

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par *UNIVERSITE TOULOUSE I CAPITOLE*

Présentée et soutenue par Antoine BILLEBEAUD

Le 22 janvier 2014

Titre : L'intérêt d'assurer les personnes essentielles de l'entreprises

Directeur de Thèse :

Didier KRAJESKI, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

JURY :

Monsieur Julien THERON, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Madame Anne PELISSIER, Professeur à l'Université Montpellier I

Monsieur Luc MAYAUX, Professeur à l'Université Lyon III

Ecole doctorale : *Ecole Doctorale de Sciences Juridiques et Politiques*

Unité de recherche : *Institut de droit privé*

L'Université n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

Je remercie Monsieur le Professeur Krajeski pour avoir accepté de diriger mes recherches.
Je tiens à lui exprimer toute ma gratitude pour ses qualités humaines, ses conseils et sa grande
disponibilité tout au long de ces années.

A Sarah, ma tendre épouse pour son soutien indéfectible,
A François, Samuel, Vincent, Agathe, mes enfants, pour leur patience.
A Maman, pour son laborieux travail de correction.
A ma famille et mes amis qui ont toujours été à mes côtés.

Qu'ils soient assurés de ma très grande reconnaissance.

SOMMAIRE

TABLE DES ABREVIATIONS
INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE **PRINCIPES DE BONNE GOUVERNANCES, ETHIQUE ET INTERET** **D'ASSURANCE**

Titre 1. La prise en compte de la personne essentielle par les principes de bonne gouvernance et d'éthique

Chapitre 1. De la naissance à la consolidation des principes de bonne gouvernance d'entreprise

Chapitre 2. Évolution des réflexions sur la bonne gouvernance vers une entreprise éthique et la reconnaissance de la personne essentielle

Titre 2. De la personne essentielle à assurer a l'intérêt d'assurance

Chapitre 1. La personne essentielle dans l'entreprise

Chapitre 2. L'intérêt d'assurance

SECONDE PARTIE **LE RISQUE OU L'INTERET ASSURABLE DE LA PERSONNE** **ESSENTIELLE**

Titre 1. La personne du dirigeant et les autres personnes essentielles

Chapitre 1. Les risques et les contrats d'assurance de la personne du dirigeant

Chapitre 2. Les risques et les contrats d'assurance des personnes essentielles

Titre 2. La notion d'intérêt d'assurance et les conflits d'intérêt

Chapitre 1. Vers une utilisation de l'intérêt d'assurance dans les contrats d'assurance des personnes essentielles

Chapitre 2. Le risque de conflit d'intérêt

CONCLUSION GÉNÉRALE
BIBLIOGRAPHIE
INDEX
TABLE DES MATIERES

TABLE DES ABRÉVIATIONS

SOURCES DU DROIT

C. civ. = Code civil
C. com. = Code de commerce
C. consom. = Code de la consommation
C. déontologie méd. = Code de déontologie médicale
C. pén. = Code pénal
C. prop. intellect. = Code de la propriété intellectuelle
C. rur. = Code rural
C. santé publ. = Code de la santé publique
C. trav. = Code du travail
CGI = Code général des impôts
DDH = Déclaration des droits de l'Homme
DUDH = Déclaration universelle des droits de l'Homme
L. = loi

PUBLICATIONS

AJDA = Actualité juridique, droit administratif
AJDI = Actualité juridique, droit immobilier
Ann. Loyers = Annales des loyers
Arch. phil. droit = Archives de philosophie du droit
Banque = Banque magazine
Bull. Joly Sociétés = Bulletin Joly droit des sociétés
Bull. civ. = Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. civ. AP = Bulletin des arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cah. dr. entr = Cahiers de droit de l'entreprise
Contrats, conc. consom. = Revue contrats, concurrence, consommation
D. = Recueil Dalloz
Defrénois = Répertoire notariat Defrénois
DMF = Droit maritime français
DPCI = Droit et pratique du commerce international
Dr. et patr. = Revue droit et patrimoine
Dr. Famille = Revue droit de la famille
Dr. sociétés = Revue droit des sociétés
GAJ civ. = Grands arrêts de la

jurisprudence civile
Gaz. Pal. = Gazette du palais
J.-Cl. = Juris-Classeur
JCP E = Semaine juridique édition entreprise et affaires
JCP ou JCP G = Semaine juridique édition générale
JCP N = Semaine juridique édition notariale et immobilière
JDI = Journal de droit international
L'essentiel Dr. ass. = L'essentiel du droit des assurances
LEDC = L'essentiel du droit des contrats
Loyers et copr. = Revue loyers et copropriété
LPA. = Les petites affiches
Rep. civ. = Répertoire civil Dalloz
Resp. civ. et assur. = Revue responsabilité civil et assurances
RD bancaire et fin = Revue droit bancaire et financier
RDC = Revue des contrats
RDI = Revue droit immobilier
Resp. civ. et assur. = Revue responsabilité civile et assurances
RID comp. = Revue internationale du droit comparé
RDSS = Revue de droit sanitaire et social
Rev. sociétés = Revue sociétés
Rev. sc. morales et pol. = Revue sciences morales et politiques
RIDC = Revue internationale de droit comparé
RJC = Revue de jurisprudence commerciale
RJDA = Revue de jurisprudence de droit administratif
RJPF = Revue juridique personnes et famille
RLDC = Revue Lamy droit civil
RRJ = Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD civ. = Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. = Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Revue lég. et jur = Revue de législation et de jurisprudence

JURIDICTIONS

CA = arrêt d'une Cour d'appel
Cass. Ass. Plén. = arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Ch. mixte = arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. = arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. = arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Req. = arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc. = arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
TGI = jugement d'un Tribunal de grande instance

ACRONYMES

BDP = Bibliothèque de droit privé
LGDJ = Librairie général de droit et de jurisprudence
LJAM = Librairie de jurisprudence ancienne et moderne
PUAM = Presses universitaires d'Aix Marseille
PULIM = Presses universitaires de Limoges
PUF = Presses universitaires de France
PUSS = Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse

ABRÉVIATIONS USUELLES

§ = paragraphe (s)
Al. = alinea
Art. = article (s)

C/ = contre
Ch. = chambre
Chron. = chronique
Coll. = collection
Comm. = commentaire
Concl. = conclusions
Contra = solution contraire
Dir. = direction
Doctr. = doctrine
Ed. = éditions
Fasc. = fascicule
Ibid. = *Ibidem* = au même endroit
In = dans
Infra = ci-dessous
Jur. = jurisprudence
N° = numéro (s)
Obs. = observations
Op. cit. = *opere citato* = dans l'ouvrage cité
Op. et loc. cit. = à l'endroit cité
P. = pages
Pan. = panorama
Préc. = précité
Préf. = préface
Rapp. = rapport
Réed. = réédition
Réf. = référence (s)
S. = suivant (s)
Somm. = sommaire
Spéc. = spécialement
Supra = ci-dessus
T. = tome
Th. = thèse
Trad. = traduction
V. = voir
V° = *verbo* = mot
Vol. = volume

« Plus faibles sont les risques, meilleure est l'entreprise. » Sophocle. Extrait de Philoctète (409 av. JC)

INTRODUCTION :

1. - *Vers une définition de l'entreprise.* Il n'existe pas de définition universelle de l'entreprise, en effet le terme d'entreprise a une réalité mais aucune véritable consistance. Il s'agit pourtant d'un terme particulièrement usuel qui est significatif pour tout un chacun.

La définition qui est la plus souvent retenue et qui semble la plus pertinente est que l'entreprise est une organisation économique, disposant de moyens humains et matériels, qu'elle combine en vue de produire des biens et des services destinés à la vente.¹

Le droit européen fait du critère économique l'élément substantiel de la définition de l'entreprise,² cet élément étant celui retenu par les juridictions françaises.³

L'entreprise nécessite une approche systémique⁴, d'une part par son fonctionnement interne, puisqu'il s'agit d'une organisation complexe, dont les éléments, bien qu'identifiables ne sont pas considérés isolément mais font parti d'un ensemble dont toutes les composantes entrent dans une interaction et une certaine dépendance, et d'autre part dans ses relations avec son environnement qu'elle ne peut ignorer.

L'entreprise est une entité qui gravite autour d'autres éléments d'un environnement plus ou moins large avec lesquels elle crée des relations.

¹ F. Chaumet, *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, Argus Edition, 2008

² JCE, 17 févr. 1993, Poucet et Pistre, aff. jointes C-159/91 et C-160/91, Rec. I. 637, Europe avr. 1993, n° 172, RTD com. 1993. 429, obs. chron. Bolze, JDI 1994. 503, obs. M.-A. Hermitte ; CJCE, 19 janv. 1994, SAT Fluggesellschaft, aff. C-364/92, Rec. I. 43, Europe mars 1994, n° 114, D. 1995. 33, note Lhuillier, RFD aérien 1994. 7 ; CJCE, 16 nov. 1995, Fédération française des sociétés d'assurance E.A., aff. C-244/94, Rec. I. 4013, D. 1996. 317, obs. Bergeres, Contrats, conc., consom. déc. 1995, n° 206, obs. L. Vogel, JDI 1996. 529, obs. M.A. Hermitte, Rev. aff. eur. 1996/1, n° 2, obs. J.-B. Blaise et C. Robin, L. Idot, Europe janv. 1996, p. 1 ; CJCE, 11 déc. 1997, Job Centre, aff. C-55/96, Rec. I. 7119, Europe févr. 1998, n° 66 ; CJCE, 21 sept. 1999, Albany, aff. C-67/96, Rec. I. 5751 ; CJCE, 21 sept. 1999, Brentjens', aff. jointes C-115/97 à C-117/97, Rec. I. 6025 ; CJCE, 21 sept. 1999, Drijvende Bokken, aff. C-219/97, Rec. I. 6121 ; L. IDOT, Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation, Europe nov. 1999, chron. 4, RTD eur. 2000. 340, obs. J.-B. Blaise et L. Idot ; CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov E.A., aff. jointes C-180/98 à C-184/98, Rec. I. 6451, Contrats, conc. consom., déc. 2000, obs. S. Poillot-Peruzzetto, Europe nov. 2000, n° 355, obs. L. Idot, JDI 2001. 372, obs. C. Prieto, RTD com. 2001. 537, obs. S.P.P., RTD eur. 2002. 105, n° 5, obs. J.-B. Blaise et L. Idot

³ A. Raclet, *L'arrêt FENIN: variations sur la notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence*, G.P 2003, somm. n° 198, 17 juillet 2003, p. 34 ; J.-M. Marmayou, *L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et la notion d'entreprise*, PA, n° 13, 17/01/2003, p. 15-20 ; T. Tarroux, *La notion d'entreprise*, JCP N, n° 49, 06/12/2002, p. 1706-1708 ; L. Idot, *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés 2001 p. 191

⁴ Le système se définit comme « un ensemble d'éléments en interaction dynamique, organisés en fonction d'un but » J. de Rosnay, *Le macroscopie, vers une vision globale*, le Seuil 1975, p.93

2. - *Du concept d'entreprise à l'existence de la personne morale.* Le mot « entreprise » est communément utilisé, il est pratique car générique et figuratif, il permet à chacun de voir clairement le domaine abordé; il n'a pourtant aucune réalité juridique.

Ce terme d'entreprise du point de vue du droit de manière générale et particulièrement pour ce qui concerne la responsabilité est entendu comme une entité possédant une personnalité juridique.

Cette personnalité juridique de l'entreprise ou personne morale⁵ s'oppose à la personne physique, chacune ayant comme principale qualité d'avoir un patrimoine qui leur est associé.

La Cour de Cassation a d'abord considéré en 1933 que cette personnalité morale était une fiction du droit privé : « en vertu d'une fiction du droit privé, les sociétés de commerce sont réputées jouir d'une personnalité distincte de celle des associés qui les composent »⁶

Puis dans les années 1950, la haute Cour adopte définitivement une définition réaliste de la personnalité morale qui devient alors un intérêt distinct de l'intérêt collectif, un intérêt propre de la personne morale qui transcende les intérêts des personnes qui l'ont créée, qui la dirigent ou participent à ses activités.

Généralement la personnalité morale est conférée à une organisation qui répond à divers critères imposés par le législateur.

3. - Mais la jurisprudence a aussi fait usage de la théorie de la réalité technique pour considérer qu'une organisation possédait une personnalité morale, à propos d'un comité d'établissement. La Cour de Cassation a défini la personnalité morale : « *attendu que la personnalité morale n'est pas une création de la Loi : elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés.* »⁷

En revanche la Cour de Cassation a refusé à plusieurs reprises de conférer à un groupe de sociétés la personnalité morale : « *attendu qu'en statuant ainsi, alors que, un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter, l'une des conditions essentielles pour la validité de la convention d'ouverture de compte faisait défaut, la Cour d'Appel a violé le texte susvisé de l'article 1106 du Code civil.* »⁸

⁵ J. Pellerin, *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé* : RTD com. 1981, p.471 ; J. Paillusseau, *Le droit moderne de la personnalité morale* : RTD civ. 1993, p.705 ; N. Baruchel, *La personnalité morale en droit privé*, LGDJ, 2004 ; G. Wicker, *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, Mèl. Oppetit*, Litec, 2009, P.689

⁶ Cass. civ., 25 juill. 1933 : DP 1936, 1, p.121

⁷ Cass. 2ème civ., 28 janv.1954 : D.1954, 2, 217, note Levasseur ; voir également Cass. soc., 23 janv. 1990, n°86-14.947 ; JCP G 1990, II, 21529, note M.Névoit, concernant les comités de groupes

⁸ Cass. com., 2 avr. 1996, 94-16380 : JCP 1997, II, 22803, note J-P. Chazal. Il s'agissait en l'espèce d'un prêt bancaire consenti par une banque au profit d'un « groupe ».

4. – Dans cette étude, le terme d'entreprise est utilisé de manière générique pour désigner toutes les entités qui possèdent la personnalité morale, indépendamment de leur forme sociale et juridique. Bien qu'un certain nombre de règles ne s'imposent qu'à certains types d'entreprises, toutes les entreprises, de la plus petite à la plus grande reposent sur des principes communs qui sont transposables quelles que soient la forme, la typologie ou la nature de l'activité de l'entreprise.

5. - *L'entreprise et la responsabilité pénale*

L'entreprise est inexorablement vouée à croître, pour cela elle n'a de cesse de développer son capital par une gestion à divers niveaux visant à développer son activité.

Pour éviter qu'un événement malheureux vienne réduire à néant ses efforts, l'entreprise doit se prémunir contre un nombre considérable de risques. Qu'il s'agisse de risques pesant sur ses biens ou sur les personnes elle doit envisager toutes les hypothèses de sinistres qui affecteraient son exploitation. Beaucoup de ces risques peuvent voir leurs conséquences limitées par la souscription d'une assurance mais cela n'est pas toujours le cas comme en matière de responsabilité pénale. La responsabilité pénale des personnes morales n'a été introduite en droit français qu'avec le code pénal de 1993 qui édicte pour la première fois le principe de cette responsabilité dans son article 121-2.⁹

Jusqu'à l'introduction du nouveau Code pénal, la notion de la responsabilité pénale de la personne morale était l'objet d'une controverse doctrinale des plus virulentes.¹⁰

Une partie de la doctrine s'opposait très fermement à la reconnaissance de la responsabilité pénale de la personne morale pour deux raisons principales: d'une part il semblait inconcevable à ces auteurs qu'une volonté délictueuse puisse être reprochée à la personne morale¹¹, d'autre part d'un aspect purement pénologique, un grand nombre de sanctions

⁹ C.pén. art. 121-2 : « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.*

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. »

¹⁰ B. Bouloc, *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales* : Rev. sociétés 1993, p. 291 ; M.-E. Cartier, *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français* : LPA 11 déc. 1996, p. 18 ; G. Couturier, *Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques* : Rev. sociétés 1993, p. 307 ; F. Desportes, *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales* : JCP E 1993, I, 219 ; Y. Guyon, *Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ?* : Rev. sociétés 1993, p. 235

¹¹ C. Mouloungui, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales* : RTD com. 1994, p. 441

telles que l'emprisonnement ne pouvaient leur être infligé, cette position était celle maintenue par la jurisprudence.¹²

La reconnaissance de cette responsabilité pénale dans le code pénal de 1992 a mis fin à ce débat et les sanctions encourues pour les infractions commises par la personne morale ont été adaptées.¹³ Les peines d'amende auxquelles sont susceptibles d'être condamnées les personnes morales sont généralement le quintuple de celles encourues par les personnes physiques, et un certain nombre de peines spécifiques ont été créées.

Ainsi il peut s'agir de peines restrictives ou privatives de droit telles que l'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités, la fermeture de certains établissements, l'exclusion des marchés publics définitive ou pour une certaine durée et même la peine de mort de la société : sa dissolution.¹⁴

Dans le code pénal de 1992, les personnes morales n'étaient responsables pénalement que dans les cas prévus par la loi ou les règlements, c'est-à-dire seulement dans les cas où le texte d'incrimination prévoyait expressément la responsabilité de la personne morale (principe de spécialité).

Ces textes étaient très nombreux et peu cohérents.

La Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite « Perben II », a abandonné le principe de la spécialité au profit du principe de la généralité.

À compter du 31 décembre 2005, les personnes morales sont responsables de toutes les infractions (principe de généralité), puisque les mots « et dans les cas prévus par la loi ou le règlement » sont retranchés de l'article 121-2 du Code pénal. Les articles 124 et 125 du Code pénal¹⁵ tirent les conséquences de l'adoption du principe de généralité et suppriment les normes éparées prévoyant un cas particulier de responsabilité pénale des personnes morales.¹⁶

Cette mise en jeu de la responsabilité pénale est généralement liée à une recherche de sa responsabilité civile par le biais de la constitution de partie civile d'une ou de plusieurs victimes.¹⁷

¹² Cass. crim. 6 fév. 1975, n°73-92815 : bull. crim. n°43 p.118 « *Il est, en effet, de principe qu'une personne morale ne peut encourir une responsabilité pénale ; qu'il ne s'aurait en être autrement qu'en vertu d'une disposition particulière de la loi ; qu'à défaut d'une telle disposition légale (...), aucun texte n'autorisait les juges à retenir une présomption de responsabilité pénale, en raisons de ses fonctions, à la charge du président de l'« Union » susvisée, auquel aucun fait n'était personnellement reproché* »

¹³ M.-A. Afchain, *La responsabilité de la société (administrative, civile et pénale)* : Thèse, Tours 2006 ; M. Daury-Fauveau et M. Benillouche, *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales* : PUF, Collection CEPRISCA, 2009 ; E. Desnoix, *L'entreprise face à la justice pénale (étude comparée droit français/droits anglo-saxons)* : Thèse, Tours 2005

¹⁴ C. Pén. art. 131-39

¹⁵ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

¹⁶ M.-C. Sordino, *La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales : une fin espérée... adoptée dans la plus grande discrétion* : Gaz. Pal. 11 sept. 2004, p. 13

¹⁷ F. Rousseau, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise* : Rev. sc. crim. 2010, p. 804

6. - *L'entreprise au sein d'un système*

La responsabilité civile de l'entreprise recouvre un domaine particulièrement large, outre sa responsabilité contractuelle, le champ de sa responsabilité civile délictuelle est vaste : responsabilité civile d'exploitation, atteinte à l'environnement, auxquelles s'ajoutent les responsabilités classiques des articles 1382 et suivants du Code civil.

L'activité de l'entreprise a, quoiqu'il arrive, des conséquences sur son environnement¹⁸, de manière positive ou négative, mais son utilité sociale n'est plus à démontrer tant il est évident que les entreprises sont un rouage indispensable à notre société, peu importe sa taille ou sa forme sociale, son type d'activité, elle fait partie d'un système d'interaction qui est en perpétuelle évolution dans une dynamique de progrès social.

Ce rôle primordial que joue l'entreprise dans la société ne doit pas faire oublier son appartenance à un environnement dont fait parti le système économique et financier qui regroupe l'ensemble des entreprises ayant, de près ou de loin des interactions entre elles. La vie et la survie de l'entreprise ne peut pas échapper à la complexité et aux différentes transformations qui lui sont imposées par les mutations socio-économiques.¹⁹

Son organisation interne, son mode de gestion doivent en permanence être repensés afin de satisfaire aux évolutions de son environnement.

Au cours de l'histoire la morphologie de l'entreprise et de sa gestion n'ont eu de cesse d'évoluer, d'abord de petite taille, l'entreprise peut atteindre de nos jours une taille gigantesque (2,2 millions d'employés pour Wal-Mart sourceWikipedia).

7. - Alors que les premières traces de l'entreprise sont retrouvées dans l'antiquité, le véritable développement de l'entreprise a eu lieu avec l'industrialisation au XIXème siècle. La gestion de l'entreprise est alors très paternaliste, il existe une confusion entre la propriété et la gestion de l'entreprise, le créateur-proprétaire de l'entreprise a en charge sa gestion. Le dirigeant a une conscience assez précise des intérêts à préserver, conséquence de deux paramètres, l'un concernant la taille de l'entreprise qui permet au dirigeant d'avoir seul une bonne connaissance de tous les rouages de son entreprise et de développer une relation presque individualisée avec ses employés²⁰, le second paramètre relève de son implantation dans une zone géographique dans laquelle l'entreprise a une fonction sociétale

¹⁸ M.-P. Blin, 2012, *Image(s) et environnement : image de, dans et pour l'environnement ?*, (dir.) M.P. Blin, PU de Toulouse, LGDJ, Paris. M.-P. Blin, I. Desbarats, G. Jazottes, V. Vidalens, (dir.) 2011, *Entreprise et développement durable : regards juridiques sur l'acteur économique au XXI^e siècle*, Lamy Axe Droit ; M.-P. Blin, 2010, *Le Droit économique au soutien de la protection de l'environnement : les apports de la loi Grenelle 2 à la gouvernance des entreprises et des consommateurs*, Rev. Juridique de l'environnement, n^o spécial Grenelle, p. 129.

¹⁹ N. Dion, *Entreprise, espoir et mutation*, D.2001, p.762

²⁰ S. Ferey, *Paternalisme libéral et pluralité du moi*, Revue économique 4/2011 (Vol. 62), p. 737-750,

importante, le chef d'entreprise n'ayant pas d'autre choix que celui de gérer son entreprise en « bon père de famille ». ²¹

Ce n'est qu'à la moitié du XX^{ème} siècle que l'entreprise va commencer à adopter le visage que nous lui connaissons aujourd'hui. La principale évolution ou révolution se situe alors dans la rupture qui se crée entre la propriété de l'entreprise et sa direction. ²²

Cette disjonction apparaît surtout à partir de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales ²³ qui prévoit les différents types de sociétés commerciales, insistant particulièrement sur les sociétés par actions.

Cette réforme de 1966 était très attendue puisque la taille des entreprises françaises n'avait cessé de croître, les échanges internationaux de se développer et le droit français n'était plus en adéquation avec les besoins des entreprises.

La gestion des entreprises a changé radicalement. Les ou les dirigeants concevant l'entreprise comme un mode de rémunération de quelques actionnaires, ont perdu de vue les principes fondamentaux de la fonction sociale de l'entreprise.

Ce changement de la conception de l'entreprise aurait pu être une simple évolution, mais il s'est avéré qu'il entraînait une fragilisation non seulement des entreprises mais surtout du système économique et financier dans son ensemble.

8. – Vers un renouveau de l'entreprise

Dans les années 70 aux Etats-Unis puis au Royaume-Uni ²⁴, un courant de réflexion est né en réaction au morcellement des entreprises et à la multiplication de l'actionnariat. Il s'agit de concevoir un nouveau mode de gouvernance des entreprises. ²⁵

²¹ N. Dejean de La bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, 1965, n° 10

²² D. Bastian, *La réforme du droit des sociétés commerciales* : JCP G 1968, I, 2183 ; J.-P. Berdah, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions* : Sirey, 1974 ; J. Burgard, *Direction générale et direction technique dans les sociétés commerciales* : LGDJ, 1968 ; C. Champaud, *La situation personnelle des dirigeants des sociétés de famille et la réforme de 1966* : Mélanges Bastian, 1974, I, p. 35 ; G. Gourlay, *Le conseil d'administration de la société anonyme* : Sirey, 1971 ; J. Hémar, *Le nouveau statut des administrateurs des sociétés anonymes* : Mélanges Bastian, 1974 : I, p. 117 ; R. Houin et F. Goré, *La réforme des sociétés commerciales* : D. 1967, chron. p. 123 ; G. Martin, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes* : thèse dactyl., Nancy, 1977 ; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise* : 1967 ; H. Sinay, *Le statut juridique des cadres dirigeants* : Dr. soc. 1982, p. 70

²³ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, cf. D. Bastian, *La réforme du droit des sociétés commerciales : introduction, dispositions générales, sociétés de personnes, sociétés à responsabilité limitée* : JCP N 1967, I, 2121 ; JCP CI 1967, 82474, *Sociétés par actions* : JCP N 1968, I, 2183 ; JCP CI 1968, 84226 ; J. Derruppé, *La réforme des sociétés commerciales* : Gaz. Pal. 1966, 2, doct. p. 170 ; R. Houin et F. Goré, *La réforme des sociétés commerciales* : D. 1967, chron. p. 123 ; Reulos, *La genèse de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : Études à la mémoire du Doyen P. Azard* : Cujas, 1980, p. 255

²⁴ A. Tunc, *Le gouvernement des sociétés, le mouvement de réforme aux États-Unis et en Grande-Bretagne*, RID comp. 1994. 59

²⁵ J. Delga, *Éthique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise*, D. 1999 p.397 ; P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, 2002, Précis Domat, Montchrestien, n° 68 ; P. Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise*, Rev. sociétés 1998, p.8

En France, à partir des années 90, ces réflexions anglo-saxonnes se sont traduites par l'édiction de principes de bonne gouvernance d'entreprises, qui ont été en partie intégrés aux normes juridiques nationales et en partie laissés à la libre appréciation des organisations émanant des syndicats patronaux.²⁶

Ces recommandations en matière de bonne pratique de gouvernances reposent sur deux niveaux de réflexion qui ont un objectif commun, rendre plus solide le système économique.²⁷

Le premier niveau se situe en interne à l'entreprise, les recommandations visent à renforcer sa solidité en rendant plus pertinentes les décisions de gestion par une modification de la structure de gestion qui est constituée par les mandataires sociaux (dirigeants, administrateurs).

Le second niveau de réflexion est de renforcer l'ensemble du système économique et financier en instaurant des règles de gestion communes à toutes les entreprises et en instaurant une transparence qui a pour conséquence de développer un lien de confiance entre les différents acteurs du système. Alors que les recommandations en matière de bonnes pratiques de gouvernance entrent petit à petit dans le droit français, la crise de 2008 est à l'origine d'un nouveau courant de pensée qui se fonde sur l'éthique de l'entreprise.

Ce courant de réflexion vise particulièrement l'éthique sociétale de l'entreprise, l'entreprise est poussée à prendre en compte son environnement interne et externe dans son schéma décisionnel et directement ou indirectement à revenir à une gestion plus proche de ce qui se faisait avant : une gestion en bon père de famille qui repose sur une bonne foi dans ses rapports avec les différentes parties prenantes de son activité.²⁸

²⁶ Y. Paclot, *La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Rev. sociétés 2011. 395 ; V. Magnier et Y. Paclot, *Les nouveaux modes d'élaboration des règles commerciales*, in *Quel code de commerce pour demain ? Bicentenaire du code de commerce*, sous la dir. de P. Bloch et S. Schiller, LexisNexis Litec, nov. 2007, p. 3 ; C. Thibierge et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, oct. 2009.

²⁷ Ph. Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise*, Rev. sociétés 1998. 5

²⁸ Drain, *Responsabilité sociétale des entreprises : un mouvement créateur de valeurs (Analyse et gestion de ses conséquences juridiques pour les sociétés cotées)*, LPA 14 mars 2008, p. 54 ; B.Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev. sociétés 2009. 715 ; V. Mercier, *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, JCP E 2011. Étude 6 ; I.Tchoutourian, *Bilan de la consultation européenne sur la divulgation par les sociétés des informations extra-financières*, Bull. Joly Bourse 2011. 483 ; L.Roglev, J.Beckhard, V. Becker, *Responsabilité sociale des entreprises, une compliance à l'européenne ?*, Lamy Droit des affaires janvier 2012, p. 10 ; Demeure, *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, D. 2013. Chron. 1564 ; P.Herbel, *La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise*, D. 2013. Chron. 1570 ; C.Malecki, *L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013*, Bull. Joly 2013. 594

9. - *L'assurance dans l'entreprise, un outil éthique*

L'assurance va être un outil extrêmement utile dans l'établissement de ces nouvelles relations entre l'entreprise et les personnes essentielles à son fonctionnement. La première étape de ce changement de fonctionnement réside dans l'identification des personnes qui sont essentielles au fonctionnement de l'entreprise, avec en premier lieu le ou les dirigeants, cela va de soit, mais au second plan d'autres personnes se révèlent être des éléments indispensables car ce sont des personnes qui possèdent un certain type de connaissance, un savoir-faire ou une image qui font d'eux des personnes essentielles à l'entreprise et dont l'indisponibilité plus ou moins longue causerait un préjudice à l'entreprise.

Le contrat d'assurance va ensuite être l'occasion de modifier en profondeur les relations entre l'entreprise et les personnes essentielles.

La souscription d'un contrat d'assurance est un acte qui permet de se prémunir contre la survenance d'un accident ou d'un risque, par nature aléatoire qui porterait atteinte au patrimoine et qui compromettrait l'activité. L'opération d'assurance transfère le risque sur l'assureur qui anticipe, répartit et organise les effets sur l'ensemble des assurés.

Cette prévoyance qui permet en contrepartie d'une certaine somme prédéfinie, la prime d'assurance, de se prémunir contre les conséquences d'un sinistre dont le montant pourrait excéder les ressources du bénéficiaire du contrat autorise l'accroissement de la productivité.

De manière générale, l'assurance peut donc être définie comme une opération par laquelle un assureur met en commun les risques d'un ensemble d'assurés, les choisit et les répartit en faisant usage d'outils statistiques. Le financement étant organisé par les cotisations ou primes qu'il perçoit, cette mutualisation des risques permet le maintien d'une certaine croissance.

D'un point de vue juridique, il s'agit d'un contrat par lequel une partie, le souscripteur, en contrepartie d'une prime versée à son co-contractant, l'assureur, prévoit le versement d'une prestation pour lui ou pour un tiers (bénéficiaire) en cas de réalisation d'un risque prévu au contrat.²⁹

Le contrat d'assurance est défini à partir de plusieurs caractères. Certains de ces caractères sont indiscutables : contrat à titre onéreux, contrat synallagmatique, contrat consensuel, contrat à exécution successive. D'autres caractères sont plus discutables comme sa qualification de contrat d'adhésion et surtout lorsqu'il est qualifié de contrat aléatoire.³⁰

²⁹ B. Beignier, *Droit du contrat d'assurance*, 1999, PUF ; C.-J. Berr et H. Groutel, *Droit des assurances*, 2011, Dalloz ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, 13^e éd., 2011, Dalloz ; *Risques et assurances des entreprises*, 3^e éd., 1991, Dalloz

³⁰ J. Bigot (sous la dir. de), T t. 3 : *Le contrat d'assurance*, 2002, LGDJ, Dans cet ouvrage, Luc Mayaux conteste le caractère aléatoire du contrat d'assurance en démontrant que bien que l'aléa soit au cœur du contrat, cela n'en

10. - Pour une entreprise, le recours à l'assurance est vital dans son développement, il permet de préserver son outil de travail contre des accidents qui mettraient en péril son activité.

L'entreprise doit prendre en compte l'ensemble de ses éléments patrimoniaux, bâtiments, outillages et machineries pour les assurer contre les sinistres divers qui pourraient suspendre sa production.

Elle doit aussi envisager les divers risques liés à sa responsabilité qui est susceptible d'être engagée par des tiers auxquels elle causerait des dommages.

Ces différents risques sont depuis de nombreuses années prévus et assurés par les entreprises.

Il est plus rare que les entreprises aient pleinement conscience des risques liés à toutes les personnes qui lui sont essentielles.

11. - Depuis quelque temps une personne spécifique de l'entreprise a vu converger vers elle toutes les attentions des assureurs, il s'agit de la personne du dirigeant.

Tout d'abord des contrats d'assurance dit : « homme-clé »³¹ ont été créés pour protéger l'entreprise des conséquences de l'indisponibilité temporaire ou définitive d'une personne qualifiée d'homme-clé par le contrat et qui est la plupart du temps la personne du dirigeant. Ce type de contrat n'est en réalité qu'une assurance perte d'exploitation qui n'est pas toujours bien adaptée à l'entreprise souscriptrice.

Les assureurs ont ensuite développé différents contrats qui sont censés protéger le dirigeant contre les risques relatifs à son activité au sein de l'entreprise et plus précisément tous les risques et les conséquences qui sont en lien avec la mise en jeu de sa responsabilité.

Ce type de contrat, complexe en raison de sa nature, est potentiellement générateur de difficultés.

L'entreprise est souscriptrice du contrat et elle paie la prime d'assurance. Mais en vertu de son statut, le signataire du contrat, au nom de l'entreprise est le dirigeant. Il s'agit alors d'une stipulation pour autrui ou une assurance pour compte³² signée par le bénéficiaire au nom du souscripteur. La complexité dans la souscription de ce type de contrat d'assurance,

fait pas un contrat aléatoire comme le sont le jeu et le pari puisque aucune des parties au contrat d'assurance n'a d'intérêt à la réalisation du risque.

³¹ F. Deboissy, *Déductibilité des primes d'assurance décès « homme clé »*, RTD com. 1999. 221

³² J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012, G. Leguay, *Souscription pour compte et gestion pour compte : attention danger !*, RDI 2008. 159 ; Cass. Civ. 25 mai 1942, DC 1944. 25, note Besson, JCP 1943. II. 2498, note P. L.-P. ; 2 mai 1946, D. 1946. 265, note Besson ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 nov. 1993, RGAT 1994. 123, obs. Kullmann, RCA 1994, n^o 25, obs. H. Groutel

qui ne relève pas du régime des conventions réglementées nécessite une véritable réflexion dans le schéma décisionnel qui aboutit à la conclusion de ce type de convention.

L'antagonisme ou pour le moins la confusion la plus importante va naître au moment de la réalisation du sinistre. Par exemple dans le cas d'un dirigeant qui voit sa responsabilité engagée par un tiers pour une faute qu'il aurait commise au cours de son activité au sein de l'entreprise, l'entreprise a tout intérêt à ce que soit reconnue une faute détachable de la fonction de son dirigeant alors qu'à l'inverse, le dirigeant fera tout pour démontrer que la faute qu'il a commise est en lien avec ses fonctions au sein de l'entreprise.

12. - Ce conflit d'intérêt n'est pas que théorique et il est renforcé par la structure du droit des assurances et la pratique qui en découle.

L'absence d'une prise en charge efficiente des risques liés aux personnes essentielles, qu'il s'agisse du dirigeant ou de toute autre personne essentielle au fonctionnement de l'entreprise est une carence qui est contraire à l'intérêt de l'entreprise. La protection contre ce risque spécifique ne peut se faire que par un changement en profondeur de la pratique de l'entreprise qui tend vers le recours à un mode de gestion qui correspond à une intégration de notions d'éthique comme cela est requis par les différentes réflexions doctrinales.

Les notions d'éthique dont il est ici question correspondent à un partenariat réel et organisé entre l'entreprise et la personne essentielle dans l'identification du risque et la souscription du contrat d'assurance. Les risques qui doivent être identifiés sont aussi bien les risques de dommages, principalement de responsabilité et ceux d'atteinte à la personne.

Le législateur a opéré une division relativement imperméable mais pas toujours fonctionnelle entre les assurances de dommages et celles de personnes. Les assurances de dommages incluent les assurances de responsabilité et celles de personnes les contrats d'assurances relatifs aux dommages corporels. Le fonctionnement de ces deux branches de l'assurance n'est pas le même, mais il s'agit des deux domaines de risques qui touchent de manière privilégiée les personnes essentielles à l'entreprise.³³

Dans le cadre des assurances pour compte qui sont mises en place dans l'assurance des personnes essentielles à l'entreprise, le recours à la simple notion de risque, qui est en général l'objet du contrat d'assurance, a un effet sclérosant et néfaste puisqu'il nuit à une identification des intérêts en jeu lors de la souscription du contrat et surtout lors de la réalisation du sinistre et le règlement de ses conséquences.³⁴

³³D. Noguéro, *Assurance pour compte, absence de mention expresse et analyse de la volonté*, RDI 2009 p.303

³⁴ J. Bigot · J. Kullmann · L. Mayaux · P. Baillot, *Traité de droit des assurances, sous la dir. de J.BIGOT*, t. 4, *Les assurances de personnes*, 2007, LGDJ ; J.Bonnard, *Droit et pratique des assurances*, 1997, Delmas.

Il existe pourtant un principe, certes mal aimé en France, qui pourrait pourtant avoir une utilité toute particulière en droit des assurances : l'intérêt d'assurance.

Cet intérêt, exigé pour la validité des contrats d'assurance de dommages, n'existe pas en assurance de personne et n'est, dans tous les cas, que peu utilisé dans la pratique.

L'idée du recours à l'intérêt d'assurance dans le contrat d'assurance des personnes essentielles à l'entreprise, est de faire une corrélation entre les différents intérêts en présence dans ces contrats spécifiques.

Ces contrats ne seraient pas limités aux assurances de dommages mais s'appliqueraient à tous les risques, chaque risque étant défini à partir de l'intérêt de chacune des parties au contrat.

Ce contrat d'assurance dont tous les risques sont définis à partir de l'intérêt à être assuré de chacune des parties, l'entreprise et la personne essentielle permettrait de régler d'une part les difficultés dans la souscription initiale du contrat, un dialogue entre l'entreprise et la personne essentielle permettant une bonne définition des risques à assurer, et surtout lors de la réalisation du sinistre puisque dès l'origine du contrat les conflits d'intérêt auront été nécessairement anticipés.

13. - S'il est un domaine dans lequel des évolutions de tout ordre sont d'une rapidité particulièrement notable, c'est celui des entreprises. La mondialisation des échanges commerciaux entraîne en France des conséquences pour lesquelles le temps nécessaire à en analyser le phénomène et les implications manquent souvent.

Des réflexions de fonds sont menées pour permettre aux entreprises d'évoluer en profondeur et de permettre au système économique et financier d'être plus performant.

Les réflexions qui ont été développées ont d'abord porté sur les notions d'amélioration de la gouvernance des entreprises puis sur l'insertion de notion d'éthique dans la gestion et l'organisation de l'entreprise et plus particulièrement sur la prise en compte de l'individu par l'entreprise.

L'objet de cette étude est d'identifier dans l'entreprise les personnes qui sont essentielles pour l'entreprise, dans le sens où elles possèdent un savoir-faire ou une connaissance qui justifie qu'elles bénéficient d'une protection spécifique par l'assurance. (PARTIE 1)

Le recours à la notion d'intérêt d'assurance s'avère particulièrement utile dans la définition même des risques auxquels sont soumises ces personnes particulières de l'entreprise. Les contrats d'assurances qui existent déjà sont souvent intrinsèquement soumis à des conflits d'intérêts, qui apparaissent au moment de la réalisation du risque et sont donc générateurs d'une incertitude juridique. (PARTIE 2)

PARTIE 1 : PRINCIPES DE BONNE GOUVERNANCE, ETHIQUE ET INTERET D'ASSURANCE

14. - Après une longue évolution dans l'organisation des entreprises, divers courants de réflexions ont été menés de part et d'autre de l'Atlantique.

Les entreprises ne peuvent plus agir sans avoir mené une analyse en amont qui évalue leur manière d'appréhender les priorités et le juste équilibre qu'elles se doivent d'atteindre entre les impératifs économiques et financiers auxquels elles sont soumises et la prise en compte de leur environnement.

Ces réflexions ont été initiées aux États Unis dans les années 70, puis ont été reprises en Europe et intégrées de manière plus ou moins efficace en droit positif.

Les travaux qui ont été menés ont modifié en profondeur les paradigmes attachés à l'entreprise et à son développement.

Une véritable systématisation a été développée dans laquelle l'entreprise est le point de référence. Un corpus, particulièrement dense, de préconisations assorties d'une application de degrés impérieux variables est issu de cet ensemble de réflexion.

Les premiers travaux qui concernaient les principes de bonne gouvernance d'entreprise visaient à renforcer l'entreprise en interne pour lui permettre d'être plus fiable vis-à-vis des autres acteurs économiques de la sphère financière et notamment pour les investisseurs, perçu au sens large.

Ces théories ont donné naissance à une autre catégorie de discussions faisant appel à l'éthique et à la morale dont l'entreprise ne peut s'affranchir.

Ces derniers travaux, quelles que soient leurs orientations de départ arrivent inexorablement à un unique élément fondamental et originaire de l'entreprise qui est la personne humaine.

Toutes ces évolutions et changements de paradigmes dans la gestion de l'entreprise convergent vers la prise en compte des personnes qui sont les maillons indispensables à son fonctionnement (TITRE1). Ces personnes essentielles que sont les dirigeants ou les personnes détenant un savoir-faire essentiel à la bonne marche de l'entreprise doivent être protégées pour renforcer l'entreprise, le recours à la notion d'intérêt d'assurance s'avère alors particulièrement utile. (TITRE2)

TITRE 1 LA PRISE EN COMPTE DE LA PERSONNE ESSENTIELLE PAR LES PRINCIPES DE BONNE GOUVERNANCE ET D'ETHIQUE

15. - L'entreprise, entendue dans son sens le plus large possible, est née en même temps que l'être humain. Dès lors qu'une certaine organisation est mise en place à des fins de production, le terme d'entreprise pouvant être utilisé, le fait que les hommes préhistoriques se soient organisés, associés pour produire des vêtements, mettre en place une structure dans laquelle chacun à sa place pour chasser, cueillir, entretenir le feu et préparer la nourriture ou trouver un abri n'est ni plus ni moins qu'une entreprise composée d'un certain nombre d'associés dont l'objet social est la survie voire le bien être de chacun des membres de la communauté.

Mais le temps passant, la notion d'entreprise a évolué sensiblement, les fondamentaux sont, eux, restés identiques à ceux du commencement.

Après des milliers d'années d'existence, l'entreprise n'a pas toujours eu une évolution qui lui soit profitable et par ricochet qui soit profitable à son environnement. Dans les quarante dernières années, le constat a été fait que le fonctionnement de l'entreprise devait être revu afin de renforcer l'ensemble du système économique et financier mondial.

Et, d'un courant de réflexions à l'autre, la nécessité de recentrer l'entreprise sur la personne humaine est apparue.

Les premières véritables évolutions ont vu le jour dans les années 70 avec les réflexions sur les bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise (Chapitre 1), des modifications sensibles dans l'organisation et la gestion des entreprises voyaient alors le jour. Ces principes se sont avérés insuffisant pour véritablement effectuer une transformation en profondeur de l'entreprise, les notions d'éthique, de morale, de déontologie sont alors venues compléter les avancées sur les pratique de gestion de l'entreprise pour se centrer, entre autre, sur la personne humaine dans l'entreprise. (Chapitre 2)

CHAPITRE 1 De la naissance à la consolidation des principes de bonne gouvernance d'entreprise

16. - Suite aux diverses crises financières mondiales qui ont émaillé le 20^{ème} siècle, les années 70 ont vu naître aux États-Unis une nouvelle idéologie dans laquelle l'opacité du fonctionnement dont s'entouraient consciencieusement certaines entreprises n'apparaissaient plus comme une vertu, mais comme une faiblesse tant pour elle-même que pour ses partenaires.

Ce courant de pensée s'est lentement propagé à travers le monde pour trouver des applications concrètes connues sous le terme de principes de bonne gouvernance d'entreprise (Section 1) qui s'avéreront être un bouclier protecteur efficace pour l'entreprise comme pour l'ensemble du système économique et financier.(Section 2)

Section 1 La lente édification des principes de la bonne gouvernance

17. - Les principes de bonne gouvernance d'entreprise nés aux États-Unis mettront un certain temps à traverser l'Atlantique. Leur arrivée en France sera suivi d'une véritable petite révolution puisque l'intégration de ces principes se fera en partie par une technique juridique peu courante, que certains auteurs qualifient de droit mou.(§ 1)

Le législateur tentera de mettre en place un juste équilibre entre ce droit peu contraignant et les règles dites de droit dur qui sont traditionnellement préférées dans le système juridique français. (§ 2)

§ 1 : La volonté de mettre en place un cercle vertueux à l'origine des principes de bonne gouvernance d'entreprise

18. - L'idée à l'origine des principes de bonne gouvernance d'entreprise est relativement simple. Elle part du principe que le système économique est constitué d'un ensemble d'éléments qui interagissent entre eux et qui sont interdépendants. (A)

Le développement d'outils concrets dont la finalité est de renforcer chaque élément du système et donc le système lui-même se fera par lentes étapes.(B)

A) L'indispensable cercle vertueux du système économique et financier

19. - Créer un cercle vertueux pour lutter contre « l'effet papillon »³⁵, voilà la raison d'être des principes de bonne gouvernance d'entreprise.

Le mathématicien Pierre-Simon de LAPLACE définissait le déterminisme³⁶ comme la possibilité de connaître le passé et l'avenir. La sphère économique n'est malheureusement pas encore arrivée à ce niveau de connaissance. Mais une réelle volonté de tendre vers cet idéal prend doucement naissance dans l'esprit des différents acteurs économiques. Bien au delà de se contenter d'un simple vœux pieu, une ébauche de solution semble germer dans la mise en place des principes de bonne gouvernance.

Si nous positionnons notre angle de vue de la manière la plus élargie possible, les économistes parlant alors d'un angle macroéconomique³⁷, l'ensemble des acteurs économiques forment un système dans lequel chacun d'eux interagit directement ou indirectement avec l'intégralité des autres acteurs économiques.

De ces multiples interactions va résulter une puissance extraordinaire de ce système devenant alors l'unique locomotive qui va tracter l'ensemble d'une société mondiale.

³⁵ Edward N. Lorenz, « Un battement d'aile de papillon au Brésil peut-il déclencher une tornade au Texas ? ».

³⁶ Pierre-Simon de Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*. « Une intelligence qui, pour un instant donné, connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respective des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était assez vaste pour soumettre ces données à l'analyse, embrasserait dans la même formule les mouvements des plus grands corps de l'Univers à ceux du plus léger atome. Rien ne serait incertain pour elle, et l'avenir, comme le passé, serait présent à ses yeux. Mais l'ignorance des différentes causes à l'origine des événements et leurs complexités nous empêchent d'atteindre la même certitude dans la plupart des phénomènes. Ainsi il y a des choses qui sont incertaines pour nous, des choses qui sont plus ou moins probables, et nous cherchons à compenser notre impossibilité de les connaître en déterminant leurs différents degrés de vraisemblance. C'est ainsi que nous devons à la faiblesse de l'esprit humain l'une des plus délicates et des plus ingénieuses théories mathématiques, les probabilités. »

³⁷ Frédéric Poulon, *Macroéconomie approfondie - Équilibre, déséquilibre, circuit.*, 1982, Cujas

Lorsque chaque rouage de cette magnifique horlogerie est en bon état de fonctionnement la société peu tranquillement prospérer se développer et chaque individu évoluer confiant dans son quotidien.

Mais dès lors qu'un rouage défaille, ou qu'un grain de sable se niche dans ce système, l'ensemble de la structure devient chancelant.

20. - La question de la fragilité de ce système transcende l'histoire de l'économie et dès lors l'histoire de la société.

Puisque les exemples historiques sont ancrés dans la mémoire collective et souvent réactivés par des événements similaires, que se soit la crise au départ boursière de 1929, née aux Etats-Unis, et qui s'est propagée à l'ensemble du monde ou de manière beaucoup plus récente, un simple produit financier déficient va faire s'effondrer un à un chaque acteur économique.

Le simple prix du baril de pétrole est aussi un de ces éléments qui pourrait paraître insignifiant à l'égard de la multiplicité des indices boursiers, (même la carcasse de porc possède son propre indice) et pourtant sa variation est à l'origine de conséquences considérables.³⁸

Il est donc indispensable de réfléchir à des solutions qui permettraient de contrer cet effet papillon ou pour le moins d'en diminuer les conséquences néfastes, la croyance en l'infailibilité d'un système relevant probablement d'une utopie.

21. - Deux axiomes issus de ce postulat vont donner naissance aux règles de bonne pratique en matière de gouvernance d'entreprise.

Le premier repose sur l'individualisation de chaque entité : si chaque élément du système est renforcé dans sa structure interne, le risque de voir cet élément défaillir est nettement amoindri.

Le second a une inspiration plus ludique puisqu'il résulte d'une analogie qui peut être faite entre les règles d'un jeu de société et le fonctionnement de l'économie mondiale : pour que le jeu se déroule bien chacun doit jouer avec les mêmes règles, il semble en effet difficile d'imaginer une partie de football au cours de laquelle l'une des équipes joue en respectant les règles de ce sport et ignore que l'équipe adverse joue suivant les règles du rugby.

Ainsi, il est difficilement concevable qu'une entreprise française agissant sur un marché économique mondialisé ne fonctionne absolument pas de la même manière qu'une entreprise américaine avec laquelle elle interagit, que ce soit commercialement ou dans laquelle

³⁸ D. Hammes, D. Wills, *Black Gold, The End of Bretton Woods and the Oil-Price Shocks of the 1970s*, The Independent Review, Vol. IX Num. 4, Printemps 2005 .

elle investit. Si les règles de gestion, de comptabilité ou de gouvernance ne sont pas les mêmes, ce système va subir très vite les mêmes conséquences que la tour de Babel.

Une fois ces règles établies, il devient beaucoup plus aisé pour chacun des acteurs économiques de ce système d'interagir avec les autres entités en toute connaissance de cause et de cela découlera une certaine sécurité du système.

Situons maintenant notre angle de vue au niveau microéconomique, soit au niveau d'une entreprise.

21 . - Ce nouvel ensemble de règles pour le chef d'entreprise, qu'il soit, d'une petite ou d'une très grande entreprise va souvent paraître contraignant et parfois inutile, venant se surajouter à toutes les normes d'origines diverses pesant déjà sur lui.

Pourtant, et c'est ici que réside tout l'intérêt des règles de bonnes pratiques en matière de gouvernance, ces règles vont être particulièrement bénéfiques à son entreprise, puisqu'elles vont non seulement permettre une gestion plus efficiente de celle-ci, mais de plus, le contrôle de la gestion ainsi que l'organisation de la prise de décision garantira à l'entreprise une meilleure performance.

B) De la nécessité d'adapter l'entreprise aux évolutions du système

22. - La problématique liée à l'abus inéluctable par une personne du pouvoir qui lui est dévolu, n'est pas une idée nouvelle, puisque Montesquieu développait déjà cette idée, il y a plus de trois siècles. « *La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.* »³⁹

Le développement de l'actionnariat dans les années 1970 et particulièrement le morcellement et la multiplication des actionnaires dans les entreprises américaines a été à l'origine du développement de l'idée de modifier le gouvernement d'entreprise.⁴⁰

Les dirigeants d'entreprise s'étaient alors éloignés de la fonction primordiale qui était l'essence même des entreprises américaines, se développer pour elle-même et en faisant prévaloir un fonctionnement avant tout dans une optique de profit pour l'ensemble des actionnaires.

Les décisions prises par ces dirigeants étaient de plus en plus souvent motivées par leur intérêt personnel ou tout au plus dans l'intérêt d'un petit groupe d'actionnaires.

³⁹ Charles de Secondat Montesquieu, *De l'esprit des lois*.

⁴⁰ A. Pietrencosta, *La réforme américaine et ses répercussions mondiales - Aperçu : RD bancaire et fin. 2002*, p. 326 ; P. Descheemaeker, *Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes-Oxley Act of 2002* : Bull. Joly 2003, § 1, p. 5

Les réflexions qui ont alors été menées se sont orientées vers un recours nécessaire à plus de démocratie dans la gestion des entreprises.

Plusieurs modifications substantielles vont être apportées dans les organes de direction des entreprises américaines qui inspireront le modèle français.

Dérivé de la doctrine des « *checks and balances* »⁴¹ qui avait inspiré les rédacteurs de la Constitution américaine, une certaine dualité a été créée au sein des conseils d'administration, puisque d'un côté siégeaient les « *executive directors* » qui avaient une fonction active dans l'entreprise d'autre part siégeaient les « *non-executive directors* »⁴² qui se devaient d'être indépendants vis à vis de la structure et leur rôle était de défendre les actionnaires.⁴³

23. - Le paradigme qui concevait comme seul mode de direction d'une entreprise une unique personne titulaire de tous les pouvoirs a été quelque peu ébranlé puisqu'une dissociation a eu lieu entre la fonction de « *Chairman of the Board* » équivalent à notre Président du Conseil d'Administration et la fonction de « *Chief Executive Officer* » qui n'est autre que notre Directeur Général.⁴⁴

Cette démarche a donc abouti à un nouvel équilibre entre les organes dirigeants et le processus décisionnel pouvait être présumé amélioré puisque l'arrivée de ce double garde-fou garantissait un meilleur contrôle dans la gestion entendue dans son sens le plus large.

24. - Divers comités ont été mis en place pour parfaire ces évolutions vers un retour de la confiance des actionnaires en l'entreprise, du moins en ses dirigeants.⁴⁵

- Un comité de contrôle des comptes restaurait une apparence d'indépendance dans la communication des données financières dont la pertinence, la véracité et la sincérité sont des éléments incontournables pour un actionnaire voulant faire un choix éclairé.
- Un comité de nomination introduisait une certaine transparence dans le choix des dirigeants par l'entreprise et laissait présumer que le choix d'un nouveau dirigeant

⁴¹ V. Grosswald Curran, *L'enseignement du droit aux États Unis: Un reflet oblique de la méthodologie Common law*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 01/12/1998

⁴² J.J Caussain, *Le Gouvernement d'Entreprise et les sociétés cotées* : GP, 09/10/1998 n°282, p. 24-30

⁴³ J-P de La Laurencie, *Un an d'actualité du contrôle des concentrations communautaires* : Petites Affiches n°246 09/12/2004

⁴⁴ T.Amram, *Droit des sociétés aux États-Unis* , Droit et Patrimoine, 01/07/2000 p.84

⁴⁵ T.Gontard , *Pour une corporate governance française* , PA, 27/09/1995, p.111 ; D.Nechelis, *Le gouvernement d'entreprise* : Droit de sociétés, 1/11/2000, p.11

ne serait pas systématiquement guidé par sa proximité affective avec les dirigeants actuels mais plus par ses qualités intrinsèques à diriger une entreprise.⁴⁶

- Un comité de rémunération qui contrôlerait les rémunérations et divers avantages perçus par les dirigeants et serait donc le garant contre un certain nombre d'abus.⁴⁷

25. - La modernité et le caractère synchronique à notre époque de ces réflexions menées il y a une quarantaine d'années peuvent quelque peu amuser, mais il conviendra de s'interroger plus en aval de cette étude sur les raisons de cette lente évolution.

Néanmoins l'une des causes de cette inertie provient de la difficulté qu'ont eu ces idées à traverser l'océan Atlantique pour venir s'étendre sur le vieux continent.

Ce n'est qu'au début des années 1990 que l'autorité des marchés en Grande-Bretagne a confié à Sir Adrian CADBURY⁴⁸ la mission de fabriquer un « *code of Best Practice* » s'inspirant des idées et des réalisations américaines en matière de bonne pratique de gouvernance.⁴⁹

En France, c'est sous l'impulsion de la COB⁵⁰ que le patronat a initié une réflexion en 1994 sur les relations problématiques entre le Conseil d'Administration d'une société et ses actionnaires.

Il en est résulté divers rapports :

- les rapports Viénot I et II en 1995 et 1999,⁵¹
- le rapport Marini en 1996,⁵²
- le rapport Bouton en 2002⁵³,

⁴⁶ D. Lamèthe, *L'approche française du « gouvernement d'entreprise »* : RIDC, 01/10/1999, p.4

⁴⁷ A. Tunc, *La rémunération des dirigeants de sociétés, le rapport Greenbury et la réponse de la Bourse* : RIDC, 01/01/1996 p.1

⁴⁸ N.Bourne, *The Cadbury Committee Report* : Business Law Review, 01/08/1995, p.183-184

⁴⁹ Le rapport Cadbury de 1992, *The Financial Aspects of Corporate Governance*, comprenait un *Code of Best Practice* à l'intention des dirigeants des sociétés cotées. Ces travaux ont été prolongés en 1995 par un rapport Greenbury afin de lutter contre les rémunérations abusives, puis par un rapport Hampel en 1998 qui a passé en revue les recommandations des comités Cadbury et Greenbury, suivi des rapports Turnbull en 1999, Smith et Higgs en 2003. Ces rapports ont été regroupés dans le *Combined Code on Corporate Governance*, régulièrement mis à jour et annexé au règlement du *London Stock Exchange*.

⁵⁰ S. Thomasset-Pierre, *Création de l'Autorité des marchés financiers Commentaire de la loi du 1er août 2003 et du décret du 21 novembre 2003*, Recueil Dalloz 2003 p. 2951.

⁵¹ A. Couret, *Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance* : D. 1995, chron. p. 163 ; P. Le Cannu, *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle des sociétés par actions* : *Bull. Joly* 1995, p. 637

⁵² G.Durand-Lépine, *Rapport Marini: pour une modernisation du droit des sociétés*, Lamy sociétés commerciales, 1/11/1995, p.85

⁵³ Le rapport a décrit les critères que doivent prendre en compte le comité des nominations et le conseil d'administration avant de nommer un administrateur indépendant :

ne pas être salarié ou mandataire social de la société, salarié ou administrateur de sa société-mère ou d'une société qu'elle consolide et ne pas l'avoir été au cours des cinq années précédentes ;

ne pas être mandataire social d'une société dans laquelle la société détient directement ou indirectement un mandat d'administrateur ou dans laquelle un salarié désigné en tant que tel ou un mandataire social de la

- le rapport Barbier de la Serre et Hélène Ploix en 2003.⁵⁴

Ces premiers rapports⁵⁵ étant le fruit de l'initiative des organisations patronales, les constats et objectifs de progression en matière de gouvernance d'entreprise n'étaient pas réellement orientés sur le versant d'une meilleure interaction entre les organes dirigeants et les actionnaires mais plutôt sur l'organisation du conseil d'administration et la mise en place de certains garde-fous.

Ce n'est que dans les rapports postérieurs à l'an 2000 qu'un retour aux fondamentaux posés par l'article 1832 du Code civil⁵⁶ a été véritablement entamé.

De la forte volonté d'orienter l'entreprise vers son épice centre originel qu'est le contrat entre associés - structure de base de la société juridique - va être mis en place un système plus efficient d'information à destination des associés/actionnaires.

26. - L'ensemble des postulats et les différentes approches introduisant des pistes visant à améliorer les pratiques de la gouvernance d'entreprise faites dans ces rapports ne semble pas souffrir de critique.

Les acteurs des sphères économiques et financières s'accordent dans cette perspective de modification du système, qui prend alors le visage d'une transformation positive et d'un progrès social.

Qui dit transformation dit changement de pratique et modification du fonctionnement des entreprises, et cela après 40 ans d'une praxie⁵⁷, qui bien que s'étant façonnée au cours des années, était bien rodée.

La question qui s'est alors posée est de savoir de quelle manière il conviendrait de faire pénétrer dans le droit positif français ces bonnes pratiques en matière de gouvernance.

société détient un mandat d'administrateur ;

ne pas être client, fournisseur, banquier d'affaires, banquier de financement ;

significatif de la société ou de son groupe ;

ou pour lequel la société ou son groupe représente une part significative de l'activité.

- ne pas avoir de lien familial proche avec un mandataire social ;

- ne pas avoir été auditeur de l'entreprise au cours des cinq années précédentes ;

- ne pas être administrateur de l'entreprise depuis plus de douze ans.

⁵⁴ H. Ploix, *Le dirigeant et le gouvernement d'entreprise*, Editions Village mondial ; B. Richard, D. Mielliet, *La dynamique du gouvernement d'entreprise*, Editions d'organisation, 2003.

⁵⁵ I. Grossi, *Nouvelles recommandations sur le gouvernement d'entreprise : le rapport Bouton* : Revue Lamy droit Des affaires 2002, n° 54, p. 13

⁵⁶ Art. 1832 C.Civ « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

⁵⁷ La loi du 24 janvier 1966 (Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 SUR LES SOCIETES COMMERCIALES) est la dernière grande loi sur les sociétés. A l'époque de son entrée en vigueur, la conception du fonctionnement était marquée par une très grande intervention de l'état qui en quelque sorte fixait les règles du jeu, de quelle manière la société devait fonctionner, et cela dans les moindres détails. Les dirigeants devaient appliquer à la lettre ces règles, et en cas de manquement étaient prévus bon nombre de sanctions civiles ou pénales. La doctrine s'insurgeait alors, considérant que l'on ne pouvait plus parler d'un véritable contrat au sens de l'article 1832 du Code Civil, mais plutôt d'une institution dans laquelle la volonté de ses membres est quasiment absente. »

27. - L'ensemble des réflexions menées afin d'intégrer les recommandations de bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise ne prônaient pas une révolution du système juridique français, ni un profond changement de paradigme, mais il a semblé très rapidement que des discrètes adaptations cosmétiques ne seraient pas suffisantes.

Un juste équilibre devait donc être trouvé pour que les entreprises tiennent compte de ces recommandations, sans pour autant qu'elles deviennent une nouvelle contrainte trop importante pour celles-ci.

Une partie des règles va donc être imposée par le législateur (A) tandis qu'un autre pan de ces règles sera volontairement intégré par les entreprises elles-même dans leur organisation.
(B)

A) La partie émergée de l'iceberg imposée par le droit dur

28. - La France a pour tradition juridique ce que l'on peut qualifier de tradition de droit dur.

Au XIXème siècle est née la tendance positiviste selon laquelle le droit positif est constitué par l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un Etat et à une époque donnée.

Hobbs a assimilé le droit à la loi⁵⁸, le droit est donc la volonté de l'Etat et Hegel est allé encore plus loin en considérant que le droit est l'Etat.⁵⁹

Plus récemment, le chef de file de l'école normative du droit, Hans Kelsen a donné au positivisme étatique une vision majestueuse, créant « la théorie pure du droit »⁶⁰

La transcendance du droit objectif passe par l'Etat, créateur de la norme de droit qui trouve son application en chaque endroit de la nation. La loi de 1966⁶¹ a été édictée dans cet esprit elle s'avère très coercitive et très stricte dans son application.

29. - Les différentes réformes du droit des sociétés ont pris en compte les évolutions de la société et surtout l'évolution des sociétés et des entreprises en général.

⁵⁸ T. Hobbs, *The Elements of Law Natural and Politic*. (1640), EW IV 1-228, *Éléments de loi*, traduction de Delphine Thivet, tome 2 des Œuvres de Hobbes, Paris, Vrin, 2010.

⁵⁹ F. Hegel, *Phénoménologie de l'Esprit* : B, IV, B

⁶⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, 2^e édition traduite par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris ; Bruylant, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ - 1997, Paris, coll. La pensée juridique.

⁶¹ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, JORF du 26 juillet 1966 page 6402

De la grande diversité dans la taille, la forme juridique, le chiffre d'affaires, le nombre de salariés, l'implantation géographique etc. s'est imposée l'idée selon laquelle il était nécessaire de redonner une certaine latitude aux entreprises puisque la si grande multiplicité de typologie d'entreprise ne permettait plus d'envisager une règle de droit commun à toutes.

Pour autant un problème double se pose :

- le droit actuel permet-il aux entreprises d'appliquer les différentes recommandations de bonnes pratiques de gouvernance ?
- Dans tous les cas, est-il possible de concevoir que la simple affirmation des aspects positifs – tant pour le système économique et financier que pour les entreprises dans leur individualité - des règles de bonne gouvernance sera suffisant pour que ces pratiques soient intégrées dans les entreprises françaises ?

30. - Au premier problème concernant l'adaptation du droit français pour permettre l'intégration des règles de bonne gouvernance, le législateur a agi en plusieurs étapes.

La première loi qui est dérivée de cet ensemble de réflexions, est la loi Nouvelle Régulation Economique (dite loi NRE : JORF n°113 du 16 mai 2001 page 7776)⁶².

Au lendemain de l'explosion de « la bulle Internet » en 2000, il était urgent de réfléchir à un meilleur contrôle des marchés financiers.⁶³

L'un des facteurs identifié comme étant en partie à l'origine de cette crise a été le système de gouvernance des entreprises.

Le premier axe de modification du système de gouvernance était d'intensifier l'indépendance des mandataires sociaux et donc d'améliorer le système d'autocontrôle des entreprises.⁶⁴

⁶² Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques .,voir sur le sujet : J. Peyrelevade, *Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir* : Economica 1999. - COB, rapport annuel pour 1993 ; P. Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur "le gouvernement de l'entreprise"* : Rev. sociétés 1998, p. 5 ; *Le gouvernement d'entreprise. Le pouvoir rendu aux actionnaires* : CREDA, Litec, 2005 ; A. Couret, *Le gouvernement d'entreprise. La corporate governance* : D. 1995, chron. p. 163 ; P. Le Cannu, *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions* : Bull. Joly 1995, p. 637, § 227. - G. Mauduit, A. Viandier, *Le capitalisme au XXIe siècle : vers quels rapports entre management et capital ?* : D. affaires 1998, p. 698 ; Varii auctores, *Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise* : LPA, 12 févr. 2004

⁶³ N. Dion, *Corporate governance et sociétés françaises* : Dr. sociétés 1995, chron. 8

⁶⁴ C. Baj, A.Couret, M.-A. Frison-Roche, M. Germain, D. Schmidt, *Actionnaires et dirigeants : où se trouvera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?* : RD bancaire et bourse 1996, p. 72

Diverses règles sont venues limiter et encadrer des pratiques qui induisaient une certaine méfiance à l'égard des dirigeants⁶⁵ puisque au cœur de ce problème se trouvait le conflit d'intérêt qui touchait grand nombre de dirigeants.⁶⁶

Cette loi NRE, petite révolution dans la gouvernance d'entreprise, a instauré plusieurs dispositions qui encadrent la fonction des mandataires sociaux :

- La limitation à cinq mandats du nombre de mandat sociaux détenus par une seule personne, cela pour éviter qu'une même personne ne siège dans un trop grand nombre de conseil d'administration différents.⁶⁷
- L'interdiction d'emprunt à une société par un mandataire social à titre personnel et la mise en place d'une procédure stricte pour autoriser les conventions dans lesquelles un mandataire social est intéressé et la société.⁶⁸
- L'introduction de la possibilité dans les sociétés monistes⁶⁹ de séparer la fonction de président du conseil d'administration et la fonction de directeur général.⁷⁰

31. - En 2003, le législateur s'est intéressé à une autre facette de l'amélioration des pratiques de gouvernance des entreprises françaises, le rapport entre les organes dirigeants des entreprises et les associés/actionnaires de celles-ci.

La loi Sécurité Financière (LSF)⁷¹ du 1^{er} août 2003 a apporté plusieurs dispositions qui étaient nécessaires pour rétablir un lien de confiance entre les dirigeants et les actionnaires des entreprises française :

- La modernisation des procédures de vote dans les assemblées,
- Une obligation pesant sur le Président du Conseil d'Administration ou de Conseil de Surveillance des sociétés cotées de présenter un rapport sur la mise en œuvre du gouvernement d'entreprise. Cette disposition permettant de renforcer le contrôle interne dans la société.

⁶⁵ J.-J. Caussain, *Corporate governance : l'approche française* : RD aff. int. 1995, p. 903

⁶⁶ J.-J. Daigre, *Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?* : Dr. et patrimoine 1996, n° 40, p. 21

⁶⁷ C.Com. L. 225-21 al 1er

⁶⁸ C.Com L. 225-39 et suivants

⁶⁹ Ce mode d'organisation de la société anonyme est une forme de type classique.

Elle comprend alors un conseil d'administration et une direction générale. Le président du conseil d'administration peut cumuler ses fonctions avec les fonctions de directeur général : on parle alors de P-DG.

La société anonyme est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins. Les statuts fixent le nombre maximum des membres du conseil, qui ne peut dépasser dix-huit personnes.

Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire en cas de renouvellement.

La durée de leurs fonctions est déterminée par les statuts sans pouvoir excéder six ans en cas de nomination par les assemblées générales et trois ans en cas de nomination dans les statuts.

⁷⁰ C.Com. L. 225-51-1

⁷¹ LOI n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière.

Puis la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 20 juillet 2005⁷² va venir renforcer le contrôle de la société par les actionnaires par un développement des informations qui vont leur être délivrées concernant les rémunérations sous toutes les formes possibles pouvant être allouées aux mandataires sociaux après leur départ.⁷³

B) Une révolution juridique en France : l'arrivée du droit mou ou l'introduction du principe anglo-saxon du « comply or explain »

32. - La tradition juridique française repose sur une approche coercitive de la règle de droit : le législateur édicte la norme juridique, les citoyens n'ont de choix que de s'y conformer.⁷⁴

Or les mondes des affaires, de l'économie et de la finance, se drapant dans le manteau de la mondialisation ont affirmé qu'ils ne pouvaient plus être ralentis voire sclérosés par des règles si strictes et inappropriées à leur domaine d'activité, imposées par un législateur français, alors même que leurs partenaires dans le reste du monde jouissaient d'une liberté extraordinaire qui sans conteste leur autorisait une véritable performance et un développement de leur activité que le système français ne pouvait offrir aux acteurs économiques de sa nation.

33. - Le législateur a entendu cet appel et a convenu que pour des personnes exceptionnelles, on se devait de créer un système juridique exceptionnel, ainsi fût introduit en France le droit mou.⁷⁵ Cette nouvelle conception du droit français repose sur un diptyque assez novateur puisque d'une part cette sphère du monde des affaires, de l'économie et de la finance va édicter son propre code de conduite, et d'autre part chaque entreprise sera libre de s'y conformer, la seule contrainte étant qu'en cas de non-application de ce code, l'entreprise

⁷² « Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie ».

A. Viandier, *Société et loi NRE : les réformes de la loi "Nouvelles régulations économiques"* : Lefebvre, dossiers prat. 2001 ; J.-P. Boisivon, *Les rémunérations des dirigeants : qui ? quoi ? combien ?* : Rev. Lamy dr. aff., janv. 2009, p. 53 ; C. Cathiard, B. Saintourens et A. Lemerrier *La rémunération des dirigeants sociaux* : Actes prat. ing. sociétaire, mars-avr. 2009, dossier 2, p. 3 ; M. Germain, D. Gallois-Cochet et F. Basdevant *L'administrateur de société cotée* : Act. prat. ing. sociétaire n° 91, janv.-févr. 2007, p. 5 et s ; C. Malecki, *La loi Breton et les rémunérations de dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence* : Bull. Joly 2005, p. 1194, n° 263

⁷³ S. Messaï-Bahri, *Le régime juridique des "parachutes dorés"* : Bulletin Joly Bourse, 01 février 2008 n° 1, P. 102

⁷⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit - pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2007, Chap. 1^{er}, Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit, p. 11 s.

⁷⁵ J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne*, in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 5, 1998, p. 21 ; J. Chevallier, *L'Etat postmoderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Publ. des fac. Univ. Saint Louis, 2002 ; A.-J. Arnaud, *De la postmodernité*, in *Entre modernité et mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 141

en question, devra expliquer les raisons qui l'ont poussée à écarter l'application de ces règles.⁷⁶

1) *La création d'un code de bonne gouvernance français*

34. - Dans les autres pays européens qui ont mis en place un code de bonne pratique en matière de gouvernance d'entreprise, ce qui a été, entre autre, le cas en Allemagne et aux Pays Bas, le gouvernement a mis en place des autorités administratives indépendantes dont la fonction consistait en la rédaction de ces codes.⁷⁷

Leur indépendance face aux personnes auxquelles étaient destiné ce corpus de règles contribuait à renforcer le bien fondé et la valeur normative de celui-ci.

En France, le choix du législateur a été différent à tout point de vue.

En effet dans la loi du 3 juillet 2008⁷⁸ le législateur a fait explicitement référence dans différents articles du Code de commerce à un code de gouvernement d'entreprise⁷⁹, sans autre précision quant aux modalités d'établissement de ce code. Une autorité administrative indépendante aurait pu être nommée à l'instar de ce qui avait été fait aux Pays Bas et en Allemagne, mais une autre alternative a été choisie, le soin de rédiger un code de gouvernement d'entreprise a été laissé aux organisations représentatives des entreprises.

⁷⁶ *Le droit souple*, Association Henri Capitant, Journées nationales, Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz 2009 ; C. Thibierge, *Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit*, RTD civ. 2003. 599

⁷⁷ En 2008, selon l'European Corporate Governance Institute, on dénombrait 229 codes de gouvernement d'entreprise élaborés dans 64 pays ; V. C. Chatelin-Ertur et St. Onnée, *Des forces normatives des codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle*, in *La force normative*, p. 649. ; J.-B. Poulle, Les codes de gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne, RTDF n° 1-2/2009, p. 73.

⁷⁸ LOI n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire

⁷⁹ Art. 225-37 C.Com. « [...]Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise.

Le rapport prévu au présent article précise aussi les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux dispositions des statuts qui prévoient ces modalités.

Ce rapport présente en outre les principes et les règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux et il mentionne la publication des informations prévues par l'article L. 225-100-3.

Le rapport prévu au présent article est approuvé par le conseil d'administration et est rendu public. » cf. également les articles L225-68, A823-7, A823-29 C.Com.

