



HAL
open science

Sens et non-sens de la responsabilité civile en droit des affaires

Aurélie Ballot-Léna

► **To cite this version:**

Aurélie Ballot-Léna. Sens et non-sens de la responsabilité civile en droit des affaires. Johann Le Bourg; Christophe Quézel-Ambrunaz. Sens et non-sens de la responsabilité civile, Presses de l'Université Savoie Mont Blanc, pp.251, 2018, 978-2-919732-88-3. halshs-03942621

HAL Id: halshs-03942621

<https://shs.hal.science/halshs-03942621>

Submitted on 17 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sens et non-sens de la responsabilité civile

Sous la direction de

Johann Le Bourg

Christophe Quézel-Ambrunaz



Sens et non-sens de la responsabilité civile en droit des affaires

Aurélie Ballot-Léna

1 • S'interroger sur le « sens » ou le « non-sens » de la responsabilité en droit des affaires n'est pas une tâche facile, et ce pour deux raisons au moins tenant aux termes du sujet.

« Sens et non-sens » d'abord. Quel sens donner à ces termes ? La consultation du lexique en ligne du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (Cnrtl), montre qu'il existe de nombreuses définitions du substantif « sens »¹. Il peut s'agir d'une direction, d'une orientation (le sens giratoire), d'une faculté, d'une capacité (les cinq sens), ou encore de la propriété d'un objet de pensée ou d'un signe, de sa signification (le sens caché) ou de sa justification (trouver un sens à ses actes). Parce que « sens » doit ici s'entendre en miroir de « non-sens », le terme ne peut renvoyer qu'à la notion de signification. Il n'est, en effet, proposé qu'une seule définition de « non-sens », qui doit s'entendre d'un énoncé qui n'a aucune signification, d'une chose absurde ou illogique². Cependant s'interroger sur la signification de la responsabilité civile ne paraît pas plus évident. D'un point de vue juridique, elle est une source d'obligation, et plus précisément d'une obligation de réparer les dommages causés³. Plus que la signification, c'est, semble-t-il, la finalité poursuivie par la responsabilité civile auquel invite la réflexion proposée. Quelles sont les finalités aujourd'hui poursuivies par la responsabilité civile et le mécanisme actuel permet-il efficacement d'atteindre celles-ci ? En espérant que les organisateurs de cette recherche collective ne désapprouveront pas l'éventuelle liberté prise avec le sujet, c'est donc ainsi que celui-ci sera entendu.

Ensuite se pose inévitablement la question du champ de l'étude. Là encore, quelques libertés ont été prises au regard du sujet initialement proposé, qui était « sens et non-sens de la responsabilité civile en matière commerciale ». Plutôt que de limiter

¹ <http://www.cnrtl.fr/definition/sens>

² <http://www.cnrtl.fr/definition/non-sens>

³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, de l'Association Henri Capitant, PUF, V^o Responsabilité.

l'étude aux seules règles issues du droit commercial au sens strict du terme, il a été décidé de s'intéresser au « droit des affaires », et ce afin de pouvoir prendre en compte des situations qui ne relèvent pas, à strictement parler, du droit commercial, mais qui intéressent au plus haut point les entreprises. Le terme est, en effet, suffisamment large pour comprendre aussi bien les règles régissant l'organisation et le fonctionnement des entreprises, que celles relatives aux opérations qu'elles réalisent, et ce quelle que soit la nature de leur activité, civile ou commerciale. Certes, si l'on part d'une telle définition, une infinité d'hypothèses de responsabilité civile peuvent se rencontrer en droit des affaires, qui sont tantôt régies par des règles spéciales législatives ou réglementaires (on pense, par exemple, aux règles encadrant la responsabilité civile des dirigeants, les pratiques restrictives de concurrence, voire le droit du travail) et tantôt fondées sur les règles générales du Code civil (telles que la concurrence déloyale). Parce qu'une telle étude ne peut prétendre à l'exhaustivité, il a été décidé de restreindre la réflexion à certaines hypothèses de responsabilité civile, à savoir la responsabilité civile du dirigeant de société et celle de l'entreprise en droit de la concurrence (principalement la concurrence déloyale, fondée sur les dispositions du droit commun de la responsabilité civile, mais également, dans une moindre mesure, les pratiques restrictives de concurrence et la responsabilité civile née de la réalisation de pratiques anticoncurrentielles). La méthode a déjà été éprouvée⁴ et la présente étude s'inscrit dans le sillage de cette recherche. Ces hypothèses ont le mérite d'être particulièrement représentatives de l'esprit du droit des affaires. De plus, elles transcendent le clivage droit commun/droit spécial qui pourrait fausser, ici, la réflexion.

2 • Ces précisions étant faites, il convient de présenter l'étude. Pour répondre utilement à l'invitation faite par les auteurs de cette recherche, qu'il convient ici de remercier vivement, il a été décidé de partir de l'affirmation, tirée de la présentation du projet, selon laquelle « bien souvent, la charge finale de la réparation du dommage pèse sur un autre que sur celui qui, matériellement, a causé le dommage, ou qui avait les moyens d'empêcher sa survenance »⁵. Ce constat, a-t-il été expliqué, incite à s'interroger sur l'utilité de la responsabilité civile et à se demander si ce mécanisme ne pourrait pas être supprimé au profit d'un système de socialisation des risques, à l'image de ce que propose le mouvement dit du « *tort reform* »⁶. Sans revenir sur les évolutions de la responsabilité civile – certainement développées par ailleurs dans cette recherche collective –, qui ont conduit à ce que l'on passe d'une « dette de responsabilité » à une « créance d'indemnisation »⁷, on sait en effet que le droit civil

⁴ A. BALLOT-LÉNA, *La responsabilité civile en droit des affaires*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 493, 2008.

⁵ J. LE BOURG et Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, Présentation du projet « Sens et non-sens de la responsabilité civile », projet ANR « De la responsabilité civile à la socialisation des risques » développé dans le cadre du Centre de Droit Public et Privé des Obligations et de la Consommation (CDPPOC) de l'USMB.

⁶ Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Proposition de suppression de la responsabilité au profit d'une socialisation des risques par d'autres moyens », *Gaz. Pal.* 2015, p. 25.

⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p. 1 et s.

a connu un mouvement de socialisation des risques qui a, notamment, contribué à une objectivisation de la responsabilité civile et, dans une certaine mesure, à un recul de la faute⁸.

En droit des affaires, c'est plutôt le constat inverse qui peut être fait. Si, en effet, le droit des affaires a connu, lui aussi, des évolutions qui ne sont pas sans rappeler celles du droit civil, cela n'a pas conduit à libérer l'auteur du dommage, lequel continue à devoir répondre de ses actes, ni à un effacement de la faute, laquelle demeure la pièce maîtresse des régimes de responsabilité civile du droit des affaires.

Ces particularités peuvent être expliquées par le contexte économique propre aux contentieux de droit des affaires. Le droit des affaires, et avant lui le droit commercial, a pour spécificité de reposer sur un principe de liberté, le principe de liberté du commerce et de l'industrie⁹. Dans un tel contexte, la responsabilité civile apparaît comme la contrepartie de cette liberté, qu'elle doit préserver et encadrer sans pour autant brimer les acteurs. La responsabilité civile remplit, dans cette optique, une fonction disciplinaire originale. Comme cela a été expliqué, « le droit intervient d'abord pour établir un minimum d'ordre, d'honnêteté et de sécurité dans les relations des professionnels du commerce et de l'industrie »¹⁰.

3 • L'objet du propos est donc, dans un premier temps, d'observer ce mouvement dans lequel le droit des affaires évolue à contre-courant du droit civil, en ce que le développement de mécanismes de transfert ou de partage de la responsabilité n'a pas conduit à un effacement de la personne de l'auteur du dommage, dont la responsabilité personnelle s'est même renforcée. Dans un second temps, il s'agit d'analyser les raisons d'une telle évolution, pour mettre en exergue le rôle attribué à la responsabilité civile en la matière. Ainsi, après avoir constaté que la responsabilité civile évolue à contresens en droit des affaires (I), l'arrière-sens de la responsabilité civile en droit des affaires, entendue comme son sens réel et caché, sera présenté (II).

I. La responsabilité civile à contresens en droit des affaires

4 • L'affirmation selon laquelle la charge finale de la réparation du dommage pèserait, le plus souvent, sur une autre personne que l'auteur matériel du dommage ne se vérifie pas nécessairement en droit des affaires. Sans doute, en droit des affaires comme en droit civil, on constate la mise en place de mécanismes permettant de transférer la créance de réparation sur un patrimoine supposé plus solvable. Sans doute également, en droit des affaires comme en d'autres domaines, le mécanisme

⁸ Celle-ci, on le sait, n'a pas pour autant disparu (cf. not., Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute ou de la relativité de son déclin », *RTD civ.* 1988, 505 s. ; cf. égal., not., Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits* 1987, p. 29 s. et Ch. RADÉ, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, p. 301). Pour une présentation historique de ces discussions, v. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Traité de droit civil », 3^e éd., 2008, n° 22 et s.

⁹ Article 7 de la loi des 2-17 mars 1791, dite « décret d'Allarde ». La valeur constitutionnelle de ce principe est aujourd'hui établie (cf. not. Cons. const. 16 janv. 1982, DC 82-141 et Cons. Const. 20 mai 2011, 2011-132).

