence	73
Paragraphe 2 – La responsabilité civile du fait des actes de concurrence déloyale .	75
Section 2 – La responsabilité civile résultant des engagements sociétaux de l’entreprise.....	78
Paragraphe 1 – La portée des engagements RSE de l’entreprise	78
Paragraphe 2 – La portée de la raison d’être de la société	81
TITRE 2 – LES NOUVEAUX ENJEUX DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES	83
<i>Chapitre 1 – Le développement des responsabilités sans faute.....</i>	<i>83</i>
Section 1 – La multiplication des régimes spéciaux de responsabilité civile	84
Paragraphe 1 – La remise en cause de la faute comme fondement de la responsabilité civile.....	84
Paragraphe 2 – La nécessité d’une responsabilité adaptée aux risques de masse	86
Section 2 – Du déclin de la faute à l’avènement du risque	88
Paragraphe 1 – La responsabilité du fait des produits défectueux	88

Paragraphe 2 – L’opportunité de la consécration d’une responsabilité pour risque	90
<i>Chapitre 2 – Le dépassement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile.....</i>	<i>93</i>
Section 1 – La réparation des dommages résultant des atteintes à l’environnement ...	93
Paragraphe 1 – Les discussions relatives au principe de précaution.....	93
Paragraphe 2 – La réparation du préjudice écologique	96
Section 2 – Le dépassement du principe de réparation intégrale	98
Paragraphe 1 – La théorie de la faute lucrative	98
Paragraphe 2 – La remise en cause des fonctions de la responsabilité civile	101
CONCLUSION.....	104
BIBLIOGRAPHIE	109
TABLE DES MATIERES.....	123