Cette technique normative du législateur français peut sembler un peu surprenante puisque l'on peut y voir un mouvement inexorablement vers une privatisation rampante du pouvoir législatif⁸⁰. Ce n'est pas véritablement une nouveauté puisqu'il s'agit d'un même mode de fonctionnement que celui des règles déontologiques et autres règlements intérieurs des professions dotées d'un ordre professionnel (médecins, avocats, experts comptables, etc.)⁸¹

35. - Ce terme d'« organisations représentatives des entreprises » est un peu vague, il n'existe pas à proprement parler une seule entité représentative reconnue par l'ensemble des entreprises françaises, ni une structure qui fédérerait l'ensemble des entreprises françaises dont l'existence et la légitimité serait à la fois reconnue par chacune des entreprises mais également par la puissance publique.

Certaines organisations représentatives d'entreprise, les plus puissantes, se sont prêtées au jeu de la rédaction d'un code de gouvernement d'entreprise. Ainsi le groupement formé par l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) et du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) a rédigé un code, qui à l'heure actuelle fait office de référence en la matière.⁸²

Pour autant, le législateur ayant laissé le champ libre à toutes les initiatives, d'autres organisations ont également rédigé leur propre code, c'est par exemple le cas de l'Association Française de Gestion Financière (AFG)⁸³.

36. - La question de la destination de ce code de gouvernement mérite d'être posée.⁸⁴

En d'autres termes, à qui s'adresse ce code de gouvernement, dans l'esprit du législateur, mais également du point de vue des rédacteurs de ce ou de ces codes de gouvernement ?

⁸⁰ Adam Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre I, Chapitre XI, Conclusion, t. 1 : GF Flammarion, n° 598, 1991, p. 336 :

« *Cependant l'intérêt particulier de ceux qui exercent une branche particulière de commerce ou de manufacture est toujours à quelques égards, différent et même contraire à celui du public (...). Toute proposition d'une loi nouvelle ou d'un règlement de commerce, qui vient de la part de cette classe de gens, doit toujours être reçue avec la plus grande méfiance, et ne jamais être adoptée qu'après un long et sérieux examen, auquel il faut apporter, je ne dis pas seulement la plus scrupuleuse, mais la plus soupçonneuse attention. (...)* »

⁸¹ J.-M. Auby, *Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels* : JCP G 1973, I, 2545 ; P.-P. Buffelan, *Étude de déontologie comparée dans les professions organisées en ordres* : JCP G 1962, I, 1695 ; M. Lascombe *Les ordres professionnels* : Thèse, Strasbourg, 1987

⁸² <http://www.code-afep-medef.com/> V. not. C. Champaud, D. Danet, *Sociétés en général* : RTD com. 2009, p. 154 ; P.-H. Conac, *2e rapport annuel sur le code AFEP-MEDEF, Application du code consolidé de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées par les sociétés de l'indice SBF 120*, novembre 2010 : Rev. sociétés 2011, p. 68. ; Y. Paclot, *La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées* : Rev. sociétés 2011, p. 395. ; P. Portier, *Commentaires sur les recommandations du MEDEF et de l'AFEP sur les "parachutes dorés"* : JCP E 2008, 2372 ; O. de Précigout, *Rémunération des dirigeants sociaux : état des lieux et bouleversements en perspective* : Option finance 2008, n° 1000, p. 19 ; S. Sylvestre, *La rémunération "d'activité" des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme* : Bull. Joly sociétés 2008, p. 532.

⁸³ <http://www.afg.asso.fr/>

⁸⁴ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* : Odile Jacob, 1re éd., 1997 ; P. Bissara, *Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ?* : Rev. sociétés, 2003, p. 51 ; D. Cohen *Le "gouvernement d'entreprise" : une nécessité en droit français ?* Mél. Malaurie : Defrénois, 2005, p. 159 ; B. Fages, *Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise* : Bull. Joly 2009, p. 430, § 84

Le code de commerce, lorsqu'il y fait référence, prévoit que ce code de gouvernement s'adresse aux sociétés anonymes puisque le principal article traitant du sujet est placé au chapitre V du titre II, du livre II intitulé « *Des sociétés anonymes* » et plus précisément aux entreprises dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, dénomination utilisée dans l'article L225-37 du code de commerce.

Selon le législateur, les destinataires de ce code de gouvernement, sans être une quantité dérisoire des entreprises françaises, ne représentent pas non plus une part substantielle des acteurs économiques du pays, les Sociétés Anonymes n'étant pas l'unique forme sociale possible.⁸⁵

37. - Pourtant tout l'intérêt des principes de bonne gouvernance réside dans l'application généralisée de ces recommandations par tous les intervenants économiques dont la confiance dans leurs différents partenaires, ne peut être confortée que par le fait qu'ils jouent avec les « mêmes règles du jeu ».⁸⁶

Sensible à cette globalisation et à la nécessaire généralisation de l'application des principes de bonne gouvernance, le groupement formé par l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) et du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) a rappelé dans le préambule faisant office de présentation du code de gouvernement rédigé que l'application de ce code ne se limitait pas aux seules entreprises visées par le code de commerce, mais que chaque entreprise française devait tout mettre en œuvre pour appliquer en son sein ces recommandations, en les adaptant à ses spécificités.⁸⁷

Les entreprises françaises autres que celles dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont orientées vers une interprétation téléologique du code de gouvernement.⁸⁸

Les différentes règles contenues dans le code de gouvernement devront être appréciées à l'aune de leurs finalités par les entreprises françaises qui sont invitées à trouver des modes opératoires leur permettant de les intégrer à leur fonctionnement en prenant en compte leurs spécificités.⁸⁹

⁸⁵ P. Foriers, *Règles de droit. Essai d'une problématique* "in La règle de droit, dir. Ch. Perelman : Bruylant 1971, n° 19 ; P. Deumier, *Le droit spontané : Economica 2002, n° 279* ; C. Chatelin-Ertur et S. Onnée, *Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle*, in La force normative : naissance d'un concept.

⁸⁶ V. Magnier, *Les manquements des sociétés à la règle de conformité*, JCP E 2010. 1234, n° 19

⁸⁷ « *Les présentes recommandations s'adressent aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Il est également souhaitable et recommandé que les autres sociétés appliquent ces recommandations en tout ou partie en les adaptant à leurs spécificités. Enfin, elles ont, pour la plupart, été écrites par référence aux sociétés anonymes à conseil d'administration. Il convient que les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, ainsi que les sociétés en commandite par actions, procèdent aux adaptations nécessaires.* » <http://www.code-afep-medef.com>

⁸⁸ I. Riassetto et M. Storck, *Les codes de bonne conduite endroit des marchés financiers : d'un code à l'autre*, Mél. G. Wiederkehr : Dalloz, 2009, p. 669

⁸⁹Y. Paclot, *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise - Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, LGDJ, 2010, p. 279.

2) Les règles posées par le code de gouvernement à la Française

38. - La terminologie de « *code de gouvernement* » utilisée par le législateur et repris par les organisations professionnelles qui ont rédigé celui-ci, laisse entendre qu'il s'agit d'un ensemble de règles impératives⁹⁰ et précises à l'instar des codes de déontologie et autres règlements intérieurs régissant les professions dotées d'un ordre professionnel, c'est en effet les cas d'une partie de ce code, néanmoins une large part de celui-ci contient des dispositions qui relèvent plus de la déclaration d'intention.⁹¹

Sur le fond, ce code de gouvernement effectue une véritable synthèse des différentes réflexions menées en matières de bonne pratique de gouvernance d'entreprise en expliquant tantôt l'intérêt pour l'entreprise de mettre en place ces différents types de procédures, tantôt en invitant les dirigeants à une réflexion sur ces pratiques et, concernant certaines dispositions, sur ce code emploi l'impératif.⁹²

Le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées rédigé par AFEP-MEDEF⁹³ est régulièrement révisé, la dernière mouture date du 16 janvier 2013.

39. - Les quatorze premiers chapitre de ce code sont consacrés à l'organisation du conseil d'administration.

Outre quelques rappels concernant l'essence même de la mission de cette structure, ce code explique la nécessité d'informer sur la forme moniste ou dualiste de la société qui est choisie : existe-t-il une dissociation entre la fonction de directeur général et celle de président du conseil d'administration ?⁹⁴

⁹⁰ C. Thibierge, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* : RTD civ. 2003, p. 599 ; C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept* : LGDJ Bruylant, 2009

⁹¹ B. Fages, *Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise* : Bull. Joly 2009, p. 428, C. Chatelin-Ertur, S. Onnée, *Des forces normatives des codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle* : in C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept* : LGDJ - Bruylant 2009 ; J.-C. Duhamel, *Bilan de l'application du comply or explain par les sociétés françaises du SBF 120* : Bull. Joly bourse 2009, p. 524 ; P.-Y Gomez, Z. Guedri, *Rapport sur les entreprises faisant référence au Code de gouvernance Middledext pour l'exercice 2009*, novembre 2010 : Rev. sociétés 2011, p. 68 ; V. Magnier, *Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité* : JCP E 2010, 1234 ; J.-L. Navarro, *Droit comptable* : JCP E 2009, 2004. ; J.-B. Poulle, *La mise à l'épreuve du principe "se conformer ou expliquer" au Royaume-Uni* : JCP E 2009, p. 1123.

⁹² Ph. d'anchald , J.-J. Caussain et M. Germain *Gouvernement d'entreprise : Actes pratiques et Ingénierie sociétares*, mai/juin 2004, n° 27

⁹³ C. Champaud, D. Danet, *Sociétés en général* : RTD com. 2009, p. 154 ; P.-H. Conac, *2e rapport annuel sur le code AFEP-MEDEF, Application du code consolidé de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées par les sociétés de l'indice SBF 120*, novembre 2010 : Rev. sociétés 2011, p. 68 ; Y. Paclot, *La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées* : Rev. sociétés 2011, p. 395 ; P. Portier, *Commentaires sur les recommandations du MEDEF et de l'AFEP sur les "parachutes dorés"* : JCP E 2008, 2372 ; O. de Précigout, *Rémunération des dirigeants sociaux : état des lieux et bouleversements en perspective* : Option finance 2008, n° 1000, p. 19 ; S. Sylvestre, *La rémunération "d'activité" des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme* : Bull. Joly sociétés 2008, p. 532 ; C. Malecki, *Le premier regard de l'AMF sur la pratique du Code de gouvernement d'entreprise de MiddleNext* : Bull. Joly bourse 2011, p. 197

Alors que les réflexions sur les pratiques en matière de bonne gouvernance d'entreprise prônent le système dualiste, le code, comme le fait la Loi, laisse la pleine liberté de choix aux entreprises, mais les incite à informer tant leurs partenaires économiques que leur actionnaires du choix qui est fait. S'ensuit un certain nombre de chapitres relatifs à la composition du conseil d'administration, plus précisément sur la qualité des administrateurs.⁹⁵

Ces recommandations anthropomorphiques permettent de dresser un portrait robot de l'administrateur et particulièrement de l'administrateur indépendant qui par sa présence au sein du conseil d'administration devient un gage d'objectivité dans les décisions prises par cet organe.

N'ayant aucun intérêt de quelque nature que se soit dans l'entreprise, il n'est ni un organe exécutif, ni un actionnaire significatif, sa vision de l'entreprise, plus globale permet de sauvegarder l'intérêt de chacun, notamment des petits actionnaires.⁹⁶

40. - Aucune proportion entre le nombre d'administrateurs indépendants et des autres administrateur n'est imposée, mais le code insiste très fermement sur les nécessaires compétences que doivent avoir les différents administrateurs et sur le véritable intérêt qu'ils doivent porter à l'entreprise.

41. - Une large part est ensuite donnée à l'information qui doit être délivrée aux administrateurs qui doit être la plus large et complète possible, cette obligation étant à la charge des dirigeants et étant indispensable à la prise de décision la plus adéquate par les administrateurs.

De nombreuses autres dispositions venant décrire, encadrer et préciser cette fonction d'administrateur la font apparaître comme la pierre angulaire des évolutions de la gouvernance d'entreprise.

⁹⁴ 3.2 L'information sur l'option retenue : *Concernant le choix entre les formules d'organisation des pouvoirs de direction et contrôle, il convient de souligner que le premier principe applicable est celui de la transparence : transparence entre la direction générale et le conseil d'administration, transparence de la gestion de la société vis-à-vis du marché et transparence dans la relation avec les actionnaires, notamment lors de l'assemblée générale.*

A ce titre, il est indispensable que les actionnaires et les tiers soient parfaitement informés de l'option retenue entre la dissociation des fonctions de président et de directeur général et l'unicité de ces fonctions.

Outre les mesures de publicité prévues par la réglementation, le document de référence ou le rapport annuel peuvent être le support de l'information due aux actionnaires, auxquels le conseil doit exposer les motivations et justifications de ses choix.

⁹⁵ B. Dondero, *La qualité d'actionnaire de l'administrateur : lien naturel ou facteur de risque pour l'indépendance du mandataire social ?* : RTDF 2008, n° 3, p. 67

⁹⁶ 9.1. *Un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement . Ainsi, par administrateur indépendant, il faut entendre, non pas seulement administrateur non-exécutif c'est-à-dire n'exerçant pas de fonctions de direction de la société ou de son groupe, mais encore dépourvu de lien d'intérêt particulier (actionnaire significatif, salarié, autre) avec ceux-ci.*

Le mode de rémunération ainsi que la publicité qui doit en être faite, les règles de déontologie qui s'imposent à l'administrateur, la durée de ses fonctions sont également des dispositions qui figurent dans ce code et qui viennent compléter le portrait de l'administrateur correspondant au profil issu des diverses réflexions en matière de bonne gouvernance.⁹⁷

Le flux d'informations et la transparence étant au cœur des recommandations en matière de bonne gouvernance, le code de gouvernement rédigé par le groupement formé par l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) et du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) décrit très précisément à la fois l'organisation mais aussi le fonctionnement des différents comités prévus par le rapport Viénot I (1995).⁹⁸

Sont alors décrit :

- le comité de compte, qui doit être une émanation du conseil d'administration et sans se substituer à ce dernier sa fonction est de faciliter les arrêtés de compte.
- le comité de sélection ou de nomination dont l'objectif est de sélectionner ou de nommer les administrateurs et les mandataires sociaux.
- Le comité de rémunération, composé en majorité d'administrateur indépendant va proposer le montant des rémunérations des administrateurs et des dirigeants mandataires sociaux.⁹⁹

Section 2 L'application des principes de bonne gouvernance comme bouclier de l'entreprise contre elle-même

42. - Les réflexions dont sont issues les différentes recommandations en matière de bonne pratique de gouvernement d'entreprise ont pour origine la protection des fonds de pensions américains¹⁰⁰.

⁹⁷ J.-F. Barbière, *De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace* : Bull. Joly, 2004, § 1 ; A. Couret, *Les dispositions de la loi sécurité financière intéressant le droit des sociétés* : JCP E 2003, 1290 ; J.-J. Daigre, *La loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière* : JCP G 2003, act. 435 ; E. Jeuland, F. Manin, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés* : Rev. sociétés 2004, p. 1.

⁹⁸ A. Lienhard, *Loi de sécurité financière : quoi de neuf pour les sociétés ?* : D. 2003, p. 1996 ; D. Schmidt, *Les apports de la loi de sécurité financière au droit des sociétés* : Bull. Joly 2004, § 62, p. 321 ; S. Thomasset-Pierre, *Création de l'Autorité des marchés financiers* : D. 2003, p. 2951 ; Varii Auctores, *La loi de sécurité financière* : LPA, 14 nov. 2003 ; Rev. sociétés, n° 4/2003

⁹⁹ Le rapport annuel de l'AMF (Rapp. annuel préc., p. 4) sur la question indique que la proportion de sociétés disposant d'un comité d'audit est en progression (79 % contre 72 % en 2007) particulièrement chez les valeurs moyennes et petites (60 % en 2008 contre 46 % en 2007) ; que 98 % des sociétés du compartiment A de l'Eurolist disposent d'un comité d'audit (chiffre identique à 2007) ; quant à la proportion de sociétés disposant d'un comité de rémunération est en progression (75 % contre 73 % en 2007) notamment chez les valeurs moyennes et petites (56 % en 2008 contre 50 % en 2007) ; 94 % des sociétés du compartiment A disposent d'un comité de rémunération. En outre, les administrateurs indépendants représentent 67 % des membres des comités d'audit (60 % pour les valeurs moyennes et petites et 70 % des sociétés du compartiment A), 71 % des présidents des comités d'audit de l'ensemble des sociétés sont des administrateurs indépendants (81 % des sociétés du compartiment A contre 55 % pour les valeurs moyennes et petites).

¹⁰⁰ D. Plihon et J.-P. Ponsard, *La montée en puissance des fonds d'investissement* : Doc. fr. 2002 ; J.-P. Valuet, *Fonds de pension américains : incidence de leur politique d'actionariat sur les sociétés françaises* : Bull. Joly

Ces derniers, suite aux différents scandales qui ont touché la sphère financière (ENRON, Maxell)¹⁰¹, ont vu dans la promotion de ces nouvelles pratiques la possibilité de se couvrir face à un risque de dévaluation ou de faillite des entreprises dans lesquelles ils avaient fait le choix d'investir les fonds qui leurs étaient confiés.

Mais d'autres facettes tout aussi utiles ont émergé de ces principes et, outre la protection à proprement parler de la personne morale elle-même, ces règles ont formé un bouclier plus ou moins efficace pour les dirigeants sociaux.

La pratique financière et, plus précisément les entreprises dont l'activité consiste en la spéculation, utilise un certain nombre d'indicateur, sociaux, politiques, économiques et financiers pour minimiser les risques liés à leurs choix d'investissements.

Il ne s'agit bien évidemment pas d'une science exacte, mais afin de rendre ces éléments les plus pertinents possible, l'émergence des recommandations en matière de bonne gouvernance d'entreprise facilite très nettement l'information et les prévisions indispensables à une spéculation financière de qualité.¹⁰² Bien au delà de cette initiative instaurée par les fonds de pensions américains, la modification en profondeur des modes de gouvernance dans les entreprises va s'avérer être un véritable accord « gagnant-gagnant ».

43. - Ces nouveaux modes de fonctionnement sont certes profitables aux investisseurs, puisqu'un début d'uniformisation de l'organisation et la gestion des entreprises au plan international évite d'avoir à connaître une infinité de structures d'entreprises et permet d'avoir une information modélisée pour l'ensemble des acteurs économiques.

Ces transformations de la gouvernance d'entreprise sont avant toute chose une véritable avancée dans la gestion des risques de l'entreprise puisque le renforcement des canaux d'information et de la teneur de l'information qu'ils véhiculent ce à quoi il faut ajouter le rôle et les qualités que doivent avoir ceux qui traitent et délivrent cette information vont protéger tant la personne morale elle-même que ses actionnaires (§1) mais cela va aussi former un bouclier pour le dirigeant et les mandataires sociaux. (§2)

bourse 1996, p. 5, § 1.

¹⁰¹ E. Séverin, *les conséquences de la débâcle d'Enron sur les métiers exercés par les banques* : Banque mag. 2004, n° 655, p. 46

¹⁰² A. Maréchal *Les critères d'investissement des grands gestionnaires de fonds internationaux dans les entreprises françaises* : Bull. mens. COB, 1998, n° 322, p. 1

§1 la protection de la personne morale par la place donnée aux administrateurs indépendants

44. - Partant donc du principe que pour permettre à l'ensemble d'un système d'être plus performant, en l'occurrence le système économique mondial, il est indispensable que chaque élément du système soit renforcé.

L'élément originel du système est l'entreprise, il est donc nécessaire de guider cette cellule de base vers une structure qui lui sera plus profitable car elle sera mieux protégée.

Se pose donc la question de savoir de quoi l'entreprise a-t-elle besoin d'être protégée ?

L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) va donner en 2004 une définition de la gouvernance d'entreprise et plus particulièrement de la bonne gouvernance d'entreprise qui va mettre en lumière le premier élément dont doit se protéger l'entreprise, il s'agit de se prémunir contre elle-même. Faisant ensuite une synthèse des réflexions qui ont déjà été menées sur le sujet, l'OCDE centre la protection de l'entreprise sur un moyen d'action principal, l'information.

45. - La définition que donne l'OCDE de la gouvernance reste particulièrement large, mais met en exergue la nécessité d'un meilleur équilibre des pouvoirs.¹⁰³

« Le gouvernement d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que les moyens de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus. Un gouvernement d'entreprise de qualité doit inciter le conseil d'administration et la direction à poursuivre des objectifs conformes aux intérêts de la société et de ses actionnaires et faciliter une surveillance effective des résultats obtenus. L'existence d'un système de gouvernement d'entreprise efficace, au sein de chaque entreprise et dans l'économie considérée dans sa globalité, contribue à assurer la confiance nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché. Il en résulte une diminution du coût du capital et un encouragement pour les entreprises à employer plus efficacement leurs ressources, et ce faisant, à alimenter la croissance. »

Deux notions absolument fondamentales au droit des sociétés sont évoquées de manière sous-jacente dans cette définition de l'OCDE. L'organisation internationale fait référence

¹⁰³ Principe de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004

d'une part au concept de l'*affectio societatis*¹⁰⁴ mais également à l'intérêt social de l'entreprise.

Les références de cette définition faite à l'*affectio societatis* se retrouvent dans la description qui est faite des relations entre les protagonistes principaux qui composent l'entreprise : la direction, le conseil d'administration, les actionnaires.

46. - Cette définition de l'OCDE emploie le terme des « autres parties prenantes », cette terminologie, volontairement peu précise renvoie à chaque personne qui œuvre pour l'entreprise, que ce soit les salariés, les commissaires aux comptes ou autres experts comptables, les Conseils et consultants.

Le point commun entre tous ces acteurs est l'intérêt qu'ils portent à la société et chacune de leur action doit se faire dans l'optique de protéger l'intérêt social de l'entreprise.¹⁰⁵

47. - L'intérêt social de l'entreprise étant un intérêt propre à celle-ci qui est totalement distinct de l'intérêt personnel de chacun des intervenants.¹⁰⁶

¹⁰⁴ L'*affectio societatis*, à savoir l'intention de s'associer, ne figure pas expressément dans la définition de l'art.1832 du Code Civil mais la tradition en fait une composante essentielle du contrat de société au même titre que la mise en commun des apports et la participation aux bénéfices et aux pertes.

L'*affectio societatis* réapparaît à la période contemporaine et joue un rôle particulièrement important dans notre droit positif. Les juges font référence à l'*affectio societatis* en cas de doute ou de crise. Il permet notamment de distinguer la société des situations juridiques voisines, de révéler la qualité d'associé ou sert de contrepois à la règle selon laquelle la majorité est souveraine

Cette notion, d'une certaine souplesse, est susceptible de varier selon le type de société en cause et prend des formes différentes en fonction du rôle qu'on lui attribue.

La jurisprudence rappelle régulièrement l'exigence de cet élément pour qu'une société ait une existence : Cass. 3e civ., 8 janv. 1975 : Bull. civ. 1975, III, n° 2 ; Rev. sociétés 1976, p. 301, note I. Balensi. - Cass. 3e civ., 22 juin 1976 : D. 1977, jurispr. p. 619, note P. Diener ; CA Paris, 11 juill. 1951 : S. 1953, 2, p. 81, note A. Dalsace ; TGI Paris, 14 mars 1973 : Gaz. Pal. 1973, 2, p. 912, note M. Peisse ; RTD com. 1974, p. 104, obs. R. Houin ; Rev. sociétés 1974, p. 92, note M. Guilbeteau ;

Deborah Eskinazi, *La qualité d'associé*, Thèse 2005 ; V. Cuisinier, *L'"affectio societatis"* : Litec, bibl. dr. entr. 2008, préf. A. Martin-Serf ; I. Tchotourian, *L'"affectio societatis", critère de validité et de qualification du contrat de société* : thèse Nancy II, 2007 ; J.-M. de Bermond de Vault *À propos d'une conception exaltée de l'"affectio societatis"* : Dr. sociétés, avr. 1993, p. 4 et *Le spectre de l'"affectio societatis"* : JCP E1994, I, 346

¹⁰⁵ D. Martin, « *L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?* » in Mélanges D. Schmidt, Joly, 2005

¹⁰⁶La notion d'intérêt social est la traduction de la conception de la société, l'intérêt social étant l'intérêt de l'entreprise organisée comme personne morale avec une autonomie juridique poursuivant ses fins propres, dans l'intérêt général commun des actionnaires, des salariés, des créanciers et autres personnes intéressées pour en assurer la prospérité et la continuité (D. Schmidt, *De l'intérêt social*, JCP E 1995, I, 488).

On a pu ainsi qualifier l'intérêt social de « boussole » des dirigeants, constituant "un impératif de conduite, une règle déontologique, voire morale, qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel" (Cozian, Viandier, *Droit des Sociétés*, 6ème édition, n.466)

L'attachement des dirigeants des grandes entreprises à la notion d'intérêt social, parfois en opposition à la « shareholder value » correspond à la conception d'un gouvernement d'entreprise qui traduit la publicisation des dirigeants des sociétés qui a été conforté à l'occasion des privatisations.

Cette notion s'oppose à celle d' "intérêt personnel" et la Cour d'appel de Paris a réaffirmé que « les dirigeants d'une société doivent en toutes circonstances s'abstenir d'exercer leurs prérogatives à des fins personnelles » C.A. Paris, 14ème Chambre, Atticus /Groupe André, 15 mars 2000

A. Constantin, *L'intérêt social : quel intérêt ?* Mél. B. Mercadal : Lefebvre, 2002, p. 317

V. également : « *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales* » Thèse de Gérard Soussi, 1974

Le choix qui est fait par l'OCDE dans sa définition de la gouvernance d'entreprise de dissocier les termes d'intérêts de l'entreprise des intérêts des associés n'est pas vain, puisque cette distinction est bien souvent perdue de vue.

Cette définition que donne l'OCDE est une bonne synthèse tant des réflexions qui ont été menées depuis les années 70 que des solutions plus concrètes qui ont commencé à voir le jour depuis. La principale avancée concernant la protection de l'entreprise contre elle-même est sans nul doute la création des sociétés dualistes créées par la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.¹⁰⁷

Dans cette première véritable réforme faite en tenant compte de l'esprit des réflexions sur la bonne gouvernance d'entreprise, le législateur a redéfini les pouvoirs du conseil d'administration et de son président. Pour cela, les fonctions de président et de directeur général ont été dissociées. Cette dissociation aboutissant à un meilleur équilibre de chacune de ces fonctions.

48. - Jusqu'à lors, la fonction de président directeur général, était à l'instar d'Orthros, un monstre à deux têtes. Les attributions du président du conseil d'administration étaient d'exercer « des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ». De plus, le « président du conseil d'administration assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société »¹⁰⁸

Ces dispositions entraînaient une confusion des fonctions de président du conseil d'administration avec la direction générale de la société, et surtout entravaient un possible contrôle sur les activités de direction générale.

Depuis la Loi NRE, chacune de ces fonctions a été redéfinie, et le président du conseil d'administration endosse maintenant un véritable rôle de surveillance des activités de l'entreprise menées par le directeur général.

Cette dualité entre un organe de contrôle et un organe exécutif n'est pourtant pas historiquement une nouveauté, la loi de 1966 avait déjà prévu¹⁰⁹ la possibilité pour une SA de recourir à un directoire et à un conseil de surveillance. De même, les sociétés en commandite avaient connu leur apogée sous l'ancien régime.

¹⁰⁷ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques JORF n°113 du 16 mai 2001

¹⁰⁸ C.Com. art. L. 225-51 ancien.

¹⁰⁹ JORF du 26 juillet 1966 page 6402

49. - La limitation à cinq mandats du nombre de mandats sociaux détenus par une seule personne va être une protection efficace pour l'entreprise. Cette limitation a pour effet d'éviter qu'une même personne ne siège dans un trop grand nombre de conseils d'administrations différents et pendant une trop longue durée. Le renouvellement des administrateurs, dont la fonction principale est la surveillance des activités de la société, permet que de manière très régulière une nouvelle réflexion, un nouveau regard soit posé sur le fonctionnement de la société.

L'entreprise est protégée contre la mise en place de pratiques, d'orientations, d'activités qui lui seraient néfastes et qui perdureraient sur une trop longue période. Au-delà de l'exigence légale du nombre maximum de mandats d'un administrateur, les réflexions sur la bonne pratique en matière de gouvernance vont amener à ériger une autre barrière de protection pour l'entreprise contre elle-même, l'administrateur indépendant.

50. - Bien évidemment, chaque administrateur se doit d'avoir une certaine indépendance d'esprit dans l'exercice de sa fonction et ne pas avoir d'hésitation pour demander des comptes aux dirigeants de l'entreprise qu'il administre. Pour autant ce sont des critères matériels qui ont été dégagés afin de définir un administrateur indépendant.¹¹⁰

La présence de cet administrateur indépendant dans le conseil d'administration de l'entreprise est une garantie que les décisions prises au sein de cet organe sont dépourvues de tout intérêt personnel, seul ne peut compter dans le choix décisionnel que l'intérêt supérieur de l'entreprise.

Le portrait robot de cet administrateur indépendant¹¹¹ est dressé dans les différents corpus de règles ou de recommandations des bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise. Le code de gouvernement faisant office de référence en la matière, celui rédigé par l'AFEP-MEDEF en fait la description suivante : « *Un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement . Ainsi, par administrateur indépendant, il faut entendre, non pas seulement administrateur non-exécutif c'est-à-dire n'exerçant pas de fonctions de direction de la société ou de son groupe, mais encore dépourvu de lien d'intérêt particulier (actionnaire significatif, salarié, autre) avec ceux-ci.* »

¹¹⁰ A. Viandier, *L'administrateur indépendant des sociétés cotées*, RJDA juin 2008, p.599 ; J. Delga, *L'administrateur indépendant en France : un mythe ?* : JCP E 2004, p. 166 ; A. Viandier, *Le règlement intérieur du conseil d'administration des sociétés cotées* : RJDA 12/2003, p. 1003

¹¹¹ J. Delga "L'administrateur indépendant" : un personnage juridiquement contestable ! : Dr. sociétés Actes pratiques, juill. 2007, p. 26

Cette définition générale dessine les contours de la personne de l'administrateur indépendant, son indépendance doit être la garantie que son jugement ne sera pas altéré par un quelconque parti pris, conséquence d'un lien personnel qu'il aurait plus ou moins directement avec l'entreprise qu'il administre.

51. - Mais afin de parfaire les lignes générales définissant les contours de cet administrateur indépendant, les rédacteurs de ce code ont fait une liste qui ne semble pas exhaustive et qui par la négative exclue toutes les fonctions et autres liens que ne peut avoir un administrateur pour prétendre être indépendant.

« Ne pas être salarié ou mandataire social de la société, salarié ou administrateur de sa société mère ou d'une société qu'elle consolide et ne pas l'avoir été au cours des cinq années précédentes.

Ne pas être mandataire social d'une société dans laquelle la société détient directement ou indirectement un mandat d'administrateur ou dans laquelle un salarié désigné en tant que tel ou un mandataire social de la société (actuel ou l'ayant été depuis moins de cinq ans) détient un mandat d'administrateur.

Ne pas être client, fournisseur, banquier d'affaire, banquier de financement significatif de la société ou de son groupe, ou pour lequel la société ou son groupe représente une part significative de l'activité.

Ne pas avoir de lien familial proche avec un mandataire social.

Ne pas avoir été commissaire au compte de l'entreprise au cours des cinq années précédentes.

Ne pas être administrateur de l'entreprise depuis plus de douze ans. »

Ce n'est pas seulement la qualité des administrateurs indépendants qui est un gage de protection de l'entreprise contre elle-même, il s'agit aussi de leur nombre. Plus exactement, c'est la proportion du nombre d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration qui garantira une protection efficace.¹¹²

52. - Un administrateur indépendant qui serait noyé au milieu d'un conseil d'administration composé exclusivement d'administrateurs dont les intérêts personnels laisseraient à supposer que les décisions prises par eux seraient trop souvent motivées par la satisfaction ou la réalisation d'un objectif en dehors de l'intérêt social prééminent de l'entreprise n'aurait pas un poids bien important.

¹¹² J-F. Barbièri, *De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace* : Bull. Joly, 2004, p.5

Les recommandations, dont celles faites dans le code rédigé par l'AFEP-MEDEF, préconisent une certaine proportion d'administrateurs indépendants dans le conseil d'administration.

La part des administrateurs indépendants doit être de la moitié des membres du conseil dans les sociétés au capital dispersé et dépourvues d'actionnaires de contrôle. Dans les sociétés contrôlées, la part des administrateurs indépendants doit être d'au moins un tiers.

La nomination de ces administrateurs doit être faite par le conseil d'administration qui se doit d'étudier les critères d'indépendance après proposition des candidats faite par le comité de nomination. Ce comité de nomination fait parti du second volet de protection de la personne morale contre elle-même puisqu'il s'intègre dans la mise en place d'un flux d'information au sein de l'entreprise est une des mesures notables des recommandations de bonne pratique en matière de gouvernance.

§ 2 la protection de l'entreprise par un échange d'information

53. - Très longtemps, l'opacité au sein de l'entreprise semblait être une vertu.

Mais il est difficilement concevable que les décisions prises sans une connaissance pointue et éclairée de l'entreprise puissent être les meilleures ou pour le moins les plus adéquates.

La jurisprudence a été à l'origine d'un certain mouvement vers une information plus large à destination des administrateurs avant que quelques années plus tard, le législateur et les recommandations de bonne gouvernance fassent de l'information le point d'orgue de la protection de l'entreprise contre elle-même.

Un administrateur n'a comme pouvoir que celui de siéger au conseil d'administration. En dehors du conseil, il n'est pas grand chose pour l'entreprise, il ne peut pas par exemple la représenter en justice.¹¹³ Le rôle dévolu au conseil d'administration étant de prendre un grand nombre de décisions essentielles au fonctionnement de l'entreprise, la connaissance que doit avoir l'administrateur de celle-ci doit être, en toute logique la plus complète possible.

Mais pendant longtemps l'information qui était délivrée aux administrateurs était relativement parcellaire.

54. - Le Président du Conseil d'Administration cumulait cette fonction avec celle de directeur général.¹¹⁴ Dès lors, son objectif lors des réunions du conseil risquait d'être quelque peu biaisé par sa volonté de ne pas voir sa fonction exécutive au sein de l'entreprise mise à mal par le conseil qu'il préside. Le choix des informations qu'il allait mettre à la disposition du conseil pouvait parfois ne pas refléter parfaitement ni la situation actuelle de l'entreprise, ni les véritables enjeux des décisions qui étaient soumises à l'approbation du conseil.

L'action du directeur général avait peu de chance d'être entravée par les décisions du conseil d'administration.

Ce fonctionnement n'allait donc pas toujours dans le sens de l'intérêt social de l'entreprise.

¹¹³ Cass. Com. 3 oct. 2006, n°05-13.244, RTDC 1/01/2007 p.165,166, note P. Le CANNU sur l'irrégularité de la déclaration de créance faite par un administrateur au cours d'une procédure collective.

¹¹⁴ J.-P. Bouère, *PDG ou Président et directeur général* : Bull. Joly 2001, § 164, p. 695 s.

La jurisprudence a fait un premier pas vers l'amélioration de l'information à laquelle peut prétendre tout administrateur. L'arrêt rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 2 juillet 1985, dit arrêt Cointreau, va venir consacrer l'obligation faite au Président du Conseil d'Administration de fournir les informations qui sont essentielles à l'exercice du rôle de contrôle qu'exerce l'administrateur. La délivrance doit se faire dans un délai suffisant pour que l'administrateur puisse prendre connaissance de ces informations.¹¹⁵

55. - Le législateur de 2003 a consacré cette position prétorienne dans la loi LSF¹¹⁶ en faisant naître une obligation d'information selon les cas sur les épaules du président du conseil d'administration ou du directeur général. Elle consiste à communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.¹¹⁷

Les exigences liées à cette obligation de délivrance d'informations sont particulièrement substantielles puisque la Cour de Cassation a cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen qui avait considéré que l'information délivrée au cours d'un conseil d'administration aux administrateurs présents était suffisante.¹¹⁸

Par conséquent si certains administrateurs sont privés de tout ou partie de l'information nécessaire à l'exercice de leur fonction, alors les délibérations du conseil d'administration doivent être annulées. La qualité ou la teneur de l'information qui doit être délivrée aux administrateurs reste assez floue malgré les modifications législatives successives.

Deux types d'informations doivent être distinguées¹¹⁹, d'une part les informations nécessaires et préalables à la tenue des conseils d'administration et d'autre part celles qui sont plus générales et ont pour objectif de permettre à l'administrateur de développer sa réflexion sur la stratégie de l'entreprise ou son environnement.

Ce second type d'information ne peut pas incomber entièrement au président du conseil d'administration ou au directeur général, il s'agit en effet d'une information très large et d'ordre général.

¹¹⁵ Cass. Com. 2 juillet 1985, JCP E 1985, II, 14578, note A. Viandier ; Bull. Joly 1985, p. 865 et 919, pourvoi numéro 83-16.887 ; R. Baillod, J. Derruppé, *L'information des administrateurs de sociétés anonymes(I)*, RTD Com. 15/03/1990

¹¹⁶ Loi n°2003-706 du 1 août 2003 - art. 129 JORF 2 août 2003

¹¹⁷ C.Com. 225-35 al.3 : « Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. »

¹¹⁸ Cass. Com., 8 octobre 2002, n°99-11.421, BMIS 1/03/2003, n°3 p.353-360, note D. Vidal

¹¹⁹ T. Léobon, *L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilités*, Bull. Joly Sociétés, 2006 n°2, p.168

Néanmoins l'information préalable à la tenue des conseils d'administration reste une charge importante pour président du conseil d'administration. Fixant l'ordre du jour, il est dans une position qui lui permet de cerner les informations qui seront nécessaires pour éclairer les administrateurs dans leur prise de décision.¹²⁰

56. - Les administrateurs ont acquis la faculté de demander toute information opportune au président, droit qui a été consacré par la loi du 15 mai 2001 et qui n'a pas été remis en question par la loi LSF de 2003 mais qui est venu reconnaître la position de la jurisprudence.¹²¹ Certes, la possibilité pour chaque administrateur de se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles n'apparaît plus dans le troisième alinéa du nouvel article L. 225-35 du Code de commerce mais il semble que le législateur n'ait pas voulu remettre en question ce droit individuel de chaque administrateur.

La nouvelle rédaction de l'article L.225-35 ne vise plus que les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission par l'administrateur alors que l'ancienne version du texte autorisait l'administrateur à se faire communiquer les documents qu'il estimait utiles.¹²²

C'est par la pratique puis par des consécutions légales qu'un maillon privilégié est né dans cette chaîne d'information, les comités d'études ou comité de direction.¹²³

57. - Les réunions du conseil d'administration sont une tâche particulièrement lourde et qui nécessitent un grand formalisme. La fréquence de ce type de réunion ne peut donc pas être augmentée de manière trop importante.

Or les questions qu'il faut aborder au cours des conseils d'administrations sont vastes et parfois ardues pour que les décisions qui en découlent soient les meilleures possibles.

La pratique dans les sociétés a fait naître des comités dits comités d'étude ou de direction, au départ cette création concernait les sociétés d'une grande taille.

¹²⁰ Voir par exemple le règlement intérieur de Renault sur le devoir d'information des administrateurs (article 8.3.2.6) et le règlement intérieur d'Air France-KLM sur le droit à l'information des administrateurs (Article 3)

¹²¹ Cass. com., 2 juill. 1985, aff. Cointreau : Bull. civ., IV., n° 203 ; D., 1986, jur. p. 351, note Y. Loussouarn ; RTD com., 1986, p. 90, obs. Y. Reinhard ; Rev. sociétés, 1986, p. 231, note P. Le Cannu ; JCP G, 1985, II, n° 2058, note A. Viandier ; Bull. Joly Sociétés, 1985, p. 865, § 292 ; Defrénois, 1986, art. 33713, n° 3, p. 600, note J. Honorat ; CA Paris, 22 juin 1988 : Juris-Data, 1988, n° 023348 ; Cass. com., 24 avr. 1990 : Bull. civ., IV, n° 125 ; Bull. Joly Sociétés, 1990, p. 531, § 139, note en chron. P. Le Cannu, p. 511, § 134 ; D., 1990, IR p. 130 ; Rev. sociétés, 1990, p. 416, note Y. Reinhard ; Cass. com., 1er déc. 1987 (aff. D.) : Bull. Joly Sociétés, 1988, p. 78, § 13 ; LPA, 20 déc. 1987, p. 7, note P. Moretti ; Rev. sociétés, 1988, p. 237, note P. Le Cannu. Pour une analyse de ces décisions, v. R. Baillod, *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, RTD com., 1990, p. 1. Consacrant également le droit à l'information des administrateurs, v. Cass. com., 27 mars 1990 : Bull. Joly Sociétés, 1990, p. 530, § 138, note P. Le Cannu.

¹²² Adde Borges, *Le droit d'information individuel des administrateurs de société anonyme* : Bull. Joly 1997, p. 843.

¹²³ J-M. Calendini, *Les comités de direction* : Bull. Joly 1992, p.851

Créés sur l'initiative du conseil d'administration ces comités vont avoir un objet défini et des membres y seront associés.¹²⁴

Les membres qui y sont associés sont la plupart du temps des administrateurs qui ont un lien privilégié avec la société et ne font donc pas partie de la catégorie des administrateurs indépendants.¹²⁵

Cet état de fait est regrettable. Il est tout à fait compréhensible que le gain de temps qui est généré par le fait de travailler entre des personnes ayant le même niveau de connaissance de la structure soit important. Ce système mériterait des améliorations comme le prônent les réflexions en matière de bonnes pratiques de gouvernance.¹²⁶

58. - Pour rendre pleinement satisfaisant le travail effectué par ces comités, il faudrait que les membres qui le composent soient en très grande majorité des administrateurs indépendants et que ces comités intègrent dans leur composition des personnes extérieures au conseil d'administration dont les compétences seraient une véritable plus value dans le travail des comités.

Les domaines de compétences que le conseil d'administration attribue à ces comités sont variés, cette faculté avait été prévue par le décret d'application de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales.¹²⁷

Les attributions que pouvait donner le conseil d'administration à ces comités, selon ce texte, étaient assez larges. La jurisprudence a eu à statuer afin de savoir si tel ou tel comité n'empiétait pas sur les fonctions exclusivement dévolues au conseil d'administration.¹²⁸

Ces comités de direction doivent avoir un dessein consultatif et uniquement cette ambition là. Par surcroît ils doivent être gouvernés par une exigence d'objectivité.¹²⁹

Leur rôle est primordial dans l'information qu'ils délivrent au conseil d'administration. Leurs missions sont variées, que ce soit le suivi de l'information financière, le contrôle des

¹²⁴ Les rapports Viénot de 1995 (p. 18) et de 1999 (p. 19), le rapport Bouton de 2002 (p. 6) insistent sur l'utilité de ces comités.

¹²⁵ S. Baller, *Demain ne sera plus comme avant : pour les directions juridiques et les juristes d'entreprise aussi ?* : Droit des sociétés n° 3, Mars 2009, alerte 11

¹²⁶ P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, précis Domat, Montchrestien, 2002, n° 694. En pratique, ces comités, et c'est regrettable, sont composés majoritairement sinon exclusivement d'administrateurs

¹²⁷ Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales JORF du 24 mars 1967 page 2843 décret d'application de la loi Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 JORF du 26 juillet 1966 page 6402 : Article 90. «

Le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés.

Il peut décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité. »

¹²⁸ A était jugé contraire à la loi, la création par une assemblée générale extraordinaire d'un comité de direction empiétant sur les attributions du conseil d'administrations (CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1982 : rev. Sociétés 1983, p.773 note J. Mestre)

¹²⁹ P. Le Cannu, *Les organes de groupe*, in Sociétés et Groupes, questions d'actualité, conf. Paris, 1er févr. 2001 : LPA 4 mai 2001, spéc. p. 43 et s.

comptes et la politique de rémunération des dirigeants, ces trois domaines étant ceux pour lesquels les réflexions en matière de bonne pratique de gouvernance mettent particulièrement l'accent, incitant ainsi les entreprises à créer des comités oeuvrant dans ces domaines.¹³⁰

Ces trois domaines ont été identifiés comme étant autant de clés de voûte dans l'architecture économique de l'entreprise.

59. - Les comités qui ont comme mission de suivre l'information financière et de contrôler les comptes vont permettre, par un travail en amont très minutieux d'éclairer chaque membre du conseil d'administration sur ces questions très délicates. Trop souvent le monopole de la communication aux administrateurs était dévolu au seul président du conseil d'administration qui était aussi le directeur général.¹³¹

Or de plus en plus le travail que devrait accomplir chaque administrateur pour obtenir et traiter la masse d'information nécessaire à une bonne compréhension et par conséquent à une prise de décision la plus optimale possible dans sa mission représente une entreprise titanesque et l'apport de ces comités est un gage de qualité dans le processus décisionnel du conseil d'administration.

60. - Pour ce qui est du comité chargé d'informer le conseil d'administration sur la politique de rémunération des dirigeants, il s'agit là d'un comité qui doit son existence à une véritable cabale médiatique qui renaît à chaque scandale financier, la lumière se fait sur la rémunération des dirigeants qui est jugée inexorablement disproportionnée et indécente par l'opinion publique alors que les dirigeants concernés justifient leur niveau de rémunération par leurs compétences, leur responsabilité et le travail qu'ils accomplissent.

L'intérêt de l'existence de ce comité dont la mission est de développer une réflexion sur la politique de rémunération des dirigeants de l'entreprise prend toute son envergure dans une optique de communication autour de ce sujet souvent tabou qui auréole cette thématique. L'indépendance des membres qui composent ce comité évite que soit jeté le discrédit sur une politique de rémunération des dirigeants qui ne serait pas juste ou en adéquation avec leurs qualités.¹³²

¹³⁰ N. Goulard, F. Collin et J.-P. Dom, *Une proposition de la pratique : les conventions de direction* : Actes pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 76, 1er juill. 2004, p. 17.

¹³¹ Ph. Merle, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit* : Bull. Joly 2009, p. 216, § 43 ; D. Mangenet, J.-Y. Martin et D. Robine *Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes* : Dr. sociétés, janv. 2010, étude 2, p. 10 ; P. Le Cannu et B. Dondéro *La consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008* : RTDF 2009, p. 187

¹³² C. Cathard, B. Saintourens et A. Lemercier, *La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions*, Actes Pratiques et Ingénierie sociétaire, n° 104, mars/avr. 2009 ; J.-J. Daigre, *Les rémunérations et avantages des dirigeants sociaux : du classique renouvelé et du nouveau revisité* : Bull. Joly 2008, p. 513

L'ordonnance n°2008-1278 du 8 décembre 2008¹³³, relative aux commissaires aux comptes, oblige les sociétés cotées à instituer au sein de leurs conseils d'administration ou de surveillance un comité d'audit ou de compte dont les fonctions sont d'émettre un avis avant la nomination des commissaires aux comptes, suivre le processus d'élaboration de l'information financière, vérifier l'efficacité des systèmes de contrôle interne, etc.

Ces comités de direction ou d'audit sont un maillon essentiel dans la chaîne de l'information et un moyen particulièrement efficace de protection de l'entreprise contre elle-même.

Dès lors que chaque personne et, notamment chaque membre du conseil d'administration, recevra une information qui sera supérieure à celle qu'il aurait pu obtenir seul et, cela d'autant plus qu'une pré analyse de cette information est faite par les comités la décision qu'il prendra lors de la délibération du conseil n'en sera que meilleure.

D'un point de vue extérieur à l'entreprise, qu'il s'agisse d'un partenaire économique ou financier ou d'un investisseur actuel ou potentiel de l'entreprise qui s'intéresse à sa structure et à son organisation, la mise en place de ce type de comité sera une information importante.

L'existence de ces comités, alors même que la substance même de l'information traitée par eux n'est pas connue des personnes extérieures est une assurance que l'entreprise mène une réflexion sur son organisation et cette application des recommandations de bonne pratique de gouvernance laisse à supposer que les décisions, les orientations économiques qu'elle prend sont le fruit d'une démarche pour laquelle des personnes indépendantes et convenablement informées ont œuvré, faisant d'elle une entreprise plus sûre et plus solide.

Chapitre 2 Evolution des réflexions sur la bonne gouvernance vers une entreprise éthique et la reconnaissance de la personne essentielle

61. - Le plus souvent les évolutions d'un système, quel qu'il soit, se font de manière descendante. Une idée germe dans l'esprit d'une ou plusieurs personnes, puis naît un courant de pensée qui développe, enrichit, parfait l'idée de départ.

Ce courant met en exergue les concepts phares, discute de la pertinence des arguments contradictoires, intègre les critiques positives et négatives puis entre dans une phase de concrétisation de l'idée en proposant des évolutions tangibles qui modifient, si elles l'intègrent, le système en question.

¹³³ JORF n°0286 du 9 décembre 2008 page 18720 reprise C.Com. Art. L.823-19

Dans le cas des bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise, les évolutions qui ont intégré le droit positif français, ont suivi servilement ce schéma.

Partant du courant de pensée américain des années 70, d'abord très vague, le système juridique français s'est approprié la problématique, tant au plan national qu'international, liée au système de gouvernance des entreprises en France.

Dès réflexions menées sur divers fronts, économiques, financiers, social, droit des sociétés, droit civil, droit comparé, droit international, etc. , ont abouti à la rédaction de plusieurs rapports (Bouton, Marini, Viénot I et II) qui ont proposé des solutions concrètes à l'évolution du système.

Le législateur s'est ensuite inspiré des propositions contenues dans ces rapports pour entamer une modification du droit positif et du système de gouvernance des entreprises françaises, Lois NRE de 2001, LSF de 2003, DDAC de 2008.¹³⁴

62. - Alors que l'intégration dans le système juridique français des fruits de ces réflexions en matière de bonne gouvernance n'était pas encore totalement faite, le renouveau d'un courant de pensée, pourtant ancien, est venue se greffer la notion d'éthique.

La distinction entre les termes d'éthique, morale et déontologie est souvent délicate à faire de part la proximité étymologique et l'usage courant qui en est fait.

La morale vient du latin *moralis* « relatif aux mœurs » alors que l'éthique est son équivalent grec (*ethikos*, moral, de *ethos*, mœurs) pourtant dans le langage courant ces deux

¹³⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) a sensiblement modifié le fonctionnement du conseil d'administration, en dissociant les fonctions exécutives et de contrôle. Elle a eu pour effet de renforcer l'indépendance des administrateurs par rapport au président. Corrélativement, elle a accru la transparence par rapport aux actionnaires, poussant ainsi les entreprises à satisfaire les exigences de rating financier et les intérêts des marchés financiers (valeur actionnariale).

L'article 225-102 du Code de Commerce demande aux entreprises cotées de communiquer sur les conséquences sociales et environnementales de leurs activités, dans le cadre de leur responsabilité sociétale. Il n'est pas prévu de sanction spécifique en cas de non application de cet article, de sorte que les entreprises ne sont pas obligées de satisfaire les intérêts des parties prenantes (valeur partenariale).

LOI n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière reprend différents points du rapport BOUTON afin d'assurer une meilleure transparence des informations financières.

L'ensemble de ces rapports et textes de lois a été publié dans un code de gouvernement à la française en octobre 2003 révisé en 2013 sur l'initiative de l'AFEP et du MEDEF.

Un renforcement s'est imposé à l'examen de la pratique de la loi NRE.

La Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire (dite « loi DDAC ») a revu la procédure d'approbation en reprenant la logique anglo-saxonne du "comply or explain".

Ainsi, lorsque la société se réfère volontairement au code professionnel AFEP MEDEF, elle précise le cas échéant pourquoi certaines dispositions ont été écartées. À défaut d'un tel code externe dont elle devra expliquer les motifs, la société devra indiquer les règles équivalentes retenues.

Parallèlement à ce renforcement législatif en application de la loi communautaire, de nouvelles recommandations AFEP MEDEF ont été adoptées en décembre 2008 pour mettre à jour le code combiné de référence pour les sociétés cotées.

Dans le prolongement des sujets révélés par les recommandations de l'Union Européenne, l'AMF a également publié une recommandation relative à l'information à donner dans les documents de référence sur les rémunérations des mandataires sociaux le 22 décembre 2008 qui sert de référence en matière de communication financière.

termes ne sont pas toujours pris comme étant des synonymes, puisque le premier a une connotation sous-jacente un peu désuète et négative, tandis que le terme d'éthique paraît souvent moderne et dans « l'air du temps ».

Ces deux termes relèvent plus de l'affirmation de principes généraux ou directeurs d'une activité quelconque là où le terme de déontologie (Emprunté à l'anglais *deontology* composé à partir du grec ancien δέον, *déon*, « ce qui convient, ce qui est convenable ») impliquera une existence concrète de règles, nées généralement dans le silence de la loi.

Les discussions relatives aux relations entre le droit et la morale ou l'éthique mettent en exergue un grand paradoxe. Tantôt le droit sera issu d'une réflexion de l'ordre de la morale, tantôt la morale sera découverte dans la règle de droit.

En 1750 avant JC, la réglementation relative aux échanges commerciaux et financiers contenue dans le Code d'Hammourabi avait l'objectif évident de moraliser, la profession de marchand.

La notion de morale et d'éthique dans la sphère économique et financière n'est donc pas vraiment une création du 20^{ème} ou du 21^{ème} siècle. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit sans nul doute d'un domaine de réflexion qui a tout son intérêt de nos jours.

63. - Chaque personne possède ses propres convictions, mais est aussi tributaire d'un certain

nombre d'engagements collectifs. Par ailleurs, les différentes facettes des activités de la vie courante sont tantôt complémentaires, tantôt contradictoires ce qui peut amener à une prise de décisions contradictoires ou incompatibles. La balance doit être faite entre l'éthique individuelle, les nécessités de l'entreprise et l'éthique collective.

L'éthique individuelle constitue une nouvelle approche essentielle dans l'entreprise moderne.

L'idée de l'entreprise éthique est née du paradoxe qui a été décrit par Jacques Généreux en disant « Jamais notre capacité à produire des richesses n'a été aussi grande et jamais notre incapacité à mettre cette prospérité au service du mieux-être de tous les hommes n'a été aussi

flagrante »¹³⁵. La déontologie existe donc déjà sous certaines formes dans l'entreprise (section 1) mais les réflexions actuelles sont centrées sur la place de l'être humain dans la société économique (section 2)

¹³⁵ J. Généreux, *Manifeste pour l'économie humaine*, Esprit, juillet 2002

Section 1 Ethique, morale et déontologie dans l'entreprise

La notion d'éthique en matière juridique n'est pas nouvelle, le droit et l'éthique possèdent un lien étroit (§1), de manière spontanée ou forcée, l'entreprise recourt à cette notion d'éthique dans sa gestion. (§2)

§1 Les liens étroits entre le droit et l'éthique

64. - Les discussions relatives aux relations entre le droit et la morale ou l'éthique sont très paradoxales dans leur approche particulièrement pour savoir laquelle de ces notions est à l'origine des autres. Tantôt le droit sera issu d'une réflexion de l'ordre de la morale, tantôt la morale sera découverte dans la règle de droit.

Un autre paramètre nécessite quelques précisions, il s'agit de savoir quelle est la personne qui doit faire preuve d'éthique.

Le processus législatif va être descendant, une règle morale est identifiée par le législateur comme nécessitant une certaine protection, il crée alors une norme juridique qui viendra protéger cette règle morale. La morale dont il est ici question doit être entendue comme un facteur indispensable à l'organisation sociale.

Les facteurs qui sont à l'origine de l'identification de cette norme morale par le législateur sont de nature différente. Bien que la règle de droit soit générale, excepté la plupart des lois pénales elle s'adresse le plus souvent à un groupe d'individus identifié : une profession, un type d'association, un secteur d'activité défini, une catégorie de personne (par exemple les consommateurs) qui ont alerté le législateur sur la règle morale qu'il faut protéger.

65. - La sphère médiatique est aussi un pourvoyeur d'identification de norme morale à défendre. Lorsqu'un événement relayé dans les médias vient à choquer l'opinion publique, le législateur, parfois dans l'urgence, édicte une norme juridique visant à protéger la norme morale découverte alors et qui a été transgressée.¹³⁶

L'urgence dans laquelle se fait alors l'édiction de la règle de droit n'est pas toujours bonne conseillère car l'identification à proprement parler de la norme morale à protéger n'est pas

¹³⁶ C. Roquilly, *De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique* : Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2009, dossier 34

faite scrupuleusement ceci entraîne une définition ou un périmètre de la norme juridique qui n'est pas en adéquation parfaite avec la règle morale elle-même.

Ces nouvelles règles morales naissent d'un nouveau comportement social, d'une nouvelle pratique professionnelle ou dérivent d'une règle existante mais dont de nouvelles possibilités de transgression ont vu le jour et se sont manifestées nécessitant une modification de sa protection.

66. - La découverte de la règle morale peut également emprunter le chemin contraire, le processus est inversé, la norme juridique a déjà été créée et la norme morale est découverte dans l'analyse de la règle de droit préexistante qui la protège. Le droit pénal reste, il va de soit, le champ de prédilection des réflexions sur les liens qui unissent le droit et l'éthique.

L'infraction pénale est le summum de la transgression de la règle morale.

Le principe de la légalité des délits et des peines, qui a été notamment développé par Cesare Beccaria au XVIII^e siècle¹³⁷, implique que lorsque cette norme morale vient intégrer le droit pénal sous la forme d'une incrimination, faisant du fait de transgresser cette norme morale une infraction, alors les faits constitutifs de l'infraction doivent être clairement décrits.¹³⁸

De cette description précise, dont il ne peut, théoriquement être fait qu'une interprétation très stricte, permet de définir *a contrario* la règle morale qui a donné lieu à cette incrimination et que le législateur a souhaité protéger.

67. - L'exemple de l'infraction d'abus de bien social¹³⁹ peut être pris, elle vise à protéger l'entreprise du comportement immoral de son gérant qui utilise les biens de la personne morale soit à son profit, soit au profit d'une autre entreprise dans laquelle il a des intérêts

¹³⁷ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, texte italien établi par Gianni Francioni, introduction, traduction et notes par Philippe Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009

¹³⁸ A. Giudicelli, *Le principe de la légalité en droit pénal français ; aspects législatifs et jurisprudentiels* : Rev. sc. crim. 2007, 509

¹³⁹ C.Com. Art. 241-3 : Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :

1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ;

2° Le fait, pour les gérants, d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux ;

3° Le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société ;

4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

directs ou indirects, et cela tout en ayant conscience que cette utilisation est contraire à l'intérêt social de l'entreprise.

Néanmoins toutes les règles pénales ne sont pas édictées dans une intention de protéger une norme morale, du moins pas directement. Les SA, les commandites par actions et, les sociétés ou organismes qui peuvent faire appel à l'épargne publique, ainsi que des fonds communs de placement, des sociétés civiles de placement immobilier et des GIE émettant des obligations ont l'obligation de désigner un commissaire au compte.

L'article L612-1 C.Com, qui prévoit cette obligation, s'applique à pratiquement toutes les sociétés (à l'exception de la SAS et des GIE qui sont régis par des règles différentes¹⁴⁰) et impose la désignation d'un commissaire aux comptes dès lors qu'à la clôture d'un exercice deux des trois seuils suivants se trouvent dépassés (C.Com. art. R. 221-5) :

- 1 550 000 euros pour le total du bilan ;
- 3 100 000 euros pour le chiffre d'affaires hors taxe ;
- 50 pour le nombre moyen de salariés.

Le non respect de cette obligation de nomination est puni par l'article L. 242-8 du Code de commerce qui prévoit une amende de 9000 euros pour le dirigeant qui se serait soustrait à cette obligation. Cette sanction prévue pour le dirigeant est plus une mesure incitant à une certaine vigilance pour le respect des diverses obligations inhérentes à sa fonction. L'incrimination n'exige aucun élément intentionnel et cette absence de désignation ne fait en soit aucune victime, pas même la personne dès lors que les règles comptables et financières sont respectées par ailleurs.

Cette infraction ne vient sanctionner aucun comportement contraire à la morale ou à l'éthique, elle a une vocation plus incitative que punitive.

68. - Cette notion d'éthique est retrouvée abondamment en droit civil particulièrement dans le terme de « bon père de famille » qui est utilisé à de maintes reprises dans le code civil entre autres pour ce qui concerne les baux, l'usufruit et les contrats.

Le bon père de famille est défini par la doctrine tel que modèle de l'homme « droit et sûr de ses actes » (F.Gény), « prudent et diligent » (A.Colin et H.Capitant), « honnête et adroit » (G.Ripert et J.Boulangier), « prudent et avisé » (H. et L. Mazeaud¹⁴¹).

¹⁴⁰ Pour la première, le décret n°2009-234 du 25 février 2009 (C.Com. art. R.227-1), pris en application de la loi de modernisation de l'économie, la présence du commissaire aux comptes n'est requise que si deux des seuils suivants sont dépassés, un million d'euros pour le total du bilan, deux millions d'euros pour le chiffre d'affaire et vingt pour le nombre moyen de salariés. Dans les GIE la désignation d'un commissaire aux comptes est imposée lorsqu'il comprend au moins cent salariés, C.Com. art. L.251-12.

¹⁴¹ H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1., 6^e éd L.G.D.J

Le bon père de famille est érigé comme une allégorie de l'éthique et de la morale, les actes qu'il commet sont incontestablement inscrits dans un périmètre prévu par des règles sibyllines morales et éthiques.

L'appréciation du comportement du « bon père de famille » reste à l'appréciation souveraine du juge qui alternativement appréciera *in concreto* et *in abstracto* si tel ou tel acte relève du comportement d'un bon père de famille ou non.

La notion de bon père de famille (ou *bonus pater familias*) est principalement retrouvée dans les branches du droit civil. Il s'agit d'un individu abstrait considéré comme la norme comportementale en fonction de laquelle se mesure le comportement d'une personne donnée pour déterminer l'existence ou la mesure d'une éventuelle faute.

Normalement prudent et diligent, attentif, soucieux des biens et/ou des intérêts qui lui sont confiés comme s'il s'agissait des siens propres, le bon père de famille est utilisé comme mètre étalon pour définir, dans un contexte donné, la norme comportementale en se rapportant à un individu de référence.

69. - Lorsque le comportement d'une personne s'est écarté de cette norme, il y a faute, celle-ci peut être simple ou lourde selon la gravité du comportement ou le degré de déviation par rapport à la norme.

Pour parvenir à une appréciation des notions d'éthique et de morale dans l'entreprise, il est indispensable de préciser les contours de la notion de bonne foi qui est un élément de passage essentiel pour concrétiser la mise en place de comportements éthiques dans l'entreprise.

70. - La notion de **bonne foi**¹⁴² dans les relations contractuelles est aussi un concept emprunt des notions d'éthique ou de morale qui est retrouvé à l'article 1134 du Code civil.

Cette notion énigmatique à laquelle le législateur n'a pas donné de définition, laissant le soin au juge d'en définir les contours, impose à chaque contractant un certain nombre d'obligations qui ont été précisées au gré de la jurisprudence.

Le Doyen Cornu en donnait la définition suivante : « la vertu propre à ce genre de notion est justement de faire naître une image qui a un retentissement de conscience, une image à conserver et à méditer dans son cœur, une image qui se propage et se perpétue dans la conscience de l'interprète »¹⁴³

¹⁴² J. Mestre, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* : RTD civ. 1986, p. 100 s. ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon 1987, préf. G. Couturier : LGDJ 1989, n° 83 s. ; *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat in Le juge et l'exécution du contrat* : PU Aix-Marseille, 1993, n° 1 ; A. Bénabent in *La bonne foi, Travaux H. Capitant* : Litec 1992, p. 291 ; R. Desgorges, *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives* : Thèse Paris II, 1992, p. 125 s.

¹⁴³ G. Cornu, *Regards sur le titre VI du livre III du Code Civil, des contrats et des obligations conventionnelles en général*, Cours DEA, Droit privé : Les cours de droit 1997, p.56

Dans l'ouvrage qu'il dirigeait consacré au vocabulaire juridique, le Doyen Cornu donne une définition de la bonne foi assez peu pédagogique mais qui permet d'appréhender la finalité de cet outil juridique dont le législateur a parsemé un certain nombre de dispositions juridiques au fil du Code Civil. La bonne foi est « l'attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi. »(G. Cornu [dir.], Vocabulaire juridique, PUF, V° Bonne foi)

71. - La bonne foi est polysémique.

La première acception de la bonne foi est proche de la théorie de l'apparence. Elle repose sur la dimension psychologique de la personne qui l'invoque. Pour cette personne l'acte, l'action, la démarche qu'elle a entreprise et qui est à l'origine d'une situation juridique nouvelle est légitime car elle avait la croyance profonde d'être dans son bon droit. Elle ignore l'existence d'un obstacle légal, elle se fie à l'apparence des choses, ce qui l'exonère d'une faute.

L'appréciation de la bonne foi prise dans ce sens est faite à posteriori.

La question se pose alors de savoir si la personne qui a créé ou s'est intégrée dans une situation juridique donnée, l'a fait en se croyant dans son droit. Toutes les apparences pouvaient laisser croire à cette personne qu'elle était légitime dans son acte. En matière d'acquisition de biens et particulièrement pour ce qui est de la prescription acquisitive, cette bonne foi va jouer un rôle déterminant.¹⁴⁴

En matière d'usucapion, dès lors que la personne peut prouver qu'elle exerce de bonne foi la possession d'un bien immeuble, bonne foi qui est prouvée par l'existence d'un juste titre, durant une période dix ans, alors il peut invoquer une prescription acquisitive abrégée, en opposition à la prescription trentenaire habituelle en matière d'usucapion.(C.Civ. art.2272)

72. - A l'inverse cette absence de bonne foi empêche le jeu de la fonction acquisitive immédiate en matière de bien meuble et le principe selon lequel « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » C.Civ. art. 2276, est écarté lorsque le possesseur initial, le *verus dominus*, a été dépossédé de manière involontaire.¹⁴⁵

La prescription acquisitive est alors différée à trois ans de possession.

¹⁴⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations* : Dalloz 2008, coll. Précis, n° 654 ; Cass. req., 23 déc. 1936 : Gaz. Pal. 1937, 1, p. 378, F. Zenati-Castaing et Th. Revet *Les biens* : PUF, coll. Droit fondamental, 3e éd. 2008

¹⁴⁵ Cass. 1re civ., 23 mars 1965 : Bull. civ. 1965, I, n° 206 ; CA Paris, 15 févr. 1961 : Gaz. Pal. 1961, 1, p. 190 ; RTD civ. 1961, p. 342, obs. H. Solus ; CA Orléans, 17 mars 1965 : JCP G 1965, II, 14186, note H. Boursigot . T.-J. Dorhout Mess, *La revendication des meubles perdus ou volés contre le possesseur de bonne foi*, Mél. R. Savatier : Dalloz 1965, p. 265 ; M. Muller, *L'acquéreur de bonne foi d'un meuble. Vers un nouvel équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé* : RTD civ. 1989, p. 697

Le terme de bonne foi n'est pas employé, mais il reste sous jacent puisque les règles concernant le remboursement du bien par le propriétaire originaire du bien est conditionné à l'existence ou non de la bonne foi de l'actuel propriétaire du bien. Si le propriétaire actuel du bien a acquis celui-ci dans des conditions qui ne pouvaient lui permettre d'avoir un doute quant à la provenance du bien « *dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles* » dit le Code civil, alors le propriétaire originaire doit rembourser le prix du bien. (C.Civ. art. 2277)

73. - En droit des biens la bonne foi reçoit une autre application lorsque un constructeur de bonne foi édifie un ouvrage ou fait des plantations sur le terrain d'autrui, ce dernier n'a d'autre choix que de les conserver et d'indemniser le constructeur soit du montant de l'augmentation de la valeur de son bien liée à cet ouvrage ou plantation soit du coût des matériaux et de la main d'œuvre estimés à la date de remboursement. (C.Civ. Art.555).

Cette même bonne foi est retrouvée aux articles 201 et 202 du Code civil, le juge peut la constater lors de l'annulation d'un mariage qui continuera à produire ses effets à l'égard du ou des époux de bonne foi.¹⁴⁶

74. - La seconde signification qui est donné au terme de bonne foi est nettement plus objective. Elle ne nécessite pas de découvrir l'état d'esprit, la volonté ou la croyance légitime de celui qui l'invoque mais elle est établie par des actes positifs. Elle n'est plus psychologique mais s'apprécie par le comportement réel, actif de celui qui se doit d'être de bonne foi.

Proche de la loyauté et de l'honnêteté cette bonne foi est principalement retrouvée dans les rapports contractuels. Les rapports contractuels oscillant en permanence entre relations antagonistes et véritable coopération, les parties au contrat qui sont alternativement débiteur et créancier d'une obligation envers l'autre, doivent en toute situation faire preuve de bonne foi, tant dans la période pré contractuelle, que dans l'exécution du contrat et la période post contractuelle.

Au gré de la jurisprudence, un grand nombre d'obligations a été découvert et a permis de cerner un peu mieux les contours de cette bonne foi, dont le législateur a fait un élément essentiel, intrinsèque voire consubstantiel du contrat mais dont il a laissé le soin au juge d'en définir les éléments juridiques.

¹⁴⁶ M. Caron, *Les conditions du mariage putatif*, thèse Lille, 1939 ; R. Gallardo, *Le rôle et les effets de la bonne foi dans l'annulation du mariage en droit comparé* : Sirey 1952, *Institution du mariage putatif en droit français, Étude historique et critique*, thèse Paris 1938

Le célèbre article 1134 du Code civil¹⁴⁷ impose dans son troisième alinéa que les conventions légalement formées soient exécutées de bonne foi.

75. - Dans un premier temps, la notion même de bonne foi était perçue comme une simple émanation de l'intention commune des parties, elle n'avait pour ainsi dire pas d'existence propre. La confrontation faite avec l'article 1156¹⁴⁸ du Code civil qui impose au juge de rechercher dans les conventions la commune intention des parties et de faire primer l'interprétation téléologique sur l'interprétation littérale de la convention laissait à penser qu'il existait dans le code civil une redondance et que cette notion de bonne foi était entendue dans la commune intention des parties.¹⁴⁹

Dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle, la bonne foi a acquis une certaine autonomie et a développé un lien très proche avec la morale et particulièrement avec l'exigence de morale qu'il est nécessaire de retrouver dans les rapports contractuels.¹⁵⁰ La bonne foi est même perçue comme un instrument dans les relations économiques internationales.¹⁵¹ Cette notion, volontairement un peu floue permet de s'adapter, d'évoluer avec une certaine souplesse au temps et aux contingences.

La jurisprudence envisage en fonction des conventions et des parties des obligations assez variées à la charge des contractants.

Les juges exigent des parties un devoir de loyauté, par exemple, l'assureur est tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en œuvre du processus d'indemnisation de son assuré et il engage sa responsabilité contractuelle en gardant « un silence malicieux » pour échapper au paiement grâce à la prescription.¹⁵²

¹⁴⁷ C.Civ. Art. 1134. Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

¹⁴⁸ C.Civ. Art. 1156 Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. »

¹⁴⁹ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, XVI, Bruylant-Pedone, nos 181 et s. dans le même sens, les articles 1156 et suivants n'étaient qu'« une paraphrase prolix et médiocrement heureuse de l'article 1134, alinéa 3 » Ch. Beudant et P.Lerebours-Pigeonnière, « Cours de droit civil français », t. VIII 2ème éd., 1936, no 307.

¹⁵⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, LGDJ, nos 157 et s. ;

Ph. le Tourneau, « *Le Droit et l'éthique* », in *Droit et technique, Mélanges à la mémoire de X. Linant de Bellefonds*, 2007, Litec, p. 291 et s.

¹⁵¹ *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe Fouchard*, 2006, Pedone, p. 185, spéc. no 16).

¹⁵² Cass. Civ. 1re, 26 nov.1996 : Bull. Civ. I, n°415

76. - Ce devoir de loyauté a été étendu à la période de l'avant contrat et des pourparlers. Cette extension est faite par les juges depuis quelques décennies¹⁵³, mais ce n'est que récemment qu'il est envisagé d'inclure cette exigence de bonne foi et de loyauté dans la période pré contractuelle.¹⁵⁴ L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dispose dans son article 1104 que « l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties ».

De ce devoir de loyauté est déclinée toute une série de devoirs qui tendent à préciser les contours de la bonne foi, devoir de confidentialité¹⁵⁵, devoir d'information, devoir de persévérance¹⁵⁶, de transparence¹⁵⁷, de fidélité¹⁵⁸, de vigilance¹⁵⁹, de coopération¹⁶⁰.

77. - La bonne foi, qui a été très longtemps méprisée, souvent ignorée, parfois mise à mal avec la reconnaissance du *bonus dolus* ou de l'obligation de vigilance qui repose sur le co-

¹⁵³ Bien que la rupture libre demeure « le principe dans le domaine des relations pré contractuelles » (CA Riom, 10 juin 1992, RJDA 1992, no 895, RTD civ. 1993. 343, obs. Mestre ; mais la responsabilité peut être engagée dès lors que les négociations ont été initiées, conduites ou rompues avec mauvaise foi (Com. 26 oct. 1993, no 91-16.593, Fontaine et SCI du Mûrier, inédit ; Com. 22 avr. 1997, no 94-18.953, RTD civ. 1997. 651, obs. Mestre ; Com. 7 avr. 1998, no 95-20.361, JCP E 1999. 579, note Schmidt-Szalewski ; Com. 26 nov. 2003, no 00-10.243 et no 00-10.949, Sté Alain Manoukian, Bull. civ. IV, no 186, D. 2004. 869, obs. Dupré-Dallemagne, JCP E 2004, no 738, note Stoffel-Munck, RTD civ. 2004. 80, obs. Mestre et Fages, RDC 2004. 257, note D. Mazeaud, CCE 2004, no 31, note Stoffel-Munck ; Com. 25 févr. 2003, no 01-12.660, inédit ; Civ. 3e, 19 févr. 2002, no 00-19.714 ; Civ. 1re, 6 janv. 1998, no 95-19.199, Bull. civ. I, no 7

¹⁵⁴ Cette obligation existe déjà dans les principes d'UNIDROIT pour les contrats du commerce international, précisant qu'en vertu de l'article 1.7, « les parties doivent, pendant toute la durée du contrat, y compris pendant les négociations, agir de bonne foi » (Principes d'UNIDROIT, p. 19 ; dans le même sens, le commentaire de M. SUCHANKOVA, Les principes Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, RD aff. int. 1997. 691)

Cette extension est également présente dans l'article 6 de l'avant-projet de code européen des contrats qui dispose ainsi que « chacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans qu'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat ne serait pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi », tandis que les Principes du droit européen du contrat prévoient en leur article 2 : 301, alinéa 1er, intitulé « Négociations contraires à la bonne foi », que « la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie ».