¹⁰ Y. GUYON, *Droit des affaires. Droit commercial et sociétés*, Economica, t. 1, 12^e éd., 2003, n° 2.

de l'assurance s'est développé. Pour autant, dans un cas comme dans l'autre, on ne saurait en déduire un recul de la responsabilité de l'auteur du dommage. Celle-ci demeure le point central autour duquel est organisé le système de responsabilité civile en droit des affaires. À cet égard, la responsabilité civile évolue à contresens du droit civil. Non seulement, en effet, lorsqu'on s'intéresse à l'imputation de la responsabilité, on constate que les solutions retenues ne conduisent pas nécessairement à libérer l'auteur du dommage (A), mais en outre, si l'assurance s'est développée dans certains domaines du droit des affaires, son effectivité doit être relativisée (B).

A. Le développement limité des mécanismes de transfert de la responsabilité

5 • Comme en droit civil, on trouve en droit des affaires des hypothèses dans lesquelles la responsabilité civile est organisée de telle sorte qu'elle permet à la victime d'augmenter ses chances d'obtenir réparation, en se tournant contre une personne supposée plus solvable, par une substitution de la responsabilité, ou contre une pluralité de personnes, par une superposition des responsabilités¹¹.

Toutefois, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ces hypothèses, leur étude révèle qu'elles n'impliquent pas nécessairement un effacement de l'auteur matériel du dommage, lequel continue de devoir répondre de ses fautes d'une manière ou d'une autre.

6 • Si la responsabilité civile du fait personnel reste le principe en droit français, la responsabilité du fait d'autrui permet, dans l'intérêt des victimes, de transférer la créance d'indemnisation sur un patrimoine plus solvable. En droit des affaires également on trouve des hypothèses de substitution de la responsabilité. Leur importance est, cependant, limitée.

Les règles régissant la responsabilité civile de la société à l'égard des tiers en sont un premier exemple. Selon une jurisprudence aussi ferme que constante, « 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 »¹². Le dirigeant, comme les associés, ne peut, donc, voir sa responsabilité personnelle engagée à l'égard des tiers dès lors qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit là d'une véritable substitution des responsabilités, permettant de transférer la charge de réparation du dommage sur la personne morale. Cela ne conduit pas, pour autant, à une remise en question de la responsabilité civile de l'auteur matériel du dommage, comme le montre l'analyse de la jurisprudence relative à la responsabilité personnelle du dirigeant.

7. D'une part, le transfert n'est pas systématique en ce que, dans certains cas, le dirigeant restera responsable des fautes qu'il a commises quand bien même il aurait agi dans le cadre de ses fonctions. Tel sera le cas lorsqu'est envisagée la responsabilité du dirigeant dans l'ordre interne. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de transfert de

¹¹ A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 5^e éd., 2016, n° 57.

¹² Ex. : 2^e civ. 17 juillet 1967, *Bull. civ.* II, n° 261 ; *RTD civ.* 1968, p. 149, note G. Durry.

la responsabilité et le dirigeant doit répondre personnellement des dommages qu'il a causés. Si, par exemple, la victime est un associé qui se prévaut d'un préjudice personnel, le dirigeant sera personnellement responsable des fautes commises à l'origine de ce préjudice, sans que le dirigeant puisse se protéger derrière l'écran de la personne morale¹³.

Le transfert est également limité s'agissant de la responsabilité du dirigeant dans l'ordre externe. En cette hypothèse, en effet, la jurisprudence retient qu'engage sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers le dirigeant qui a commis une faute « séparable de ses fonctions », entendue comme une faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales¹⁴. Or, il est désormais établi que le critère de qualification d'une telle faute n'est pas matériel, de sorte que les juges du fond doivent rechercher si les décisions prises par des dirigeants « même agissant dans les limites de leurs attributions » ne constituent pas des « fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales »¹⁵.

8 • D'autre part, si le dirigeant peut bénéficier, à l'égard des tiers, d'une immunité civile, il ne peut pour autant agir en toute impunité, ne serait-ce que parce que la société, après avoir indemnisé la victime, doit pouvoir se retourner contre le dirigeant fautif en contribution à la dette.

Sans doute, une telle action récursoire n'est pas souvent exercée en pratique. Il ne s'agit pas, pour autant, d'un cas d'école. La question s'est notamment posée à la Cour de cassation lors de l'affaire « *Marionnaud* », litige qui opposait la société de parfumerie et de cosmétiques à ses anciens dirigeants, après que l'AMF a retenu que ces derniers avaient, alors qu'ils étaient encore en fonction, fautivement diffusé de fausses informations sur le marché. La société, poursuivie en paiement de dommages-intérêts par un investisseur qui prétendait avoir investi dans la société à la lumière de ces fausses informations, avait exercé une action récursoire en garantie contre ses anciens dirigeants. S'est alors posée la question de la recevabilité d'une telle action, prise sous l'angle de la prescription. Alors qu'elle aurait pu choisir de fermer la porte *ipso facto* à ce type de recours, en appliquant à la lettre les dispositions particulièrement restrictives quant à la prescription de l'action en responsabilité civile du dirigeant¹⁶, la Cour de cassation a choisi de rendre possible une telle action. Par un arrêt rendu

¹³ Cf. Com. 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793, *Bull. civ.* IV, n° 48 ; not. *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, note M.-L. Coquelet ; *Rev. sociétés* 2010, p. 230, note H. Le Nabasque ; *JCP E* 2010, 1483, note S. Schiller et *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 537, note D. Schmidt.

¹⁴ Cf. l'arrêt de principe, Com. 20 mai 2003, *Bull. civ.* IV, n° 84 ; not., *D.* 2003. 2623, note B. Dondero ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, note H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés* 2003. 479, obs. J.-F. Barbieri ; *Defrénois* 2004, 898, obs. J. Honorat et v. égal. avis Viricelle, *RJDA* août-sept. 2003, p. 71.

¹⁵ Com. 18 juin 2013, n° 12-17.195 ; *RJDA* 12/2013, n° 1022, p. 961 et *Dr. sociétés* 2013, comm. 184.

¹⁶ La prescription de l'action en responsabilité du dirigeant est particulièrement brève : trois ans à compter du fait dommageable, ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation (art. L. 225-254 c. com.).

le 6 mai 2014¹⁷, elle a préféré prendre ses distances avec la lettre du texte, pour lui préférer la solution classiquement adoptée en matière d'action récursoire, selon laquelle le point de départ de l'action en garantie doit être fixé au jour de la délivrance de l'assignation principale. Ainsi, la société qui a été amenée à indemniser les victimes des fautes commises en son nom et pour son compte par ses anciens dirigeants peut agir en contribution à la dette contre ces derniers.

9 • Un autre exemple du caractère limité des mécanismes de substitution des responsabilités est offert par les réflexions menées s'agissant de la responsabilité des sociétés mères ou donneuses d'ordres pour les dommages causés par leurs filiales ou sous-traitants. S'il avait été envisagé, dans ces différentes hypothèses, une véritable substitution des responsabilités, c'est finalement une simple superposition des responsabilités qui a été consacrée, la responsabilité de l'auteur matériel du dommage demeurant essentielle.

Certes, ces dernières décennies ont montré une volonté du législateur, incité en ce sens par une grande partie de la doctrine, de voir les sociétés mères ou donneuses d'ordre répondre des dommages causés par les entités placées sous leur contrôle. Ainsi, en matière de responsabilité sociale et environnementale par exemple, l'article L.512-17 du Code de l'environnement, issu de L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, prévoit la responsabilité de la société mère pour les dommages écologiques causés par la filiale placée en liquidation judiciaire. Face à la multiplication des risques d'accident, dramatiquement confirmé par le passé (on pense ici au drame survenu le 24 avril 2013 en Inde, au Rana Plaza, qui a fait 1 135 morts et près de 2 500 blessés) et au risque réel de voir les victimes de tels drames non indemnisés, il a été envisagé d'aller plus loin en faisant de la responsabilité des sociétés mères un cas autonome de responsabilité du fait d'autrui. L'un des projets doctrinaux de réforme de la responsabilité civile allait en ce sens¹⁸. La récente loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre avait également été annoncée comme devant permettre « la mise en place progressive d'une responsabilité du fait d'autrui [...], la mise en place d'une véritable responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre pour le manque de vigilance ou les fautes commises par leurs sous-traitants »¹⁹.

Toutefois, qu'il s'agisse de l'article L.512-17 du Code de l'environnement ou du nouvel article L.225-102-5 du Code de commerce, issu de la loi précitée sur le devoir de vigilance, aucun de ces textes n'a finalement franchi le pas en consacrant une véritable responsabilité du fait d'autrui. S'agissant du premier de ces textes, la responsabilité de la société mère suppose, pour être engagée, que soit démontrée « l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale ». Quant au second, il prévoit un mécanisme de

¹⁷ Com. 6 mai 2014, n° 13-17.632 et 13-18.473 ; *JCP E* 2014, 1360, note A. Ballot-Léna ; *RTD com.* 2014, p. 829, N. Rontchevsky ; *Rev. sociétés* 2014, 579, note E. Dezeuze et J. Trèves ; *Bull. Joly Bourse* 2014, 340, § 111, p. 4, note A. Gaudemet ; et *Bull. Joly* 2014, 449, 112d8, note S. Torck.