¹⁵⁵ A. Latreille, « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat* », LPA 7 et 8 août 2006, nos 156 et 157, la bonne loi impose de ne pas les divulguer et de ne pas les utiliser, que le contrat soit conclu ou non (V. Com. 3 juin 1986, no 84-16.971, Bull. civ. IV, no 110 ; CA Paris, 5 mai 1991, Expertises 1994. 234

¹⁵⁶ L'avocat doit suivre l'affaire jusqu'à son dénouement, et même au-delà pour analyser la décision et ses conséquences (CA Aix-en-Provence, 9 juill. 1961, D. 1961. 593) l'entrepreneur doit être présent jusqu'à la délivrance de la construction (Civ. 3e, 28 oct. 2003, no 02-17.484, RDC 2004/2,231, note Bénabent),

¹⁵⁷ CA Paris, 5 juin 1993, D. 1994. 255, note B. M. : transporteur n'ayant pas avisé l'expéditeur de la non-livraison d'un colis

¹⁵⁸ Ph. le Tourneau, « *Les contrats de concession* », 2003, Litec, nos 99 et s., 253 et s.

¹⁵⁹ Ainsi l'établissement de crédit qui a pris la précaution d'obtenir un cautionnement a l'obligation d'informer les garants de la défaillance du débiteur principal qui n'avait pas payé les primes d'assurance groupe, les mettant ainsi dans l'impossibilité de se substituer à la débitrice principale dans le paiement des primes aux fins de maintien du contrat d'assurance (Civ. 1re, 27 juin 1995, no 92-21.085, Bull. civ. I, no 281, RTD civ. 1996. 393, obs. Mestre)

¹⁶⁰ Ph. le Tourneau, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, 2003, Litec

contractant d'un contractant de mauvaise foi est maintenant la clé de voûte des relations tant contractuelles que pré et post contractuelles. Ce principe va de fait innover tout un système dans lequel seront retrouvées les relations entre entreprise, l'activité d'une entreprise sur un secteur économique donné et dans l'environnement dans lequel elle agit, les relations au sein de l'entreprise, avec les salariés, les personnes essentielles, les dirigeants, les fournisseurs, dans la conformité de la gestion de l'entreprise par ces dirigeants dans un souci d'être corrélé à l'intérêt social de celle-ci.

Ce n'est pas le terme de bonne foi qui est employé pour qualifier les différentes relations au cœur desquelles est présente l'entreprise ; il est peut être trop vague et perçu comme une sorte d'auberge espagnole dans laquelle sont retrouvées des obligations découvertes au gré de la jurisprudence, il est peut être à la fois trop juridique et peu figuratif pour les non-juristes, il est peut être connoté d'une certaine désuétude mais ce principe reste le cœur de toutes les réflexions modernes pour lesquelles même si le terme lui-même n'est pas employé, la bonne foi est inévitablement indissociable.

Pour que l'entreprise puisse réellement accéder à un niveau d'éthique qui soit convenable, cette réflexion sur la notion de bonne foi est essentielle. Elle se doit de s'interroger sur ses rapports avec les différentes personnes de son environnement pour savoir si les rapports qui sont entretenus sont basés sur un socle de bonne foi.

Et réciproquement les personnes qui interagissent avec l'entreprise doivent savoir faire preuve de bonne foi, ce qui est par exemple le cas du devoir de loyauté du salarié envers l'entreprise, mais cette approche dans les relations entre les différentes personnes qui ont des relations avec l'entreprise et l'entreprise elle-même doit permettre d'éviter un fonctionnement conflictuel.

§ 2 *L'indispensable présence de l'éthique au sein de l'entreprise*

78. - La définition de l'entreprise¹⁶¹ qui est donnée au 21^{ème} siècle est la même que celle qui aurait pu être donnée dès la naissance de l'humanité, il s'agit d' « *un regroupement de moyens humains, matériels, immatériels et financiers, combinés de manière organisée pour réaliser un dessein lucratif ou non, soit le plus souvent la fourniture de biens ou de services, à un ensemble plus ou moins ouvert de clients ou usagers, et ce, dans un environnement plus ou moins concurrentiel* ». ¹⁶²

¹⁶¹ H. Vérin, *Entrepreneurs, entreprises. Histoire d'une idée*, PUF, Paris, 1982

¹⁶² Source : Wikipedia

L'entreprise est donc formée d'un triptyque : **l'humain**, d'une manière ou d'une autre - il est l'élément moteur de l'entreprise - **l'élément économique** - qu'il s'agisse de la production, des bénéfices, de l'actif, du passif ou de tout élément évaluable en argent - et de **l'environnement** – social, géographique, concurrentiel etc.-.

L'entreprise, bien que son utilité primordiale à toute société humaine ne soit jamais contestée, est source de critique de toute part au long de l'histoire. Les éléments à l'origine des critiques ne seront pas constants, mais la notion de morale et d'éthique est toujours au sein des préoccupations.

79. - Au temps de la Grèce Antique, la volonté d'introduire une notion de morale dans le commerce apparaît dans la pensée philosophique : Platon accuse les marchands et les usuriers qui peuplent la cité de frelons et de gueux. Aristote, pour sa part, insiste sur le rôle de la richesse qui ne doit pas devenir une fin en soi.

Au temps des premiers romains, les vertus d'une vie agricole consacrée au labeur sont prônées. Les grandes religions monothéistes apportent à l'humanité un message centré sur l'autre et sur le bien collectif.

Pour le judaïsme, l'homme, inscrit dans la création divine, doit pérenniser la richesse et la transformer pour le bien de tous.

C'est la mission dévolue à Abraham après l'échec humain de Babel.

L'Islam préconise l'aumône vis à vis du plus démuné et en fait l'un des cinq piliers de la religion.

Dans la Bible, il est dit qu' « Il est plus facile à un chameau de passer par le trou d'une aiguille qu'à un riche d'entrer au royaume de Dieu. » Luc18 :25.

Saint Thomas d'Aquin précise que le riche doit donner au pauvre.¹⁶³

La circulation des flux financiers est laissée aux étrangers car le prêt et l'usure sont incompatibles avec les valeurs chrétiennes.

Le protestantisme s'émancipe de cette idée et reconnaît une réussite économique.

D'où l'appel de Colbert à l'installation de drapiers huguenots Hollandais en France.

80. - La révolution industrielle va voir naître le paternalisme, l'entreprise n'est pas uniquement un lieu de production déshumanisée, le patron a un véritable rôle patriarcal au sein de l'entreprise qu'il dirige.

Au XXème siècle l'entreprise sort du paradigme de l'entreprise ayant une dimension sociale pour ses employés et pour l'environnement géographique dans laquelle elle est implantée pour acquérir des valeurs de compétitivité, de performance et souvent elle adopte

¹⁶³ Somme théologique, II, ii, question 66, article 7. Éditions du Cerf, tome iii, p.379 - 380

une démarche presque guerrière. Ainsi Théodore Levitt, a qui est attribué l'origine du terme *globalization*, traduit par le terme *mondialisation* en français, déclarait en 1958 que « Le monde des affaires doit se considérer en état de guerre, et comme dans une bonne guerre, il doit lutter avec courage, bravoure et , par-dessus tout, pas moralement »¹⁶⁴.

Mais au bout d'une quarantaine d'années dans cette voie, l'opinion publique s'inquiète de l'apparence que donnent les entreprises de s'être totalement affranchies de toute notion morale dans leur développement. Ainsi en 1997, une entreprise telle que Nike a été contrainte de revoir sa chaîne de production. Les ballons de football que cette entreprise vendait étaient fabriqués par des enfants au Pakistan. Le scandale provoqué par cette information et l'absence de morale dont semblait faire preuve Nike ont fait prendre conscience à la sphère économique et financière que même en restant dans un cadre légal, une entreprise ne pouvait passer outre cette notion essentielle qu'est la morale ou l'éthique.¹⁶⁵

81. - Après presque trente-six siècles durant lesquels la finance, l'économie et les activités qui en découlent sont vues avec une certaine méfiance, puis le passage par une période où l'économie se développe d'une manière perçue comme étant sauvage et guerrière, les réflexions en matière d'éthique et de morale s'avèrent riches et complexes.

Dans les années 1990, un courant de pensée veut croire en une entreprise citoyenne, qui serait basée sur un modèle démocratique dans lequel chaque acteur de l'entreprise serait en quelque sorte citoyen de celle-ci et jouirait de droits fondamentaux comme la liberté et l'égalité, cette position extrémiste n'a pas fait long feu et est vite apparue comme une utopie.

82. - L'école américaine développe alors la notion d'éthique de l'entreprise.

L'omniprésence de la communication et du marketing dans l'entreprise et à l'extérieur de celle-ci amène les auteurs à développer des outils qui ne fassent pas de l'éthique de l'entreprise uniquement un moyen de créer des profits, mais qu'il s'agisse d'une finalité en soi.

L'idée de *Corporate Social Responsibility* émerge des chercheurs de l'école américaine. Très inspirée du *Contrat Social* de Jean-Jacques ROUSSEAU¹⁶⁶, cette doctrine prône un contrat implicite entre la société et l'entreprise. Les entreprises peuvent et doivent dégager des profits, la société met tout en œuvre pour cela. En contre partie l'entreprise doit être responsable.

¹⁶⁴ T. Levitt, *The Dangers of Social Responsibility*. Harvard Business Review 36 (September–October 1958) p. 41–50.

¹⁶⁵ L. Belot, *Les entreprises en quête de solutions pour tenir leurs engagements sociaux*, Le Monde du 2/06/1999

¹⁶⁶ J-J Rousseau, *Du contrat social*, 1762

Les responsabilités qui incombent à l'entreprise sont envisagées par la doctrine qui les regroupe sous le terme de *Corporate Social Performance*.¹⁶⁷

Quatre catégories de responsabilités sont dégagées, une responsabilité économique, une responsabilité juridique, une responsabilité éthique et une responsabilité discrétionnaire.

Chacune de ces responsabilités relève de trois niveaux : un niveau institutionnel, un niveau organisationnel et un niveau individuel.

L'appréciation n'est pas faite sur la valeur intrinsèque de l'activité de l'entreprise mais sur la manière dont elle exerce cette activité.

83. - La théorie la plus complète à l'heure actuelle qui traite de l'éthique de l'entreprise est celle des *Stakeholders*, des parties prenantes et qui concerne toutes les personnes, tous les groupes sociaux qui sont en relation avec l'entreprise.

L'entreprise intègre son environnement, cette théorie cherche à dépasser la théorie de l'entreprise maximisant ses profits pour prendre en compte les intérêts et les demandes de personnes et de groupes sociaux en relation avec elle. Qu'ils soient actionnaires, salariés, clients, fournisseurs, associations, Etat.

D'un point de vue stratégique l'entreprise intègre les intérêts de toutes les parties prenantes identifiées. La confiance qui se développe entre ces différentes entités économiques joue un rôle déterminant dans cette théorie.

Une relation de confiance cimentée par l'éthique lie l'entreprise et les parties prenantes.¹⁶⁸

Il est évident qu'il ne peut pas être fait totalement l'impasse sur l'activité elle-même de l'entreprise, mais des outils sont créés pour qu'il existe une certaine transparence et une lisibilité pour les tiers à l'entreprise.

84. - A la veille de l'an 2000, une Organisation Non Gouvernementale américaine, le *Concil On Economic Priorities*, devenue depuis la *Social Accountability International* crée la norme SA 8000. Cette norme, particulièrement attachée aux conditions de travail des employés est basée sur la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de l'ONU¹⁶⁹, sur la convention internationale des droits de l'enfant¹⁷⁰, sur la convention sur l'élimination de

¹⁶⁷ R Freeman, *Strategic management :a stakeholder approach* (Pitman 1984) ; Habisch, André; Jan Jonker, Martina Wegner, R. Schmidpeter (eds.) (2005). *Corporate Social Responsibility across the Europe*. Berlin, Springer

¹⁶⁸ F. Debry, *L'entreprise et l'éthique*, Gazette du Palais, 22 décembre 2001 n° 356, P. 23

¹⁶⁹ Le 10 décembre 1948, les 58 Etats Membres qui constituaient alors l'Assemblée Générale ont adopté la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à Paris au Palais de Chaillot. (Résolution 217 A (III))

¹⁷⁰ Adoptée le 20 novembre 1989 pour une entrée en vigueur le 2 septembre 1990 la Convention relative aux droits de l'enfant, aussi appelée Convention internationale des droits de l'enfant est un traité international rédigé sous l'égide de l'ONU dans le but de reconnaître et de protéger les droits spécifiques des enfants.

toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁷¹ et sur les différentes conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT). Cette norme couvre donc de nombreux domaines de la responsabilité sociétale tels que : le travail des enfants, le travail forcé, l'hygiène et la sécurité des travailleurs, les pratiques d'organisation, la discrimination, le droits des syndicats, le temps de travail, la rémunération, le système de gestion des ressources humaines.

Section 2 Vers une entreprise centrée sur la personne humaine

85. - Le professeur Sébastien Neuville dont les travaux se trouvent aux confins de la philosophie du droit et du droit de la finance, a développé presque sous la forme d'un manifeste un ensemble de réflexions visant à sensibiliser sur la nécessité pour les entreprises de faire preuve d'éthique.¹⁷²

Le terme d'éthique regroupe divers domaines relativement éclectiques, mais il s'agit ici de s'intéresser à l'éthique centrée sur la personne humaine et la démonstration que les choix faits par une entreprise ne peuvent être décorrelés de la personne humaine.

86. - La problématique liée à la concrétisation d'une notion éthique pour une entreprise est la perception de l'apport pour l'entreprise confrontée à la contrainte de la mise en place de ce nouveau comportement. L'éthique environnementale est un exemple probant de ce rapport bénéfice/investissement qui doit être profitable à l'entreprise.

Dès la fin des années 1960, l'impact négatif de l'activité des entreprises sur l'environnement (pollution, modification de la biodiversité, extinction d'espèce animale, etc.) particulièrement de l'industrie est connu de tous. De nombreuses normes interviennent, que se soit au niveau international, européen ou national visant à encadrer et à diminuer les répercussions néfastes des entreprises sur l'environnement.

Très longtemps ces normes sont ressenties par les entreprises comme une contrainte désastreuse sur leurs activités et, outre le choix que font certaines de se mettre hors la loi pour éviter un surcoût et une baisse de profit engendrés par ces normes, nombreuses sont les entreprises qui se contentent du minimum légal.

¹⁷¹ La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, elle est entrée en vigueur en tant que traité international le 3 septembre 1981 après avoir été ratifiée par 20 pays. Dix ans après son adoption en 1989, c'est presque une centaine de pays qui se sont engagés à respecter ses clauses.

¹⁷² S. Neuville, *Marché et Justice*, in Les défis actuels du droit financier, Joly Pratique des affaires, 2010

87. - Dans les années 2000, cette prise en compte de l'éthique environnementale par les entreprises s'avère être un argument marketing particulièrement efficace ; le bénéfice retiré par le développement d'outils spécifiques ou de modification de l'activité sont largement compensés par l'image positive dont l'entreprise va jouir.

Cette mode du « *green washing* »¹⁷³, au-delà du concept commercial poussé à l'extrême, traduit la plupart du temps la prise de conscience par les entreprises de la véritable nécessité de modifier leur comportement d'un point de vue environnemental et cette démarche lui est profitable. En ce qui concerne l'intégration dans le fonctionnement de l'entreprise de l'éthique en rapport avec la personne humaine, le processus est plus laborieux, les contraintes légales prennent souvent le pas sur la spontanéité.

88. - Depuis le début des années 2000, la doctrine a véritablement développé un concept qui tend à prendre en compte les autres personnes. L'entreprise est communément regardée à travers le prisme du profit. De cette approche découle une vision assez dichotomique de l'entreprise où les dirigeants n'ont comme seule préoccupation que de faire faire des profits aux actionnaires. La masse de ces actionnaires est désignée par le vocable de « *shareholders* » issu des théories anglo-saxonnes.

L'entreprise est donc perçue, de manière un peu galvaudée, avec d'un côté les *shareholders*, qui occupent un rôle très passif, tandis que de l'autre côté les dirigeants ont pour objectif primordial de faire prospérer financièrement l'entreprise pour dégager des bénéfices qui seront reversés aux actionnaires.

Cette approche de l'entreprise est à l'évidence très caricaturale, mais très habituelle du point de vue des *shareholders* qui ont tout leur intérêt dans cette conception de l'entreprise.

La représentation exclusivement centrée sur le versement de dividendes aux actionnaires est remise en cause pour prendre en compte un environnement considérablement plus élargi d'éléments qui interagissent avec l'entreprise.

89. - Dit autrement, il s'agit de savoir dans quelle mesure l'entreprise doit tenir compte des répercussions de son activité sur les tiers ? Et réciproquement, quels seront les effets de l'action des tiers sur l'activité de l'entreprise ?

¹⁷³ G. Jazotte, *Allégation environnementales : comment lutter contre le « green washing »*, Note sous arrêt de la Cour de cassation, Cass. Crim, 6 oct. 2009, n°08-87.757 Le « green washing » ou écoblanchiment contraction des mots green (qui signifie vert) et whitewash (blanchir à la chaux, dissimuler) ou brainwashing (« lavage de cerveau »). Le *Grand dictionnaire terminologique* propose également les traductions françaises « blanchiment vert » et « mascarade écologique ». Le verbe *greenwash* apparaît en 1989 puis est substantivé en *greenwashing* en 1991, Le terme est largement repris dans les années 2006-2007 avec l'accroissement du phénomène lui-même. L'écoblanchiment est l'acte de transmettre au public des informations qui sont – dans le fond et dans leur forme – une présentation déformée des faits et de la vérité, dans le but d'apparaître socialement et/ou environnementalement responsable aux yeux d'un public ciblé. C'est un système de communication vaste et complexe destiné à faire passer une « mauvaise » donnée ou information pour une « bonne ».

Cette question est à l'origine de la théorie des « *stakeholders* » qui a point dans les années 1980¹⁷⁴ mais qui a véritablement pris son essor dans les années 2000¹⁷⁵ avec l'émergence des courants de pensée en lien avec l'éthique sociétale et environnementale de l'entreprise.

Le terme de « *stakeholders* » peut être traduit par les « parties prenantes », la perception de l'entreprise ne doit plus être centrée sur les actionnaires, mais être élargie à toutes les interactions dont elle est à l'origine.

Le terme de « parties prenantes » n'est pas très éloquent ainsi, à l'instar d'Yves Guyon dans le Répertoire Sociétés Dalloz, (*Voir* « *Corporate Governance* »), il convient de garder l'emploi du terme anglo-saxon de *stakeholders*.

L'AFNOR les définit comme tout « individu ou groupe pouvant affecter ou être affecté, directement ou indirectement, dans le court terme comme dans le long terme, par les stratégies, les actions, les messages (et leurs conséquences) que l'entreprise met en œuvre pour atteindre ses objectifs »¹⁷⁶

90. - Cette théorie a développé la classification des différentes catégories de *stakeholders* dont l'entreprise doit tenir compte étant donné que l'activité de cette dernière est susceptible d'entraîner des conséquences à divers niveaux pour ces personnes.

¹⁷⁴ E.R. Freeman, *Strategic Management, a Stakeholder Approach*, 1984 ; E.R. Freeman et D.L. Reed, *The Corporation and its Stakeholders : Classic and Contemporary Readings*, ed. M.B.E. Clarkson, Univ. of Toronto Press, 1998 ; M. Capron et F. Quairel-Lanoizelée, *Stockholders and Stakeholders : A New Perspective on Corporate Governance*, Cal. Man.: Rev., spring, 1983, vol. 25, n° 3, p. 88 ;

¹⁷⁵ M.Capron, F.Quairel-Lanoizelee, *Mythes et réalités de l'entreprise responsable. Acteurs. Enjeux. Stratégie*, La Découverte, 2007. ; T. Wiedemann-Goiran, F. Perier, F. Lépineux, *Développement durable et gouvernement d'entreprise : un dialogue prometteur*, ed. d'organisation, 2003 ; W.B. Werther et D. Chandler, *Strategic corporate social responsibility, Stakeholders in a Global Environment* : Sage, Miami, 2006 ; A.L. Friedman & S. Miles, *Stakeholders, Theory and practice*, Oxford univ. press., 2006.

¹⁷⁶ L'intérêt croissant des différents acteurs socio-économiques pour la responsabilité sociétale et le développement durable a motivé la création en 2000, au sein d'AFNOR, d'un groupe de travail « Entreprises et développement durable » visant à concevoir des outils volontaires pouvant favoriser l'application et l'intégration des principes de développement durable aux entreprises.

Résultat du travail du groupe, un premier document a été publié en mai 2003 : le guide AFNOR SD 21000 « Développement durable – Responsabilité sociétale des entreprises – Guide pour la prise en compte des enjeux du développement durable dans la stratégie et le management de l'entreprise » (FD X30-021).

Ce guide s'adresse aux responsables et décideurs d'entreprises, grandes ou petites, publiques ou privées, de tout secteur d'activités, ayant un champ d'action en France et/ou à l'étranger.

Il s'agit d'un guide méthodologique qui se décompose en deux parties :

- la première partie apporte une aide à la réflexion initiale, lors de l'élaboration de la stratégie de l'entreprise,

- la deuxième partie porte sur la mise en œuvre de la démarche et vise à aider l'entreprise à fixer ses objectifs. Elle apporte aussi des éléments plus opérationnels à intégrer dans le management et la mise en œuvre des moyens de l'entreprise pour atteindre ses objectifs.

Le guide SD 21000 définit les bases des enjeux significatifs à prendre en compte. Pour chacune des entreprises, ces enjeux sont différents et varient en fonction de leurs activités, de leurs situations géographiques, et des acteurs socio-économiques qui gravitent autour d'elles.

Déjà expérimenté auprès d'une centaine de PME nationales, le guide SD 21000 représente aujourd'hui la contribution française pour l'élaboration de la future norme internationale ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises.

Pour chacune des catégories de stakeholder et à chaque décision de gestion, l'entreprise doit envisager quelle composante, quel aspect, quelle facette du stakeholder va être impacté.

Cette démarche peut paraître contraignante mais, dans une approche d'éthique sociétale et environnementale, elle est indispensable. L'entreprise sort d'une attitude de rentabilité exclusive et immédiate pour cheminer vers un même résultat en prenant des décisions qui ne sont pas instantanément gratifiantes mais qui s'avèrent plus profitable à un plus long terme. Ce n'est pas un simple concept philosophique qu'il convient de voir dans ces principes de responsabilité sociale des entreprises et, loin d'être relégués à une simple affirmation de grands principes théoriques, l'absence de prise en considération des stakeholders est une position qui ignorerait que « l'éthique des affaires n'a jamais été refoulée dans l'infra-juridique et a toujours été largement prise en compte par le droit ». ¹⁷⁷

91. - Il existe plusieurs niveaux de réflexion pour appréhender de manière pertinente l'implication de la théorie des Stakeholders d'un point de vue juridique pour l'entreprise.

- Le premier niveau concerne le rapport juridique qui est entretenu entre l'entreprise et chacune des catégories de Stakeholders.
- Le deuxième niveau concerne le « risque éthique » qui dérive de la considération que l'entreprise a pour les diverses catégories de Stakeholders et surtout des conséquences de la médiatisation du défaut d'égard qu'aurait l'entreprise pour une ou plusieurs catégories de Stakeholders.
- Le dernier niveau intègre les différents rapports de protection de l'entreprise face aux risques qui pèsent sur elle-même et également sur certaines catégories de Stakeholders mais dont la réalisation du risque se répercutera sur l'entreprise de manière importante.

L'identification des différentes catégories de Stakeholders est une étape indispensable pour distinguer les intérêts de chaque catégorie et pour hiérarchiser ou pour le moins prioriser les intérêts parfois divergents.

92. - Une liste des différentes catégories peut être dressée. Cette liste qui n'est pas exhaustive doit être intégrée dans l'esprit des décisionnaires pour qu'elle puisse orienter ou pour le moins guider leurs choix dans le processus de décision.

¹⁷⁷ B. Oppetit, « *Éthique et droit des affaires* », in Mélanges A. Colomer, Litec 1993, p. 319

Les associés sont incontestablement la première pierre de l'édifice et la catégorie qui est souvent privilégiée. Il convient néanmoins de distinguer les associés majoritaires qui exercent le véritable contrôle de la société et les associés minoritaires qui, bien que se pliant à la règle de la majorité, conservent un certain niveau de protection de leurs intérêts.

Les dirigeants constituent une catégorie très singulière puisque à la fois rattachés à la catégorie des salariés et à celle des associés, ils ont entre leurs mains le pouvoir de considérer les intérêts tant de la société que de tous les *Stakeholders*.

Les salariés sont liés à l'entreprise par un contrat de travail. La réciprocité du rapport d'influence entre les salariés et l'entreprise est très forte. L'activité de chaque salarié a un effet sur l'entreprise. Parfois la pérennité de l'entreprise reposera même sur l'activité d'un seul de ses salariés. En retour, la manière dont l'entreprise intègre les intérêts de ce *Stakeholder* a des conséquences importantes puisque chaque salarié est, de part son contrat de travail, lié de manière individuelle à l'entreprise. Cependant le droit social donne une dimension très collective dans les rapports salariés/entreprise.¹⁷⁸

Les créanciers qui sont composés d'une part par les investisseurs et d'autre part par les fournisseurs de crédit.

La première catégorie est très intéressée par la gestion même de l'entreprise puisque ses profits sont directement liés aux bons résultats de l'entreprise. La place qui leur est faite dans le processus de prise de décision et l'organisation de l'entreprise est en général assez importante au vu du rapport de dépendance qui existe pour l'entreprise envers ces acteurs économiques.

L'autre catégorie, les fournisseurs de crédits, a un rapport plus distant avec l'entreprise, si ce n'est la relation de confiance qui doit exister pour motiver leur intervention ; le droit des procédures collectives leur confère une certaine protection juridique.

Les clients constituent la catégorie primordiale pour l'entreprise. Sans les clients, l'entreprise ne peut réaliser son objet social.

De prime abord, cette catégorie pourrait sembler n'être intéressée que par la prestation qu'elle attend de l'entreprise avec laquelle elle contracte et être totalement indifférente tant aux résultats qu'à l'organisation proprement dite de l'entreprise. En réalité cela est de

¹⁷⁸ B. Teyssié, « *L'entreprise et le droit du travail* » : Arch. Philo. dr., n° 41, 1997, p. 355

moins en moins vrai et l'image que renvoie l'entreprise est particulièrement déterminante dans le choix du client.

Une entreprise qui méprise toute notion d'éthique sociale et environnementale a toutes les chances d'être mise à distance par les clients, lorsque cela reste possible... Ce regard porté par les clients vis-à-vis de l'organisation de l'entreprise est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de marchés publics. Un décideur politique ne peut décemment pas se risquer à choisir une entreprise lors d'un appel d'offre qui ne répond pas à une certaine exigence éthique ce qui aurait des répercussions sur son image auprès de ses administrés.

L'**Etat** avec les **collectivités locales** entre en interaction avec l'entreprise, que se soit pour l'édiction de règles en matière de fiscalité, d'emploi ou de normes diverses qui ont des conséquences directes ou non sur la gestion, l'implantation et plus généralement la vie de l'entreprise.

Pour certaines collectivités locales, les relations qui sont développées avec une entreprise sont absolument vitales. Cette hypothèse est souvent retrouvée lorsque se trouvent en présence une entreprise d'une taille particulièrement importante, que se soit par le nombre d'employés ou l'activité qu'elle génère dans une région donnée et une collectivité locale de taille moindre dont le développement et l'organisation sont intimement liés à cette entreprise.

Il peut s'agir du cas d'une petite commune de montagne sur laquelle une entreprise gère une station de ski. Outre le nombre d'administrés qui sont employés par la dite entreprise, la gestion de la commune s'organise principalement autour de l'activité de l'entreprise (développement du tourisme, incitation à la création de certains commerces etc.)

Cette situation se retrouve très souvent dans l'actualité sociale, lorsqu'une entreprise implantée dans une région peu prospère et dont l'activité économique repose en grande partie sur cette entreprise décide de fermer une usine ou de délocaliser, la région entière se trouve déstabilisée. Récemment, grand nombre d'affaires ont défrayé la chronique : la fermeture de l'usine Continental de Clairoix, la fermeture de l'usine PSA à Aulanay ou encore l'usine Arcelormittal à Gandrange.¹⁷⁹

93. - L'intégration de l'entreprise dans un **groupe de sociétés** impose la nécessité de considérer les autres entreprises (sociétés mères, filles, sœurs...).

¹⁷⁹ A. Leclerc : « Bosch, Continental, Goodyear et autres histoires de chantage à l'emploi », Le Monde du 31.01.2013

La notion de groupe n'en n'est juridiquement qu'aux balbutiements.¹⁸⁰ Le législateur français ne nie pas l'existence des groupes de sociétés, mais il se contente de donner quelques dispositions éparses sans véritable unité.¹⁸¹

Certaines de ces règles légales concernent le droit comptable et les obligations de consolidations des comptes, la nomination d'un comité de groupe¹⁸² mais le groupe n'a pas la personnalité juridique, ce que ne manque pas de rappeler la jurisprudence¹⁸³

Régulièrement des projets d'unification et de réglementation du groupe de société sont envisagés. En général, ces projets s'inspirent très largement du modèle allemand qui prend en compte les groupes de sociétés et un groupe de société existe dès lors qu'une entreprise est subordonnée à une autre.

94. - Deux possibilités existent, soit un contrat est établi entre la société dominante et la société dominée (*Organschaft*). La société dominante peut imposer des directives à la société subordonnée considérant qu'il s'agit de l'intérêt du groupe ; en contre partie, la société do-

¹⁸⁰ C. d'Hoir-Laupretre, *La notion de groupes de sociétés en droit français*, Thèse Lyon III, 1988, M. Pariente, *Nouvelle approche comptable, juridique et sociale de la notion de groupe de sociétés*, Thèse Paris I, 1989, P. Bezard, *Les groupes de sociétés, évolution récente et perspectives* : Cah. dr. entr. 1990/1, p. 15, M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe* : LGDJ, 2005, 8e éd ; C. Hannoun, *Le droit des groupes de sociétés* : LGDJ, 1991 ; P.-H. Antonmattéi, *Conventions et accords collectifs de groupe : nouvelles interrogations* : Semaine soc. Lamy, 2006, n° 1263, p. 35 ; S. Béal, *Mise en place d'un comité de groupe*, JCP S 2008, 1163 ; S. Béal et A. Ferreira *L'incompatibilité entre les notions de groupe et d'UES* : JCP E 2006, 1631 ; D. Boulmier, *Groupe réel et groupe virtuel*, Dr. soc. 1998, p. 44 ; G. Freyria, *La conception sociale du groupe d'entreprises*, Mélanges Savatier : PUF, 1992, p. 209 ; I. Grinsnir, *Groupe et entreprise*, Dr. ouvrier 1986, p. 171 ; C. Hillig-Poudevigne et G. Louvel, *La notion de groupe à l'épreuve du droit social* : JCP E 2005, 1393 ; P. Rémy, *Le groupe l'entreprise et l'établissement (droit comparé)*, Dr. soc. 2001, p. 505

¹⁸¹ La définition du contrôle d'une société par une autre que donne le Législateur est retrouvé à l'article L233-3 du code de commerce :

I. - Une société est considérée, [...], comme en contrôlant une autre :

1° 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 ;

2° 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 ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° 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.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle 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.

III. - Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

¹⁸² Art. L.2331-1, II Code du Travail

¹⁸³ Cass.Com., 2 avr. 1996 : RJDA 1996, p.756 concernant un groupe de société qui n'ayant pas la personnalité juridique, n'a pas la capacité pour conclure une convention de compte courant.

En droit social, Cass.Soc., 15 févr. 2006, n°447 FS-PBRI : RJDA 1/07, n°51, L'annulation d'un licenciement pour motif économique n'entraîne pas une obligation de réintégration qui s'étendrait au groupe entier.

En droit pénal, particulièrement pour ce qui concerne les abus de biens sociaux et les transferts de fonds qui se font entre les sociétés détenues par une même personne, v. Boursier, *Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux* : Rev. Sociétés 2005, p.273 et s.

minante doit compenser le déficit de la société dominée. Soit il n'existe pas de contrat dans le groupe de société et la société mère ne peut pas imposer de décision contraire à l'intérêt de la société fille.

Au niveau européen des projets d'unification des groupes de sociétés voient aussi le jour principalement dans l'avant projet de la neuvième directive.¹⁸⁴

Les marchés, ces structures plus ou moins organisées regroupent divers acteurs économiques qui ont pour point commun de s'intéresser à la gestion et aux résultats économiques, non seulement des sociétés faisant appel public à l'épargne mais également aux entreprises qui contractent ou ont une certaine influence sur ces entreprises valorisées sur un marché financier et soumises aux fluctuations de celui-ci.

De plus au sein de ces marchés financiers les entreprises évoluent dans un environnement concurrentiel à chaque entreprise a un intérêt tout particulier à connaître les choix en matière de gestion et de finance de ses concurrents.

Les Associations et Organisations Non Gouvernementales sont des acteurs qu'il ne faut pas négliger. Leurs fonctions sont la plupart du temps de défendre des causes qui peuvent paraître antagonistes aux intérêts de l'entreprise.

Cela s'est souvent vérifié dans des événements qui sont analysés sur une période relativement courte. L'action de ces Associations et autres Organisations Non Gouvernementales va engendrer et initier une réflexion sur un plus long terme, elle permettra d'assainir un secteur d'activité ou de supprimer une pratique critiquable et *in fine* renforcer la confiance et mécaniquement un retour des investissements.

Les associations de consommateurs sont en première ligne de cette catégorie de *stakeholders*.

Leur grande force réside dans leur pouvoir de médiatisation de la cause qu'elles défendent. Lorsque ces associations soulèvent un problème, que ce soit un problème lié à un risque sanitaire en rapport avec l'usage ou la consommation de tel ou tel produit ou la dénonciation d'une pratique commerciale douteuse, l'impact de ce type d'antagonisme voire d'hostilité face à un secteur d'activité est susceptible d'être très largement médiatisé et d'avoir des

¹⁸⁴ V. Texte du projet de proposition d'une neuvième directive fondée sur l'article 54 – 3 sous g du traité CEE relative aux liens entre entreprises et en particulier aux groupes, *mode de rapprochement structurel des entreprises*, C.D.V.A, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 221 et 249 et s.v. également R.Rodiere, *Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission des Communautés européennes concernant les groupes de sociétés*, D., 1977, p.137 et s.

conséquences catastrophiques sur un secteur économique donné ou une entreprise directement visée par la question.¹⁸⁵

Les Organisations Non Gouvernementales ont deux champs d'actions privilégiés : les conditions de travail des employés et l'impact environnemental de l'activité des entreprises.

De la même manière la médiatisation du comportement déviant d'une entreprise dans l'un de ces domaines peut avoir des conséquences désastreuses¹⁸⁶.

95. - Il convient de distinguer d'un côté les parties prenantes internes à l'entreprise et celles qui sont externes.

Il relève de l'évidence que les parties prenantes internes à l'entreprise sont identifiées plus facilement par les décideurs et cela d'autant que ces catégories ont généralement une instance représentative au sein de l'entreprise ou un droit à la parole.

Les salariés par le biais des syndicats ou des délégués du personnel et les actionnaires ont un pouvoir politique attaché à leurs actions ou parts sociales. Lors du processus décisionnel ou à posteriori, l'entreprise aura, *de facto*, connaissance des conséquences de son action vis-à-vis de ces catégories de *stackholders*.

Cela étant, en interne, d'autres catégories de parties prenantes sont soit mal identifiées, soit identifiées mais pas prises en compte de manière pertinente.

96. - Les parties prenantes externes à l'entreprise sont très inégalement identifiées et prises en compte dans le processus décisionnel. Dans certains cas, ce n'est que rétrospectivement que l'entreprise constate la nécessité d'intégrer l'une ou l'autre des *stackholders* externe à l'entreprise.

Ce peut être le cas par exemple lors de la négociation d'un contrat avec un fournisseur. L'entreprise a tout intérêt à obtenir de ce dernier le meilleur prix possible. Le fournisseur en question peut avoir vis-à-vis de cette entreprise une certaine dépendance économique qui ne le met pas en position de force lors de la négociation du prix des produits fournis et est contraint d'accepter les propositions imposées par son client. Mais, sur un moyen terme, ce fournisseur court le risque de ne plus être économiquement viable et de déposer le bilan.

¹⁸⁵ C.Ducouloux-Favard, *Les déviances de la gestion de nos grandes entreprises*, D. 1996, chron., p.19

¹⁸⁶ Les conditions de travail des employés de la société Total avaient été dénoncées dans les années 2010 par l'ONG EarthRights Internationale qui accusé le groupe pétrolier de fermer les yeux sur le travail forcé, les assassinats et les expropriations des populations et des travailleurs sur les sites que la société exploite en Birmanie. En réponse, le groupe pétrolier a été contraint de développer un programme socio-économique à destination des populations locales et à communiquer très largement sur le sujet.

L'entreprise est alors obligée de trouver un nouveau fournisseur et dans l'hypothèse où il s'agit d'un produit très spécifique, d'autres fournisseurs n'existent pas de manière certaine, ce qui est susceptible de mettre à mal l'entreprise.

97. - Cette distinction *stackholders* internes et externes n'est absolument pas imperméable, certaines personnes peuvent être classifiées dans plusieurs catégories, c'est le cas par exemple du salarié-actionnaire, de l'actionnaire militant écologique ... et donc parfois des personnes qui sont elles-mêmes porteuses d'intérêts antagonistes.

La prise en compte de toutes les parties prenantes par l'entreprise devient alors un véritable jeu d'équilibristes.

TITRE 2 DE LA PERSONNE ESSENTIELLE A ASSURER A L'INTER- ET D'ASSURANCE

98. - Toutes les réflexions concernant les évolutions de l'entreprise, en cours ou à venir, convergent vers une même idée, celle de centrer la gestion de l'entreprise vers la personne humaine.

S'il est un domaine juridique qui par nature s'adapte rapidement aux évolutions sociétales, c'est bien le droit des assurances. Ce mouvement permanent d'adaptation aux nouvelles situations juridiques est l'essence même de cette discipline, que l'on accuse parfois même de provoquer son utilité.

La prise en compte nécessaire par le phénomène assurantiel des personnes particulièrement essentielles à l'entreprise intéresse cette étude. Elle n'a pas uniquement comme origine l'aversion générale au risque qui se montre de plus en plus forte dans notre société¹⁸⁷, mais elle répond à une véritable nécessité, dans un contexte économique épineux, de renforcer la base de la structure que représente ces personnes afin de parvenir à reconstruire les fondations d'un système économique plus sain.

Les personnes essentielles à l'entreprise jouent aussi bien un rôle au sein de celle-ci en occupant une fonction plus ou moins importante dans son organigramme mais il existe également des personnes qui, en périphérie de l'entreprise, lui sont tout autant importantes (chapitre 1). Ce sont toutes ces personnes qu'il faut protéger, pour elles-mêmes, mais également pour l'entreprise. Le recours à la spécificité de technique assurantielle est indispensable. (chapitre 2)

¹⁸⁷ C. Pecnard, *Libre propos sur le principe de responsabilité*, Petites affiches 14 octobre 2004, N° 206, p.3 « Notre société déteste le risque, mais elle recherche activement les responsables. C'est même un devoir impérieux que se sont fixé les démocraties modernes ; pas nécessairement des coupables d'ailleurs, qui eux sont moralement responsables. Non, juste des responsables pour indemniser. Il doit toujours se trouver quelqu'un à désigner pour payer l'addition. Car, sous le double effet de l'objectivation de la responsabilité (notamment par la multiplication des régimes de responsabilité sans faute) et de la socialisation de l'indemnisation (assurance, sécurité sociale), le concept de responsabilité a subi de profondes mutations ces dernières années. Plus on croit responsabiliser en identifiant sans cesse de nouveaux responsables – ceux qui indemniseront au bout du compte, mais sans assumer pour autant une véritable responsabilité morale – plus, en fait, on déresponsabilise. Peut-être faut-il voir dans ce processus une forme policée et moderne de désignation du bouc émissaire des sociétés archaïques ? »

Chapitre 1 La personne essentielle dans l'entreprise

99. - Les différentes théories qui développent et qui traitent des *Stackholders*, des parties prenantes envisagent celles-ci de manière descendante.

Elles sont décrites en plaçant l'entreprise à l'épicentre du phénomène : lorsque qu'elle prend une décision, celle-ci a un impact sur l'une ou l'autre des catégories de *Stackholders*. Les conséquences de cette décision sont positives ou négatives, mais quelles qu'elles soient la théorie des *Stackholders* incite l'entreprise à en tenir compte.

L'idée directrice de cette représentation est que l'entreprise doit avoir conscience de la place centrale qu'elle occupe dans ce schéma.

La notion de RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises) plane en permanence, ou pour le moins doit être ancrée dans la tête du décisionnaire, qui à chaque instant du processus décisionnel, doit envisager les conséquences pour les différentes catégories de *Stackholders*.

Le lien qui est développé entre l'entreprise et les parties prenantes est donc principalement vu de manière descendante et plutôt unilatérale puisque la décision vient du sommet de l'entreprise et a des effets en aval sur les *Stackholders*.

Ces théories n'ignorent pas complètement que la prise en compte des *Stackholders* s'inscrit dans une idée de cercle vertueux. Il est évident que sur un plus ou moins long terme l'entreprise a un intérêt tout particulier à ce que les liens avec les différentes *Stackholders* conservent une certaine solidité.

A l'inverse, ces théories ne mesurent pas toujours le caractère essentiel que peuvent avoir certaines *Stackholders* pour la survie de l'entreprise.

100. - L'entreprise reconnaît pour certaines de ces personnes le caractère essentiel à la pérennité ou à la bonne santé de l'entreprise. Cette reconnaissance est facilitée par les conséquences directes que leur absence peut avoir dans la vie de l'entreprise.

A l'inverse d'autres catégories de personnes sont ignorées ou négligées par l'entreprise et ce n'est que lorsqu'un sinistre se produit que l'entreprise discerne l'importance du rôle de cette personne dans la stabilité de l'entreprise.

Ces personnes sont essentielles à l'entreprise pour leur savoir-faire, les connaissances spécifiques qu'elles ont de l'entreprise, leur image qui est associée à celle de l'entreprise, le travail ou l'activité qu'elles développent en dehors de l'entreprise, etc.

Il est pertinent de s'appesantir dans un premier temps sur la notion même de savoir-faire qui est relativement floue en droit français, le législateur ne semblant pas y attacher une grande importance mais la jurisprudence est, elle, assez souvent confrontée à cette notion qui s'avère indispensable et dont plusieurs auteurs de la doctrine ont essayé d'en dessiner les contours. (Section 1)

Dans un second temps l'étude portera sur une analyse des personnes qui sont titulaire de ce savoir-faire dans l'entreprise.(Section 2)

Section 1: La notion de savoir-faire

101. - La notion de savoir-faire ne fait pas l'objet d'une définition faisant l'objet d'un consensus absolu, aucune définition n'arrive à prendre en compte toutes les facettes de cette notion. (1) Malgré ce flou relatif, certains vecteurs juridiques donnent la possibilité de protéger la « propriété » du savoir-faire.(2)

§1 La délicate reconnaissance de la notion de savoir-faire

102. - D'autres personnes vont avoir la connaissance d'une technique spécifique ou d'un savoir-faire qui est indispensable à la pérennité de l'entreprise ou pour le moins à sa bonne marche.

La notion de savoir-faire connaît un essor assez timide en France.

Ce terme de savoir-faire est en réalité emprunté au vocable américain de la propriété industrielle (qui serait apparu en 1916) qui emploie le terme de « know how to do it » qui est devenu dans le langage plus usuel « know how »¹⁸⁸.

Cette notion a été découverte en France dans un arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation en 1931¹⁸⁹, la Haute Cour emploie alors le terme de secret de fabrication.

La notion de secret sera finalement souvent intimement liée à cette notion de savoir-faire dont la dénomination est employée pour la première fois par la Cour d'Appel de Douai en 1967.¹⁹⁰

¹⁸⁸ J. M. Mousseron, *Aspects juridiques du know how*, Cah. dr.entr. no 1, 1972, p. 1, spéc. p. 2

¹⁸⁹ Cass. Crim. 30 déc. 1931, Gaz. Pal. 1936. 1. 333

¹⁹⁰ Douai du 16 mars 1967, D.1967 J p.637, note R.Plaisant

Le législateur français se contente de faire figurer dans la loi ce principe à une seule reprise dans le code de la propriété intellectuelle de 1992, où un unique texte¹⁹¹ est consacré au secret de fabrication, qui plus est, se contente de reproduire les dispositions de l'article L. 1227-1 (ancien art. L.152-7) du code du travail édictant les sanctions pénales de sa violation.

103. - L'Accord sur l'ADPIC¹⁹² sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce qui annexé à l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 qui a créé l'Organisation mondiale du commerce (OMC) s'impose au législateur français. Dans son article 39, texte relatif à « La protection des renseignements non divulgués » est très inspiré de la pensée américaine dans ce domaine¹⁹³.

Les règles de l'ADPIC forment un socle de protection minimale, c'est à dire que l'Accord impose aux membres signataires d'assurer « une protection effective contre la concurrence déloyale », mais un État peut accorder au savoir-faire une protection plus large, pourvu qu'il n'y ait pas de discrimination à l'encontre des entreprises étrangères, en raison du principe du traitement national (ADPIC, art. 3.1o).

Le savoir-faire, comme en France, n'a pas nécessairement à être intégré dans le domaine de la propriété industrielle, la CJCE interrogée sur l'interprétation de l'ADPIC a considéré qu'il appartenait « aux parties contractantes, dans le cadre de leurs propres systèmes juridiques, le soin de préciser si le droit d'agir en justice en vertu des dispositions générales du droit national relatives à un acte illicite, en particulier en matière de concurrence déloyale [...], est à qualifier de "droit de propriété intellectuelle" ». ¹⁹⁴

Les termes lapidaires employés par l'ADPIC et qui se réfèrent aux « renseignements non divulgués », visent les savoir-faire techniques et commerciaux qui ne sont pas protégés par un texte spécifique du droit de la propriété intellectuelle tels que les brevets, dessins et modèles, droit d'auteur.

Les secrets de fabrication et autres secrets d'affaires sont donc introduits pour la première fois dans une convention internationale et multilatérale de la propriété intellectuelle¹⁹⁵.

¹⁹¹ Art. L.621-1 C.P.I « Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit : " Art.L. 1227-1-" Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal. " »

¹⁹² ADPIC = Accord sur les aspect des Droit de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, en anglais : Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS

¹⁹³ F. Dessemontet, *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du professeur Charles-André Junod, 1997, Faculté de droit de Genève, p. 7

¹⁹⁴ CJCE 14 déc. 2000, aff. C-300/98 et C-392/98, parfums Christian Dior e.a., Rec. I. 11307, CCE 2001, comm. 96, note C. Caron, PIBD 2001. 727. III. 469

¹⁹⁵ T. Cottier, "The Prospects for Intellectual Property in GATT", CMLR 1991.p.408

104. - Une première approche avait été faite dans un texte international bien auparavant, dans la Convention d'union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle¹⁹⁶ particulièrement dans son article 10 bis. En réalité ce texte organisait une protection générale contre la concurrence déloyale, mais sans viser expressément le savoir-faire¹⁹⁷.

Quel que soit le nom qui leur est donné, ces connaissances techniques suscitent un intérêt grandissant car elles représentent une valeur économique pour l'entreprise et touchent petit à petit les entreprises dans tous les domaines économiques.¹⁹⁸

Le terme de savoir-faire est le plus proche de l'objet de l'étude développée ici, il sera donc retenu. Outre les difficultés liées à sa définition, il sera constaté que l'application qui en est faite jusqu'alors n'est pas celle qui intéresse directement cette étude puisque celle-ci est centrée sur la personne qui détient ce savoir-faire plutôt que sur le savoir-faire lui-même et qu'il est essentiel dans définir les contours pour adapter cette notion.

105. - La notion de secret semble donc dans un premier temps cosubstantielle à celle de savoir-faire.

Ce caractère secret est mis en exergue dans un certain nombre de définitions, en réalité cette notion un peu floue arrive à s'émanciper de ce critère pour trouver application dans des situations pour lesquelles le recours au savoir-faire revêt une utilité certaine voire indispensable.

Dans son article 39, l'accord sur l'ADPIC retient que pour être un savoir-faire, les informations doivent remplir les conditions suivantes pour pouvoir être protégées :

- être secrètes, en ce sens qu'elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux intéressés, ni ne leur sont facilement accessibles, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exact de leurs éléments ;

¹⁹⁶ http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf

¹⁹⁷ Article 10bis de la Convention d'union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle:

1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.

2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

3) Notamment devront être interdits :

1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;

2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;

3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises.

¹⁹⁸ A. Cappeau et G. Lavalette, *Les savoir-faire technologiques : évaluation, valorisation* ; Précis d'économie normative, Paris, 1999, éd. J.-P. Huguet

- avoir une valeur commerciale due à leur caractère secret ;
- avoir fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes.¹⁹⁹

L'idée selon laquelle le savoir-faire doit être tenu secret, implique qu'il soit constitué de connaissances qui ne sont pas immédiatement accessibles au public.

106. - L'Accord sur l'ADPIC subordonne la protection juridique du savoir-faire²⁰⁰ à ce que la personne qui le possède originairement ait pris des mesures raisonnables, compte tenu des circonstances, pour conserver le secret.

Ces mesures ont pour objet de sauvegarder la valeur économique du secret, en évitant qu'il devienne aisément accessible aux tiers.

Ces mesures, qui si elles sont apparentes (dans le sens où elles relèvent d'un acte effectif et pas seulement une simple abstention à communiquer ses connaissances), manifestent la volonté du possesseur de se réserver ces connaissances, en interdisant l'accès intellectuel aux tiers.

En utilisant le terme « mesures », l'Accord sur l'ADPIC indique la nécessité de recourir à des actes positifs destinés à protéger le secret, il ne suffit pas que le titulaire des connaissances ait exprimé son intention en ce sens.

En pratique, pareilles mesures consistent en des mentions de confidentialité apposées sur les documents diffusés par l'entreprise, des panneaux d'avertissement dans les locaux de l'entreprise, des codes d'accès, des accords de confidentialité passés avec les clients ou par-

¹⁹⁹ Section 7: Protection des renseignements non divulgués Article 39

1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.

2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements:

a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et

c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

²⁰⁰ art. 39.2, c de l'accord sur l'ADPIC

tenaires, des clauses apparentes dans tous les contrats dont les contrats de travail, des formations spécifiques délivrées aux employés etc.

Les connaissances qui sont visées ne sont pas nécessairement nouvelles, innovantes, inventées.

L'Accord sur l'ADPIC, concernant avant tout le secret des affaires, n'impose pas que ces informations se différencient totalement des connaissances préexistantes²⁰¹, au contraire, il exclut la notion de secret absolu et prévoit qu'une information peut être considérée comme secrète si elle n'est pas « généralement connue », ou « aisément accessible à des personnes qui appartiennent aux milieux traitant habituellement de ce genre d'information ».

107. - L'appréciation de ces caractéristiques se faisant bien évidemment de manière casuelle puisqu'il est inconcevable d'en faire une liste exhaustive.

Selon ce critère, il peut être considéré que le fait qu'une connaissance soit disponible sur Internet ne la rend pas nécessairement « aisément accessible » dès lors qu'un code est requis pour y accéder.

Ces critères axés sur le caractère secret des informations dont le savoir-faire est l'objet sont repris par les normes juridiques européennes.

C'est le cas en droit de la concurrence communautaire : le règlement CE no 772/2004²⁰² qui définit le savoir-faire comme « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est :

- **secret**, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu ou facilement accessible ;
- **substantiel**, c'est-à-dire important et utile pour la production de produits contractuels ;
- **identifié**, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité » (art. 1er, 1o, i).

Les termes de «secret», «substantiel» et «identifié » avaient été retenus par la définition contenue dans d'autres règlements édictés par la Commission Européenne.²⁰³

²⁰¹ Cette notion est également contenue dans ainsi que le règlement CE no 772/2004 du 7 avr. 2004,

²⁰² Règlement CE no 772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JOUE, no L 123, 27 avr.2004

²⁰³ Notamment dans le règlement no 4087-88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords de franchise (JOCE, no L 359, 28 déc.) ;

Une timide avancée légale a vu le jour en 2005²⁰⁴ par la création du label « Entreprise du patrimoine vivant » pouvant être attribué à une entreprise qui détient un patrimoine économique, composé en particulier d'un « savoir-faire rare, renommé ou ancestral » ; la demande d'attribution de ce label comporte un dossier confidentiel et a été attribué en 2012 à 1010 entreprises.

108. - La notion savoir-faire peut être séparée de sa composante de « secret » très présente dans ces précédentes définitions. Et même si elle n'en est pas totalement dépouillée, cette composante n'est pas tant que cela un élément indispensable à la définition.

Ce qui permet d'opérer une distinction avec le secret de fabrication dont le Doyen Roubier donnait cette définition en 1954: « tout moyen de fabrication qui offre un intérêt pratique ou commercial et qui, mis en usage dans une industrie, est tenu caché aux concurrents. »²⁰⁵

Cette définition alors reprise par la jurisprudence « Présente le caractère de "secret de fabrique" au sens de l'article 418 du Code pénal, qui en punit la communication à des tiers par les directeurs, commis ou ouvriers de fabrique, tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en oeuvre par un industriel et tenu par lui caché à ses concurrents, qui, avant la communication qui leur en a été faite, ne le connaissent pas. L'intention frauduleuse, que les juges du fond apprécient souverainement, est un élément essentiel de communication de secret de fabrique »²⁰⁶

Cette définition du Doyen Roubier est à l'origine du principe qu'édictent Albert Chavanne et Jean-Jacques Burst dans leur ouvrage consacré à la propriété industrielle²⁰⁷ expliquant que si par nature le secret de fabrique n'est rien d'autre qu'un savoir-faire, tout savoir-faire n'est pas nécessairement un secret de fabrique.

109. - Le professeur Mousseron en 1977²⁰⁸ tente de donner une première définition du savoir-faire, cette définition se veut courte mais reste relativement précise « le savoir-faire consiste en une connaissance technique, transmissible, non immédiatement accessible au public et non brevetée ».

mais également par le règlement no 2790/1999 du 22 décembre 1999 de la Commission (JOCE, no L 336, 29 déc.) concernant l'exemption par catégorie des accords verticaux qui couvre l'ensemble des accords de distribution dont les contrats de franchise depuis le 1er juin 2000.

²⁰⁴ Loi no 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (JO 3 août, art. 23) a créé un label (Arr. du 26 mai 2006, JO 21 juin, mod. Arr. du 3 août 2006, JO 15 août).

²⁰⁵ P.Roubier, *le droit de la propriété industrielle*, Tome 2, Sirey, 1954, p.370, n°210

²⁰⁶ Cass.Crim. 12 juin 1974, N° de pourvoi: 73-90724 Bull.Crim. n°218.

²⁰⁷ A.Chavanne et J-J Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7ème ed., 2012

²⁰⁸ J-M Mousseron, Répertoire droit civil Dalloz, 1977

Cette définition insiste sur la notion de connaissance, en dehors de tout support physique, le professeur Mousseron insiste de manière implicite sur le fait que cette connaissance ne doit pas être détenue par l'ensemble des personnes qui seraient du métier.

Le savoir-faire peut être vu *a contrario* de manière négative comme la connaissance de ce qu'il ne faut pas faire.

Le savoir-faire consiste donc en un élément immatériel, intellectuel. Le terme connaissance est particulièrement approprié puisqu'il permet de balayer un large spectre de domaine, ne se cantonnant pas comme à son origine au domaine industriel (à l'origine, le terme de « know how » était issu de la terminologie industrielle et il recouvrait exclusivement des procédés de fabrication industrielle.)

Cet élément incorporel est totalement indépendant du support matériel sur lequel il pourrait être fixé, cette distinction est classique en matière de protection de la propriété intellectuelle. Le caractère transmissible présent dans cette définition du savoir-faire est au cœur de notre étude.

110. - La protection de la personne qui détient un savoir-faire dans l'entreprise ne peut s'exempter de cette réflexion sur le caractère transmissible de ce savoir-faire. Soit en amont, en prévoyant la transmission de ce savoir-faire à d'autres membres de l'entreprise lorsque cela est possible, soit en aval, en s'interrogeant sur la possibilité de reconstruire ce savoir-faire dans l'entreprise.

Le mode de transmission est différent selon le savoir-faire considéré.

La rédaction d'un support écrit ou l'enregistrement vidéo d'un savoir-faire est souvent possible, mais parfois il faut admettre que cela ne sera pas suffisant.

L'exemple du « tours de main » est significative, cette notion est incluse dans celle de savoir-faire. Ainsi la Chambre Commerciale de la Cour de cassation dans une décision du 13 Juillet 1966 « la révélation du savoir faire comprend les procédés ou tours de main ».²⁰⁹

Ce « tours de main » constitue véritablement l'élément qui caractérise la notion de savoir-faire et qui est le critère discriminant de toutes les autres notions juridiques proches de celle du savoir-faire. Et cette capacité à mettre en œuvre le savoir-faire, qui n'est donc pas que la connaissance théorique de celui-ci caractérise la personne qui en est l'authentique titulaire.

²⁰⁹ Cass.Com., 13 juill. 1966 : JCP CI 1967, II, 81684, note P. Durand : « mais attendu, d'une part, que la cour d'appel, répondant aux conclusions de la société Almes, énonce, a bon droit, qu'en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main, encore ignore de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son co-contractant un avantage appréciable, dont il est ainsi autorisé à subordonner l'octroi au versement de redevance »

Ce qui fait de cette notion de « tour de main » la quintessence du syncrétisme de *l'intuitu personae* et du savoir-faire.

111. - Le savoir-faire est constitué des moyens pratiques qui permettent son exploitation ou son utilisation. Ce savoir-faire s'est développé, perfectionné au fil du temps et rentre pour ainsi dire dans l'actif de l'entreprise. En revanche le tours de main est intrinsèque à un individu, il s'agit de sa dextérité et de son habileté à utiliser le savoir-faire.

Cet élément du savoir-faire qu'est le « tours de main » pose un problème certain de transmission et de protection de la personne qui le détient.

Ce qui semble avoir une certaine portée est donc l'utilité en soit de la communication du savoir-faire, et plus précisément l'évaluation pécuniaire de la communication de ce savoir-faire.

Une partie des décisions des juridictions françaises se fonde sur ce critère économique pour définir le savoir-faire.

La Cour de Cassation a ainsi admis l'annulation pour absence d'objet et de cause d'un contrat portant sur une technique non brevetée largement accessible et qui ne présentait donc pas d'utilité économique pour le bénéficiaire de sa communication.²¹⁰

112. - La difficulté se pose, et il s'agit bien là de la problématique connexe qui intéresse cette étude, de l'évaluation de la valeur de ce secret. Beaucoup de droits nationaux protègent le secret même en dehors de sa valeur, considérant qu'en l'absence de marché économique ou de cotation des secrets ceux-ci sont trop difficilement évaluables en argent, mais méritent par principe une protection.

L'évaluation pécuniaire paraissant la plus adaptée est de se référer aux pertes financières de l'entreprise qui seraient générées par l'utilisation de ce secret par un tiers.²¹¹

L'articulation entre les éléments brevetables pour lesquels un corpus juridique de protection et d'encadrement existe et les éléments relevant du savoir-faire n'est pas simple. Ces éléments peuvent être tout autant considérés comme antagonistes que comme étant simplement complémentaires.

113. - L'entreprise qui dépose un brevet se protège contre les tiers qui contreferaient sa production, mais d'un même coup, elle communique au « domaine public » sa connaissance.

A l'inverse, le détenteur d'un savoir-faire, qui par définition n'a pas fait l'objet d'un brevet, ne peut donc pas opposer un droit exclusif d'utilisation à ceux qui utiliseraient ses connaissances sans son aval et naturellement, il ne dispose pas de l'action en contrefaçon.

²¹⁰ Cass. Com. 20 oct. 1998, PIBD 1999. 687. III. 499.

²¹¹ F. Dessemontet, *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du professeur Charles-André Junod, 1997, Faculté de droit de Genève, p. 7

La Cour d'Appel de Paris a rappelé à ce sujet que la volonté de garder secrètes des formules de certains produits ne crée [à son profit] aucun droit privatif.²¹²

La notion de bonne foi de celui qui découvre par lui même le savoir-faire est évidente puisqu'il n'existe pas de protection spécifique quant à son usage, mais uniquement pour ce qui concerne sa transmission.

En cas de fraude dans la divulgation du secret de fabrique, élément inclus dans le savoir-faire, outre la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle de l'auteur des faits qui est mise en jeu, cette divulgation peut engager la responsabilité pénale de son auteur.

§2 La protection du savoir-faire

A) La protection pénale du savoir-faire

114. - La seule incrimination pénale qui est proche de la protection directe du savoir-faire est le délit de divulgation de secret de fabrique.²¹³ Le secret de fabrication au sens de la loi est en fait beaucoup plus étroit que la notion de savoir-faire. Il est constitué par un procédé de fabrication²¹⁴, de préparation ou de transformation dans l'industrie de matières premières ou de produits finis.

Il doit offrir un intérêt pratique ou commercial pour l'entreprise qui l'utilise et le garde secret à l'égard de ses concurrents²¹⁵. La simple habileté personnelle d'un salarié n'est pas considérée comme un secret de fabrique.²¹⁶ Ces définitions jurisprudentielles sont dans la droite ligne de la problématique de la notion de secret dans le savoir-faire qui n'est pas la composante unique et pleinement satisfaisante du savoir-faire.

115. - Le secret est établi dès lors que le détenteur du procédé avait manifesté sa volonté de le cacher, en prenant des mesures efficaces dans ce domaine.²¹⁷ Ainsi, la révélation du secret de fabrique n'est pas caractérisée par la simple constatation de l'existence de deux produits identiques, l'infraction repose sur la réalité d'une révélation frauduleuse. La Cour de

²¹² CA Paris, 3 juill. 1975, PIBD 1976, 170. III. 219

²¹³ L'incrimination de la violation du « secret de fabrique », destinée à lutter contre l'espionnage industriel. Le texte d'incrimination figurait à l'ancien article L. 152-7 du code du travail, qui a été repris à l'article L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle (C. pén., ancien art. 418). Le nouvel article L. 1227-1 du code du travail a modernisé la terminologie : « Le fait, pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal ». Cette incrimination n'est pas contraire aux principes de libre circulation posés par les traités de la Communauté économique européenne (Crim. 24 juin 1985, Bull. crim. no 247).

²¹⁴ Cass.Crim.30 déc. 1931, Ann. propr. ind. 1932. 170

²¹⁵ Cass. Crim. 29 mars 1935, Gaz. Pal. 1935. I. 928 ; 15 avr. 1982, PIBD 1982. III. 207

²¹⁶ Cass. Crim. 23 juill. 1956, Bull. crim. no 566.

²¹⁷ Cass. Crim. 12 juin 1974, Bull. crim. no 218

cassation rappelle que « *ne constitue pas le délit de révélation d'un secret de fabrique le seul fait d'avoir concurrencé un industriel en copiant son procédé de fabrication* »²¹⁸. Cet élément étant le prolongement logique de la possibilité de tout un chacun de découvrir par lui-même un savoir-faire.

La constitution de cette infraction est donc compliquée à qualifier tant les éléments de preuves sont peu aisés à apporter. De plus cette infraction de violation de secret de fabrique ne trouve application que dans le domaine industriel ce qui n'est qu'un pan du savoir-faire. La transmission frauduleuse du secret de fabrique est sanctionnée par plusieurs infractions générales.

- o Le délit de corruption.

116. - Cette usurpation d'un savoir-faire peut être un élément du délit de corruption. Dans le cas de la corruption active, qui est le fait de rémunérer l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de sa fonction par l'agent compétent, ou dans le cas de la corruption passive, fait pour cet agent de recevoir quelque chose pour accomplir ou ne pas accomplir un acte de sa fonction.

Dans le cas de la divulgation d'un savoir-faire, cette hypothèse peut intervenir dans le délit de corruption, passive ou active, d'une personne qui exerce, « dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque », afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir « un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation des obligations légales, contractuelles, ou professionnelles ».²¹⁹

Pour que le délit soit constitué, il ne suffit pas de constater que les dons ou promesses ont eu pour résultat l'accomplissement (ou son absence) d'un acte de la fonction ou d'un acte facilité par celle-ci ; encore faut-il établir que tel était leur but précis.²²⁰ Un tel acte facilité par la fonction peut précisément consister dans la communication, par un employé, à des concurrents de son employeur, d'informations confidentielles de l'entreprise²²¹.

- o Le délit d'atteinte au secret professionnel.²²²

²¹⁸ Cass. Crim. 19 sept. 2006, Propr. ind., juill.-août 2007, p. 31, note J. Schmidt-Szalewski

²¹⁹ C. pén., art. 445-1, pour la corruption active et art. 445-2, pour la corruption passive

²²⁰ Crim. 21 nov. 1972, Bull. crim. no 350

²²¹ Crim. 7 oct. 1969, Bull. crim. no 243

²²² Prévu par l'article 226-13 du code pénal

117. - Ce délit consiste dans la « révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire », peut être constitué par la violation d'un secret portant sur un savoir-faire. Bien que le texte d'incrimination ne désigne plus les personnes concernées par ce délit comme s'était le cas dans l'ancien code pénal, la doctrine classe ces personnes en deux groupes :

- les dépositaires d'une information secrète par état ou par profession,
- les dépositaires d'une information en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.

La jurisprudence intègre également les « confidents nécessaires », il s'agit par exemple du président-directeur général d'une société qui n'est pas tenu au secret professionnel.²²³ Cette incrimination est aussi applicable aux commissaires aux comptes.²²⁴ L'élément matériel du délit se trouve dans sa communication à un tiers.²²⁵ L'élément moral consiste dans la conscience de révéler un secret dont on a connaissance, les raisons de cette divulgation étant totalement indifférents.²²⁶

- o Le délit d'abus de confiance.²²⁷

118. - L'abus de confiance est le fait qu'une personne détourne, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

La Cour de cassation limitait la qualification d'abus de confiance au détournement d'une chose corporelle.²²⁸

²²³ Cass.Crim. 5 févr. 1970, Bull. crim. no 56, D. 1970. 249

²²⁴ C. mon. fin. art. L. 231-18 ; C. com., art. L. 820-5. Le texte fait référence à « *une information à caractère secret* » (le secret n'est pas nécessairement absolu : Cass. Crim. 25 janv. 1968, D. 1968. 153, rapp. Costa ; Cass. Crim. 16 mai 2000, Bull. crim. no 192, D. 2002, somm. 858, obs. B. Blanchard, Dr. pén. 2000, comm. 127, obs. P. Véron : même si le bénéficiaire est aussi tenu au secret dans le cas d'un secret professionnel révélé à un avocat.

²²⁵ Cass. Crim. 21 nov. 1874, S. 1875. 1. 89, note P. Cauwès, le délit est constitué par la révélation qui peut être faite à une personne unique.

²²⁶ Cass.Crim. 7 mars 1989, Bull. crim. no 109, RSC 1990. 73, obs. G. Levasseur

²²⁷ Prévu par l'article 314-1 du Code pénal

²²⁸ La Cour de Cassation a par exemple jugé que le détournement n'était punissable que s'il portait sur l'écrit constatant le contrat, mais non sur les stipulations qui en constituent la substance juridique (Cass. Crim. 9 mars 1987, Bull. crim. no 111, JCP 1988. II. 20913, note J. Devèze, RSC 1988. 311, obs. P. Bouzat.

Toutefois, ont été qualifiés de marchandises au sens de l'ancien article 408 du code pénal des écrits ayant en eux-mêmes une valeur appréciable, tels qu'un fichier de clientèle (Cass. Crim. 4 janv. 1968, Bull. crim. no 1, D. 1968. 496 ; 2 avr. 1974, Bull. crim. no 139, détournement par une salariée), une documentation appartenant à l'employeur remise à l'employé pour les besoins de sa fonction (Cass. Crim. 7 juin 1961, Bull. crim. no 288, commet le délit le salarié utilisant ces documents pour les besoins d'une entreprise concurrente ; Cass. Crim. 12 juin 1978, Bull. crim. no 188), ou des documents comptables (Cass. Crim. 5 mars 1980, Bull. crim. no 81, D. 1980, IR 335, obs. Puech)

L'avènement des choses incorporelles a amené la Cour de Cassation à revoir sa position et dans sa jurisprudence plus récente, elle admet que les dispositions de l'article 314-1 s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel.²²⁹

Elle admet même que l'élément matériel de l'abus de confiance puisse être constitué par le détournement d'informations, sans détournement de leur support matériel.²³⁰ La protection du savoir-faire par d'infractions d'abus de confiance devient donc tout à fait possible.

o Le délit de vol ²³¹

119. - Le vol suppose la soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui. Cette chose est de nature corporelle. La soustraction d'éléments matériels supportant le savoir-faire peut donc constituer l'élément matériel du délit de vol.

Il peut s'agir de documents contenant des projets établis par un salarié pour le compte de son employeur, ils sont la propriété de celui-ci et sont susceptibles d'être volés.²³²

La notion de fraude dans la soustraction est très importante, cette composante n'est pas sans rappeler la problématique de la transmission du savoir-faire, particulièrement dans le fait qu'il puisse être accessible au public.²³³

La Cour de cassation a reconnu la constitution du vol par la soustraction de 70 disquettes informatiques et, ce qui est notable, par celle du « contenu informationnel de 47 de ces disquettes durant le temps nécessaire à leur reproduction ». ²³⁴

Pour simplifier la protection du savoir-faire, l'entreprise peut déposer un brevet.

²²⁹ Cass.Crim. 14 nov. 2000, Bull. crim. no 338, D. 2001. 1423, note B. de Lamy, RSC 2001. 385, obs. R. Ottenhof, RTD civ. 2001. 912, obs. T. Revet, détournement du numéro d'une carte bancaire ; Cass. Crim., 19 mai 2004, Bull. crim. no 126, D. 2004, somm. 2748, obs. B. de Lamy, Dr. pén. 2004, comm. 129, obs. P. Véron, détournement par un salarié de l'ordinateur et de la connexion internet de l'employeur à des fins personnelles.

²³⁰ Cass. Crim. 22 sept. 2004, Bull. crim. no 218, D. 2005. 411, note B. de Lamy, Dr. pén. 2004, comm. 179, note P. Véron, JCP 2005. II. 1034, note Mendoza Caminade, RSC 2005. 852, obs. R. Ottenhof, détournement par un salarié d'un projet appartenant à son employeur

²³¹ C. pén., art. 311-1 à 311-16

²³² Cass. Crim. 23 déc. 1957, Bull. crim. no 880; est aussi coupable du délit de vol l'employé qui, contre le gré de son employeur, a effectué des reproductions de plans de matériels, peu important qu'il s'agisse ou non d'éléments protégés par un brevet (Cass. Crim. 8 janv. 1979, D. 1979. 509, note P. Corlay ; Crim. 29 avr. 1986, Bull. crim. no 148, D. 1986, IR 404, obs. G. Roujou de Boubée, ibid. 1987. 131, note M.-P. Lucas de Leyssac, JCP 1987. II. 20788, note H. Croze ; Cass. Crim. 16 mars 1999, D. 2000, somm. 120, obs. M. Segonds, JCP 1999. II. 10166, 2e esp., note S. Bouretz, peu importe les mobiles de la soustraction des documents.

²³³ TGI Paris, 28 févr. 1997, Gaz. Pal. 1998. 1, somm. 232, note C. Rothhahn

²³⁴ Cass. Crim. 12 janv. 1989, Bull. crim. no 14, Gaz. Pal. 1989. 2, somm. 283, RSC 1990. 507, chron. M.-P. Lucas de Leyssac ; CA Grenoble, 4 mai 2000, JCP 2001. IV. 1473, la soustraction de fichiers informatiques ne constitue pas un vol en l'absence de soustraction d'un support matériel.

La Cour a réitéré cette position dans un affaire plus récente dans laquelle une personne avait été condamné pour vol du « contenu informationnel » de fichiers informatiques, Cass. Crim. 4 mars 2008, D. 2008. 2213, note S. Detraz.

120. - Le recours ou non au brevet est un élément de gestion du risque par l'entreprise, aucune obligation légale ne contraint une entreprise à déposer un brevet pour ses produits.²³⁵

Il est intéressant de noter dans cette distinction entre le savoir-faire et le brevet les conséquences en matière d'apport en société, puisque pour ce qui concerne le brevet, il sera considéré comme un apport en nature alors que le savoir-faire ne peut être qu'un apport en industrie.²³⁶

Cette différence affirme l'attachement du savoir-faire à la personne or l'apport en industrie que constitue ce savoir-faire a une très forte corrélation avec *l'intuitu personae*.²³⁷

Ce qui démontre que pour certains types de savoir-faire tant l'entreprise que le détenteur du savoir-faire auront un intérêt particulier à identifier une protection assurantielle efficace contre des risques préalablement identifiés.

La protection du savoir-faire peut également être assurée par les mécanismes de responsabilité civile délictuelle et contractuelle.

B) La protection civile du savoir-faire

o La protection par la responsabilité civile délictuelle

121. - La responsabilité civile délictuelle est un moyen de réserver un savoir-faire ou du moins d'obtenir une réparation en cas d'atteinte portée sur lui.

La faute dommageable constitue un fait juridique qui, en raison du mécanisme de responsabilité civile, crée une obligation de réparation à la charge de l'auteur de la faute.

Dans la mesure où l'atteinte au savoir-faire pourra constituer une faute génératrice de responsabilité, le détenteur du savoir-faire pourra assurer la préservation de sa connaissance, tout au moins à l'égard de l'auteur de cette faute.

- La nécessité d'un préjudice

122. - Il est nécessaire que l'usurpation au savoir-faire entraîne un préjudice certain.

²³⁵ Exceptionnellement, le législateur impose la communication au public de certaines informations techniques : ainsi, l'article L. 5131-6 du code de la santé publique prévoit que tout produit cosmétique ou d'hygiène corporelle doit, avant d'être mis sur le marché, faire l'objet d'un dossier technique.

Toutefois, les personnes y ayant accès sont tenues au secret professionnel (CSP, art. L. 5131-7-1).

²³⁶ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 22e éd., 2009, Litec, no 122

²³⁷ La notion d'*intuitu personae* ne figure pas dans le code civil. Cette création doctrinale se retrouve en filigrane dans quelques articles de ce code : l'article 1110 à propos de l'erreur sur la personne, l'article 1237 quant à l'extinction de l'obligation de faire, et l'article 1879 quant au décès de l'emprunteur. V. sur cette notion : F. Vallée, « *L'intuitu personae dans les contrats* » : thèse, Paris, 1938 ; M. Contamine-Raynaud, « *L'intuitu personae dans les contrats* » : thèse, Paris II, 1974, G. Kostic, « *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé* » : thèse, Paris V, 1997 ; D. Krajcski, *L'intuitu personae dans les contrats*, La Baule, la Mouette, 2001

Cette usurpation consiste en l'usage ou l'appropriation illégitime du savoir-faire. Le problème demeure dans l'évaluation de ce préjudice.

Les tribunaux évaluent en fonction des éléments en leur possession le préjudice subi par le détenteur.²³⁸

Cette évaluation du préjudice est compliquée puisqu'il n'existe pas de marché structuré qui permette de valoriser financièrement le savoir-faire.

- La notion de faute

123. - Pour mettre en jeu la responsabilité civile délictuelle, l'exigence d'une faute est l'une des conditions.

Pour caractériser cette faute il faut deux conditions cumulatives, l'une relative à la caractérisation du savoir-faire l'autre à l'usurpation du savoir-faire.

- Conditions relatives au savoir-faire

124. - Pour que l'action en responsabilité civile puisse être exercée, il n'est pas nécessaire de respecter des exigences tenant à la nature ou à la forme du savoir-faire.

Néanmoins, pour que l'action en responsabilité civile puisse être exercée le savoir-faire doit satisfaire à trois autres conditions.

Il faut que le savoir-faire ne soit pas dans le domaine public, que l'entreprise ait une maîtrise du savoir-faire et que le savoir-faire soit tenu secret.

125. - Le principe de la liberté de l'industrie et du commerce permet la libre exploitation de tout ce qui est dans le domaine public. La problématique de la constitution d'une faute réside dans cette appartenance du savoir-faire au domaine public et qui est donc libre d'utilisation pour tout un chacun.

La jurisprudence a souvent l'occasion de rappeler la nécessité de la valeur du procédé ou sa composante secrète.²³⁹

²³⁸ Cour d'appel de Versailles le 9 octobre 2003 : « Considérant que le préjudice subi par Monsieur P. et Madame C. correspond au travail d'analyse et de conception informatique que s'est approprié la société S. sans en payer le prix ; Considérant que pour quantifier la valeur de ce travail, il convient de se reporter à la proposition de convention, faite le 2 février 1994 à Monsieur P. et Madame C. qui ne l'ont pas acceptée ;

Considérant que dans ce projet de contrat constitutif du précédent, la société S. déclare : "Les sommes versées par S. à R. jusqu'à date, à concurrence de \$ 225 000 sont déclarées acquises définitivement par Y. Cette somme représente la rémunération de R. pour le support de développement des fonctions décrites en annexe" ; que ceci confirme explicitement la reconnaissance de la valeur du travail réalisé par Monsieur P. et Madame C. »

²³⁹ Cass. Com., 22 mars 1971 : Bull. civ. 1971, IV, n° 84. - CA Paris, 1er mars 1967 : Ann. propr. ind. 1967, 197

Le fait de faciliter l'accès à un savoir-faire, pas particulièrement secret en soit, mais dont la découverte nécessite d'entreprendre des recherches longues et onéreuses est constitutif d'une faute.²⁴⁰

Cela étant, dès lors que le savoir-faire est dans le domaine public, il est clair que son appréhension ou son usurpation ne constituera pas une faute.²⁴¹

Le mécanisme de la responsabilité civile ne pourra être mis en jeu que si l'entreprise victime de la faute avait une maîtrise légitime du savoir-faire en question.

Si celui qui est soupçonné d'utiliser le savoir-faire de manière fautive démontre qu'il a réalisé le savoir-faire personnellement ou qu'il en a obtenu par contrat la communication ou l'autorisation d'en disposer, il ne commettra pas de faute en l'utilisant.

126. - Il est indispensable que titulaire du savoir-faire fasse preuve d'un minimum d'acte positif pour montrer aux tiers que le savoir-faire était secret, en évitant de laisser croire à ses salariés que le procédé était sans valeur.²⁴²

Lorsque le savoir-faire est réellement inaccessible directement à tout un chacun et si les conditions tenant à la légitimité de son titulaire sont réunies, il peut y avoir une atteinte fautive faite à l'utilisation de ce savoir-faire.

L'identité de celui qui a commis la faute est alors sans importance, ce peut-être un salarié, un tiers ou un associé dont la responsabilité civile délictuelle est engagée.²⁴³

²⁴⁰ CA Rouen sur renvoi après cassation le 13 janvier 1981 : D.1983, jurisp. P. 53 note A. Lucas : une société, pour exécuter un contrat, avait recouru à un premier sous-traitant qui avait dessiné des pièces nécessaires à celle-ci. L'entreprise commandait alors la fabrication de ces pièces à un second sous-traitant en lui remettant les plans fournis par le premier. La Cour de Rouen considère qu'il y a faute : "En s'appropriant ainsi le fruit desdites recherches qui avaient nécessité la mise en oeuvre de certaines techniques, même si les éléments combinés n'étaient ni nouveaux, ni originaux, et en l'utilisant pour faire fabriquer par une autre société les modèles dont elle lui livrait les plans, prêts à être exécutés, la société a commis une faute délictuelle" (V. aussi, Cass. Com., 3 oct. 1978 : D. 1980, p. 55, note J. Schmidt).

²⁴¹ Cass. com., 31 mars 2004, n° 02-14.902. « Alors, enfin, que la similitude entre deux produits n'est pas un acte de concurrence déloyale lorsque le point sur lequel porte cette similitude est banal, qu'elle est imposée par des normes de standardisation, par des considérations techniques, comme une nécessité fonctionnelle, ou par son appartenance au domaine public.... »

La Cour de cassation avait déjà avec ce raisonnement considéré que le savoir-faire était sans valeur et qu'en conséquence, il ne pouvait pas y avoir d'usurpation : Cass. com., 27 juin 2000, n° 98-14.984. « Et attendu, en second lieu, qu'ayant retenu, souverainement, l'absence de preuve de l'appropriation fautive du travail de la société Jean Patou par la société Gucci, en se fondant sur la circonstance que le conditionnement sous la forme d'un boîtier en plastique transparent était déjà utilisé par d'autres parfumeurs avant le lancement des produits litigieux, sur l'existence de travaux effectués par la société Gucci, depuis 1995, sur un projet de boîte d'emballage semblable à celle lancée par la société Jean Patou en 1997, et donc antérieurement à la divulgation du conditionnement dont la société Patou alléguait la spécificité... »

²⁴² CA Paris, 10 avr. 1962 : Ann. propr. ind. 1962, p. 210 ; V. aussi Cass. Com., 22 mars 1971 : PIBD 1971, III, 27 : « en mettant lui-même sur le marché des appareils dont l'analyse révèle la structure, l'entrepreneur a rendu ses techniques immédiatement accessibles au public »

²⁴³ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, recueil Sirey, 1952, t. I, p. 555 : "au cas de révélation d'un secret de fabrique d'une maison faite par un associé et aussi au cas d'utilisation du secret par le directeur, ouvrier, ou commis qui s'établit à son compte, et également dans le cas de révélation du secret par un directeur, commis, ou ouvrier après la cessation de son contrat de travail" .

Cette faute se manifeste par une utilisation, souvent commerciale, non autorisée du savoir-faire.

En fonction de la manière dont la personne s'est octroyée le savoir-faire, les manifestations de cette fautes sont possibles, soit par usurpation, soit par appréhension.

- Conditions relatives à l'usurpation

127. - L'usurpation est l'utilisation faite sans autorisation d'un savoir-faire connu, mais dont l'utilisateur n'est pas titulaire. Le salarié, par exemple, connaît le savoir-faire de son employeur mais n'en est pas le titulaire, et ne peut donc pas l'utiliser sans autorisation.

L'usurpation peut consister en la communication d'un savoir-faire acquis auprès de son ancien employeur, par un employé à son nouvel employeur.²⁴⁴

L'appréhension est l'appropriation de la connaissance d'un savoir-faire sans l'autorisation de son titulaire.

Elle peut se réaliser de manière directe ou indirecte. Lorsque l'appréhension est directe, elle résulte le plus souvent de l'espionnage industriel. La manière indirecte est le fruit de débâchage d'un employé du concurrent voire de sa corruption.²⁴⁵

Cette appréhension est parfois orchestrée par l'entreprise au préjudice de l'un de ses employés dont elle ne renouvelle pas le contrat de travail une fois qu'il a développé l'utilisation du savoir-faire dans l'entreprise. Cette hypothèse démontre la complexité des rapports qu'il existe entre la personne humaine, véritable détenteur du savoir-faire, qui travail au sein d'une entreprise donnée.²⁴⁶

- Exigence d'un lien de causalité

²⁴⁴ CA Paris, 15 mars 1967 « Pour qu'il y ait faute et particulièrement acte de concurrence déloyale, il faut que l'ancien employé ait livré à une société concurrente des renseignements d'ordre confidentiel, et notamment des dossiers techniques et commerciaux": Ann. propr. ind. 1967, p. 222. - V. not. CA Caen, 23 janv. 1913 : Ann. propr. ind. 1919, 1, p. 109. - T. com. Seine, 29 oct. 1920 : Ann. propr. ind. 1921, p. 156. - CA Paris, 8 juill. 1972 : JCP G 1973, II, 17509. - V. aussi Cass. com., 16 oct. 1957 : Bull. civ. 1957, III, n° 263. - Cass. com., 8 janv. 1958 : Bull. civ. 1958, III, n° 14. - T. com. Paris, 10 avr. 1995 "Constitue un acte de concurrence déloyale, l'acceptation par une société dans son fichier informatique, des données informatiques d'un concurrent, transmises par un ancien salarié de celui-ci et contenant tout le savoir-faire de ce concurrent ; en effet, cette acceptation constitue un manquement aux règles de loyauté du commerce".

²⁴⁵ Cass. Com., 3 mai 1979 : Bull. civ. 1979, IV, n° 137 ; JCP G 1979, IV, 217. - Cass. Com., 28 avr. 1980 : JCP G 1982, II, 19791, note J. Azéma : « "il n'y aura concurrence déloyale que si l'on a poursuivi le but soit de détourner la clientèle d'un concurrent, soit de surprendre les secrets de fabrique de commerce, soit de désorganiser son entreprise"

²⁴⁶ Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, n° 03-21.154 : « *Alors que le parasitisme, qui consiste à se placer dans le sillage d'autrui pour tirer un profit parasitaire de son activité, suppose l'établissement d'un acte de déloyauté constitutif d'une faute ; qu'en considérant en l'espèce que le comportement par lequel la société Softimage s'était appropriée, par la non-reconduction du contrat, le savoir-faire et le travail de développement réalisé par Monsieur Perrin et Madame Cuadros pour la mise au point du logiciel Character était constitutif d'un parasitisme fautif, sans établir en quoi la non-reconduction du contrat à son échéance était fautive et sans caractériser ainsi la déloyauté de la société Softimage Co., la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.* »

128. - Le détournement du savoir-faire doit avoir été la cause d'un préjudice.

Cela implique que toutes les situations dans lesquelles l'opposition manifeste du titulaire du savoir-faire n'est pas démontrée, ne peuvent être source de responsabilité, sans pour autant qu'une intention frauduleuse soit démontrée.²⁴⁷

C'est le cas, lorsqu'un tiers exploite le même savoir-faire qu'un concurrent lui causant certes un préjudice ; il a en réalité développé le savoir-faire de manière tout à fait loyale et indépendante ou il détient le droit de l'utiliser d'un autre titulaire légitime ou il l'a simplement appris dans des documents qui font parti des domaines publics.

C) La protection par la responsabilité civile contractuelle

129. - Le contrat est la technique de protection la plus efficace du savoir-faire. Encore faut-il avoir conscience de l'existence d'un savoir-faire et des conséquences de son absence au sein de l'entreprise ou des conséquences de son utilisation par des tiers. Mais la technique contractuelle, quand elle est possible permet d'adapter un bouclier de protection adéquat autour du savoir-faire.

Le titulaire du savoir-faire, personne physique indépendante ou salariée, entreprise, peut par convention imposer à ses co-contractants, qu'il s'agisse de salariés de l'entreprise ou d'autres personnes, des obligations qui lui permettent de contrôler l'utilisation des connaissances transmises ou en tout cas d'obtenir des dommages-intérêts en cas de non-respect du contrat conclu.

Bien évidemment, il ne faut pas perdre de vue le caractère exclusif du choix de la voie empruntée entre la responsabilité civile délictuelle et contractuelle.

La protection contractuelle joue particulièrement lorsque le savoir-faire se trouve dans un contexte de transmission. Il n'est pas utilisé de manière statique mais il circule, le chemin qu'il parcourt est alors encadré contractuellement. Deux séries d'hypothèses sont envisageables, une première dans laquelle le titulaire du savoir-faire est l'entreprise, elle transmet ce savoir-faire à un salarié ou à une autre entreprise. La seconde série d'hypothèses est lorsque le savoir-faire est développé par un salarié ou par une autre entreprise.

- La protection du savoir-faire transmis

²⁴⁷ CA Rouen, 13 janv. 1981 : D. 1981, inf. rap. p. 233 ; Cass. Com., 27 juin 2000, n° 98-14.984). : « *Alors, de troisième part, que l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme fondée sur la faute peut être délictuelle ou quasi-délictuelle et ne suppose nullement la preuve d'une faute intentionnelle ou d'une intention de nuire de la part de l'auteur des faits répréhensibles...* »

130. - Pour permettre l'exploitation d'un savoir-faire, l'entreprise qui en est titulaire doit le communiquer à ses salariés ; l'entreprise titulaire du savoir-faire peut, pour des raisons de gestion financière, être amenée à commercialiser le savoir-faire qu'elle détient auprès d'autres entreprises.

Dans les deux hypothèses, il est important d'encadrer contractuellement l'utilisation actuelle et future de ce savoir-faire.

- Le savoir-faire transmis à un salarié

131. - Le premier outil à la disposition de l'entreprise lors de la communication, qui est évidemment indispensable, d'un savoir-faire dont elle est titulaire à l'un de ses salariés qui en fait l'usage à l'occasion de son activité au sein de l'entreprise est le contrat de travail.

Le principe général des contrats trouve son application, posé par l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, le contrat de travail comporte une obligation de fidélité qui impose au salarié de facto au cours de son exécution une obligation de non-communication et de non-concurrence.

Dès la signature de son contrat de travail, le salarié s'interdit de commettre tout acte contraire à l'intérêt de son employeur et notamment de communiquer le savoir-faire qui lui a été transmis dans le cadre de l'exécution du contrat de travail.

A la fin du contrat, l'obligation tacite de fidélité cesse automatiquement, le salarié n'est plus tenu et le retour au mécanisme de la responsabilité délictuelle reprend son champ d'action.

132. - Afin de se prémunir contre le problème de la communication du savoir-faire à l'issue du contrat de travail, l'entreprise titulaire du savoir-faire a la possibilité d'intégrer deux types de clauses dans le contrat de travail de son employé.

D'une part cela peut être une clause de non communication du savoir-faire en question à l'issu du contrat de travail. Cette clause stipule que l'obligation de non-communication se maintient après l'expiration du contrat de travail jusqu'à l'extinction du savoir-faire lui-même. (soit par ce qu'il ne sera plus utilisé, soit par ce qu'il sera tombé dans le domaine public.)

La violation de cette clause met en cause la responsabilité civile contractuelle du salarié, ce dernier pouvant être amené à réparer le préjudice subi par l'entreprise titulaire du savoir-faire. Cette inexécution de la clause de non communication au cours du contrat de travail peut aussi être à l'origine d'un licenciement pour faute grave ou lourde.²⁴⁸

²⁴⁸ Cette divulgation est constitutive d'une faute grave voire d'une faute lourde lorsqu'une intention de nuire est démontrée. Cass. soc., 17 avr. 1958 : Bull. civ. 1958, IV, n° 486. "d'une violation grave des obligations contractuelles justifiant son congédiement et le privant de ses droits de préavis et aux congés payés"

Cass. soc., 27 janv. 1972 : JCP G 1972, IV, 59 ; Bull. civ. 1972, V, n° 73. « De même en manquant à son devoir de fidélité et en profitant d'une situation équivoque qu'il a créée le salarié commet une faute grave de

D'autre part, la protection quant à la divulgation du savoir-faire à l'issue du contrat de travail peut être protégée par une clause de non-concurrence qui prendra effet à l'extinction du contrat de travail.

Cette clause interdit au salarié de travailler directement ou indirectement chez un concurrent de son ancien employeur pendant une durée qui est en général comprise entre un et trois ans.

Cette clause de non-concurrence qui entrave la liberté du salarié est assortie de certaines limites en précisant la durée, l'espace géographique dans lequel elle s'applique, en prenant en compte la spécificité du domaine d'activité du salarié. Par ailleurs, l'entreprise est tenue de verser une contrepartie financière visant à compenser l'atteinte à la liberté du salarié.²⁴⁹

Pour être valable la clause de non-concurrence doit être indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise et le savoir-faire qu'elle a transmis au salarié doit être suffisamment spécifique.²⁵⁰

Le non respect de cette clause de non-concurrence engage la responsabilité contractuelle de l'ancien salarié, mais la responsabilité civile délictuelle du nouvel employeur est susceptible d'être recherchée si il est démontré qu'il avait connaissance de cette clause.

L'entreprise titulaire du savoir-faire est parfois amenée à vouloir ou devoir transmettre ce savoir-faire à une autre entreprise. Les raisons de cette transmission sont généralement gouvernées par une nécessité ou un choix financier, mais quoi qu'il en soit cette transmission doit faire l'objet des traditionnelles précautions inhérentes à tout échange commercial.

L'entreprise qui détient le savoir-faire et qui entre en relation commerciale avec un tiers ne peut ignorer la prudence et l'attention qu'il faut porter tant à la période pré-contractuelle des pourparlers qu'à la rédaction même du contrat qui conduit à la transmission du savoir-faire et à l'après contrat.

133. - Le savoir-faire peut prendre naissance au cours de l'activité de l'entreprise. Soit par l'activité d'un salarié au sein de l'entreprise, soit par un contrat passé avec un tiers pour développer ou acquérir un savoir-faire.

Lorsque l'entreprise sollicite un tiers afin de développer un savoir-faire pour elle, une attention particulière est portée au contrat pour ce qui concernera les diverses obligations de

la part d'un cadre occupant un poste de direction laquelle est privative des indemnités compensatrices de préavis et de licenciement. »

²⁴⁹ Cass. Soc., 10 juill. 2002, trois arrêts : RJS 10/02, n° 1119. - Cass. Soc., 29 avr. 2003 : RJS 7/03, n° 918. - Cass. soc., 18 mars 2003 : RJS 6/03, n° 73, La Cour de Cassation considère que ces trois conditions sont cumulatives pour que la clause de non concurrence soit valable.

²⁵⁰ Cass. soc., 14 mai 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 309 : Ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions de l'ancien salarié, la clause de non concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause illicite.

communication ou de non-communication, d'exploitation et de non-exploitation de ce savoir-faire.

Mais lorsque le savoir-faire est issu de l'activité d'un salarié, il faut distinguer le cas où l'employé a développé ce savoir-faire dans le cadre de l'activité que son employeur lui a affectée et la situation où l'employé a développé un savoir-faire en marge de sa mission.

134. - Le législateur a prévu un ensemble de règles relatives aux inventions pouvant faire l'objet d'un brevet, mais dans le cas de découvertes non brevetables comme il est ici l'objet, un parallèle entre ces règles relatives à la protection de la propriété intellectuelle et la protection du savoir-faire doit pouvoir être fait.²⁵¹

L'article L.611-7 du C.P.I prévoit un régime juridique d'appropriation pour toutes les inventions des salariés, sans distinguer si elles sont ou non brevetables et dans tous les cas avant même qu'elles ne soit brevetées, c'est-à-dire lorsqu'elles sont encore un savoir-faire.

Ainsi, le savoir-faire développé par le salarié dans l'exercice de ses fonctions ne pose aucun véritable problème quant à son appropriation, celle-ci se fait par l'entreprise.

²⁵¹ Article L611-7 du C.P.I Loi n°94-102 du 5 février 1994 - art. 22 JORF 8 février 1994 :

Si l'inventeur est un salarié, le droit au titre de propriété industrielle, à défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié, est défini selon les dispositions ci-après :

1. Les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur. Les conditions dans lesquelles le salarié, auteur d'une telle invention, bénéficie d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail.

Si l'employeur n'est pas soumis à une convention collective de branche, tout litige relatif à la rémunération supplémentaire est soumis à la commission de conciliation instituée par l'article L. 615-21 ou au tribunal de grande instance.

2. Toutes les autres inventions appartiennent au salarié. Toutefois, lorsqu'une invention est faite par un salarié soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle, l'employeur a le droit, dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié.

Le salarié doit en obtenir un juste prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par la commission de conciliation instituée par l'article L. 615-21 ou par le tribunal de grande instance : ceux-ci prendront en considération tous éléments qui pourront leur être fournis notamment par l'employeur et par le salarié, pour calculer le juste prix tant en fonction des apports initiaux de l'un et de l'autre que de l'utilité industrielle et commerciale de l'invention.

3. Le salarié auteur d'une invention en informe son employeur qui en accuse réception selon des modalités et des délais fixés par voie réglementaire.

Le salarié et l'employeur doivent se communiquer tous renseignements utiles sur l'invention en cause. Ils doivent s'abstenir de toute divulgation de nature à compromettre en tout ou en partie l'exercice des droits conférés par le présent livre.

Tout accord entre le salarié et son employeur ayant pour objet une invention de salarié doit, à peine de nullité, être constaté par écrit.

4. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

5. Les dispositions du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et de toutes autres personnes morales de droit public, selon des modalités qui sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

135. - Cependant la situation au cours de laquelle le salarié développe un savoir-faire en dehors de la mission que lui a confiée son employeur fait l'objet d'une méthode d'appropriation plus complexe.

Le principe posé par l'article L611-7 2° du Code de la propriété intellectuelle est que toutes les inventions découvertes par le salarié hors de sa mission effective appartiennent au salarié.

Dans le même paragraphe, le législateur tempère ce principe en prévoyant les situations dans lesquelles l'invention en question a été découverte par le salarié au cours de ses fonctions dans l'entreprise et que cette invention est liée aux activités de l'entreprise ou encore que le salarié a découvert cette invention grâce aux connaissances, moyens, techniques et données procurés par l'entreprise.

Le salarié a une obligation de communiquer cette découverte à son employeur, et cela même après la fin de son contrat de travail le liant à l'entreprise.

Une fois que l'employé a satisfait à cette obligation de communication, l'entreprise a le choix de s'approprier cette découverte, l'employé se retrouve donc dans la situation selon laquelle il ne peut plus communiquer cette découverte ni même l'exploiter sans l'accord de son employeur ou ancien employeur.

L'entreprise peut aussi choisir de ne pas s'approprier cette découverte, elle s'oblige alors à ne pas communiquer et à ne pas exploiter cette découverte.

SECTION 2 LES PERSONNES POSSEDANT UN SAVOIR-FAIRE

Le dirigeant d'entreprise est souvent la personne que l'entreprise identifie en premier et dont elle cerne le plus tôt les contours des responsabilités et des risques qu'il encoure. (§1)
Les autres personnes sont reconnues secondairement et ne sont parfois pas prises en compte par l'entreprise.(§2)

§1 Le dirigeant d'entreprise

136. - Ce personnage est communément identifié comme étant le cœur ou plutôt le cerveau de l'entreprise et, à l'instar de tout organe vital, il est l'organe de l'entreprise autour duquel une cage thoracique ou une boîte crânienne va se mettre en place afin de le protéger.

Cette protection comporte différents niveaux, que se soit une protection qui émane d'un phénomène légal, législatif ou judiciaire qui mette à l'abri le dirigeant d'un certain nombre de risques, ou qu'il s'agisse d'une démarche volontaire engagée par l'entreprise pour protéger son ou ses dirigeants.

La personne morale constitue un écran très efficace pour les dirigeants contre le risque juridique de voir sa responsabilité civile personnelle mise en jeu.

Une victime met plus facilement en cause la responsabilité d'une personne morale que celle de la personne physique qui a pris les décisions ayant entraîné un dommage puisqu'il faut alors démontrer le rôle d'une personne définie et ses actes au sein d'une organisation souvent complexe.

Cet écran n'est pas suffisant pour couvrir l'ensemble des risques qui planent au dessus de la tête du dirigeant. L'entreprise et/ou le dirigeant lui-même devront prendre en compte tout le panel de risques inhérents à la personne du dirigeant et trouver des solutions afin de s'en prémunir.

Mais avant toute chose, il convient de définir ce qu'est un dirigeant d'une part par sa qualité (A) et d'autre part par sa fonction (B).

A - La qualité de dirigeant

137. - La dénomination de dirigeant est intégrée dans un domaine vaste et mouvant prenant une forme différente selon le type d'organisation pris en compte.

Le dirigeant est désigné par l'assemblée des associés qui exercent l'un de leur pouvoir politique essentiel. Ce mécanisme emprunté au fonctionnement démocratique a son corollaire dans le pouvoir de révocation du dirigeant que possède l'assemblée des associés. Le dirigeant peut être révoqué selon le bon vouloir de l'assemblée des associés.

Ce pouvoir reste très théorique pour ce qui concerne les petites sociétés dans lesquelles l'associé majoritaire est aussi le dirigeant, mais retrouve toute son efficacité dans les grandes sociétés.²⁵²

Les modalités de sa nomination sont variables selon les types de sociétés. Dans les petites sociétés, souvent familiales, l'un des associés détient une grande partie du capital et il est le dirigeant, le patron.

Dans les sociétés de plus grande envergure, proposant au public des titres financiers, le dirigeant est choisi en fonction de ses compétences techniques.

138. - Ce pouvoir de nomination est direct ou non, par exemple dans une société anonyme classique le conseil d'administration est élu, ce conseil va nommer un directeur général qui dirigera l'entreprise. Cette dissociation de la fonction de président du conseil d'administration et de celle de directeur général a été introduite par la loi NRE du 15 mai 2001²⁵³.

Ces dirigeants qui sont officiellement nommés et dont la nomination a fait l'objet d'une procédure de publicité (journaux d'annonces légales, registre du commerce et des sociétés, BODACC) sont appelés alors dirigeants de droit par opposition aux dirigeants de fait.

139. - Le dirigeant de fait n'a pas la qualité légale de dirigeant, cette fonction ne lui est conférée ni par la Loi ni par les statuts de la société, et pourtant sa responsabilité sera mise en jeu de la même manière que le dirigeant de droit.

La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 11 juin 1987 a défini le dirigeant de fait tel que :
« la qualité de gérant de fait est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions détermi-

²⁵² Il convient de nuancer ce principe pour les sociétés « nouvelles » qui comporte un conseil de surveillance et un directoire. Les membres du directoire forment un organe collégial exerçant la fonction de dirigeant. Les membres sont nommés par le conseil de surveillance mais dans un souci de conserver une certaine indépendance du directoire face au conseil de surveillance, le pouvoir de révocation appartient à l'assemblée générale des actionnaires, ce pouvoir de révocation peut être tout de même dévolu au conseil de surveillance si les statuts le prévoient. De plus la révocation des membre du directoire ne se fait pas *ad nutum* dès lors la révocation sans juste motif ouvre droit à des dommages et intérêts.(C.Com., art. L.225-61)

²⁵³ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

*nantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause. »*²⁵⁴

Le critère déterminant de la définition de cet individu est donc sa faculté à s'immiscer dans la gestion des actes essentiels dans la vie de l'entreprise: il dirige les salariés, définit la politique de développement ou la politique sociale de l'entreprise, contracte avec les tiers...

Dès lors que ce critère - proche de la théorie du mandat apparent - est présent, le dirigeant de fait est susceptible de voir sa responsabilité engagée au même titre, voire de manière cumulative, que celle du dirigeant de droit.

La chambre criminelle de la Cour de Cassation a par exemple confirmé la condamnation d'un dirigeant de fait pour abus de biens sociaux.²⁵⁵

140. - L'associé majoritaire a une tendance fréquente à l'immixtion dans les actes qui accompagnent la vie de l'entreprise.

Il est légitimement très investi dans l'entreprise et l'intérêt qu'il porte à sa gestion l'entraîne naturellement vers la fonction de dirigeant de fait.

Toutefois le juge a aussi reconnu la responsabilité en tant que dirigeant de fait d'autres personnes plus surprenantes notamment un banquier qui voulait piloter lui-même une société et a été condamné en comblement du passif en qualité d'administrateur de fait.²⁵⁶

Une société mère a été aussi condamnée en comblement du passif d'une de ses filiales en étant qualifiée de dirigeant de fait.²⁵⁷

La mise en œuvre de la responsabilité de ce dirigeant de fait n'efface en rien celle du dirigeant de droit.

La Cour d'Appel de Paris a par exemple jugé que la condamnation de dirigeants de fait peut être solidaire, chaque dirigeant étant responsable de l'ensemble du dédommagement prévu par la condamnation.²⁵⁸

²⁵⁴ CA Paris, 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, p. 719.

²⁵⁵ Cass. crim., 20 sept. 2000, RJDA 2001, n°38

²⁵⁶ CA Versailles, 29 avr. 2004 : Bull. Joly 2004, 245., p.1201, note A. Constantin et Y. Lévy

²⁵⁷ Cass. crim., 6 juin 2000 : RJDA 2000, n°868

²⁵⁸ CA Paris, 18 juin 1991

B) -Définition de la fonction de dirigeant

141. - La fonction de dirigeant est juridiquement délicate à définir.

Le dirigeant n'est pas lié par un contrat de travail avec l'entreprise qu'il dirige, exception faite du dirigeant qui, avant son entrée en fonction, était déjà salarié de cette entreprise.

Le dirigeant qui conclut un contrat de travail après sa prise de fonction, sera alors soumis au régime très strict des conventions réglementées édicté par l'article L 225-38 du Code de Commerce pour le dirigeant de société anonyme et L.223-19 du même code pour le gérant des sociétés à responsabilité limitée.²⁵⁹

Il ne bénéficie donc pas de la protection sociale offerte par le droit du travail et, en cas de conflit, le tribunal des prud'hommes n'est pas compétent pour régler les litiges qui naissent de son travail.

Pourtant il est soumis à une servitude certaine vis-à-vis de la société et des associés qui la composent.

Cette subordination vis-à-vis de la société est issue du corpus législatif qui impose et délimite un périmètre minimal exigible dans les fonctions et le champ d'action attribués au dirigeant, cependant les statuts peuvent prévoir de les circonscrire différemment sans pour autant déroger aux règles légales impératives.

142. - La loi prévoit par exemple un âge limite de 65 ans pour que soit nommé un dirigeant de société anonyme, mais les statuts peuvent y déroger.²⁶⁰

A l'inverse, la nomination du gérant d'une société à responsabilité limitée n'est pas assujettie à une condition d'âge, mais les statuts peuvent prévoir une limite.

Le dirigeant de société anonyme, comme le gérant d'une société à responsabilité limitée, a un domaine d'intervention à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise.

A l'extérieur de la société, il est le représentant légitime de celle-ci.

Il négocie, contracte et fait vivre l'entreprise, mais il reste cantonné à l'objet social, à une clause limitative de pouvoir prévue dans les statuts et limité par l'intérêt social.

L'objet social est le type d'activité qui est choisi par les associés lors de la constitution de la société; l'article 1835 du Code civil, commun à toutes les créations de sociétés, prévoit que cet objet social doit être prévu dans les statuts.

²⁵⁹ Ces deux articles prévoient que pour toutes les conventions qui interviennent directement ou indirectement entre un dirigeant (ou un gérant) ou avec une société dans laquelle il est également dirigeant, doivent être soumises à l'approbation du conseil d'administration dans les sociétés anonymes ou soumises à une information détaillée pour les SARL.

²⁶⁰ C. com. Art. L225-54

Les activités stipulées dans les statuts peuvent aller d'un domaine très restrictif tel que le « commerce de vêtements » ou laisser la porte ouverte à une très grande diversité d'activités: ce sont les clauses dites « parapluie » comme par exemple « toutes activités de commerce ».

Mais l'objet social²⁶¹ doit toujours être licite et déterminé.²⁶²

Les conséquences du dépassement de l'objet social ou du contrat conclu par le dirigeant qui est étranger à l'objet social sont de nature différente qu'il s'agisse d'une société à responsabilité limitée ou illimitée.

Dans le cas d'une société à responsabilité limitée, la société est engagée par l'acte passé par le dirigeant, sauf à démontrer que le tiers contractant était de mauvaise foi.

Cette démonstration n'est pas des plus simples puisque la Loi prévoit que la simple publication des statuts ne suffit pas à démontrer cette mauvaise foi.

La responsabilité du dirigeant ne peut dès lors être recherchée que par la société qui exerce alors une action récursoire contre son dirigeant.

143. - La solution est différente lorsqu'il s'agit d'une société à risque illimité, car les associés dont le patrimoine personnel est fortement engagé, encourent un risque qui justifie une plus grande protection; ainsi les actes passés par le dirigeant qui ne correspondent pas à l'objet social de la société, ne sont pas opposables à cette dernière.

Un tiers contractant avec un dirigeant de ce type de société doit donc user de toute la prudence et les diligences nécessaires à s'assurer du sérieux de son cocontractant.

Les statuts peuvent également prévoir une clause limitative de pouvoir à l'encontre du dirigeant.

De manière générale, cette clause impose au dirigeant de recueillir l'accord de l'assemblée des actionnaires pour passer des actes qui sont dangereux pour la société, tels que la vente de certains actifs mobiliers ou immobiliers qui sont une part importante du patrimoine de la société.

Si le dirigeant viole cette clause, la société ne peut remettre en cause l'acte en question: le tiers est protégé, quand bien même il aurait eu connaissance de cette clause !

La société ne peut alors que rechercher la responsabilité civile du dirigeant.

²⁶¹ G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Obligations*, t. 2 : Sirey 1989, 2e éd ; G. Ripert et R. Roblot par M. Germain, *Traité de droit commercial*, t. 1 : LGDJ 2009, 19e éd ; Y. Chaput, *L'objet social* : thèse Clermont, 1973

²⁶² C. Civ. Art. 1833

A l'inverse le tiers contractant a le pouvoir d'évoquer cette clause pour faire annuler l'acte qu'il a passé avec le dirigeant.²⁶³

144. - L'intérêt social auquel doit se conformer le dirigeant pour chaque acte qu'il passe pour le compte de la société est un principe nettement plus mouvant.

L'article 1848 du code civil stipule que « dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société. »²⁶⁴

Cet article du Code s'adresse aux dirigeants des sociétés civiles, mais la jurisprudence l'a étendu à l'ensemble des sociétés en en faisant un principe de base.

Certains auteurs qualifient cet intérêt social de concept à contenu variable, d'autre de concept mou.

Dans la pratique le juge adapte sa décision à chaque cas d'espèce et considère dans certains cas que l'intérêt social est simplement le pendant de l'article 1833 du Code Civil qui indique que toute société est constituée dans l'intérêt commun des associés, mais à d'autres occasions l'intérêt social est perçu comme un intérêt propre à la société qui transcende largement celui des associés qui la composent.

Les actes faits par le dirigeant qui violent l'intérêt social, sont donc qualifiés souverainement comme tel par le juge.

Le dirigeant engage alors non seulement sa responsabilité civile mais bien souvent sa responsabilité pénale, il peut être condamné pour abus de confiance ou abus de bien social, mais c'est sa responsabilité fiscale peut aussi être mise en jeu; les services fiscaux peuvent alors invoquer un acte anormal de gestion.

145. - Ainsi les compagnies d'assurance ont au fil du temps développé des contrats afin de prévenir les différents risques encourus par le dirigeant et parfois indirectement par son entreprise. La protection de la personne du dirigeant est de plus en plus considérée dans les entreprises tant il est vrai que les risques qu'il encoure sont peut être plus facilement estimable. D'autres personnes de l'entreprise ou pour le moins proche de l'entreprise nécessitent que les risques qui pèsent sur elles soient évalués et que les conséquences de leurs survenances soient anticipées.

²⁶³ Cass. 3ème, 24 jan. 2001, n°99-12.841, Bulletin 2001 III N° 10 p. 9

²⁶⁴ T. civ. Seine, 12 oct. 1963 : JCP G 1964, II, 13514, note R. D ; Cass. com., 10 févr. 1969 : D. 1969, somm. p. 87 ; Rev. sociétés 1970, p. 102, note M.G. ; Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-22.151, SCI AJT c/ Giroit de Langlade : Dr. sociétés 2008, comm. 149, note R. Mortier ; JCP N 2008, 1253 note J.-P. Garçon

§2 Les autres personnes essentielles à l'entreprise

146. - Le caractère commun à ces autres personnes réside dans la notion d'*intuitu personae*²⁶⁵ qui est nécessairement très forte. Leur lien avec l'entreprise est étroit mais le risque qui pèse n'est pas toujours bien évalué. Leur absence ou la nécessité de procéder à leur remplacement a pour l'entreprise des conséquences qu'il ne faut surtout pas négliger.

Les entreprises d'assurance ont intitulé des contrats d'assurance, dits contrats homme-clé. Il ne s'agit en réalité que de simple contrat perte d'exploitation pour l'entreprise et il est intéressant de faire ici le lien avec la conception de l'homme-clé qu'ont développé les entreprises d'assurance.

Ce type d'assurance, n'est en rien un concept juridique, mais plutôt de la désignation commerciale d'une forme d'assurance d'exploitation. L'homme-clé en question est généralement l'un des dirigeants de l'entreprise et le contrat est conclu par l'entreprise à son propre profit pour se prémunir des risques divers liés à l'indisponibilité de l'homme-clé désigné dans le contrat (décès, accident, incapacité totale partielle temporaire ou définitive, ect.).

Ce n'est donc pas cette personne là qui trouve un intérêt dans ce développement, même si certains caractères ou certaines notions sont assimilables à l'homme-clé des contrats d'assurance existant, la personne essentielle décrite ici est vue de manière considérablement plus large.

147. - Le point commun de ces personnes se retrouve dans le lien qui les unit à l'entreprise. Dans la personne même, un élément intrinsèque ou extrinsèque la rend indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise et à la pérennité de celle-ci.

L'absence de cet élément propre à cette personne particulière a des conséquences sur l'entreprise. Ces conséquences peuvent être immédiates, mais parfois les répercussions négatives ne se feront sentir qu'après une période plus longue.

148. - Il n'existe pas de véritable clivage entre les personnes ayant un élément intrinsèque indispensable à l'entreprise et celles qui possèdent un élément extrinsèque. Il est concevable que certaines personnes, de par leur élément intrinsèque soit également indispensables par leur aura à l'extérieur de l'entreprise.

Cet élément intrinsèque est une connaissance, un savoir-faire que maîtrise une personne particulière dans l'entreprise, à l'exclusion de toutes les autres personnes, cela en fait un individu singulier, un sachant.

²⁶⁵ M. Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats* : Thèse, Paris II, 1974 ; A. Viandier, *Les contrats conclus "intuitu personae" face à la fusion des sociétés* : Mél. C. Mouly : Litec 1998, t. II, p. 193 ; M.-L. Coquelet, *La transmission universelle en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats conclus "intuitu personae"* : Actes prat. ing. sociétaire 2000, n° 49 ; X. Jaspard et N. Metais, *Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats conclus "intuitu personae" et les contraintes afférentes à certains biens* : Bull. Joly 1998, chron. p. 447

Le terme de « savoir » qui est issu d'une double étymologie, du latin populaire *sapĕre*, en latin classique *sapĕre*, « avoir de la saveur » et avec l'influence de *sapiens* « sage » trouve tout son sens pour définir cette personne du sachant. Son savoir et sa connaissance se situent à différents niveaux de référentiels.²⁶⁶

En ce qui concerne l'entreprise elle-même, une personne a une connaissance de l'entreprise globale, à l'instar du dirigeant mais qui n'est pas la seule personne concernée. L'entreprise est connue de cette personne de part toutes ses composantes, financières, techniques, salariales, actionnariales, structurelles, de développement etc. Mais cela fait aussi référence à la personne qui appréhende parfaitement l'environnement de l'entreprise, les partenaires (co-contractants, collectivités locales, clientèle, fournisseur...) et la sphère concurrentielle.

Ce référentiel de connaissance est celui généralement dévolu au dirigeant, mais pas exclusivement.

149. - Au sein de l'entreprise un autre niveau de référence mérite d'être identifié, il s'agit de la personne qui a une connaissance extrêmement spécifique d'un élément individualisable du reste de l'entreprise : une technique, un savoir-faire, un secret de fabrication...

Ce n'est pas tant le problème de la présence de la personne en question qui est préoccupante mais plutôt le problème de son absence et des conséquences sur la vie de l'entreprise. Bien souvent ce risque de l'absence de l'une de ces personnes n'est identifié qu'à posteriori, une fois les conséquences néfastes de son absence constatées. Ou si le risque pesant sur l'absence de cette personne avait été préalablement identifié, la couverture du risque n'est pas toujours optimisée. Cette personne a parfois connaissance de l'entreprise dans son ensemble (A), mais le plus souvent ses connaissances portent sur un point spécifique dans l'organisation de l'entreprise (B)

A) La personne ayant une connaissance de l'entreprise dans son ensemble

o Dans l'entreprise en interne

150. - La personne qu'il est nécessaire d'identifier est la personne qui a une connaissance de l'ensemble ou d'une partie principale de l'entreprise. Le savoir de cette personne est un élément primordial de l'entreprise. Le savoir en question concerne l'organisation même de l'entreprise, pas une technique ou un savoir-faire, mais réellement la manière dont elle fonctionne.

²⁶⁶ O. Gast, *Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir-réussir*, LPA n° 132, 3 nov. 1995, p. 9 ; B. Bouloc, *Le secret des affaires*, Dr. prat. com. int. 1990, n° 1, p. 6 ; J. Calvo et A. Couret, *La protection des savoir-faire de l'entreprise*, RF gestion n° 105, sept.-oct. 1995, p. 95

Le dirigeant est tout naturellement la première personne qui vient à l'esprit lorsque est évoquée cette connaissance approfondie des différentes structures et des rouages essentiels de l'entreprise. C'est la qualité substantielle attendue et indispensable au dirigeant d'entreprise qui se doit d'avoir une parfaite maîtrise de chaque composante de son entreprise. Cette connaissance minutieuse doit être relativisée au regard de la taille de l'entreprise concernée.

Dans l'hypothèse du dirigeant d'une très grande entreprise ce n'est pas uniquement les connaissances détenues par le directeur général ou le président du conseil d'administration qu'il faut prendre en compte. Ces personnes là, même si leurs compétences sont en lien direct avec la position qu'ils occupent, n'ont que rarement une vision approfondie de l'entreprise qu'ils dirigent.

Ce sont leurs qualités de gestionnaire, manager, leur réussite dans la direction d'autres grandes entreprises qui leur ont permis d'accéder à ces postes.

151. - En revanche c'est au sein des différentes directions ou structures ayant un minimum d'autonomie au sein de l'entreprise que se trouvent des personnes qui souvent œuvrent dans l'entreprise depuis un certain nombre d'années et ont acquis des connaissances de l'entreprise qui sont notablement spécifiques et dont l'absence serait très préjudiciable à celle-ci.

Ces dirigeants ont une vision historique de l'entreprise, dans le sens où ils savent quelles ont été les actions, les difficultés et les réussites de l'entreprise dans le passé ; ils ont généralement une vision de la direction que doit prendre l'entreprise dans l'avenir, quels sont les écueils à éviter et les choix de gestion qui seront le plus profitables à l'entreprise.

Et avant tout, ils connaissent à un instant T l'entreprise. Si ce n'est pas l'entreprise dans son ensemble, il est question d'une structure ou d'un domaine important dont eux seuls ont une si bonne connaissance.

Vaste est le choix du domaine concerné.

Le responsable des ressources humaines qui connaît la typologie des employés, leurs difficultés et leurs qualités.

Le responsable d'une branche d'activité définie qui connaît la chaîne de production, les capacités d'évolution ou de non-évolution.

Le responsable financier qui connaît en détail les choix d'investissements et les comptes de l'entreprise.

152. - Pour identifier ces personnes, plusieurs questions doivent être posées :

- Existe-t-il dans l'entreprise une autre personne possédant l'équivalent de ces connaissances ?

- Existe-t-il une trace écrite des différentes connaissances détenues par cette personne ?²⁶⁷
- Est-il possible de reconstituer son savoir spécifique ?
- Combien de temps et de personnes sont nécessaires pour reconstituer ce savoir ?

En fonction des réponses à ces différentes questions, il est possible d'identifier d'une part les personnes ayant cette connaissance de l'ensemble ou d'une partie importante de l'organisation de l'entreprise et d'autre part qu'elle est la teneur de ses connaissances.

L'absence de ces personnes, de manière temporaire ou définitive et qui résulte d'un événement imprévu par l'entreprise, est susceptible d'avoir des conséquences particulièrement graves et préjudiciables dans l'organisation et la gestion de l'entreprise.

Dans les entreprises de plus petite taille, les personnes essentielles sont plus facilement identifiables, dans les sociétés où la responsabilité des associés est limitée, ces connaissances sont généralement détenues par le dirigeant en titre et éventuellement un ou deux associés.

La fragilité de l'entreprise qui découle de l'absence non volontaire de cette personne peut lui être fatale.

153. - Dans les sociétés à responsabilité illimitée, la problématique est différente, ce n'est pas tant les connaissances de la personne absente (le plus souvent l'un des associés) qui sera préjudiciable mais sa présence elle-même. Dans ce type de société l'intuitu personae est extrêmement fort, la personne de l'associé est essentielle, pas systématiquement de par les connaissances qu'il a de l'entreprise mais plus par ce qu'il représente pour celle-ci.

C'est par exemple le cas dans une SNC d'avocats, l'absence de l'un des associés est difficile pour l'entreprise non pas à cause des connaissances que peut avoir l'associé de l'entreprise à proprement parler, mais plutôt par le risque de perte de sa clientèle ou par sa réputation qui attire une nouvelle clientèle.

Ses connaissances sont plutôt d'ordre technique, il a la maîtrise d'un domaine juridique spécifique, il est considéré comme un excellent plaideur, ces qualités sont indispensables au fonctionnement de l'entreprise, mais sont indépendantes de ses connaissances de l'entreprise elle-même.

Il en est bien autrement lorsqu'il est question par exemple de la secrétaire d'un cabinet d'avocats, qui travaille dans le même cabinet depuis de longues années, les associés ont parfois changé, mais la réputation du cabinet repose en partie sur son sérieux dans la gestion des dossiers.

²⁶⁷ A. Kreiss, *La transmission du know how entre entreprises industrielles*, 1987, Litec ; M. Malaurie-Vignal, *La protection des informations privilégiées et du savoir-faire*, D. 1997, chron. 207.

La secrétaire en question a su au fil du temps s'adapter à la pratique de chacun des avocats, elle est rigoureuse dans son travail et la bonne marche du cabinet repose sur son activité et donc ses connaissances. Son absence involontaire va, au moins temporairement, désorganiser le cabinet ce qui est un risque notable pour l'entreprise.

B) Les personnes ayant la connaissance d'un point spécifique

154. - Plusieurs cas de figures sont constatés dans les entreprises :

Ces personnes ne sont absolument pas identifiées dans l'entreprise, le risque n'est évalué qu'après la réalisation d'un sinistre et les conséquences de la réalisation de ce risque est en général catastrophique pour l'entreprise.

Ces personnes sont identifiées par l'entreprise, les dirigeants ont conscience de la plus-value technique de cette personne (quelle soit salariée ou prestataire extérieur) mais le risque est souvent mal apprécié et la survenance d'un sinistre met à jour les failles dans la prévision du risque.

Ces personnes sont identifiées par l'entreprise et le risque est bien évalué, dans ce cas présent, la survenance d'un sinistre a des conséquences limitées sur la pérennité de l'entreprise.

Cette dernière hypothèse est retrouvée dans le cas où l'activité de l'entreprise repose sur une personne ou sur un groupe restreint de personne.

Sportif, détenteur d'un secret de fabrication, artisan ou ouvrier qui à la maîtrise d'une technique à l'exclusion de tout autre, chirurgien, chef cuisinier...

Sans entrer dans un inventaire qui ne serait pas exhaustif, la liste des personnes qui sont susceptibles d'être concernés par cette identification est longue.

Il est donc nécessaire de définir un certain nombre de critères permettant d'identifier ces personnes.

155. - Pour cela, la définition de cette catégorie de sachant peut être : « toute personne qui dans une entreprise détient une connaissance, un savoir-faire ou une technique, à l'exclusion de toute autre personne, et dont l'absence aurait des conséquences considérables pour la pérennité de l'entreprise. »

Cette définition proposée implique la reconnaissance de trois critères cumulatifs qui sont nécessaires à l'identification de la personne essentielle du sachant.

- le critère de la détention d'une connaissance, d'un savoir-faire ou d'une technique.

Il convient d'avoir préalablement identifié les différents savoir-faire de l'entreprise, travail indispensable qui doit être fait en amont.

- le critère de l'unicité

Ce critère renvoie à la singularité de la personne détentrice de cet élément. L'identification de cette personne peut se faire par élimination. Il convient de savoir si une autre personne de l'entreprise est en possession des mêmes qualités, savoir-faire ou connaissances que cette personne. Si l'intuitu personae est important, ce caractère devant être entendu comme le fait qu'aucune autre personne dans l'entreprise n'est apte à remplacer ou du moins à pallier à l'absence de cette personne, alors cette personne est essentielle.

- Le critère des conséquences considérables pour la pérennité de l'entreprise.

Ce critère est probablement le plus compliqué à identifier. Il faut pouvoir se positionner à plusieurs termes dans le temps.

A court terme, l'entreprise peut-elle faire face à l'absence de cette personne ? En fonction des cas la situation est bien différente. Pour un joueur de rugby essentiel dans une équipe, qui est accidenté peu de jours avant une grande rencontre, son empêchement a des conséquences quasiment immédiates : l'équipe est susceptible de perdre un match et par un effet boule de neige avoir des conséquences importantes sur le club de rugby pour l'année entière.

A plus ou moins long terme les questions restent les mêmes.

CHAPITRE 2 L'INTERET D'ASSURANCE

156. - S'il est une notion du droit des assurances qui provoque des réactions doctrinales ambiguës, c'est bien celle de l'intérêt d'assurance.

Les débats doctrinaux relatifs à cette notion, sont bien loin de certaines querelles violentes sur tel ou tel point de droit, néanmoins l'étude des diverses, bien que peu nombreuses, publications sur le sujet laisse à penser que l'intérêt d'assurance mérite que l'on s'y intéresse.

Dans son ouvrage « *Les grandes questions du droit des assurances* »²⁶⁸, le Professeur Luc Mayaux montre toute l'équivocité dont est empreinte cette notion d'intérêt d'assurance. Dans l'introduction du chapitre qu'il consacre à cette notion²⁶⁹, il insiste sur le choix fait par le législateur de mettre cette notion en début d'un chapitre du code des assurances ce qui démontre la volonté que cette notion irrigue les assurances indemnitaires. Le constat est également fait du recours beaucoup plus important que font certains pays quant à l'utilisation de l'intérêt d'assurance. Et pourtant le chapitre « Quel intérêt à l'intérêt d'assurance ? » de cet ouvrage se conclut par une phrase qui laisse entrevoir le dépit de l'auteur pour cette notion « *Décidément, la notion gagne en extension ce qu'elle perd en compréhension... et en intérêt !* »²⁷⁰

Dans le cadre de notre étude, cette notion prend tout de même une dimension qui mérite d'être mise en valeur (Section 1), et cela d'autant plus que, dans les rapports contractuels en matière assurantielles, l'entreprise entretient avec les personnes essentielles à son fonctionnement. Le recours à l'assurance pour compte, ce qui permet de comprendre la véritable nécessité d'utiliser la notion de l'intérêt d'assurance. (Section 2)

²⁶⁸ L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des Assurances*, pref. J. Bigot, LGDJ, 2011

²⁶⁹ Ouvrage préc. p.41

²⁷⁰ id. p.55

Section 1 L'intérêt d'assurance, une notion anodine ?

157. - René Vanard définit l'intérêt comme « un rapport entre une personne et un bien ou un ensemble de biens présentant une valeur économique, mais exposés à des périls dont la réalisation appelle le besoin d'une valeur de remplacement »²⁷¹

L'intérêt d'assurance peut être défini comme l'intérêt que possède une personne à se protéger contre la réalisation d'un risque. C'est-à-dire que ce critère de l'intérêt à la non-réalisation d'un risque est consacré par le législateur comme étant un élément primordial du contrat d'assurance qui permet de distinguer le contrat d'assurance d'autres contrats aléatoires.

Dans le cas d'un contrat de pari ou de jeu, l'intérêt du souscripteur n'est pas préexistant au contrat, il n'existe qu'une fois le contrat conclu. A l'inverse lorsque l'intérêt d'assurance est présent, le souscripteur veut se protéger contre le hasard et la survenance d'un événement qui lui serait préjudiciable. La personne qui parie intègre la notion d'aléas dans sa démarche, mais la cause de ce contrat n'est que l'objectif d'obtenir le gain en jeu et de s'enrichir.

158. - La notion d'intérêt d'assurance est retrouvée dans la plupart des droits étrangers, la validité du contrat d'assurance de chose étant subordonnée à l'existence de l'intérêt pour l'assuré.²⁷²

La notion d'intérêt d'assurance est posée par le législateur français dans l'article L.121-6 du code des assurances qui énonce que *"toute personne ayant un intérêt à la conservation d'une chose peut la faire assurer. Tout intérêt direct ou indirect à la non-réalisation d'un risque peut faire l'objet d'une assurance"*. Cet article fait partie du titre II du code des assurances qui est relatif aux assurances de dommages qui sont opposées de manière classique aux assurances de personnes, qui préviennent de la réalisation de risques propres à la personne tels que d'une atteinte à l'intégrité physique ou liées à la vie humaine, et qui ne sont soumises ni à l'exigence d'un intérêt d'assurance, ni au principe indemnitaire qui caractérisent les assurances de dommage, bien que cette opposition mérite d'être nuancée.²⁷³

²⁷¹ R. Vanard, *La théorie de "l'intérêt" dans l'assurance*, RGAT 1932, p.699.

²⁷² Par exemple, l'article 37 de la loi belge de 1992 ainsi que l'article 48 de la loi luxembourgeoise de 1997 disposent que, dans les assurances indemnitaires : « L'assuré doit pouvoir justifier d'un intérêt économique à la conservation de la chose ou à l'intégrité du patrimoine »; et les articles 38 de la loi belge et 49 de la loi luxembourgeoise précisent qu'en assurance pour compte : « L'assuré est celui qui justifie de l'intérêt d'assurance lors de la survenance du sinistre ».

²⁷³ Les opérations d'assurance sont variées. Elles sont classées par branches (*C. assur.art. R. 321-1*). Elles se séparent en deux groupes distincts, soumis à des techniques et règles différentes.

D'une part, les assurances de dommages qui visent à indemniser soit l'assuré, soit un tiers victime d'un préjudice subi du fait de la survenance d'un événement aléatoire, prévu au contrat : ce sont les assurances des

159. - Contrairement au droit français, la présence de l'intérêt d'assurance est aussi retrouvée dans les assurances de personne dans plusieurs systèmes juridiques étrangers.

C'est le cas dans du Life Assurance Act de 1774²⁷⁴, également dans l'article 2418 du Code civil du Québec,²⁷⁵ dans l'article 790 du Code civil du Brésil.²⁷⁶

Cette absence du recours à l'intérêt d'assurance pour les assurances de personne est très contestable. Le risque de voir dans le contrat d'assurance un pari est très fort.

Lorsque le souscripteur n'est pas l'assuré mais qu'il est le bénéficiaire du contrat d'assurance, dans le cas par exemple d'une assurance en cas de maladie ou une assurance en cas de décès sur la tête d'un tiers pour lequel il n'existe pas avec le bénéficiaire, cela revient à un pari sur la vie.

160. - Le législateur a identifié cette problématique, mais plutôt que d'avoir recours à l'intérêt d'assurance, il a prévu que pour éviter le risque d'enrichissement sans cause, les assurances de personnes seraient par principe forfaitaires et les assurances en cas de décès nécessitent un consentement écrit de l'assuré.

biens ou des responsabilités.

D'autre part, les assurances de personnes, qui garantissent les risques qui affectent principalement la personne physique ; elles comprennent :

- les assurances vie, qui sont non seulement des opérations d'assurance, mais aussi des opérations d'épargne. L'assureur verse une somme forfaitaire indépendante du préjudice subi, en cas de survenance d'un événement aléatoire prévu au contrat. Ce sont les assurances en cas de vie, en cas de décès, et les assurances invalidité, maladie. Ces assurances peuvent être associées à un autre contrat (prêt...);
- les assurances de dommages corporels (accidents...).

On inclut dans les assurances de personnes les opérations de capitalisation (épargne retraite), opérations financières qui peuvent être pratiquées par les entreprises d'assurances, au même titre que les banques, bien qu'elles ne constituent pas un contrat d'assurance, faute d'aléa.

Les assurances de personnes peuvent être des contrats individuels (grande branche) ou collectifs (assurances de groupe).

²⁷⁴ «1°) L'expérience ayant prouvé que l'assurance d'une vie ou de toute autre chose à laquelle l'assuré n'a pas un intérêt direct donnait lieu à une sorte de jeu malfaisant, Sa Majesté le Roi, pour y remédier, arrête qu'aucune assurance ne serait faite par une ou plusieurs personnes, corps politiques ou corporations, sur la vie, les vies d'une ou plusieurs personnes, ou sur quelque autre événement que ce fût, si la personne ou les personnes, pour l'utilité, le bénéfice ou le compte desquelles les assurances seraient faites, n'y avaient aucun intérêt ou ne faisaient qu'un jeu ou un pari ; et que toute assurance faite contrairement au véritable esprit et à l'intention de cet acte, serait nulle et de nul effet, à tous égards, et sous tous les rapports». Ce principe a été repris et modernisé : « No Insurance to be made on the lives of persons having no interest, From and after the passing of this Act no insurance shall be made by any person or persons, bodies politick or corporate, on the life or lives of any person, or persons, or on any other event or events whatsoever, wherein the person or persons for whose use, benefit, or on whose account such policy or policies shall be made, shall have no interest, or by way of gaming or wagering; and every assurance made contrary to the true intent and meaning hereof shall be null and void to all intents and purposes whatsoever. »

²⁷⁵ «Le contrat d'assurance individuelle est nul si, au moment où il est conclu, le preneur n'a pas un intérêt susceptible d'assurance dans la vie ou la santé de l'assuré à moins que ce dernier n'y consente par écrit»

²⁷⁶ « Dans les assurances sur la vie des tiers, le souscripteur est obligé de déclarer, sous peine de faux, son intérêt à la préservation de la vie de l'assuré. Jusqu'à preuve du contraire, l'intérêt est présumé lorsque l'assuré est le conjoint, l'ascendant ou le descendant du souscripteur. »

Cette notion d'intérêt d'assurance semble particulièrement essentielle en droit des assurances, il s'avère pourtant qu'elle a été assez peu décrite par la doctrine, alors même que le recours à cette notion est à plusieurs niveaux indispensable.²⁷⁷

Les assurances de dommage ont pour utilité de prévenir le risque de la diminution du patrimoine du bénéficiaire de l'assurance et sont régies par les articles L. 121-1 et suivants du Code des assurances.

Les contrats d'assurance dont l'objectif est de couvrir la mise en jeu de la responsabilité ne peuvent garantir que les personnes qui sont effectivement susceptibles de voir leur responsabilité engagée à l'occasion de l'activité couverte par le contrat. Il est alors compliqué de différencier l'intérêt d'assurance de la cause du contrat.

161. - Dans le cas du contrat d'assurance responsabilité, il convient d'identifier la personne qui supporte réellement le risque et préalablement le risque lui-même qui est garanti par l'assurance de responsabilité civile.

Le risque de diminution de l'actif patrimonial est supporté par la victime, cela peut constituer un intérêt d'assurance pertinent, mais ce n'est pas l'objet du contrat d'assurance de responsabilité bien que dans la perspective de la victime, l'assurance de responsabilité contractée par l'auteur de son dommage est essentielle puisqu'elle le garantit contre l'insolvabilité du responsable de la diminution de son actif patrimonial.

En réalité l'assurance de responsabilité prévient de l'augmentation du passif patrimonial résultant de la dette issue de la mise en jeu de la responsabilité de l'assuré.

162. - L'intérêt d'assurance doit être apprécié en fonction du risque véritablement supporté par l'assuré. L'assurance est souscrite parce que son bénéficiaire y trouve un intérêt et pour préserver cet intérêt. Le double visage de la notion juridique de cause est mis en exergue, la cause est à la fois la raison d'être et le but du contrat.

Les contrats d'assurance qui intéressent cette étude sont généralement hybrides. Ils contiennent des dispositions relatives à la protection des dommages aux biens, le bénéficiaire étant principalement l'entreprise, mais également une partie qui a trait à la

²⁷⁷ A l'inverse d'autres pays, la notion d'intérêt d'assurance a été longtemps peu étudiée en France, on note cependant un regain d'attention certain ces dernières années :

Depuis l'adoption de la loi sur le contrat d'assurance du 13 juillet 1930 (JO, 18 et 19 juill. 1930) :

R. Vanard, *La théorie de "l'intérêt" dans l'assurance*, RGAT 1932, p.695-715

G. Paladi, *La notion d'intérêt d'assurance*, Thèse Paris I, 1974

M. Provost, *La notion d'intérêt d'assurance*, préf. F. Leduc, LGDJ, coll. "Etudes dr. assur.", 2009

L. Mayaux, *Quel intérêt à l'intérêt d'assurance ?*, in *Les grandes questions du droit des assurances*, préf. J. Bigot, LGDJ 2011, n°58 et s.

protection de la personne. Ce dédoublement nécessite une identification des intérêts en présence.

Le législateur évoque l'intérêt d'assurance dans la partie du Code des assurances relative aux dommages, entendu comme dommage aux biens. Dans les contrats plus complexes, la frontière entre cette division du droit des assurances est plus floue ce qui implique que le recours à la notion d'intérêt d'assurance est souvent très utile.

163. - La diminution de la valeur du patrimoine peut résulter de deux origines l'une relative à un élément de l'actif du patrimoine, l'autre créant un passif :

- La première origine est l'atteinte à un bien présent dans le patrimoine, atteinte qui peut être le résultat d'une destruction totale ou partielle du bien, une détérioration ou une disparition de ce bien. L'assureur compense alors la perte pécuniaire qui touche le patrimoine du bénéficiaire du contrat d'assurance.

- La seconde origine est la mise en jeu de la responsabilité qui crée dans le patrimoine du bénéficiaire du contrat d'assurance une dette correspondant au montant de l'indemnisation du préjudice dû par l'assuré à la victime à laquelle il a créé un dommage. L'indemnisation de ce préjudice est alors à la charge de l'assureur.

L'article L. 121-6 du code des assurances impose donc comme condition de validité un intérêt dans la conservation de la chose.

Cette obligation de justifier d'un intérêt à la non-réalisation du risque garanti par le contrat n'est pas retrouvée en assurance de personne, c'est l'hypothèse des assurances en cas de décès, dans lesquelles le bénéficiaire de l'assurance souscrite peut être un tiers qui ne subit aucun préjudice financier lors du décès de l'assuré.

164. - Le terme d'intérêt employé par le législateur est assez peu précis, ce choix est probablement assez volontaire, car il permet une plus large reconnaissance des personnes pouvant justifier d'un intérêt.

La présence de l'intérêt dans le contrat d'assurance est un garde-fou important contre le contrat d'assurance qui serait un simple pari. Cette crainte de l'assurance-pari²⁷⁸ a eu pour effet de ralentir le développement de l'assurance.

²⁷⁸ Cass. Req., 3 janv. 1876 : S.1976, 1, 105

Pendant longtemps, le bénéficiaire du contrat d'assurance ne pouvait être que le propriétaire de la chose assurée. Ce droit réel particulier et absolu lui conférait un intérêt exclusif à la conservation de la chose et donc à l'assurer. Au fil du temps, les personnes considérées comme ayant un intérêt à l'assurance de la chose ont vu leur nombre augmenter, il s'agissait alors de toutes les personnes détentrices d'un droit réel, entier ou partiel comme l'usufruitier, le copropriétaire qui ont été autorisés à conclure un contrat d'assurance de chose justifié par le lien étroit qu'ils entretenaient avec la chose ; elles étaient susceptibles de subir les conséquences de la réalisation d'un risque.

Mais là encore, seules les personnes ayant un droit réel sur la chose pouvaient souscrire une assurance, et cela excluait d'autres personnes qui pourtant pouvaient subir un préjudice de la perte de la chose. L'article L 121-6 de Code des assurances autorise la souscription à toute personne justifiant un intérêt dans la non-réalisation du risque, et le contrat d'assurance de chose est ouvert aussi bien au simple détenteur qu'au locataire²⁷⁹.

165. - L'exigence d'un intérêt dans le contrat d'assurance se fait sous peine de nullité du contrat²⁸⁰, mais la notion vague d'intérêt, notion à laquelle le législateur a adjoint les termes de direct ou d'indirect indique que le contrat d'assurance de dommage ne peut être souscrit qu'au profit d'une personne dont le patrimoine sera atteint en raison de la réalisation du sinistre.

L'emploi de l'occurrence « indirecte » autorise à ne pas limiter l'intérêt à celui du propriétaire de la chose. L'usufruitier, le locataire et même le simple possesseur qui n'ont qu'un pouvoir de fait, mais qui profitent de la chose dont ils retirent une utilité sont susceptibles de subir une perte dans leur patrimoine en cas de réalisation du sinistre, ce qui répond aux conditions de la présence d'un intérêt et donc de l'absence de nullité du contrat pour cette cause.²⁸¹

Les assurances de dommage portent sur des choses et garantissent le porteur d'intérêt contre la destruction ou la perte éventuelle de la chose assurée, elles couvrent la diminution éventuelle de l'actif patrimonial.

²⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 21 janvier 1997 : Resp. civ. et assur. Hors série 1998, chron. 143, « *Quand un agent général est la victime du double jeu de sa compagnie* », obs. H. Groutel et Resp. civ. et assur. 1997, chron. 13, p. 7.

²⁸⁰ G. Courtieu, A. Favre Rochex, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, LGDJ, 1998, coll. « Droit des affaires », n°2-76

²⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 1990, n°88-17699 Bull. civ. 1990, I, n° 82 ; Resp. civ. et assur. 1990, comm. 259 ; RGAT 1990, p. 891, note J. Kullmann : est valable l'assurance souscrite à son profit par le possesseur d'un véhicule, celui-ci ayant un intérêt à sa conservation, un assureur ne peut pas se prévaloir de la possession précaire et équivoque du véhicule assuré pour refuser sa garantie contre le vol, et il doit payer l'indemnité dès lors que le possesseur, ayant un intérêt à sa conservation, avait fait assurer à son propre bénéfice le véhicule qui n'était pas revendiqué par un tiers. Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991 : Resp. civ. et assur. 1991, comm. 114 : l'assureur qui indemnise son assuré n'est pas tenu de procéder à une vérification relative à la propriété du bien.

166. - La question est de savoir qui, du souscripteur, de l'assuré ou du bénéficiaire détient un intérêt d'assurance.

Par exemple, sont garantis les dommages causés ou subis par un bien immeuble (exemple de l'assurance dommage-ouvrage), à l'occasion d'une opération de réparation. Le bien dispose d'un propriétaire, mais il peut s'agir aussi d'un locataire ou d'un usufruitier, d'un entrepreneur qui intervient pour le réparer.

Lors de ces réparations il convient de s'interroger pour savoir quels sont les risques et quelles sont les personnes qui ont un intérêt direct ou indirect à leur non-réalisation ?

Le propriétaire supporte le risque d'une atteinte à un élément d'actif de son patrimoine par la perte totale ou partielle du bien.

Le locataire supporte le risque d'une perte économique, donc une atteinte à un élément d'actif de son patrimoine, du fait de l'impossibilité d'usage du bien, mais il supporte également le risque de voir sa responsabilité engagée envers le propriétaire-bailleur, il s'agit là d'une atteinte à son passif patrimonial.

L'entrepreneur court le risque d'engager sa responsabilité civile soit une atteinte à son passif patrimonial, et risque une atteinte à son actif, si la chose périt avant sa réception car il ne pourra réclamer aucune rémunération (dans les conditions prévues par les articles 1788

et 1790 du Code civil)²⁸².

167. - Il faut donc identifier l'assuré en déterminant au préalable le risque. Entre alors en considération le lien entre le risque et le patrimoine qui est atteint par sa survenance, ainsi il est possible de caractériser l'intérêt d'assurance chez l'une ou l'autre des personnes. Un risque donné crée un ensemble d'intérêts à assurer.

En cas de litige quant à l'attribution de l'indemnité d'assurance, lorsque pour un risque il existe une pluralité d'intérêts, les juges du fond doivent rechercher celle des personnes qui a un intérêt qui lui confère la qualité d'assuré.²⁸³

Lorsque le contrat d'assurance ne prévoit pas de clause contraire, chaque intérêt d'assurance peut conférer la qualité d'assuré et chacun des risques est garanti.

Le fait que la chose confère une utilité à la personne, pour quelque raison que ce soit et, qu'il est possible de justifier d'un intérêt économique dans la conservation de celle-ci implique l'existence d'un intérêt d'assurance qui justifie de pouvoir mettre en jeu la

²⁸² C.Civ. art.1788 « Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. »

C.Civ. art.1790 « Si, dans le cas de l'article précédent la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière. »

²⁸³ Cass. 2e civ., 15 mai 2008, no 07-11.574

garantie. Ce principe exclut la qualité de propriétaire comme condition indispensable à la qualification d'assuré lorsqu'un contrat prévoit la couverture du risque de privation de jouissance du bien, alors le préjudice résulte de l'impossibilité d'utiliser le bien et l'indemnité revient à celui qui justifie qu'il occupait le bien avant le sinistre, qu'il soit propriétaire ou locataire.²⁸⁴

168. - La jurisprudence relative à cette problématique de l'identification du véritable porteur de l'intérêt d'assurance par les assureurs au moment de la réalisation du sinistre et du paiement de l'indemnité est abondante.

Ainsi, la Cour de Cassation a contraint un assureur à verser l'indemnité d'un contrat prévoyant la perte de la valeur du fonds de commerce au locataire-gérant de ce fonds, alors que l'assureur refusait au motif que le locataire-gérant n'était pas propriétaire du fond de commerce.²⁸⁵

Dans une autre affaire, un assureur avait refusé sa garantie à une personne qui avait souscrit une assurance contre le risque vol de son véhicule. L'assureur considérait que cette personne exerçait une possession précaire et équivoque du véhicule et qu'il ne possédait donc aucun droit réel sur le bien.

La Cour de Cassation a rendu un arrêt de cassation à l'encontre de la décision qui avait accueilli l'argumentation de l'assureur en considérant que les qualités de la possession étaient indifférentes, dès lors que le souscripteur avait un intérêt à la conservation du véhicule et qu'il avait assuré celui-ci à son bénéfice.²⁸⁶

En revanche, la Cour de Cassation ne contraint pas l'assureur à vérifier l'origine ou l'existence de la propriété du bien lorsqu'il assure la chose.²⁸⁷

Cette absence d'obligation de vérification par l'assureur des conditions attachées à la propriété de la chose est également retrouvée lors du versement de l'indemnité d'assurance à la personne désignée comme l'assuré dans le contrat.²⁸⁸

169. - L'intérêt d'assurance qui doit être identifié est celui de la personne qui est le bénéficiaire et qui a également la qualité d'assuré.

Le souscripteur qui conclut à son profit un contrat d'assurance qui le prémunit contre un risque de perte pesant sur un bien pour lequel il n'a aucun intérêt ne subit aucune

²⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 2005, no 03-15.497, RGDA 2005, p. 401, note L. Mayaux : le juge ne peut pas décider que l'indemnité est versée exclusivement au propriétaire du bien assuré.