¹⁸ Cf. article 1360 du Code civil tel que prévu par le projet dit « Catala-Viney » (P. CATALA – dir., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Rapport, ministère de la Justice, La Doc. fr., p. 178).

¹⁹ Intervention de M^{me} E. Didier lors des débats devant le Sénat, séance du 18 novembre 2015.

responsabilité civile des sociétés mères et donneuses d'ordre qui est expressément fondé sur les articles 1240 et 1241 du Code civil. Ce n'est qu'en cas de manquement aux « obligations définies à l'article L.225-102-4 » du Code de commerce – *i.e.* absence ou non-conformité du plan de vigilance mis en place au regard des contraintes posées – et s'il est établi par la victime que le préjudice qu'elle a subi résulte directement de ce manquement – cette exigence de lien de causalité ayant été expressément rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 –, que la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre pourra être utilement recherchée. Enfin, si l'un des projets doctrinaux de réforme de la responsabilité civile avait proposé que soit consacré un nouveau cas de responsabilité civile du fait d'autrui, l'avant-projet de réforme publié par le garde des Sceaux n'a pas retenu cette possibilité²⁰.

Sans doute peut-on regretter ce qui peut être vu comme une frilosité du législateur français à adapter le mécanisme de la responsabilité civile à la réalité de certaines situations économiques. L'intensification des réflexions et projets de réforme en la matière montre, quoi qu'il en soit, une prise de conscience qui ne peut qu'être encouragée.

10 • C'est, également, à un partage des responsabilités plus qu'à une substitution de celles-ci qu'a conduit la réforme sur la réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle.

En la matière, le sujet étant l'entreprise – entendue comme toute entité qui exerce une activité économique, quel que soit son statut juridique²¹ –, le récent article L.481-1 du Code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017, prévoit que « toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2 [du Code de commerce] est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle définie aux articles L.420-1, L. 420-2, L.420-2-1, L.420-2-2 et L.420-5 [du même Code] ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Dans le même sens, l'article L.481-9 du Code de commerce énonce que « lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L.481-1, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant. Elles contribuent entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage ». La solvabilité du responsable a incontestablement été prise en considération par le législateur dans l'affirmation de cette responsabilité solidaire, puisque l'article L.481-10 du même Code prévoit expressément qu'une petite ou moyenne entreprise n'est pas tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects lorsque cela « compromettrait irrémédiablement sa viabilité économique et ferait perdre toute valeur à ses actifs » – sauf si cette entreprise a été l'instigatrice de la pratique anticoncurrentielle ou a contraint d'autres personnes à y participer ou a précédemment commis une telle pratique constatée par une décision d'une autorité de concurrence ou une juridiction de recours. Nous y reviendrons.

²⁰ Sur ce point, cf. G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 1378.

²¹ CJCE 23 avril 1991, Aff. C – 41/90, *K. Höfner & Elser c/ Macrotron GmbH*, Rec. I. 1979.

Le mécanisme mis en place conduit donc, nécessairement, à augmenter les chances de la victime d'obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi. Toutefois, là encore, le principe de responsabilité du fait personnel conserve tout son sens. Cela a été souligné, « la solidarité ne doit pas permettre une irresponsabilité de l'auteur du dommage, faute de violer le principe de responsabilité »²². Rien n'interdit donc à la société qui a indemnisé les victimes de se retourner contre l'auteur matériel du dommage, lequel reste responsable, *in fine*, des conséquences de sa faute.

11 • S'agissant, enfin, des solutions proposées par la jurisprudence, plus qu'à une substitution des responsabilités, c'est, là encore, davantage à un partage des responsabilités que les évolutions récentes ont conduit.

Rappelons-le, la jurisprudence est traditionnellement hésitante à admettre la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales²³. Elle a, néanmoins, ouvert différentes voies en faveur d'un partage des responsabilités, notamment en matière de pratiques restrictives de concurrence. A ainsi été envisagée, pour organiser le partage des responsabilités, la possibilité de se prévaloir de l'immixtion fautive de la société mère dans la gestion de sa filiale, caractérisant une sorte de direction de fait ou la création d'une apparence trompeuse à l'égard des tiers²⁴, de l'existence d'une « action de concert » entre les sociétés poursuivies²⁵ ou encore de l'absence d'autonomie d'un franchisé par rapport à son franchiseur²⁶.

Dans presque toutes ces hypothèses, l'admission d'une responsabilité solidaire des différentes entreprises concernées reste fondée sur leurs fautes respectives. Il est toutefois assez frappant de relever que dans le dernier exemple donné, pris d'un arrêt rendu le 5 juillet 2016 dans lequel était recherchée la responsabilité d'un franchiseur, la Cour de cassation ne fait aucune référence à la faute de ce dernier. Faut-il en déduire la reconnaissance d'un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui qui serait, par exemple, la contrepartie du pouvoir de contrôle exercé par le franchiseur ? Rien n'est moins sûr, la Cour de cassation ayant, par le passé, considéré que l'immixtion dans la gestion des filiales « de telle sorte qu'elles en perdraient toute autonomie et toute personnalité morale » pouvait constituer une faute civile²⁷.

12 • Les hypothèses précitées de partage des responsabilités n'ont donc pas conduit à ce que soit, purement et simplement, substituée à la responsabilité de l'auteur du dommage celle d'une personne jugée plus solvable, dans l'intérêt exclusif de la victime

²² S. Schiller, note sous Cons. const., 22 janv. 2016, n° 2015-517 QPC précité.

²³ Par application du principe d'autonomie de la personnalité morale, cf., en ce sens, Com. 7 juillet 2009, n° 08-17.099, cassant sur le fondement des anciens articles 1384 et 1842 du Code civil un arrêt qui avait condamné la holding d'un groupe de sociétés pour des actes de concurrence déloyale commis par l'une de ses filiales.

²⁴ Cf. Com. 20 mai 2014, n° 12-26.705, 12-26.970 et 12-29.281, *Bull. civ.* IV, n° 90 ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 192, note N. Mathey et Com., 12 juin 2012, n° 11-16.109 ; *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 203, obs. N. Mathey ; *JCP E* 2012, 1513, note N. Dissaux.

²⁵ Cf. Com. 6 oct. 2015, n° 14-19.499, *AJCA* 2015. 532, obs. A. M. Luciani ; *D.* 2015. 2070 ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *Rev. sociétés* 2016. 519, note J.-B. Tap ; *RTD civ.* 2016. 118, obs. H. Barbier.

²⁶ Com. 5 juill. 2016, n° 14-27.030, *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 213, obs. N. Mathey.

²⁷ Cf. Com. 20 mai 2014, précité ; sur ce point, v. N. Mathey, note précitée sous Com. 5 juillet 2016.

L'auteur du dommage demeure personnellement responsable des dommages qu'il a causés par sa faute. Cette solution permet de souligner l'attachement du droit français au principe de responsabilité du fait personnel. La responsabilité du fait d'autrui ne peut être qu'exceptionnelle²⁸. Au surplus, sa permanence en droit des affaires illustre les fonctions particulières affectées à la responsabilité civile. Il y est particulièrement important que l'auteur d'une faute réponde de ses actes. C'est ce qui explique, également, le succès tempéré de l'assurance en la matière.

B. Le succès tempéré de l'assurance responsabilité civile en droit des affaires

13 • Il a été expliqué que « le glissement du poids de la réparation civile du responsable à son assureur lui fait perdre tout caractère punitif : *la responsabilité civile prise en charge par l'assurance* devient une pure opération d'équilibre financier entre un dommage causé et son indemnisation »²⁹. Si le droit des affaires a, lui aussi, été touché par le développement de l'assurance, on ne peut déceler, dans cette évolution, le même phénomène qu'en droit civil.

14 • Le droit des affaires, au cœur des activités économiques, a incontestablement été touché par le développement de l'assurance. Cependant ce développement ne saurait être expliqué par la seule considération d'une meilleure indemnisation des victimes.

En matière économique, l'assurance de responsabilité civile n'est pas tant perçue comme un mécanisme destiné à garantir l'indemnisation des préjudices éventuellement causés, et donc principalement tourné vers la victime, que comme une « technique de couverture des risques par un tiers »³⁰ choisie par l'entrepreneur pour diverses considérations, notamment financières. C'est ainsi que l'assurance garantissant la responsabilité des dirigeants, prévue par les polices « responsabilité civile des mandataires sociaux » (Rcms), est clairement regardée comme une mesure de protection de ce dernier³¹. Elle est présentée comme « un outil permettant de procurer une certaine sérénité aux dirigeants dans l'exercice quotidien de leurs missions, de manière à ne pas inhiber les initiatives et la capacité de ceux-ci à mettre en œuvre des projets et des décisions stratégiques »³². L'objectif de garantie de l'indemnisation des victimes, en principe inhérent à l'assurance, apparaît alors secondaire. Il peut même s'effacer, comme le montrent deux exemples.

²⁸ Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, « il résulte de l'article 4 de la Déclaration de 1789 que la loi peut prévoir l'engagement de la responsabilité d'une personne autre que celle par la faute de laquelle le dommage est arrivé à la condition que l'obligation qu'elle crée soit en rapport avec un motif d'intérêt général ou de valeur constitutionnelle et proportionnée à cet objectif » (Cons. const., 22 janvier 2016, n° 2015-517 QPC, *JCP G* 2016, 113, note S. Schiller).

²⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 14^e éd., 2017, n° 18.

³⁰ L. MAYAUX, *Rep. Dalloz civil*, V° Assurance : généralités, n° 1.

³¹ Cf. J. MONNET, « Assurance de responsabilité – Dirigeants sociaux », *J.-Class. Sociétés Traités*, Fasc. 132-15, n° 3, et les références citées, et J. KULLMAN (dir.), *Lamy Assurances*, précité, n° 2623.

³² A. COHEN-JONATHAN et K. HAERI, « L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux de l'entreprise », *Rev. sociétés* 2015, p. 487, n° 3.

D'une part, le développement de l'assurance pourrait, en la matière, dépasser le strict cadre des conséquences pécuniaires d'une responsabilité civile, pour s'étendre à la garantie des mesures répressives telles que les amendes pénales et civiles. Si, en effet, il est traditionnellement considéré que les condamnations pénales pécuniaires issues d'infractions pénales sont inassurables, le principe de personnalité des peines s'opposant à leur prise en charge par l'assureur, cette solution classique semble de plus en plus discutée. On s'est ainsi demandé si l'assurance souscrite par un commettant pouvait couvrir les condamnations pénales pécuniaires des infractions commises par son préposé dans le cadre de ses fonctions³³. De même, la question de l'assurabilité des amendes administratives, prononcées par l'ADLC ou l'AMF, comme celle des amendes civiles pouvant être prononcées sur le fondement de l'article L.442-6 du Code de commerce – et peut-être demain sur celui du futur article 1266-1 du Code civil³⁴ – se pose³⁵. Et, de fait, certaines sociétés d'assurance proposent déjà, au titre de la garantie Rcms, de couvrir de tels risques³⁶. Outre qu'on peut légitimement s'interroger sur la validité de ces garanties, elles semblent bien éloignées du schéma traditionnel de l'assurance de responsabilité. En effet, le risque couvert n'est pas la condamnation à réparer un préjudice – il ne s'agit pas, en effet, de couvrir les conséquences préjudiciables du manquement commis –, mais la sanction d'un manquement, d'un comportement qui a troublé l'ordre public économique³⁷.

D'autre part, une confirmation de l'effacement de l'objectif de réparation des préjudices subis peut être vue dans la proposition de réforme de la responsabilité civile du dirigeant qui avait proposé d'interdire « toute souscription et paiement d'assurance en responsabilité civile par la société au profit des dirigeants et des administrateurs »³⁸. Selon l'auteur de cette proposition, il s'agissait de mettre un terme à ce type d'assurance qui aboutissait à déresponsabiliser les dirigeants. Certes, on l'a vu, il a parfois dit que le mécanisme de l'assurance peut faire perdre à la responsabilité civile tout caractère punitif. Pour autant, on ne peut que se réjouir qu'une telle proposition n'ait pas abouti, car cela aurait conduit à faire primer la fonction punitive ou moralisatrice de la responsabilité civile sur sa fonction réparatrice, l'assurance ayant pour vocation première de garantir l'indemnisation des victimes.

³³ J. KULLMAN (dir.), *Lamy Assurance* 2017, n° 1366, visant 1^{re} civ. 6 juin 2001, n° 97-21.786, *Bull. civ.* I, n° 158 qui a écarté la prise en charge des condamnations pénales pécuniaires du préposé aux seuls motifs que ce type de condamnation était exclue par le contrat.

³⁴ Le projet prévoit toutefois expressément que l'amende civile ne soit pas assurable.

³⁵ J. KULLMAN, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », *JCP E* 2009, p. 1226 et N. RONTCHEVSKY, « Les sanctions administratives prononcées par l'Autorité des marchés financiers peuvent-elles être garanties par une assurance "Responsabilité des et dirigeants" ? », *RTD com.* 2012. 813.

³⁶ Arg. 2^e civ. 14 juin 2012, n° 11-17.367, *D.* 2012. 1674 ; *Rev. sociétés* 2012. 637, note L. Grynbaum ; *RTD com.* 2012. 813, obs. N. Rontchevsky ; *RDGA* 2012. 1025 obs. Bigot ; *RCA* 2012. Étude 6, obs. H. Groutel.

³⁷ Sur le sujet, v., outre les références précitées, J. KULLMAN (dir.), *Lamy Assurance* précité, n° 2659.

³⁸ Article 2 de la proposition de loi n° 1304 relative au renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les sociétés anonymes ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées, enregistrée le 17 décembre 2003.

15 • En tout état de cause, même si l'assurance s'est développée en droit des affaires, il n'est pas certain que, s'agissant spécifiquement de l'assurance de responsabilité civile, sa mise en œuvre puisse affecter la mise en jeu de celle-ci au point qu'on puisse s'interroger sur le sens, aujourd'hui, de la responsabilité civile.

D'abord, on peut s'interroger sur l'importance statistique de ce type d'assurance. S'agissant des contentieux de droit de la concurrence, par exemple, il ne semble pas exister de données, notamment jurisprudentielles ou doctrinales, sur l'importance ou l'influence de l'assurance dans ce domaine. Tel est le cas, par exemple, de la concurrence déloyale qui fait pourtant partie, en théorie du moins, des risques pouvant couverts par les polices d'assurance de responsabilité de l'entreprise. Quant au droit des sociétés, si les nombreux travaux sur la « Rcms » montrent l'intérêt porté à ce mécanisme de transfert de la charge de réparation³⁹, beaucoup desdits travaux s'interrogent sur l'efficacité même d'une telle assurance. Cette interrogation peut être posée au regard du faible nombre d'entreprises souscrivant une telle protection pour leur dirigeant. Si, en effet, elle est fréquente dans les grandes entreprises, en 2015 seuls 20 % des PME en avaient souscrit⁴⁰. Les doutes sur l'efficacité de ces polices d'assurance sont également, et principalement, exprimés au regard des limites inhérentes à ce type de garantie.

C'est là, ensuite, un point essentiel à notre propos que les limites de l'assurance. Il ne concerne pas uniquement la responsabilité civile du dirigeant, mais, plus généralement, l'ensemble des régimes de responsabilité civile.

Ces limites peuvent être d'ordre contractuel⁴¹. Elles sont, surtout, d'ordre légal et tiennent, notamment, aux termes de l'article L.113-1, alinéa 2, du Code des assurances, selon lequel « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Ce texte constitue l'une des principales raisons – si ce n'est la principale raison – de douter de l'efficacité de l'assurance de responsabilité civile en droit des affaires. Il mérite qu'on s'y attarde quelque peu.

16 • L'article L. 113-1 du Code des assurances excluant le jeu de l'assurance en cas de « faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré », se pose la question de l'efficacité de l'assurance de responsabilité civile en droit des affaires.

³⁹ Cf., not., A. COHEN-JONATHAN et K. HAERI, article précité ; A. CONSTANTIN, « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RJDA* 1^{er} juill. 2003, p. 595-612 et « L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Bull. Joly* 2010, p. 762 ; Ch. FREYIA, « L'assurance de responsabilité civile du "management" », *D.* 1995. 120 ; P.-G. MARLY, « La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants », *JCP E* 2006. I. 1490, p. 568 ; J. MONNET, « Assurance de responsabilité – Dirigeants sociaux », *J.-Class. Sociétés Traitées*, Fasc. 132-15, 2003 et J. J. KULLMAN, ouvrage et article précités.

⁴⁰ A. COHEN-JONATHAN et K. HAERI, *op. cit.* n° 54.

⁴¹ La prise en charge d'une éventuelle condamnation par l'assurance peut, par exemple, n'être que partielle en raison du plafonnement de la garantie. L'assurance peut également être mise en échec par l'application de clauses du contrat d'assurance qui, en toute liberté, définissent les risques couverts. De plus, la définition contractuelle des fautes couvertes par le contrat d'assurance se fait nécessairement à la lumière de la jurisprudence applicable, ce qui est susceptible de restreindre davantage le jeu de l'assurance (arg. 2^e civ. 30 juin 2016, n° 15-18.639, à paraître au Bulletin, *Gaz. Pal.* 2016, p. 81, note X. Leducq).

Le texte visant la faute « de l'assuré », on peut, d'abord, se demander s'il s'applique lorsque la faute dont s'agit n'a pas été commise par l'assuré lui-même mais par un tiers, pour le compte duquel la garantie a été souscrite. Tel est le cas en ce qui concerne la police Rcms, puisqu'elle est souscrite par la société, en vue de couvrir les fautes commises par son dirigeant. Un tel contexte ne semble pas, toutefois, suffire à écarter le jeu de l'article L.113-1, la jurisprudence estimant que l'exclusion légale s'applique lorsque la faute est commise par celui pour le compte duquel l'assurance est souscrite⁴².