²⁸⁵ Cass. 2^e civ., 6 oct. 2011, no 10-24.309, RGDA 2012, p. 335, note J. Bigot ; GP 7 avril 2012 n° 98, p. 17 note B. Cerveau

²⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 avr. 1990, no 88-17.699, RGAT 1990, p. 891, note J. Kullmann

²⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2000, no 97-20.179, Bull. civ. I, no 47, Rev. Lamy dr. aff. 2000, no 27, no 1717, RGDA 2000, p. 504, note A. Favre-Rochex

²⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 1991, no 88-20.167, Resp. civ. et assur. 1992, comm. no 114

conséquence de la perte du bien en question, il a même tout intérêt à ce que le bien disparaisse afin de recevoir l'indemnité. Cette indemnité vient alors augmenter son patrimoine ce qui est contraire au principe indemnitaire qui impose de limiter la prestation d'assurance à la perte réellement subie par le patrimoine.

Pour éviter cet enrichissement sans cause, il faut comparer la valeur du dommage réellement subi par le patrimoine, le préjudice, au montant de la prestation d'assurance. Cette comparaison ne peut se faire que sur un même patrimoine, patrimoine qui doit être celui de la personne qui a véritablement subi le dommage.

Cela explique l'indispensable confusion qui doit exister entre la personne de l'assuré et celle du bénéficiaire et qui est la personne chez laquelle l'intérêt d'assurance doit être déterminé.

170. - Une distinction doit être opérée entre d'une part le droit d'agir à l'encontre de l'assureur pour le contraindre à exécuter sa prestation et d'autre part avec le droit de percevoir l'indemnité d'assurance, le titulaire de ce droit qu'est le bénéficiaire est soit désigné par le contrat, soit par la loi ou la jurisprudence. L'intérêt d'assurance ne confère pas nécessairement la pleine disposition de ces droits.

Le droit de demander à l'assureur l'exécution de sa prestation appartient en premier lieu au souscripteur, puisque qu'il est le cocontractant de l'assureur, qu'il puisse se prévaloir ou non d'un intérêt d'assurance ; ce peut être un droit dévolu au bénéficiaire dans le cadre d'une stipulation pour autrui.

Le droit de percevoir l'indemnité est, en revanche, attaché à la personne du bénéficiaire.²⁸⁹

Le titulaire du droit d'exiger le versement de l'indemnité d'assurance n'est donc pas réservé à l'unique détenteur de l'intérêt d'assurance ce qui implique que la recevabilité de l'action contre l'assureur n'est pas dépendante de la présence chez le demandeur d'un intérêt d'assurance.

L'argumentation fondée sur le principe de « Nul ne plaide par procureur »²⁹⁰ n'est pas accueillie favorablement par la Cour de Cassation au motif qu'il « *résulte de l'article 1121 du Code civil que le souscripteur d'un contrat comportant une garantie au profit d'un tiers a nécessairement qualité pour demander l'exécution de cette garantie au profit de ce tiers* »²⁹¹

²⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1993, no 91-13.291, RGAT 1994, p. 75, note L. Mayaux

Cass. 2^e civ., 2 oct. 1997, no 95-19.190, Bull. civ. II, no 242, JCP G. 1997, n° 2193, IV, p.347, Recueil Dalloz 1997, N° 38, IR, p. 221

La Cour de cassation a décidé que « *le responsable d'un dommage, qui n'est ni le souscripteur, ni le bénéficiaire du contrat d'assurance de choses, est sans qualité à critiquer la prise en charge du sinistre par l'assureur de la chose* »

²⁹⁰ H. Glenn, *À propos de la maxime « Nul ne plaide par procureur »*, : RTD civ. 1988, p. 59 s.

²⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998, no 96-20.885, RGDA 1999, p. 292, note J.Kullmann

Dès lors, sauf clause contraire prévue dans le contrat, ce qui reviendrait à une situation d'enrichissement sans cause, le souscripteur dépourvu d'intérêt d'assurance ne peut réclamer le versement de l'indemnité d'assurance entre ses mains.²⁹²

171. - Cette notion d'intérêt d'assurance ne fait pas obstacle au droit d'agir de certaines personnes désignées par la loi, dans le cas par exemple du droit d'action direct de la victime contre l'assureur en responsabilité du responsable du dommage subi par elle ou du droit des créanciers munis de sûreté.

Dans un souci constant d'éviter les situations dans lesquelles le bénéficiaire s'enrichirait par la réalisation du sinistre, le code des assurances définit avec minutie les situations de cumul d'assurance dans l'article L121-4.²⁹³

Cet article dispose que le cumul d'assurance est présent lorsqu'une même personne se trouve assurée auprès de plusieurs assureurs, par plusieurs polices d'assurance et qu'il existe une identité d'intérêt et de risque.²⁹⁴

L'identité de risque n'implique pourtant pas toujours une identité d'intérêt. Il n'existe pas de cumul d'assurance lorsque est présente une identité de risque sans identité d'intérêt et à l'inverse, lorsqu'il y a une identité d'intérêt mais des risques distincts.²⁹⁵

²⁹² Cass. 2e civ., 10 févr. 2011, no 10-30.435, RGDA 2011, p. 677, note A. Péliissier

²⁹³ C. Ass. Art. L.121-4 Loi n°82-600 du 13 juillet 1982 - art. 8 JORF 14 juillet 1982

« Celui qui est assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque, doit donner immédiatement à chaque assureur connaissance des autres assureurs.

L'assuré doit, lors de cette communication, faire connaître le nom de l'assureur avec lequel une autre assurance a été contractée et indiquer la somme assurée.

Quand plusieurs assurances contre un même risque sont contractées de manière dolosive ou frauduleuse, les sanctions prévues à l'article L. 121-3, premier alinéa, sont applicables.

Quand elles sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1, quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite. Dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix.

Dans les rapports entre assureurs, la contribution de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été à la charge de chaque assureur s'il avait été seul. »

²⁹⁴ Ce cumul d'assurances est un grand classique pour les parents d'enfants scolarisés, l'école exige généralement que soit souscrit deux assurances de responsabilité civile l'une qui garantit les risques pouvant résulter de l'activité scolaire de l'enfant, l'autre qui le couvre pour l'ensemble des risques qu'il peut courir comme chef de famille. Cass. 1re civ., 6 octobre 1969 : JCP 1970, II, 16205, note A. Besson. D'après la Cour de cassation, « il existait en l'espèce un concours d'assurances couvrant le même risque » car deux assurances avaient été souscrites par la mère d'un enfant, l'une était une assurance de responsabilité civile du chef de famille, l'autre était une assurance collective souscrite par l'association des parents d'élèves à laquelle la mère avait adhéré. Les deux assurances garantissaient la responsabilité de l'enfant

²⁹⁵ Cass. 1re civ., 15 oct. 1991 : RGAT 1991, p.806-807, note H. Margeat et J. Landel ; Resp. civ. et assur. 1991, no 399 ; JCP G - 1991, 50, IV, 436 ; D. 1991, 37, IR, 245, une association louait un local qui était assurée contre le risque locatif d'incendie. La personne qui utilisait le local avait également souscrit un contrat d'assurance « tout en un, habitation », garantissant le même immeuble contre le risque locatif d'incendie. Un incendie se produit durant la période de garantie. Selon les auteurs (cf. H. Groutel, *La notion de cumul d'assurances dans le flou*, Resp. civ. et assur. 1991, chron. 28), il y avait clairement dans ce cas une identité de risque : les deux contrats garantissaient en effet le même bâtiment contre un même événement, l'incendie, et couvraient la même conséquence de la réalisation de cet événement, à savoir l'engagement éventuel de la responsabilité de l'usager. Mais cette identité de risque n'impliquait pas une identité d'intérêt d'assurance. En effet, les souscripteurs, à savoir, d'un côté, le locataire et, de l'autre, l'occupant du local avaient assuré, chacun de leur côté, leur responsabilité civile personnelle, si bien que les contrats couvraient en réalité des intérêts différents.

172. - Cette dernière analyse semble s'opposer à la consubstantialité perçue souvent entre l'intérêt et le risque, l'intérêt étant entendu comme une composante du risque. Le syllogisme qui gouverne cette approche, qui est essentielle lorsqu'il est question de cumul d'assurances, est posé de la manière suivante : il n'existe pas de risque sans intérêt d'assurance, il peut y avoir une identité de risque alors qu'il n'existe pas une identité d'intérêt d'assurance.

Pour caractériser une identité d'intérêt d'assurance, deux contrats d'assurance doivent assurer le même risque, pour la même personne, cette configuration est retrouvée lorsque le bénéficiaire possède un intérêt à la non-réalisation d'un risque qui est garantie par deux contrats distincts.

Par exemple, l'assurance du risque pour un ouvrier menuisier employé d'une entreprise de perdre sa main au cours d'un chantier, est le fruit de deux intérêts d'assurance distincts, celui de l'entreprise d'avoir un employé qui ne sera plus disponible et celui de l'ouvrier qui ne pourra peut être plus exercer son métier. Le risque est le même mais l'intérêt d'assurance est différent. Il n'y a donc pas de cumul d'assurance.

173. - Au final, seul l'identité du risque est un critère indispensable au cumul d'assurance prévue par l'article L.121-4 du Code des assurances..

Si plusieurs contrats d'assurance sont souscrit pour la sauvegarde de l'intérêt à la non-réalisation du risque de plusieurs assurés, l'article L.121-4 du Code des assurances ne trouve pas application puisqu'il n'est pas question de cumul d'assurances. Lors de la survenance du sinistre, plusieurs patrimoines sont bénéficiaires de l'indemnité, un seul patrimoine ne cumule donc pas plusieurs indemnités.

Chacune des personnes assurées perçoit l'indemnité versée par son propre assureur qui répare le dommage qu'elle supporte.²⁹⁶

Dans le cas des assurances de responsabilité qui couvrent un même risque, le cumul d'assurance n'existe que si deux assurances sont souscrites dans l'intérêt d'un même responsable. Le critère du cumul d'assurance repose sur le risque de causer un dommage qui pèse sur l'assuré.

Si plusieurs assureurs couvrent un même risque, mais pour plusieurs personnes susceptibles de créer un même dommage, alors chaque assureur couvre la part de responsabilité de son assuré, si l'un d'eux indemnise intégralement la victime, il a la possibilité d'exercer un

²⁹⁶ Cass. 1re civ., 21 nov. 2000 ; Bull. civ. 2000, I, n° 292 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 63 et chron. 5, H. Groutel ; RGDA 2000, p. 1052, note J. Kullmann : Dans cet arrêt, la Cour de Cassation considère qu'il n'y a pas de cumul entre l'assurance de choses souscrite par le crédit-preneur à son profit pour garantir le bien loué et l'assurance souscrite, dans son intérêt propre, par le crédit-bailleur sur ce même bien.

recours subrogatoire à l'encontre du ou des coresponsables et de leurs assureurs. Ce recours se fonde sur l'article L.121-12 du Code des assurances.²⁹⁷

Section 2 L'indispensable recours à l'intérêt d'assurance dans l'assurance pour compte

174. - La notion d'intérêt d'assurance prend une dimension toute particulière lorsqu'il est question de l'assurance pour compte, qui est le schéma juridique communément utilisé pour les contrats d'assurance qui intéressent cette étude.

L'assurance pour compte est une stipulation pour autrui.

Le législateur, dans l'article 1119 du Code civil pose le principe selon lequel on ne peut stipuler que pour soi-même.²⁹⁸ Cet article, présent dès 1804, n'a jamais subi de modification. Néanmoins, l'article 1121 du même code autorise la stipulation pour autrui²⁹⁹, qui doit être explicite et ne se présume pas normalement.

Cependant les juges découvrent des stipulations pour autrui en dehors des contrats écrits ou de clauses expressément intégrées dans un contrat, il s'agit alors de stipulations pour autrui tacites.³⁰⁰

La jurisprudence est longtemps restée très stricte quant à la présence d'une formulation expresse dans le contrat concernant l'assurance pour compte.

Dans un premier temps, la jurisprudence était très exigeante quant à la présence et la formulation de la clause prévoyant une stipulation pour autrui dans le contrat d'assurance, la clause devait être exprimée formellement dans la police et cette stipulation pour autrui ne pouvait pas être déduite de la nature du contrat.³⁰¹

²⁹⁷ Cass. 1re civ., 11 déc. 1990 ; Bull. civ. 1990, I, n° 283 ; Resp. civ. et assur. 1991, comm. 79 ; JCP G 1991, N°6, IV, p.51 ; RGAT 1991, p. 29, note R. Maurice : A violé l'article L. 121-4 du code des assurances l'arrêt qui, considérant qu'il y a cumul d'assurances, applique la clause d'antériorité hors de son contexte, et fait supporter à l'un des assureurs de responsabilité professionnelle l'intégralité du sinistre (chute d'un client dans l'escalier du cabinet d'un vétérinaire), alors que chacun des associés était garanti par une police distincte, pour un intérêt et contre un risque propre." Dans le sens inverse, Cass. 1re civ., 15 oct. 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 267 ; GP 31 mai 1992, 152-154, 21 ; Resp. civ. et assur. 1991, comm. 399 et chron. 28, H. Groutel ; RGAT 1991, p. 806, note H. Margeat et J. Landel : S'agissant de l'assurance incendie d'un presbytère, souscrite auprès d'une compagnie par l'association diocésaine locataire et par le curé l'y habitant auprès d'un autre assureur, on peut considérer qu'il y a cumul d'assurances donnant lieu à recours entre assureurs selon l'article L. 121-4 du code des assurances.

²⁹⁸ C. civ. art. 1119 : « on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même »

²⁹⁹ C. civ. art. 1121 : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

³⁰⁰ J. Flour et J-L Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*, A. Colin, 2000, no 472, p. 344 ; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, « *Le contrat, Effets* », LGDJ, 2001, no 1000, p. 1078

³⁰¹ Cass. 1re civ., 12 mai 1958, RGAT 1958, p. 414, note A. Besson ; également : Cass. civ., 18 mars 1952, RGAT 1952, p. 189 : doit être prévu dans la police : « clause claire et précise » ; Cass. 1re civ. 5 févr. 1974, RGAT 1975. 57, note A. Besson ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 1981, RGAT 1981. 497, note A. Besson, D. 1982, IR 384, obs. C. J. Berr et H. Groutel ; Cass. Civ 1^{ère}, 26 févr. 1991, n° 88-10.189, RGAT 1991. 315, note R. Maurice

La Cour de Cassation a assoupli sa position dès 1995 en affirmant que « *si elle ne se présume pas, l'assurance pour compte peut être implicite et résulter de la volonté non équivoque des parties* »³⁰²

175. - Cette consécration de la stipulation pour autrui tacite est allée beaucoup plus loin puisqu'en 2003, la 1^{ère} Chambre Civile a cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon dans lequel les juges du fond n'avaient pas recherché si, en souscrivant une police garantissant des marchandises appartenant à une autre personne contre le vol, le souscripteur n'avait pas souscrit en réalité une assurance pour le compte d'autrui.³⁰³

Seule une jurisprudence de 1998 entre quelque peu en contradiction avec cette position extensive de la Cour de Cassation. Dans cette affaire, la Haute Cour avait conclu qu'un contrat d'assurance pour le compte d'une entreprise n'avait pu être conclu par le souscripteur en l'absence d'une stipulation expresse dans la police ou à l'occasion d'un avenant. Cela étant, cette solution a été contredite par la suite.³⁰⁴

176. - La présence d'un intérêt d'assurance dans l'assurance pour compte prend donc une dimension toute particulière. Plusieurs référentiels sont envisagés pour permettre de savoir s'il existe ou non une assurance pour compte et l'intérêt d'assurance est systématiquement mis en exergue pour déceler cette existence d'une assurance pour compte.

Lorsqu'une clause n'est pas présente ou pas clairement écrite dans le contrat, l'intérêt d'assurance est apprécié au regard des risques encourus et des risques garantis. La volonté de voir souscrire à son profit une assurance par un tiers cocontractant par la personne qui dispose d'un intérêt est aussi prise en compte.

Les relations qui unissent la personne qui revendique une assurance pour son compte et le souscripteur de la police d'assurance sont des éléments qui méritent aussi d'être considérés, il peut s'agir de liens contractuels, cas retrouvé le plus couramment dans les relations qui intéressent cette étude, mais ce lien entre ces deux personnes peut aussi être simplement structurel.

Un maître d'ouvrage avait souscrit une assurance qui couvrait sa construction contre le risque d'incendie. Il était la seule personne désignée sous la dénomination « d'assuré » dans le contrat. Un sinistre était survenu avant la réception de l'ouvrage, l'assureur,

; Cass. Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1997, n° 95-10.278, Resp. civ. et assur. 1997, comm. 175

³⁰² Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, no 92-13.534, Resp. civ. et assur. 1995, comm. no 377 également : M.-A.

Peano : « *L'assurance pour compte « tacite » ou le moyen de faire payer l'assureur* », Resp. civ. et assur. 1995, chr. no 50

³⁰³ Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2003, no 00-17.213, RGDA 2003, p. 678, note L. Fonlladosa, Resp. civ. et assur. 2003, comm. no 307, note H. Groutel

³⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1998, no 96-12.079, RGDA 1998, p. 687, note L. Fonlladosa, cet auteur relevant très justement que cette décision ne semble pas remettre en cause l'évolution de la jurisprudence

subrogé dans ses droits après l'avoir indemnisé a tenté d'engager la responsabilité de l'entreprise qui était responsable de la livraison de l'ouvrage.

L'entreprise en question lui a opposé le fait qu'elle avait la qualité d'assuré par le biais d'une assurance pour compte, cette argumentation a été accueillie par la Cour d'Appel de Montpellier puis par la Cour de Cassation.³⁰⁵

La Cour d'Appel a constaté que le contrat d'assurance qui avait été souscrit par le maître d'ouvrage prévenait contre le risque de destruction par incendie de l'ouvrage pour la période allant jusqu'à la livraison, l'ouvrage n'ayant pas été livré avant la réalisation du risque, la destruction restait donc à la charge de l'entrepreneur. Sans que cette notion ne soit explicitement évoquée, il s'agit bien de l'intérêt d'assurance qui est déterminant dans cette décision. Le contrat d'assurance couvrait le risque de destruction par incendie de l'ouvrage pendant la période précédant la livraison de celui-ci.

177. - Au moment du sinistre la personne qui subit les conséquences financières de la réalisation du risque est bien l'entrepreneur, dès lors l'intérêt d'assurance se situe bien chez cette personne, ce qui lui confère la qualité d'assuré.

Dans la même lignée, un arrêt de la Cour d'Appel de Chambéry, confirmé par la 1^{ère} Chambre Civile, avait condamné l'assureur d'un locataire au versement d'une indemnité au propriétaire d'un local qui avait été endommagé par la grêle.

La police d'assurance qu'avait souscrit le locataire garantissait le local loué contre ce risque. La Cour d'Appel avait considéré que cette assurance, bien que souscrite par le locataire et alors qu'aucune information concernant le propriétaire n'y figurait, avait été souscrite par le locataire pour son compte, mais aussi pour le compte du propriétaire.³⁰⁶

A l'inverse, la jurisprudence ne reconnaît pas d'assurance pour compte dans certaines situations juridiques qui auraient pu être perçues comme assez similaires.

Ainsi a été jugé que la qualité d'assuré pour compte n'existait pas pour des clients d'une agence de voyage. Cette dernière avait souscrit une police d'assurance qui prévenait du risque d'annulation du voyage et garantissait le remboursement des sommes engagées à ses clients. La qualité d'assuré a été reconnue à l'agence de voyage, mais pas à ses clients.³⁰⁷

178. - Plusieurs effets résultent de cette assurance pour compte, qu'elle soit explicite dans le contrat ou implicite et souvent reconnue après la réalisation du sinistre.

³⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1993, no 90-18.876, RGAT 1994, p. 123, note J. Kullmann, Resp. civ. et assur. 1994, comm. no 25, obs. H. Groutel ; JCP G, 1994, n° 1, IV, n° 6, p.6 ; JCP 1994, n° 1 p.2 ; JCP N 1994, n° 11, II, p. 105 ; Recueil Dalloz 1994, n° 1, IR, p.4 ; G.P 2 mars 1994, n° 61-62, PANORAMA, p.35

³⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995, no 92-13.534, Resp. civ. et assur. 1995, comm. no 377 ; Recueil Dalloz 1995, N° 35 JCP G n° 41, 11 Octobre 1995, IR, p.205 IV 2227 ; voir aussi M-A. Peano, *L'assurance pour compte « tacite » ou le moyen de faire payer l'assureur*, Resp. civ. et assur. 1995, chr. no 50

³⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1989, no 87-17.649, RGAT 1990, p. 201, note J.Kullmann

Tout d'abord il est important de s'interroger sur les droits et obligations qui naissent pour la personne d'autrui.

L'exécution du contrat peut tout naturellement être sollicitée par le souscripteur-stipulant bien qu'il n'ait pas la qualité d'assuré.³⁰⁸

La personne qui revendique la qualité d'assuré pour compte bénéficie d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur sans pour autant être en concurrence avec les créanciers du souscripteur-stipulant.³⁰⁹

L'article L. 112-1 du code des assurances³¹⁰ précise que la prime n'a pas à être payée par l'assuré pour compte³¹¹, ce qui laisse supposer que cette assurance pour compte ne fait pas naître d'obligation sur sa tête, mais cela n'exclut pas qu'il puisse spontanément et dans une volonté de préserver ses intérêts, se substituer au souscripteur-stipulant.

Cette intervention peut donc se faire par le paiement de la prime, la déclaration du risque ou de l'aggravation du risque et bien évidemment la déclaration du sinistre ce qui lui évite de subir les conséquences qui découleraient de la négligence du souscripteur-stipulant comme la déchéance ou la suspension de garantie, la règle proportionnelle de prime.

S'il donne son accord, l'assuré pour compte peut s'obliger personnellement vis-à-vis de l'assureur ou des tiers.³¹²

179. - Le 3ème alinéa de l'article L.112-1 du Code des assurances fait référence à l'opposabilité des exceptions dont peut user l'assureur envers l'assuré pour compte. Les termes employés dans cet article restent très généraux : « *les exceptions que l'assureur pourrait lui opposer[à l'assuré pour compte] sont également opposables au bénéficiaire du contrat, quel qu'il soit.* »

Cette règle englobe, semble-t-il, toutes les exceptions :

- Les déchéances de garantie³¹³, il est à noter que la déchéance de garantie pour déclaration tardive du sinistre n'est pas opposable à la victime et aux

³⁰⁸ Cass. 1re civ. 15 déc. 1998, n° 96-20.885, RGDA 1999. 292, note J. Kullmann

³⁰⁹ Cass. civ. 17 oct. 1945, RGAT 1946. 371, note A. Besson

³¹⁰ C.Ass. Art. L112-1 « *L'assurance peut être contractée en vertu d'un mandat général ou spécial ou même sans mandat, pour le compte d'une personne déterminée. Dans ce dernier cas, l'assurance profite à la personne pour le compte de laquelle elle a été conclue, alors même que la ratification n'aurait lieu qu'après le sinistre.*

L'assurance peut aussi être contractée pour le compte de qui il appartiendra. La clause vaut, tant comme assurance au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause.

Le souscripteur d'une assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra est seul tenu au paiement de la prime envers l'assureur ; les exceptions que l'assureur pourrait lui opposer sont également opposables au bénéficiaire du contrat, quel qu'il soit. »

³¹¹ Cass. 1^{ère} civ. 18 juill. 1977, RGAT 1978. 367, note J. Bigot

³¹² G. Vernandet, *La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire*, JCP 1989. I. 3391

³¹³ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1966, RGAT 1967. 614, note A. Besson ; Cass. civ.1^{ère}, 10 juin 1997, n° 95-15.813, RGDA 1997. 1003, note F. Chardin ; Concernant l'évaluation frauduleuse des pertes : Cass. 1ère civ. 4 juin 1996, n° 94-13.614, RGDA 1996. 578, note L. Mayaux

créanciers privilégiés du souscripteur, il est donc indispensable de qualifier parfaitement bien l'assuré pour compte.

- La faute intentionnelle du souscripteur-stipulant.³¹⁴
- La prescription biennale acquise par l'assureur contre le souscripteur stipulant.³¹⁵ Se pose dans cette exception opposable par l'assureur le problème du point de départ du délai des 2 ans, il est nécessaire que ce point de départ soit repoussé à la date à laquelle l'assuré pour compte a eu la possibilité d'agir.³¹⁶

Dans cette opération à trois personnes de l'assurance pour compte, qui est parfois prévue dans le contrat d'assurance lui-même, réglant ou non les difficultés qui sont susceptibles de naître à l'occasion de l'exécution du contrat, et alors que cette assurance pour compte qui bien souvent est découverte à posteriori, le sinistre est déjà survenu, le problème de la charge de la preuve est rarement anticipé.

180. - La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'Appel de Douai (15 avril 1986) qui avait statué sur la charge de la preuve. Dans cette affaire, un maître d'ouvrage avait recherché la responsabilité de l'entrepreneur en agissant contre l'assureur de ce dernier suite à un dommage qui s'était produit avant la réception des travaux. Le maître d'ouvrage ne se présentait pas comme victime, mais comme assuré pour compte démontrant qu'il disposait d'un intérêt d'assurance. La Cour d'Appel de Douai avait considéré que si l'assureur n'était pas en mesure de fournir la preuve d'une clause contraire dans la police d'assurance, alors elle appréciait souverainement les éléments qui lui étaient soumis et pouvait déduire l'existence d'une assurance pour compte. Cette analyse n'a pas été contredite par la Cour de Cassation qui n'a pas retenu qu'il existait une inversion de la charge de la preuve³¹⁷.

Dans cette étude relative à la prise en compte par le contrat d'assurance des personnes essentielles à la bonne marche de l'entreprise la notion d'intérêt va prendre une dimension toute particulière. Dans ce schéma, l'intérêt et le risque ne sont pas identiques, il y a même parfois une véritable distorsion entre ces deux notions, il semble alors que la notion d'intérêt d'assurance soit plus pertinente à utiliser que celle de simple risque.

181. - En fonction du référentiel, la simple notion de risque ne permet pas d'avoir une vision intégrale des rapports entre les différents acteurs qui interviennent dans le mécanisme assurantielle.

³¹⁴ Cass. 1ère civ. 11 déc. 1990, n° 88-19.614, RGAT 1991. 55, note H. Margeat et J. Landel ; Cass. 1ère civ. 20 juill. 1994, n° 90-21.054, RGAT 1994. 1118, note L. Mayaux ; Cass. 1re civ., 15 déc. 1998, RGDA n° 1999-2, 1 avril 1999, note J. Kullmann

³¹⁵ Cass. 1ère civ. 17 juill. 1985, n° 84-13.324, RGAT 1986. 359, note J. Bigot, GP, 13 mai 1986, n° 131 à 133, note J. Roussel

³¹⁶ Cass. 1ère civ., 11 oct. 1988, RGAT 1989. 47, note J. Bigot, D. 1989. somm. 248, obs. C. J. Berr ; Cass. 2ème civ. 15 mars 2007, n° 05-20.856, Resp. civ. Et assur. 2007, comm. 204, RGDA 2007, no 3, note J. Kullmann ;

³¹⁷ Cass. 1ère civ., 10 mai 1988, no 86-15.830

Du point de vue de l'entreprise, l'intérêt qu'elle a d'être assurée se situe à différents niveaux.

Les risques auxquels elle est soumise concernant les personnes essentielles ne sont pas uniquement des risques financiers liés directement à l'activité économique, les effets peuvent être beaucoup plus indirects, l'impact de la réalisation d'un risque aura des conséquences certes financières mais qui sont difficiles à évaluer préalablement car la perte n'est pas immédiate.

182. - Dans l'hypothèse d'un risque lié à une atteinte à l'image du dirigeant, image qui est particulièrement attachée à celle de l'entreprise qu'il dirige, l'évaluation des pertes consécutives à la réalisation du risque est presque impossible. Le lien qui unit l'image de l'entreprise à celle du dirigeant n'est parfois découvert qu'à l'occasion de la réalisation du risque et au traitement qui en est fait par les médias et par ailleurs en fonction du type d'atteintes à l'image, les conséquences ne seront pas les mêmes.

Que l'atteinte à l'image du dirigeant porte sur des malversations financières, sa vie privée, un rapport avec une infraction sexuelle ou tout autre crime, la réaction des partenaires n'est pas la même et les conséquences différeront également.

Le recours à la notion d'intérêt d'assurance prend alors un avantage sur la définition du contrat par le risque.

Le risque dans cette hypothèse est soit défini de manière trop restrictive, soit de manière trop floue alors que l'intérêt d'assurance interverti le positionnement et permet de mieux couvrir les situations pour lesquelles un sinistre aurait des conséquences très importantes pour l'entreprise. Pour une personne essentielle à la bonne marche de l'entreprise, qui de par le savoir-faire qu'elle détient, ne peut être absente de l'entreprise pendant une trop longue période. L'intérêt d'assurance de l'entreprise va devoir être défini en fonction de la durée à partir de laquelle les conséquences de l'absence de cette personne justifient une assurance spécifique ; pour la personne l'intérêt va être totalement différent, puisque les causes et les conséquences de son empêchement vont devoir être intégrées pour définir les contours de son intérêt d'assurance.

PARTIE 2 LE RISQUE OU L'INTERET ASSURABLE DE LA PERSONNE ESSENTIELLE

183. - Le développement de l'assurance est le fruit de l'interaction de deux phénomènes qui se répondent l'un à l'autre et qui évoluent au cours du temps avec une corrélation d'autant plus forte que les acteurs du secteur de l'assurance ont toujours été d'une parfaite réactivité sachant créer, adapter ou parfaire des contrats existant pour répondre au mieux aux besoins en assurance.

Ainsi les risques auxquels est soumis le chef d'entreprise au cours de l'exploitation de son entreprise sont divers et évolutifs. En réaction à la spécificité de ces risques, les assureurs, toujours proactifs, maîtrisent assez bien la réponse qu'ils peuvent donner à ces changements. Il n'est pas de même pour les autres personnes essentielles pour lesquelles l'intervention de l'assureur reste assez mal définie. Les conséquences de la réalisation d'un certain nombre de risques sont pourtant susceptibles d'avoir un effet très négatif pour l'entreprise à plusieurs niveaux. (Titre1)

Dans un souci constant d'améliorer le fonctionnement éthique de l'entreprise, l'identification des intérêts d'assurance de l'entreprise et ceux de la personne essentielle doivent être protégés de manière convergente.

Pour autant les recours à la simple notion de risque, parfois bien identifiée lorsqu'il s'agit des dirigeants d'entreprise, très rarement pour les autres personnes essentielles, ne sont pas suffisants pour parer à la naissance de conflit d'intérêt qui apparaissent généralement au moment de la réalisation du sinistre.(Titre 2)

TITRE 1 La personne du dirigeant et les autres personnes essentielles

184. - Les discussions doctrinales relatives à la responsabilité du dirigeant, particulièrement pour ce qu'il était de définir si sa responsabilité était de nature contractuelle ou délictuelle semblaient avoir analysé tout le sujet, et il était fait un consensus du principe selon lequel sa responsabilité était de nature contractuelle envers ses associés et la société qu'il dirige, mais de nature délictuelle envers les tiers.³¹⁸

En réalité, cette fonction du dirigeant a subi une véritable mutation.

D'abord par le développement du droit spécial des sociétés prévoyant un régime dérogatoire dans bon nombre de situation, mais également par la reconnaissance de plus en plus récurrente de la présence d'un dirigeant de fait qui exclue la qualification de responsabilité contractuelle.

Plusieurs réformes de la responsabilité civile du dirigeant ont été envisagées, notamment pour supprimer l'écran de la société comme protection du dirigeant, mais jusque là aucune n'a vu le jour.³¹⁹

Toutes les facettes de la responsabilité auxquelles sont confrontés les individus habituellement trouvent une variante ou une adaptation spécifique au chef d'entreprise.

Cela vaut tant pour sa responsabilité civile que pour sa responsabilité fiscale et bien évidemment le droit pénal qui a envisagé une responsabilité du chef d'entreprise par la création d'incriminations particulières.

Les assureurs ont créé une variété de contrat, en évolution constante qui permet de couvrir au mieux cette responsabilité relativement spécifique. (Chapitre 1)

La problématique qui entoure l'assurance des autres personnes essentielles est bien différente de celle du dirigeant d'entreprise. L'absence d'un véritable processus d'identification de ces personnes au sein ou autour de l'entreprise rend compliquée la

³¹⁸ C. Houpin et H. Bosvieux, « *Traité général et pratique des sociétés civiles et commerciales* » : Sirey, 1927, t. II, n° 1073 ; E. Thaller et P. Pic, « *Société commerciales* » : Rousseau, 1942, t. II, n° 1199 ; les juges faisaient la même analyse : Cass. com., 4 oct. 1976, Bull. civ. 1976, IV, n° 245 V. également : P. Berdah, *Fonctions et responsabilité des dirigeants des sociétés par actions* : Thèse Paris 1974, p. 165 ; J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales* : Dalloz, 1974, t. II, n° 1168

³¹⁹ Le rapport Clément faisait la proposition de permettre à l'actionnaire de faire valoir un préjudice personnel distinct en cas de consécration de la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion et ainsi passer outre l'écran formé par la société (*Rapport d'information n° 1270, déc. 2003, pour la Commission des lois de l'Assemblée Nationale sur la réforme du droit des sociétés* <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i1270.asp>). Le rapport Houillon (n° 772, avr. 2003, p. 111), avait été une première tentative de modification qui n'avait pas eu de suite lors du vote de la loi de sécurité financière du 1er août 2003 : A. Couret, « *Les dispositions de la loi de sécurité financière intéressant le droit des sociétés* » : JCP E, 11 sept. 2003, I, 1290, p. 1428, § 33. - B. Le Bars, « *La rénovation du statut des associations d'actionnaires et d'investisseurs : un épiphénomène révélateur du besoin d'évolution en droit des sociétés* » : Rev. sociétés 2003, p. 440, § 27

définition même du risque. Ces personnes sont très différentes pour chaque entreprise et les divergences entre le risque subi par l'entreprise du fait de l'intervention de la personne essentielle et entre le risque subi par la personne essentielle de part son activité pour l'entreprise représentent une difficulté notable dans la construction d'un contrat adapté. (Chapitre 2)

CHAPITRE 1 Les risques et les contrats d'assurance de la personne du dirigeant

185. - La multiplication des obligations pesant sur le chef d'entreprise lui fait encourir une mise en jeu de plus en plus récurrente de sa responsabilité.³²⁰ Tour à tour le chef d'entreprise voit sa responsabilité engagée envers la société et ses associés mais doit aussi répondre de son action envers les tiers. Les assureurs, toujours à l'affût des évolutions de la société, ont pris en compte les risques spécifiques liés à l'activité du chef d'entreprise au cours de l'exploitation de son entreprise. (section 1) Aux règles classiques qui régissent tout contrat d'assurance, une gestion spécifique est envisagée afin de mieux appréhender ce risque, ainsi c'est une définition relativement élargie de la responsabilité civile qu'adoptent les assureurs afin de couvrir ces risques originaux.³²¹

Par ailleurs, dans un souci de bonne gestion de son entreprise, le chef d'entreprise se doit d'avoir recours à l'assurance pour protéger son entreprise du risque de sa disparition ou de celle de l'un de ses collaborateurs essentiel au fonctionnement de l'entreprise. (section 2)

Section 1 : Les risques de la personne du dirigeant

186. - Le dirigeant d'entreprise est soumis à un nombre assez important de risques qui sont liés pour la plupart à son activité personnelle au sein de l'entreprise³²² et qu'il convient de différencier de l'activité de l'entreprise elle-même. Le risque qui résulte de la mise en œuvre de sa responsabilité civile est le plus courant, d'autant plus que le domaine que couvre la responsabilité civile est relativement vaste et varié ; s'ajoute à cette responsabilité civile, une responsabilité pénale dont le champ évolue souvent aussi bien dans le sens d'une aggravation qu'à l'inverse vers une atténuation des actions judiciaires

³²⁰ J.-F. Barbiéri, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, Mél. Guyon : Dalloz 2003, p. 41 ; M. Germain, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux* : rapport de synthèse colloque du 16 décembre 2002 : Rev. sociétés 2003, p. 284

³²¹ P. Berdah, *Fonctions et responsabilité des dirigeants des sociétés par actions* : Thèse Paris 1974, p. 165. - J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales* : Dalloz, 1974, t. II, n° 1168

³²² Ph. Didier, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux* : Rev. sociétés 2003, p. 238

mettant en cause le dirigeant. La responsabilité civile du dirigeant d'entreprise prend différentes formes, (§1) mais elle n'est pas le seul type de responsabilité à laquelle le dirigeant doit faire face au cours de son activité dans l'entreprise. (§2)

§1 La responsabilité civile

187. - Les textes prévoyant la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants et des administrateurs qui figurent dans le Code civil et le Code de commerce ne semblent pas à première vue poser la moindre difficulté.³²³ Ils sont solidairement ou individuellement responsables, soit envers la société ou les tiers et cela parce qu'ils sont coupables d'une infraction relative aux lois et aux règlements, qu'ils ont violé les statuts ou encore en raison des fautes de gestion qu'ils ont commises. Le développement des entreprises ainsi que l'internationalisation des échanges commerciaux, la complexité de la gestion des entreprises allant croissant, les créations ou évolutions prétoriques viennent de plus en plus souvent combler les vides laissés par le législateur. Il s'agit par exemple du cas du devoir de loyauté des dirigeants envers ses associés qui a été développé par les juges ; ceux-ci ont donc fait le choix de recourir au fondement général de la responsabilité³²⁴ plutôt que de rester cantonnés au droit spécial qui n'envisage pas toutes les hypothèses de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants.³²⁵

A) La responsabilité ordinaire et aggravée du chef d'entreprise

188. - Le chef d'entreprise, personnalité hybride, à la fois organe de l'entreprise et personne à part entière, voit sa responsabilité engagée vis-à-vis de l'entreprise et de ses actionnaires, mais les tiers sont aussi susceptibles de rechercher cette responsabilité.³²⁶

³²³ Cf. C. civ. art. 1850. et C. com., art. L. 223-22 et L. 225-251 à L. 225-257

³²⁴ C. Civ. Art. 1382

³²⁵ Cet accroissement de la responsabilité des dirigeants est vivement critiqué par une partie de la doctrine qui la qualifie même de dérive. Voir dans ce sens : J.-F. Barbiéri, Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, Mél. Guyon : Dalloz 2003, p. 41 ; M. Germain, La responsabilité civile des dirigeants sociaux : rapport de synthèse colloque du 16 décembre 2002 : Rev. sociétés 2003, p. 284

³²⁶ C. com. art. L225-251 : « Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. »

C. civ. art. 1850 : « Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion.

Si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers et des associés. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la

Une dichotomie est généralement opérée en vue de différencier la responsabilité ordinaire qui intervient dans un litige entre le chef d'entreprise et sa société ou les actionnaires de la responsabilité aggravée du chef d'entreprise lors du recours à une procédure collective intervenant dans le traitement des difficultés de son entreprise.

1) La responsabilité ordinaire du chef d'entreprise

189. - Une gestion insatisfaisante pratiquée par un dirigeant a des conséquences pécuniaires sur le patrimoine de la société.

La personne morale voit ses actifs diminuer, ce qui a un impact naturel sur le patrimoine des associés pour lesquels la fluctuation de la richesse sociale influe logiquement sur leurs capitaux.

La responsabilité des dirigeants sociaux pour leurs fautes de gestion peut être recherchée soit pour réparer le préjudice subi par la société, il s'agit alors de l'action sociale, soit pour réparer le préjudice qu'a supporté un associé, ce qui constitue une action dite individuelle.

Le panel des fautes susceptibles d'être reprochées au dirigeant d'entreprise est relativement vaste. Dès la constitution de la société il est tenu au respect des conditions de fond indispensables à la validité du contrat de société.

Il est essentiel que le dirigeant, lorsqu'il n'est encore que fondateur de la société, veille à ce que le consentement des parties ne soit pas vicié, qu'il vérifie la capacité de conclure pour chaque associé³²⁷ et il ne peut prévoir qu'un objet social licite. Le dirigeant est aussi garant de l'observation des conditions de forme exigées pour la constitution de la société : dépôt des statuts au greffe du tribunal de commerce pour les sociétés commerciales, se conformer aux exigences légales des apports, etc.

190. - Dans cette étude qui s'intéresse particulièrement aux notions d'éthique et de déontologie dans l'entreprise, il est intéressant de mentionner que le critère essentiel dans la qualification de la faute du dirigeant est déterminé par l'intérêt qui est servi par l'action du dirigeant. En d'autre terme dès lors, excepté les violations de la loi, des règlements ou des statuts, dès lors que le dirigeant démontre que la décision qu'il a prise est dans le sens de l'intérêt de l'entreprise et non dans son propre intérêt, il lui sera considérablement plus facile d'être exempté de sa responsabilité.³²⁸

réparation du dommage. »

³²⁷ Par exemple un mineur ou un majeur incapable ne peuvent être associés dans une société commerciale.

³²⁸ Cette nécessité de servir l'intérêt de la société est appelé devoir fiduciaire, faisant ici une analogie avec le droit américain : N. Dion, *Les obligations fiduciaires des dirigeants des sociétés commerciales, droit des États-*

- Faute issue de la violation d'une disposition légale

191. - En dehors de toute notion d'infraction pénale, la violation d'une disposition législative ou réglementaire constitue une faute.³²⁹

Les dispositions relatives au droit des sociétés étant de plus en plus nombreuses et complexes, le dirigeant se doit d'avoir une véritable connaissance de ces impératifs juridiques.

Les juges ont par exemple retenu une faute lorsque :

- un dirigeant participe à une décision fautive du conseil d'administration.³³⁰
- un dirigeant refuse de convoquer une assemblée et fixe lui même sa rémunération.³³¹
- un dirigeant présente des inexactitudes, retard ou défaut de communication aux actionnaires des informations.³³²
- un dirigeant révoque sans justes motifs le commissaire aux comptes.³³³
- le dirigeant ne tient pas régulièrement la comptabilité.³³⁴

- Faute issue d'un défaut du devoir de loyauté

192. - Le devoir de loyauté qui pèse sur le dirigeant est une émanation de la théorie de l'abus de droit. L'organe que représente le dirigeant est tout naturellement celui vers lequel toutes les informations de la société convergent. La tentation pour le dirigeant d'utiliser ces informations à son profit personnel pourrait être forte. La création par les juges de ce devoir de loyauté intervient pour éviter ce comportement déviant. Les contours de ce

Unis d'Amérique et droit français : thèse Orléans 1994 ; J.-M. Perez, *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain* : Rev. sociétés 2003, p. 195 ; E. Scholastique, *Le devoir de diligence des membres du conseil d'administration et du "board of directors" en droit français et en droit anglais* : LGDJ 1998, thèse Paris I, 1993

³²⁹ Cass. com., 9 nov. 1993, JCP N 1994, II p 110 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 401

³³⁰ Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 : Dr. sociétés 2010, comm. 117, note M. Roussille ; JCP E, 29 avr. 2010, 1416, note A. Couret

³³¹ Cass. com., 12 mars 1974 : Gaz. Pal. 1974, 1, p. 662, note A.P.S.

³³² Cass. com., 17 mai 1965 : JCP G 1966, II, 14647, note J.R

³³³ CA Paris, 22 févr. 1980 : Rev. sociétés 1980, p. 489, Y. Guyon

³³⁴ Cass. com., 12 oct. 1993 : Bull. Joly 1993, p. 1257 ; CA Paris, 1er févr. 1984 : Rev. sociétés 1984, p. 779, note D. Schmidt ; CA Paris, 19 janv. 1993 : D. 1993.

devoir de loyauté ne sont pas simples à définir. La question a été très débattue par la doctrine afin de savoir si ce devoir de loyauté du dirigeant existait uniquement à l'égard de la société ou si cette obligation pesait aussi sur le dirigeant envers les associés.³³⁵

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt Vilgrain a posé le principe du devoir de loyauté du dirigeant envers ses associés. Un dirigeant qui avait été chargé de vendre les actions de l'un de ses associés, a vendu celles-ci à un prix très inférieur à la valeur d'action de cette même société qui venait de se négocier.³³⁶ Par la suite, la Cour de cassation a confirmé sa position à de nombreuses reprises en fondant ses décisions sur l'article 1382 du Code civil, et en se prononçant pour un devoir général de loyauté du dirigeant envers la société et les associés.

337

- Faute issue de la violation des statuts

193. - Les statuts d'une société relèvent de l'application de l'article 1134 du Code civil et ils ont donc la même nature juridique qu'une loi entre les associés qui doit toujours être entendu dans la perspective de l'intérêt social de la société.

La violation des statuts par le dirigeant, dans le cas, par exemple, où ce dernier outrepasserait les pouvoirs qui lui sont confiés entraîne la mise en jeu de sa responsabilité envers la société.³³⁸

Le non-respect du règlement intérieur a les mêmes conséquences dans la recherche de la responsabilité du dirigeant.³³⁹

- Faute issue de la gestion

³³⁵ Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés* : LGDJ 1998 ; H. Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés* : RTD com. 1999, p. 273 ; J.-J. Caussain, *À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société*, Mél. B. Mercadal : Lefebvre 2002, p. 303 ; J.-J. Daigre, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, Mél. P. Bézard : LPA-Montchrestien 2002, p. 79 ; Daille-Duclos, *Le devoir de loyauté du dirigeant* : JCP E, 1998, p. 1486

³³⁶ Cass. com., 27 févr. 1996 ; Bull. Joly 1996, p. 485, § 164, note A. Couret ; JCP E, 1996, II, 838, note D. Schmidt et N. Dion ; JCP G, 1996, II, 22665, note J. Ghestin. V. Également Cass. com., 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 813, § 266, note B. Petit

³³⁷ L. Godon, *Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés* : Rev. sociétés 2005, p. 140 ; Cass. com., 12 mai 2004 : LPA, 16 juill. 2004, n° 142, p. 15, note S. Reifegerste ; Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13.198 ; Dr. sociétés 2008, comm. 156 ; Bull. Joly 2008, p. 885, § 190, note T. Massart ; Cass. com., 12 mai 2004 ; JCP G, 2004, II, p. 1754, note D. Grégory ; Gaz. Pal. 2005, n° 9, p. 25, note D. Guével ; Dr. sociétés 2004, comm. 147, note H. Hovasse ; Dr. et patrimoine, 2004, n° 131, p. 90, note D. Poracchia ; LPA, 16 juill. 2004, n° 142, p. 15, note S. Reifegerste ; JCP E, 2004, II, 1393, note F.-G. Trébulle (Arret Beley)

³³⁸ Cass. com., 10 mars 1976 : JCP G 1977, II, 18566 et 18595, note Y. Chartier

³³⁹ Y. Guyon, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés* : LGDJ 1999, 4e éd., n° 142 et 279

194. - La reconnaissance de la responsabilité du dirigeant pour une faute de gestion est des plus délicate. Il serait pratique de penser que chaque problème qui se pose au cours de la gestion d'une entreprise avait une solution parfaite et évidente au jour de la prise de décision du dirigeant, mais ce n'est bien évidemment pas le cas.

Les réflexions sur les principes de bonne gouvernance des entreprises, la déontologie et la notion de bon père de famille ont permis aux juges de donner une approche beaucoup plus équitable dans la reconnaissance ou non d'une faute de gestion commise par le dirigeant.³⁴⁰

L'étude de la décision ne se fait pas en se plaçant au niveau de la décision elle-même mais dans la manière dont le processus décisionnel a été mis en place.³⁴¹ Le juge ne recherche pas si le dirigeant a commis une erreur mais s'il s'est vraiment comporté comme un dirigeant honnête, consciencieux, prudent et de bonne foi pour prendre sa décision.

Afin d'être le plus équitable possible, le juge étudie la décision au jour où elle a été prise par le dirigeant³⁴² et en fonction des connaissances qui étaient susceptibles d'être à sa disposition à ce moment là.

195. - Il est en effet plus facile a posteriori de dire si telle ou telle décision aurait été meilleure, mais un don de voyance ne peut pas être exigé du dirigeant.

Les juges retiennent souvent une faute de gestion à l'encontre du dirigeant lorsque celui-ci privilégie son propre intérêt ou celui d'un tiers au détriment de l'intérêt supérieur de la société.

- Le détournement de la clientèle par le dirigeant d'une société au profit de son entreprise personnelle.³⁴³
- La concurrence faite par un dirigeant contre la société qu'il administre.³⁴⁴
- Le comblement du passif d'une société par une autre afin d'éviter la condamnation des dirigeants pour insuffisance d'actifs.³⁴⁵
- La dévalorisation du capital social en lien avec l'abus de bien social commis par les dirigeants.³⁴⁶

³⁴⁰ A. Couret, *Le gouvernement d'entreprise, La "corporate governance"* : D. 1995, chron. p. 163. N. Dion, *"Corporate governance" et sociétés françaises* : Dr. sociétés 1995, chron. 8. P. d'Anchald, J.-J. Caussain et M. Germain, *Gouvernement d'entreprises* : Actes prat., mai-juin 1996, n° 27

³⁴¹ CA Versailles, 17 mars 1998 : Rev. sociétés 1998, p. 828, note Y. Guyon ; RJ com. 1999, p. 331, note Maury

³⁴² CA Douai, 11 juill. 1957 : D. 1957, jurispr. p. 717, note G. Lagarde

³⁴³ Cass. com., 6 oct. 1992, JCP G 1992, IV, p. 325, n° 2983 ; Bull. civ. 1992, IV, n° 287

³⁴⁴ Cass. com., 4 mars 1969 : Bull. civ. 1969, IV, n° 81 ; CA Douai, 2 févr. 1973 : JCP G 1973, IV, 338 ; RTD com. 1973, p. 570, note R. Houin.

³⁴⁵ Cass. com., 7 oct. 1974 : JCP G 1975, II, 18129, note J. Grua ; RTD com. 1976, p. 544, note R. Houin

³⁴⁶ Cass. crim., 20 juin 2007, n° 07-80.065, Dr. sociétés 2007, comm. 204, note R. Salomon

- Le financement d'une SCI par une autre société organisé par le président de son Conseil d'administration également associé dans la SCI.³⁴⁷
- La fraude fiscale commise par le dirigeant dont les conséquences sont supportées par les associés.³⁴⁸

La grande majorité des cas dans lesquels la responsabilité du dirigeant est reconnue pour une faute de gestion est lorsque le juge du pénal juge au civil suite aux infractions d'abus de bien social :

- le financement considéré comme abusif d'une société par une autre.³⁴⁹
- La caution d'une dette personnelle du dirigeant par la société qu'il dirige.³⁵⁰
- le dirigeant qui emprunte à la société.³⁵¹
- L'utilisation de la société par le dirigeant afin de développer une certaine notoriété à son profit, à des fins politiques.³⁵²
- le président du conseil d'administration qui se fait rembourser des frais fictifs ou qui se fait attribuer, même de manière formellement régulière, des rémunérations injustifiées.³⁵³

Toujours en se positionnant sur le standard du « bon père de famille » les juges reconnaissent une faute de gestion à l'encontre du dirigeant lorsque celui-ci a clairement fait preuve d'imprudence dans ses décisions :

- dans le fait de prêter des fonds de la société alors que le remboursement est des plus hypothétiques.³⁵⁴

³⁴⁷ Cass. com., 14 déc. 1993 : Rev. sociétés 1994, p. 778, note M. Pariente

³⁴⁸ Cass. 3e civ., 26 sept. 1984 : JCP G 1984, IV, 328

³⁴⁹ Cass. crim., 8 févr. 1968 : Bull. crim. 1968, n° 42, il convient de noter que les dirigeants d'un groupe peuvent imposer à une filiale certaines dépenses ou leur faire courir certains lorsque cela est justifié par l'intérêt supérieur du groupe. Dans ce sens : Cass. crim., 4 févr. 1985, JCP G 1986, II, 20585, note W. Jeandidier ; D. 1985, jurispr. p. 478, note Ohl ; Rev. sociétés 1985, p. 648, note B. Bouloc

³⁵⁰ CA Montpellier, 7 janv. 1980, Gaz. Pal. 1980, I, p. 362, note P. de Fontbressin ; Rev. sociétés 1980, p. 737, note J. Mouly

³⁵¹ Cass. crim., 19 oct. 1978 : Rev. sociétés 1979, p. 872, note B. Bouloc

³⁵² Cass. crim., 20 mars 1997, JCP E 1997, II, n° 1033 p 289 note J.-H. Robert ; D. 1999, jurispr. p. 28, note D. Boccara ; Rev. sociétés 1997, p. 581, note B. Bouloc ; Bull. Joly 1997, p. 855, note J.-F. Barbiéri

³⁵³ Cass. crim., 6 oct. 1980, Rev. sociétés 1981, p. 133, note B. Bouloc. - Cass. crim., 30 sept. 1991 : Bull. Joly 1992, p. 153, note D. Baraderie. La société qui prend en charge des amendes pénales, Cass. crim., 3 févr. 1992, JCP E 1992, pan. 777 ; JCP G 1992, IV, p 207, n° 1900 ; Bull. crim. 1992, n° 49 ; Rev. sociétés 1992, p. 535, note B. Bouloc

³⁵⁴ Cass. civ., 16 juin 1891 : Journ. sociétés 1891, p. 505 ; Rev. sociétés 1891, p. 431 ; CA Paris, 25e ch., 4 févr. 1994, Rev. sociétés 1994, somm. p. 336, note Y. Guyon

- De prendre des engagements financiers au nom de la société alors qu'il est fort probable que celle-ci ne pourra pas en assumer le prix.³⁵⁵
- D'organiser un « coup d'accordéon » (réduction puis augmentation du capital) pour essayer de régler les difficultés financières au détriment d'un actionnaire minoritaire.³⁵⁶
- L'absence de souscription d'une assurance obligatoire au titre de la garantie décennale, en violation de l'article L. 241-1 du Code des assurances.³⁵⁷

Les tribunaux retiennent également une faute pour négligence contre le dirigeant quand il ne met pas tout en œuvre pour prendre une décision éclairée par les informations qui sont mises à sa disposition.

196. - De nombreux flux d'informations sont prévus dans l'architecture des sociétés, ces informations ont pour objectif de permettre une prise de décision optimale. Si le dirigeant se désintéresse de ces organes de contrôle et ne fait pas la demande - quand cela s'avère nécessaire - de données et d'informations indispensables à sa décision, sa négligence devient fautive.³⁵⁸

- Une société dans laquelle régnait une grande anarchie et aucune mesure n'avait été prise pour connaître la réalité sociale alors qu'un redressement judiciaire devait être préparé.³⁵⁹
- Un administrateur ayant accepté sa fonction dans l'unique but de faire plaisir au Président de la société se montrait totalement passif.³⁶⁰
- Un dirigeant très souvent absent déléguait ses fonctions à des collaborateurs incompetents.³⁶¹

³⁵⁵ Cass. civ., 6 juill. 1905 : DP 1908, 5, p. 46 ; CA Montpellier, 4 nov. 1940 : JCP G 1942, II, 1871, note D. Bastian

³⁵⁶ Cass. com., 18 juill. 1989 ; Dr. sociétés 1989, comm. 261 ; JCP N 1990, II p 17 ; Defrénois 1990, art. 34788, p. 633, note J. Honorat

³⁵⁷ CA Montpellier, 1re ch., 18 juin 2002

³⁵⁸ R. Baillod, *L'information des administrateurs de sociétés anonymes* : RTD com. 1990, p. 1. ; J.-P. Bouère, *L'information du conseil d'administration* : JCP E 1992, I, 190. Cass. com., 2 juill. 1985 ; JCP E 1985, II, 14758, note A. Viandier, principe repris dans C. com., art. L. 225-35, réformé par L. n° 2001-420, 15 mai 2001

³⁵⁹ Cass. com., 14 déc. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 473

³⁶⁰ Cass. com., 31 janv. 1995 : JCP E 1995, pan. 361 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 29 ; Rev. sociétés 1995, p. 763. - CA Paris, 4 févr. 1994 : Bull. Joly 1994, p. 403, note M. Pariente

³⁶¹ Cass. com., 11 juin 1991 : RJDA 1991, n° 852, p. 732. - Cass. com., 7 juill. 1992 : Bull. Joly 1992, p. 1192

Les tribunaux restent très sévères face au comportement négligent ou à l'inaction du dirigeant dans les missions qui lui incombent. Cette grande sévérité semble vouée à s'accroître puisque la multiplication des comités et autres groupes de travail au sein des sociétés, conformément aux préconisations des principes de bonne gouvernance, risque de mettre le dirigeant dans une position où il oublie qu'il est le capitaine du bateau et qu'il a l'obligation d'être quasiment omniprésent dans la société qu'il dirige.

197. - Au-delà de la faute elle-même, qui n'est qu'un élément de la responsabilité, il est nécessaire de démontrer qu'un dommage a été causé. Ce dommage est subi par les associés mais aussi par la société et donc par toutes les personnes qui la composent.³⁶²

Le dommage est en général une perte financière ou un manque à gagner (qui peut être assimilé à la perte de chance).

La jurisprudence a même reconnu un préjudice moral pour un associé qui estimait avoir été diffamé par les dirigeants dans un rapport présenté en assemblée générale puis communiqué au public.³⁶³ Tout à fait classiquement, le dommage doit être direct, certain et personnel. Sa preuve peut se faire par tous les moyens.

Selon la personne qui se prétend victime de la faute du dirigeant et qui veut faire reconnaître sa responsabilité, les voies d'action en justice ont plus ou moins de chance de réussite et pour certaines personnes cette action en responsabilité est presque inconcevable tant la probabilité de voir prospérer sa cause est faible.

Même si elle n'est pas toujours partie à l'action, la société est à priori toujours plus ou moins directement victime de la faute du dirigeant.³⁶⁴ Lorsque l'intérêt de la société doit être protégé de la faute du dirigeant deux types d'actions sont envisageables : l'action sociale *ut singuli* ou *ut universi*

198. - Le problème se pose alors de savoir comment la responsabilité du dirigeant peut être engagée.

Il est en effet difficilement concevable qu'un dirigeant, représentant de la personne morale, recherche sa propre responsabilité et effectue les diligences nécessaires afin que le préjudice qu'il a fait subir à la société qu'il dirige soit réparé. Cette recherche de responsabilité se fait habituellement à l'occasion d'un changement de dirigeant. Le nouveau dirigeant découvre alors les fautes commises par son prédécesseur et n'a pas de

³⁶² R. Vatinet, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles* : Rev. sociétés 2003, p. 247 ; Cass. com., 27 sept. 2005, Dr. sociétés. 2005, comm. 221, note J. Monnet ; Cass. crim., 14 oct. 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 782, note B. Bouloc

³⁶³ Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-18.785 ; Dr. sociétés 2010, comm. 1, note M.-L. Coquelet, comp. TGI Seine, 18 févr. 1966 : RTD com. 1967, p. 190, obs. R. Houin

³⁶⁴ Cass. com., 1er avr. 1997 : RTD com. 1997, p. 647, note Y. Reinhard ; Cass. crim., 12 déc. 2000 : Rev. sociétés 2001, p. 323, note A. Constantin

scrupules à effectuer les actes utiles et nécessaires à assurer la défense du patrimoine social de la société dont il vient de prendre les rênes.

L'action que la personne morale engage alors à l'encontre de son précédent dirigeant est appelée action ut universi.

Elle s'oppose à l'action ut singuli, qui peut être engagée par un ou plusieurs associés, les personnes les mieux placées pour tenter de faire reconnaître la responsabilité du dirigeant puisque qu'ils sont réputés avoir une connaissance éclairée de la gestion de l'entreprise dans laquelle ils sont associés et ont de surcroît un intérêt légitime à agir.³⁶⁵

Ces actions sociales sont prévues par l'article 1843-5 du Code civil qui dispose par ailleurs que toute clause statutaire qui entraverait l'exercice de cette action en la subordonnant à un avis préalable, à une autorisation de l'assemblée des actionnaires, ou encore qui envisagerait une renonciation préalable à l'action, est réputée non écrite.

199. - Le législateur a tout mis en œuvre pour éviter que ce droit d'agir souffre de la moindre entrave dans le but évident de contraindre le dirigeant à pratiquer une gestion sérieuse de l'entreprise.

- L'action ut singuli

200. - L'action ut singuli est une action introduite par un ou plusieurs associés.

Cette action sociale est prévue pour l'associé qui se sent l'âme d'un Don Quichotte.

Cet associé, quel qu'il soit, même s'il n'est propriétaire que d'une action ou d'une seule part sociale peut engager une action sociale contre le dirigeant.³⁶⁶

La perte de la qualité d'associé fait perdre l'intérêt à agir et cela quand bien même le préjudice serait né d'actes commis par le dirigeant alors que cette qualité d'associé était présente.³⁶⁷

A l'inverse, un associé qui a acquis cette qualité après l'exécution du fait à l'origine du préjudice a intérêt à agir, même pour se faire indemniser un préjudice personnel.³⁶⁸

Partant de la conviction que la gestion ou les actes faits par le dirigeant ont causé un préjudice au patrimoine social de la société dont il est associé, il introduit une instance et supporte tous les frais de justice qu'implique cette action en reconnaissance de la responsabilité civile du dirigeant.

³⁶⁵ Cass. com., 11 oct. 1988 : Bull. Joly 1988, p. 925, n° 300, note P. Le Cannu ; RJ com. 1989, p. 203, note F. Cherchouly-Sicard

³⁶⁶ Cass. com., 6 mai 1991 : Dr. sociétés août-sept. 1991, n° 337

³⁶⁷ Cass. com., 26 janv. 1970 : D. 1970, jurispr. p. 643, note J. Guyénot ; JCP G 1970, II, 16385, note Y. Guyon. - T. com. Paris, 3 déc. 1975 : Rev. sociétés 1976, p. 106, note J. H. ; RTD com. 1976, p. 552, obs. R. Houin

³⁶⁸ Cass. crim., 27 nov. 1978 : D. 1979, jurispr. p. 123, note J. C ; Cass. crim., 3 nov. 1980 : Bull. Joly Sociétés 1980, p. 698

Cet associé ne retire alors aucun avantage financier direct dans cette action puisque dans l'hypothèse où le dirigeant est condamné à réparer le préjudice causé par sa faute, les dommages et intérêts qui sont évalués par le juge intègrent le patrimoine de la personne morale.

Cette action est naturellement peu utilisée; la jurisprudence afférente est en conséquence peu fournie.

Il est tout de même intéressant de noter que dans un arrêt relativement récent dans lequel la Chambre criminelle a qualifié cette action de subsidiaire.³⁶⁹

En l'espèce, il s'agit d'une des (nombreuses) affaires dans laquelle Bernard Tapie est partie à l'instance.

201. - La société Testut était intégrée dans l'empire de Bernard Tapie.

Lors d'un changement de l'équipe dirigeante, l'un des actionnaires attrait les anciens administrateurs (dont Bernard Tapie) devant la juridiction pénale pour divers délits financiers et se constitue partie civile dans une action *ut singuli* aux côtés des nouveaux dirigeants qui exercent, eux, une action sociale en réparation en tant que représentants légaux de la personne morale.

Bien que prononçant une condamnation pénale, le juge déboute les parties civiles.

Les nouveaux dirigeants ne jugent pas opportun d'interjeter appel de cette décision.

Cet abandon ne convient pas à cet actionnaire qui souhaite voir son action sociale *ut singuli* prospérer. Dès lors, il continue seul l'action devant les juges du second degré.

La Cour d'appel ne fait pas droit à sa demande qu'elle considère irrecevable puisque selon son raisonnement, la société Testut a renoncé à obtenir réparation de son préjudice étant donné que les représentants légaux n'ont pas fait appel de la décision du juge de première instance. Cette décision est cassée par la chambre criminelle de la Cour de Cassation en ces termes : « *attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que l'intervention, devant les premiers juges, du représentant légal de la société ne pouvait priver le demandeur du droit propre, appartenant à l'actionnaire, de présenter des demandes au profit de celle-ci et de relever appel en son nom ; la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés.* »

202. - L'action sociale *ut singuli* est une action subsidiaire, elle ne peut donc être exercée qu'en cas d'inaction des représentants légaux de la société.

³⁶⁹ Cass. Crim., 12 déc. 2000, rev. Soc. 2001, p.323, note A. Constantin ; D. 2001, p.1031 note M. Boisard ; J.C Hallouin : *L'intervention ultérieure des représentants de la société ne prive pas l'actionnaire de son pouvoir d'agir ut singuli*, D.2002 p.472

Dans cette affaire, la renonciation à une voie de recours faite par les représentants légaux de la société est assimilée à une inaction qui confère à l'associé la possibilité de voir prospérer l'action sociale *ut singuli*.

Par ailleurs, la Cour de Cassation a autorisé un actionnaire à intenter une action sociale *ut singuli* contre le dirigeant d'une société absorbante dont il était actionnaire.

Le dirigeant avait à cette occasion été condamné à réparer le préjudice subi par la société absorbée et ses filiales.³⁷⁰

- L'action individuelle

203. - Il s'agit d'une action qui a pour finalité de permettre à un associé d'obtenir réparation de son préjudice.³⁷¹

Cette action a très rarement l'occasion d'aboutir puisque l'associé qui s'estime victime des fautes commises par le dirigeant durant l'exercice de son mandat doit arriver à démontrer que le préjudice qu'il allègue est distinct de celui subi par la société.

Ce qui est loin d'être évident: ainsi un associé dont les titres, actions ou part sociale, ont une valeur qui se déprécie de par les fautes de gestion du dirigeant, ne peut soutenir que son préjudice est distinct de celui subi par la société.

Cette solution est constamment reprise par la chambre commerciale de la Cour de Cassation.

Pour exemple, cet arrêt de cassation de 1997 où la Chambre commerciale a clairement défini l'exigence d'un préjudice personnel de l'associé distinct de celui subi par la société :³⁷²

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu qu'ayant retenu à l'encontre de MM. D... et C... des fautes commises dans la gestion de la société Liaud courtage, la cour d'appel a condamné ces derniers, in solidum, à payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts aux sociétés OIF et CFCICUE ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que lesdites fautes avaient contribué à la dépréciation de la société, ce qui aurait entraîné, dans les comptes de la société OIF, une provision pour dépréciation de 18 000 000 francs; ce dont il résultait que le préjudice subi par les sociétés OIF et CFCICUE n'étant que le corollaire du dommage causé à la

³⁷⁰ Cass. Crim., 2 avr. 2003, Bull. Joly 2003, p. 929, note J-F Barbiéri ; Alain Géniteau, D. 2003, AJ p. 1504

³⁷¹ Cass. civ., 26 nov. 1912 : DP 1913, I, p. 377, note Thaller. Cass. civ., 30 sept. 1940 : Gaz. Pal. 1940, 2, p. 169. Cass. com., 26 janv. 1970 : JCP G 1970, II, 16385, note Y. Guyon ; D. 1970, jurispr. p. 643, note Guyénot ; RTD com. 1970, p. 431, note R. Houin

³⁷² Cass. com., 1 avr. 1997, bull joly 1998 p.650 ; D.1998, p.180, note J.C Halloin

société Liaud courtage, n'avait aucun caractère personnel, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences qui en découlaient ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE

L'hypothèse qui pourrait être envisagée afin de voir prospérer cette action individuelle d'un associé serait qu'un dirigeant ne verse pas les dividendes qui reviendraient de droit à un associé.

Dans cette situation il est évident que le préjudice allégué par l'associé à titre individuel est clairement indépendant d'un quelconque préjudice qui serait subi par la société.

2) La responsabilité aggravée du chef d'entreprise

204. - Cette responsabilité est spécifiquement prévue pour être engagée lors de la liquidation judiciaire de la société tel que le prévoit l'article L. 651-2 du code de commerce.³⁷³

Cet article du Code de commerce, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret d'application du 12 février 2009, est venu unifier les différents types de responsabilité du dirigeant d'entreprise lors des opérations de traitement des entreprises en difficulté.

Précédemment à cette réforme, le législateur avait prévu un second régime de responsabilité du dirigeant lors des opérations de traitement des difficultés de son entreprise; il s'agissait de l'obligation aux dettes sociales.

L'ancien article L 652-1 du code de commerce encore en vigueur pour les actions introduites sur ce fondement jusqu'au 15 février 2009 énumérait les fautes graves imputables au dirigeant qui donnaient la possibilité au juge de rendre ce dernier solidaire de tout ou partie des dettes de la société.³⁷⁴

³⁷³ C.Com. L.651-2 « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. »

³⁷⁴ C.Com. L.651-2 ancien « Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements :

1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;

2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;

3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé

205. - L'articulation avec la responsabilité pour insuffisance d'actif était loin d'être claire.

Dès lors l'unification de ce régime de responsabilité a le mérite de clarifier la situation et ce, malgré l'abrogation de cette obligation aux dettes sociales.

Les fautes graves qui étaient spécifiquement sanctionnées sont entièrement reprises dans l'article L 653-4 du code de commerce qui permet au tribunal en charge de la procédure de recourir au prononcé d'une sanction professionnelle du dirigeant telle que la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer.

Cette action en responsabilité pour insuffisance d'actifs est incompatible avec toute autre action en responsabilité pour faute de gestion telle que celle prévue par l'article L.225-251 du Code de commerce pour les dirigeants de société anonyme ou celle fondée sur l'article 1382 du code civil. L'action en réparation de droit commun reprend son applicabilité lorsque la responsabilité du dirigeant est recherchée pour des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure collective.

De plus une action civile en réparation d'un préjudice résultant d'une infraction n'a pas pour la cour de cassation le même objet qu'une action en responsabilité pour insuffisance d'actifs, ces deux actions ne seraient donc pas redondantes quand bien même les faits générateurs seraient les mêmes.³⁷⁵

La mise en œuvre de la responsabilité pour insuffisance d'actifs nécessite trois conditions cumulatives : une insuffisance d'actifs, une faute de gestion et un lien de causalité.

- Une insuffisance d'actifs

206. - L'insuffisance d'actifs est caractérisée lorsque l'actif disponible dans le patrimoine de la personne morale n'est plus suffisant pour faire face à son passif.

directement ou indirectement ;

4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;

5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

³⁷⁵ Cass. com., 27 nov. 2001, n° 98-19.871 « Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une personne morale en procédure collective, les dettes peuvent être mises à la charge du dirigeant en application de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 et fait ressortir que cette action, destinée à obtenir la réparation du préjudice causé aux créanciers de l'entreprise, engagée par le liquidateur devant le tribunal de commerce, avait un objet différent de l'action civile en réparation du préjudice résultant des infractions d'abus de biens sociaux, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que les détournements de fonds pour lesquels M. X... avait été condamné avaient aggravé le passif social ; qu'ayant ainsi caractérisé la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société, la cour d'appel, qui n'a pas encouru les griefs du moyen, a accueilli à bon droit la demande des mandataires de justice ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »

Le tribunal saisit et évalue le montant de cette insuffisance et condamne le ou les dirigeant(s) à tout ou partie du comblement de ce passif.

Le montant du passif n'est pas nécessairement déterminé pour que l'action soit recevable, ni pour que l'état des créances soit définitivement arrêté.³⁷⁶

- Une faute de gestion

207. - Comme vu précédemment pour la mise en jeu de la responsabilité ordinaire du dirigeant d'entreprise, la faute de gestion n'est pas définie dans la Loi, le juge est seul souverain pour reconnaître cette faute comme le rappelle régulièrement la cour de cassation.³⁷⁷

Le pouvoir du juge dans l'appréciation de l'existence d'une faute de gestion est donc très délicat. Le dirigeant reste bien évidemment tenu à une simple obligation de moyens et les juridictions ne se prononcent pas à proprement parler sur l'opportunité de la prise d'une décision ; elles s'attachent plutôt au processus qui a entraîné la décision et s'intéressent à la régularité de celui-ci.

Le juge est concentré sur une approche de la gestion en « bon père de famille » de la gestion faite par le dirigeant en se fondant sur des critères classiques de diligence et de prudence.

208. - Par ailleurs, la doctrine a très tôt entrepris de donner une définition de la faute de gestion comme « une défaillance volontaire et suffisamment caractérisée des pouvoirs fonctionnels des dirigeants sociaux pouvant conduire à la ruine de la société »³⁷⁸

Le juge prend donc en compte un grand nombre de paramètres comme la taille de la société, sa situation financière, sociale et économique.

Le juge a une vision très large de la faute de gestion et l'apprécie généralement in abstracto en comparant l'attitude du dirigeant à celle d'un dirigeant normalement compétent placé dans des conditions de gestion similaires.

Cette faute de gestion est le plus souvent reconnue quand le dirigeant poursuit une exploitation déficitaire alors même que l'entreprise n'est pas en cessation de paiement ou lorsque le dirigeant s'octroie une rémunération disproportionnée au regard des résultats de l'entreprise.

³⁷⁶ Cass. com., 17 jan. 1989, n° 87-15606

³⁷⁷ Cass. Com., 13 nov. 2007 : Gaz. Proc.coll. 2008-1, p. 68, note Th. Monteran

³⁷⁸ cf. note sous CA de Douai, 11 juil. 1957, p 718. G.Lagarde

Dès la création de la société, une faute peut être commise par un dirigeant qui, en dehors de toute obligation légale, n'a pas libéré l'intégralité du capital alors que la situation financière de l'entreprise rendait cette libération indispensable.³⁷⁹

Les critères permettant de retenir la faute de gestion sont assez larges pour inclure le choix d'investissements inadaptés ou excessifs faits lors de la création de l'entreprise ou encore lors du démarrage d'une activité nouvelle, ce fut par exemple le cas lorsqu'une SARL transformée en SA a élargi son objet social, acte qui n'était pas cohérent avec une bonne gestion de cette société.³⁸⁰

Les fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actifs sont donc de nature très différentes :

- Le financement d'un brevet sans lien avec la société.³⁸¹
- Le cautionnement de dettes personnelles.³⁸²
- La déclaration tardive de la cessation de paiement.³⁸³
- L'incompétence reconnue du dirigeant.³⁸⁴

209. - Le juge ne retient parfois pas une faute unique, mais il considère que le ou les dirigeants ont commis un ensemble de faits fautifs.

C'est le cas par exemple dans un arrêt de la chambre commerciale où la juridiction rejette un pourvoi contre un arrêt qui avait condamné une commune en tant qu'administrateur d'une société d'économie mixte au motif qu'il existait une accumulation de faits fautifs.³⁸⁵

Cet arrêt est intéressant à un second titre puisqu'il confère à une commune la qualité de dirigeant, celle-ci étant en effet administrateur d'une société d'économie mixte.

A l'inverse, le dirigeant qui a su prendre à temps toutes les mesures qui s'imposaient, compte tenu des circonstances économiques et sociales, pour assurer le redressement de son entreprise malgré une insuffisance d'actifs importante, n'a pas commis de faute de gestion.³⁸⁶

- Un lien de causalité

³⁷⁹ Cass. Com., 16 oct. 2001, D.2001, p.3273 note A.Lienard

³⁸⁰ Cass. com, 19 mars 1996, Defrénois 1996, art 36371, p.935, note P. Le Cannu

³⁸¹ Cass. crim., 14 nov. 1973, DS 1973, IR, p.256

³⁸² Cass. crim., 10 mai 1955 : bull. Crim. N°234, p.422

³⁸³ Paris, 16 janv. 1981 : RJDA 1991, p.146

³⁸⁴ Cass. com., 14 mai 1991, bull. crim. IV, n°164, p.118

³⁸⁵ Cass. com., 8 jan. 2002, BJS n° 5, 1 mai 2002 ; GP n° 61, 2 mars 2002 note F. Ghilain

³⁸⁶ Paris, 3ème chambre A, 4 mars 1997, : revu sociétés, avril-juin 1997, p.394, obs. Y.Guyon

210. - Le lien de causalité que le juge exige se limite à une simple contribution entre la faute et l'insuffisance d'actifs.

Cette position est assez surprenante puisqu'un dirigeant court le risque d'être condamné à apurer l'intégralité du passif de la société qu'il dirige, et cela alors que la faute qu'on lui reconnaît avoir commise a simplement contribué à créer une partie de l'insuffisance de l'actif.

Il est vrai que cette construction de droit positif tient compte de la quasi-impossibilité d'isoler un élément précis qui serait la cause exclusive de cette situation d'insuffisance d'actifs.

Le juge reste néanmoins souverain dans la décision de la quote-part de l'insuffisance d'actifs qu'il considérera devoir être mise à la charge du dirigeant fautif, eu égard à la proportion attribuable à la faute commise dans le montant de l'insuffisance d'actifs.

B) Responsabilité du chef d'entreprise vis-à-vis des tiers ou la notion de faute séparable

211. - Lorsque l'entreprise ne montre pas une santé financière très bonne, le juge n'hésite pas à venir rechercher la responsabilité du dirigeant afin de combler les dettes sociales, tant pour celles des services fiscaux que celles des autres créanciers.

La position jurisprudentielle est bien différente lorsque l'entreprise démontre une certaine aisance financière, quand elle est *in boni*.

Effectivement, la Cour de Cassation a calqué son raisonnement juridique sur celui du Conseil d'Etat, à savoir que pour voir la responsabilité du dirigeant engagée, il est indispensable de démontrer qu'il a commis une faute séparable de ses fonctions.³⁸⁷

Précisément, au départ, le juge judiciaire était incontestablement plus rigoureux, et retenait plus facilement la responsabilité du dirigeant dès qu'une faute lui était imputable.

Puis progressivement a été introduite cette notion de faute séparable des fonctions créée par le Conseil d'Etat pour protéger les fonctionnaires qui travaillent pour un État.

³⁸⁷ L. Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* : Economica : 1978 ; M. Paillet, *La faute du service public en droit administratif* : LGDJ, 1980 ; J.-L. de Corail, *La faute du service public considérée dans ses rapports avec les notions d'obligation et d'activité*, in Mélanges Benoît Jeanneau : Dalloz, 2002, p. 457 ; C. Guettier, *La faute en matière administrative*, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 370-10 ; Faute civile et faute administrative : Resp. civ. et assur. 2003, chron. 19 ; Ph. le Tourneau, *La responsabilité en droit administratif*, Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz Action, 2012/2013, n° 408 et s

Les caisses de l'État sont, à priori toujours solvables, dès lors un fonctionnaire ne peut être inquiété pour une simple faute de service dont il se rendrait responsable dans la mise en place des prérogatives des services publics.

C'est dans un arrêt du 22 janvier 1991³⁸⁸ que la Chambre commerciale a pour la première fois formulé la distinction entre "la faute séparable des fonctions de dirigeant" et celle qui ne l'est pas. Dans cette affaire, deux personnes souffraient de troubles de voisinage dus aux activités d'une société de construction métallique. Les plaignants ont introduit une action en responsabilité civile à l'encontre de la société et de son dirigeant.

La cour d'appel avait accueilli leurs demandes et condamné la société à dommages-intérêts, in solidum avec le directeur général de celle-ci.

L'arrêt de cassation énonce : "*qu'en retenant la responsabilité personnelle de M. B..., sans relever aucune circonstance d'où il résulterait qu'il avait commis une faute qui soit séparable de ses fonctions de dirigeant et lui soit imputable personnellement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*".

212. - Puis la Cour réaffirme en 1998 sa position à plusieurs reprises :

Un arrêt de cassation rendu le 27 janvier 1998³⁸⁹ reproche à la cour d'appel de n'avoir relevé aucune circonstance d'où il résulterait que le dirigeant ait commis une faute qui soit séparable de ses fonctions de gérant et lui soit imputable personnellement .

Dans ce cas d'espèce, le gérant avait été condamné à indemniser un fournisseur non payé de sa marchandise dont il s'était débarrassé "en toute perte" dans un chantier de démolition voisin, sans lui laisser la possibilité de la récupérer; le gérant avait pour sa part formé une demande incidente concernant la non-conformité du produit...

Dans un arrêt du 20 octobre 1998³⁹⁰ la cour de cassation a considéré que le dirigeant avait commis une faute en ne vérifiant pas s'il détenait toujours le pouvoir de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'était pas séparable de ses fonctions de directeur général et il n'était ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle était engagée.

Le juge crée alors un régime de quasi-irresponsabilité du dirigeant rendant la mise en jeu de sa responsabilité exceptionnelle et engage les tiers à se retourner directement contre la personne morale.

³⁸⁸ Cass. com., 22 jan. 1991 : n° 89-11.650 ; RJDA 2/92, n° 152

³⁸⁹ Cass. com., 27 jan. 1998, n° 93-11.437, D. 1998, p.605, note D. Gibrila ; BJS n° 5 , 1 mai 1998, P.Le Canu ; RTD Civ. 1999 p. 99, note J. Mestre

³⁹⁰ Cass. com., 20 oct. 1998 : n° 96-15418, RTD Com. 2001 p. 454, note C. Champaud, Rev. sociétés 1999, note B.Saintourens, D. 1999.p.639, note M.-H. De Laende

213. - Cette protection très forte de l'écran de la personnalité morale trouve toute sa justification dans une volonté, légitime et nécessaire, de favoriser la prise d'initiative des dirigeants en évitant une perpétuelle mise en cause de leur responsabilité et conséquemment de leur action, ce qui inhiberait tout désir d'entreprendre. La Cour semble alors conférer au dirigeant une certaine impunité. Même si le dirigeant se rendait coupable de fautes graves telle que le dol dans l'exécution d'un contrat les juges se montraient très cléments.³⁹¹

Dans cette affaire le juge a considéré que le dirigeant avait déclaré à un cocontractant que la société qu'il dirigeait était propriétaire d'une certaine quantité de marchandise.

La marchandise en question était grevée d'une clause de réserve de propriété, mais grâce à cet élément erroné qui laissait croire que sa société était solvable, le dirigeant a obtenu un crédit.

Le juge a bien constaté qu'il se rendait coupable de manœuvres dolosives, mais que son intérêt personnel s'évinçant devant de telles pratiques, la faute n'était pas séparable de ses fonctions.

Les commentateurs de l'époque n'ont pas manqué de souligner le caractère immoral de cette position. Pour autant, dans son rapport de 1998, la Cour de Cassation a précisé les critères de cette faute détachable :

« Seules les fautes commises pour des mobiles personnels (recherche de son propre intérêt, animosité à l'égard de la victime, vengeance...) ou peut-être encore, d'une gravité exceptionnelle excluant l'exercice normal des fonctions, sont susceptibles d'engager la responsabilité personnelle du gérant ou de l'administrateur. »

214. - Finalement, dans un arrêt du 20 mai 2003³⁹², la Cour de cassation a mieux défini son exigence en établissant une faute tripartite :

« Mais attendu que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. »

Ainsi la faute séparable doit être intentionnelle, le juge rejette donc toutes les fautes par imprudence ou négligence. Il est exigé que la faute soit d'une particulière gravité, cet élément classique protège les dirigeants contre les actions trop nombreuses de tiers à leur

³⁹¹ Cass. com. 28 avr. 1998, n°96-10253 : bull Joly 1988, p.888, note P. Le Cannu

³⁹² Cass. Com. 20 mai 2003, n° 99-17.092, D. 2003, Jur. p. 2623, note B. Dondero ; AJ p. 1502, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2003, p. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard et p. 741, obs. C. Champaud et D. Danet ; RTD civ. 2003, p. 509, obs. P. Jourdain ; BJS n° 7 , 1/07/2003 note H. Le Nabasque ; GP n° 38 , 7/02/2004, note J-F. Clement

encontre pour des fautes minimales qui rendrait inexorablement pusillanime le plus entreprenant des dirigeants.

Le dernier élément de définition est plus surprenant puisque cette faute doit être incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

Cette dernière notion peut être perçue comme une tautologie.

Effectivement, il est difficile d'appréhender qu'une faute, quelle qu'elle soit, ne puisse être compatible avec l'exercice normal des fonctions sociales du dirigeant.

L'évidence laisserait à penser qu'un dirigeant a en quelque sorte une obligation de résultat quant à une gestion sans faute de la société qu'il dirige, que sa gestion, à l'instar du bon père de famille, ne souffre pas d'actes qui seraient fautifs de quelque manière que ce soit.

215. - Il semble en réalité que la Cour de cassation s'accommode d'un exercice normal des fonctions sociales qui soit émaillé d'un certain nombre de fautes, dès lors que celles-ci n'atteignent pas un seuil d'une particulière gravité.

Ce bouclier protecteur du dirigeant, qu'est la faute séparable exigée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, ne confère pas, dans les faits, au dirigeant une totale impunité face à ses actes. Certaines brèches viennent rétablir quelque peu la situation puisque, par exemple, les sanctions prononcées par l'autorité des marchés financiers, ne sont pas subordonnées à la démonstration d'une faute séparable des fonctions.

Il faut également souligner que lorsque les agissements du dirigeant sont constitutifs d'infractions pénales, les tiers victimes peuvent se constituer partie civile, et les tribunaux répressifs n'employant pas avec la même rigueur la notion de faute séparable, cette voie est de plus en plus utilisée et contribue nettement à la privatisation rampante de l'action publique.³⁹³

216. - Le débat reste tout de même très ouvert, puisque dans un arrêt récent, la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui est notamment compétente en matière de construction et d'immobilier, a rejeté un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel d'Angers qui avait refusé de voir une faute séparable des fonctions dans un délit dont s'était rendu coupable un dirigeant.

Dans cette affaire, l'EURL La Franselvain avait vendu aux époux X une maison d'habitation qu'elle avait elle-même édifiée.

Des désordres sont apparus et, voulant obtenir réparation auprès de l'assurance du constructeur, les époux ont constaté à leurs dépens que le dirigeant n'avait pas satisfait aux obligations de souscription d'assurances de dommages et de responsabilité prévues aux

³⁹³ J. Volff, *La privatisation rampante de l'action publique*, JCP G 2004, I, 146

articles L. 111-34 du Code de la construction et de l'habitation et L.243-3 du Code des assurances.

Ces textes prévoient et répriment le délit d'abstention fautive imputable au dirigeant de la personne morale assujettie à l'obligation d'assurance.

Les acquéreurs ont donc tenté une action en responsabilité à l'encontre du dirigeant de l'EURL, mais la Cour d'Appel d'Angers puis la troisième chambre civile de la Cour de cassation n'ont pas considéré que ce délit était une faute séparable des fonctions de dirigeant.³⁹⁴

La mise en jeu de la responsabilité civile du dirigeant, quelle qu'elle soit, constitue véritablement le risque le plus important de manière quantitative. Ce risque pèse sur les épaules du dirigeant et, le cas d'une action sur le fondement de la responsabilité civile sur l'article 1382 du Code civil n'aboutit pas au motif qu'une faute détachable des fonctions ne peut pas être retenue, la responsabilité de l'entreprise vient se substituer à celle du dirigeant.

Ce bloc que constitue la responsabilité civile du dirigeant n'est pas l'unique risque de responsabilité qui pèse sur le dirigeant.

§2 Les autres risques résultant de la responsabilité du dirigeant

217. - Aux côtés des nombreux cas de mise en jeu de la responsabilité civile du dirigeant d'autres types de responsabilités, parfois moins prévisibles, composent le risque de responsabilité du dirigeant et plus ou moins directement selon les cas un véritable risque pour l'entreprise. Il s'agit principalement de la responsabilité fiscale et pénale du dirigeant.

A) La responsabilité fiscale du dirigeant

218. - Lorsque la société qu'il dirige commence à montrer un certain nombre de difficultés économiques et que, petit à petit, l'entreprise ne satisfait plus aux obligations financières qui la lient à ses créanciers, les dirigeants font rapidement l'impasse sur les dettes fiscales de l'entreprise.

Mais c'est là une erreur stratégique qui peut s'avérer pour le patrimoine personnel du dirigeant terriblement lourde de conséquences. Persuadé que lors de l'ouverture d'une procédure visant à résoudre les difficultés de son entreprise, les services fiscaux viendront

³⁹⁴ Cass. Civ.3, 4 jan. 2006 : n°04-14.731; BJS n° 4, 1/04/2006 note S. Messaï-Bahri ; PA n° 78, 19/04/2006 note J-F Barbiéri ; RGDA n° 2006-3 note J. Kullman

ajouter simplement leurs créances à celles des autres créanciers, le dirigeant s'imagine caché derrière l'écran que forme la personnalité morale de l'entreprise.

219. - En réalité, l'article L.267 du Livre des Procédures Fiscales prévoit les choses différemment, et le dirigeant risque bien de devoir régler la note fiscale sur ses propres deniers.³⁹⁵ La jurisprudence est foisonnante sur ce sujet.

Ainsi la responsabilité du dirigeant de fait peut même être recherchée par les organismes fiscaux.³⁹⁶

En revanche la faute commise par le dirigeant doit être relativement grave puisque qu'il est nécessaire qu'il se soit rendu coupable de manœuvres frauduleuses ou d'inobservations graves et répétées des obligations fiscales.

De plus, il faut que la faute du dirigeant ait rendu le recouvrement de l'impôt impossible.

Sa responsabilité n'étant que subsidiaire, le comptable public doit prouver pour sa part qu'il a effectué les diligences nécessaires afin que ce recouvrement puisse avoir lieu.

220. - Il est intéressant de noter que cette mise en œuvre de la responsabilité fiscale du dirigeant au regard de l'article L. 267 du Livre des Procédures Fiscales est totalement indépendante des autres procédures.

Lors de l'ouverture d'une procédure collective qui donnerait lieu à une action en comblement du passif à l'encontre du dirigeant, les sommes auxquelles le dirigeant sera condamné viendront désintéresser l'ensemble des créanciers.

A l'inverse l'action en responsabilité fiscale fondée sur cet article aura pour seule finalité de permettre aux services fiscaux de recouvrer les sommes qui lui sont dues.

Par exemple, la Chambre Commerciale a considéré que des dirigeants qui se faisaient remettre directement par leurs employés les sommes payées par les clients pour leurs

³⁹⁵ L.P.F. Art. L.267 : « Lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance. A cette fin, le comptable de la direction générale de la comptabilité publique ou le comptable de la direction générale des impôts assigne le dirigeant devant le président du tribunal de grande instance du lieu du siège social. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement.

Les voies de recours qui peuvent être exercées contre la décision du président du tribunal de grande instance ne font pas obstacle à ce que le comptable prenne à leur encontre des mesures conservatoires en vue de préserver le recouvrement de la créance du Trésor. »

³⁹⁶ Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-19.064, Bull. 1991 IV N° 332 p. 230, RTD com. 1992 p.818 note D. Champaud

besoins propres étaient coupables d'une faute qui avait rendu le recouvrement de l'impôt impossible car le chiffre d'affaire était systématiquement minoré.³⁹⁷

Mais il existe une certaine consolation pour le dirigeant qui a été condamné à combler le passif fiscal : il pourra déduire les sommes versées de ses revenus imposables !³⁹⁸

B) La responsabilité pénale du dirigeant

221. - Au-delà des incriminations pénales générales, le législateur envisage une responsabilité pénale spécifique pour le chef d'entreprise par des incriminations qui lui sont propres.

La teneur et les actes visés par ces incriminations sont souvent modifiés selon les législatures.

Le domaine de la responsabilité pénale dans le droit des affaires est un sujet qui revêt une sensibilité extrême.

Au gré de l'actualité et des différentes législatures, voire des différents gouvernements puisque la pratique des institutions françaises ces dernières années a conféré au pouvoir réglementaire une puissance normative substantielle, la pénalisation du droit des affaires est une notion incontestablement fluctuante.

Les textes adoptés alternent donc une volonté de pénaliser pour moraliser et sensibiliser les acteurs du monde des affaires à une pratique plus éthique de leurs fonctions, avec une diminution des peines encourues ou en créant des délits incriminés avec tellement de rigueur qu'ils ne permettent de mettre pénalement en cause les acteurs du monde des affaires que dans des circonstances exceptionnelles.

Depuis la réforme du code pénal entrée en vigueur en 1994, une large place est faite à la responsabilité pénale de la personne morale.³⁹⁹

Mais pour autant, la responsabilité pénale du dirigeant n'est pas exclue.

Deux domaines principaux de responsabilité pénale intéressent le dirigeant : les infractions relevant du droit des sociétés et celles relevant droit du travail .

³⁹⁷ Cass. com., 10 mars 1998, n°96-11395

³⁹⁸ CAA, 29 mars 1994 : dr.fisc. 1994, n°48, comm.2027 ; RJF 7/94, n°763

³⁹⁹ C.Pénal art. 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. »

- Les infractions relevant du droit des sociétés

222. - Les infractions liées au droit des sociétés sont principalement prévues au titre IV du livre 2^{ème} du Code de commerce. L'abus de bien social est l'infraction prééminente à laquelle s'expose le dirigeant.⁴⁰⁰

L'élément matériel nécessaire au juge pour qualifier cette infraction est double : il suppose un acte d'usage qui soit contraire à l'intérêt social.⁴⁰¹

La notion d'acte d'usage est très large et les exemples jurisprudentiels sont pléthoriques : des amendes pour infraction au code de la route payées par la société aux emplois fictifs procurés à des membres de la famille, bon nombre de dirigeants semblent montrer quelques carences en matière de probité.

La contradiction de cet usage avec l'intérêt social est vue de manière relativement large par le juge qui considère que l'appauvrissement, voire le risque d'appauvrissement sont des atteintes à l'intérêt social de la société. Cette atteinte à l'intérêt social n'est pas appréciée de la même manière lorsqu'il s'agit d'un groupe de sociétés dans lequel une filiale est dépossédée au profit d'une autre filiale ou de la société-mère.

Quant à l'élément moral, le dol général constitué par la mauvaise foi du dirigeant est quasiment présumé à l'encontre de celui-ci ; ce dol général est complété par le dol spécial de la recherche d'un intérêt personnel.

223. - Cette notion d'un intérêt personnel est étendue aux entreprises dans lesquelles le dirigeant est directement ou indirectement intéressé.

Par ailleurs un certain nombre d'autres infractions concernant le droit des sociétés sont incriminées dans le code de commerce telles que la présentation ou la publication de

⁴⁰⁰ Définie par l'article L.241-3 4^o du code de commerce : « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros : [...] »

Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement »

⁴⁰¹ C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal spécial et des affaires* : Gualino, 2e éd., 2010 ; S. Bienvenu et A. Outin-Adam, *Pour une réforme de l'abus de biens sociaux. Propositions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Présentation Rapp. Saillard, 21 déc. 1995* : JCP G 1996, act. n° 14 ; Th. Bonneau, H. Hovasse et D. Vidal

La modernisation du droit des sociétés. Rapp. Marini : Dr. sociétés 1996, chron. 15 ; B. Bouloc, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux* : RJ com. 1995, p. 301 ; *Les dispositions pénales applicables en cas d'infractions à la constitution des sociétés commerciales* : LPA, 16 juill. 1986, p. 10 s ; M. Dobkine, *Réflexions itératives à propos de l'abus de biens sociaux* : D. 1997, chron. p. 323 ; C. Ducouloux-Favard, *Abus de biens sociaux. Une prescription butoir pour qui, pour quoi ?* : LPA, 14 févr. 1996, p. 15, C. Ducouloux-Favard, *Les déviations de la gestion dans nos grandes entreprises* : D. 1996, chron. p. 190, M. Galimard, *L'usage de bonne foi des biens sociaux dans le gouvernement de l'entreprise* : Gaz. Pal., 6-8 avr. 1997, p. 15

comptes annuels ne donnant pas une image fidèle ou d'autres infractions liées aux actes sociaux de direction ou d'administration qui ponctuent la vie de la société et qui sont omis ou falsifiés par les mandataires sociaux.

- Les infractions relevant du droit pénal du travail

224. - Il s'agit de l'autre sphère du droit pénal à laquelle le dirigeant est fortement confronté.

Outre les infractions en lien avec la discrimination et le harcèlement des employés, ce sont des manquements aux règles d'hygiène et de sécurité qui vont souvent se solder par des accidents, voire le décès d'un employé qui rendront coupable le dirigeant de blessure ou d'homicide involontaire. Ces infractions involontaires sont couvertes par le contrat d'assurance; dès lors ce domaine de responsabilité pénale du chef d'entreprise intéresse tout particulièrement les assureurs.

Une politique répressive visant à diminuer les accidents liés au travail est mise en œuvre systématiquement par le parquet. La moindre entorse à la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité au travail qui entraîne l'accident d'un salarié entraîne une procédure pénale.

Cela est d'autant plus vrai que cette reconnaissance de responsabilité du chef d'entreprise ou de la personne morale suivant les cas, est un préalable utile pour démontrer ultérieurement le caractère inexcusable de la faute de l'employeur devant le tribunal des affaires sociales.⁴⁰²

Cette faute inexcusable de l'employeur permet au salarié d'obtenir une majoration de sa rente et une indemnisation de son préjudice patrimonial et extra patrimonial dont la caisse de sécurité sociale pourra demander le remboursement à l'employeur et par ricochet à l'assureur.

⁴⁰² M.-A. Afchain, *La responsabilité de la société (administrative, civile et pénale)* : Thèse, Tours 2006 ; P. Conte et P. Maistre Du Chambon, *Droit pénal général, A. Colin* : 7e éd. 2004 ; N. Lhasbellaoui-Serra, *Influence de la responsabilité pénale de la personne morale sur celle du chef d'entreprise en cas d'accident du travail* : Thèse, Paris XIII 2002 ; J. Amar, *Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales* : Dr. pén. 2001, chron. 37 ; J. Amar, *Brèves réflexions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations du travail* : Dr. pén. 2005, étude 13 ; C. Benoît-Renaudin, *Recodification du Code du travail et infractions aux règles de santé et de sécurité, une nouvelle donne en matière de responsabilité des chefs d'entreprise ?* : Rev. sc. crim. 2009, p. 331 ; M.-J. Coffy De Boisdeffre, *L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation quant à la détermination des personnes responsables dans l'entreprise* : LPA 9 nov. 1999, p. 8 ; Rousseau, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise* : Rev. sc. crim. 2010, p. 804

Section 2 LA REACTION ASSURANCIELLE

225. - Les assureurs, toujours à l'affût des évolutions de la société, ont su prendre en compte les risques spécifiques liés à l'activité du chef d'entreprise au cours de l'exploitation de son entreprise.

Aux règles classiques qui régissent tout contrat d'assurance, une gestion spécifique est envisagée afin de mieux appréhender ce risque ainsi c'est une définition relativement élargie de la responsabilité civile qu'adoptent les assureurs afin de couvrir ces risques originaux. (§1),

Par ailleurs, dans un souci de bonne gestion de son entreprise, le chef d'entreprise se doit d'avoir recours à l'assurance pour protéger son entreprise du risque de sa disparition ou de celle de l'un de ses collaborateurs essentiels au fonctionnement de l'entreprise. (§ 2)

§1 La vie du contrat d'assurance de responsabilité du dirigeant

226. - Le contrat d'assurance de responsabilité civile du dirigeant pris ès-qualité est relativement récent puisque les assureurs français l'ont introduit dans les années 1970 et au départ, il s'agissait d'un contrat qui couvrait les dirigeants uniquement contre les mises en cause lors de la faillite.⁴⁰³

Aujourd'hui les dirigeants de sociétés s'exposent de plus en plus dans l'exercice de leur mission au risque de voir leur responsabilité engagée.

Pour prévenir ce risque, il est possible de recourir à une assurance spécifique : l'assurance responsabilité civile du dirigeant.⁴⁰⁴

227. - L'assureur dans un souci de bonne gestion de l'actuariat ne peut s'exonérer d'une parfaite connaissance de son assuré lorsqu'il couvre le risque de responsabilité civile d'un dirigeant.

Tout droit importé des États-Unis, ce produit d'assurance commence peu à peu à se développer dans l'Hexagone. Et s'il ne concerne pour l'instant essentiellement que des

⁴⁰³ J. Bigot (sous la dir. de), *Traité de droit des assurances*, t. 1 : Entreprises et organismes d'assurance, 2^e éd., 1996 ; t. 3 : *Le contrat d'assurance*, 2002, LGDJ ; J.-L. De Boissieu, *L'assurance facile*, 2001, éd. LPM. - J. Bonnard, *Droit et pratique des assurances : particuliers et entreprises*, 1^{re} éd., 1997, Delmas. ; D. Krajewski, *Droit des assurances*, 2004, coll. Focus droit, Montchrestien ; Y. Lambert-faivre, *Droit des assurances*, 11^e éd., 2001, Dalloz. - M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres*, t. I : Le contrat d'assurance, 5^e éd., 1982 ; t. II : A. Besson, *Les entreprises d'assurances*, 4^e éd. 1977, LGDJ.

⁴⁰⁴ F. Chaumet, *Risque de responsabilité civile des dirigeants d'entreprise* : Lamy assurances, 2012, n° 2588 s ; A. Couret *Assurance de responsabilité pour les dirigeants* : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 760

dirigeants de grandes sociétés, la multiplication des cas de responsabilité du dirigeant devrait lui promettre un bel avenir également dans les PME.

En effet, il existe principalement des garanties incluses dans le contrat de protection générale de la responsabilité de l'entreprise qui ont pour objet la protection de la responsabilité civile du dirigeant, souvent mal définie ; les assureurs ont donc développé un contrat spécifique pour garantir ce risque. En pratique l'assurance-dirigeant est une assurance responsabilité civile. (A) Selon les compagnies, elle peut être vendue seule ou en même temps que d'autres assurances spécifiques aux dirigeants d'entreprise (avec une assurance homme-clé ou encore une assurance information juridique), sous forme de pack. (B)

A) La souscription d'un contrat d'assurance-dirigeant

228. - En pratique, les contrats d'assurance-dirigeant sont presque toujours souscrits par la société dans laquelle les dirigeants dont on veut couvrir la responsabilité exercent leur mandat (ou par une société-mère au profit des dirigeants de ses filiales), et non par le dirigeant lui-même.

Par conséquent, cette situation entraîne de facto une certaine confusion des genres, puisque la société est souscriptrice d'un contrat d'assurance dont le bénéficiaire de la garantie est son dirigeant.

Or ce contrat va, entre autre, garantir le dirigeant contre les conséquences pécuniaires qui résulteraient d'une action en responsabilité de sa société à son encontre.⁴⁰⁵

En pratique, il est possible que le contrat d'assurance soit signé de la main du dirigeant pour le compte duquel l'assurance est souscrite, agissant en sa qualité de représentant légal de la société souscriptrice. C'est donc la société qui paiera les primes d'assurance et non le dirigeant assuré. Ainsi, l'assurance-dirigeant appartient à la catégorie des " assurances pour compte ".

228. - Il est d'ailleurs important que le caractère d'assurance pour compte ressorte clairement du contrat d'assurance, soit par une mention expresse, soit par la définition que donne le contrat de l'assuré en ne visant que des dirigeants.

⁴⁰⁵ J. Kullmann, *L'Assurance de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes* : Risques, 2006, n° 68, p. 48 ; S. Di Meglio, *Les dirigeants et mandataires sociaux en droit français, une responsabilité sans frontières, risques et solutions* : Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, 1999, p. 1107 ; S. Messaï Bhari, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux* : IRJS Éditions 2009 ; J. Monnet, *Le dirigeant de société, risques et responsabilités* : Litec, Juris-compact 2002, chap. 08 ; A. Mourot, *Les garanties de la responsabilité du dirigeant social* : Argus de l'assurance, 30 mars 2001, n° 6731 ; Y. Le Pallec, *Une assurance hors contrôle* : La tribune de l'assurance, juill.-août 2003, p. 33

A priori, la souscription d'un tel contrat pour le compte de ses dirigeants ne s'analyse pas comme un contrat que la société souscriptrice aurait conclu avec les dirigeants assurés.

Cet élément vient renforcer la difficulté de qualification du dirigeant vis-à-vis de la société qui devient dès lors cocontractant de la société, alors même qu'il signe pour les deux parties. Et à l'occasion d'un litige entre la société et son dirigeant, la société souscriptrice devient donc un tiers au contrat d'assurance. Cependant, il peut être prudent de soumettre le contrat d'assurance-dirigeant à la procédure des conventions réglementées (articles L. 225-38 du Code de commerce pour les Sociétés anonymes, et L.223-21 du Code de commerce pour les Sociétés à risque limité), dans la mesure où celle-ci s'applique non seulement aux conventions conclues directement entre la société et l'un de ses dirigeants, mais également aux conventions conclues par la société et dans lesquelles ses dirigeants sont indirectement intéressés, ce qui est précisément le cas de l'assurance-dirigeant.⁴⁰⁶

Les dirigeants assurés peuvent être désignés de manière nominative dans le contrat.

En pratique, il est plutôt conseillé de viser très largement et de manière non nominative tout dirigeant de la société souscriptrice (et éventuellement ceux de ses filiales).

De cette façon, en cas de changement de direction en cours de contrat, l'assurance pourra jouer au profit des dirigeants nouvellement nommés sans qu'il soit nécessaire de modifier les termes du contrat.

230. - Il est utile de préciser que la majorité des contrats d'assurance-dirigeant existant sur le marché couvre le risque de responsabilité civile encouru non seulement par les dirigeants de droit (c'est-à-dire ceux régulièrement nommés par les organes de la société) mais également par les dirigeants de fait (c'est-à-dire ceux qui exercent en lieu et place des dirigeants de droit des fonctions de direction).

⁴⁰⁶ I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants* : Economica, 1975 ; Conseil national des commissaires aux comptes *Études juridiques* : Les conventions réglementées et interdites dans les sociétés anonymes, 1974 ; J.-Fr. Bulle, *Aspects pratiques sur... les conventions réglementées dans les groupes (quelques aspects particuliers)* : Dr. sociétés janv. 2001, chron. p. 10 ; C. Champaud et D. Danet, *Conventions réglementées* : RTD com. 2002, p. 98 ; P. Le Cannu, *Les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001* : Bull. Joly 2001, p. 720, § 165 ; Magnier et Y. Paclot, *Rémunération d'un dirigeant salarié et procédure des conventions réglementées* : Bull. Joly 2009, p. 1069 ; M.-C. Migeon, *Les conventions entre la société et ses dirigeants* : LPA 10 juill. 1987, p. 4 ; R. Vatinet, *Les conventions réglementées* : Rev. sociétés 2001, p. 561 ; B. Vial-Pédrolletti, *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales* : Thèse Aix-en-Provence, III, 1986 ; A. Viandier, *Les conventions réglementées* : Éco. et compt. 1987, suppl. n° 158 ; Le bénéficiaire de l'assurance par le dirigeant n'a pas la nature d'une rémunération : Cass. com., 3 mars 1987, n° 84-15.726, *Union des Banques de Paris c/ Lebon*, Dr. sociétés, avr. 1987, comm. 109 ; Bull. civ. 1987, IV, n° 64 ; JCP E 1987, I, 16342, n° 14, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. sociétés 1987, p. 266, note Y. Guyon ; Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-22052, *SA Sidergie c/ Marmonier*, D. 1998, inf. rap. p. 69, Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16-084, *Sté Samo Gestion c/ Sté Sorepla Industrie*, Dr. sociétés 2010, comm. 226, obs. D. Gallois Cochet ; Cornette de Saint-Cyr, *La fixation de la rémunération du gérant de SARL* : LPA, 10 sept. 1986. la jurisprudence a également envisager que cela constitue une convention réglementée : CA Versailles, 12e ch., 12 sept. 2002, *Picard c/ Berthier* ; Bull. Joly 2002, § 10, p. 57, obs. B. Saintourens ; la jurisprudence récente retient la solution inverse : Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13205, *Lacrois c/ Rabeau Mauvillain* : Dr. sociétés 2010, comm. 139, note. M. Roussille ; Rev. sociétés 2010, p. 222, note A. Couret

Par ailleurs, la plupart de ces contrats étendent leur garantie aux conjoints, héritiers, légataires ou représentants légaux des dirigeants (dans le cas où le dirigeant est une personne morale), pour les cas où ces personnes seraient poursuivies au titre de la responsabilité des dirigeants assurés, notamment suite au décès ou à l'incapacité de ces derniers. Le régime fiscal des primes d'assurances dirigeant ne simplifie pas l'articulation et la compréhension des intérêts d'assurance en présence. Selon l'administration, les primes prises en charge par la société souscriptrice constituent pour le dirigeant assuré un avantage en argent imposable, et non une allocation pour frais d'emploi au sens de l'article 81-1° du Code général des impôts.

Au niveau de la société, les primes qu'elle a versées sont évidemment déductibles de son bénéfice imposable en tant que rémunération indirecte (article 39-5 CGI).⁴⁰⁷

Cela semble cohérent pour la couverture du risque des actions sociales et de l'action pour insuffisance d'actifs puisque la garantie joue en faveur de la société elle-même.

La question de la déductibilité n'est pas totalement tranchée pour tous les types de dirigeant.

La protection par un contrat d'assurance peut constituer un avantage en nature qui s'additionne aux jetons de présence.

Le montant des jetons de présence perçu étant plafonné, il convient d'éviter un cumul qui excéderait la limite fixée et rendrait taxable cet avantage en nature.

231. - Une réponse ministérielle⁴⁰⁸ indique que les dirigeants salariés peuvent bénéficier de la déductibilité des primes d'assurances, en application de l'article 81-1° du code général des impôts, celles-ci étant considérées comme des allocations destinées à couvrir les frais inhérents à la fonction et à l'emploi des dirigeants salariés.

Le régime fiscal des primes d'assurances versées aux autres mandataires sociaux qui ne sont pas salariés n'a pas fait l'objet de précisions de la part de l'administration fiscale, la doctrine considère donc qu'il convient de leur appliquer un régime similaire de déductibilité.

Ce choix de favoriser la déductibilité des primes d'assurances est logique dans une volonté d'incitation des personnes concernées à souscrire ce type de contrat protecteur, tant pour l'entreprise que pour ses dirigeants..

⁴⁰⁷ J. F. Bulle, *Aspects pratiques sur l'assurance responsabilité civile des dirigeants sociaux, aspects fiscaux* : Dr. sociétés 2002, chron. 12 ; *compte-rendu du 15 mars 2001* : D.O, n° 66, 27 sept. 2001, p. 10 ; JCP E 2001, p. 1801

⁴⁰⁸ Réponse ministérielle n° 25786 à M. Rudy Salles, JO débats Assemblée nationale, 26 octobre 1987

En principe, l'indemnité d'assurance versée pour le dirigeant en exécution du contrat ne constitue pas un revenu imposable ou plus exactement, les indemnités versées aux tiers doivent être neutres fiscalement.⁴⁰⁹

Cependant, la loi admet dans certains cas qu'un dirigeant puisse déduire de ses revenus les sommes auxquelles il a été condamné au titre de sa responsabilité.

Il faut alors tenir compte, dans ces hypothèses, de l'indemnité d'assurance afin de limiter cette déduction aux sommes que le dirigeant a effectivement dû déboursier, c'est-à-dire à la part de sa dette de responsabilité non couverte par l'assurance.

233. - Dans ce cadre, l'administration distingue deux situations :

- 1^{ère} situation : l'indemnisation est directement versée par l'assureur aux victimes.

Dans ce cas, le dirigeant ne déduira que le solde restant éventuellement à sa charge.

- 2^{nde} situation : l'indemnité est versée au dirigeant :
 - si le versement est intervenu l'année au cours de laquelle les créanciers ont été désintéressés, le dirigeant ne pourra déduire, au titre de ses frais professionnels réels, que la somme définitivement payée, déduction faite de l'indemnité perçue ;
 - si, en revanche, le versement intervient l'année suivant celle où les créanciers ont été désintéressés et au titre de laquelle le dirigeant a déduit la somme correspondante de ses rémunérations, l'indemnité s'analyse alors comme le remboursement de frais professionnels antérieurement déduits et constitue donc un revenu imposable au titre de l'année de sa perception.

La problématique de la prescription des actions relatives aux contrats d'assurance dirigeant a évolué au cours du temps. Sous l'empire de la Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, l'article 247 prévoyait la prescription triennale des actions en responsabilité contre le dirigeant mais ne définissait pas de quels types d'action il était question.

Sous l'influence prétorienne qui avait reconnu que l'action sociale intentée par la société à l'encontre de son dirigeant relevait bien de la prescription triennale,⁴¹⁰ le législateur a introduit, par la loi relative aux Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001, l'article L.225-254 du commerce prévoyant une prescription à 3 ans de la connaissance du fait dommageable de toutes les actions en responsabilité à l'encontre des dirigeants sociaux.⁴¹¹

⁴⁰⁹ CE, 9 avril 1986, n°68-863 : Droit fiscal 1986, n°4748, commentaire, Mme La Tournerie

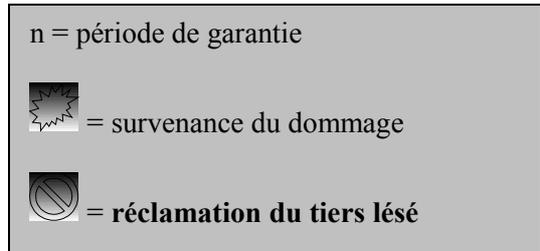
⁴¹⁰ Cass. com., 23 oct. 1990, n° 89-14.721, Rev. sociétés 1991 p.538 note Y. Chaput

⁴¹¹ C.com. art. L.225-254 : « L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans. »

B) L'application du contrat d'assurance dans le temps

A l'instar de tout contrat d'assurance, l'application dans le temps du contrat d'assurance du chef d'entreprise est un véritable casse-tête. Selon les contrats, trois types de fonctionnements sont envisageables : le fait dommageable (1), la base réclamation (2)

1) Garantie fait dommageable

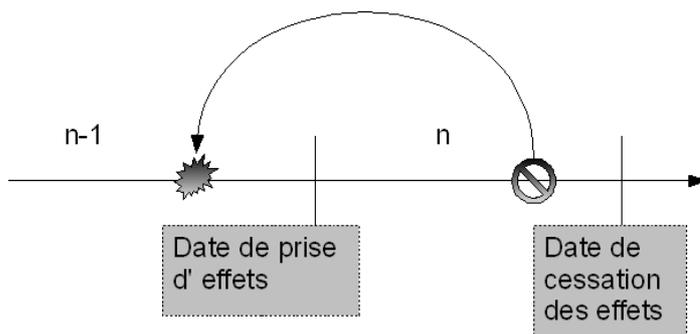


1^{ère} Situation :

234. - Lorsque la date de survenance du sinistre est antérieure à la prise d'effet du contrat, la garantie n'est pas acquise.

Pas de survenance du dommage en période de garantie :

PAS DE GARANTIE



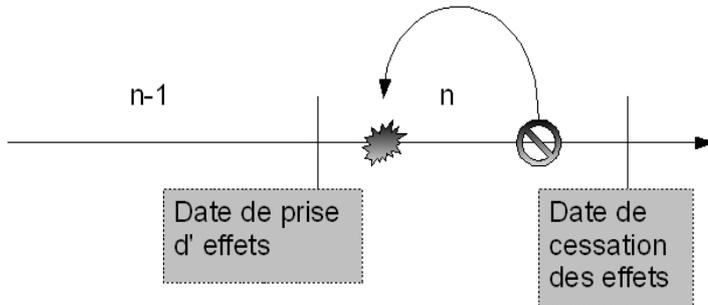
A. Couret, *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire* : RJDA 5/1997, p. 391 ; *La loi sur les nouvelles régulations économiques : la régulation du pouvoir dans l'entreprise* : JCP E 2001, E, p. 1660 ; T. Fossier, *La sanction du dirigeant et sa responsabilité : quelques critères d'appréciation au fond* : Rev. proc. coll., janv. 2008, étude 3 ; D. Martin et O. Tat tieu, *La responsabilité civile des administrateurs de sociétés - Évolutions jurisprudentielles* : JCP 2010, p. 740 ; A. Martin-Serf, *Réforme des procédures collectives - sanctions civiles* : Rev. proc. coll. n° 1, janv. 2009, dossier 14 ; Cass. com., 23 oct. 1990 ; JCP G 1990, IV, p. 416 ; JCP E 1990, I 29632 ; Bull. civ. 1990, IV, n° 255 ; Bull. Joly 1990, p. 1036, note M. Jeantin ; Rev. sociétés 1991, p. 538, note Y. Chaput ; CA Paris, 9 déc. 1994 : JCP E 1995, pan. 108 ; Rev. sociétés 1995, somm. p. 369 ; Cass. com., 3 oct. 1974 : Bull. civ. 1974, IV, n° 268 ; D. 1974, jurispr. p. 646, note B. Bouloc ; Cass. com., 29 mai 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 265 ; RTD com. 1963, p. 856, obs. R. Houin

2^{ème} Situation :

235. - Lorsque la date de survenance du sinistre et la réclamation ont lieu au cours du contrat, la garantie est acquise.

➤ Survenance du dommage et réclamation en période de garantie :

GARANTIE ACQUISE

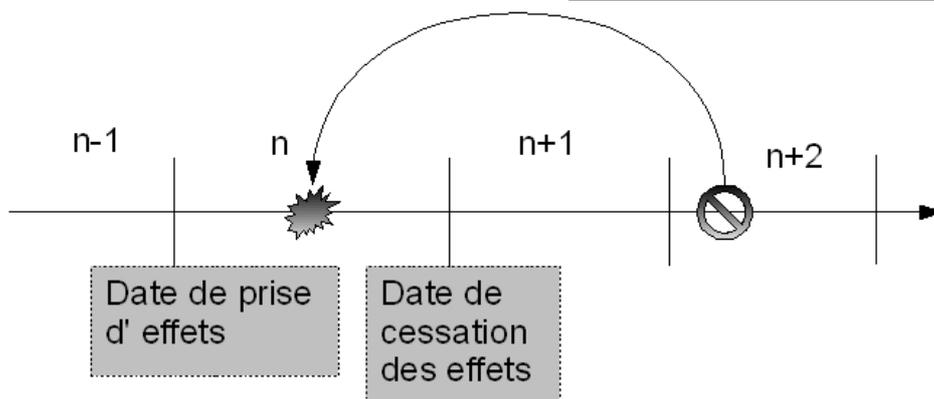


3^{ème} Situation :

236. - Lorsque la date de survenance du sinistre a lieu au cours du contrat, mais que la réclamation a lieu dans les deux ans qui suivent la fin du contrat, la garantie reste acquise.

➤ Survenance du dommage en période de garantie et réclamation présentée 2 ans après la cessation des effets du contrat :

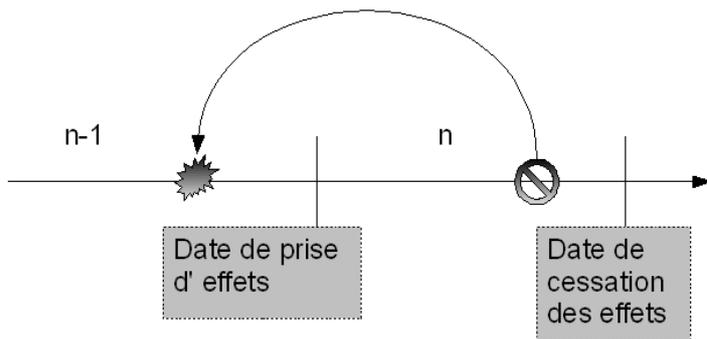
GARANTIE ACQUISE



2) Garantie base reclamation

1^{ère} Situation :

237. - Lorsque la date de survenance du sinistre est antérieure à la prise d'effet, mais que la réclamation ou déclaration sont présentées en cours de période de garantie, la garantie est alors acquise.

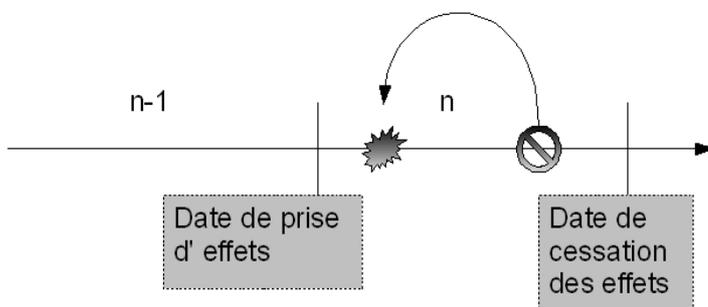


➤ Reprise du passé
inconnu

GARANTIE ACQUISE

2^{ème} Situation :

238. - Lorsque la date de survenance du sinistre et la réclamation ont lieu au cours du contrat, la garantie est acquise.



➤ Survenance du
dommage et
réclamation en période
de garantie :

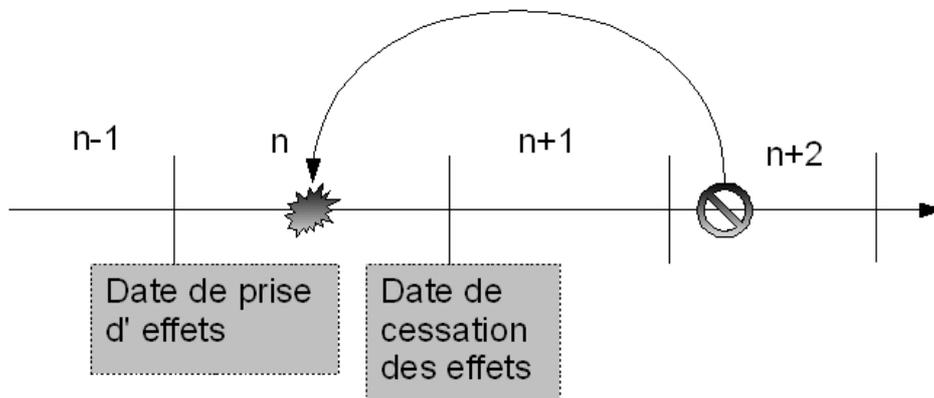
GARANTIE ACQUISE

3^{ème} Situation :

239. - Lorsque la date de survenance du sinistre est en cours de période de garantie, mais que la réclamation ou la déclaration est présentée 2 ans après la survenance du dommage, la garantie n'est pas acquise.

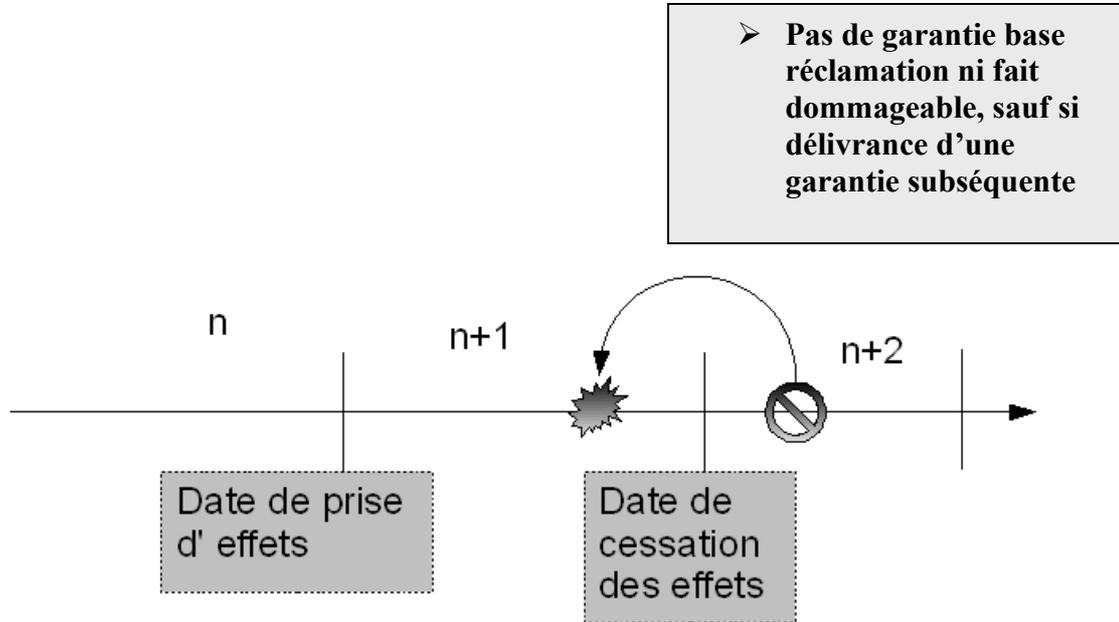
➤ Peut relever de la « reprise du passé inconnu de l'assureur suivant.

➤ **GARANTIE NON ACQUISE**



4^{ème} Situation : LA GARANTIE « SUBSEQUENTE »⁴¹²

240. - Lorsque la survenance du dommage est postérieure à la période de garantie et que la réclamation ou la déclaration est consécutive la garantie n'est pas acquise, sauf si le contrat prévoit une garantie subséquente



⁴¹² Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1990, n° 87-15.834, *Girard c/ CAMB*; RGAT 1991, p. 155, note J. Bigot ; JCP G, 1991, II, 21656, note J. Bigot ; Y. Lambert Faivre, *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses "réclamations de la victime"* : D. 1992, chron. p. 13 ; Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1993, n° 90-17.727, *Cie Rhône Méditerranée c/ Andrianarisoa* ; RGAT 1993, p. 828, note J. Bigot ; Resp. civ. et assur. 1993, comm. 245, obs. S. Bertolaso ; Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1994, n° 90-21.517 *Cie AGF c/ Tremelot* ; JCP G 1994, IV, n° 1443 ; Bull. civ. 1994, I, n° 119 ; RGAT 1994, p. 176, note H. Périnet-Marquet

§2 – La couverture d'une responsabilité civile élargie

241. - Les contrats d'assurance délimitent généralement la garantie offerte au dirigeant assuré, tant dans le temps et l'espace que quant à la nature du risque couvert et au montant de l'indemnisation.

La garantie s'applique bien évidemment à toutes les réclamations correspondant à des faits nés à compter de la date d'effet du contrat jusqu'à la date de son expiration.⁴¹³

Mais la plupart des contrats étendent cette garantie aux faits commis antérieurement à la date d'effet du contrat.

Pour que cette clause « de reprise du passé inconnu » soit valable la condition indéniable exigée est que le souscripteur (qui est en général la société) ou l'assuré (le ou les dirigeants) n'aît pas eu connaissance de l'existence d'un risque de mise en cause de certains de ces faits au jour de la souscription du contrat.

De plus, la garantie se limite aux réclamations formulées à l'encontre des dirigeants dans une période déterminée (le plus souvent 36 mois) suivant la date de résiliation du contrat, lorsque ces réclamations sont relatives à des faits commis par le dirigeant assuré avant cette date.

Il est à noter que seuls certains contrats acceptent d'étendre leur garantie aux réclamations émises à partir d'autres pays.

242. - L'assurance-dirigeant joue en principe à chaque fois que la responsabilité civile du dirigeant est engagée au titre de l'exercice de ses fonctions.

L'assurance-dirigeant ne saurait couvrir le risque de responsabilité civile encouru par le dirigeant dans le cadre de sa vie personnelle.

Comme il a été vu précédemment les hypothèses dans lesquelles le dirigeant est susceptible de voir sa responsabilité civile engagée sont nombreuses :

- à l'égard des associés et de la société pour toutes les fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions : fautes de gestion, violations de dispositions légales, réglementaires ou statutaires ;
- à l'égard des tiers pour toutes les fautes qui seraient détachables de ses fonctions, lorsque la société est in bonis.
- Dans le cas où la société subit une procédure collective, le dirigeant encourt le risque d'une action pour insuffisance d'actifs.

⁴¹³ H. Groutel, *L'assurance gratuite, à propos de l'ancienne garantie subséquente* : Resp. civ. et assur. 1992, chron. 14 ; Cass. 1re civ., 23 juin 1993 : RGAT 1993, p. 891, note J. Bigot ; H. Groutel, *Qui dit la vérité ? À propos de l'étendue de la garantie dans le temps* : Resp. civ. et assur. 1993, chron. 32

Les conséquences financières d'une telle action en insuffisance d'actifs motivent souvent à elles seules la souscription d'une assurance-dirigeant.

243. - Outre le risque lié aux obligations de réparation (pécuniaire ou en nature) mises à la charge d'un dirigeant dans le cadre d'une action en responsabilité, la plupart des contrats d'assurance-dirigeant contiennent des clauses de " défense-recours " par lesquelles l'assureur s'engage à assurer la charge de la défense de son assuré en cas de procès en responsabilité intenté contre lui.⁴¹⁴

Ce type de clause est potentiellement un générateur de conflits d'intérêts.

Concrètement, ces clauses prévoient en général que l'assureur remboursera les frais de défense engagés par l'assuré (honoraires d'avocat ou d'expert, frais d'enquête ou d'expertise, frais de justice...) au fur et à mesure que lui seront présentés des justificatifs.

244. - En dehors de la prise en charge des frais de défense, de multiples clauses sont inventées par les assureurs dans un souci de se différencier face à la concurrence qui se développe.

La plupart des services proposés sont relatifs à la mise en jeu de la responsabilité pénale du dirigeant et particulièrement lors de la phase initiale (garde à vue, perquisitions) et lors de l'après sinistre. Les publicités destinées aux dirigeants vantent un nombre considérable de dispositions consacrées à rendre le plus indolore possible la procédure pénale qu'ils ne manqueront pas de subir. Par exemple, un assureur propose un contrat dans lequel sera pris en charge le véhicule abandonné sur le lieu éventuel de l'interpellation du dirigeant.

Plus classiquement, un certain nombre de contrats prévoit une prise en charge du soutien psychologique du dirigeant ainsi que celui de ses proches.⁴¹⁵

D'autres contrats anticipent les conséquences de la mise en cause du dirigeant en prenant en charge les frais de réhabilitation du dirigeant tels que :

⁴¹⁴ Ch. Freyria, *La direction du procès en responsabilité par l'assureur* : JCP G 1954, I, 1196 ; Beauchard, *L'assureur et le procès* : RGDA 2010, p. 542 ; Th. Montéran, *Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005* : Gaz. Pal., 9-10 sept. 2005, p. 37 ; Ph. Roussel-Galle, *Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005* : JCP E 2005, n° 42, 1512 ; G. Taboul, *Les responsabilités et sanctions* : LPA, 1er-2 nov. 2005, n° 217-218, p. 7 ; J.-P. Legros, *La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Le sort des membres et dirigeants des personnes morales* : Dr. sociétés, janv. 2006, p. 10

⁴¹⁵ Fr. Bergez, *L'assureur et le droit pénal* : thèse, Université de Besançon, 1980 ; J. Kullmann, *Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée* : JCP E 2009, n° 10, p. 1226

- La réalisation d'un diagnostic d'image.
- La mise au point d'un plan d'actions.
- Une assistance à la rédaction / préparation de discours.
- Une formation à la prise de parole en public.
- Une première communication publique préparée par un expert.

Les assureurs ne se limitent pas à la personne du dirigeant, une protection peut être envisagée pour la famille ou pour l'entreprise.

Pour la famille du chef d'entreprise sont organisés :

- L'information et le retour anticipé du conjoint en déplacement à l'étranger.
- La garde des enfants.
- Les déplacements du conjoint.
- La remise en ordre du domicile après perquisition à laquelle les enquêteurs sont en droit de procéder pendant la période de garde à vue.
- La prise en charge d'un soutien psychologique.

Pour l'entreprise :

- En accord avec le chef d'entreprise, peut être organisée une information adaptée à destination de son environnement professionnel;
- Pendant la période de la garde à vue, des services peuvent être mis à disposition pour l'annulation et la réorganisation des déplacements professionnels.

Outre la protection de la société et du dirigeant face au risque de responsabilité de celui-ci, l'absence du dirigeant en dehors de tout problème lié à sa responsabilité peut avoir des conséquences grave pour l'entreprise.

245. - La protection que le dirigeant met en place pour pallier aux divers aléas inhérents à la vie de l'entreprise constitue un mode de bonne gestion de celle-ci.

Que ce soit par anticipation des problèmes en provisionnant dans l'optique de pratiquer l'auto assurance ou en souscrivant des contrats d'assurance obligatoires ou facultatifs, le dirigeant est constamment confronté à cette notion de prévoyance.

Très souvent, la pérennité d'une entreprise repose aussi sur les personnes essentielles à son fonctionnement.

Dans les petites et moyennes entreprises et, d'autant plus dans les sociétés unipersonnelles, le chef d'entreprise ou certaines personnes à un poste capital sont des éléments indissociables du bon fonctionnement de l'entreprise car ils ont acquis un savoir-faire

fondamental, maîtrisent les relations commerciales, inspirent la confiance des partenaires, particulièrement des banques...

Leur disparition au sein de l'entreprise entraînerait des conséquences pécuniaires à même de mettre en péril l'entreprise. Ce risque pesant sur ces personnes indispensables justifie la souscription d'un contrat d'assurance spécifique.

Spécifique tout d'abord quant à la désignation des personnes assurées, il convient que cette assurance couvre le risque encouru par la personne du dirigeant, de ses héritiers et légataires ; elle doit être précisée que sera couverte la responsabilité du représentant légal du dirigeant, dans l'hypothèse où le dirigeant bénéficie d'une protection de par son incapacité juridique.

Le conjoint avec lequel le dirigeant n'est pas séparé de bien doit être prévu dans le contrat en cas d'une condamnation du dirigeant à des dommages et intérêts qui créerait une dette s'étendant aux biens du conjoint.

Le nouveau dirigeant nommé doit être prévu dans le contrat pour éviter un délai de carence dans le temps.⁴¹⁶

246. - La problématique de la délégation de certains pouvoirs doit être envisagée, puisque le dirigeant, ce qui est particulièrement vrai pour les entreprises d'une certaine taille délègue souvent une partie de ses pouvoirs. Pour autant, il ne s'exonère pas totalement de sa responsabilité, alors qu'il en est parfois persuadé.⁴¹⁷

Pour éviter les difficultés d'interprétation lors de la survenance d'un sinistre, le contrat doit prévoir (et cela est rarement le cas) une extension de garantie pour la prise en charge du dirigeant délégué.⁴¹⁸

L'objet de la garantie est le plus souvent déterminé par les exclusions, ce sont des contrats « tout sauf ». Cette technique contractuelle dans le contrat d'assurance trouve sa source dans l'article L.113-1 du Code des assurances ; elle n'est pas exclusive d'une détermination plus précise du risque.⁴¹⁹

⁴¹⁶ G. Creff, *La responsabilité des dirigeants retirés* : RTD com. 1978, p. 47

⁴¹⁷ CA Paris, 3e ch. A, 28 sept. 1993, Sté Challenger Ingénierie SA c/ Sté Centre Français d'Informatique, Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20.653 ; CA Paris, 3e ch., sect. A, 6 nov. 1990, Hoff c/ Semaco : JurisData n° 1990-024372 ; P. Merle, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme !* : D. 1975, chron. p. 245

⁴¹⁸ Il faut noter que le dirigeant délégué tient son pouvoir de la société elle-même qui lui confie un mandat : G. Daublou, *La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société* : Defrénois 1981, art. 32695, p. 945 ; Cass. com., 4 févr. 1997, n° 94-20.681, Pradeau c/ Banque la Hénin : Dr. sociétés 1997, comm. 56, obs. Th. Bonneau ; JCP E 1997, I, 67672, n° 5, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain

⁴¹⁹ C. ass. L. 113-1 "les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police"

G. Durry, *La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque, une proposition de réforme pour trancher le noeud gordien*, MéL. H. Groutel : Litec, 2006, p. 129 ; H. Groutel, *Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie* : Resp. civ. et assur. 1997, chron. 5, p. 7. du même auteur : *Conditions de la garantie ou exclusion* : Resp. civ. et ass. 2009, comm. 37. Voir également la

C'est lors de la réalisation du risque que toute l'importance de la rédaction du contrat d'assurance et particulièrement des clauses d'exclusion va être mise en lumière.

La charge de la preuve est l'objet d'un contentieux abondant qui est à l'origine d'une jurisprudence qui vient préciser les exigences rédactionnelles des clauses d'exclusion de risques, sur le fond et sur la forme. Il revient à l'assureur d'apporter la preuve que les conditions d'exclusion prévues dans le contrat d'assurance sont réunies.⁴²⁰

A l'inverse l'assuré doit pouvoir démontrer que les conditions de la mise en jeu de la garantie sont réunies.⁴²¹

CHAPITRE 2 Les risques et les contrats d'assurance des personnes essentielles

247. - En dehors de la personne du dirigeant, les personnes essentielles dans l'entreprise sont mal identifiées. Ainsi, le peu de contrats existant ne couvrent absolument pas l'ensemble des risques qui pèsent tant sur l'entreprise que sur la personne essentielle. (section 1) Il paraît alors indispensable toujours dans une volonté de tendre vers l'idéal selon les principes de bonne gouvernance et d'éthique d'entreprise, de développer des contrats véritablement adaptés à ces personnes essentielles. (section 2)

Section 1 : L'inadéquation des contrats existants

248. - Les sociétés d'assurance ont développé un produit commercial dont l'intitulé, quelque peu trompeur, est l'assurance « homme-clé ». Cet homme-clé n'est en rien un concept juridique, ce n'est ni plus ni moins qu'une appellation commerciale pour un produit assimilable à une assurance perte d'exploitation. A la différence près que le risque ne porte pas sur un bien mais sur une personne et l'indemnisation du sinistre qui survient est liée à perte d'exploitation de l'entreprise.

Le souscripteur est la même personne que le bénéficiaire : l'entreprise.

jurisprudence qui définit les contours entre l'exclusion d'un risque et la délimitation du risque : Cass. 1re civ., 12 mai 1993, n° 91-14.125; Resp. civ. et assur. 1993, comm. 277, et concernant le caractère très apparent des clauses d'exclusion : Cass. 1re civ., 11 déc. 1990, n° 88-14.079, Resp. civ. et assur. 1991, comm. 70

⁴²⁰ Cass. 1re civ., 15 oct. 1980 : RGAT 1981, p. 51, note Besson ; JCP G 1981, II, 19611, note J. Bigot. Cass. 1re civ., 22 oct. 1980 ; RGAT 1981, p. 51, note Besson ; JCP G 1981, II, 19611, note J. Bigot. Cass. 1re civ., 6 janv. 1982 ; RGAT 1983, p. 44. Cass. 1re civ., 16 nov. 1982 ; RGAT 1985, p. 234. Cass. 1re civ., 2 avr. 1997, n° 95-13.928 ; JCP G 1997, IV, 1118 ; RGDA 1997, p. 737, note M.-H. Maleville. Cass. 1re civ., 9 mars 1999, n° 96-20.57 ; Resp. civ. et assur. 1999, comm. 160. Cass. 1re civ., 23 févr. 1999, n° 97-11.132 ; Resp. civ. et assur. 1999, comm. 151. Cass. 3e civ., 3 juill. 2006, n° 05-16.035 ; Resp. civ. et ass. 2006, comm. 272 ; Margeat et A. Favre-Rochex, *Contrat d'assurance et charge de la preuve* : Assur. fr. 1981, p. 146

⁴²¹ Cass. 1re civ., 10 mai 1989, n° 87-12.447 ; RGAT 1989, p. 643, note J. Kullmann. Cass. 1re civ., 3 oct. 1995 ; RGDA 1996, p. 151, note Maury. Cass. 1re civ., 13 mars 1996, n° 94-10.732; RGDA 1996, p. 687, note Maury. - Cass. 2e civ., 30 mai 2007, n° 06-14.410.

La garantie porte sur la personne d'un ou de plusieurs de ses dirigeants ou d'un collaborateur qui est identifié comme étant essentiel à son fonctionnement.

Ces contrats visent les risques classiques pouvant atteindre les personnes physiques: décès quel qu'en soit la cause, décès par accident, incapacité totale ou partielle, temporaire ou définitive.

Les prestations peuvent, selon les cas, prendre la forme de capitaux et d'indemnités dans le cas du décès de la personne visée au contrat ou d'une indemnité journalière lorsqu'il s'agit d'une incapacité totale ou partielle, temporaire ou définitive

Les sociétés d'assurance, comme dans presque tout contrat d'assurance, limitent leur intervention par des plafonds de garanties, des délais de carences et des franchises.

L'évaluation du préjudice subi par l'entreprise n'est pas chose facile dans la mesure où il est très complexe d'établir la relation de cause à effet entre la disparition de l'homme-clé et les résultats de l'entreprise.

Le contrat prévoit des règles de détermination du préjudice qui peuvent prendre en compte selon les cas un ou plusieurs critères d'évaluations tels que : la baisse du chiffre d'affaires, la marge, la réduction d'activité, les frais supplémentaires d'exploitation rendus nécessaires par le sinistre (recrutement d'un remplaçant, frais de ce remplacement, heures supplémentaires etc.).

249. - Ce sont les éléments économiques et financiers de l'entreprise qui servent de base aux calculs de l'impact de l'indisponibilité de l'homme-clé, tels que le chiffre d'affaires, la marge brute ainsi que la comparaison entre les résultats antérieurs avec les résultats postérieurs au sinistre qui permettent de déterminer l'étendue du préjudice ; une expertise s'impose souvent.

Cette assurance qui est donc très proche d'une assurance « perte d'exploitation » répond aux principes fondamentaux des assurances de dommage et au caractère indemnitaire qui s'y attache.

Ce type d'assurance n'est donc pas véritablement adapté à toutes les hypothèses de protection des personnes essentielles de l'entreprise, mais il s'agit du seul contrat d'assurance développé dans ce sens.

250. - Certaines dispositions vont permettre la protection du salarié, indépendamment de sa fonction dans l'entreprise, lors de la survenance des accidents du travail. La définition de ce type d'évènement est retrouvée à l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale définit ainsi l'accident du travail :

« Est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise. »

L'indemnisation des accidents du travail sur une base forfaitaire a été rendue possible par la Loi du 9 avril 1898 sur l'indemnisation des accidents du travail.⁴²²

Cette protection sociale des salariés vise à indemniser les dommages corporels issus d'un accident du travail. Cette réparation ne protège que le salarié des conséquences de son accident, ce qui ne correspond pas à la synergie de protection qu'il convient d'instaurer entre la personne essentielle et l'entreprise.

L'entreprise, pour sa part, ne pourra que subir les conséquences de cet accident venant toucher une personne essentielle à son organisation et cela d'autant plus que le recours à la démonstration de l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur est de plus en plus invoquée par les victimes salariées qui souhaitent que leurs préjudices soient évalués au regard du droit commun plutôt que selon les barèmes prévus par la Sécurité Sociale.⁴²³

Les rapports qui s'instaurent entre le salarié et l'entreprise deviennent alors plus ou moins contentieux, ce qui est exactement l'inverse de la dynamique nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise.

251. - L'entreprise met tout en œuvre pour s'exonérer de sa faute, le salarié pour en démontrer l'existence ; se développe alors une opposition entre les deux, voire un combat qui a inexorablement pour effet de créer une rupture aux antipodes des principes de bonne gouvernance.

La protection sociale des accidents du travail se limite aux salariés et ne protège pas toutes les personnes essentielles de l'entreprise. De plus, cette protection est unilatérale et ne protège en rien l'entreprise des conséquences de l'absence ou de l'indisponibilité plus ou moins longue d'un salarié qui peut s'avérer être d'une importance capitale pour le bon fonctionnement de l'entreprise.

252. - L'entreprise de son côté peut avoir conscience d'être soumise à un risque suffisamment spécifique concernant certaines personnes essentielles à son bon fonctionnement. Ce risque spécifique n'est pas couvert par les contrats d'assurance existants et proposés par les entreprises d'assurance qui ne sont pas toujours disposées à

⁴²² M. Badel, *Droit de la sécurité sociale* : Ellipses, 2007 ; R. Charvin, *Droit de la protection sociale* : L'Harmattan, 2007 ; J.-P. Chauchard, *Droit de la sécurité sociale* : LGDJ, 5e éd., 2010 ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation* : Dalloz, Précis, 7e éd ; O. Godard, *L'indépendance des rapports employeur-salarié dans le régime accidents du travail* : JCP G 1990, I, 3442

⁴²³ La faute inexcusable est définie comme une "faute d'une exceptionnelle gravité, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience que devait avoir son auteur du danger qui pouvait en résulter et de l'absence de toute cause justificative" Cass. ass. plén., 18 juill. 1980, n° 78-12.570 : Bull. civ. 1980, ass. plén., n° 5 ; Cass. soc., 11 avr. 2002, n° 00-16.535 ; Bull. civ. 2002, V, n° 127 ; Resp. civ. et assur. 2002, ss chron. 16, N. Dupuy-Loup ; Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038, RDSS 2005. 875, note P-Y. Verkindt ; D. 2005. 2375, note : Y. Saint-Jours

adapter un contrat qu'elles proposent en masse pour satisfaire le besoin ponctuel d'une entreprise particulière.

L'entreprise qui identifie un risque nécessitent une couverture originale peut avoir recours à un courtier en assurance. A l'instar de ce que faisaient les Lloydes aux origines de l'assurance, le courtier, dit courtier grossiste⁴²⁴, dont la profession s'est véritablement développée depuis une trentaine d'années va concevoir un contrat d'assurance adapté au besoin identifié, mal couvert pas les contrats standards. Ce contrat devra ensuite être agréé par un assureur qui confiera alors ce modèle de contrat à des courtiers détaillants qui se chargeront de vendre ce contrat auprès de leur clientèle.

Ces courtiers détaillants sont généralement autonomes dans leur gestion, tant pour l'acceptation des risques que la perception des primes et la gestion des sinistres.

Un contrat peut donc être développé spécifiquement pour un risque donné et surtout il est possible d'imaginer que le contrat en question inclut à la fois les risques auxquels sont soumis l'entreprise du fait de l'indisponibilité plus ou moins longue d'une personne essentielle mais également une protection spécifique pour la personne essentielle.

Cette protection peut être prévue contre les risques d'atteintes corporelles et pour leurs conséquences patrimoniales, une meilleure prise en charge de ce type de sinistre permet un retour dans l'entreprise de la personne essentielle plus rapide et dans des meilleures conditions. Le risque de responsabilité doit aussi être considéré, la couverture de ce risque devant être envisagée dans toutes ses composantes.

253. - Il est certain que l'appel au courtage est une solution idéale pour que le contrat d'assurance soit en parfaite adéquation avec les différents risques qu'il est nécessaire de couvrir tant pour l'entreprise que pour la personne essentielle. Cette pratique est développée dans certains domaines, mais de manière imparfaite. Un violoniste va être assuré contre les risques de perdre un doigt qui l'empêcherait de jouer de son instrument, un chirurgien sera assuré contre la perte de l'usage de sa main, le rugbyman assuré contre la rupture de ses ligaments croisés.

Le premier problème de ce type d'opération provient de la complexité du recours au courtier, particulièrement pour les petites entreprises qui devront le convaincre de faire les démarches auprès des entreprises d'assurance pour que leur risque soit couvert.

Seule le véritable développement d'un contrat cadre par les entreprises d'assurance qui pourrait s'adapter à chaque typologie d'entreprise permettrait d'induire un accroissement de la protection des risques liés à la personne essentielle dans l'entreprise.

⁴²⁴ C. assur., art. R. 511-2, J. Bigot, *Les courtiers d'assurance grossistes : une clarification attendue* : JCP G 2009, 317

Le second problème réside dans le recensement des risques liés à la personne essentielle dans l'entreprise. Pour chaque entreprise, la spécificité des risques doit être prise en compte et évaluée, à l'instar de ce qui est fait par les « risk manager » dans les grandes entreprises.

Section 2 Réflexions sur une meilleure prise en charge des risques

254. - Les principes de bonne gouvernance et d'éthique des entreprises orientent les dirigeants vers une prise de conscience de l'intérêt de centrer les décisions de gestion de leur entreprise sur les parties prenantes ou *stackholders*.

L'intégration de ce type de personne dans le processus décisionnel du dirigeant a certes une dimension humaniste mais ce n'est pas l'unique finalité puisque ces parties prenantes de part leur interaction avec l'entreprise ont une utilité, parfois indispensable pour certaines d'entre elles, à la pérennité de l'entreprise.

Le rapport qui s'instaure entre l'entreprise et les parties prenantes est complexe. Il s'agit d'une relation d'interdépendance qui est souvent mal identifiée de part et d'autre alors que le rapport qui les lie devrait être gagnant-gagnant, les oppositions qui émanent de leurs actions réciproques montrent le problème qui existe dans l'identification et la définition de leur lien.