Ensuite, la principale difficulté tient à la définition des fautes excluant le jeu de l'assurance, qu'il s'agisse de la faute « intentionnelle » ou « dolosive »⁴³. Cette difficulté se pose tout particulièrement en ce qui concerne la responsabilité civile du dirigeant à l'égard des tiers, qui suppose, on l'a vu, la preuve de l'existence d'une faute séparable des fonctions définie comme une faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales⁴⁴. Toutefois, cette hypothèse n'est pas la seule du droit des affaires qui pose difficulté. Ainsi, en matière de concurrence déloyale par parasitisme, la Cour de cassation exige la démonstration de la volonté, de la part de l'auteur du dommage, de se placer dans le sillage de l'entreprise pour profiter indûment de son savoir-faire ou de sa notoriété⁴⁵. Une démarche volontaire et délibérée d'adopter un comportement déloyal est, ainsi, exigée pour caractériser un comportement parasitaire. De telles fautes peuvent-elles être considérées comme des fautes intentionnelles au sens de l'article L.113-1 du Code des assurances ? Il est évident qu'une réponse affirmative catégorique ferait perdre à l'assurance une grande partie de son intérêt.

La jurisprudence a tendance à définir restrictivement la faute intentionnelle en matière d'assurance. Au-delà de l'intention de commettre la faute, c'est traditionnellement l'intention de commettre le dommage tel qu'il s'est réalisé qui est exigée. Selon la Cour de cassation, en effet, « la faute intentionnelle » visée par l'article L.113-1 du Code des assurances « suppose la volonté de l'assuré de causer le dommage tel qu'il s'est réalisé et pas seulement d'en créer le risque »⁴⁶. Toutefois, par la suite, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a semblé adopter une approche plus objective de la faute intentionnelle, spécialement lorsqu'est en cause un professionnel. Ainsi, par un arrêt rendu le 22 septembre 2005, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une faute intentionnelle en présence d'un manquement délibéré qui impliquait la conscience nécessaire du dommage causé. Selon la Cour de cassation, un tel comportement avait fait perdre « tout caractère

⁴² Cf., *a contrario*, 1^{re} civ. 26 mai 1994, n° 91-10.143 *Bull. civ.* I, n° 183 ; *RGAT* 1994. 756, note Mayaux.

⁴³ Sur cette question, v. les ref. citées note 38.

⁴⁴ Cf. *supra* note 13.

⁴⁵ Ex. : Com. 4 février 2014, n° 13-10.039 ; Com. 9 juin 2015, n° 14-15.781 et Com. 5 juillet 2016, n° 14-17.783 : le parasitisme est établi dès lors qu'il est constaté que l'entreprise poursuivie « avait manifesté la volonté délibérée de se placer dans le sillage » de la prétendue victime.

⁴⁶ 2^e civ. 18 octobre 2012, n° 11-13.084, *RGDA* 2013. 56, note J.-P. Karila ; *RCA* 2013, n° 36, note Groutel.

incertain à l'événement dommageable », de sorte que « tout aléa avait disparu »⁴⁷. Un même raisonnement peut expliquer l'exclusion de la garantie en présence d'une faute dolosive, entendue comme une faute consciente et délibérée⁴⁸.

Pour justifier de l'efficacité, et donc de l'intérêt des polices Rcms, il a été soutenu que la faute séparable des fonctions, telle qu'entendue par la Cour de cassation, n'impliquait pas nécessairement la volonté, de la part du dirigeant, de causer le dommage tel qu'il était survenu⁴⁹. Cependant, on peut se demander si une telle position peut être maintenue si on applique la définition objective de la faute intentionnelle, ou celle de la faute dolosive, prise du caractère délibéré du manquement commis. Or, c'est cette approche qui a été adoptée par la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 14 juin 2012⁵⁰.

17 • Cet arrêt traite d'une des facettes du litige, déjà évoqué, opposant la société Marionnaud Parfumerie à ses anciens dirigeants. Ces derniers bénéficiaient d'une police d'assurance de type Rcms à laquelle il avait été ajouté, par avenant, une garantie des « amendes et/ou pénalités civiles »⁵¹.

Après avoir été condamné par l'Amf et un tribunal correctionnel pour diffusion d'informations fausses ou trompeuses sur le marché, l'un des dirigeants avait assigné l'assureur afin qu'il soit condamné à prendre en charge ces condamnations, en exécution du contrat précité. L'assureur s'était, quant à lui, prévalu du caractère intentionnel du manquement commis pour refuser sa garantie. La cour d'appel lui ayant donné raison, le dirigeant s'était alors prévalu, devant la Cour de cassation, de la jurisprudence précitée selon laquelle la faute intentionnelle suppose la volonté de commettre le dommage tel qu'il est survenu, volonté qui n'aurait pas été établie en l'espèce.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, estimant que la cour d'appel avait « pu décider que [le dirigeant] avait commis, au sens de l'article L.113-1 du Code des assurances, une faute intentionnelle, incompatible avec l'aléa, excluant la garantie de son assureur », en ce qu'il résultait de ses appréciations que le dirigeant avait eu « la volonté et la conscience de mettre à la charge de son propre assureur les conséquences qui résulteraient de ses fautes ». Selon la Cour de cassation, en effet, le dirigeant avait « bien eu la volonté, non pas de se voir sanctionner, mais de parvenir à tromper le public sur la situation de la société afin de mieux en négocier la cession ; qu'il ne

⁴⁷ 2^e civ. 22 septembre 2005 n° 04-17.232, D. 2006. 1784, obs. H. Groutel ; *RGDA* 2005. 907 obs. J. Kullmann ; *RCA* 2005. Comm. 370, obs. H. Groutel.

⁴⁸ Ex. : 2^e civ. 12 sept. 2013, n° 12-24.650, *Bull. civ.* II, n° 168 ; *JCP* 2014. 383, note A. Pélissier, 733, n° 7, obs. J. Kullmann ; *RCA* 2013. Comm. 360 et Étude 8, par D. Bakouche ; sur ce point, v. égal. J. Kullman, « Amendes pénales... », n° 15 et s. et les références citées.

⁴⁹ Cf., not., A. COHEN-JONATHAN et K. HAERI, *op. cit.* n° 21 ; A. CONSTANTIN, « L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », précité ; J. KULLMAN, *Lamy Assurances*, précité.

⁵⁰ 2^e civ. 14 juin 2012, n° 11-17.367, D. 2012. 1674 ; *RDGA* 2012. 1025 obs. Bigot ; *Gazette du Palais* – 29/06/2013 ; note B. Dondero ; *RCA* 2012. Étude 6, obs. H. Groutel ; *Rev. sociétés* 2012. 637, note L. Grynbaum ; *LEDA* juill. 2012, n° 98, note P.-G. Marly et *RTD com.* 2012. 813, obs. N. Rontchevsky.

⁵¹ On relèvera au passage que la question de la validité même de cette police n'avait pas été soulevée dans cette affaire, alors même qu'elle aurait pu l'être, répondant ainsi à une question posée (v. *supra*, n° 14).

s'agi[ssait] ni d'une faute d'inattention, ou de négligence, ni d'une erreur de fait, mais de l'expression consciente d'une volonté délibérée de fournir au public des informations propres à modifier l'appréhension de la situation financière de la société, de valider des opérations qu'il savait illégales ». Selon les hauts magistrats, « une telle attitude [était] au surplus exclusive du caractère aléatoire du contrat d'assurance ».

De cet arrêt il résulte que « la diffusion d'informations inexactes par le dirigeant d'une société en vue de valoriser celle-ci constitue une faute intentionnelle en droit des assurances »⁵². Mais au-delà, on peut se demander si ce n'est pas tout manquement à ses obligations commis délibérément par le dirigeant, avec la volonté d'obtenir illicitement un certain résultat, qui peut être qualifié de faute intentionnelle ou dolosive au sens de l'article L.113-1, alinéa 2, du Code des assurances. Or, il est évident que si une telle approche de la faute exclusive d'assurance était consacrée, ce type d'assurance verrait son efficacité réduite de manière significative. De même, si une définition similaire de la faute intentionnelle était appliquée pour déterminer la prise en charge, par l'assureur, des conséquences d'une pratique restrictive de concurrence, d'une pratique anticoncurrentielle ou d'un acte de concurrence déloyale, il existe un risque important que l'exclusion de la garantie soit retenue.

18 • Ainsi, on le voit, l'assurance ne conduit pas nécessairement à décharger l'auteur du dommage de l'obligation d'avoir à répondre de ses actes. S'agissant des polices de type Rcms, l'intervention de l'assurance soustrait d'autant moins le dirigeant d'avoir à répondre de ses fautes, qu'il restera susceptible d'avoir à en répondre sur un plan politique⁵³.

Parce que l'auteur du dommage continue à répondre de ses fautes, la responsabilité civile conserve donc tout son sens en droit des affaires. Mais dans quel sens évolue, précisément, la responsabilité civile en droit des affaires ? C'est à cette question qu'il convient de répondre dans un second temps.

II. L'arrière-sens de la responsabilité civile en droit des affaires

19 • Le « sens » de la responsabilité civile en droit des affaires est-il le même qu'en droit civil ? Pour tenter de répondre à cette question, il est possible de rechercher si, dans ces deux matières, la responsabilité civile a la même signification, en d'autres termes si elle y poursuit les mêmes finalités.

Classiquement, la responsabilité civile poursuivait une fonction réparatrice mais également une fonction préventive – à savoir empêcher la survenance d'un dommage en organisant la cessation de l'illicite mais également dissuader, pour

⁵² L. GRYNBAUM, note précitée. L'auteur relève, par ailleurs, que si on admet l'assurabilité des sanctions prononcées par les autorités administratives, il existe un risque que l'assureur refuse d'accorder sa garantie en invoquant le caractère intentionnel du manquement commis, ce qui constitue une réserve supplémentaire quant à l'efficacité de ces garanties.

⁵³ Arg. 3^e civ. 12 mars 2014, n° 13-14.374 ; *JCP E* 2014, 1190 ; *D.* 2014. Actu. 718, obs. A. Lienhard et *Rev. sociétés* 2014, p. 391, note J.-F. Barbiéri, qui censure un arrêt ayant appliqué cette notion pour apprécier l'existence d'une cause légitime de révocation d'un gérant.

l'avenir, la réalisation de faits dommageables – et punitive ou de rétribution⁵⁴. On sait, toutefois, qu'avec le temps, les deux premières de ces fonctions ont pris le pas sur la troisième. La fonction préventive s'est développée en ce qu'il faut, autant que faire se peut, prévenir l'apparition d'un dommage. Quant à la fonction réparatrice, elle a été privilégiée à la faveur du développement des cas de responsabilité objective et des régimes spéciaux d'indemnisation qui ont conduit, dans une certaine mesure, à l'effacement de la faute.

En revanche, il en va différemment en droit des affaires, où les autres fonctions de la responsabilité civile ont gardé leur vigueur. La place centrale qu'occupe la faute en la matière révèle le rôle particulier qu'y joue la responsabilité civile : son sens profond, son arrière-sens n'est pas tant de réparer un dommage ou d'en prévenir l'apparition que de sanctionner les comportements fautifs et d'indiquer aux opérateurs les normes de conduite devant être respectées.

En droit des affaires, la responsabilité civile poursuit, ainsi, une fonction normative (A) et disciplinaire (B) qui en fait un mécanisme privilégié de régulation des activités économiques.

A. La fonction normative de la responsabilité civile

20 • Il est pertinent de s'interroger sur la perte de sens de la responsabilité civile si on considère que la responsabilité du fait personnel s'est effacée au profit d'une responsabilité objective, détachée de toute appréciation du comportement de l'auteur du dommage. Cependant, en droit des affaires, la responsabilité civile est à contresens de cette tendance en ce que la faute continue d'y jouer un rôle normatif essentiel⁵⁵. Ainsi, s'agissant des régimes spéciaux fondés sur un texte spécial, la faute y est souvent définie avec précision⁵⁶. Quant aux régimes prétoriens fondés sur le droit commun, tels que la concurrence déloyale, la responsabilité civile a permis au juge de dégager des devoirs particuliers à la charge des opérateurs et de définir les normes de comportement devant être respectées. Plus encore, dans ces matières, le

⁵⁴ Cf., not. Ph. LE TOURNEAU (dir.) *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2014/2015, n° 3 et A. BALLOT-LÉNA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, précité, n° 327.

⁵⁵ Comme l'a relevé M. Le Tourneau, « la responsabilité pour faute demeure vivace, singulièrement dans le monde des affaires – là où les hommes restent relativement libres et responsables – particulièrement pour moraliser les rapports entre les diverses catégories intéressées et brider les menées des “affairistes” » (Ph. LE TOURNEAU, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 18 mai 1985, p. 283 et s., p. 285).

⁵⁶ En droit des sociétés, par exemple, l'article L. 225-251 du Code de commerce énonce les fautes pouvant engager la responsabilité des administrateurs et des directeurs généraux (ils sont responsables « soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion »). Quant au droit de la concurrence, les textes énumèrent les actes constitutifs de pratiques restrictives pouvant engager la responsabilité civile de leur auteur (art. L. 442-6 du Code de commerce).

recours aux dispositions générales de l'ancien article 1382, devenu 1240, du Code civil – dont la « plasticité » a été louée⁵⁷ – permet au juge de saisir de nouveaux phénomènes juridiques.

21 • Les solutions adoptées en matière de concurrence déloyale et en ce qui concerne la responsabilité civile du dirigeant illustrent l'importance de la fonction normative de la responsabilité. Elle exerce un rôle similaire aux codes de déontologie auxquels sont soumises certaines professions, en consacrant les devoirs devant être respectés par les entreprises dans l'exercice de leurs activités⁵⁸.

L'action en concurrence déloyale et en parasitisme en est sans doute la manifestation la plus représentative. Par cette action, fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, sont sanctionnés les usages déloyaux de la liberté du commerce et de l'industrie que constituent la désorganisation d'une entreprise rivale ou du marché, le dénigrement, la création d'un risque de confusion entre les produits ou les entreprises et le parasitisme⁵⁹. Alors même que des propositions doctrinales ont été faites en faveur d'un détachement de la concurrence déloyale du « carcan » que constituerait la responsabilité civile, aucune de ces propositions n'a été consacrée⁶⁰. De même, si des propositions législatives ont envisagé de consacrer un texte spécial à la concurrence déloyale, aucune n'a abouti⁶¹. C'est donc toujours sur le fondement de la responsabilité civile que le juge continue de définir les actes constitutifs de concurrence déloyale⁶².

⁵⁷ M.-L. IZORCHE, « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 17 et s., n° 83.

⁵⁸ F. POLLAUD-DULIAN, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349.

⁵⁹ V. not. Y. PICOD ; Y. AUGUET et N. DORANDEU, *Rep. Dalloz commercial*, V° Concurrence déloyale, n° 138 et s. et les auteurs cités.

⁶⁰ Cf. G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme contemporain*, LGDJ, 1995, n° 86 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 6/1994, chron., p. 483 ; M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.* 1998, p. 17 et s. et Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Litec, 1998.

⁶¹ Cf. l'article 2 de la loi du 2 juillet 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière. Faute d'adoption du décret d'application, ce texte est resté lettre morte. Il n'a pas même été intégré, en 2000, dans le Code de commerce. V. égal. le rapport rendu par la mission d'experts dirigée par monsieur le Premier Président Canivet qui avait envisagé l'instauration, dans le Code de commerce, d'un article L. 440-2 consacrant l'action en concurrence déloyale (cf. G. CANIVET (dir.), *Restaurer la concurrence par les prix, Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, La documentation française, coll. « des rapports officiels », 2005, également disponible sur le site Internet www.lexinter.net). La loi du 2 août 2005 n'a cependant pas entériné la proposition.

⁶² Ex. : Com. 27 mai 2015, n° 14-50.042 : « l'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil et non sur une présomption de responsabilité ».

En droit des sociétés, la responsabilité civile joue également une fonction normative évidente en ce qu'elle est utilisée pour réguler les rapports sociaux, qu'il s'agisse des rapports entre les associés⁶³, entre les associés et la société⁶⁴, mais également entre le dirigeant et les associés et entre le dirigeant et la société. Ainsi, la jurisprudence s'est servi de la responsabilité civile pour consacrer, en droit français, un devoir de loyauté à la charge du dirigeant. Ce devoir de loyauté – voire de fidélité – qui est mis à la charge du dirigeant « en raison de sa qualité »⁶⁵ ne figure pas dans les textes relatifs à sa responsabilité civile⁶⁶. C'est néanmoins sur leur fondement que la jurisprudence a consacré l'existence d'un tel devoir.

22 • La flexibilité de la responsabilité permet, en outre, à ce mécanisme de s'adapter aux nouvelles figures juridiques. Comme l'avait énoncé le Professeur Le Tourneau dans un article vantant les mérites et vertus de la responsabilité civile, cette dernière constitue « un remède général aux lacunes du droit, aux défaillances du législateur et aux modifications des données »⁶⁷. Aujourd'hui encore, le propos se confirme.

C'est, ainsi, par le prisme de la responsabilité civile, que les nouveaux comportements économiques sont saisis par le droit. La concurrence déloyale en offre, là encore, des illustrations, qu'il s'agisse du développement du commerce en ligne, de celui de l'économie collaborative ou des fameux « VTC » en tout genre. Dans ces hypothèses, la responsabilité civile, à travers la concurrence déloyale, a permis au juge de saisir ces nouveaux comportements économiques et d'en définir les premières limites en se prononçant sur ce qui relève d'une concurrence (dé)loyale⁶⁸.

⁶³ Ainsi, lorsqu'il s'est agi d'encadrer l'exercice, par les associés, de leur liberté de vote, ce sont les dispositions de droit commun relatives à la responsabilité civile qui ont été techniquement utilisées pour sanctionner les abus de majorité et de minorité, imposant ainsi aux associés un devoir d'exercer leur droit de vote dans le respect de l'intérêt social (ex., visant les dispositions du Code civil : Com. 15 juill. 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 279 ; *Bull. Joly* 1992. 1083, note P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993. 400, note Ph. Merle ; *JCP* 1992. II. 21944, note J.-F. Barbière ; *JCP E* 1992. II. 375, note Y. Guyon et *RTD com.* 1993. 112, obs. Y. Reinhard).

⁶⁴ Si la jurisprudence se refuse à imposer à l'associé un devoir de loyauté similaire à celui du dirigeant, dont découlerait par exemple une obligation de non concurrence de plein droit, la Cour de cassation prend soin de rappeler que les associés doivent néanmoins « s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux », lesquels sont sanctionnés sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile (ex. : Com. 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *D.* 2012. 134, obs. A. Lienhard, note T. Favario ; *ibid.* 2760, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *Rev. sociétés* 2012. 292, note L. Godon ; *RTD com.* 2012. 134, obs. A. Constantin ; *ibid.* 137, obs. A. Constantin ; *Bull. Joly* 2012. 112, § 116, note H. Le Nabasque ; dans le même sens, 19 mars 2013, n° 12-14.407, *D.* 2013. 1172, chron. M. Pietton, H. Guillou, F. Arbellot et J. Lecaroz ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *Rev. sociétés* 2013. 358, obs. S. Prévost et, en dernier lieu, Com. 3 mars 2015, n° 13-25.237).