255. - Il est dans l'intérêt de l'entreprise et donc du dirigeant que chaque partie prenante tienne sa place, son rôle efficacement au sein de l'entreprise ou dans son environnement. Il appartient donc au dirigeant de prendre les décisions de gestion qui vont dans ce sens là.

Pour chacune des parties prenantes qu'elle soit dans un rapport d'exclusivité avec l'entreprise, comme c'est par exemple le cas du salarié, dans un rapport proche mais non exclusif dans le cas d'un actionnaire ou parfois dans une relation plus distante comme une collectivité territoriale, la conservation de la bonne santé de l'entreprise est au minimum utile mais peut même être indispensable.

Tout l'équilibre de ces rapports se situe dans l'identification : l'identification des personnes, l'identification du rôle de chacun, l'identification de l'apport de chacun et évidemment l'identification du risque encouru par chacun.

Pour identifier les personnes concernées il est possible d'imaginer une série de questions qui permettent de cerner au mieux les besoins en assurance et les intérêts en présence.

256. - En fonction de l'entreprise, de sa taille, de son domaine d'activité, il est d'abord nécessaire d'individualiser chaque domaine : la recherche et le développement, la production, la commercialisation. Il faut entendre ces termes au sens le plus large pour pouvoir correspondre à chaque domaine d'activité d'une entreprise, qu'elle intervienne dans le secteur primaire, secondaire ou tertiaire. Parfois certaines branches ne sont pas à proprement parler compartimentées, c'est le cas par exemple d'un cabinet d'avocat, une analogie doit cependant être faite. Dans le cas d'un cabinet d'avocat, composé de plusieurs associés, de collaborateurs, de secrétaires, chaque personne de part ses qualités va apporter quelque chose de différent au cabinet. Certains des avocats seront plus habiles pour avoir une vision à plus long terme du cabinet et des évolutions qui seront nécessaires à son développement, cette fonction au sein du cabinet peut être assimilée à une branche de recherche et de développement d'une entreprise.

La production consiste dans un cabinet d'avocats tant en la gestion des dossiers par les avocats eux mêmes que par l'action des secrétaires dans l'organisation administrative du cabinet. La commercialisation consiste à la fois en l'image ou la réputation d'un ou de plusieurs avocats du cabinet (*l'intuitu personae*⁴²⁵) qui entraîne un afflué de clientèle et repose aussi sur la capacité de capter une nouvelle clientèle soit par une communication adaptée, soit par des permanences juridiques telle que les permanences pénales.

257. - Cette classification des branches d'activités d'une entreprise est transposable de manière universelle.

Dans chaque branche, il faut ensuite identifier les personnes essentielles, celles qui détiennent un savoir-faire ou des connaissances qu'il est nécessaire de protéger par le mécanisme assurantiel.

- Existe-t-il dans l'entreprise une autre personne possédant l'équivalent de ces connaissances ?
- Existe-t-il une trace écrite des différentes connaissances détenues par cette personne ?
- Est-il possible de reconstituer son savoir spécifique ?

Cette série de questions permet de cibler la personne essentielle dans chacune des branches de l'entreprise.

⁴²⁵ Y. Serra, *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats* : thèse Montpellier, 1968

258. - L'identification des personnes essentielles est un premier pas vers un renforcement de la protection de l'entreprise mais n'est pas suffisante.

Afin de parfaire ce schéma de protection, l'entreprise doit tenir compte de l'ensemble des stakeholders, des parties prenantes de l'entreprise : les associés, les salariés, les créanciers, les clients, l'État et les collectivités locales, l'ensemble du groupe de société (société mère, filles, sœurs), il pourrait même être envisagé de tenir compte de l'environnement familial de certaines personnes essentielles.

En effet sur ce dernier point, il est intéressant de s'interroger sur l'influence que peut avoir le bon fonctionnement de la composante familiale d'une personne essentielle sur son efficacité, son implication dans l'entreprise. Lorsqu'un dysfonctionnement notable apparaît dans la sphère privée ou familiale de l'une des personnes essentielles à l'entreprise (maladie d'un enfant ou du conjoint par exemple), il existe un risque que la personne soit moins disponible temporairement physiquement ou moralement.

L'intégration des parties prenantes dans la réflexion globale de protection assurantielle de l'entreprise n'implique pas nécessairement d'avoir recours à un contrat d'assurance spécifique pour chacune d'elle sous la forme d'une assurance pour compte ou sous la forme d'un contrat d'assurance classique pour chacun des risques auxquels les parties prenantes sont soumises et qui ont un lien avec l'entreprise ou à l'inverse pour les risques qui pèsent sur l'entreprise et qui découlent de chaque partie prenante.

Mais il est indispensable d'en tenir compte de manière plus ou moins directe en fonction des parties prenantes pour avoir une idée la plus précise possible des risques auxquels sont soumis l'entreprise.

259. - A l'heure actuelle les contrats d'assurances proposés ne considèrent pas toutes les dimensions et les facettes des risques liés à la fois aux personnes essentielles et aux diverses parties prenantes.

L'une des hypothèses qui explique cette carence est le recours à la notion de risque.

L'identification, le recensement de l'ensemble de ces risques est quasiment impossible tant ils sont nombreux. Le recours à l'intérêt d'assurance permettrait de pallier à ce manque.

Une autre hypothèse qui peut être avancée concerne le cloisonnement qui existe entre les différentes branches d'assurances en droit français.

D'un côté les assurances de dommages qui incluent les assurances de biens et les assurances responsabilité et de l'autre les assurances de personnes.

Les assurances de dommages se caractérisent par leur caractère indemnitaire alors que les assurances de personnes ont un caractère forfaitaire.

Cette distinction prévue dès l'origine du code des assurances en 1976 n'était déjà pas nouvelle puisque Planiol opérait déjà une distinction entre les « assurances proprement dites » équivalentes actuelles des assurances de dommages et les assurances de personne.⁴²⁶

Cette dichotomie se manifeste dans le Code des assurances dans les intitulés des différents titres du code. Le législateur a nommé le Titre I de la première partie consacrée au contrat : « Règles communes aux assurances de dommages non-maritimes et aux assurances de personnes », le Titre II « Règles relatives aux assurances de dommages » et le Titre III « règles relatives aux assurances de personnes et aux opérations de capitalisation ».

260. - Le caractère forfaitaire de ces assurances de personnes qui couvrent tous les risques inhérents à la personne humaine est posé par l'article L. 131-1 « En matière d'assurance sur la vie et d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, les sommes assurées sont fixées par le contrat. ». L'analyse faite dans un premier temps par la jurisprudence de ce critère forfaitaire de l'assurance de personne était que lorsque le contrat d'assurance prévoyait une prestation calculée indépendamment du préjudice subi mais en fonction d'éléments prédéterminés alors cette assurance était une assurance forfaitaire.⁴²⁷

L'assemblée plénière a finalement fait un revirement en considérant que le caractère forfaitaire des sommes versées par l'assureur peut être retenu lorsqu'elles sont calculées indépendamment de la perte patrimoniale subie par l'assuré.⁴²⁸

La distinction stricte entre les assurances forfaitaires et indemnitaires a trois effets principaux, l'absence d'évaluation du préjudice puisque la somme devant être versée par l'assureur en cas de sinistre est définie dans le contrat, l'absence de cumul d'assurance,⁴²⁹ absence de recours subrogatoire contre le tiers responsable pour l'assureur de personne.⁴³⁰

⁴²⁶ Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1907, t. II, p. 674, n°2141

⁴²⁷ Cass. 1^{ère} civ. , 6 oct.1993, n°91-12729, JCP G 1993, N° 46-47, IV n° 2519, p.207 ; GP 29 déc. 1993, n° 363-364, P, p.300 ; D. 1993, N° 38, IR, p. 235

⁴²⁸ Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, n°01-10670 JCP G 2004, II, 10008, note Jourdain, Resp. civ. Et assur. 2004, étude 7 H. Groutel

⁴²⁹ C.ass. L.121-4 "Celui qui est assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque, doit donner immédiatement à chaque assureur connaissance des autres assureurs.

L'assuré doit, lors de cette communication, faire connaître le nom de l'assureur avec lequel une autre assurance a été contractée et indiquer la somme assurée.

Quand plusieurs assurances contre un même risque sont contractées de manière dolosive ou frauduleuse, les sanctions prévues à l'article L. 121-3, premier alinéa, sont applicables.

Quand elles sont contractées sans fraude, chacune d'elles produit ses effets dans les limites des garanties du contrat et dans le respect des dispositions de l'article L. 121-1, quelle que soit la date à laquelle l'assurance aura été souscrite. Dans ces limites, le bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation de ses dommages en s'adressant à l'assureur de son choix.

Dans les rapports entre assureurs, la contribution de chacun d'eux est déterminée en appliquant au montant du dommage le rapport existant entre l'indemnité qu'il aurait versée s'il avait été seul et le montant cumulé des indemnités qui auraient été à la charge de chaque assureur s'il avait été seul."

⁴³⁰ Cette absence de recours subrogatoire de l'assureur de personne nécessite certaines précisions puisque depuis un arrêt de la 2^{ème} chambre civile du 12 juillet 2007 (RGDA 2007, p.830, note L.Mayaux, Resp. Civ. Ass. 2007, chron. N°18, H.Groutel) le critère des assurances de personne forfaitaire a été abandonné ce qui a pour effet que les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les assureurs de personnes ont

261. - Cette segmentation entre les assurances de personnes et de dommages reste malgré tout un paradigme trop intangible pour permettre une véritable prise en charge efficace des besoins en assurances d'une entreprise vis-à-vis des personnes qui lui sont essentielles.

La difficulté consiste surtout dans le fait que l'opération d'assurance qui intéresse l'entreprise est relativement complexe puisqu'il s'agit à la fois de trouver un contrat qui la couvre elle-même contre des risques relatifs aux personnes essentielles identifiées, tout en souscrivant un contrat d'assurance pour compte pour les risques encourus par ces mêmes personnes. Les choses se compliquent d'autant lorsque l'une de ces personnes essentielles, en l'occurrence le dirigeant se trouve souscripteur de ces contrats. Un autre obstacle se situe dans la pluralité de nature des risques qui relèvent tantôt des assurances de personnes tantôt des assurances de dommages.

Ces derniers éléments renforcent l'idée selon laquelle, sans que cela soit une solution à toute la problématique inhérente à l'assurance des personnes essentielles à l'entreprises, le recours à la notion d'intérêt d'assurance permettrait une véritable avancée dans le développement des contrats d'assurance visant à instaurer dans l'entreprise une véritable dimension de protection face aux risques liés à la personne essentielle et tendre ainsi vers une meilleure intégration non seulement des recommandations en matière de bonnes pratique de gouvernance mais surtout d'éthique d'entreprise.

toujours un caractère indemnitaire par détermination de la loi (cf. Loi du 15 juillet 1985, art.29.5) et les assureurs de personnes bénéficient d'un recours subrogatoire des tiers payeurs sans avoir à démontrer le caractère indemnitaire de ces indemnités journalières de maladies et des prestations d'invalidité.

TITRE 2 La notion d'intérêt d'assurance et les conflits d'intérêt

262. - Le recours à la notion d'intérêt d'assurance est pour ainsi dire quasiment inexistant en droit français. Ce n'est pas le cas dans un certain nombre de droit d'autres pays qui prévoient que l'assuré se doit de détenir un intérêt pour la validité de l'assurance de choses. Il en est ainsi à l'article 1-a de la loi belge de 1992⁴³¹ ainsi qu'à l'article 48 de la loi luxembourgeoise de 1997⁴³² qui traitent des assurances indemnitaires : « L'assuré doit pouvoir justifier d'un intérêt économique à la conservation de la chose ou à l'intégrité du patrimoine ». Les articles 38 de la loi belge et 49 de la loi luxembourgeoise précisent qu'en matière d'assurance pour compte : « L'assuré est celui qui justifie de l'intérêt d'assurance lors de la survenance du sinistre ».

En droit français l'intérêt d'assurance est certes exigé pour la validité des assurances de dommage, mais la pratique du droit des assurances l'utilise fort peu lui préférant la notion de risque et dans tous les cas, l'article 121-6 de Code des assurances réserve ce principe aux assurances de dommage voire semble-t-il aux assurances de dommage aux biens. Moins d'une dizaine d'arrêts faisant référence à l'intérêt d'assurance peuvent être recensés dans la jurisprudence.⁴³³ Pourtant l'utilisation de l'intérêt d'assurance plutôt que la notion de risque semblerait plus opportune dans certains types de contrat et en l'occurrence dans les contrats visant à assurer une personne essentielle dans l'entreprise. (Chapitre 1) Le recours à cet intérêt d'assurance permettrait en plus d'avoir une meilleure appréhension des problèmes liés aux conflits d'intérêt qui se créent lors de la souscription du contrat, mais qui ne se révèlent souvent que lors de la réalisation du sinistre. (Chapitre 2)

⁴³¹ Notion également retrouvée à l'article 37 de cette loi du 25 juin 1992

⁴³² Cet intérêt d'assurance est aussi prévu à l'article 2418 du Code civil du Québec : « *Le contrat d'assurance individuelle est nul si, au moment où il est conclu, le preneur n'a pas un intérêt susceptible d'assurance dans la vie ou la santé de l'assuré à moins que ce dernier n'y consente par écrit* », à l'article 790 du Code civil du Brésil, « *Dans les assurances sur la vie des tiers, le souscripteur est obligé de déclarer, sous peine de faux, son intérêt à la préservation de la vie de l'assuré. Jusqu'à preuve du contraire, l'intérêt est présumé lorsque l'assuré est le conjoint, l'ascendant ou le descendant du souscripteur* » et à l'article 59 de la loi luxembourgeoise sur le contrat d'assurance du 27 juillet 1997, « *La vie ou l'intégrité d'une personne peut être assurée par elle-même ou par un tiers. L'assurance sur la vie ou l'intégrité physique d'un tiers est nulle, s'il est établi que le bénéficiaire de l'assurance n'avait aucun intérêt à l'existence et à la santé de ce tiers* ».

⁴³³ Lorsque la base de donnée « Légifrance » est interrogée avec les mots clés « intérêt », « assurance » et « L 121-6 » 8 décisions de justice sont recensées :

Cour d'appel de Toulouse, 5 novembre 2008, 07/03001

Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 6 octobre 2011, 10-24.309, Inédit

Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 10 février 2011, 10-30.435, Inédit

Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 janvier 2010, 09-65.229, Inédit

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 15 février 2000, 97-20.179, Publié au bulletin

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 janvier 1997, 94-20.271, Publié au bulletin

Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 29 mars 1995, 92-21.471, Inédit

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 avril 1990, 88-17.699, Publié au bulletin

Sans que la décision ne soit rendue au visa de l'article L.121-6 du Code des assurances, quelques autres décisions concernant principalement l'assurance pour compte usent du principe de l'intérêt d'assurance.

CHAPITRE 1 Vers une utilisation de l'intérêt d'assurance dans les contrats d'assurance des personnes essentielles

263. - Aucune définition de l'assurance n'est donnée dans le Code des assurances... Les auteurs s'accordent à définir l'opération d'assurance comme étant un contrat dans lequel le souscripteur verse une somme d'argent, soit sous forme de prime, soit sous forme de cotisation en contrepartie de la prestation d'une entreprise d'assurance qui est exécutée lorsque le risque couvert se réalise.⁴³⁴ Cette définition réductrice est loin de permettre une véritable compréhension de l'opération d'assurance qui est bien plus vaste dès lors que l'on prend en compte d'autres paramètres tels que le principe de mutualisation sur lequel repose l'assurance, les tiers au contrat qui ont une possibilité d'agir envers l'assureur⁴³⁵ et les assurés pour compte. Cette définition ne donne pas non plus d'indication quant à la notion de risque qui est la clé de voûte de l'opération d'assurance et qui devrait être combinée de manière très intime avec l'intérêt d'assurance. (section 1) La combinaison entre ces deux notions permettrait une meilleure définition du contrat d'assurance et éviterait la naissance de conflits d'intérêt lors de la réalisation de certains risques. (section 2)

⁴³⁴ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances* : Précis Dalloz, 12e éd. 2011, n° 306. - Lamy Assurances 2011, n° 2

⁴³⁵ Cas par exemple des tiers victimes qui ont un droit d'action directe contre l'assureur du responsable C.ass. L.121-4 et s.

Section 1 Vers une combinaison entre les notions de risque et d'intérêt d'assurance

264. - L'opération d'assurance repose sur le triptyque suivant : le risque, la prime (ou cotisation) et la prestation due par l'assureur en cas de réalisation du risque.

Aucune définition du contrat d'assurance n'est retrouvée dans le Code des assurances. De même, aucune définition du risque n'est donnée dans le code des assurances.

Le contrat d'assurance est un contrat spécial dont les principes sont posés par l'article 1964 du Code civil qui définit les contrats aléatoires.⁴³⁶

Le contrat d'assurance repose donc sur l'aléa. La survenance de cet événement aléatoire est probable mais non certain, c'est ce qui fait la substance même du contrat d'assurance, puisque aucune des parties ne sait si elle va tirer un avantage ou non de ce contrat : l'assuré verse peut être sa prime ou cotisation sans que l'assureur n'ait jamais à exécuter sa prestation, l'assureur a pour sa part l'obligation d'exécuter sa prestation dès la réalisation de l'évènement garanti.

L'appréciation de l'existence de l'aléa dans le contrat d'assurance appartient aux juges du fond⁴³⁷; ainsi lorsque le risque s'est déjà réalisé ou s'il est certain au moment de la souscription du contrat, il ne peut y avoir de contrat d'assurance.⁴³⁸

265. - La notion d'aléa est conçue par la Cour de cassation de manière de plus en plus extensive, pour la Haute Cour, une toute petite part de hasard dans le contrat d'assurance est suffisante pour que le contrat d'assurance soit valide.⁴³⁹

⁴³⁶ C.civ. art. 1964 « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont : Le contrat d'assurance, Le jeu et le pari, Le contrat de rente viagère. »

⁴³⁷ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1999, n° 97-13.693, concernant une cour d'appel qui avait constaté que le risque d'annulation du permis de construire n'était plus aléatoire au moment de la souscription du contrat était un motif suffisant ; Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, n° 97-22.681, n° 1163, Bull. civ. I, n° 189 ; RGDA 2000, p. 1049 ; Resp. civ. et assur., nov. 2000, n° 11, note H. Groutel

⁴³⁸ Cass. 2^e civ., 15 avr. 2010, n° 08-20.377 ; Cass. 1^{re} civ., 15 juill. 1999, n° 97-12.227 ; Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 1996, n° 94-11.174 ; Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1994, n° 92-11.156 ; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1991, n° 89-13.425, GP, 29 avril 1992 ; TGI Paris, 4^e ch., 19 janv. 1989 ; RGAT 1989, p. 309, note J. Bigot

⁴³⁹ Concernant un employeur qui a connaissance que ses employés ont des maladies professionnelles dues à l'inhalation d'amiante au moment de la souscription d'un contrat d'assurance responsabilité civile, l'assureur ne peut lui opposer une absence d'aléa puisque le contrat ne porte pas sur la maladie elle-même mais sur la responsabilité de l'employeur. Cass. 2^e civ., 14 juin 2006, n° 05-13.090 ; JCP G 2007, I, 148, n° 22, obs. J. Kullmann ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 355, obs. H. Groutel ; J. Kullmann, Amiante, tempête en eaux troubles pour l'assurance de responsabilité : RGDA 2006, p. 587 ; Cass. 2^e civ., 7 oct. 2010, n° 10-30.233 ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 33, obs. H. Groutel

Le législateur lui-même pour certains types de contrats d'assurance à une conception très large de l'aléa. C'est par exemple le cas dans les assurances de protection juridique, le risque assuré est celui pour l'assuré de se voir opposer un refus à une réclamation dont il est l'auteur ou le destinataire.⁴⁴⁰ Le contrat peut être souscrit si le futur assuré voit que le conflit naissant prend des proportions importantes, l'aléa repose simplement sur l'incertitude de l'issue du litige, amiable ou judiciaire.

L'article L121-15 du Code des assurances précise, encore que l'intérêt de cette précision soit discutable, que lorsque la chose disparaît avant la souscription du contrat, celui-ci est nul, faute d'aléa, alors même qu'il existait un accord sur la chose assurée et les primes versées par l'assureur.⁴⁴¹

266. - De la même manière, la chose qui disparaît, au cours du contrat, des suites d'un événement qui n'est pas garanti par l'assureur, le contrat devient caduc et l'assureur doit rembourser les primes indûment perçues à partir de la disparition de la chose et donc de l'absence de cause.⁴⁴²

Ce qui est en revanche plus surprenant, c'est que cette obligation de remboursement de la prime versée par l'assuré n'existe plus lorsque la disparition de la chose intervient suite à un événement couvert par le contrat. L'assureur exécute sa prestation mais conserve la portion de prime qui avait été versée jusqu'au terme du contrat alors même que le contrat n'a plus d'objet.

L'absence d'aléa dans le contrat d'assurance est sanctionnée par une nullité relative⁴⁴³, l'aléa s'apprécie au regard du risque qui pèse véritablement sur l'assuré et pour lequel il a souscrit un contrat. Ainsi lors d'un contrat d'assurance collective qui couvrait les risques d'invalidité temporaire et définitive des bénéficiaires, un assuré qui était déjà en invalidité temporaire lors de la souscription du contrat, ne pouvait prétendre au bénéfice des prestations liées à l'invalidité temporaire mais par contre à celles concernant l'invalidité

⁴⁴⁰ C.ass. art. L127-1 « est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi. »

⁴⁴¹ Cass. crim., 11 déc. 2007, n° 07-81.665 : Argus, 8 févr. 2008, p. 41

⁴⁴² C.ass. L121-9 « En cas de perte totale de la chose assurée résultant d'un événement non prévu par la police, l'assurance prend fin de plein droit et l'assureur doit restituer à l'assuré la portion de la prime payée d'avance et afférente au temps pour lequel le risque n'est plus couru. »

⁴⁴³ « le défaut d'aléa n'entraîne pas une nullité absolue et l'action en nullité, qui a pour objet la clause d'effet rétroactif stipulée au contrat d'assurance, n'appartient pas aux sociétés qui entendaient s'en prévaloir mais au seul assureur, a décidé que l'assureur, subrogé dans les droits de son assuré, était recevable à agir contre ces sociétés sur le fondement de l'article L. 121-12 du code des assurances » : Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, n° 97-16.306, Trib. assur., janv. 2000, cah. jurispr., p. I, L. Fonlladosa ; RGDA 2000, p. 33, note J. Kullmann ; D. 15 juin 2000, p. 507, note A. Cristau ; JCP E 2000, p. 1186, note E. Roueil

définitive.⁴⁴⁴

267. - Lorsque le contrat d'assurance inclut une clause de reprise du passé, la notion d'aléa entre dans le champ du risque putatif. Ce risque putatif est au départ prévu pour les assurances maritime⁴⁴⁵, mais a été étendu de fait aux contrats de type base réclamation principalement en matière de responsabilité civile professionnelle (qui sont obligatoires dans certains domaines tels que la responsabilité médicale⁴⁴⁶ et facultatifs dans les autres contrats de responsabilité).

Le contrat type base réclamation comporte nécessairement cette clause de reprise du passé qui couvre les réclamations intervenant au cours de la période de validité du contrat des sinistres qui sont intervenus avant la souscription du contrat. Bien évidemment l'aléa est toujours présent puisque sont exclus les sinistres dont avait connaissance le souscripteur avant la période garantie par le contrat.⁴⁴⁷

En cas de faute intentionnelle de l'assuré, l'aléa va naturellement disparaître et ouvrir la possibilité à l'assureur de refuser sa garantie. Cette exclusion de la garantie ne nécessite pas de clause spécifique au contrat et est prévu par l'article L. 113-1 du Code des assurances, « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Cette faute intentionnelle est un acte commis volontairement par l'assuré pour faire disparaître l'aléa et créer le dommage de la manière dont il est survenu⁴⁴⁸. Certaines difficultés résident dans la qualification de la faute intentionnelle, l'appréciation se fait par les juges du fond, la Cour de cassation se réservant pour sa part la faculté de contrôler la motivation et son caractère suffisant.⁴⁴⁹

268. - Cette volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu implique une conception subjective de la faute⁴⁵⁰ qui est parfois abandonnée lorsque l'assuré est condamné au pénal pour des faits volontaires ou lorsqu'un professionnel est reconnu responsable dans des relations contractuelles, une faute intentionnelle objective est alors retenue.

⁴⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 1989 : RGAT 1989, p. 309, note J. Bigot et Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 1991, n° 88-20.201 : RGAT 1991, p. 902, note J. Kullmann

⁴⁴⁵ C. assur., art. L. 172-4 et L. 172-5

⁴⁴⁶ C. assur., art. L. 251-2 « le contrat d'assurance garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres pour lesquels la première réclamation est formée pendant la période de validité du contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre [...] »

⁴⁴⁷ C. assur., art. L. 251-2

⁴⁴⁸ Cass. 2^e civ., 16 juin 2011, n° 10-21.474 : RGDA 2011 p. 958 ; Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-27.033 : RGDA 2013, p. 65. Sont ainsi exclus par les articles L.132-7 et L.132-24 d'une part le bénéfice de l'assurance décès en cas d'autolyse de l'assuré au cours de la première année du contrat et le meurtre de l'assuré par le bénéficiaire du contrat.

⁴⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2003, n° 01-10.478, RDI 2003, p.438 note L. Grynbaum ; Rapp. C. cass. 2004 ; Cass. 2^e civ., 21 oct. 2004, n° 03-18.760 ; Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 03-11.573, D. 2004. 2324, note B. Beignier ; Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 03-10.720, RGDA n° 2004-2, 1 avril 2004, note J. Kullmann ; sur la volonté de l'auteur de créer le dommage tel qu'il est survenu : Cass. 2^e civ., 9 avr. 2009, n° 08-15.867, RGDA n° 2009, p.3, note L. Mayaux

⁴⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 1996, n° 93-14.571, RGDA n° 1996 p.3, note J. Kullmann, GP 2 /10/1996, p.276-277 n° 17

La garantie est en revanche maintenue lorsque l'assuré a voulu causer un certain dommage mais qu'un autre dommage est survenu, comme dans la cas de cet assuré qui, voulant causer un incendie, a provoqué une explosion.⁴⁵¹

Le législateur a fait certains choix en matière de droit des assurances qui mériteraient d'être modifiés ou pour le moins d'être améliorés.

Deux types de classifications freinent les avancées qui permettraient de développer des contrats d'assurance qui auraient comme base de réflexion l'intérêt d'assurance et qui, en matière d'assurance de la personne essentielle dans l'entreprise, permettraient une prise en charge de l'ensemble des risques bien plus efficace.

269. - La première classification, bien que simplement administrative démontre la volonté forte du législateur de segmenter les différents domaines de l'assurance. Il s'agit de la classification des opérations d'assurances qui prennent en compte les aspects techniques et juridiques des relations établies entre les différents acteurs de l'assurance et qui permettent la délivrance administrative d'un agrément pour les entreprises d'assurance ce qui donne une classification par branche d'assurance assez hétérogène.⁴⁵²

⁴⁵¹ Cass. 1re civ., 13 nov. 1990, no 89-14.797 : RGAT 1991, p. 53, note R. Maurice

⁴⁵² C.ass. art. R.321-1 : « L'agrément administratif prévu par l'article L. 321-1 est accordé par l'Autorité de contrôle prudentiel. Pour l'octroi de cet agrément, les opérations d'assurance sont classées en branches et sous-branches de la manière suivante : 1. Accidents (y compris les accidents de travail et les maladies professionnelles) : a) Prestations forfaitaires ; b) Prestations indemnitaires ; c) Combinaisons ; d) Personnes transportées. 2. Maladie : a) prestations forfaitaires ; b) Prestations indemnitaires ; c) Combinaisons. 3. Corps de véhicules terrestres (autres que ferroviaires) : Tout dommage subi par : a) Véhicules terrestres à moteur ; b) Véhicules terrestres non automoteurs. 4. Corps de véhicules ferroviaires : Tout dommage subi par les véhicules ferroviaires.

5. Corps de véhicules aériens : Tout dommage subi par les véhicules aériens. 6. Corps de véhicules maritimes, lacustres et fluviaux : Tout dommage subi par : a) Véhicules fluviaux ; b) Véhicules lacustres ; c) Véhicules maritimes. 7. Marchandises transportées (y compris les marchandises, bagages et tous autres biens) :

Tout dommage subi par les marchandises transportées ou bagages, quel que soit le moyen de transport.

8. Incendie et éléments naturels : Tout dommage subi par les biens (autres que les biens compris dans les branches 3, 4, 5, 6 et 7) lorsqu'il est causé par : a) Incendie ; b) Explosion ; c) Tempête ; d) Eléments naturels autres que la tempête ; e) Energie nucléaire ; f) Affaissement de terrain. 9. Autres dommages aux biens :

Tout dommage subi par les biens (autres que les biens compris dans les branches 3, 4, 5, 6 et 7) lorsque ce dommage est causé par la grêle ou la gelée, ainsi que par tout événement, tel le vol, autre que ceux compris dans la branche 8. 10. Responsabilité civile véhicules terrestres automoteurs : Toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules terrestres automoteurs (y compris la responsabilité du transporteur). 11. Responsabilité civile véhicules aériens : Toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules aériens (y compris la responsabilité du transporteur). 12. Responsabilité civile véhicules maritimes, lacustres et fluviaux :

Toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules fluviaux, lacustres et maritimes (y compris la responsabilité du transporteur). 13. Responsabilité civile générale : Toute responsabilité autre que celles mentionnées sous les numéros 10, 11 et 12. 14. Crédit : a) Insolvabilité générale ; b) Crédit à l'exportation ; c) Vente à tempérament ; d) Crédit hypothécaire ; e) Crédit agricole. 15. Caution : a) Caution directe ; b) Caution indirecte. 16. Pertes pécuniaires diverses : a) Risques d'emploi ; b) Insuffisance de recettes (générale) ; c) Mauvais temps ; d) Pertes de bénéfices ; e) Persistance de frais généraux ; f) Dépenses commerciales imprévues ; g) Perte de la valeur vénale ; h) Pertes de loyers ou de revenus ; i) Pertes commerciales indirectes autres que celles mentionnées précédemment ; j) Pertes pécuniaires non commerciales ; k) Autres pertes pécuniaires.

17. Protection juridique. 18. Assistance : Assistance aux personnes en difficulté, notamment au cours de déplacements. 20. Vie-Décès : Toute opération comportant des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine autre que les activités visées aux branches 22, 23 et 26. 21. Nuptialité-Natalité :

Toute opération ayant pour objet le versement d'un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants.

22. Assurances liées à des fonds d'investissement : Toutes opérations comportant des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine et liées à un fonds d'investissement. Les branches mentionnées

Cette classification des opérations d'assurance est faite afin d'éviter qu'un assureur ne se mette à assurer tout et n'importe quoi sans aucun contrôle.

Ces classifications par branches d'assurance existent dans d'autres législations, mis cela à pour effet de donner une impression de barrière étanche entre les différentes catégories d'assurance, barrière qui refrène la possibilité d'imaginer des contrats fondés clairement sur l'intérêt d'une personne à être assurée.

La seconde classification retrouvée dans le Code des assurances, qui empêche réellement la conception d'un contrat d'assurance fondé exclusivement sur l'intérêt d'être assuré dans lequel les risques seraient définis à partir de cet intérêt est la classification faite sur la distinction entre les assurances à caractères indemnitaires et des assurances à caractères forfaitaires qui est retrouvée à l'article R.321-1. Les assurances à caractère forfaitaire fixent le montant de la prestation de l'assureur de manière totalement indépendante de l'importance du sinistre (cas des assurances décès) tandis que les assurances à caractère indemnitaires ne permettent pas à l'assuré-bénéficiaire de percevoir une prestation de l'assureur qui serait supérieure à la valeur du préjudice subi. C'est par exemple le cas à l'article L.121-1 du Code des assurances : « L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre ».

270. - L'organisation du Code des assurances démontre la grande importance que porte le législateur à cette séparation entre les assurances forfaitaires et indemnitaires puisque après avoir décrit le socle commun aux différents contrats d'assurances (C. assur., Livre premier, Titre I) une distinction est faite entre les contrats assurance de dommages : biens et responsabilité (C. assur., Livre premier, Titre II) et les contrats d'assurances de personnes (C. assur., Livre premier, Titre III).

aux 20, 21 et 22 comportent la pratique d'assurances complémentaires au risque principal, notamment celles ayant pour objet des garanties en cas de décès accidentel ou d'invalidité. 23. Opérations tontinières :

Toutes opérations comportant la constitution d'associations réunissant des adhérents en vue de capitaliser en commun leurs cotisations et de répartir l'avoir ainsi constitué soit entre les survivants, soit entre les ayants droit des décédés. 24. Capitalisation : Toute opération d'appel à l'épargne en vue de la capitalisation et comportant, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés quant à leur durée et à leur montant. 25. Gestion de fonds collectifs : Toute opération consistant à gérer les placements et notamment les actifs représentatifs des réserves d'entreprises autres que celles mentionnées à l'article L. 310-1 et qui fournissent des prestations en cas de vie, en cas de décès ou en cas de cessation ou de réduction d'activités.

26. Toute opération à caractère collectif définie à la section I du chapitre Ier du titre IV du livre IV. »

Cette barrière est protégée par la Cour de Cassation qui interdit aux juges la possibilité de se servir des règles prévues pour les contrats d'assurance de dommage afin de régler un litige concernant un contrat d'assurance de personne.⁴⁵³

L'idée de cette séparation assurance dommage/personne est importante pour permettre la qualification des contrats de capitalisation.⁴⁵⁴ Les assurances de dommages corporels rentrent dans la catégorie des assurances de personnes.

Cette terminologie des assurances de dommages corporels regroupe les deux premières branches des opérations d'assurance (C.assur. R.321-1) : assurances contre les dommages corporels (individuelle accident) et les assurances contre la maladie. Etant relatives aux risques portant sur la personne humaine, elles constituent des assurances de personnes et sont donc régies par le Titre III du Livre premier du Code des assurances. Ces assurances de dommages corporels se distinguent des assurances vie car elles ne sont pas gérées par les entreprises d'assurance en capitalisation puisque les primes versées par l'assuré ne constituent pas une épargne mais sont gérées comme les assurances de dommages en répartition et donc sous la forme de mutualisation des risques.

271. - La lisibilité de cette distinction assurance concernant les risques de dommages et assurance concernant les risques des personnes est d'autant plus brouillée que certaines assurances dommages corporels empruntent certes leur caractère forfaitaire aux assurances de personnes⁴⁵⁵ avec les conséquences juridiques que cela implique (cumul d'assurance possible par exemple), mais d'autres ont un caractère indemnitaire lorsque les prestations fournies par l'assureur (indemnité journalière ou prestation d'invalidité) sont calculées en fonction du préjudice réellement subi.

A cette difficulté interne aux assurances de personnes, s'ajoute la réalisation des risques de responsabilité civile puisque les assurances de dommages incluent les assurances de risque de responsabilité. Une part importante des sinistres nécessitera une évaluation des dommages corporels causés par le responsable à la victime et sera bien évidemment réglée de manière indemnitaire.

Il semblerait intéressant de faire évoluer cette séparation de régime juridique en permettant l'application aux risques de dommages aux personnes des règles prévues pour les dommages aux biens et aux risques de responsabilité.

⁴⁵³ Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n° 95-14.843 ; RGDA 1997, p. 829, note J. Kullmann

⁴⁵⁴ Le contrat d'assurance doit être distingué du contrat de pure capitalisation qu'il faut classer dans la catégorie des opérations d'épargne et que les assureurs sont aptes à proposer : Cass. 1re civ., 2 févr. 1994, n° 89-16.311 ; D. 1994, somm. p. 210, obs. J. Kullmann

⁴⁵⁵ C.assu. L131-1 « En matière d'assurance sur la vie et d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, les sommes assurées sont fixées par le contrat. »

Ainsi l'article L.121-6 du Code des assurances qui impose un intérêt direct ou indirect à la non-réalisation du risque à la validité du contrat d'assurance serait applicable aux assurances de dommages aux personnes. Cette inclusion des risques liés aux dommages aux personnes dans les assurances de dommages marquerait une distinction entre les assurances vie et autres assurances de capitalisation qui sont gérées de manière purement forfaitaire avec toutes les autres formes d'assurances fondées sur le principe indemnitaires.

L'étape suivante est de prendre comme point de référence l'intérêt d'assurance, pas seulement comme élément indispensable à la validité du contrat, mais surtout pour définir les différents risques à partir de ce critère.

Dès lors que les différents intérêts d'assurance sont identifiés : que ce soit l'intérêt d'être assuré du souscripteur-bénéficiaire ou de l'assuré-bénéficiaire, il est aisé de recenser les différents risques auxquels sont soumis les personnes en présence et de construire un contrat réellement adapté aux besoins du titulaire de l'intérêt d'assurance.

Section 2 La couverture des risques de la personne essentielle

272. - La notion de risque qui est utilisée pour définir le contrat d'assurance est indispensable mais pas suffisante pour appréhender au mieux les contrats d'assurances concernant les risques de la personne essentielle dans l'entreprise.

L'ensemble des risques couverts par l'assureur cités dans le contrat permet de comprendre quelle est la personne qui est assurée, ou qui a un intérêt à être assurée mais le raisonnement inverse serait bien plus efficace.

A l'heure actuelle, l'intérêt d'assurance en droit français n'est exigé pour la validité du contrat d'assurance que pour les assurances de dommage ; la pratique montre que les rares fois où cet intérêt d'assurance a posé un problème devant les juges, concernait des assurances de dommages aux biens.

Le développement de l'intérêt d'assurance en droit français pourrait pourtant avoir une véritable utilité dans un grand nombre de situations contractuelles en particulier dans les contrats d'assurance des personnes essentielles de l'entreprise.

273. - Afin de comprendre l'utilité du recours à l'intérêt d'assurance pour les contrats d'assurance des personnes essentielles de l'entreprise, il est nécessaire de revenir sur quelques points importants.

Dans la pratique il existe un certain antagonisme entre l'entreprise et les personnes qui lui sont essentielles. L'aversion naturelle à l'aléa fait que l'entreprise ne conçoit les risques qui pèsent sur les personnes qu'elle a identifiées comme ayant une certaine importance pour elle de manière très négative. Elle se protège elle-même contre les risques qu'elle encourt de par la personne essentielle mais elle envisage difficilement de protéger la personne essentielle parce que l'entreprise ne perçoit pas l'intérêt que cela pourrait lui apporter. Ce mode de réflexion n'est pas pertinent puisque l'indisponibilité, dans toutes les facettes que ce terme peut comporter, de la personne essentielle aura des répercussions à plus ou moins long terme sur l'entreprise. En réalité l'entreprise prend conscience de cette nécessité lorsqu'il s'agit de son dirigeant puisqu'elle n'hésite pas à souscrire des contrats particulièrement complets d'un point de vue des risques couverts pour son dirigeant alors même que l'intérêt direct de l'entreprise dans ce type de contrat n'est pas systématiquement évident.

Toutes les préconisations en matière de bonnes pratiques de gouvernance et d'éthique vont dans la direction d'une véritable protection des personnes essentielles ou des stakeholders. La simple utilisation de la notion de risque n'est plus suffisante car elle a d'un point de vue de l'entreprise, pour les personnes essentielles qu'elle doit prendre en compte, une connotation trop négative qui lui impose des œillères.

274. - En admettant que le recours à l'intérêt d'assurance soit possible pour tous les domaines de l'assurance et, plus seulement pour les assurances de dommages, le schéma de réflexion serait différent.

La personne essentielle ne serait plus perçue par l'entreprise comme un risque, ce qui est le cas aujourd'hui, mais plus comme un « élément de son actif » qui est soumis à un certain nombre de risques contre lesquels il est nécessaire de la protéger.

Pour construire le contrat d'assurance il faut alors prendre en compte les deux intérêts d'assurance conjointement, celui de l'entreprise et celui de la personne essentielle. Ces deux intérêts d'assurance qui servent alors de base pour l'identification et la définition des risques à assurer ne sont plus considérés comme étant opposés mais plutôt comme étant le fruit d'une synergie.

Dans le cas des assurances qui sont souscrites par l'entreprise pour couvrir les risques auxquels sont soumises les personnes essentielles pour elle, le contrat d'assurance a une double nature, un volet assurance classique et un autre d'assurance pour compte.

Le raisonnement afin de couvrir au mieux les risques liés à ces personnes essentielles pour l'entreprise va se dérouler en plusieurs étapes.

Dans un premier temps, en partant de l'intérêt de l'entreprise elle-même à être assurée, elle va identifier toutes les personnes essentielles à son fonctionnement, en interne (dirigeants, personnes titulaires d'un savoir-faire spécifique, certains actionnaires) et en externe (fournisseurs, collectivité territoriale, clients, autres sociétés du groupes, etc.).

Pour chacune de ces personnes elle devra identifier les différents risques (pour son image en cas de mise en cause pénale de l'un de ces dirigeants, indisponibilité temporaire ou permanente du titulaire d'un savoir-faire, faillite d'un fournisseur, impact sur son image du retrait d'un actionnaire dont l'image est associée à celle de l'entreprise, non-renouvellement d'une concession par une collectivité territoriale etc.) et évaluer les conséquences patrimoniales pour elle de chacun de ces risques.

275. - Ensuite, l'entreprise doit se positionner du point de vue de l'intérêt à être assurées des différentes personnes essentielles. Il faut alors distinguer les personnes essentielles à l'entreprise en interne et en externe.

Pour les personnes essentielles internes à l'entreprise, il faut alors identifier les différents risques liés non seulement à son activité dans l'entreprise (mise en cause de la responsabilité du dirigeant, accident du travail d'une personne détenant un savoir-faire) mais également des risques qu'il encourt à l'extérieur de son activité à l'entreprise mais qui auront des conséquences sur son activité dans l'entreprise (décès du conjoint qui aura des conséquences, au moins temporairement dans son activité pour l'entreprise par exemple.). Pour ces risques qui pèsent sur la personne essentielle en dehors de son activité au sein de l'entreprise comme pour les risques auxquels sont soumises les personnes externes à l'entreprise, l'identification et l'évaluation des risques doit être faites en collaboration avec les titulaires de l'intérêt d'assurance afin de définir quels sont les risques déjà assurés à titre personnel et de quelle manière ils sont évalués.

L'assurance des personnes essentielles à l'entreprise passe donc par un contrat d'assurance complexe avec d'une part un contrat d'assurance classique dont les risques sont prévus en fonction de l'intérêt à être assuré de l'entreprise et d'autre part un contrat d'assurance pour compte, pour lequel l'entreprise conserve un intérêt d'assurance. L'idée est de limiter les conséquences, pour l'entreprise et pour la personne essentielle, de la réalisation du risque, les risques étant envisagés à partir de l'intérêt à être assuré de la personne essentielle.

CHAPITRE 2 Le risque de conflit d'intérêt

276. - Prévenir le conflit d'intérêt est l'un des objectifs de l'intérêt d'assurance. Lors de la mise en place de contrat d'assurance pour couvrir l'ensemble des risques inhérents à la personne essentielle, la complexité de l'opération peut avoir pour conséquence de faire naître certains conflits d'intérêts. (Section 1) Ces conflits ne sont pas systématiquement identifiables lors de la souscription du contrat, ils apparaissent souvent lors de la réalisation d'un ou des risques. La difficulté réside dans la double nature de ce contrat d'assurance, à la fois personnel pour l'entreprise mais également pour compte. Les quelques contrats qui sont développés actuellement par les entreprises d'assurance le sont pour couvrir principalement les risques qui pèsent sur la personne du ou des dirigeants et l'étude de ces contrats met en exergue la possibilité de voir des conflits d'intérêt lors de la réalisation du sinistre entre l'intérêt de la personne morale, généralement souscriptrice du contrat et le bénéficiaire de la prestation, le dirigeant (section 2).

Section 1 Le recours à l'intérêt d'assurance pour éviter les conflits d'intérêt

277. - La notion de conflit en droit n'est pas une nouveauté. Conflits de loi, conflits de juridiction sont des problèmes récurrent en droit français pour lesquels il faut arbitrer entre deux normes de même valeur ou du moins de valeur équivalente. Dans le conflit d'intérêt la situation est plus complexe puisque l'arbitrage se fait entre les intérêts personnels d'une personne et les intérêts dont elle a la charge.

La notion de conflit d'intérêt n'a pas été envisagée par le droit français pendant longtemps⁴⁵⁶ et, la multiplication récente des références à cette notion dans le droit français démontre son utilité. En réalité sans que le terme même de conflit d'intérêt ne soit cité dans les textes, l'obligation faite de tous temps au tuteur majeur⁴⁵⁷ de ne pas privilégier ses propres intérêts par rapport à ceux du mineur dont il a la charge, relevait du principe des conflits d'intérêt.

Il existe une véritable inflation de cette notion particulièrement en droit commercial ou en droit des sociétés qui sont des branches du droit très influencées par les normes anglo-saxonnes.⁴⁵⁸ Cette notion s'est finalement étendue à toutes les branches du droit : public,⁴⁵⁹ santé, etc.

⁴⁵⁶ Ce qui n'est pas le cas en droit anglais ou cette notion revêt une certaine importance : *Bray v. Ford* [1896] AC 44 et l'opinion de Lord Herschell qui, en substance, affirme qu'il n'est pas permis à celui qui est tenu de devoirs fiduciaires de se placer dans une situation où ses intérêts entrent en conflit avec ses devoirs

⁴⁵⁷ Ancien art. 420, al. 2 C. civ. de 1804. reproduit aujourd'hui à l'art. 383-3, al. 2 C. civ. De plus ces conflits d'intérêt étaient visés par l'adage « *nemo in rem suam auctor esse potest.* » ou « nul ne peut officier en sa propre cause » et Portalis rappelait ce principe : « Il répugne que l'on puisse être à la fois juge et partie. Or, quand on autorise, on est juge, et on est partie quand on traite. On peut, comme partie, chercher son bien propre et particulier ; comme autorisant, on ne doit travailler qu'au bien d'autrui » (Exposé des motifs de la loi relative à la vente par le conseiller d'Etat Portalis in code civil, suivi de l'exposé des motifs, t. VI, Firmin didot impr. 1820, n° 70, p. 9 (V. art. 1595))

⁴⁵⁸ D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions, 2004 ; J. David, *La solution aux conflits d'intérêts nés des conventions conclues par les sociétés commerciales*, thèse Poitiers, 1967 ; Y. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, 1975 ; F. Echard, *Conflits d'intérêts et déontologie en droit boursier en France et en Grande-Bretagne*, thèse, Paris II, 1995.

⁴⁵⁹ J. D. Dreyfus, *Les conflits d'intérêts en droit public*, Petites affiches, n° 120, 17 juin 2002, p. 5 et s. ; C.E : 31 juill. 1996, n° 126594, Sté des téléphériques des massifs du mont blanc : « la modification du *capital* de la société concessionnaire autorisait le concédant, à cause des risques de conflit d'intérêts qu'elle entraînait... à prononcer la résiliation de cette concession ».

278. - D'un point de vue juridique, un certain nombre de définitions décline la notion d'intérêt. L'approche qui paraît la plus intéressante pour bien cerner ce terme est d'envisager cette notion avec une double composante : l'une tournée vers le sujet de droit, l'autre vers autrui : « l'intérêt apparaît comme une utilité matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste, mais parfois altruiste »⁴⁶⁰

La difficulté réside dans la hiérarchisation des intérêts. Une personne peut faire tout les actes nécessaires à la satisfaction de son intérêt, dès lors qu'il ne nuit pas à autrui. Les conflits d'intérêt naissent de cette articulation entre l'intérêt personnel de la personne et un intérêt supérieur, qui peuvent être l'intérêt général ou l'intérêt social de l'entreprise par exemple.

279. - La hiérarchisation de ces intérêts est simple lorsque le législateur consacre un intérêt spécifique, mais bien souvent les conflits d'intérêt sont envisagés dans des normes infra-légales comme les codes de déontologie ou règlement professionnel de nombreuses professions libérales. Ce sont généralement les professions libérales qui ont en charge la gestion des intérêts d'un tiers : l'avocat, le médecin, le courtier, etc.⁴⁶¹

La plupart des conflits d'intérêts naissent à l'occasion de relation de mandat⁴⁶², une personne (le mandataire) prend en charge les intérêts d'un tiers (le mandant). Dans ce type de relation, le mandataire peut succomber à la tentation de privilégier ses propres intérêts au détriment de son mandant. Dans les relations en entreprise la notion de conflit d'intérêt est retrouvée à différents niveaux en fonction de la personne sur laquelle repose le conflit d'intérêt potentiel.

Du point de vue du salarié, des conflits d'intérêts vont être susceptibles de naître dès qu'il sera en position de pouvoir privilégier son intérêt personnel au détriment de celui de l'entreprise qui l'emploie.

En dehors de son contrat de travail, le salarié doit se soumettre et ne pas méconnaître un certain nombre de règles vis-à-vis de l'entreprise, c'est le cas par exemple du devoir de fidélité ou de loyauté.⁴⁶³

⁴⁶⁰ A. Gervais, *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, Mélanges P. Roubier, t. I, 1961, D. 241

⁴⁶¹ J. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 5^e éd., Litec, 2002, n° 181 et s. *Adde* F. Bordas, J.-Cl. Banque, crédit, bourse, fasc. 10, 2003, n° 58

⁴⁶² Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, spéc. n° 221

⁴⁶³ D. Corrigan-Carsin, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995, p. 125, spéc. n° 35 et s. ; J.-E. Ray, *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991. 376 et s.

La jurisprudence montre une certaine tendance à apprécier le comportement du salarié au regard de l'intérêt supérieur de l'entreprise⁴⁶⁴ qu'il doit protéger en ne privilégiant pas son intérêt personnel.⁴⁶⁵

En dehors de ce qui peut être prévu dans son contrat de travail, comme une clause de non-concurrence, le salarié doit respecter l'intérêt supérieur de l'entreprise en évitant de concurrencer son entreprise⁴⁶⁶, mais l'intérêt supérieur de l'entreprise est aussi protégé par la jurisprudence dans d'autres situations, comme l'interdiction faite au salarié d'utiliser les biens de l'entreprise à des fins personnelles, de détourner la clientèle...

280. - Le dirigeant est lui confronté à un autre type d'intérêt supérieur qu'il doit privilégier, il s'agit de l'intérêt social de l'entreprise. Les principes de bonne pratique en matière de gouvernance ont défini des règles précises afin d'éviter les conflits d'intérêts des administrateurs (en limitant par exemple leur nombre de mandats) soit parce qu'ils pourraient privilégier leur intérêt personnel, soit pour qu'ils ne privilégient pas l'intérêt d'une autre entreprise qu'ils administrent.

Un autre garde-fou important concerne la réglementation des conventions passées entre le dirigeant et la société,⁴⁶⁷ elle soumet à l'autorisation d'un organe social un très grand nombre de convention que le dirigeant voudrait passer avec l'entreprise. Ainsi une partie importante des conflits d'intérêt entre l'intérêt personnel du dirigeant et l'intérêt social supérieur de l'entreprise sont résolus.

Dans les conflits d'intérêts qui intéressent l'assurance des personnes essentielles à l'entreprise, la problématique va se poser à deux niveaux.

Si la situation est centrée sur l'entreprise, lorsqu'elle souscrit un contrat d'assurance visant à protéger des risques inhérents à la personne essentielle, la nature de cette action est double puisque certaines dispositions la protège directement et d'autres sous forme d'assurance pour compte protège la personne essentielle.

Cette dualité est par exemple retrouvée dans un contrat d'assurance pour son dirigeant, qui prévoit de couvrir son dirigeant contre un risque de responsabilité (assurance pour compte) et dans le même temps prévoit la prise en charge de la reconstitution de l'image de l'entreprise qui aurait été terni par la mise en cause de son dirigeant (assurance directe).

⁴⁶⁴Soc. 13 oct. 1998, n° 96-42110, dans cette décision, le terme de risque de conflit d'intérêt est employé par la Cour de Cassation.

⁴⁶⁵ B. Teyssie, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, D. 2004. Chron. 1680

⁴⁶⁶ Soc. 30 avr. 1987, Bull. civ. V, n° 237, RTD civ. 1988. 531, obs. J. Mestre ; Soc. 10 juill. 1990, JCP 1990 éd. G. IV. 342

⁴⁶⁷ M.Coizian, A.Viandier, F.Deboissy, *Droit des Sociétés*, 6ème édition, n°598

Lors de la souscription du contrat d'assurance, l'entreprise doit veiller à protéger son propre intérêt pour la part du contrat qui la protège personnellement du risque, mais elle se doit de protéger les intérêts de la personne essentielle pour laquelle elle contracte en prévoyant un contrat qui correspond réellement aux risques qui pèsent sur la personne essentielle.

281. - L'autre phase du contrat d'assurance qui nécessite de s'interroger sur les conflits d'intérêt possible est au moment de la réalisation du sinistre et de la gestion par l'assureur de celui-ci.

Comme dans l'ensemble des opérations d'assurance, aucune des parties n'a intérêt à ce que le risque se réalise.

La gestion du sinistre va être à l'origine d'une certaine confusion.

L'entreprise va pour certain type de contrats (particulièrement pour ce qui concerne les contrats de responsabilité, mais également la protection des accidents du travail) vouloir préserver son intérêt en tentant de s'exonérer de sa responsabilité, alors que la personne essentielle va pour sa part tout mettre en œuvre pour démontrer la responsabilité de l'entreprise dans le sinistre ou pour le moins son absence de responsabilité. Dans l'hypothèse où la personne essentielle peut prétendre à percevoir une indemnité pour des dommages corporels elle essayera de maximiser ses préjudices au détriment de l'entreprise qui verra ses primes d'assurance augmenter.

La réalisation du sinistre va alors être à l'origine de plusieurs conflits d'intérêts.

L'entreprise se trouve dans une situation relativement cornélienne, puisqu'en se positionnant dans une situation d'opposition avec les intérêts de la personne essentielle elle pense protéger son propre intérêt financier immédiat, mais cet affrontement est inconciliable avec la dimension éthique dont doit faire preuve l'entreprise afin de renforcer sa stabilité dans une sphère économique plus large et préserver son intérêt sur un plus long terme.

De son point de vue, la personne essentielle qui entre dans une relation d'affrontement avec l'entreprise n'est pas dans une position plus confortable, la satisfaction de son intérêt immédiat va à l'encontre de la préservation de l'intérêt de l'entreprise ce qui a pour effet de créer une rupture inexorable.

Section 2 La prévention des conflits d'intérêts

282. - Pour prévenir des conflits d'intérêt dans les contrats d'assurances visant à protéger des risques liés à la personne essentielle, une réflexion doit être menée lors de la souscription du contrat, en définissant de manière pertinente les différents intérêts en présence et en envisageant des règles spécifiques lors de la réalisation du sinistre.

L'exemple du contrat d'assurance de la responsabilité du dirigeant est intéressant puisqu'il s'agit d'un des rares contrats d'assurance de personne essentielle qui est largement développé par la pratique.

Bien évidemment, le contrat d'assurance quel qu'il soit ne peut garantir les sinistres ayant une origine volontaire, ainsi l'article L113-1 du code des Assurances rappelle que « *Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.* »

Ce principe est l'essence même de l'opération d'assurance qui repose sur l'aléa, composante indispensable d'un risque assurable.

Or la présence de l'élément moral⁴⁶⁸ exigé dans la commission d'une infraction à caractère volontaire, exclut *de facto* la possibilité d'assurer la responsabilité pénale du dirigeant.

283. - Dans la pratique de l'assurance, aucun contrat ne couvre les amendes ou autres pénalités auxquelles le dirigeant peut être condamné.

Pourtant, l'article 113-1 du code des assurances pris à la lettre va beaucoup plus loin dans cette exclusion formelle puisque qu'il emploie les termes « pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. »

Ces dernières années, les assureurs ont développé des contrats d'assurance destinés aux dirigeants d'entreprise qui prévoient un nombre considérable de clauses de diverses garanties venant couvrir les multiples désagréments consécutifs à la mise en jeu de la responsabilité de leur assuré au cours d'une procédure pénale.

Il semble légitime de se questionner sur l'interprétation et le périmètre couvert par les termes « pertes et dommages » utilisés dans ce texte puisqu'il en va de l'intérêt de l'entreprise qui est souscriptrice du contrat.

⁴⁶⁸ C.pénal Art. 121-3 « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre [...] »

La multiplication des infractions pénales spécifiques aux dirigeants d'entreprises ayant vocation à moraliser le monde des affaires, combinée à la sur-médiatisation de la mise en cause dans des procédures pénales de dirigeants d'entreprises en vogue ces dernières années (Bernard Tapie, Loïk le Floch-Prigent, Thierry Desmarest etc.), conduit les assureurs à rivaliser d'imagination dans la création de leurs contrats, venant contenir les angoisses des dirigeants.

La plupart des contrats prévoient une assistance juridique gratuite.

Les conseils sont d'abord prodigués par les services spécialisés de la compagnie et dès lors que la procédure est engagée, la compagnie mandate un avocat.

Dans la pratique, pour parvenir à garantir ce service juridique qui peut être amené à intervenir dans les situations d'urgence, les assureurs organisent, depuis peu, un partenariat avec un avocat ou un cabinet d'avocats.

284. - L'avocat s'engage à être joignable en permanence, l'assureur fournit un téléphone portable spécifique à l'avocat; ainsi, outre une contrepartie financière, l'assureur permet à l'avocat de développer quelque peu sa clientèle.

Une « clause de direction »⁴⁶⁹ de procès qui est habituellement inséré dans le contrat d'assurance permet d'orienter la défense du dirigeant de sorte que l'intérêt du dirigeant mais également celui de l'assureur soient défendus de manière concomitante.⁴⁷⁰

Il est difficile pour l'assuré de se voir quelque peu exclu de son procès, situation d'autant plus déstabilisante que seul apparaît son nom à la procédure, l'assureur organisant de manière sous-jacente la défense en lien direct avec l'avocat.

Cette direction du procès, souvent étendue à la procédure peut paraître surprenante dans le procès pénal, mais le montant des dommages et intérêts auxquels l'assuré est susceptible d'être condamné concerne directement l'assureur.

D'ordinaire, le même avocat assure la défense pénale et civile de l'assuré et, en dehors du cas de report de l'audience sur les intérêts civils, à l'issue du procès et de l'énoncé du jugement pénal, le juge rend son jugement fixant les dommages et intérêts immédiatement,

⁴⁶⁹ Article L.113-17 du code des assurances : « L'assureur qui prend la direction d'un procès intenté à l'assuré est censé aussi renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès. L'assuré n'encourt aucune déchéance ni aucune autre sanction du fait de son immixtion dans la direction du procès s'il avait intérêt à le faire. » Le second alinéa de cet article, introduit par la loi du 31 décembre 1989, a établi la possibilité de l'assuré de s'immiscer dans la part civile du procès sans qu'il encoure une quelconque déchéance, dès lors qu'il avait intérêt à agir.

⁴⁷⁰ RGDA, 01/10/1997 n° 1997-4, P. 1075, note J. Kullmann ; J. de Salve de Bruneton : *Le procès, facteur de conflits d'intérêts pour l'assureur*, RGDA, 01/07/2010 n° 2010-03, P. 887, CA Amiens, 19 mars 1953 : RGAT 1953, p. 428 ; Cass. 1re civ., 18 oct. 1954 : Bull. civ. 1954, I, n° 282 ; D. 1955, p. 425, note A. Besson ; Cass. crim., 17 févr. 1966 : Bull. crim. 1966, n° 53 ; RGAT 1967, p. 70, obs. A. B. ; Gaz. Pal. 1966, I, p. 310

ce qui ne permet pas à l'avocat de proposer une défense spécifique et développée au regard de la condamnation pénale.

Tout doit donc être fait en amont pour que le montant des intérêts civils soit le plus faible possible, ce qui justifie la place que prend l'assureur dans l'établissement de la stratégie de défense du dirigeant.

285. - La reconnaissance de la responsabilité civile du chef d'entreprise étant particulièrement difficile à obtenir devant les juridictions civiles, cette voie pénale devient la voie la plus utilisée par les tiers s'estimant lésés et le volet pénal de la procédure s'efface sensiblement devant la place prise par la volonté d'indemnisation des tiers victimes.

Certes, les faits volontaires ayant causé un dommage de l'assuré sont exclus du contrat d'assurance, mais les faits objets de la procédure pouvant être re-qualifiés tout au long de la procédure en infractions involontaires, l'assureur se doit d'intervenir ou de se tenir prêt à intervenir à chaque instant de la procédure.

Pour séduire le dirigeant lorsqu'il est souscripteur au nom de l'entreprise du contrat d'assurance visant à sa protection en tant que bénéficiaire du contrat, les assureurs développent de nombreux produits.

En dehors de la prise en charge des frais de défense, de multiples clauses sont inventées par les assureurs dans un souci de se différencier face à la concurrence qui se développe.

Les publicités destinées aux chefs d'entreprise vantent un nombre considérable de dispositions destinées à rendre la procédure pénale dans laquelle ils risquent d'être mis en cause le plus indolore possible.

Par exemple, un assureur propose un contrat dans lequel sera pris en charge le véhicule abandonné sur le lieu éventuel de l'interpellation du dirigeant.

Plus classiquement, certains contrats prévoient une prise en charge du soutien psychologique du chef d'entreprise ainsi que celui de ses proches.

D'autres contrats anticipent les conséquences de la mise en cause du dirigeant en prenant en charge les frais de réhabilitation du dirigeant et diverses protections pour sa famille.

Cet exemple du contrat d'assurance de la responsabilité du dirigeant montre à quel point il existe des difficultés à plusieurs niveaux.

Lors de la souscription du contrat par le dirigeant lui-même, l'intérêt de l'entreprise est confondu avec celui du dirigeant alors qu'ils devraient être clairement distincts.

Au moment de la réalisation du risque, l'identification de l'intérêt protégé par le contrat d'assurance est assez confus, est-ce celui de l'entreprise souscriptrice, celui du dirigeant bénéficiaire ou celui de l'assureur qui a pris la direction du procès ?

286. - Pour permettre le développement d'une assurance des personnes essentielles à l'entreprise en évitant de faire naître des conflits d'intérêt qui viendraient nuire à l'efficacité à plus ou moins long terme de ce type de protection, une réflexion poussée doit être développée en amont pour rédiger un contrat d'assurance qui prend en compte les intérêts en présence, tant ceux de l'entreprise que de la personne essentielle. Cette convergence des intérêts entre le souscripteur et le bénéficiaire ayant entre autre pour effet de faire s'effacer l'intérêt de l'assureur qui tend parfois à prédominer.

287. - Après avoir identifié les personnes essentielles à l'entreprise, en fonction des personnes internes à l'entreprise et de celles qui sont externes, un dialogue doit être établi entre l'entreprise souscriptrice et la personne bénéficiaire.

Au cours de cette phase pré-contractuelle, les risques pour lesquels la personne essentielle est couverte à titre personnel sont distingués (il peut s'agir d'une garantie accident de la vie pour un salarié, ou une assurance de responsabilité pour un fournisseur).

Il est ensuite nécessaire de recenser les différents intérêts à être assuré, ceux de l'entreprise pour ce qui concerne l'évaluation des conséquences patrimoniales et autres qu'elle pourrait subir de part la réalisation du risque relatif à la personne essentielle et ceux de la personne essentielle pour les conséquences que peuvent avoir pour elle, la réalisation des différents risques.

La prise en compte de ces différents intérêts à assurer lors de la contractualisation de la protection du risque par l'assureur permet d'éviter la naissance de conflit d'intérêt au moment de la réalisation du sinistre.

En effet si le risque se réalise, événement redouté par chacune des parties au contrat, la synergie des intérêts prévus au contrat entraînera de fait une coopération dans la gestion du risque, chacun ayant son intérêt dans une gestion des conséquences de manière la plus égalitaire possible et en l'absence d'antagonisme entre les parties.

CONCLUSION

288. - S'il est bien une organisation sociale qui est en évolution permanente, c'est bien celle de l'entreprise.

L'entreprise est depuis un temps immémorial le moteur des évolutions de la société puisqu'elle est directement ou indirectement la mère nourricière de l'ensemble de l'humanité.

Or l'entreprise elle-même est dans un mouvement perpétuel d'évolution.

L'entreprise, quelle que soit sa forme juridique, sa taille, sa nationalité, fait partie d'un ensemble d'autres entreprises formant un système économique et financier. Dans ce système, les diverses interactions entre les différentes entreprises et entre les entreprises et leur environnement auront toujours des conséquences, qu'elles soient positives ou négatives.

Bien évidemment tout doit être mis en œuvre pour que les conséquences de l'activité du système économique et financier tendent vers un certain idéal de réussite.

Durant les deux derniers siècles, la conception des entreprises a changé radicalement de paradigme. Alors que les entreprises avaient généralement une taille petite ou moyenne, la gestion était organisée avec une dominante patriarcale majeure. Le dirigeant, dont les intérêts étaient souvent confondus avec ceux de l'entreprise qu'il dirigeait, prenait en compte les intérêts de ces salariés.

Depuis la 2^{ème} moitié du 20^{ème} siècle, la taille des entreprises s'est considérablement accrue, les formes juridiques et sociales se sont multipliées et les échanges et interdépendances entre les différentes entreprises se sont accrus tant au niveau national qu'international.

289. - L'un des effets de cette mondialisation des échanges et d'une certaine uniformisation des formes d'entreprises a été un certain désintérêt pour l'intérêt social de l'entreprise au profit de celui des dirigeants et actionnaires. Cet éloignement des principes fondamentaux de l'entreprise ont été, entre autres causes, à l'origine d'une certaine fragilisation du système économique et financier.

Dès les années 70, afin de renforcer ce système, un courant de réflexion est venu des États Unies pour chercher à inverser la tendance et ainsi permettre à chaque entreprise de se renforcer et insuffler une confiance plus importante entre les différents acteurs économiques et financiers, il s'agit des principes de bonnes gouvernances d'entreprises qui seront intégrés en grande majorité au droit positif français dans les années 2000.

Suite à ces réflexions sur la manière dont devait être dirigées les entreprises pour être plus solides, un nouveau courant de pensée est intervenu pour remettre en cause certaines pratiques habituelles des entreprises. Ces nouvelles idées, qui prennent toute leur importance dès 2008 et le début de la crise financière, sont développées autour des notions d'éthique de l'entreprise notamment au niveau sociétal et environnemental.

Afin de rendre le système économique et financier plus fort, chaque entreprise est invitée à prendre en compte toutes les « personnes » qui ont un lien avec son activité, les parties prenantes ou stakeholders et à instaurer avec elles des relations fondées sur la bonne foi.

290. - Les entreprises sont dans une relation d'interdépendance avec ces différentes parties prenantes et elle se doit alors d'identifier celles qui sont essentielles pour elle afin de se prémunir contre les risques inhérents à ces personnes essentielles.

Les entreprises ont depuis un certain temps pris conscience de leur intérêt à se prémunir contre certains risques touchant des personnes qui leur sont essentielles en souscrivant des contrats d'assurance, souvent pour les risques liés à la personne de leur dirigeant, parfois pour d'autres personnes, mais cela est loin d'être généralisé.

En droit français, le contrat d'assurance est fondé sur la notion de risque. Le risque étant les conséquences patrimoniales de la réalisation du sinistre.

Cet élément ne s'avère pas suffisant pour permettre de développer des contrats véritablement adaptés aux différents besoins, ni de ceux de l'entreprise, ni de ceux de la personne essentielle. Dans ce type d'assurance pour compte, le recours à la notion d'intérêt d'assurance de chacune des parties comme point de départ pour la définition des risques et l'évaluation des conséquences d'un sinistre semble plus pertinente, et cela permettant ainsi de se prémunir contre l'apparition de conflits d'intérêt lors de la survenance et la gestion du sinistre.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

- Ambroise-Castérot (C.)**, *Droit pénal spécial et des affaires* : Gualino, 2e éd., 2010
- Arnaud (A.-J.)**, De la postmodernité, in *Entre modernité et mondialisation*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p. 141
- Association Henri Capitant**, *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII, Boulogne-sur-Mer, Dalloz 2009
- Badel (M.)**, *Droit de la sécurité sociale* : Ellipses, 2007
- Balensi (Y.)**, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, 1975
- Barbiéri (J.-F.)**, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, Mél. Guyon : Dalloz 2003, p. 41
- Beccaria (Cesare)**, *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, texte italien établi par Gianni Francioni, introduction, traduction et notes par Philippe Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009
- Beignier (B.)**, *Droit du contrat d'assurance*, 1999, PUF
- Bénabent (A.)**, *La bonne foi, Travaux H. Capitant* : Litec 1992, p. 291
- Berdah (J.-P.)**, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions* : Sirey, 1974
- Berr (C.-J.) et Groutel (H.)**, *Droit des assurances*, 2011, Dalloz
- Besson (A.)**, *Les entreprises d'assurances*, 4^e éd. 1977, LGDJ.
- Beudant (Ch.) et Lerebours-Pigeonnière (P.)**, *Cours de droit civil français*, t. VIII 2eme éd., 1936, no 307
- Bezard (P.)**, *Les groupes de sociétés, évolution récente et perspectives* : Cah. dr. entr. 1990/1, p. 15
- Bigot (J.), Kullmann (J.), Mayaux (L.), Baillet (P.)**, *Traité de droit des assurances, sous la dir. de J.BIGOT*, t. 4, *Les assurances de personnes*, 2007, LGDJ
- Bigot (J.)** (sous la dir. de), *Traité de droit des assurances*, t. 1 : Entreprises et organismes d'assurance, 2^e éd., 1996 ; t. 3 : *Le contrat d'assurance*, 2002, LGDJ
- Blin (M.P.)**, *Image(s) et environnement : image de, dans et pour l'environnement ?*, (dir.) M.P. Blin, PU de Toulouse, LGDJ, 2002.
- Blin (M.P.), Desbarats (L.), Jazottes (G.), Vidalens (V.)**, (dir.) 2011, *Entreprise et développement durable : regards juridiques sur l'acteur économique au XXI^e siècle*, Lamy Axe Droit ;
- Bonnard (J.)**, *Droit et pratique des assurances : particuliers et entreprises*, 1^{re} éd., 1997, Delmas

Bonnard (J.), Droit et pratique des assurances, 1997, Delmas.

Boursier (V.), *Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux* : Rev. Sociétés 2005, p.273 et s

Bruylant, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ - 1997, Paris, coll. La pensée juridique

Cappeau (A.) et Lavalette (G.), *Les savoir-faire technologiques : évaluation, valorisation* ; Précis d'économie normative, Paris, 1999, éd. J.-P. Huguet

Carbonnier (J.), *Flexible droit - pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2007, Chap. 1^{er}, Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit, p. 11 s

Caussain (J.-J.), *À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société*, Mél. B. Mercadal : Lefebvre 2002, p. 303

Chatelin-Ertur (C.), Onnée (S.), *Des forces normatives des codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle* : in C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept* : LGDJ - Bruylant 2009

Charvin (R.), *Droit de la protection sociale* : L'Harmattan, 2007

Chauchard (J.-P.), *Droit de la sécurité sociale* : LGDJ, 5e éd., 2010

Chaumet (F.), *Risque de responsabilité civile des dirigeants d'entreprise* : Lamy assurances, 2012, n° 2588 s

Les assurances de responsabilité de l'entreprise, Argus Edition, 2008

Chavanne (A.) et Burst (J-J), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 7ème ed., 2012

Chevallie (J.), *L'Etat postmoderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2003

Vers un droit postmoderne, in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 5, 1998, p. 21

Cohen (M.), *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe* : LGDJ, 2005, 8e éd

Constantin (A.), *L'intérêt social : quel intérêt ?* Mél. B. Mercadal : Lefebvre, 2002, p. 317

Conte (P.) et Maistre Du Chambon (P.), *Droit pénal général, A. Colin* : 7e éd. 2004

Cornu (G.), *Regards sur le titre VI du livre III du Code Civil, des contrats et des obligations conventionnelles en général*, Cours DEA, Droit privé : Les cours de droit 1997, p.56

Corrigan-Carsin, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995, p. 125, spéc. n° 35 et s.

- Cottier (T.)**, “*The Prospects for Intellectual Property in GATT*”, CMLR 1991.p.408
- Courtieu (G.), Favre Rochex (A.)**, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, LGDJ, 1998, coll. « Droit des affaires », n°2-76
- Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (F.)**, *Droit des sociétés*, 22e éd., 2009, Litec, no 122
- Cuisinier (V.)**, *L'“affectio societatis”* : Litec, bibl. dr. entr. 2008, préf. A. Martin-Serf
- Daigre (J.-J.)**, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, MéL. P. Bézard : LPA-Montchrestien 2002, p. 79
- Daury-Fauveau (M.) et Benillouche (M.)**, *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales* : PUF, Collection CEPRISCA, 2009
- de Béchillon (D.)**, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* : Odile Jacob, 1re éd., 1997
- De boissieu (J.-L.)**, *L'assurance facile*, 2001, éd. LPM.
- de Corail (J.-L.)**, *La faute du service public considérée dans ses rapports avec les notions d'obligation et d'activité*, in Mélanges Benoît Jeanneau : Dalloz, 2002, p. 457
- de Rosnay (J.)**, *Le microscope, vers une vision globale*, le Seuil 1975, p.93
- Dessemontet (F.)**, *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, in Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du professeur Charles-André Junod, 1997, Faculté de droit de Genève, p. 7
- Deumier (P.)**, *Le droit spontané : Economica 2002, n° 279*
- Dorhout Mess (T.-J.)**, *La revendication des meubles perdus ou volés contre le possesseur de bonne foi*, MéL. R. Savatier : Dalloz 1965, p. 265
- Durry (G.)**, *La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque, une proposition de réforme pour trancher le noeud gordien*, MéL. H. Groutel : Litec, 2006, p. 129
- Flour (J.) et Aubert (J.-L.)**, *Les obligations, L'acte juridique*, A. Colin, 2000, no 472, p. 344
- Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.)**, *Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012
- Foriers (P.)**, *Règles de droit. Essai d'une problématique "in La règle de droit, dir. Ch. Perelman* : Bruylant 1971, n° 19
- Freeman (E.R.) et Reed (D.L.)**, *The Corporation and its Stakeholders : Classic and Contemporary Readings*, ed. M.B.E. Clarkson, Univ. of Toronto Press, 1998
- Freyria (G.)**, *La conception sociale du groupe d'entreprises*, Mélanges Savatier : PUF, 1992, p. 209
- Friedman (A.L.) et Miles (S.)**, *Stakeholders, Theory and practice*, Oxford univ. press., 2006.
- Freeman (R.)**, *Strategic management :a stakeholder approach* (Pitman 1984)
- Gallardo (R.)**, *Le rôle et les effets de la bonne foi dans l'annulation du mariage en droit comparé* : Sirey 1952

Gavalda (J.) et Stoufflet (J.), *Droit bancaire*, 5^e éd., Litec, 2002, n° 181 et s.