⁶⁵ Cf., récemment, Com. 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-15.049, conf. *a contrario*, par Com. 17 mars 2015, n° 14-11463 ; sur ce devoir de loyauté, v. not. J.-J. CAUSSAIN, « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in *Mélanges Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 303 ; J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in *Mélanges P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 79 et H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273.

⁶⁶ V. par ex. : article L. 225-251 du Code de commerce.

⁶⁷ Ph. LE TOURNEAU, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », précité, p. 285.

⁶⁸ Ces dernières années, la Cour de cassation a ainsi eu à se prononcer sur la concurrence déloyale par Internet, venant utilement compléter les règles du droit de la consommation (ex. : Com. 14 mai 2013, pourvoi n° 12-15.534 et 20 mai 2014, pourvoi n° 13-17.200) et sur le covoiturage

En outre, comme le montre l'exemple pris du devoir de loyauté du dirigeant, la responsabilité civile peut servir de vecteur à la reconnaissance, par notre ordre juridique, de normes d'origine variées.

C'est le cas, en droit des sociétés par exemple, pour les devoirs imposés par les normes de droit souple, ou *soft law*, tels que les codes d'origine privée⁶⁹. Le code de gouvernement d'entreprise établi par l'AFEP et le MEDEF, par exemple, énonce un certain nombre de recommandations à l'égard de dirigeants qui peuvent être assimilées aux règles déontologiques auxquels sont soumises les professions réglementées et dont l'objet est de fixer les devoirs de leurs membres. Il envisage d'ailleurs expressément la « déontologie » des administrateurs – article 19 –, en énonçant un certain nombre de devoirs (compétence, diligence, assiduité...) qui ne sont pas sans rappeler les règles auxquelles sont soumises les professions réglementées.

Alors qu'on s'interroge sur la juridicité de ces codes⁷⁰, leur nature particulière les privant de toute sanction juridique directe⁷¹, la responsabilité civile peut, en théorie du moins, sanctionner le non-respect de ces codes. Un comportement contraire aux dispositions d'un tel code qui aurait été adopté par une société⁷² peut, en effet, être

(cf. Com. 12 mars 2013, *Bull. civ.* IV, n° 36, D. 2013. Chron. 1180, obs. J. Lecaroz ; *JCP E* 2015, n° 1264, obs. A. Ballot-Léna). Sur ce dernier point, le législateur est, depuis, intervenu pour encadrer davantage cette activité (cf., not., nouvel article L. 3132-1 du Code des transports issu de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte). Parmi les nombreux litiges auxquels est confrontée la plateforme de réservation Uber dans différents pays, plusieurs sont fondés sur la concurrence déloyale.

⁶⁹ Cf. not., C. COUPET, « Les normes d'origine privée. Réflexion à partir des recommandations de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité et du code AFEP-MEDEF », *RTD com.* 2015, p. 437 et P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337 ; v. égal., du même auteur, « La réception du droit souple par l'ordre juridique » in *Le droit souple*, Travaux de l'Association Henri Capitant précités, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 113, spéc. p. 120, qui souligne que le droit souple, en raison de sa nature même, ne peut produire directement des effets et doit « prendre appui sur un élément de l'ordre juridique qui le véhiculera comme norme ».

⁷⁰ Y. PACLOT, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. sociétés* 2011. 395.

⁷¹ Sur le droit souple, v. not. C. THIBERGE, « Le droit souple. Reflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599 ; E. CLAUDEL et B. THULLIER, « Sur le droit mou », *RJ com.* 2006, p. 4 ; P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 337 ; Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, collection « Thèmes et commentaires », 2009 et *Le droit souple*, Rapport d'étude annuelle 2013 du Conseil d'État, La documentation Française.

⁷² On pense ici, en particulier, aux dirigeants de sociétés cotées. En effet, en vertu de l'article L. 225-37 du Code de commerce les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché financier doivent, dans leur rapport annuel, préciser si la société se réfère à un code de gouvernement d'entreprise et, si tel n'est pas le cas, expliquer pourquoi la société n'a pas adopté un code, ou n'a adopté que partiellement un code, et comment la direction entend compléter les exigences légales en la matière (selon la méthode *Comply or explain*).

qualifié de faute de gestion, source de responsabilité civile des dirigeants et cause de révocation⁷³. La responsabilité civile fonctionne alors comme une sorte de vecteur d'intégration, dans l'ordre juridique, de ces règles de natures diverses.

Il en ira sans doute de même s'agissant des « codes de conduite » que doivent adopter désormais les sociétés dépassant certains seuils, en vertu de l'article 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 », ou des « plans de vigilance » devant être établis par les grandes entreprises, en vertu du nouvel article L.225-102-4 du Code de commerce, introduit par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

23 • La fonction normative ainsi attribuée à la responsabilité civile en droit des affaires s'est naturellement accompagnée d'un aménagement de son régime. En effet, pour que cette fonction normative soit utile, encore faut-il que le juge soit en mesure de prononcer une sanction adéquate, en tenant compte notamment des particularités de chaque espèce et du contexte économique propre à la matière concernée. La responsabilité civile poursuit, ainsi, également une fonction disciplinaire en droit des affaires.

B. La fonction disciplinaire de la responsabilité civile

24 • En droit commun, dès lors que les conditions d'application de la responsabilité civile sont réunies, le juge est tenu de condamner l'auteur du dommage à la réparation intégrale des préjudices subis, sans qu'il puisse en résulter pour la victime « ni perte, ni profit »⁷⁴. Le juge ne dispose, à cet égard, d'aucune marge de manœuvre. Il ne dispose pas de l'opportunité des poursuites, pas plus qu'il ne peut moduler la sanction prononcée en fonction, par exemple, de la gravité de la faute⁷⁵, de son caractère intentionnel, ou des bénéfices ou économies éventuellement réalisés par l'auteur du dommage⁷⁶.

En droit des affaires, le législateur et la jurisprudence ont pris parfois leurs distances avec ces règles pour affecter à la responsabilité civile une fonction disciplinaire. Pour s'inspirer d'une définition de la discipline donnée par le Professeur Jeammaud, la responsabilité civile participe, en droit des affaires, à l'édiction de

⁷³ Arg., s'agissant du recours possible aux règles déontologiques pour qualifier une faute civile, v. not. J. MORET-BAILLY, « Règles déontologiques et fautes civiles », *D.* 2002, p. 2820 et s. ; A. CAPPELLO, « La faute civile et la violation des règles régissant une activité sportive ou professionnelle », *RTD civ.* 2013, p. 777 et s., et G. VINEY, « Chronique de responsabilité civile », *JCP* 1997, I, n° 4068.

⁷⁴ Ex. : 2^e civ. 22 novembre 2012, n° 11-25.599 ; 28 mars 2013, n° 12.14-465 et 26 mars 2015, n° 13-26.346, arrêt rendu au visa du « principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime ».

⁷⁵ Cf. 2^e civ. 8 mai 1964, *Bull. civ.* II, n° 358 ; *JCP G* 1965, II, 14140, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1965, p. 137, n° 20, obs. R. Rodière.

⁷⁶ Cf., en concurrence déloyale, Com. 21 février 2012, n° 10-27.966 : « le préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme ne s'identifie pas à l'économie réalisée par l'auteur de ces actes ». Selon la jurisprudence il importe peu que l'auteur de l'acte déloyale n'ait pas, à titre personnel, tiré un bénéfice des actes : Com. 21 mars 2000, *Bull. civ.* IV, n° 65.

règles de conduite auxquels les opérateurs doivent se soumettre dans l'exercice de leur activité et permet de réprimer les comportements déviants par une sanction appropriée⁷⁷. La responsabilité civile s'inscrivant, en outre, également dans un contexte de régulation des activités économiques, un double mouvement peut être observé. D'un côté, la responsabilité civile doit permettre de réprimer les comportements fautifs par une sanction appropriée. De l'autre, elle ne doit pas décourager les opérateurs économiques.

25 • La rétribution des fautes est un aspect important de la responsabilité civile en droit des affaires. Cela se vérifie à plusieurs égards.

À contresens de ce qui a pu être observé en droit civil, où la faute s'est effacée pour ne pas être un obstacle à la réparation des préjudices, ce sont souvent les autres conditions de la responsabilité civile qui, en droit des affaires, s'effacent pour permettre une sanction de la faute. On le voit en concurrence déloyale, la Cour de cassation estimant, au visa de l'article 1240 du Code civil « qu'il s'infère nécessairement d'actes [de concurrence déloyale] un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral »⁷⁸. De même, en ce qui concerne la responsabilité pour insuffisance d'actif, régime spécial de responsabilité civile du dirigeant en matière de procédures collectives, il suffit que la faute du dirigeant ait contribué à la réalisation de l'insuffisance d'actif pour qu'il encoure une condamnation à combler tout ou partie de cette insuffisance, le montant de la condamnation pouvant être fixé en fonction de la gravité des fautes commises⁷⁹.

Plus généralement, se multiplient les régimes spéciaux dans lesquels la sanction ne sera pas fixée en fonction du préjudice subi, mais au regard de la faute commise. Tel est le cas, on vient de le voir, s'agissant de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Un autre exemple est offert par les régimes spéciaux qui prévoient une sanction alternative ou complémentaire à l'octroi de dommages-intérêts, prononcée en fonction de la faute commise. La fonction punitive poursuivie par ces régimes spéciaux de responsabilité civile est clairement affichée. Tel est le cas, par exemple⁸⁰, en ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence sanctionnées par l'art. L.442-6 du Code de commerce. Aux termes de ce texte, outre la cessation des pratiques et la nullité des éventuels clauses ou contrats illicites, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander deux sanctions qui ne sont pas permises en l'état actuel du droit commun de la responsabilité civile : « la répétition de l'indu »⁸¹ et « le prononcé d'une amende civile ». Cette amende ne peut dépasser la somme de

⁷⁷ A. JEAMMAUD, « Disciplines et droit », in P. ANCEL et J. MORET-BAILLY (dir.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, PU Saint-Etienne, coll. « Droit », 2007, pp. 19 et 20.

⁷⁸ Pour un exemple récent, v. Com. 11 janvier 2017, n° 15-18.669.

⁷⁹ Article L. 651-2 du Code de commerce ; ex. : Versailles, 3 mai 1990 : *Bull. Joly* 1990. 664, note J.-J. Daigre ; Versailles, 27 sept. 2001 : *RJDA* 2002, n° 184 ; *Bull. Joly* 2002. 48, note J.-J. Daigre et Paris, 9 mai 2006 : *RJDA* 2006, n° 1061.

⁸⁰ Pour un autre exemple, v. les articles L.716-1 et L. 716-14, 3° du Code de la propriété intellectuelle, en matière de contrefaçon.

⁸¹ Celle-ci peut, en elle-même, avoir un effet dissuasif très important. Ainsi, par un arrêt rendu le 25 janvier 2017 (n° 15-23.547), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir condamné le géant de la distribution Le Galec à verser au Trésor Public la somme de 61.288.677, 84 € au titre de la répétition de l'indu, à charge pour celui-ci de restituer ces sommes aux fournisseurs lésés.

2 millions d'euros, sauf si elle est fixée au regard du manquement commis. Dans une telle hypothèse, elle peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques. Ce n'est qu'après l'énonciation de ces mesures qu'il est rappelé, presque incidemment, que « la réparation des préjudices subis peut également être demandée ». Par cette action, le législateur a clairement souhaité se détacher du droit commun de la réparation pour affecter un caractère punitif, et donc dissuasif, à la sanction prononcée⁸².

Il est à noter que le droit commun de la responsabilité pourrait, sur ce point, subir l'influence du droit spécial. Le projet de réforme de la responsabilité civile propose, en effet, l'introduction d'une amende civile pouvant être prononcée « lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie »⁸³, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile⁸⁴. Cette amende, proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés, peut aller jusqu'au décuple du montant du profit réalisé et, si le responsable est une personne morale, elle peut 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. En outre, elle n'est pas assurable. La fonction punitive de la responsabilité civile ne fait, ici, aucun doute.

26 • Le contexte économique dans lequel s'inscrit le contentieux de responsabilité influence également la façon dont celui-ci est traité par le juge. Il s'agit de réprimer les fautes les plus graves mais de ne pas, pour autant, décourager les opérateurs en les soumettant à une sanction trop systématique.

En droit des sociétés, le régime particulier de responsabilité civile du dirigeant à l'égard des tiers peut être expliqué ainsi. En principe, seule la société répond des fautes commises par son dirigeant à l'égard des tiers et ce n'est que s'il a commis une faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales qu'il risquera de voir sa responsabilité personnelle engagée⁸⁵. La nature particulière de la faute commise justifie, alors, qu'il ne soit plus protégé par l'écran de la personnalité morale et qu'il soit contraint de répondre de ses actes.

⁸² La commission spéciale devant le Sénat, déposé le 25 mars 2015, va jusqu'à qualifier les sanctions de « réponses répressives possibles contre ces pratiques commerciales » (Rapport déposé le 25 mars 2015 par M^{me} C. Deroche, D. Estrosi-Sassone et M. F. Pillet, n° 370).

⁸³ Article 1266-1 du Code civil tel que prévu par le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par le garde des sceaux en mars 2017.

⁸⁴ Sur cet aspect du projet de réforme, v. not. A. BALLOT-LÉNA, « Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé, l'amende civile consacrée », analyse critique de l'article 1266 du Code civil dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, blog Dalloz « Réforme du droit des obligations », publié en août 2016 (<http://reforme-obligations.dalloz.fr/>) ; E. DREYER, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017, p. 1136 et T. D'ALÈS et 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.

⁸⁵ V. *supra*, n° 7.

Lorsque la responsabilité du dirigeant est recherchée alors que la société fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, le régime spécial prévu par l'article L. 651-2 du Code de commerce illustre également ce phénomène. Si ce texte énonce que le tribunal peut mettre à la charge du dirigeant fautif tout ou partie du passif qu'il a, par sa faute, contribué à créer, la jurisprudence considère qu'il ne s'agit que d'une faculté pour le juge. Ce dernier dispose, ainsi, d'un pouvoir qui n'est pas sans rappeler le principe d'opportunité des poursuites, en ce qu'il peut décider de ne pas prononcer de sanction à l'encontre du dirigeant, et ce quand bien même il aurait fautivement poursuivi l'exercice d'une activité déficitaire⁸⁶. En la matière, la loi « Sapin 2 » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 a confirmé le phénomène. Désormais, lorsque la faute du dirigeant n'est qu'une « simple négligence [...] dans la gestion de la société »⁸⁷, elle ne peut plus être sanctionnée au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, et ce même si elle a contribué à provoquer l'insuffisance d'actif de l'entreprise. L'objectif affiché était de « limite[r] la responsabilité des dirigeants »⁸⁸ pour « faciliter le rebond du dirigeant de bonne foi d'une société mise en liquidation judiciaire »⁸⁹. Selon les auteurs du texte, en effet, « pour encourager la création d'entreprises, et favoriser le rebond des dirigeants de société à la suite d'une faillite, il faut éviter que des condamnations patrimoniales puissent être prononcées pour simple négligence dans la gestion d'une société »⁹⁰. Par où l'on voit qu'en droit des affaires, des considérations purement économiques peuvent conduire à écarter le principe de réparation du préjudice subi, la fonction disciplinaire de la responsabilité civile, prise en tant qu'outil de régulation des activités économiques, devant alors primer.

27 • Reste à se demander s'il appartient bien à la responsabilité *civile* de poursuivre une telle fonction. Cette question se pose avec d'autant plus d'insistance qu'en ce qui concerne cette fonction, la responsabilité civile est en concurrence directe avec d'autres mécanismes de sanction des comportements fautifs, qu'il s'agisse des sanctions pénales ou administratives. Le mécanisme de l'amende civile invite à une telle réflexion : plus qu'une peine privée il s'agit là d'une véritable mesure « quasi-répressive ». À la veille de son introduction en droit commun de la responsabilité civile, on peut se demander si c'est bien à cet ordre de responsabilité de poursuivre une telle finalité. On retrouve alors la question de l'éventuelle disparition de la responsabilité civile, à laquelle s'ajoute celle de ses conséquences. Si la responsabilité civile devait disparaître au profit d'un nouveau mécanisme de socialisation des risques destiné à améliorer la prise en charge de la créance d'indemnisation, cela devrait conduire

⁸⁶ Ex. : Com. 25 juin 2002, n° 99-18.643, *RJDA* 2002, n° 1306 ; *Dr. sociétés* 2003, n° 73, note P. Legros.

⁸⁷ Article L.651-2 du Code de commerce. Depuis la loi, il est précisé que « Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée ».

⁸⁸ Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale par M. Denaja, sur l'article 48 du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁸⁹ Exposé des motifs de la loi précitée n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

⁹⁰ Reprenant une mesure gouvernementale proposée au soutien du programme « Tout pour l'emploi dans les TPE et les PME » (mesure n° 14 de ce programme présenté par le Gouvernement le 9 juin 2015), (<http://www.gouvernement.fr/partage/4431-tout-pour-l-emploi-dans-les-pme-et-les-tpe>).

à une réforme des sanctions de façon à ce que l'auteur du comportement fautif se voie imputer, non une dette de réparation, mais une sanction punitive. Mais alors comment coexisteraient les deux régimes ? Comment s'assurer, en cas de pluralité d'actions, que les solutions adoptées ne partent pas « dans tous les sens » ? À l'heure où d'aucuns appellent à « prendre la responsabilité au sérieux »⁹¹, plutôt que de multiplier les mécanismes, ne faudrait-il pas redonner tout son sens à la responsabilité civile en lui permettant de poursuivre pleinement ses fonctions classiques de réparation, prévention et rétribution ? La présente recherche, comme le projet de réforme du droit commun de la responsabilité civile, incitent plus que jamais à se poser ces questions, dont seul l'avenir pourra nous dire dans quel sens il y aura été répondu.

⁹¹ M. DELMAS-MARTY et A. SÉRIAUX (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015.