Gervais (A.), *Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts*, Mélanges P. Roubier, t. I, 1961, D. 241

Ghestin (J.) , Jamin (Ch.) et Billiau (M.), « *Le contrat, Effets* », LGDJ,2001, no 1000, p. 1078

Gourlay (G.), *Le conseil d'administration de la société anonyme* : Sirey, 1971

Grinsnir (I.), *Groupe et entreprise*, Dr. ouvrier 1986, p. 171

Guyon (Y.), *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés* : LGDJ 1999, 4e éd., n° 142 et 279

Hegel (F.), *Phénoménologie de l'Esprit* : B, IV, B

Hémard (J.), Terré (F.) et Mabilat (P.), *Sociétés commerciales* : Dalloz, 1974, t. II, n° 1168

Hilleg-Poudevigne (C.) et Louvel (G.), *La notion de groupe à l'épreuve du droit social* : JCP E 2005, 1393

Hobbs (T.), *The Elements of Law Natural and Politic.* (1640), EW IV 1-228, *Éléments de loi*, traduction de Delphine Thivet, tome 2 des Œuvres de Hobbes, Paris, Vrin, 2010.

Houpin (C.) et Bosvieux (H.), « *Traité général et pratique des sociétés civiles et commerciales* » : Sirey, 1927, t. II, n° 1073

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 1934 2^e édition traduite par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris

Krajewski (D.), *L'intuitu personæ dans les contrats*, La Baule , la Mouette, 2001

Droit des assurances, 2004, coll. Focus droit, Montchrestien

Kreiss (A.), *La transmission du know how entre entreprises industrielles*, 1987, Litec

Lambert-Faivre (Y.) et Porchy-Simon (S.), *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation* : Dalloz, Précis, 7e éd

Lambert-Faivre (Y.) et Leveneur (L.), *Droit des assurances*, 13^e éd., 2011, Dalloz

Risques et assurances des entreprises, 3^e éd., 1991, Dalloz

Lambert-Faivre (Y.), *Droit des assurances*, 11^e éd., 2001, Dalloz

Laurent (F.), *Principes de droit civil français*, XVI, Bruylant-Pedone, nos 181 et s

Le Cannu (P.), *Droit des sociétés*, 2002, Précis Domat, Montchrestien, n° 68

Droit des sociétés, précis Domat, Montchrestien, 2002, n° 694

Le Tourneau (Ph.), *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, 2003, Litec

Le Droit et l'éthique, in *Droit et technique*, Mélanges à la mémoire de X. Linant de Bellefonds, 2007, Litec, p. 291 et s.

Les contrats de concession, 2003, Litec, nos 99 et s., 253 et s

- Magnier (V.) et Paclot (Y.),** Les nouveaux modes d'élaboration des règles commerciales, in *Quel code de commerce pour demain ? Bicentenaire du code de commerce*, sous la dir. de P. Bloch et S. Schiller, LexisNexis Litec, nov. 2007, p. 3
- Martin (D.),** *L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?* in Mélanges D. Schmidt, Joly, 2005
- Marty (G.) et Raynaud (P.),** *Droit civil, Obligations*, t. 2 : Sirey 1989, 2e éd
- Mayaux (L.),** *Les grandes questions du droit des Assurances*, pref. J. Bigot, LGDJ, 2011
- Mazeaud (H. et L.),** *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1., 6^e éd L.G.D.J
- Monnet (J.),** *Le dirigeant de société, risques et responsabilités* : Litec, Juris-compact 2002, chap. 08
- Mousseron (J-M),** Répertoire droit civil Dalloz, 1977
- Oppetit (B.),** « *Éthique et droit des affaires* », in Mélanges A. Colomer, Litec 1993, p. 319
- Ost (F.) et Van de Kerchove (M.),** *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Publ. des fac. Univ. Saint Louis, 2002
- Paclot (Y.),** *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise - Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, LGDJ, 2010, p. 279
- Paillet (M.),** *La faute du service public en droit administratif* : LGDJ, 1980
- Pétel (Ph.),** *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, spéc. N° 221
- Picard (M.) et Besson (A.),** *Les assurances terrestres*, t. I : Le contrat d'assurance, 5^e éd., 1982 ; t. II
- Planiol,** *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 4^eme éd. 1907, t. II, p. 674, n°2141
- Poulon (F.),** *Macroéconomie approfondie - Équilibre, déséquilibre, circuit*, 1982, Cujas
- Provost (M.),** *La notion d'intérêt d'assurance*, préf. F. Leduc, LGDJ, coll. "Études dr. Assur.", 2009
- Rémy (P.),** *Le groupe l'entreprise et l'établissement (droit comparé)*, Dr. soc. 2001, p. 505
- Reulos,** *La genèse de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : Études à la mémoire du Doyen P. Azard* : Cujas, 1980, p. 255
- Riassetto (I.) et Storck (M.),** *Les codes de bonne conduite endroit des marchés financiers : d'un code à l'autre*, Mél. G. Wiederkehr : Dalloz, 2009, p. 669
- Richard (B.), Miellet (D.),** *La dynamique du gouvernement d'entreprise*, Editions d'organisation, 2003.
- Ripert (G.),** *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1949, LGDJ, nos 157 et s.
- Ripert (G.) et Roblot (R.)** par M. Germain, *Traité de droit commercial*, t. 1 : LGDJ 2009, 19e éd

Rodiere (R.), *Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission des Communautés européennes concernant les groupes de sociétés,* , D., 1977, p.137 et s.

Roubier (P.), *Le droit de la propriété industrielle»,* recueil Sirey,1952, t. I, p. 555

Rousseau (J-J), *Du contrat social* , 1762

Schmidt (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme,* Joly éditions, 2004

Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés :* LGDJ 1998

Smith (A.), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Livre I, Chapitre XI, Conclusion, t. 1 : GF Flammarion, n° 598, 1991, p. 336 :

Terré (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.), *Les obligations :* Dalloz 2008, coll. Précis, n° 654

Teyssié (B.), « *L'entreprise et le droit du travail* » : Arch. Philo. dr., n° 41, 1997, p. 355

Thaller (E.) et Pic (P.), « *Société commerciales* » : Rousseau, 1942, t. II, n° 1199

Thibierge (C.) et alii, *La force normative. Naissance d'un concept :* LGDJ Bruylant, 2009

Vérin (H.), *Entrepreneurs, entreprises. Histoire d'une idée,* , PUF, Paris, 1982

Viandier (A.), *Les contrats conclus "intuitu personae" face à la fusion des sociétés :* Mél. C. Mouly : Litec 1998, t. II, p. 193

Werther (W.B.) et Chandler (D.), *Strategic corporate social responsibility, Stakeholders in a Global Environment :* Sage, Miami, 2006

Wiedemann-Goiran (T.), Perier (F.), Lépineux (F.), *Développement durable et gouvernement d'entreprise : un dialogue prometteur,* ed. d'organisation, 2003

Zenati-Castaing (F.) et Revet (Th.), *Les biens :* PUF, coll. Droit fondamental, 3e éd. 2008

II. THÈSES ET MÉMOIRES

- Afchain (M.-A.),** *La responsabilité de la société (administrative, civile et pénale)* : Thèse, Tours 2006
- Berdah (P.),** *Fonctions et responsabilité des dirigeants des sociétés par actions* : Thèse Paris 1974
- Bergez (Fr.),** *L'assureur et le droit pénal* : thèse, Université de Besançon, 1980
- Caron (M.),** *Les conditions du mariage putatif*, thèse Lille, 1939
- Chaput (Y.),** *L'objet social* : thèse Clermont, 1973
- Contamine-Raynaud (M.),** *L'intuitus personæ dans les contrats* : Thèse, Paris II, 1974
- David (J.),** *La solution aux conflits d'intérêts nés des conventions conclues par les sociétés commerciales*, thèse Poitiers, 1967
- Desgorges (R.),** *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives* : Thèse Paris II, 1992, p. 125 s.
- Desnoix (E.),** *L'entreprise face à la justice pénale (étude comparée droit français/droits anglo-saxons)* : Thèse, Tours 2005
- d'Hoir-Laupretre (C.),** *La notion de groupes de sociétés en droit français*, Thèse Lyon III, 1988
- Dion (N.),** *Les obligations fiduciaires des dirigeants des sociétés commerciales, droit des États-Unis d'Amérique et droit français* : thèse Orléans 1994
- Echard (F.),** *Conflits d'intérêts et déontologie en droit boursier en France et en Grande-Bretagne*, thèse, Paris II, 1995
- Eskinazi (D.),** *La qualité d'associé*, Thèse 2005
- Gallardo (R.),** *Institution du mariage putatif en droit français, Étude historique et critique*, thèse Paris 1938
- Kostic (G.),** *L'intuitu personæ dans les contrats de droit privé* : thèse, Paris V, 1997
- Lascombe (M.),** *Les ordres professionnels* : Thèse, Strasbourg, 1987
- Lhasbellaoui-Serra (N.),** *Influence de la responsabilité pénale de la personne morale sur celle du chef d'entreprise en cas d'accident du travail* : Thèse, Paris XIII 2002
- Martin (G.),** *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes* : thèse dactyl., Nancy, 1977
- Paladi (G.),** *La notion d'intérêt d'assurance*, Thèse Paris I, 1974
- Pariente (M.),** *Nouvelle approche comptable, juridique et sociale de la notion de groupe de sociétés*, Thèse Paris I, 1989
- Picod (Y.),** *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Dijon 1987, préf. G. Couturier : LGDJ 1989, n° 83 s
- Scholastique (E.),** *Le devoir de diligence des membres du conseil d'administration et du "board of directors" en droit français et en droit anglais* : LGDJ 1998, thèse Paris I, 1993
- Serra (Y.),** *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats* : thèse Montpellier, 1968
- Sousi (G.),** *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Thèse, 1974
- Tchotourian (I.),** *L'"affectio societatis", critère de validité et de qualification du contrat de société* : thèse Nancy II, 2007
- Valleur (F.),** *L'intuitu personæ dans les contrats* : thèse, Paris, 1938
- Vial-Pédroletti (B.),** *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales* : Thèse Aix-en-Provence, III, 1986

III. ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS À UN OUVRAGE COLLECTIF

Amar (J.), *Brèves réflexions sur les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales sur les relations du travail* : Dr. pén. 2005, étude 13

Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales : Dr. pén. 2001, chron. 37

Amram (T.), *Droit des sociétés aux Etats-Unis*, Droit et Patrimoine, 01/07/2000 p.84

Antonmattéi (P.-H.), *Conventions et accords collectifs de groupe : nouvelles interrogations* : Semaine soc. Lamy, 2006, n° 1263, p. 35

Auby (J.-M.), *Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels* : JCP G 1973, I, 2545

Baillole (R.), *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, RTD com., 1990, p. 1

Baj (C.), Couret (A.), Frison-Roche (M.-A.), Germain (M.), Schmidt (D.), *Actionnaires et dirigeants : où se trouvera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?* : RD bancaire et bourse 1996, p. 72

Balensi (I.), *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants* : Economica, 1975

Baller (S.), *Demain ne sera plus comme avant : pour les directions juridiques et les juristes d'entreprise aussi ?* : Droit des sociétés n° 3, Mars 2009, alerte 11

Barbieri (J.-F.), *De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace* : Bull. Joly, 2004, § 1

Baruchel (N.), *La personnalité morale en droit privé*, LGDJ, 2004

Bastian (D.), *La réforme du droit des sociétés commerciales* : JCP G 1968, I, 2183

La réforme du droit des sociétés commerciales : introduction, dispositions générales, sociétés de personnes,

sociétés à responsabilité limitée : JCP N 1967, I, 2121

Béal (S.) et Ferreira (A.), *L'incompatibilité entre les notions de groupe et d'UES* : JCP E 2006, 1631

Béal (S.), *Mise en place d'un comité de groupe*, JCP S 2008, 1163

Beauchard, *L'assureur et le procès* : RGDA 2010, p. 542

Belot (L.), *Les entreprises en quête de solutions pour tenir leurs engagements sociaux*, Le Monde du 2/06/1999

Benoît-Renaudin (C.), *Recodification du Code du travail et infractions aux règles de santé et de sécurité, une nouvelle donne en matière de responsabilité des chefs d'entreprise ?* : Rev. sc. crim. 2009, p. 331

Bermond de Vaulx de (J.-M.), *Le spectre de l'"affectio societatis"* : JCP E1994, I, 346

Bienvenu (S.) et Outin-Adam (A.), *Pour une réforme de l'abus de biens sociaux. Propositions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Présentation Rapp. Saillard, 21 déc. 1995* : JCP G 1996, act. n° 14

Bigot (J.), *Les courtiers d'assurance grossistes : une clarification attendue* : JCP G 2009, 317

Bissara (P.), *Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ?* : Rev. sociétés, 2003, p. 51

Les véritables enjeux du débat sur "le gouvernement de l'entreprise" : Rev. sociétés 1998, p. 5

- Boisivon (J.-P.),** *Les rémunérations des dirigeants : qui ? quoi ? combien ?* : Rev. Lamy dr. aff., janv. 2009, p. 53
- Bonneau (Th.), Hovasse (H.) et Vidal (D.),** *La modernisation du droit des sociétés. Rapp. Marini* :
Dr. sociétés 1996, chron. 15
- Borges (M.-R.),** *Le droit d'information individuel des administrateurs de société anonyme* : Bull. Joly 1997, p. 843.
- Bouère (J.-P.),** *L'information du conseil d'administration* : JCP E 1992, I, 190.
PDG ou Président et directeur général : Bull. Joly 2001, § 164, p. 695 s.
- Boulmier (D.),** *Groupe réel et groupe virtuel*, Dr. soc. 1998, p. 44
- Boulloc (B.),** *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux* : RJ com. 1995, p. 301
Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. sociétés 1993, p. 291
Le secret des affaires, Dr. prat. com. int. 1990, no 1, p. 6
- Bourne (N.),** *The Cadbury Committee Report* : Business Law Review, 01/08/1995, p.183-184
- Buffelan (P.-P.),** *Étude de déontologie comparée dans les professions organisées en ordres* : JCP G 1962, I, 1695
- Bulle (J. F.),** *Aspects pratiques sur l'assurance responsabilité civile des dirigeants sociaux, aspects fiscaux* : Dr. sociétés 2002, chron. 12
Aspects pratiques sur... les conventions réglementées dans les groupes (quelques aspects particuliers) :
Dr. sociétés janv. 2001, chron. p. 10
- Burgard (J.),** *Direction générale et direction technique dans les sociétés commerciales* : LGDJ, 1968
- Calendini (J.-M.),** *Les comités de direction* : Bull. Joly 1992, p.851
- Calvo (J.) et Couret (A.),** *La protection des savoir-faire de l'entreprise*, RF gestion no 105, sept.-oct. 1995, p. 95
- Capron (M.) et Quairel-Lanoizelée (F.),** *Stockholders and Stakeholders : A New Perspective on Corporate Governance* :
Rev., spring, 1983, vol. 25, n° 3, p. 88
Mythes et réalités de l'entreprise responsable. Acteurs. Enjeux. Stratégie, La Découverte, 2007
- Cartier (M.-E.),** *Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal français* :
LPA 11 déc. 1996
- Cathard (C.), Saintourens (B.) et Lemercier (A.),** *La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions*,
Actes Pratiques et Ingénierie sociétaire, n° 104, mars/avr. 2009
- Caussain (J.J.),** *Le Gouvernement d'Entreprise et les sociétés cotées* : GP, 09/10/1998 n°282, p. 24-30
Corporate governance : l'approche française : RD aff. int. 1995, p. 903
- Champaud (C.) et Danet (D.),** *Conventions réglementées* : RTD com. 2002, p. 98 ;
Sociétés en général : RTD com. 2009, p. 154.
- Champaud (C.),** *La situation personnelle des dirigeants des sociétés de famille et la réforme de 1966* : Mélanges Bastian, 1974, I, p. 35
- Chatelin-Ertur (C.) et Onnée (S.),** *Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises*
à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle, in *La force normative : naissance d'un concept*.
- Coffy De Boisdeffre (M.-J.),** *L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation quant à la détermination des personnes responsables dans l'entreprise* : LPA 9 nov. 1999, p. 8 ;
- Cohen (D.),** *Le "gouvernement d'entreprise" : une nécessité en droit français ?* Mél. Malaurie : Defrénois, 2005, p. 159
- Conac (P.-H.),** *2e rapport annuel sur le code AFEP-MEDEF, Application du code consolidé de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées par les sociétés de l'indice SBF 120*, novembre 2010 : Rev. sociétés 2011, p. 68

- Coquelet (M.-L.),** *La transmission universelle en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats conclus "intuitu personae"* : Actes prat. ing. sociétaire 2000, n° 49
- Cornette de Saint-Cyr,** *La fixation de la rémunération du gérant de SARL* : LPA, 10 sept. 1986
- Couret (A.),** *La loi sur les nouvelles régulations économiques : la régulation du pouvoir dans l'entreprise* : JCP E 2001, E, p. 1660
Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance : D. 1995, chron. p. 163
Assurance de responsabilité pour les dirigeants : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 760
« Les dispositions de la loi de sécurité financière intéressant le droit des sociétés » : JCP E, 11 sept. 2003, I, 1290, p. 1428, § 33
Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire : RJDA 5/1997, p. 391
Le gouvernement d'entreprise, La "corporate governance" : D. 1995, chron. p. 163
- Couturier (G.),** *Répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques* : Rev. sociétés 1993, p. 307
- Creff (G.),** *La responsabilité des dirigeants retirés* : RTD com. 1978, p. 47
- D. Noguéro,** *Assurance pour compte, absence de mention expresse et analyse de la volonté*, RDI 2009 p.303
- Daigre (J.-J.),** *Les rémunérations et avantages des dirigeants sociaux : du classique renouvelé et du nouveau revisité* :
Bull. Joly 2008, p. 513
La loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière : JCP G 2003, act. 435
Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? : Dr. et patrimoine 1996, n° 40, p. 21
- Daille-Duclos,** *Le devoir de loyauté du dirigeant* : JCP E, 1998, p. 1486
- d'Anchald (P.), Caussain (J.-J.) et Germain (M.),** *Gouvernement d'entreprises* : Actes prat., mai-juin 1996, n° 27
- de Bermond de Vaulx (J.-M.),** *À propos d'une conception exaltée de l'"affectio societatis"* : Dr. sociétés, avr. 1993, p. 4
- de La Laurencie (J-P),** *Un an d'actualité du contrôle des concentrations communautaires* : Petites Affiches n°246 09/12/2004
- de Précigout (O.),** *Rémunération des dirigeants sociaux : état des lieux et bouleversements en perspective* :
Option finance 2008, n° 1000, p. 19
- de Salve de Bruneton (J.),** *Le procès, facteur de conflits d'intérêts pour l'assureur*, RGDA, 01/07/2010 n° 2010-03, P. 887
- Deboissy (F.),** *Déductibilité des primes d'assurance décès « homme clé »*, RTD com. 1999. 221
- Debry (F.),** *L'entreprise et l'éthique*, Gazette du Palais, 22 décembre 2001 n° 356, P. 23
- Dejean de La bâtie (N.),** *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, 1965, n° 10
- Delga (J.),** *"L'administrateur indépendant" : un personnage juridiquement contestable !* : Dr. sociétés Actes pratiques, juill. 2007, p. 26
L'administrateur indépendant en France : un mythe ? : JCP E 2004, p. 166
Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise, D. 1999 p.397
- Demeure,** *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, D. 2013. Chron. 1564 .
- Derruppé (J.),** *La réforme des sociétés commerciales* : Gaz. Pal. 1966, 2, doct. p. 170
- Descheemaeker (P.),** *Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées* :
les principales dispositions du Sarbannes-Oxley Act of 2002 : Bull. Joly 2003, § 1, p. 5
- Desportes (F.),** *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales* : JCP E 1993, I, 219

- Di Meglio (S.),** *Les dirigeants et mandataires sociaux en droit français, une responsabilité sans frontières, risques et solutions* : Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, 1999, p. 1107
- Didier (Ph.),** *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux* : Rev. sociétés 2003, p. 238
"Corporate governance" et sociétés françaises : Dr. sociétés 1995, chron. 8
Entreprise, espoir et mutation, D.2001, p.762
- Dobkine (M.),** *Réflexions itératives à propos de l'abus de biens sociaux* : D. 1997, chron. p. 323
- Dondero (B.),** *La qualité d'actionnaire de l'administrateur : lien naturel ou facteur de risque pour l'indépendance du mandataire social ?* : RTDF 2008, n° 3, p. 67
- Drain,** *Responsabilité sociétale des entreprises : un mouvement créateur de valeurs (Analyse et gestion de ses conséquences juridiques pour les sociétés cotées*, LPA 14 mars 2008, p. 54
- Dreyfus (J. D.),** *Les conflits d'intérêts en droit public*, Petites affiches, n° 120, 17 juin 2002, p. 5 et s
- Ducouloux-Favard (C.),** *Abus de biens sociaux. Une prescription butoir pour qui, pour quoi ?* : LPA, 14 févr. 1996, p. 15
 Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises : D. 1996, chron. p. 190
- Duhamel (J.-C.),** *Bilan de l'application du comply or explain par les sociétés françaises du SBF 120* : Bull. Joly bourse 2009, p. 524
- Durand-Lépine (G.),** *Rapport Marini: pour une modernisation du droit des sociétés* , Lamy sociétés commerciales, 1/11/1995, p.85
- Fages (B.),** *Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise* : Bull. Joly 2009, p. 430, § 84
- Ferey (S.),** *Paternalisme libéral et pluralité du moi* , Revue économique 4/2011 (Vol. 62), p. 737-750
- Fossier (T.),** *La sanction du dirigeant et sa responsabilité : quelques critères d'appréciation au fond* : Rev. proc. coll., janv. 2008, étude 3
- Freyria (Ch.),** *La direction du procès en responsabilité par l'assureur* : JCP G 1954, I, 1196
- Galimard (M.),** *L'usage de bonne foi des biens sociaux dans le gouvernement de l'entreprise* : Gaz. Pal., 6-8 avr. 1997, p. 15
- Gast (O.),** *Plaidoyer pour une révision de la notion de savoir-faire en matière de franchise : du savoir-faire au savoir-réussir*, LPA no 132, 3 nov. 1995, p. 9
- Généreux (J.),** *Manifeste pour l'économie humaine*, Esprit, juillet 2002
- Germain (M.), Gallois-Cochet (D.) et Basdevant (F.),** *L'administrateur de société cotée* : Act. prat. ing. sociétaire n° 91, janv-févr. 2007, p. 5 et s
- Germain (M.),** *La responsabilité civile des dirigeants sociaux* : rapport de synthèse colloque du 16 décembre 2002 : Rev. sociétés 2003, p. 284
- Giudicelli (A.),** *Le principe de la légalité en droit pénal français ; aspects législatifs et jurisprudentiels* : Rev. sc. crim. 2007, 509
- Glenn (H.),** *À propos de la maxime « Nul ne plaide par procureur »* : RTD civ. 1988, p. 59 s.
- Godard (O.),** *L'indépendance des rapports employeur-salarié dans le régime accidents du travail* : JCP G 1990, I, 3442
- Godon (L.),** *Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés* : Rev. sociétés 2005, p. 140
- Gomez (P.-Y), Guedri (Z.),** *Rapport sur les entreprises faisant référence au Code de gouvernance Middlednext*

- Gontard (T.),** *Pour une corporate governance française*, PA, 27/09/1995, p.111
- Goulard (N.), Collin (F.) et Dom (J.-P.),** *Une proposition de la pratique : les conventions de direction* :
Actes pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 76, 1er juill. 2004, p. 17.
- Grimonprez (B.),** *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev. sociétés 2009. 715
- Grossi (I.),** *Nouvelles recommandations sur le gouvernement d'entreprise : le rapport Bouton* :
Revue Lamy droit Des affaires 2002, n° 54, p. 13
- Grosswald Curran (V.),** *L'enseignement du droit aux États Unis: Un reflet oblique de la méthodologie Common law*,
Revue de la recherche juridique. Droit prospectif 01/12/1998
- Groutel (H.),** *Conditions de la garantie ou exclusion* : Resp. civ. et ass. 2009, comm. 37
Distinction de l'exclusion et de l'absence d'une condition de la garantie : Resp. civ. et assur. 1997, chron. 5, p. 7
La notion de cumul d'assurances dans le flou, Resp. civ. et assur. 1991, chron. 28
L'assurance gratuite, à propos de l'ancienne garantie subséquente : Resp. civ. et assur. 1992, chron. 14
Qui dit la vérité ? À propos de l'étendue de la garantie dans le temps : Resp. civ. et assur. 1993, chron. 32
- Guettier (C.),** *La faute en matière administrative*, J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 370-10
- Guyon (Y.),** *Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ?* :
Rev. sociétés 1993, p. 235
- Hallouin (J.C),** *L'intervention ultérieure des représentants de la société ne prive pas l'actionnaire de son pouvoir d'agir ut singuli*,
D.2002 p.472
- Hammes (D.), Wills (D.),** *Black Gold, The End of Bretton Woods and the Oil-Price Shocks of the 1970s*,
The Independent Review, Vol. IX Num. 4, Printemps 2005 .
- Hannoun (C.),** *Le droit des groupes de sociétés* : LGDJ, 1991
- Hémard (J.),** *Le nouveau statut des administrateurs des sociétés anonymes* : *Mélanges Bastian*, 1974 : I, p. 117
- Herbel (P.),** *La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise*,
D. 2013. Chron. 1570
- Houin (R.) et Goré (F.),** *La réforme des sociétés commerciales* : D. 1967, chron. p. 123
- Idot (L.),** *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés 2001 p. 191
- Jaspar (X.) et Metais (N.),** *Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats conclus "intuitu personae"
et les contraintes afférentes à certains biens* : Bull. Joly 1998, chron. p. 447
- Jeuland (E.), Manin (F.),** *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés* : Rev. sociétés 2004, p. 1.
- Kullmann (J.),** *Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée* :
JCP E 2009, n° 10, p. 1226
L'Assurance de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes : Risques, 2006, n° 68, p. 48
- Lambert Faivre (Y.),** *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité* :
fondement et portée de la nullité des clauses "réclamations de la victime" : D. 1992, chron. p. 13
- Lamèthe (D.),** *L'approche française du « gouvernement d'entreprise »* : RIDC, 01/10/1999, p.4
- Le Bars (B.),** « *La rénovation du statut des associations d'actionnaires et d'investisseurs* :
un épiphénomène révélateur du besoin d'évolution en droit des sociétés » : Rev. sociétés 2003, p. 440, § 27
- Le Cannu (P.) et Dondéro (B.),** *La consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008* : RTDF 2009, p. 187
- Le Cannu (P.),** *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions* : Bull. Joly 1995, p. 637, § 227

Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle des sociétés par actions : Bull. Joly 1995, p. 637

Les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 : Bull. Joly 2001, p. 720, § 165

Les organes de groupe, in Sociétés et Groupes, questions d'actualité, conf. Paris, 1er févr. 2001 :
LPA 4 mai 2001, spéc. p. 43 et s.

Le Nabasque (H.), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés* : RTD com. 1999, p. 273

Le Pallec (Y.), *Une assurance hors contrôle* : La tribune de l'assurance, juill.-août 2003, p. 33

le Tourneau (P.), *La responsabilité en droit administratif, Droit de la responsabilité et des contrats* :
Dalloz Action, 2012/2013, n° 408 et s

Leclerc (A.), « Bosch, Continental, Goodyear et autres histoires de chantage à l'emploi », *Le Monde* du 31.01.2013

Legros (J.-P.), *La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Le sort des membres et dirigeants des personnes morales* :
Dr. sociétés, janv. 2006, p. 10

Leguay (G.), *Souscription pour compte et gestion pour compte : attention danger !*, RDI 2008. 159

Léobon (T.), *L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilités*, Bull. Joly Sociétés, 2006 n°2, p.168

Levitt (T.), *The Dangers of Social Responsibility*. Harvard Business Review 36 (September–October 1958) p. 41–50.

Lienhard (A.), *Loi de sécurité financière : quoi de neuf pour les sociétés ?* : D. 2003, p. 1996

Magnier (V.), *Les manquements des sociétés à la règle de conformité*, JCP E 2010. 1234, n° 19

Magnier et Paclot (Y.), *Rémunération d'un dirigeant salarié et procédure des conventions réglementées* : Bull. Joly 2009, p. 1069

Malaurie-Vignal (M.), *La protection des informations privilégiées et du savoir-faire*, D. 1997, chron. 207.

Malecki (C.), *L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013*,
Bull. Joly 2013. 594
La loi Breton et les rémunérations de dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence : Bull. Joly 2005, p. 1194, n° 263
Le premier regard de l'AMF sur la pratique du Code de gouvernement d'entreprise de MiddleNext : Bull. Joly bourse 2011, p. 197

Mangenet (D.) , Martin (J.-Y.) et Robine (D.), *Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes* :
Dr. sociétés, janv. 2010, étude 2, p. 10

Maréchal (A.), *Les critères d'investissement des grands gestionnaires de fonds internationaux dans les entreprises françaises* :
Bull. mens. COB, 1998, n° 322, p. 1

Margeat et Favre-Rochex (A.), *Contrat d'assurance et charge de la preuve* : Assur. fr. 1981, p. 146

Marmayou (J-M.), *L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et la notion d'entreprise*, PA, n° 13, 17/01/2003, p 15-20

Martin (D.) et Tat tieu (O.), *La responsabilité civile des administrateurs de sociétés - Évolutions jurisprudentielles* : J
CP 2010, p. 740

Martin-Serf (A.), *Réforme des procédures collectives - sanctions civiles* : Rev. proc. coll. n° 1, janv. 2009, dossier 14

Mauduit (G.), **Viandier (A.)**, *Le capitalisme au XXIe siècle : vers quels rapports entre management et capital ?* :
D. affaires 1998, p. 698

Mercier (V.), *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, JCP E 2011. É.6

- Merle (Ph.),** *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme !* : D. 1975, chron. p. 245
Les nouvelles responsabilités des comités d'audit : Bull. Joly 2009, p. 216, § 43
- Messaï Bhari (S.),** *La responsabilité civile des dirigeants sociaux* : IRJS Éditions 2009
Le régime juridique des "parachutes dorés" : Bulletin Joly Bourse, 01 février 2008 n° 1, P. 102
- Mestre (J.),** *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* : RTD civ. 1986, p. 100 s.
- Migeon (M.-C.),** *Les conventions entre la société et ses dirigeants* : LPA 10 juill. 1987, p. 4
- Montéran (Th.),** *Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005* : Gaz. Pal., 9-10 sept. 2005, p. 37
- Mouloungui (C.),** *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales* : RTD com. 1994, p. 441
- Mourot (A.),** *Les garanties de la responsabilité du dirigeant social* : Argus de l'assurance, 30 mars 2001, n° 6731 ;
- Mousseron (J. M.),** *Aspects juridiques du know how*, Cah. dr.ent. no 1, 1972, p. 1, spéc. p. 2
- Muller (M.),** *L'acquéreur de bonne foi d'un meuble. Vers un nouvel équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé* : RTD civ. 1989, p. 697
- Navarro (J.-L.),** *Droit comptable* : JCP E 2009, 2004
- Nechelis (D.),** *Le gouvernement d'entreprise* : Droit de sociétés, 1/11/2000, p.11
- Neuville (S.),** *Marché et Justice*, in Les défis actuels du droit financier, Joly Pratique des affaires, 2010
- Paclot (Y.),** *La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées* : Rev. sociétés 2011, p. 395
- Paillusseau (J.),** *Le droit moderne de la personnalité morale* : RTD civ. 1993, p.705
- Peano (M-A.),** *L'assurance pour compte « tacite » ou le moyen de faire payer l'assureur*, Resp. civ. et assur. 1995, chr. no 50
- Pecnard (C.),** *Libre propos sur le principe de responsabilité*, Petites affiches 14 octobre 2004, N° 206, p.3
- Pellerin(J.),** *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé* : RTD com. 1981, p.471
- Perez (J.-M.),** *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain* : Rev. sociétés 2003, p. 195
- Peyrelevade (J.),** *Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir* : Economica 1999
- Pietrencosta (A.),** *La réforme américaine et ses répercussions mondiales - Aperçu* : RD bancaire et fin. 2002, p. 326
- Plihon (D.) et Ponssard (J.-P.),** *La montée en puissance des fonds d'investissement* : Doc. fr. 2002
- Ploix (H.),** *Le dirigeant et le gouvernement d'entreprise*, Editions Village mondial
- Portier (P.),** *Commentaires sur les recommandations du MEDEF et de l'AFEP sur les "parachutes dorés"* : JCP E 2008, 2372
- Poulle (J.-B.),** *La mise à l'épreuve du principe "se conformer ou expliquer" au Royaume-Uni* : JCP E 2009, p. 1123
Les codes de gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne, RTDF n° 1-2/2009, p. 73.
- Raclet (A.),** *L'arrêt FENIN: variations sur la notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence*,
G.P 2003, somm. n° 198, 17 juillet 2003, p. 34
- Ray (J.-E.),** *Fidélité et exécution du contrat de travail*, Dr. soc. 1991. 376 et s.

- Richer (L.)**, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État* : *Economica* : 1978
- Roglev (L.), Beckhard (J.), Becker (V.)**, *Responsabilité sociale des entreprises, une compliance à l'européenne ?*,
Lamy Droit des affaires janvier 2012, p. 10
- Roquilly (C.)**, *De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique* :
Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2009, dossier 34
- Rousseau (F.)**, *La répartition des responsabilités dans l'entreprise* : *Rev. sc. crim.* 2010, p. 804
- Roussel-Galle (Ph.)**, *Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005* :
JCP E 2005, n° 42, 1512
- Schmidt (D.)**, *De l'intérêt social*, JCP E 1995, I, 488
Les apports de la loi de sécurité financière au droit des sociétés : *Bull. Joly* 2004, § 62, p. 321
- Séverin (E.)**, *les conséquences de la débâcle d'Enron sur les métiers exercés par les banques* : *Banque mag.* 2004, n° 655, p. 46
- Sinay (H.)**, *Le statut juridique des cadres dirigeants* : *Dr. soc.* 1982, p. 70
- Sordino (M.-C.)**, *La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales* :
une fin espérée... adoptée dans la plus grande discrétion : *Gaz. Pal.* 11 sept. 2004, p. 13
- Sylvestre (S.)**, *La rémunération "d'activité" des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme* : *Bull. Joly sociétés* 2008, p. 532
- Taboul (G.)**, *Les responsabilités et sanctions* : *LPA*, 1er-2 nov. 2005, n° 217-218, p. 7
- Tarroux(T.)**, *La notion d'entreprise*, JCP N, n° 49, 06/12/2002, p. 1706-1708
- Tchotourian (I.)**, *Bilan de la consultation européenne sur la divulgation par les sociétés des informations extra-financières*,
Bull. Joly Bourse 2011. 483
- Teyssie (B.)**, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, *D.* 2004. *Chron.* 1680
- Thibierge (C.)**, *Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit*, *RTD civ.* 2003. 599
- Thomasset-Pierre(S.)**, *Création de l'Autorité des marchés financiers*,
Commentaire de la loi du 1er août 2003 et du décret du 21 novembre 2003, *Recueil Dalloz* 2003 p. 2951.
- Tunc (A.)**, *Le gouvernement des sociétés, le mouvement de réforme aux États-Unis et en Grande-Bretagne*, *RID comp.* 1994. 59
La rémunération des dirigeants de sociétés, le rapport Greenbury et la réponse de la Bourse : *RIDC*, 01/01/1996 p.1
- Valuet (J.-P.)**, *Fonds de pension américains : incidence de leur politique d'actionnariat sur les sociétés françaises* :
Bull. Joly bourse 1996, p. 5, § 1.
- Vanard (R.)**, *La théorie de "l'intérêt" dans l'assurance*, *RGAT* 1932, p.699
- Varii Auctores**, *La loi de sécurité financière* : *LPA*, 14 nov. 2003 ; *Rev. sociétés*, n° 4/2003
- Varii auctores**, *Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise* : *LPA*, 12 févr. 2004
- Vatinet (R.)**, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles* : *Rev. sociétés* 2003, p. 247
Les conventions réglementées : *Rev. sociétés* 2001, p. 561
- Vernandet (G.)**, *La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire*, *JCP* 1989. I. 3391
- Viandier (A.)**, *Les conventions réglementées* : *Éco. et compt.* 1987, suppl. n° 158

Volff (J.), *La privatisation rampante de l'action publique* , JCP G 2004, I, 146

Wicker (G.), *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit, Mèl. Oppetit*, Litec, 2009, P.689

IV. COMMENTAIRES, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

Azéma (J.) : Cass.Com., 28 avr. 1980 : JCP G 1982, II, 19791

Balensi (I.) : Cass. 3e civ., 8 janv. 1975, Rev. sociétés 1976, p. 301

Baraderie (V.) : Cass. crim., 30 sept. 1991 : Bull. Joly 1992, p. 153,

Barbiéri (J.-F.) : Cass. Crim., 2 avr. 2003, Bull. Joly 2003, p. 929,

Cass. crim., 20 mars 1997, Bull. Joly 1997, p. 855,

Cass. Civ.3, 4 jan. 2006 :PA n° 78 , 19/04/2006

Bastian (D.) : CA Montpellier, 4 nov. 1940 : JCP G 1942, II, 1871,

Beignier (B.) : Cass. 2e civ., 18 mars 2004, no 03-11.573, D. 2004. 2324,

Bénabent (O.) : Civ. 3e, 28 oct. 2003, no 02-17.484, RDC 2004/2,231

Berr (C. J.) : Cass. 1ère civ., 11 oct. 1988, D. 1989. somm. 248

Berr (C. J.) et Groutel (H.) : Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1981, D. 1982, IR 384

Besson (A.) : Cass. 1re civ., 22 oct. 1980 ; RGAT 1981, p. 51,

Cass. 1ère civ., 21 nov. 1966, RGAT 1967. 614,

Cass. civ. 17 oct. 1945, RGAT 1946. 371

Cass. Civ. 25 mai 1942, DC 1944. 25

Cass. 1re civ., 15 oct. 1980 : RGAT 1981, p. 51

Cass. 1re civ., 18 oct. 1954 : Bull. civ. 1954, I, n° 282 ; D. 1955, p. 425

Cass. 1re civ. 5 févr. 1974, RGAT 1975. 57,

Cass. 1re civ., 12 mai 1958, RGAT 1958, p. 414n

Cass. 1re civ., 6 octobre 1969 : JCP 1970, II, 16205

Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1981, RGAT 1981. 497

Bigot (J.) : Cass. 1ère civ., 11 oct. 1988, RGAT 1989. 47,

Cass. 1re civ., 25 janv. 1989 : RGAT 1989, p. 309,

TGI Paris, 4e ch., 19 janv. 1989 : RGAT 1989, p. 309,

Cass. 1re civ., 28 avr. 1993, n° 90-17.727, Cie Rhône Méditerranée c/ Andrianarisoa ; RGAT 1993, p. 828,

Cass. 1re civ., 23 juin 1993 : RGAT 1993, p. 891

Cass. 1re civ., 19 déc. 1990, n° 87-15.834, Girard c/ CAMB; RGAT 1991, p. 155,

Cass. 1ère civ. 18 juill. 1977, RGAT 1978. 367

Cass. 1re civ., 15 oct. 1980, JCP G 1981, II, 19611,

Cass. 1re civ., 22 oct. 1980, JCP G 1981, II, 19611,

Cass. 1ère civ. 17 juill. 1985, n° 84-13.324, RGAT 1986. 359

Cass. 2e civ., 6 oct. 2011, no 10-24.309, RGDA 2012, p. 335; GP 7 avril 2012 n° 98 , p.17

Blanchard (B.) : Cass. Crim.16 mai 2000, Bull. crim. no 192, D. 2002, somm. 858

Boisard (M.) : Cass. Crim., 12 déc. 2000, D. 2001, p.1031

Bouloc (B.) : Cass. crim., 19 oct. 1978 : Rev. sociétés 1979, p. 872
Cass. com., 3 oct. 1974 : Bull. civ. 1974, IV, n° 268 ; D. 1974, jurispr. p. 646,
Cass. crim., 14 oct. 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 782,
Cass. crim., 3 févr. 1992, Rev. sociétés 1992, p. 535,
Cass. crim., 4 févr. 1985, Rev. sociétés 1985, p. 648
Cass. crim., 6 oct. 1980, Rev. sociétés 1981, p. 133
Cass. crim., 20 mars 1997, Rev. sociétés 1997, p. 581

Bouretz (S.) : Cass. Crim.16 mars 1999, JCP 1999. II. 10166, 2e esp.

Boursigot (H.) : CA Orléans, 17 mars 1965 : JCP G 1965, II, 14186

Caron (C.) : CJCE 14 déc. 2000, aff. C-300/98 et C-392/98, parfums Christian Dior e.a., Rec. I. 11307, CCE 2001, comm. 96

Cauwès (P.) : Cass. Crim. 21 nov. 1874, S. 1875. I. 89

Cerveau (B.) : Cass. 2e civ., 6 oct. 2011, no 10-24.309, GP 7 avril 2012 n° 98 , p.17

Champaud (C.) : Cass. com., 20 oct. 1998 : n° 96-15418, RTD Com. 2001 p. 454,

Champaud (D.) : Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-19.064, RTD com. 1992 p.818

Chaput (Y.) : Cass. com., 23 oct. 1990; Rev. sociétés 1991, p. 538,
Cass. com., 23 oct. 1990, n° 89-14.721, Rev. sociétés 1991 p.538

Chardin (F.) : Cass. civ.1ère, 10 juin 1997, n° 95-15.813, RGDA 1997. 1003,

Chartier (Y.) : Cass. com., 10 mars 1976 : JCP G 1977, II, 18566 et 18595

Chazal (J.-P.) et Reinhard (Y.) : Cass. Com. 20 mai 2003, RTD com. 2003, p. 523

Chazal (J-P.) : Cass. com., 2 avr. 1996, 94-16380 : JCP 1997, II, 22803

Clement (J-F.) : Cass. Com. 20 mai 2003, GP n° 38 , 7/02/2004,

Constantin (A.) : Cass. crim., 12 déc. 2000 : Rev. sociétés 2001, p. 323,
Cass. Crim., 12 déc. 2000, rev. Soc. 2001, p.323,

Constantin (A.) et Lévy (Y.) : CA Versailles, 29 avr. 2004 : Bull. Joly 2004, 245,, p.1201

Coquelet (M.-L.) : Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-18.785 ; Dr. sociétés 2010, comm. 1,

Corlay (P.) : Cass. Crim. 8 janv. 1979, D. 1979. 509

Couret (A.) : Cass. com. , 27 févr. 1996 ; Bull. Joly 1996, p. 485, § 164,
Cass. com., 30 mars 2010; JCP E, 29 avr. 2010, 1416,

Cristau (A.) : Cass. 1re civ., 9 nov. 1999; D. 15 juin 2000, p. 507,

Dalsace (A.) : CA Paris, 11 juill. 1951 : S. 1953, 2, p. 81

de Laende (M.-H.) : Cass. com., 20 oct. 1998, D. 1999.p.639,

de Lamy (B.) : Cass.Crim. 14 nov. 2000, Bull. crim. no 338, D. 2001. 1423
Cass. Crim., 19 mai 2004, Bull. crim. no 126, D. 2004, somm. 2748

Detraz (S.) : Cass. Crim. 4 mars 2008, D. 2008. 2213

Diener (P.) : Cass. 3e civ., 22 juin 1976 : D. 1977, jurispr. p. 619

Dondero (B.) : Cass. Com. 20 mai 2003, n° 99-17.092, D. 2003, Jur. p. 2623,

Dupré-Dallemagne : Com. 26 nov. 2003, no 00-10.243 et no 00-10.949, Sté Alain Manoukian, Bull. civ. IV, no 186, D. 2004. 869

Durand (P.) : Cass.Com., 13 juill. 1966 : JCP CI 1967, II, 81684

Favre-Rochex (A.) : Cass. 1ère civ., 15 févr. 2000, no 97-20.179, Bull. civ. I, no 47, Rev. Lamy dr. aff. 2000, no 27, no 1717, RGDA 2000, p. 504,

Fonlladosa (L.) : Cass. 1re civ., 23 juin 1998, no 96-12.079, RGDA 1998, p. 687
Cass. 1re civ., 24 juin 2003, no 00-17.213, RGDA 2003, p. 678,
Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, n° 97-16.306, Trib. assur., janv. 2000, cah. jurispr., p. I,

Fontbressin (P. de) : CA Montpellier, 7 janv. 1980, Gaz. Pal. 1980, I, p. 362,

Ghestin (J.) : Cass. com. , 27 févr. 1996, JCP G, 1996, II, 22665,

Ghilain (F.) : Cass. com., 8 jan. 2002, BJS n° 5 , 1 mai 2002 ; GP n° 61 , 2 mars 2002

Gibrila (D.) : Cass. com., 27 jan. 1998, n° 93-11.437, D. 1998, p.605,

Grégory (D.) : Cass. com., 12 mai 2004 ; JCP G, 2004, II, p. 1754,

Groutel (H.) : Cass. Civ. 1re, 3 nov. 1993, RCA 1994, no 25
Cass. Civ. 2ème, 12 juil. 2007, Resp. Civ. Ass. 2007, chron. N°18,
Cass. 1re civ., 15 oct. 1991, Resp. civ. et assur. 1991, comm. 399 et chron. 28,
Cass. 1re civ., 20 juin 2000, no 97-22.681, no 1163, Bull. civ. I, no 189 ; Resp. civ. et assur., nov. 2000, no 11,
Cass. 1re civ., 3 nov. 1993, Resp. civ. et assur. 1994, comm. No 25,
Cass. 2e civ., 7 oct. 2010, n° 10-30.233; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 33,
Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, Resp. civ. Et assur. 2004, étude 7
Cass. 1re civ., 21 nov. 2000 ; Bull. civ. 2000, I, n° 292 ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 63 et chron. 5,
Cass. 1re civ., 24 juin 2003, Resp. civ. et assur. 2003, comm. No 307
Cass. 1re civ., 21 janvier 1997 : Resp. civ. et assur. Hors série 1998, chron. 143 ; Resp. civ. et assur. 1997, chron. 13, p. 7.

Grua (J.) : Cass. com., 7 oct. 1974 : JCP G 1975, II, 18129,

Grynbaum (L.) : Cass. 1re civ., 27 mai 2003, no 01-10.478 ; RDI 2003. p.438

Guével (D.) : Cass. com., 12 mai 2004 ;Gaz. Pal. 2005, n° 9, p. 25,

Guyénot (J.) : Cass. com., 26 janv. 1970, D. 1970, jurispr. p. 643,

Guyon (Y.) : Paris, 3ème chambre A, 4 mars 1997, : revu sociétés, avril-juin 1997, p.394
Cass. com., 26 janv. 1970 : JCP G 1970, II, 16385,
CA Paris, 22 févr. 1980 : Rev. sociétés 1980, p. 489
CA Paris, 25e ch., 4 févr. 1994, Rev. sociétés 1994, somm. p. 336
Cass. com., 3 mars 1987, n° 84-15.726 : Rev. sociétés 1987, p. 266
Cass. com., 26 janv. 1970 : JCP G 1970, II, 16385,

Halloin (J.C.) : Cass. com., 1 avr. 1997, bull joly 1998 p.650 ; D.1998, p.180,

Honorat (J.) : Cass. com., 18 juill. 1989, Defrénois 1990, art. 34788, p. 633,
Cass. com., 2 juill. 1985, aff. Cointreau Defrénois, 1986, art. 33713, n° 3, p. 600

Houin (R.) : Cass. com., 26 janv. 1970, RTD com. 1970, p. 431, R. Houin
Cass. com., 29 mai 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 265 ; RTD com. 1963, p. 856
Cass. com., 7 oct. 1974, RTD com. 1976, p. 544,
Cass. com., 4 mars 1969, RTD com. 1973, p. 570,
TGI Seine, 18 févr. 1966 : RTD com. 1967, p. 190,
T. com. Paris, 3 déc. 1975, RTD com. 1976, p. 552,

Hovasse (H.) : Cass. com., 12 mai 2004 ;Dr. sociétés 2004, comm. 147,

Jazotte (G.) : Cass. Crim, 6 oct. 2009, RLDA 2010/51, no 2978, p. 76

Jeandidier (W.) : Cass. crim., 4 févr. 1985, JCP G 1986, II, 20585,

Jeantin (M.) : Cass. com., 23 oct. 1990; Bull. Joly 1990, p. 1036,

Jourdain (P.) : Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, n°01-10670 JCP G 2004, II, 10008,
Cass. Com. 20 mai 2003, RTD civ. 2003, p. 509,

Kullmann (J.) : Cass. 1re civ., 28 juin 1989, no 87-17.649, RGAT 1990, p. 201
Cass. Civ.3, 4 jan. 2006 :RGDA n° 2006-3
Cass. 1re civ., 3 nov. 1993, no 90-18.876, RGAT 1994, p. 123,
Cass. lére civ., 15 déc. 1998, no 96-20.885, RGDA 1999, p. 292,
Cass. 1re civ., 2 juill. 1991, no 88-20.201 : RGAT 1991, p. 902,
Cass. 1re civ., 10 avr. 1996, no 93-14.571, RGDA n° 1996 p.3,
Cass. 1re civ. 15 déc. 1998, n° 96-20.885, RGDA 1999. 292
Cass. 1re civ., 15 déc. 1998, RGDA n° 1999-2 , 1 avril 1999
Cass. 2ème civ. 15 mars 2007, n° 05-20.856, RGDA 2007, no 3,
Cass. 2e civ., 14 juin 2006, n° 05-13.090; JCP G 2007, I, 148, n° 22
Cass. 1re civ., 10 mai 1989, n° 87-12.447 ; RGAT 1989, p. 643,
Cass. 1re civ., 9 nov. 1999, RGDA 2000, p. 33,
Cass. 1re civ., 2 févr. 1994, n° 89-16.311; D. 1994, somm. p. 210,
Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n° 95-14.843 ; RGDA 1997, p. 829,
Cass. 2e civ., 18 mars 2004, no 03-10.720, RGDA n° 2004-2 , 1 avril 2004,
Cass. 1re civ., 25 avr. 1990, n°88-17699 Bull. civ. 1990, I, n° 82 ; Resp. civ. et assur. 1990, comm. 259 ; RGAT 1990,
p. 891
Cass. Civ. 1re, 3 nov. 1993, RGAT 1994. 123
Cass. lére civ., 25 avr. 1990, no 88-17.699, RGAT 1990, p. 891,
Cass. 1re civ., 21 nov. 2000, RGDA 2000, p. 1052,

Lagarde (G.) : CA Douai, 11 juill. 1957 : D. 1957, jurispr. p. 717,

Le Cannu (P.) : Cass. com., 11 oct. 1988 : Bull. Joly 1988, p. 925, n° 300,

Cass. com., 27 jan. 1998, BJS n° 5 , 1 mai 1998
Cass. com., 27 mars 1990 : Bull. Joly Sociétés, 1990, p. 530, § 138
Cass. com., 24 avr. 1990 : Bull. civ., IV, n° 125 ; Bull. Joly Sociétés, 1990, p. 531, § 139
Cass. com. 28 avr. 1998, n°96-10253 : bull Joly 1988, p.888
Cass. com, 19 mars 1996, Defrénois 1996, art 36371, p.935,
Cass. com., 2 juill. 1985, aff. Cointreau Rev. sociétés, 1986, p. 231

Le Nabasque (H.) : Cass. Com. 20 mai 2003, BJS n° 7 , 1/07/2003

Levasseur (G.) : Cass.Crim. 7 mars 1989, Bull. crim. no 109, RSC 1990. 73
Cass. 2ème civ., 28 janv.1954 : D.1954, 2, 217

Lienard (A.) : Cass. Com., 16 oct. 2001, D.2001, p.3273
Cass. Com. 20 mai 2003, AJ p. 1502

Loussouarn (Y.) : Cass. com., 2 juill. 1985, aff. Cointreau : Bull. civ., IV., n° 203 ; D., 1986, jur. p. 351

Lucas de Leyssac (M.-P.) : Cass. Crim. 12 janv. 1989, Bull. crim. no 14, Gaz. Pal. 1989. 2, somm. 283, RSC 1990. 507

Lucas (A.) : CA Rouen sur renvoi après cassation le 13 janvier 1981 : D.1983, jurisp. P. 53

Maleville(M.-H.) : Cass. 1re civ., 2 avr. 1997, n° 95-13.928 ; JCP G 1997, IV, 1118 ; RGDA 1997, p. 737,

Margeat (H.) et Landel (J.) : Cass. 1re civ., 15 oct. 1991 : RGAT 1991, p.806-807
Cass. 1ère civ. 11 déc. 1990, n° 88-19.614, RGAT 1991. 55

Massart (T.) : Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13.198 , Bull. Joly 2008, p. 885, § 190,

Maurice (R.) : Cass. Civ 1ère, 26 févr. 1991, n° 88-10.189, RGAT 1991. 315
Cass. 1re civ., 13 nov. 1990, no 89-14.797 : RGAT 1991, p. 53,
Cass. 1re civ., 11 déc. 1990, RGAT 1991, p. 29,

Maury () : CA Versailles, 17 mars 1998, RJ com. 1999, p. 331,
Cass. 1re civ., 13 mars 1996, n° 94-10.732; RGDA 1996, p. 687,
Cass. 1re civ., 3 oct. 1995 : RGDA 1996, p. 151,

Mayaux (L.) : Cass. 2e civ., 9 avr. 2009, no 08-15.867, RGDA n° 2009, p.3 ,
Cass. 1ère civ., 6 oct. 1993, no 91-13.291, RGAT 1994, p. 75,
Cass. 1ère civ. 4 juin 1996, n° 94-13.614, RGDA 1996. 578
Cass. 1ère civ. 20 juill. 1994, n° 90-21.054, RGAT 1994. 11181
Cass. Civ. 2ème, 12 juil. 2007, RGDA 2007, p.830
Cass. 1ère civ., 24 févr. 2005, no 03-15.497, RGDA 2005, p. 401,

Mazeaud (D.) : Com. 26 nov. 2003, no 00-10.243 et no 00-10.949, Sté Alain Manoukian, Bull. civ. IV, no 186, RDC 2004. 257

Messaï-Bahri (S.) : Cass. Civ.3, 4 jan. 2006 : n°04-14.731; BJS n° 4 , 1/04/2006

Mestre (J.) : Cass. com., 27 jan. 1998, RTD Civ. 1999 p. 99,
Soc. 30 avr. 1987, Bull. civ. V, n° 237, RTD civ. 1988. 531,
CA Riom, 10 juin 1992, RJDA 1992, no 895, RTD civ. 1993. 343
Civ. 1re, 27 juin 1995, no 92-21.085, Bull. civ. I, no 281, RTD civ. 1996. 393
Com. 26 oct. 1993, no 91-16.593, Fontaine et SCI du Mûrier, inédit ; Com. 22 avr. 1997, no 94-18.953, RTD civ. 1997. 651
CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1982 : rev. Sociétés 1983, p.773

Monnet (J.) : Cass. com., 27 sept. 2005, Dr. sociétés. 2005, comm. 221,

Monteran (Th.) : Cass. Com., 13 nov. 2007 : Gaz. Proc.coll. 2008-1, p. 68,

Mortie (R.) : Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-22.151, SCI AJT c/ Girot de Langlade : Dr. sociétés 2008, comm. 149r

Mouly (J.) : CA Montpellier, 7 janv. 1980, Rev. sociétés 1980, p. 737

Nénot (M.) : Cass.Soc., 23 janv. 1990, n°86-14.947 ; JCP G 1990, II, 21529,

Ottenhof (R.) : Cass.Crim. 14 nov. 2000, Bull. crim. No 338, RSC 2001. 385

Pariente (M.) : Cass. com., 14 déc. 1993 : Rev. sociétés 1994, p. 778,
CA Paris, 4 févr. 1994 : Bull. Joly 1994, p. 403,

Peano (M.-A.) : Cass. 1re civ., 10 juill. 1995, no 92-13.534, Resp. civ. et assur. 1995, comm. no 377

Peisse (M.) : TGI Paris, 14 mars 1973 : Gaz. Pal. 1973, 2, p. 912

Pélissier (A.) : Cass. 2e civ., 10 févr. 2011, no 10-30.435, RGDA 2011, p. 677

Périnet-Marquet (H.) : Cass. 1re civ., 30 mars 1994, n° 90-21.517 ; RGAT 1994, p. 176,

Petit (B.) : Cass. com., 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 813, § 266,

Plaisant (R.) : Douai du 16 mars 1967, D.1967 J p.637

Poracchia (D.) : Cass. com., 12 mai 2004, Dr. et patrimoine, 2004, n° 131, p. 90,

Puech () : Cass. Crim. 5 mars 1980, Bull. crim. no 81, D. 1980, IR 335

Reifegerste (S.) : Cass. com., 12 mai 2004 : LPA, 16 juill. 2004, n° 142, p. 15,
Cass. com., 12 mai 2004, LPA, 16 juill. 2004, n° 142, p. 15

Reinhard (Y.) : Cass. com., 2 juill. 1985, aff. Cointreau RTD com., 1986, p. 90
Cass. com., 24 avr. 1990 : Bull. civ., IV, n° 125 ; Rev. sociétés, 1990, p. 416
Cass. com., 1er avr. 1997 : RTD com. 1997, p. 647

Revet (T.) : Cass.Crim. 14 nov. 2000, Bull. crim. no 338, RTD civ. 2001. 912

Robert (J.-H.) : Cass. crim., 20 mars 1997, JCP E 1997, II, n° 1033 p 289

Rothhahn (C.) : TGI Paris, 28 févr. 1997, Gaz. Pal. 1998. 1, somm. 232

Roueil (E.) : Cass. 1re civ., 9 nov. 1999; JCP E 2000, p. 1186,

Roujou de Boubée (G.) : Crim. 29 avr. 1986, Bull. crim. no 148, D. 1986, IR 404

Roussel (J.) : Cass. 1ère civ. 17 juill. 1985, GP, 13 mai 1986, n° 131 à 133,

Roussille (M.) : Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 : Dr. sociétés 2010, comm. 117
Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13205, Lacrois c/ Rabeau Mauvillain : Dr. sociétés 2010, comm. 139,

Saint-Jours (Y.) : Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038, D. 2005. 2375,

Saintourens (B.) : Cass. com., 20 oct. 1998, Rev. sociétés 1999,
CA Versailles, 12e ch., 12 sept. 2002, *Picard c/ Berthier*; Bull. Joly 2002, § 10, p. 57

Salomon (R.) : Cass. crim., 20 juin 2007, n° 07-80.065, Dr. sociétés 2007, comm. 204,

Schmidt (D.) et Dion(N.) : Cass. com. , 27 févr. 1996 ;JCP E, 1996, II, 838,

Schmidt (D.) : CA Paris, 1er févr. 1984 : Rev. sociétés 1984, p. 779,

Schmidt-Szalewski : Com. 7 avr. 1998, no 95-20.361, JCP E 1999. 579
Cass. Crim. 19 sept. 2006, Propr. ind., juill.-août 2007, p. 31

Segonds (M.) : Cass. Crim.16 mars 1999, D. 2000, somm. 120

Stoffel-Munck () : Com. 26 nov. 2003, no 00-10.243 et no 00-10.949, Sté Alain Manoukian, Bull. civ. IV, no 186, JCP E 2004, no 738

Thaller () : Cass. civ., 26 nov. 1912 : DP 1913, 1, p. 377,

Verkindt (P-Y.) : Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038, RDSS 2005. 875,

Véron (P.) : Cass. Crim 16 mai 2000, Bull. crim. no 192, Dr. pén. 2000, comm. 127
Cass. Crim., 19 mai 2004, Bull. crim. no 126, Dr. pén. 2004, comm. 129

Viandier (A.) et Caussain (J.-J.) : Cass. com., 3 mars 1987, n° 84-15.726 : JCP E 1987, I, 16342, n° 14,

Viandier (A.) : Cass. Com. 2 juillet 1985, JCP E 1985, II, 14578
Cass. com., 2 juill. 1985 ; JCP E 1985, II, 14758,
Cass. com., 2 juill. 1985, aff. Cointreau JCP G, 1985, II, n° 2058

Vidal (D.) : Cass. Com., 8 octobre 2002, n°99-11.421, BMIS 1/03/2003, n°3 p.353-360

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

INTRODUCTION.....	9
PARTIE 1 : PRINCIPES DE BONNE GOUVERNANCES, ETHIQUE ET INTERET D'ASSURANCE.....21	
TITRE 1 LA PRISE EN COMPTE DE LA PERSONNE ESSENTIELLE PAR LES PRINCIPES DE BONNE GOUVERNANCE ET D'ETHIQUE.....22	
CHAPITRE 1 : De la naissance à la consolidation des principes de bonne gouvernance d'entreprise.....23	
Section 1 La lente édification des principes de la bonne gouvernance.....23	
§ 1 : La volonté de mettre en place un cercle vertueux à l'origine des principes de bonne gouvernance d'entreprise.....24	
A) L'indispensable cercle vertueux du système économique et financier.....24	
B) De la nécessité d'adapter l'entreprise aux évolutions du système.....26	
§ 2 D'un équilibre entre le droit dur et le droit mou.....30	
A) La partie émergée de l'iceberg imposée par le droit dur.....31	
B) Une révolution juridique en France : l'arrivée du droit mou ou l'introduction du principe anglo-saxon du « comply or explain ».....34	
1) La création d'un code de bonne gouvernance français.....35	
2) Les règles posées par le code de gouvernement à la Française.....38	
Section 2 L'application des principes de bonne gouvernance comme bouclier de l'entreprise contre elle-même.....41	
§1 la protection de la personne morale par la place donnée aux administrateurs indépendants.....43	
§2 la protection de l'entreprise par un échange d'information.....46	
CHAPITRE 2 : Evolution des réflexions sur la bonne gouvernance vers une entreprise éthique et la reconnaissance de la personne essentielle.....51	
Section 1 Ethique, morale et déontologie dans l'entreprise.....54	
§1 Les liens étroits entre le droit et l'éthique.....54	
§ 2 L'indispensable présence de l'éthique au sein de l'entreprise.....62	
Section 2 Vers une entreprise centrée sur la personne humaine.....70	
TITRE 2 DE LA PERSONNE ESSENTIELLE A ASSURER A L'INTERET D'ASSURANCE.....76	
CHAPITRE 1 : LA PERSONNE ESSENTIELLE DANS L'ENTREPRISE.....78	
Section 1 la notion de savoir-faire.....79	
§1 La délicate reconnaissance de la notion de savoir-faire.....79	
§2 La protection du savoir-faire.....86	
A) La protection pénale du savoir-faire.....86	
B) La protection civile du savoir-faire.....91	
C) La protection par la responsabilité civile contractuelle.....96	
Section 2 les personnes possédant un savoir-faire.....99	
§1 Le dirigeant d'entreprise.....99	
A) La qualité de dirigeant.....99	
B) Définition de la fonction de dirigeant.....101	
§2 Les autres personnes essentielles à l'entreprise.....102	
A) La personne ayant une connaissance de l'entreprise dans son ensemble.....106	
B) Les personnes ayant la connaissance d'un point spécifique.....109	

CHAPITRE 2 : L'INTERET D'ASSURANCE.....	111
Section 1 l'interet d'assurance, une notion anodine ?	111
Section 2 l'indispensable recours a l'interet d'assurance dans l'assurance pour compte.....	122
PARTIE 2 LE RISQUE OU L'INTERET ASSURABLE DE LA PERSONNE	
ESSENTIELLE.....	126
TITRE 1 LA PERSONNE DU DIRIGEANT ET LES AUTRES PERSONNES ESSENTIELLES.....	127
CHAPITRE 1 LES RISQUES ET LES CONTRATS D'ASSURANCE DE LA PERSONNE DU	
DIRIGEANT.....	130
Section 1 : Les risques de la personne du dirigeant.....	131
§1 La responsabilité civile.....	131
A) La responsabilité ordinaire du chef d'entreprise.....	132
1) La responsabilité ordinaire du chef d'entreprise.....	132
2) La responsabilité aggravée du chef d'entreprise.....	143
B) Responsabilité du chef d'entreprise vis-à-vis des tiers ou la notion de faute	
séparable	155
§2 Les autres risques résultant de la responsabilité du dirigeant.....	150
A) La responsabilité fiscale du dirigeant.....	150
B) La responsabilité pénale du dirigeant.....	152
Section 2 : La réaction assurancielle.....	154
§1 La vie du contrat d'assurance de responsabilité du dirigeant.....	159
A) La souscription d'un contrat d'assurance-dirigeant.....	160
B) L'application du contrat d'assurance dans le temps.....	160
§2 La couverture d'une responsabilité civile élargie.....	165
CHAPITRE 2 LES RISQUES ET LES CONTRATS D'ASSURANCE DES PERSONNES	
ESSENTIELLES.....	169
Section 1 : L'inadéquation des contrats existants.....	169
Section 2 : Réflexions sur une meilleure prise en charge des risques.....	173
TITRE 2 LA NOTION D'INTERET D'ASSURANCE ET LES CONFLITS D'INTERET.....	178
CHAPITRE 1 VERS UNE UTILISATION DE L'INTERET D'ASSURANCE DANS LES CONTRATS	
D'ASSURANCE DES PERSONNES ESSENTIELLES.....	179
Section 1 : Vers une combinaison entre les notions de risque et d'intérêt d'assurance.....	180
Section 2 : La couverture des risques de la personne essentielle.....	185
CHAPITRE 2 LE RISQUE DE CONFLIT D'INTERET.....	189
Section 1 : Le recours à l'intérêt d'assurance pour éviter les conflits d'intérêt.....	190
Section 2 : La prévention des conflits d'intérêts.....	194
CONCLUSION.....	198
BIBLIOGRAPHIE.....	202

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

abus de confiance.....117, 118, 144
action individuelle.....220, 221
action *ut singuli*.....216, 218,
219
action *ut universi*.....
.....216
administrateurs.....39 et s., 139, 205,
214, 219, 227, 231, 297
ADPIC.....103 et s.
affectio societatis
45
aléa.....9, 175, 262, **282 et s.**, 290,
299
associés.....2, 15, 25, 31, 47, 57, 92, 126,
137, 140 et s., 170, 202, 207 et s., 218 et s.
assurance de dommage..12, 158, 160, 165,
169, 197, 216, 249, 259, 262, 268, 270, 274
assurance de personnes.....12, 160, 259.s,
270
assurance pour compte.....11, 156, 174.s,
228, 258, 274.s,
atteinte à l'image.....
182
avocat.....34, 153, 243, 256, 279, 283.s

B

base réclamation.....236
bénéficiaire...9, 11, 11, 159.s, 179, 227, 248,
266, 276, 285
bon père de famille.....7, 68.s, 195, 207
bonne foi.....8, 69 et s, 131, 194,
289
branches d'assurances.....259, 269
brevet.....103, 107, 109.s, 119, 120, 134, 208

C

clause de direction.....284
code de gouvernement.....34 et s, 41,
49
comité de contrôle des comptes.....
.....24
comité de nomination.....24,
52
comité de rémunération.....24
comply or explain.....31
conflits d'intérêt.....12, 243, 276.s

conseil d'administration ...23, 25, 29, 39, 41,
48.s, 151, 197
conventions réglementées.....11, 141, 229
corruption.....116,
126
courtier.....252, 279

D

devoir de loyauté.....75.s, 187, 192
droit mou.....27, 32

E

élément moral.....117, 222,
282
enrichissement sans cause.....160,
169
éthique.....8, 15, 62.s, 190, 221, 247, 254,
273, 281

F

fait dommageable.....233
faute de gestion.....194.s, 205.s
faute intentionnelle.....179, 267, 282
faute séparable.....210

G

garantie « subsequeute ».....
240
groupe de sociétés.....3, 93,
22

H

homme-clé.....11, 146,
248

I

informations.....31, 41, 54.s, 105.s, 116,
191, 196
insuffisance d'actif.....205
intérêt social45.s, 54, 67, 77, 142, 144,
193, 222, 278.s
intuitu personae110, 153,
155

L

légalité des peines.....66
 Loi NRE.....30, 48, 61, 138
 Loi Sécurité financière.....31, 55, 56, 61

M

Morale.....15, 62.s, 75, 78.s, 278

P

parties prenantes.....8, 45, 83, 89, 95.s,
 99, 254, 258
 personne morale.....2.s, 42, 52, 67,
 136, 189, 198, 206, 221, 224, 276
 prescription.....71.s, 179,
 233
 président du conseil d'administration.....23,
 29, 39, 48, 54, 59, 138, 150, 197
 prime.....5, 9, 11, 75, 178, 227, 230, 252,
 263.s, 270, 281

R

responsabilité aggravée.....188, 204
 responsabilité ordinaire.....207

S

salarié.....29, 46, 51, 77, 92, 110, 119, 126,
 129.s, 224, 231, 250, 279
 savoir-faire.....9, 101.s, 257, 276
 secret.....102.s
shareholders.....88
 sinistre.....5, 9, 100, 154, 165, 171, 177.s,
 234.s, 248, 267, 281
 souscription.....5, 195, 216, 228, 241, 245,
 264.s, 282
stakeholders.....83, 89.s, 258
 stipulations pour autrui.....174

T

tours de main110

V

Vol.....119

L'intérêt d'assurer les personnes essentielles de l'entreprise

L'entreprise est une entité en perpétuelle évolution intégrée dans un système en mutation.

Depuis les années 70 divers courants de réflexions viennent proposer des améliorations afin de renforcer la solidité de ce système, il s'agit d'abord de l'édiction de principes de bonne gouvernance d'entreprise puis, plus récemment, d'un retour vers l'éthique d'entreprise notamment au niveau sociétal et environnemental qui sont des propositions visant à développer une confiance plus importante entre les différents acteurs économiques et financiers.

Afin de rendre le système économique et financier plus fort, chaque entreprise est invitée à prendre en compte toutes les « personnes » qui ont un lien avec son activité, les parties prenantes ou stakeholders et à instaurer avec elles des relations fondées sur la bonne foi.

Les entreprises sont dans une relation d'interdépendance avec ces différentes parties prenantes et elle se doit alors d'identifier celles qui sont essentielles pour elle afin de se prémunir contre les risques inhérents à ces personnes essentielles. Les entreprises ont depuis un certain temps pris conscience de leur intérêt à se prémunir contre certains risques touchant des personnes qui leur sont essentielles en souscrivant des contrats d'assurance, souvent pour les risques liés à la personne de leur dirigeant, parfois pour d'autres personnes, mais cela est loin d'être généralisé.

En droit français, le contrat d'assurance est fondé sur la notion de risque. Le risque étant les conséquences patrimoniales de la réalisation du sinistre. Cet élément ne s'avère pas suffisant pour permettre de développer des contrats véritablement adaptés aux différents besoins, ni de ceux de l'entreprise, ni de ceux de la personne essentielle. Dans ce type d'assurance pour compte, le recours à la notion d'intérêt d'assurance de chacune des parties comme point de départ pour la définition des risques et l'évaluation des conséquences d'un sinistre semble plus pertinente, et cela permettant ainsi de se prémunir contre l'apparition de conflits d'intérêt lors de la survenance et la gestion du sinistre.

Mots clés : Gouvernance, entreprise, éthique, stakeholders, assurance, intérêt d'assurance, risque, homme-clé, savoir-faire, dirigeant.

The interest to insure the essential people of the company

The company is an entity in perpetual evolution integrated into a system in transformation.

Since the 70s diverse current of reflection came to propose improvements to strengthen the solidity of this system. It is at first about the principal enactment of good governance of the company, and more recently, the return towards the ethics of the company in particular at the societal and environmental level which are proposals to develop a more important trust between the various economic and financial players.

To make the economic and financial system stronger, every company is invited to take into account all the "people" who have a link with its activity, for example the stakeholders, and to establish with them relations based on good faith. Companies are in a relationship of interdependence with these various stakeholders and must then identify those who are essential for them as to protect themselves against the risks inherent to these essential people. Companies have been aware for some time now of the necessity to have a protection against certain risks affecting the people who are essential to them, by signing insurance contracts, often for the risks bound to their leader, sometimes for other people, but it is far from being generalized.

In French law, the insurance contract is established on the notion of risk. The risk being the patrimonial consequence of the damage. This element does not turn out self-important to allow to develop contracts really adapted to the various needs, neither of those of the company, nor those of the essential person. In this type of insurance for account, the recourse to the notion of interest of insurance of each of the parts as the starting point for the definition of the risks and the evaluation of the consequences of a disaster seems more relevant, and it so allows to protect itself against the appearance of conflicts of interests during the emergence and the management of the disaster.

Keywords: governance, companies, ethics, stakeholders, insurance, interest of insurance, risk, man-key, know-how, leader.